

ISSN 1974-9562

ANNO - XXIV



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

All'interno i contributi dei seguenti Autori:

EDITORIALE: Paolo Bianchi – SAGGI: Danijel Bukovec – Biagio Spampinato – Giovanni Pino – Fazio Vittorio – Angelo Lalli – Emilia Bruno – Andrea Giordano – Attilio L. M. Toscano – Giuseppe La Rosa – Davide Casarin – Antonio Las Casas – Federico Francesco Guzzi – Maristella Amisano – Andrea Saba – Antonio Mitrotti – Agatino Cariola – Domenico D'Orsogna – Marcella Distefano – Daniela Porena – Manlio d'Agostino Panebianco – Ignazio Spadaro – Anna Maria Liscio – Maria Antonella Pasculli – Ilaria Genuessi – Lucia Venditti – Lorenzo Zoppoli – Luisa Corazza – Paolo Iervolino – Domenico Mezzacapo – Valerio Talamo – Giovanni Gaudio – Caterina Giulia Guidetti – Andrea Giocondi – Andrea Greco – Gaia Gandolfi – Andrea De Lia - FOCUS: Enrica Olla – Enzo Cevolin – Paolo Maddalena.

ISSN 1974-9562

AMBIENTEDIRITTO – EDITORE®

Anno **2024** - Fasc. **n. 2**

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 – **Massimiliano Atelli** Magistrato della Corte dei Conti, Pres. Commissione VIA-VAS, nonché abilitato professore associato nel sett. IUS/10 – **Francisco Balaguer Callejón** Professore Ordinario di Diritto Costituzionale (IUS/08) Università degli Studi di Granada – **Michele Belletti** Professore Ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico (IUS/09) Università degli Studi di Bologna – **Stefano Bellomo** Professore Ordinario di Diritto del Lavoro (IUS/07) Università La Sapienza di Roma – **Mario Bertolissi** Professore Ordinario di Diritto Costituzionale (IUS/08) Università degli Studi di Padova – **Raffaele Bifulco** Professore Ordinario di Diritto Costituzionale (IUS/08) Università di Roma Luiss “Guido Carli” – **Francesca Biondi** Professoressa Ordinaria di Diritto Costituzionale (IUS/08) Università degli Studi di Milano – **Annamaria Bonomo** Professoressa Associata di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli studi di Bari – **Elena Buoso** Professoressa Associata di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Padova – **Paola Caputi Jambrenghi** Professoressa Ordinaria di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Bari “Aldo Moro” – **Sabino Cassese** Giudice emerito della Corte Costituzionale, Professore emerito della Scuola Normale Superiore di Pisa – **Emilio Salvatore Castorina** Professore Ordinario Diritto Costituzionale (IUS/08) Università degli Studi di Catania – **Maria Cristina Cataudella** Professoressa Ordinaria di Diritto del Lavoro (IUS/07) Università degli Studi di Roma Tor Vergata – **Marcello Cecchetti** Professore Ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico (IUS/09) Università degli Studi di Sassari – **Cristiano Celone** Professore Associato di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Palermo – **Alfonso Celotto** Professore Ordinario di Diritto Costituzionale (IUS/08), Università degli Studi “Roma Tre” – **Ginevra Cerrina Feroni** Professore Ordinario di Diritto Pubblico Comparato (IUS/21) Università degli Studi di Bologna – **Mario Pilade Chiti** Professore Ordinario di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Firenze – **Antonio Colavecchio** Professore Ordinario di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Foggia – **Calogero Commandatore** Magistrato presso TAR Sicilia Palermo – **Carlo Colapietro** Professore Ordinario di Diritto Pubblico (IUS/9) Università degli Studi Roma tre – **Claudio Contessa** Presidente della seconda Sezione del Consiglio di Stato – **Gabriella De**

Giorgi Cezzi Professoressa Ordinaria di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli studi del Salento – **Emanuele Di Salvo** Presidente della quarta sezione penale della Corte di cassazione – **Marina D’Orsogna** Professore Ordinario di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Teramo – **Vera Fanti** Professoressa Ordinaria di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Foggia – **Renato Federici** Professore Associato di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Roma La Sapienza – **Leonardo Ferrara** Professore Ordinario di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Firenze – **Giancarlo Antonio Ferro** Professore associato di Diritto costituzionale (IUS/08) Università degli Studi di Catania – **Fabrizio Fracchia** Professore Ordinario di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Milano “Luigi Bocconi” – **Diana Urania Galetta** Professoressa Ordinaria di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Milano – **Giuseppe Garzia** Professore Aggregato di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università di Bologna – **Paolo Giangaspero** Professore Ordinario di Diritto Costituzionale (IUS/08) Università degli Studi di Trieste – **Loredana Giani** Professoressa Ordinaria di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università Europea di Roma – **Walter Giulietti** Professore Ordinario di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi dell’Aquila – **Matteo Gnes** Professore Ordinario di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Urbino Carlo Bo – **Andrea Gratteri** Professore Associato di Diritto Costituzionale (IUS/08) Università degli Studi di Pavia – **Antonio Guidara** Professore 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 Mazzaroli** 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) – **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) – **Ilenia 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 Giroto** (Università degli Studi di Udine) – **David Grifoni** Avvocato del Foro di Firenze – **Emanuele Guarna Assanti** (Università degli Studi Guglielmo Marconi) – **Francesca Guerriero** (Avv. penalista del Foro di Roma) – **Antonio Guidara** (Università degli Studi di Catania) – **Anna Rita Iacopino** (Università degli Studi dell’Aquila) – **Paolo Iafrate** (Università degli studi di Roma “Tor Vergata”) – **Armando Lamberti** (Università degli Studi di Salerno) – **Agatino Giuseppe Lanzafame** (Referendario TAR LAZIO) – **Nicoletta Laurenti Collino** (Dottoranda in Diritto Pubblico, interateneo Trieste-Udine) – **Vito Sandro Leccese** (Università degli Studi di Bari)

– **Anna Lorenzetti** (Università degli Studi di Bergamo) – **Cesare Mainardis** (Università degli Studi di Ferrara) – **Marco Mancini** (Università Ca’ Foscari di Venezia) – **Giovanna Marchianò** (Università degli Studi di Bologna) – **Karla Georgina Martinez Herrera** (Università degli Studi di Brescia) – **Donatantonio Mastrangelo** (Università degli Studi di Bari) – **Giovanna Mastrodonato** (Università di Bari) – **Mezzacapo Domenico** (Università La Sapienza di Roma) – **Giulia Milo** (Università degli Studi di Trieste) – **Giuseppe Misserini** (Università degli Studi di Bari) – **Viviana Molaschi** (Università degli Studi di Bergamo) – **Davide Monego** (Università degli Studi di Trieste) – **Susana Moreno Caliz** (Universitat de Barcelona) – **Asensio Navarro Ortega** (Universidad de Granada) – **Alberto Oddenino** (Università degli Studi di Torino) – **Sandra Regina Oliveira Passos Bragança Ferro** (Centro Universitario Estácio da Amazônia) – **Vittorio Pampanin** (Università degli Studi di Pavia) – **Vera Parisio** (Università degli Studi di Brescia – Esperta in materia ambientale) – **Maria Antonella Pasculli** (Università degli Studi di Bari “Aldo Moro”) – **Paolo Patrìto** (Università degli Studi di Torino) – **Mauro Pennasilico** (Università degli Studi di Bari Aldo Moro) – **Vincenzo Pepe** (Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli) – **Francesco Perchinunno** (Università degli Studi di Bari) – **Antonio Persico** (Dottorando in Diritto Pubblico – Università degli studi di Roma La Sapienza) – **Agostino Sola** (Avvocato in Roma e dottorando di ricerca presso l’università LUISS di Roma) – **Alberto Pierobon** (Consulente per Enti in materia ambientale) – **Olivia Pini** (Università degli Studi di Modena) – **Rolando Pini** (Università degli Studi di Bologna) – **Patrizia Pinna** (Avvocato dello Stato presso l’Avvocatura Distrettuale dello Stato di Firenze) – **Carmine Petteruti** (Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli) – **Oreste Pollicino** (Università Bocconi) – **Daniele Porena** (Università degli Studi di Perugia) – **Flavio Ponte** (Università degli studi della Calabria) – **Corrado Procaccini** (Avvocato del Foro di Benevento) – **Vito Plantamura** (Università degli Studi di Bari) – **Edoardo Carlo Raffiotta** (Università degli Studi di Bologna) – **Nino Olivetti Rason** (Università degli studi di Padova) – **Pierpaolo Rivello** (Università degli Studi di Torino) – **Mariano Robles** (Università degli Studi degli Studi di Bari) – **Paolo Rossi** (Università degli Studi di Perugia) – **Davide Rossi** (Università degli Studi di Trieste) – **Gianpaolo Maria Ruotolo** (Università di Foggia) – **Francesco Emanuele Salamone** (Università degli Studi della 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*).

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
<i>EDITORIALE</i>	18
DA UNA CRISI ALL'ALTRA. UNO SGUARDO SULL'INCERTO FUTURO DELL'UNIONE EUROPEA.....	19
Paolo Bianchi	19
<i>SAGGI</i>	36
ALLE RADICI STORICHE DEL "NUOVO" PRINCIPIO DEL RISULTATO NELLE PROCEDURE AD EVIDENZA PUBBLICA	37
Danijel Bukovec *	37
<i>DISTINGUE FREQUENTER: GLI INTERESSI LEGITTIMI «DIPENDENTI»</i> *	62
Biagio Spampinato.....	62
GIUSEPPE SANTORO-PASSARELLI INTERPRETE DELLA REGOLAMENTAZIONE DEL CONFLITTO NEI SERVIZI PUBBLICI ESSENZIALI.....	78
Giovanni Pino.....	78
IL <i>JOBS ACT</i> ANCORA AL VAGLIO DELLA CORTE COSTITUZIONALE: NOTE MINIME SU CORTE COSTITUZIONALE, 22/02/2024, SENT. N. 22.....	88
Fazio Vittorio.....	88
IMPLICAZIONI ISTITUZIONALI ED ECONOMICHE DELLE REGOLAZIONI E DEI PROGRAMMI DEL <i>GREEN DEAL</i> EUROPEO.....	103
Angelo Lalli	103
INCENTIVI PER LA PRODUZIONE DI ENERGIA DA FONTI RINNOVABILI: CONFORMITÀ DELLA DISCIPLINA NAZIONALE CON LA NORMATIVA EUROUNITARIA	130
Emilia Bruno*	130
L'AMMINISTRAZIONE DIGITALE AI TEMPI DEL PNRR.....	145
Andrea Giordano.....	145
LA "SPECIALISSIMA" AUTONOMIA DELLA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA IN SICILIA.	156
Attilio L.M. Toscano *	156

LA DEMO-RICOSTRUZIONE TRA GIUDICE PENALE E GIUDICE AMMINISTRATIVO: CONSIDERAZIONI GIURIDICHE ATTORNO AL “CASO MILANO”	206
Giuseppe La Rosa * - Davide Casarin **	206
LA PROSPETTIVA STATUNITENSE DEI “DATA AS PROPERTY”, LA FUNZIONE REGOLATIVA DEI MODELLI PROPRIETARI E LO SCENARIO EUROPEO.	235
Antonio Las Casas	235
LA RILEVANZA AMBIENTALE NEL SETTORE DEI CONTRATTI PUBBLICI	258
Federico Francesco Guzzi	258
LA SPINTA EUROPEA VERSO UNA RAFFORZATA TUTELA PENALE DELLE ACQUE	283
Maristella Amisano.....	283
LA VALORIZZAZIONE DEI RESIDUI DI VINIFICAZIONE TRA ISTANZE DI SOSTENIBILITÀ E DI TUTELA DELLA QUALITÀ*	320
Andrea Saba**	320
L’OBBLIGAZIONE CLIMATICA E LA NATURA DEL PNIEC NELLA REPUBBLICA ITALIANA: SONO ERETICHE LE PRETESE DI UN LEGITTIMO ADEMPIMENTO?	336
Antonio Mitrotti *	336
RIFLESSIONI EXTRAVAGANTI SUL CODICE DEI CONTRATTI	358
Agatino Cariola	358
SPUNTI SULLA RISERVA DI OPERAZIONE AMMINISTRATIVA.	373
Domenico D’Orsogna.....	373
SULLA SOSTENIBILE LEGGEREZZA GIURIDICA DELL’AGENDA 2030 IN TEMPO DI PERMACRISI.....	377
Marcella Distefano*	377
SUSTAINABILITY IN THE FUNDAMENTAL CHARTS, WITH A FOCUS ON ITALY	389
Daniele Porena	389
THE RISK-BASED-APPROACH IN DIGITAL DIMENSION AND “MOBILE SECTOR” (LIABILITIES AND AWARENESS OF A DATA CONTROLLER)	401
Manlio d’Agostino Panebianco.....	401
TUTELA DELL’AMBIENTE, AREE PROTETTE E GOVERNO DEL TERRITORIO: SPUNTI COMPARATIVI E PROSPETTIVE DOPO LA MODIFICA DELL’ART. 9 COST.*	414
Ignazio Spadaro**	414
UNA “NUOVA” INTERPRETAZIONE ESTENSIVA DEI MOTIVI INERENTI ALLA GIURISDIZIONE (A PROPOSITO DI CASS., SEZ. UN., 23 NOVEMBRE 2023, N. 32559) ..	450
Anna Maria Liscio.....	450

UNIVERSALE, PARTICOLARE: LA MATERNITÀ SURROGATA TRA AMORE “SENZA CONFINI” E NECESSARI LIMITI DI LEGGE.	466
Maria Antonella Pasculli.....	466
INTERESSI PROTETTI E DISCIPLINA DEL TRATTAMENTO DI DATI PERSONALI PER FINALITÀ DI PUBBLICO INTERESSE IN MATERIA AMBIENTALE NELL’AZIONE DELL’AUTORITÀ GARANTE NAZIONALE	504
Ilaria Genuessi.....	504
SEZIONE SPECIALIZZATA – DIRITTO DEL LAVORO	544
ALI (AMBIENTE, LAVORO, IMPRESA)	544
BREVI NOTE SULLA EVOLUZIONE DEI PROCESSI DI COINVOLGIMENTO DEI LAVORATORI NELL’IMPRESA*	545
Lucia Venditti.....	545
L’EREDITÀ SCIENTIFICA DI MASSIMO D’ANTONA NEL DIRITTO SINDACALE ITALIANO: DEMOCRAZIA E PARTECIPAZIONE (Roma, 20 Maggio 2024)	556
Lorenzo Zoppoli	556
NUOVI LAVORI E QUESTIONE SALARIALE: SPUNTI A PARTIRE DALLA TUTELA ANTIDISCRIMINATORIA	565
Luisa Corazza.....	565
OSSERVAZIONI SULLA DECODIFICAZIONE ALGORITMICA	572
Paolo Iervolino	572
RADICAMENTO NEL TERRITORIO E DIRITTO DEL LAVORO	590
Domenico Mezzacapo	590
SCIOPERO DI ACCREDITAMENTO ED ONERI DI COMUNICAZIONE. IL RUOLO DEL DIPARTIMENTO DELLA FUNZIONE PUBBLICA *	605
Valerio Talamo**	605
TRADE UNIONS, STRATEGIC LITIGATION AND DIGITAL LABOUR PLATFORMS: A CASE-STUDY OF THE CGIL*	623
Giovanni Gaudio ** - Caterina Giulia Guidetti ***	623
<i>FOCUS</i>	650
L’INCOMPATIBILITÀ DEGLI INCARICHI NELLA PREVISIONE DELLA L. 190/2012 E NEL D.LGS. 39/2013, RIFLESSIONI ALLA LUCE DELLA SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE N. 98 DEL 4 GIUGNO 2024	651
Enrica Olla*.....	651
LA COMPLESSITÀ DELLA COMUNICAZIONE D’EMERGENZA E IL POSTO DEGLI ALGORITMI.....	664

Enzo Cevolin	664
BREVE NOTA SUI DISEGNI DI LEGGE SUL “PREMIERATO” E LE “AUTONOMIE DIFFERENZIATE	705
Paolo Maddalena	705
SERVIZI PUBBLICI LOCALI PRETERINTENZIONALI E TARIFFE (MA NON SOLO)	708
Alberto Pierobon *	708
OSSERVATORIO	763
OSSERVATORIO DI DIRITTO CIVILE N. 1/2024	764
Andrea Giocondi – Andrea Greco	764
OSSERVATORIO DI DIRITTO PENALE SOSTANZIALE N. 2/2024	776
Gaia Gandolfi – Andrea De Lia	776
Collaborazione con AMBIENTEDIRITTO.IT	794

EDITORIALE



EDITORIALE

DA UNA CRISI ALL'ALTRA. UNO SGUARDO SULL'INCERTO FUTURO DELL'UNIONE EUROPEA.

Paolo Bianchi*Professore ordinario di Diritto pubblico comparato presso l'Università di Camerino*

SOMMARIO: 1. L'Unione come prodotto delle sue crisi? - 2. Il fallimento del processo costituente del 2004. - 3. Frugali contro PIIGS. - 4. Il banco di prova della *Brexit*. - 5. Dalla pandemia al NGEU: elusione e rinvio come modelli di gestione. - 6. Il tracollo della politica estera nella guerra in Ucraina. - 7. Riformare Lisbona: ma in che modo?

1. L'Unione come prodotto delle sue crisi?

«*J'ai toujours pensé que l'Europe se ferait dans les crises, et qu'elle serait la somme des solutions qu'on apporterait à ces crises*». Per decenni la classe dirigente europea si è cullata con la frase pronunciata da Jean Monnet nel 1954 e riprodotta nelle sue *Mémoires* del 1976, impiegandola come una formula rituale destinata a rassicurare sull'inevitabile successo di un progetto di integrazione mai compiutamente delineato, ma sempre capace di sopravvivere ai passi falsi e rinnovarsi.

Il 2024 potrebbe mettere alla prova la validità di quell'affermazione, perché - in un contesto dominato da crisi di natura e origine diversa, ma tutte di estrema gravità - si delineano all'orizzonte due scadenze destinate a fornire le coordinate per l'azione delle istituzioni continentali di fronte alle sfide di estrema difficoltà che queste si trovano a dover affrontare.

Tra il 6 e il 9 giugno si elegge il Parlamento europeo. Saranno le prime elezioni dopo la formalizzazione della *Brexit* e si svolgeranno in un quadro politico altamente conflittuale nei principali stati dell'Unione.

La seconda scadenza è soltanto eventuale, ma in prospettiva è ancor più significativa: il 22 novembre 2023 il Parlamento europeo ha infatti approvato un complesso di modifiche dei trattati dell'Unione. Nella barocca architettura istituzionale vigente, la proposta è trasmessa al Consiglio che, ai sensi dell'art. 48 c. 2 TUE, può farla propria e inoltrarla al Consiglio europeo il quale, a sua volta, potrebbe iniziare il procedimento di modifica dei trattati. Torna pertanto in discussione uno dei temi chiave dell'evoluzione delle istituzioni europee, quello della



trasformazione dell'Unione in una struttura di tipo federale, con le implicazioni che questa soluzione porterebbe con sé, in termini di ridefinizione del ruolo degli stati membri, di articolazione dei processi decisionali, di democrazia e di rappresentanza.

I due appuntamenti, in sé già alquanto problematici, si collocano in un periodo di grave e prolungata crisi, non tanto e non soltanto delle politiche, quanto dell'idea stessa di Unione.

2. Il fallimento del processo costituente del 2004.

È persino difficile individuare con certezza un momento o uno specifico evento dal quale far dipendere le difficoltà odierne. Con una qualche dose di arbitrio, possiamo situare il momento iniziale nel fallimentare processo che, tra il 2004 e il 2005, portò ad elaborare e approvare un Trattato costituzionale europeo, al rigetto da parte degli elettori francesi e olandesi, all'abbandono della prospettiva costituente e all'adozione del Trattato di Lisbona. In quell'occasione si manifestarono anime diverse e in vario modo divergenti, eppure - almeno apparentemente - in grado di convivere all'interno dell'Unione, a condizione che essa restasse immobile. Sull'altro versante, furono espresse concezioni altrettanto variegata ma alla fine convergenti almeno sull'obiettivo di cambiare profondamente le strutture e i principi fondamentali.

Mi riferisco al processo, avviato con la dichiarazione del Consiglio europeo di Colonia, nel giugno 1999, proseguito a Tampere e culminato nella dichiarazione di Laeken del 2001, che condusse prima alla stesura di una Carta dei diritti, poi alla convocazione di una Convenzione, infine alla stipula del nuovo Trattato, il 29 ottobre 2004 a Roma.

Appariva evidente ai sostenitori dell'iniziativa che un complesso di elementi, sui quali si erano rette le Comunità prima e l'Unione poi - il metodo del consenso, la politica dell'integrazione per piccoli passi, la prevalenza della contrattazione intergovernativa, la rinuncia a obiettivi ambiziosi sia sul versante interno, sia per quanto riguarda il ruolo nell'arena internazionale - aveva perso la propria legittimazione agli occhi dei cittadini europei, contemporaneamente rivelandosi d'ostacolo per il raggiungimento di obiettivi più ambiziosi.

Quella che - tra la fine del secolo scorso e il 2005 - fu presentata come una vera e propria fase costituente europea, parve conciliare le posizioni di chi proponeva un modello federale che superasse lo stallo decisionale, rafforzando gli organi di governo dell'Unione, con quelle dei critici del *deficit* democratico, esemplificato dall'assenza di un catalogo di diritti e dal ruolo marginale del Parlamento europeo sia nel procedimento legislativo che nell'insediamento della Commissione.

Sul versante opposto, d'altronde, finirono per convergere le critiche - mosse da obiettivi opposti - dei partiti politici e dei governi che ritenevano lo *status quo* ottimale e l'opposizione di chi vedeva nel nuovo progetto di trattato un avanzamento troppo timido verso la formazione di una federazione europea.

I lavori della Convenzione seguirono il copione tante volte sperimentato - apparentemente con successo - in precedenza: la ricerca di un minimo comune denominatore, rispondente alla



strategia incrementale tanto cara ai fondatori delle Comunità. Restarono perciò fuori i temi controversi, mentre alcuni stati (Danimarca, Svezia, Polonia, Regno Unito) negoziarono, come del resto era prassi ormai consolidata, una serie di protocolli aggiuntivi o di *opt out* che garantissero l'inapplicabilità delle parti dei nuovi trattati da essi ritenute inaccettabili.

Si trattava, prima ancora che di istituti specifici, di una filosofia che ha sempre ispirato il processo di integrazione: consolidare i punti sui quali vi è accordo, in attesa di futuri miglioramenti. La stessa logica ha presieduto ai negoziati sull'ampliamento delle competenze delle Comunità e a quelli finalizzati all'ammissione di nuovi stati membri. Corollario di tale impostazione è l'incentivo alle cooperazioni rafforzate, concepite come passaggi intermedi in vista della successiva estensione a tutti gli stati membri.

Nel caso di specie, però, il metodo si rivelò del tutto inidoneo a raggiungere risultati soddisfacenti. I segnali furono numerosi e inequivocabili, a partire dalla complessità del procedimento: una commissione tecnica che elabora un testo, sul quale una Convenzione (non costituente ma) composta di rappresentanti dei parlamenti nazionali e di quello europeo, dei governi e della Commissione, la quale approva un testo e lo trasmette alla presidenza dell'Unione, che a sua volta apre sei mesi di ulteriori trattative intergovernative, per arrivare alla firma, che a sua volta apre in ciascuno stato membro il procedimento di ratifica.

La farraginosità del procedimento riflette le ambiguità sui principi ispiratori e sui contenuti di fondo, espresse sin dalla denominazione: un "Trattato" che "adotta una Costituzione". Non è questa la sede per approfondire i nodi irrisolti di quel testo, le sue gravi carenze sia sul piano della tutela dei diritti che su quello dell'architettura istituzionale. Sarebbe superfluo anche ricordare che l'esito negativo dei *referendum* indetti in Francia e Olanda segnò la fine del procedimento di ratifica e soprattutto di un processo di integrazione politica che all'epoca sembrava inarrestabile. Più utile è osservare, oggi, che quel fallimento recava con sé alcuni insegnamenti dei quali non si è tenuto conto, andando incontro a un complesso di difficoltà che sembrano accrescersi anziché risolversi con il passare del tempo.

Provando ad elencare gli aspetti che avrebbero meritato maggiore attenzione, al primo posto - come accennato - vi è l'impossibilità di procedere gradualmente, come era sempre avvenuto in passato, accantonando le questioni sulle quali non vi è accordo, nella convinzione che in futuro inevitabilmente l'area del consenso si amplierà. Questo *modus operandi*, efficace nel primo periodo di vita delle Comunità, ha mostrato limiti crescenti ad ogni allargamento, evidenziando il sostanziale potere di veto degli stati minori e accrescendo le difficoltà di raggiungere compromessi quando gli interessi sono, almeno potenzialmente, in conflitto tra loro. Si potrebbe obiettare che proprio le riforme in tema di maggioranze in seno al Consiglio hanno fornito gli strumenti per ovviare alle potenziali *impasse*. L'osservazione, pur corretta sul piano giuridico, incontra due limiti.

Il primo è dato dalla contrapposizione tra possibilità giuridica e opportunità politica del ricorso al voto a maggioranza, che scoraggia il suo impiego per evitare di acuire le fratture. Quando nel Consiglio si sperimenta la forte opposizione di un nucleo di stati la soluzione



prediletta è il rinvio, in attesa di un compromesso che non sempre si trova e che spesso è “al ribasso”.

L'altro limite emerso nel 2005 è l'inapplicabilità del metodo a maggioranza al di fuori delle procedure interne all'Unione, quando cioè si intenda mettere mano ai trattati. La scelta di procedere alla stipula di un trattato, abbandonando l'idea di una vera e propria assemblea costituente, ha rappresentato sia un elemento di continuità (e probabilmente ha illuso i governi di poter controllare l'esito) sia la certificazione dell'impossibilità di procedere oltre sulla strada dell'integrazione seguendo il metodo sino ad allora adottato.

Un altro elemento critico, tornato prepotentemente alla luce in questi anni, è il graduale scollamento tra una *élite* numericamente ristretta, che persegue un progetto di integrazione dall'alto, e la crescente disaffezione dei cittadini. I *referendum* francese e olandese erano un segnale forte, che si prestava a due letture, non necessariamente alternative tra loro: i cittadini non vogliono procedere oltre, verso un'Europa federale; oppure, i cittadini non apprezzano *quello specifico* modello.

La risposta dei governi dell'Unione è stata straordinariamente arrogante, poiché si è scelto di insistere su un nuovo trattato che ha lasciato in piedi la gran parte delle soluzioni organizzative, procedimentali, di rapporti tra i poteri dell'Unione e tra questi e gli Stati membri, già previste dal testo rigettato; al tempo stesso si è prontamente abbandonata la parte che lasciava intravedere un futuro assetto paragonabile ad un'entità statale, quasi che a quell'elemento, e solo ad esso, fosse da attribuire il fallimento del trattato-costituzione. Il Trattato di Lisbona, approvato quasi in sordina, soprattutto in confronto all'esaltazione mediatica che aveva accompagnato quello del 2004, ha abbandonato i simboli di una (potenziale) trasformazione dell'Unione in uno stato federale, ma ha mantenuto l'architettura istituzionale del modello precedente, perpetuandone le aporie e aprendo la strada a oltre quindici anni di crisi in rapida successione, di fronte alle quali l'Unione è restata sostanzialmente immobile.

3. Frugali contro PIIGS.

Potremmo fare molti esempi di incapacità di prevedere, di paralisi decisionale, di sottovalutazione di problemi rivelatisi con il passare del tempo pressoché insolubili, ma lo scopo di queste pagine non è formulare un elenco di capi d'accusa, tanto meno una requisitoria, quanto piuttosto indicare una linea di tendenza. Ci limiteremo perciò a richiamare i passaggi più significativi dell'ultimo decennio.

La crisi dei derivati, partita dagli Stati Uniti come problema essenzialmente delle grandi banche d'investimento, in Europa è divenuta ben presto un problema di insolvenza di alcuni stati, rispetto al quale è emersa la profonda - e già nota - divisione tra nord e sud dell'Unione, tra stati additati come incapaci di una corretta gestione dei propri bilanci e stati autoproclamatisi virtuosi. I tentativi di innescare meccanismi di tipo solidaristico si sono scontrati con i principi che regolano l'equilibrio finanziario, nel frattempo assurti a dogmi. La loro inderogabilità, impiegata per imporre alla Grecia un piano di rientro che ha comportato



la distruzione del sistema sanitario e di quello pensionistico, ha evidenziato la fragilità di istituzioni dimostratesi incapaci di creare una rete idonea a gestire collegialmente le difficoltà del singolo stato.

Anche in questo caso, come per le vicende del trattato costituzionale, è stata proposta una ricostruzione agiografica degli eventi: le autorità finanziarie sarebbero intervenute ottenendo sia di prevenire il *default*, che avrebbe inevitabilmente condotto la Grecia fuori dall'Eurozona, sia di avviare, con il consenso del governo, un piano di risanamento che - si sostiene - oggi finalmente darebbe i suoi frutti, riportando la Grecia tra gli stati virtuosi. Si è così profilata una curiosa torsione della "virtù" dello stato democratico costituzionale: non è più virtuoso lo stato che tutela i diritti civili, sociali e politici dei cittadini, bensì lo stato che assume quale stella polare della propria azione la riduzione del rapporto deficit/PIL, sacrificando ad essa ogni altro valore, principio o diritto pur costituzionalmente garantito (almeno sul piano formale).

Sull'altare della "virtù" finanziaria si sono pretesi (e ottenuti) plateali atti di sottomissione: nel caso greco, le dimissioni del governo che tentava invano di trattare con la trojka le condizioni di risanamento e la sua sostituzione con un esecutivo più malleabile; nel caso italiano, l'apposita modifica della Costituzione che, ben oltre il tenore letterale del testo, formalizza la nuova gerarchia tra i principi.

Tornando alle vicende della Grecia, anche qualora se ne voglia accogliere un'interpretazione in prospettiva salvifica, restano i dati catastrofici dell'ultimo decennio, in termini di incremento della mortalità infantile, della disoccupazione, della povertà assoluta. Finalmente si è raggiunto l'equilibrio finanziario, ma a quale prezzo? La domanda non pare suscitare alcun interesse nella *governance* dell'Unione.

Resta la constatazione che, nei momenti di grave crisi, l'Unione si pone nei confronti degli stati che ne fanno parte come uno tra i possibili interlocutori, non necessariamente quello che formulerà la proposta migliore al fine di trovare una soluzione. Nel caso di specie, la leva del rinnovo del credito è stata accompagnata da precise condizionalità che, seppur formulate in termini di adeguamento delle strutture pubbliche alle risorse, hanno avuto profonde ripercussioni sul versante della garanzia dei diritti sociali e sulla stessa forma di stato, sostanzialmente indirizzando la Grecia verso un modello neoliberale.

Il meccanismo è concepito per essere impiegato ad ogni nuova crisi come strumento di imposizione delle politiche dell'Unione anche *contro* l'orientamento prevalente a livello statale. Si tratta dell'applicazione interna di una tecnica che si è perfezionata nella fase dell'allargamento a est, quando la Commissione, nelle trattative per l'adesione, condizionava l'ingresso dello stato candidato all'adozione di un complesso di misure intese prioritariamente a smantellare le strutture dello stato socialista in nome dei principi del libero mercato e della concorrenza, e indirettamente a indebolire le istituzioni sulle quali si fondava lo stato sociale. Non stupisce pertanto che, tra i principali sostenitori delle misure più restrittive nei confronti della Grecia, vi fossero i governi degli stati dell'ex blocco sovietico, ai quali esse erano state imposte come prerequisito per la candidatura ad entrare nell'Unione.



4. Il banco di prova della *Brexit*.

Quando gli effetti della crisi finanziaria hanno cominciato a ridursi, se ne è profilata all'orizzonte una nuova, prodotta dalla scelta britannica di uscire dall'Unione. Fino a Lisbona, i trattati non prevedevano neppure una procedura di uscita concordata, sintomo di una mentalità diffusa secondo la quale appariva impensabile rinunciare ai benefici derivanti dall'appartenenza all'Unione. L'introduzione per la prima volta, nel testo attualmente in vigore, del principio secondo il quale è possibile il recesso unilaterale di uno stato (art. 50 TUE), non poteva essere interpretata come un mero scrupolo di completezza dell'ordinamento ma, come i fatti hanno dimostrato, la spia di un cambiamento in atto, almeno in alcuni stati, nella disposizione dell'opinione pubblica e del ceto politico nei confronti delle istituzioni e delle politiche europee.

La forte opposizione presente oggi in numerosi stati, impensabile nel periodo che va dall'istituzione delle Comunità agli inizi del secolo, mette in discussione l'esistenza stessa dell'Unione. Nel corso degli anni sono cresciuti e si sono rafforzati partiti dichiaratamente antieuropeisti, che in alcuni stati sono oggi al governo. Le loro argomentazioni sono a volte differenti, in qualche caso contrapposte: se è rara la pretesa di uscire semplicemente dall'Unione (proposta lanciata a fine gennaio dalla *leader* di AFD in Germania), più frequente è la richiesta di subordinare la permanenza a nuove e più severe condizioni finanziarie per gli stati pesantemente indebitati (è il caso ad es. dei partiti attualmente al governo in Olanda, Austria e Svezia), nel quadro di una continua riedizione del conflitto tra frugali e PIIGS.

Torna ciclicamente a ripresentarsi anche l'idea di formalizzare un modello di Unione a due (o più) velocità, che può a sua volta preludere a una futura scissione dei "virtuosi" dai "reprobi" o, più modestamente, al progetto di trasformare il nucleo economicamente più solido dell'Unione nel suo motore anche politico.

Una variante è la pretesa di alcuni stati di mantenere il proprio *status* di membri dell'Unione, derogando però agli *standard* in materia di diritti fondamentali o di garanzie democratiche, come è avvenuto nella scorsa legislatura in Polonia e come ancora oggi rivendica il governo ungherese. Possiamo dire, in termini generali, che si va affermando una concezione fluida di appartenenza all'Unione, nella quale gli obblighi e i diritti connessi sono di volta in volta soggetti a contrattazioni tra gli esecutivi statali e quello europeo.

È forse l'evoluzione impreveduta di un concetto che in passato è stato propagandato come fattore di integrazione nel lungo periodo: che a condizioni diverse di sviluppo potessero corrispondere, coesistendo nell'Unione, livelli diversi di omogeneizzazione. Sul piano attuativo ciò ha trovato espressione nell'istituto delle cooperazioni rafforzate. La cooperazione rafforzata nasce come fase intermedia di integrazione, quando non tutti gli stati membri riescono a raggiungere *standard* più elevati. L'obiettivo dichiarato è il graduale ampliamento dei partecipanti all'istituto, fino alla sua generalizzazione e dunque al suo pieno accoglimento nell'*acquis*. È però insita nella nozione anche la possibile differenziazione tra gli stati membri, che implica sottoinsiemi all'interno dello *status* comune, ed è questa che oggi sembra destinata a prevalere. Si è in più occasioni parlato del rischio di un'Europa *à la carte*, di un nucleo forte,



a seconda dei casi individuato nei Paesi fondatori, nell'asse franco-tedesco o negli stati "frugali". Comunque lo si raffiguri, il modello del nucleo forte postula un centro e una o più periferie, con una corrispondente differenziazione dei diritti e degli obblighi.

È comprensibile che la soluzione risponda all'esigenza di smuovere l'Unione dalle situazioni di stallo che frequentemente ne paralizzano l'azione, consentendo la coesistenza di "velocità diverse". Gli effetti collaterali possono riassumersi nella frammentazione delle politiche e dei centri decisionali, e più in generale nella diffusa considerazione, che emerge con frequenza dalle prese di posizione degli esecutivi statali, che sia possibile ottenere un'appartenenza all'Unione modellata sulle esigenze contingenti, rigettando o rinviando l'adempimento di obblighi o il conseguimento di obiettivi che in un dato momento l'elettorato ritiene eccessivamente gravosi.

Potremmo osservare che la logica ispiratrice della condizionalità, nata come strumento di pressione della Commissione sugli stati candidati ad entrare nell'Unione, estesa ai rapporti con gli stati membri in difficoltà, si presti oggi ad essere ribaltata dagli Stati contro l'Unione stessa, con un metodo che di volta in volta è qualificato come ricattatorio, ostruzionistico, antidemocratico, ma sostanzialmente corrisponde all'ispirazione originaria, seppur utilizzato in direzione opposta. Così, oggi il governo ungherese può negoziare il sostegno alla proposta della Commissione di finanziare la difesa dell'Ucraina all'abbandono (di almeno alcune) delle procedure di infrazione avviate per violazione dei diritti umani e dei principi dello stato di diritto. A mio parere, siamo ben oltre la normale dialettica politica, per sconfinare in una precisa apposizione di condizioni limitative dell'esercizio delle funzioni della Commissione, in cambio del via libera ad una iniziativa di politica internazionale.

5. Dalla pandemia al NGEU: elusione e rinvio come modelli di gestione.

In un quadro già ampiamente degradato si è innestata la pandemia da Covid-19, che in questa sede interessa dal punto di vista delle pressioni alle quali ha sottoposto le istituzioni europee.

Il primo approccio, quando la pandemia è arrivata sul continente, è stato contraddistinto dalla cautela e dal richiamo degli organi dell'Unione alle proprie limitate attribuzioni in materia. Significativa è anche, da questo punto di vista, la reazione - potremmo dire il riflesso condizionato - degli stati confinanti con l'Italia nel momento in cui si è accertata la diffusione del virus, che com'è noto ha avuto nel nostro Paese il punto di accesso al continente: la chiusura delle frontiere e la sospensione del patto di Schengen. Si tratta di una possibilità offerta dal trattato, pertanto non è un atto eversivo né illegittimo, nondimeno ha un forte valore simbolico la circostanza che la prima risposta sia stata il ritorno alla dimensione statale anziché la ricerca di una soluzione comune; risposta che ha dimostrato plasticamente in breve tempo la sua inefficacia. Solo quando l'emergenza sanitaria ha coinvolto tutti gli stati membri si è pensato a un intervento propriamente riconducibile all'Unione e ai suoi valori fondanti, che però - si è visto ancora una volta in quella circostanza - ben poco hanno a che vedere con i diritti fondamentali dei suoi cittadini, tra i quali dovrebbe avere una collocazione primaria il diritto



alla salute. La Commissione si è infatti distinta per la capacità di fungere da intermediaria per l'acquisto dei dispositivi di protezione individuale nella prima fase dell'epidemia e successivamente dei vaccini.

Ancora una volta si è mostrata agli europei - e al mondo - l'inadeguatezza dell'Unione di fronte alle sfide estreme. Questa si è infatti limitata a svolgere una funzione, per così dire, puramente mercantile, mentre il momento richiedeva l'assunzione di responsabilità e la capacità di delineare strategie concretamente perseguibili.

In quel contesto sono emerse anche, con una chiarezza che in precedenza era mancata, carenze strutturali incompatibili con il preteso ruolo di potenza globale. L'Unione, infatti, ha dimostrato di non aver sviluppato un complesso di strutture di ricerca idonee ad affrontare la minaccia in atto, finendo per appoggiarsi alla ricerca statunitense sia nella fase di individuazione del vaccino, sia in quella di controllo, in cui l'EMA non è stata in grado di differenziarsi dalla omologa agenzia d'oltre oceano.

Un secondo elemento - almeno altrettanto grave - si rivelò l'incapacità del sistema produttivo di far fronte alla domanda, dimostrando come i processi di delocalizzazione in atto sul continente da almeno vent'anni abbiano portato l'Europa a divenire il principale mercato mondiale, senza che siano sopravvissute strutture produttive idonee a far fronte alla propria stessa domanda in ambiti strategici quale, in quel caso, l'industria farmaceutica e - come avremmo visto di lì a poco - quella bellica. Alla crisi del sistema della ricerca dobbiamo pertanto aggiungere la crisi della produzione industriale.

Vi è però un terzo versante nel quale sono apparse evidenti le aporie nelle quali l'Unione si dibatte da tempo, senza trovare soluzioni soddisfacenti. Mi riferisco alle misure economiche intese a contrastare la (ennesima) crisi produttiva e occupazionale conseguente alla pandemia. L'approccio iniziale, come è ormai consuetudine delle istituzioni europee, è stato minimalista: ci si è illusi che fosse sufficiente la continuazione della linea Draghi sul *quantitative easing*, avviata di fronte alla - ormai consueta - difficoltà di alcuni stati, fra i quali l'Italia, ad affrontare i rischi da sovraindebitamento e la tendenza alla crescita dei tassi d'interesse. Si è, in sostanza, pensato che la paralisi del sistema produttivo, le difficoltà delle imprese private e il conseguente tracollo delle entrate tributarie potessero essere affrontate mediante un intervento che consentisse agli stati di indebitarsi a condizioni di maggior favore, agevolando al tempo stesso il credito ai privati.

È da notare che questa prima misura di approccio è stata adottata da un organismo del quale i trattati proclamano la natura tecnica e la separatezza rispetto agli organi politicamente legittimati. In altri termini, la principale iniziativa politica di uno dei periodi di maggiore difficoltà dell'Unione e dei suoi cittadini è stata assunta da un soggetto privo di legittimazione popolare anche indiretta e al quale l'attività politica è preclusa in virtù della sua indipendenza garantita dai trattati. Ciò non è stato, d'altronde, sufficiente a neutralizzare l'impatto politico delle scelte - che poi non erano altro che la prosecuzione di quelle avviate sin dalla crisi del 2008 - perché sulla continuazione del *quantitative easing* si è immediatamente innestato il consueto confronto (sia interno alla Commissione che fra gli stati) tra i "frugali" e gli



“irresponsabili”. Lettura che oggi possiamo definire riduttiva e insufficiente, perché limitata ai termini economici prima, di finanza pubblica poi, quando era possibile vedere all’opera un complesso di fattori generatori di crisi, a partire da quello strettamente sanitario, a loro volta potenziati dall’eredità delle crisi irrisolte.

Il tentativo di portare il dibattito oltre le strettoie della finanza pubblica ha posto in luce l’incapacità di allontanarsi dal copione conosciuto: le richieste, in un primo tempo soprattutto italiane, di intervento essenzialmente finanziario a sostegno del debito pubblico che stava andando fuori controllo; le reazioni dei paesi meno indebitati e meno colpiti dalla pandemia, improntate alla resistenza ad ogni costo, persino oltre il ragionevole.

Lo stallo fu risolto dalla presa di posizione franco-tedesca, ma questa non è certo una novità nei processi decisionali della UE, che conoscono una netta distinzione tra i procedimenti disposti dai trattati e quelli - effettivamente applicati - improntati alla *realpolitik*. Dobbiamo però constatare che, anche in questa occasione, non vi è stato il salto di qualità da alcuni auspicato e che alcuni hanno voluto vedere nella soluzione adottata. Nel merito, infatti, lo schema del *Next Generation Europe* è un meccanismo di finanziamento per interventi realizzati dagli stati membri, cui si accede a richiesta, previa valutazione dell’ammissibilità, condotta dalla Commissione, accettando di inquadrare le azioni statali nello schema europeo. L’adozione dei progetti garantisce un finanziamento agevolato, al quale deve aggiungersi una quota di investimento statale. sulla realizzazione dei progetti vigila la Commissione, che può sanzionare lo stato inadempiente.

Si tratta, in definitiva, di un’applicazione del modello degli aiuti assistiti da condizioni, impiegato da lungo tempo e mutuato dal piano Marshall. La stessa UE vi ha fatto ricorso in modo intensivo nella fase di transizione dei paesi dell’est dal socialismo reale all’ingresso nell’Unione, quando la Commissione ha negoziato l’adesione subordinandola al rispetto di *standard* (in materia di ambiente, di concorrenza, di privatizzazioni, di tutela dei diritti umani) fissati unilateralmente (seppur formalmente concordati) e collegati all’erogazione di finanziamenti vincolati alla realizzazione delle riforme ritenute necessarie al fine della convergenza verso l’*acquis communautaire*. Più di recente lo strumento del prestito condizionato è stato utilizzato, come si è detto, nella fase di rientro della Grecia, quando le garanzie finanziarie sono state subordinate al raggiungimento di obiettivi di taglio della spesa pubblica e all’adozione di un piano di riforme. Cambiano i dettagli, le percentuali di cofinanziamento e, naturalmente, i vincoli imposti (o, più pudicamente, “concordati”), resta costante la logica ispiratrice.

È bene tener presente, infatti, che - al di là della retorica ampiamente dispensata sull’afflato solidaristico e il rinnovato spirito europeo - strumenti di questo genere collegano l’erogazione di prestiti all’imposizione di obiettivi di natura politica, destinati a promuovere modifiche significative agli assetti produttivi, al quadro normativo e quindi, indirettamente, all’insieme dei diritti individuali e al loro livello di tutela negli ordinamenti degli stati “beneficiari”.

Non vi è, in definitiva, innovazione nello strumento impiegato, negli obiettivi perseguiti, nei meccanismi di controllo. La quantità delle risorse messe in gioco è significativa, ma



dobbiamo ricordare che per ricavarla è stato necessario ridurre voci del bilancio UE importanti in prospettiva futura, come ad es. il sostegno alla ricerca. Sono stati oggetto di commenti entusiasti i finanziamenti a fondo perduto, ma anche in questo caso dobbiamo circoscrivere la portata innovativa: gli stati vi accedono previo impegno di risorse proprie, il cui impiego rientra negli stessi criteri di condizionalità, con la conseguenza che a ciascuno stato è richiesto di impegnare quote più o meno significative del proprio bilancio per accedere a quanto l'Unione erogherà, con un meccanismo che prospetta una tendenziale convergenza tra le scelte politiche statali e gli obiettivi di riforma perseguiti a livello europeo.

Ne consegue che, tramite il cofinanziamento, l'Unione ottiene il risultato di condizionare (ulteriormente) sia gli ordinamenti statali che l'indirizzo politico ad essi interno: il carattere pluriennale del progetto comporta necessariamente che ad esso debbano adeguarsi anche le maggioranze successive (ed in ipotesi contrapposte) a quella che lo ha concordato con gli organi dell'Unione.

Si tratta, infine, di una forma di erogazione condizionata non solo a monte, ma anche in fase di attuazione del progetto: la fitta rete di controlli *in itinere* ed *ex post* consente un elevato livello di intromissione nelle modalità e nelle tempistiche di realizzazione degli interventi programmati. Le cronache di questi mesi mettono in luce le evidenti carenze della nostra classe politica e della pubblica amministrazione, ma al tempo stesso sono soltanto il prologo di un prossimo capitolo, che verosimilmente consisterà in una nuova, estenuante e umiliante trattativa tra il governo e la Commissione per evitare la revoca dei finanziamenti a fronte di inadempimenti che già si profilano all'orizzonte.

Nello stesso quadro concettuale si è collocato il serrato confronto sull'uso del MES per l'emergenza sanitaria. Si è evitato accuratamente di affrontare il dramma come conseguenza (anche) di politiche che - da un decennio - privilegiano l'equilibrio dei conti rispetto alla qualità dei servizi; si è persa l'occasione per un dibattito sul futuro: una maggiore integrazione dei sistemi sanitari? Politiche comuni di prevenzione? Niente di tutto ciò. Si è preferito parlare esclusivamente di fondi vincolati e circoscritti all'emergenza, di condizioni e interessi da imporre ai debitori come se questi fossero, anziché *partners*, nemici sconfitti; soluzioni talmente necessarie e così ben formulate che il *Pandemic crisis support* istituito dal MES e operativo dal 2020 al 2022 non ha ricevuto nessuna richiesta di intervento.

6. Il tracollo della politica estera nella guerra in Ucraina.

Mentre le economie europee iniziavano a risollevarsi dalla crisi pandemica, se ne è profilata un'altra, determinata dall'invasione russa dell'Ucraina.

In questa sede non è possibile approfondire le numerose questioni sollevate intorno alle cause e allo svolgimento del conflitto. Ci interessa segnalare le difficoltà che incontra l'Unione nel contesto di una guerra che non la vede direttamente coinvolta ma incide profondamente sui suoi assetti: dall'energia, alla politica di ampliamento, alla collocazione sul piano internazionale.



La prima - e più evidente - è la sostanziale assenza dalla scena diplomatica: la crisi si è sviluppata ed è sfociata in una guerra che ormai dura da oltre due anni, senza che le istituzioni europee abbiano saputo ritagliarsi un ruolo né al fine di prevenire il conflitto, né per chiuderlo. Fin dagli eventi del 2014 è mancata una autonoma iniziativa politica intesa a cercare soluzioni pacifiche, privilegiandosi al contrario la totale sovrapposizione tra la posizione assunta dalla NATO e quella dell'Unione. Quest'ultima ha semplicemente aperto alla candidatura ucraina, lasciando intendere che l'ammissione potesse automaticamente risolvere sia la disputa territoriale con la Russia, sia le controversie interne, legate alla minoranza russofona.

Vi è in questo atteggiamento un fondo di presunzione, che coincide con la posizione sostanzialmente passiva assunta nel corso delle vicende che hanno condotto all'invasione, quasi che l'Unione potesse, con la sola propria esistenza, costituire un centro di attrazione irresistibile, e che la prospettiva di ingresso dell'Ucraina fosse sufficiente a risolvere sia i suoi conflitti interni che quelli con la Russia.

L'impreparazione di fronte allo sviluppo della crisi, insieme all'incapacità di gestirne gli sviluppi, traspaiono anche soltanto dalla cronologia delle tappe di avvicinamento dell'Ucraina all'Unione. La candidatura ucraina viene presentata solo il 28 febbraio 2022, quattro giorni dopo l'invasione russa. In soli quattro mesi ottiene lo *status* di Paese candidato, apparentemente svolgendo in un periodo così breve i passaggi che non erano stati affrontati - né tanto meno risolti - nel decennio precedente.

Nel procedere in tale direzione si sono abbandonati tutti i criteri consolidati nel corso di decenni in ordine alla verifica delle condizioni dello stato richiedente e nell'impostazione della convergenza sull'*acquis comunitaire*: il 9 febbraio 2023, dopo quasi un anno di guerra, il Consiglio europeo riconosceva «i notevoli sforzi compiuti dall'Ucraina negli ultimi mesi per conseguire gli obiettivi alla base dello *status* di paese candidato all'adesione all'UE». Il 12 dicembre dello stesso anno il Consiglio plaudiva ai progressi fatti dal governo ucraino sulla via dell'integrazione normativa con l'Unione, riconoscendo «l'impegno dell'Ucraina» e accogliendo «con favore i progressi compiuti», compiacendosi «del fatto che il quadro legislativo e istituzionale in materia di diritti fondamentali sia in vigore», approvando «l'allineamento della legislazione dell'Ucraina relativa ai *media* all'*acquis* dell'UE in materia di servizi di media audiovisivi» ed elogiando i progressi compiuti in tema di anticorruzione e contrasto alle oligarchie. Contrasta con questo quadro il duro richiamo alla realtà con il quale il governo ucraino il 28 aprile ha notificato al Consiglio d'Europa la sospensione e limitazione della tutela di alcuni dei diritti garantiti dalla CEDU, per consentire l'applicazione della legge marziale.

È utile, a titolo di confronto per quanto riguarda la durata e il rigore delle procedure di adesione all'Unione, riportare il caso della Bosnia-Erzegovina, che ha presentato la sua richiesta nel 2016, divenendo candidata solo nel dicembre 2022, per giungere all'avvio dei negoziati nel marzo 2024. Analogamente la Macedonia del Nord, candidata dal 2004, nel dicembre 2023 ha ricevuto l'invito del Consiglio ad adottare le modifiche costituzionali richieste, al mero scopo di «completare la fase di apertura dei negoziati di adesione».



La differente velocità e il diverso livello di richieste della Commissione e del Consiglio tra i candidati “ordinari” e l’Ucraina segnalano la rottura di una consolidata prassi e paiono sottintendere che vi siano casi, come questo, in cui le prospettive di allargamento prevalgono sulla necessità di omogeneizzare il quadro normativo *prima* dell’ingresso. Una scelta per certi versi analoga, seppure in un contesto meno drammatico, fu fatta con il primo allargamento a est dell’Unione, quando si decise di scommettere sulla ancora incerta democratizzazione dei Paesi fino ad allora satelliti dell’Unione Sovietica. La scommessa, com’è noto, fu vinta solo in parte, perché l’impatto dei nuovi membri scardinò forse definitivamente la coesione interna, mentre le democrazie dell’est presentano ancor oggi elementi di grave instabilità, come testimonia la stessa Commissione con l’apertura di procedimenti di infrazione nei confronti di Polonia (il 29 aprile 2020, il 14 luglio 2021 e ancora il 26 gennaio 2023) e Ungheria (il 14 luglio 2021 e il 7 febbraio 2024) per l’adozione di leggi in contrasto con la tutela dei diritti fondamentali e lesive del principio di separazione dei poteri.

Lo stesso esito pare profilarsi anche per la vicenda ucraina: nel dopoguerra si intende ammettere uno stato nel quale sono evidenti (e lo erano già prima del conflitto) le ingerenze degli oligarchi, le limitazioni dei diritti civili e politici, gli effetti della corruzione diffusa a ogni livello. Non è ragionevole attendersi che questi anni di guerra e di legge marziale possano migliorare il quadro complessivo di tutela dei diritti fondamentali e di rispetto dello stato di diritto.

Ma una riflessione sugli assetti postbellici, oggi, sarebbe fuori luogo, non solo perché la guerra si trascina senza che sia possibile intravederne né la fine né l’esito, pur potendosene immaginare e già in parte misurare gli effetti catastrofici.

Quel che oggi è all’ordine del giorno è la totale passività della UE di fronte alle scelte belliche in senso stretto dei soggetti coinvolti: Russia, Ucraina e NATO. A niente vale ricordare la parziale sovrapposizione tra quest’ultimo organismo e l’Unione, poiché non vi è coincidenza tra gli stati membri, non vi è una strategia comune formalmente definita ma soltanto, ad oggi, l’acquiescenza dell’Unione a decisioni prese in sede NATO. Ciò è particolarmente evidente nella contingenza attuale, in cui l’Unione non ha esercitato alcuna iniziativa intesa a evitare la guerra o avviare trattative di pace, appiattendosi sulla posizione assunta dalla NATO e dall’Ucraina.

Nei decenni passati le classi dirigenti e l’opinione pubblica europea hanno accolto con orgoglio la narrazione secondo la quale l’Unione è una “potenza civile” nell’arena internazionale, impegnata a promuovere la pace e lo sviluppo sia al suo interno sia nei rapporti internazionali. Le vicende di questo biennio hanno travolto sotto ogni punto di vista quel mito, restituendoci l’immagine di una potenza commerciale priva di una propria politica e di qualunque capacità di iniziativa.

L’istituzione dell’Alto rappresentante per gli affari esteri e la politica di sicurezza nel 1997 e l’ampliamento delle sue competenze con il Trattato di Lisbona intendevano prefigurare la formazione di un indirizzo comune di politica estera e di sicurezza, ma gli eventi più recenti hanno evidenziato l’esatto contrario: la voce di Josep Borrell è sovrastata da quella degli stati



membri, che propongono visioni radicalmente in contrasto tra loro, senza che emerga una posizione europea.

La UE è ad oggi, con circa 100 miliardi di euro stimati, la principale finanziatrice degli ucraini, eppure non ha alcuna voce in capitolo in una guerra rispetto alla quale è formalmente esterna ma dalla quale ha già subito danni rilevanti in termini di difficoltà di approvvigionamento alle fonti energetiche, con ulteriori effetti in termini di produzione, occupazione, prezzi. Le sanzioni economiche deliberate nei confronti della Russia hanno investito in primo luogo le imprese europee, aggravando la loro condizione finanziaria. Lo scenario che si va delineando vede nell'Unione la seconda vittima di una guerra che la investe indirettamente ma in modo pesante.

Le risposte interne alla crisi scatenata dalla guerra mostrano come la *governance* europea sia stata colta di sorpresa, senza alcun piano di intervento nell'immediato né nel medio periodo. Così, ad esempio, la tardiva "scoperta" della dipendenza energetica dalla Russia è sintomatica del *deficit* di programmazione in materia: ci si era rivolti alla Russia dopo il tracollo delle primavere arabe, quando l'instabilità dei paesi nordafricani ha evidenziato la fragilità della catena di approvvigionamento; a distanza di 15 anni scopriamo che la soluzione adottata allora era altrettanto provvisoria. Nel frattempo, il programma di riconversione verso le rinnovabili, a lungo rinviato, oggi subisce un'improvvisa accelerazione che desta perplessità, non tanto per l'obiettivo perseguito quanto per la tempistica, che impone alle imprese investimenti imponenti in un contesto di incertezza politica e tecnologica e lascia i costi dell'operazione a carico degli stati e, in definitiva, dei cittadini.

Alla passività sul piano delle relazioni internazionali si affianca la presa d'atto che non vi è stata una politica energetica e industriale comune, sostituita dall'affannosa, ma puntigliosa, regolazione interna, intesa soprattutto a impedire la formazione di regimi oligopolistici in ogni settore produttivo. Con la conseguenza, sempre più evidente, che i grandi gruppi industriali europei, da un lato si rivelano inadeguati a competere in un contesto globale nel quale le fusioni sono sostenute e incoraggiate dai governi, dall'altro decentrano sempre più spesso la produzione per sfuggire ai vincoli posti dall'Unione. La guerra ha messo in evidenza uno scenario di deindustrializzazione dal quale oggi si vorrebbe improvvisamente allontanarsi, senza considerare che - lasciando da parte le sortite propagandistiche - per invertire la tendenza sarebbe necessario almeno un decennio di investimenti e nuove politiche, per le quali non sembra esservi interesse.

L'Unione finanzia la difesa ucraina partendo dal presupposto che quella guerra tra due stati terzi riguardi anche il nostro destino comune. Se quell'assunto è valido, dobbiamo chiederci perché il dibattito sulla difesa comune europea sia ancora sostanzialmente fermo ai decenni passati, mentre l'invasione di due anni fa ci ha costretto a "scoprire" che le forze armate degli stati membri sono scarsamente efficienti e sottodimensionate, che l'industria militare non è in grado di far fronte alle richieste e che i bilanci degli stati membri non consentono di riorganizzare in tempi ragionevoli i sistemi di difesa. Tali interrogativi si sommano a quelli sulla effettiva (ma inaccettabile) sovrapposizione tra gli indirizzi politici della NATO, quelli



degli stati e quelli dell'Unione, dalla quale deriva la sostanziale impossibilità che l'Unione maturi una propria organizzazione difensiva.

Neppure è possibile sperare in un futuro nel quale le questioni saranno affrontate lontano dall'emergenza: fino a quando questa non si è profilata, le soluzioni non sono state cercate. Per tornare alla nota formula di Jean Monnet, la risposta alla crisi attuale pare collocarsi al di fuori dell'Unione, dato che il segretario generale della NATO ha recentemente proposto la formazione di un fondo di circa 200 miliardi di euro per finanziare il riarmo.

Se tale proposta dovesse andare in porto, tramonterebbe definitivamente la prospettiva di una difesa dell'Unione, sia per l'insostenibilità tecnica di due strutture militari regionali, sia per i costi. D'altronde, la rinuncia europea a una propria difesa equivarrebbe all'abbandono di una prospettiva di integrazione politica.

7. Riformare Lisbona: ma in che modo?

Le istituzioni europee hanno avviato sin dal 2019 un processo di riforma dei trattati, che parte dalla consapevolezza di quanto gli strumenti attuali si siano rivelati inadeguati.

Dobbiamo dire che le circostanze si sono rivelate sfavorevoli alla maturazione di un'adeguata informazione e di un dibattito ampio. L'iniziativa, frutto della collaborazione tra Consiglio, Commissione e Parlamento, è stata denominata *Conferenza sul futuro dell'Europa*. Avrebbe dovuto iniziare i suoi lavori nel maggio 2020, ma la pandemia ha imposto il rinvio di un anno.

La Dichiarazione comune che ha costituito la base per il dibattito è un campionario di questioni di estrema importanza ma di ardua, se non impossibile, soluzione, nel quale il futuro delle istituzioni europee è stato accostato a problemi di definizione e di tutela dei diritti individuali, alla transizione ecologica del sistema produttivo e ai fenomeni migratori. Anche i principi e gli obiettivi paiono ripetizioni di parole d'ordine già consuete: ad es. non è chiaro cosa significhi l'intenzione di «costruire un'Europa più resiliente», né in quale direzione si intenda orientare l'onnipresente riferimento alla sostenibilità.

Lo scopo ultimo della Conferenza consisteva nella elaborazione di proposte di modifica dei trattati vigenti, mentre la consultazione stessa manifestava l'esigenza di promuovere un avvicinamento tra le istituzioni e i cittadini. a tale scopo sono stati aperti *panels* di discussione sia virtuali che fisici, in diverse città dell'Unione. In occasione della conclusione dei lavori, il 9 maggio 2022, le tre istituzioni coinvolte hanno magnificato la partecipazione popolare all'iniziativa, anche se cinque milioni di accessi al sito web, 50.000 partecipanti attivi e 6.500 dibattiti non descrivono propriamente un'ondata di entusiasmo popolare, se rapportati a circa mezzo miliardo di cittadini.

I risultati della conferenza sono stati sintetizzati in 49 proposte progettuali, volte all'adozione di 326 misure, alle quali le tre istituzioni si sono impegnate a dar seguito nell'ambito delle rispettive competenze. Per quanto riguarda la Commissione, questa già il 17 giugno 2022 ha presentato un dettagliato piano d'azione, giungendo - un anno dopo - ad affermare di aver adottato il 95% delle misure di propria competenza. Tale esito si presta a



valutazioni contrastanti. Se da un lato può segnalare la sollecitudine a farsi carico delle richieste dei cittadini ed essere assunto a simbolo di un rinnovato rapporto tra questi e le istituzioni europee, dall'altro può essere letto come l'indicatore dell'inerzia delle stesse nei confronti di temi che i cittadini ritengono prioritari. Poiché l'azione della Commissione non implica modifiche ai trattati, una percentuale così alta di azioni intraprese soltanto *in seguito* alla consultazione permette di ipotizzare che fino ad allora la Commissione abbia trascurato di esercitare un'ampia parte delle proprie attribuzioni, o che, quanto meno, abbia operato dando la priorità ad azioni diverse da quelle sollecitate dai cittadini.

Sembra essere sfuggito, nei passaggi della consultazione continentale, che compito della politica in primo luogo, delle istituzioni - statali ed europee - in secondo luogo, non è proporre sedi di discussione e redigere ponderosi documenti di sintesi. La ricognizione dei bisogni è semmai la premessa dell'attività politica a ogni livello. Ad essa dovrebbe seguire la funzione più importante della politica, la sintesi e l'elaborazione di indirizzi, sui quali i cittadini convergeranno (o meno). Ben venga allora il recupero dell'interlocuzione tra governanti e governati, purché i primi non vengano meno alla loro funzione, e purché non si tratti di una iniziativa occasionale e propagandistica.

Diverso è il percorso per quanto riguarda il Parlamento e il Consiglio, destinatari delle proposte di modifica dei trattati. Il Parlamento ha incaricato la propria Commissione affari costituzionali (AFCO) di analizzare le proposte per tradurle eventualmente in emendamenti ai trattati. La AFCO ha approvato un rapporto il 22 agosto 2023, che l'assemblea ha fatto proprio traducendolo il 22 novembre in una risoluzione contenente le numerose proposte di modifica sia del TUE che del TFUE.

Non è questa la sede idonea per un esame analitico delle innovazioni proposte, per cui ci limiteremo a segnalare le principali modifiche alla forma di governo dell'Unione. L'elemento più significativo è l'adozione del voto a maggioranza nel Consiglio, con l'esplicito abbandono della regola dell'unanimità. Si tratta di un tema affrontato più volte senza esito negli ultimi trent'anni, ed in esso è racchiuso il nocciolo dell'evoluzione dell'Unione da organizzazione internazionale - per quanto peculiare - a struttura federale. La circostanza che questo passaggio non si sia ad oggi ancora compiuto non è certo casuale, ma riflette la dialettica tra organi dell'Unione e stati membri, contrassegnata da fasi diverse e tensioni crescenti, che - come si è cercato di argomentare in queste pagine - hanno condotto alla paralisi decisionale rivelatasi insormontabile nelle recenti crisi. La proposta generalizza il ricorso alla maggioranza qualificata e prevede alcune ipotesi di maggioranza rinforzata, che si tradurrebbe nell'esclusione del potere di veto in capo ad un numero limitato di stati. Su questo punto si giocherà gran parte del dibattito intorno alla revisione dei trattati, perché la sua approvazione comporterebbe una irreversibile perdita di sovranità (soprattutto per gli stati più piccoli) alla quale si accompagnerebbe l'accelerazione dei tempi di decisione del Consiglio, lasciando prevedere l'inesco di un processo di centralizzazione inarrestabile.

Gli indizi della tendenza a strutturare i rapporti tra i poteri dell'Unione in direzione analoga a quelli interni agli stati traspaiono dalle proposte relative al procedimento legislativo, laddove



la risoluzione «pone l'accento sull'importanza di riformare il processo decisionale dell'Unione in modo da rispecchiare con maggior fedeltà un sistema bicamerale, conferendo ulteriori poteri al Parlamento europeo». L'intento è condurre su un piano di sostanziale parità il peso del Consiglio e del Parlamento nella fase di elaborazione e approvazione dei testi, anche in questo caso ridimensionando il ruolo del primo (e dunque degli stati).

Analogamente, nella proposta la Commissione assumerà la denominazione di "Esecutivo", contestualmente al suo rafforzamento, anche in questo caso, nei confronti del Consiglio. Significativa in proposito la proposta di abrogare l'art. 122 TFUE (secondo il quale in circostanze eccezionali il Consiglio può agire su proposta della Commissione, limitandosi a informare il Parlamento) introducendo un nuovo art. 222.1 TFUE, in base al quale in tali occasioni «il Parlamento europeo e il Consiglio possono conferire alla Commissione poteri straordinari», previa deliberazione del primo a maggioranza semplice e del secondo a maggioranza qualificata.

Anche la formazione dell'Esecutivo è interessata da modifiche importanti, dato che il Presidente sarà proposto con voto del Parlamento anziché, come avviene oggi, dal Consiglio Europeo.

Tutte le innovazioni proposte rispecchiano la volontà di costruire un sistema di raccordi istituzionali che configura una forma di governo parlamentare nel quadro di rapporti tra stati membri e organi dell'Unione tendente all'accentramento dei poteri presso quest'ultima. In tal senso è indicativa anche la proposta di attribuire al Parlamento maggiori poteri in materia di difesa, di governo dell'economia e di diritto di famiglia (ancora una volta riducendo quelli del Consiglio) e più in generale di ampliare le competenze esclusive dell'Unione in tema di salute, istruzione, ricerca, ambiente ed energia.

Il passaggio chiave è però quello del Consiglio europeo, nel quale sarà possibile valutare l'orientamento degli stati membri di fronte a innovazioni potenzialmente capaci di modificare irreversibilmente i rapporti di forza tra essi e le istituzioni europee. La difficoltà può essere percepita già dall'analisi delle scadenze: dopo la risoluzione del Parlamento, il Consiglio ha messo le riforme dei trattati all'ordine del giorno della seduta del 21-22 marzo, ma nelle conclusioni troviamo un mero rinvio: «Il Consiglio europeo si occuperà delle riforme interne in una prossima riunione con l'obiettivo di adottare, entro l'estate del 2024, conclusioni su una tabella di marcia per i lavori futuri». È chiaro l'intento di rinviare ogni approfondimento al momento in cui si sarà delineata, in seguito alle elezioni, una maggioranza parlamentare e si sarà formata una nuova Commissione.

I segnali non sono confortanti, dato che la recente modifica del Patto di stabilità ha seguito i binari ormai consolidati di una persistente conflittualità tra gli stati, che a fronte della necessità impellente di rivedere meccanismi di controllo rivelatisi paralizzanti per l'economia e lo sviluppo sociale, hanno preferito ripiegare su ritocchi al fine di ottenere un sostanziale rinvio delle decisioni. È perciò inevitabile dubitare che il progetto di riforma radicale approvato dal Parlamento possa ricevere una buona accoglienza, se e quando il Consiglio europeo deciderà di affrontare la discussione in proposito.



Un altro segnale viene dal dibattito elettorale in corso. Premessa l'inevitabile considerazione della totale assenza di un contesto politico comune europeo e la conseguente limitazione del confronto all'interno dei singoli stati, dobbiamo rilevare come il tema delle riforme dell'Unione, a fronte delle gravi e continue crisi che pongono in dubbio il suo stesso futuro, sia del tutto ignorato dai partiti politici e dai candidati.

La frase di Jean Monnet con la quale abbiamo aperto queste considerazioni postulava che le crisi fossero riconosciute come tali, che fossero affrontate e in qualche modo risolte. Le vicende degli anni passati e quelle presenti sembrano proporre un metodo ben diverso: lasciare che le crisi si evolvano, nella speranza (o nell'illusione) che la soluzione emerga spontaneamente, e rinviare ogni scelta fondamentale al remoto futuro nel quale sarà possibile decidere senza la pressione dell'emergenza. Si tratta di un metodo che si è dimostrato ampiamente insoddisfacente ma che, a quanto pare, presenta la caratteristica attraente di favorire l'elusione delle responsabilità dei soggetti chiamati a decidere.

SAGGI



ALLE RADICI STORICHE DEL "NUOVO" PRINCIPIO DEL RISULTATO NELLE PROCEDURE AD EVIDENZA PUBBLICA

Danijel Bukovec *

Abstract [It]: Lo scritto si propone di esaminare le radici storiche e le novità introdotte dal nuovo codice dei contratti pubblici del 2023, con particolare attenzione ai principi del risultato e della fiducia, che segnano una svolta rispetto al passato. Si esamina il principio del favore per la gara pubblica, formatosi nel XIX secolo come espressione del liberalismo e della diffidenza verso i funzionari pubblici. Tale principio è stato successivamente rafforzato e ampliato dal legislatore italiano ed europeo, basandosi sull'idea che la concorrenza rappresenti il metodo più efficace per tutelare gli interessi pubblici. Viene inoltre spiegato il modello del contratto ad evidenza pubblica, sviluppato dalla dottrina e dalla giurisprudenza per legittimare l'uso di strumenti di diritto privato da parte della Pubblica Amministrazione e per garantire il perseguimento dell'interesse pubblico attraverso la motivazione e il controllo delle decisioni contrattuali. Si sostiene che il principio della gara pubblica abbia incontrato delle difficoltà a causa della proliferazione degli interessi tutelati dalla normativa, i quali non sono più limitati al minimo costo e alla massima partecipazione, ma includono anche esigenze sociali, ambientali e di sviluppo sostenibile. In conclusione, si argomenta che il principio del risultato, che comporta un aumento della discrezionalità delle stazioni appaltanti, richiede un cambiamento culturale volto a valorizzare l'iniziativa e l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici, oltre a una maggiore armonizzazione tra i principi di legalità, trasparenza e concorrenza.

Abstract [En]: The objective of this analysis is to examine the historical origins and innovations introduced by the new public procurement code of 2023, with particular emphasis on the principles of result and trust, which represent a significant departure from the past. The principle of favoring public tendering, which emerged in the 19th century as an expression of liberalism and distrust of public officials, is explored in depth. This principle was later strengthened and expanded by Italian and European legislators, based on the notion that competition is the most effective means to protect public interests. The model of public procurement contracts is also outlined, developed by legal doctrine and jurisprudence to legitimize the use of private law instruments by the Public Administration and to ensure the attainment of public interest through motivated and controlled contractual decisions. The analysis highlights the challenges faced by the principle of public tendering due to the proliferation of interests protected by legislation, which now encompass not only minimal cost and maximum participation but also social, environmental, and sustainable development needs. In conclusion, the analysis argues that the Principle of Result, which involves increasing the discretion of contracting authorities, necessitates a cultural shift towards valuing the initiative and decision-making autonomy of public officials, as well as a greater harmonization of the principles of legality, transparency, and competition.



SOMMARIO: 1. Introduzione: il tema di dibattito. - 2. Il principio di favore per la gara pubblica. - 3. La gara pubblica dopo il tramonto del sistema della legge di contabilità. - 4. Lo schema dell'evidenza pubblica. - 5. La crisi dei modelli "meccanici". - 6. Il risultato nel d.lgs. n. 36/2023. - 7. Risultato, fiducia e automazione. - 8. Conclusioni.

1. Introduzione: il tema di dibattito.

La recente approvazione del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 ha richiamato l'interesse di molti commentatori che si sono cimentati nello studio delle varie novità introdotte dalla norma; tra queste, risaltano i nuovi principi proposti dal legislatore ed in particolare quelli enunciati in apertura del nuovo Codice dei contratti pubblici, che sembrano segnare una svolta importante rispetto al passato, ma dai contorni ancora non pienamente definiti.

In effetti, il legislatore ha affermato in più occasioni l'importanza di questo plesso di norme¹. Ciò in verità non stupisce se si considera che la sezione dedicata ai principi, alcuni dei quali del tutto inediti in questa nuova formulazione, ha rappresentato uno degli apporti maggiormente "creativi" del nuovo decreto. Il nuovo Codice rappresenta il primo intervento di ampio respiro in questa materia che non sia conseguenza diretta di nuove direttive europee da recepire. Conseguentemente, per quanto riguarda le norme di dettaglio, gli imperativi di questa riforma sono stati l'eliminazione del c.d. "gold plating" e la semplificazione, come delineato dalla legge delega (legge 21 giugno 2022, n. 78)². La norma doveva operare soprattutto in negativo, eliminando quanto vi era di inutile o dannoso nell'assetto precedente; è significativo che il legislatore, in questa occasione coadiuvato dai tecnici del Consiglio di Stato, abbia sentito la necessità di andare oltre questa direttiva di massima intervenendo anche sui principi. Escludendo che si sia trattato di un mero esercizio di stile, è da ritenere che alla base di questa scelta vi sia stata la consapevolezza che la semplificazione da sola, seppure

1 * *Dottore in Scienze del Governo e Politiche Pubbliche Università degli Studi di Trieste*

A partire da quanto espresso nella *Relazione agli articoli e agli allegati dello Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici* predisposta dal Consiglio di Stato. La sezione ivi dedicata al commento della Parte I del Codice (p. 10 ss) si apre con l'affermazione che il nuovo Codice intende distinguersi dal precedente d.lgs. n. 50/2016 in cui il ruolo dei principi subiva «una compressione rilevante da parte delle norme puntuali» e prosegue citando il parere dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato del 7 maggio 2013, n. 13, secondo cui «i principi rendono intellegibile il disegno armonico, organico e unitario sotteso al codice rispetto alla frammentarietà delle sue parti, e consentono al tempo stesso una migliore comprensione di queste, connettendole al tutto». L'importanza dei principi è stata inoltre sottolineata dal coordinatore della Commissione speciale del Consiglio di Stato, Luigi Carbone, durante numerosi interventi di presentazione del Codice, scritti e orali.

2 L'articolo 1 della legge n. 78/2022 affermava che la delega era mirata a perseguire l'adeguamento al diritto europeo e ai principi espressi dalla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori, interne e sovranazionali, e la razionalizzazione, il riordino e la semplificazione della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, al fine di evitare l'avvio di procedure di infrazione da parte della Commissione europea e di giungere alla risoluzione delle procedure avviate. A tal fine l'articolo 2 poneva poi 31 «principi e criteri direttivi», 10 dei quali menzionavano esplicitamente la «semplificazione».



intesa non solo in senso "formale", ma come effettivo sfoltoimento degli oneri burocratici³, non fosse sufficiente, che andasse cioè accompagnata con delle indicazioni di tipo deontologico, quali sono i principi giuridici, che possano guidare l'attività degli attori operanti in questa materia anche in assenza di disposizioni iper-dettagliate.

La positivizzazione dei principi, come è noto, non è un fenomeno nuovo nel campo del diritto amministrativo⁴, tant'è che tutte le leggi in materia di appalti pubblici, a partire dalla fondamentale legge Merloni del 1994, contenevano già degli elenchi di principi più o meno ampi. La novità del nuovo Codice quindi non è la presenza dei principi in sé, ma riguarda piuttosto la loro natura e il ruolo, più ampio, che dovrebbero assumere nelle intenzioni del legislatore. Si pone allora il problema di verificare se essi costituiscano un elemento di discontinuità con il passato tale da giustificare le affermazioni di chi ritiene che si tratti di un vero e proprio cambio di paradigma.

Si anticipa sin da subito che la questione è ancora aperta. In particolare, a proposito dei principi del risultato e della fiducia, si registrano posizioni differenti, tra chi effettivamente riconosce agli stessi grande rilevanza e chi invece è portato a sminuire la loro proclamata portata innovativa⁵. Questo dibattito, apparentemente confinato al reame della teoria, ha conseguenze relevantissime: studiare i principi giuridici, soprattutto quando essi non siano esplicitati dal legislatore, significa infatti comprendere enunciazioni simboliche, che sono percepite come evidentemente "giuste" in un dato momento storico, e che in virtù di questa percezione danno giustificazione assiologica a un certo *corpus* di norme⁶.

3 Luigi Carbone afferma, a tal proposito, che «si è cercato di rifuggire una semplificazione “sulla carta” [...] Si è invece perseguita una semplificazione “effettiva”, riducendo le norme di estremo dettaglio a beneficio di una maggiore discrezionalità per le amministrazioni», G. Pellegrino (a cura di), *Il nuovo codice degli appalti – La scommessa di un cambio di paradigma: dal codice guardiano al codice volano?*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2023, p. 20.

4 Sul punto M. A. Sandulli, R. De Nictolis (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, p. 290, secondo cui negli ultimi decenni il legislatore nazionale e quello comunitario hanno deciso di «regolare direttamente una rilevante parte del diritto amministrativo, stabilizzando alcuni principi derivati dalla giurisprudenza e prevedendo altri principi di carattere originale»; Cfr. anche F. G. Scoca, *Diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 202 ss, secondo cui «con sempre maggior vigore, [i principi] sono diventati, al contempo, guida dell'azione amministrativa e parametro di valutazione per gli organi deputati al controllo».

5 Tra i primi si ricorda F. Cintioli, *Il principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *giustizia-amministrativa.it*, 18 maggio 2023; S. Perongini, B. Merola, *Il principio di concorrenza nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in M. Calabrò et al., *Studi sui principi del Codice dei contratti pubblici*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023; tra i secondi, A. M. Chiariello, *Una nuova cornice di principi per i contratti pubblici*, in *Il diritto dell'economia*, anno 69, 110 (2023, 1), pp 141-161, e, per quanto riguarda il principio della fiducia, R. S. Vigorita, *La fiducia nell'amministrazione e dell'amministrazione: riflessioni intorno all'articolo 2 del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *federalismi.it*, 2023, 17, pp 271-280.

6 Sulla natura assiologica dei principi giuridici cfr. R. Guastini, *La sintassi del diritto*, Torino, Giappichelli, 2011. Si ricorda poi la definizione stessa di "principio", con accezione generica, quale «Concetto, motivo, convinzione che sta alla base d'un ragionamento o che forma uno dei fondamenti di una dottrina, di una scienza, di una disciplina, di un particolare sistema» (*Principio* (voce), in *Dizionario enciclopedico italiano*, Roma, Istituto della Enciclopedia italiana, 1970).



2. Il principio di favore per la gara pubblica.

Punto di partenza e fonte di ispirazione per questa analisi sono stati gli studi condotti negli anni '70 del secolo scorso da Francesco Paolo Pugliese⁷, che all'epoca giungeva alla conclusione che la materia degli appalti fosse ispirata a due principi fondamentali, rispettivamente il principio di «favore per la gara pubblica» ed il principio di «evidenziazione delle procedure»⁸.

Tra le opere dell'Autore vi è un fondamentale studio⁹ sulle origini della contrattualistica pubblica al tempo dell'Unità d'Italia, con cui lo stesso approfondì l'origine del primo dei due principi, peraltro il più rilevante dal punto di vista pratico. In esso l'Autore andava ad indagare, ripercorrendo le dichiarazioni di giuristi ed esponenti politici dell'epoca, quali fossero le convinzioni ideologiche che consentirono l'affermazione e il perpetrarsi di quella regola fondamentale secondo la quale «tutti i contratti nell'interesse dello Stato avranno luogo a pubblici incanti»¹⁰, e giungeva alla conclusione che essa fosse da riconnettersi allo spirito liberale del tempo. Questa constatazione, apparentemente banale, è però pregnante di conseguenze per l'analisi degli sviluppi successivi e merita quindi di essere approfondita nel suo percorso argomentativo.

Innanzitutto, per contestualizzare l'analisi svolta da Francesco Paolo Pugliese, il quale tratta solamente il periodo successivo all'Unità, giova ripercorrere brevemente anche le vicende precedenti al 1865. La disposizione sull'obbligo di "pubblici incanti" è più risalente, è infatti contenuta nella fondamentale legge 23 marzo 1853, n. 1483, detta "legge Cavour" dal nome del suo illustre proponente. Essa rappresenta il vero punto di inizio di questa vicenda. Le Regie patenti del 31 marzo 1817 che fino a quel momento disciplinavano la materia finanziaria e contabile nel Regno di Sardegna, non contenevano disposizioni precise per quanto riguardava le procedure di scelta del contraente, pur non essendo sconosciuta la pratica dei "pubblici incanti"¹¹. L'ordinamento ammetteva dunque un ampio margine di libertà per i detentori dei

7 Si ricordano, in particolare, F. P. Pugliese [et al.], *Rapporto sulle procedure contrattuali pubbliche in Italia, Francia e Stati Uniti : proposte ed osservazioni per una riforma*, Milano, A. Giuffrè, 1974; F. P. Pugliese, *I contratti delle amministrazioni federali negli Stati Uniti d'America: government contracts*, Padova, CEDAM, 1974; e F. P. Pugliese, *Sulla normazione contrattuale pubblica dopo l'unificazione*, in *Quaderni storici*, 1971, 3, pp 731-762.

8 Questa tesi, in verità esposta in maniera molto sintetica, viene esplicitata a p. 5 di F. P. Pugliese [et al.], *Rapporto sulle procedure contrattuali pubbliche in Italia, Francia e Stati Uniti : proposte ed osservazioni per una riforma*, cit., dove costituisce la premessa per una critica a tutto campo che l'Autore sviluppa avverso alla normativa vigente all'epoca.

9 Ci si riferisce a F. P. Pugliese, *Sulla normazione contrattuale pubblica dopo l'unificazione*, cit.

10 Art. 24, l. 23 marzo 1853, n. 1483.

11 In merito all'ordinamento vigente nel Regno di Sardegna prima della "legge Cavour" v. Ministero del tesoro, Ragioneria generale dello Stato, *Ragioneria generale dello Stato - origine e sviluppi*, Roma, Istituto poligrafico dello Stato, 1959 e G. Stolfi, *Dall'amministrare all'amministrazione - Le aziende nell'organizzazione statale del Regno di Sardegna (1717-1853)*, Firenze, Firenze University Press, 2014, che, oltre a descrivere la struttura complessiva degli uffici amministrativi del Regno e l'evoluzione delle modalità di gestione della finanza pubblica, riporta diversi esempi di corrispondenza tra funzionari



pubblici poteri, temperato solamente dalla previsione per cui i contratti dovevano essere approvati dal Re su relazione dei suoi ministri, che procedevano ad un esame degli stessi, sia nella sostanza che nella forma¹², ma in assenza di criteri ben definiti. La legge del 1853 poneva fine a questo sistema nell'ambito di una riorganizzazione complessiva della macchina amministrativa dello Stato, necessaria a seguito dell'approvazione dello Statuto albertino. Nel nuovo assetto costituzionale disegnato dallo Statuto, infatti, al parlamento era assegnata la competenza in materia di bilancio¹³ e dunque emergeva la necessità di una maggiore trasparenza nelle spese. L'iter di approvazione della legge del 1853 pare non essere stato ancora oggetto di uno studio approfondito, tuttavia è ragionevole pensare che i motivi che ispirarono le disposizioni sui contratti, condensate in soli cinque articoli dal 24 al 28 del Capo quarto, furono le stesse che evidenzia Francesco Paolo Pugliese con riferimento alle leggi approvate dopo l'Unità, dato che queste ultime riproponevano, quasi immutate, le stesse disposizioni.

L'analisi dello studioso si concentra sulla riforma Cambray-Digny del 1869, che confermava l'obbligo generalizzato di "pubblici incanti", pur con delle eccezioni che nella prassi si riveleranno assai rilevanti, e giunge alla conclusione che «nell'ordinamento dello Stato borghese si dava preferenza alla procedura dell'asta quale metodo generale di stipulazione dei contratti [in quanto] essa era certamente quella che più e meglio rispecchiava il profondo convincimento, o, se si vuole, il mito liberale del cittadino che tutelando e perseguendo i propri interessi curava e realizzava altresì quelli dello Stato»¹⁴.

In altre parole, con il meccanismo degli incanti si andava a ricreare quella libera concorrenza in cui la "mano invisibile" del mercato fa sì che il massimo profitto dell'imprenditore coincida con il massimo guadagno per la società, in questo caso rappresentata dallo Stato acquirente, guadagno che veniva concepito in senso utilitaristico proprio come «massimo profitto aziendale»¹⁵. La matrice contabilistica della disciplina sugli appalti, infatti, è rivelatrice del fatto che, in quel sistema, la concorrenza ingenerata per mezzo della gara fosse finalizzata principalmente a garantire la corretta gestione del denaro pubblico; al contrario, in epoche più recenti, lo stesso principio verrà declinato quale strumento per incentivare la parità di trattamento degli operatori economici, in particolare ad opera del diritto europeo¹⁶.

relativa a procedure di appalto di lavori che menzionano lo svolgimento di "pubblici incanti" nella prima metà dell'800.

12 Ministero del tesoro, Ragioneria generale dello Stato, op. cit., p. 55.

13 Articolo 10, Statuto fondamentale della Monarchia di Savoia del 4 marzo 1848.

14 F. P. Pugliese, *Sulla normazione contrattuale pubblica dopo l'unificazione*, cit., p. 738.

15 *Ibidem*.

16 Sulla differente funzione della concorrenza nella normativa sulla contabilità dello Stato rispetto alla successiva disciplina europea sugli appalti cfr. G. M. Racca, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Napoli, Jovene, 2000. Sulla successiva evoluzione del ruolo della concorrenza nella disciplina nazionale ed europea, M. Clarich, *Contratti pubblici e concorrenza, Testo della relazione per il 61° Convegno di Studi Amministrativi su "La nuova disciplina dei contratti pubblici fra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione"*, Varenna 17-19 settembre 2015 in *Astrid rassegna*, 2015, 19, il quale evidenzia come il riferimento alla tutela della concorrenza quale scopo della normativa sugli appalti abbia rappresentato anche uno strumento per lo Stato italiano per ancorare



In seconda battuta, il legislatore italiano ottocentesco riteneva necessario che la scelta del contraente avvenisse per mezzo di aste pubbliche perché vi era una sfiducia diffusa nell'onestà dei funzionari dell'amministrazione¹⁷. In altre parole, si riteneva che affidare la scelta a un meccanismo automatico nonché basato su un unico criterio, il prezzo, fosse più efficiente che adottare delle procedure maggiormente flessibili, ma che inevitabilmente avrebbero comportato di concedere un più ampio margine di discrezionalità a chi, nel concreto, avrebbe dovuto gestirle.

Con il passare del tempo divenne chiaro che l'obbligo della gara pubblica ormai non era più solo una regola con una fattispecie specifica, ma si era affermato un vero e proprio principio di favore per la gara pubblica a discapito di qualsiasi altro tipo di procedura selettiva. La regola del "pubblico incanto" (asta pubblica), infatti, venne riproposta in tutte le successive formulazioni della legge di contabilità, fino allo storico r.d. 18 novembre 1923 n. 2440¹⁸. Altro sintomo della preferenza accordata dal legislatore a questo tipo di procedure fu l'istituzione della licitazione privata, meccanismo che mirava ad estendere il metodo dell'asta anche ad alcuni contratti che secondo l'originaria legge n. 1483 del 1853 era permesso concludere mediante trattativa privata¹⁹. Infine, può essere vista in quest'ottica anche la progressiva procedimentalizzazione²⁰, nel secondo dopoguerra, della stessa trattativa privata.

la disciplina della materia tra le proprie competenze esclusive a scapito delle Regioni, al contrario, nelle più recenti direttive europee in tema di appalti e concessioni la tutela della concorrenza sembra cedere parzialmente il posto ad altri valori di natura ambientale e sociale, di cui *infra*, par. 5.

17 Ivi, in particolare a p. 744, dove si riporta la citazione di R. Bonghi, secondo cui nella seconda metà dell'800 non erano rari «affari combinati col governo grazie all'accomodante interessamento di deputati, contratti del governo stipulati con amici di deputati, e via dicendo» e p. 737 dove si riporta la citazione di G. De Giuli, secondo cui «le cautele [...] hanno per iscopo principale di garantire sia dalle conseguenze dell'imperizia, debolezza o malafede degli agenti dell'amministrazione, come dell'avidità dei privati con essa contraenti». A causa di questa sfiducia, la legislazione sugli appalti «finiva per tradursi in un sistema articolato di controlli amministrativi», come riportano S. Fantini, H. Simonetti, *Le basi del diritto dei contratti pubblici*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2022, p. 8.

18 L'articolo 3 del r.d. 18 novembre 1923 n. 2440 dispone che: «Tutti i contratti dai quali derivi una entrata od una spesa per lo Stato debbono essere preceduti da pubblici incanti, a meno che, per particolari ragioni, delle quali dovrà farsi menzione nel decreto di approvazione del contratto, e limitatamente ai casi da determinarsi nel regolamento, l'amministrazione non ritenga preferibile la privata licitazione.».

19 La natura della licitazione privata è chiarita dall'articolo 50 del r.d. 13 dicembre 1863, n. 1628 (Regolamento per la esecuzione della legge di contabilità), con cui appare sulla scena questa particolare procedura. In esso si chiarisce che solo «I contratti dei quali la legge permette la stipulazione colla dispensa degli incanti, si possono conchiudere per mezzo di licitazione privata o di semplice trattativa» tenendo conto dell'«importanza dell'oggetto o dalla natura del servizio, secondo il prescritto dai regolamenti speciali.».

20 Contrariamente all'opinione secondo cui la pubblica amministrazione contrattante mediante trattativa privata andasse assimilata ad un qualsiasi privato contrattante, inizialmente dominante e sostenuta anche dalla Corte di Cassazione (Cass., Sez. un., 28 settembre 1955, n. 2658), negli anni successivi la giurisprudenza del Consiglio di Stato cercò di imporre dei vincoli sulla trattativa privata, affermando, che, se nel corso dell'iter di formazione negoziale venivano emanati da parte della P. A. «atti di



3. La gara pubblica dopo il tramonto del sistema della legge di contabilità.

A mezzo secolo di distanza dalla pubblicazione delle opere di Francesco Paolo Pugliese possiamo forse ampliare le conclusioni della sua riflessione.

Come è noto, a partire dagli anni '70²¹ del secolo scorso la materia dei contratti pubblici è stata interessata da un crescente numero di direttive emanate dalla Comunità europea che hanno comportato il progressivo abbandono del sistema basato sulla menzionata legge di contabilità del 1923. Da un punto di vista formale si è assistito ad una cesura netta: le direttive comunitarie hanno introdotto delle logiche completamente nuove sotto molti punti di vista, a partire dall'ambito soggettivo e oggettivo di applicazione delle norme in questione²², ed è mutata persino la terminologia utilizzata. Se però si limita l'analisi al piano dei principi è facile notare come, almeno fino alla fine degli anni '90 del secolo scorso, vi sia stata una forte somiglianza tra i fini perseguiti dalla Comunità europea ed i principi liberali che ispirarono la legislazione del periodo post-unitario.

L'intervento della Comunità europea in questa materia si giustificava essenzialmente in virtù dell'attuazione della libertà di stabilimento e della libera prestazione di servizi, sancite dagli originari articoli 57 e 100 del Trattato CEE, nonché, in seguito, in funzione della creazione del mercato unico interno²³. Ne è derivata, però, la codificazione di una serie di principi "operativi" che tradivano la sfiducia nei confronti delle amministrazioni che avrebbero dovuto applicare concretamente le nuove disposizioni²⁴. Come è evidente dal tenore degli stessi, il principale ostacolo da superare per la realizzazione dell'obiettivo prefissato veniva identificato nelle resistenze che sarebbero potute emergere da parte delle pubbliche amministrazioni degli stati membri; bisognava evitare, cioè, che le stesse potessero decidere a chi affidare le commesse pubbliche sulla base di considerazioni legate alla nazionalità dei candidati e non

dichiarazione di volontà», questi erano da considerarsi come atti amministrativi, dunque in rapporto agli stessi potevano nascere interessi legittimi, tutelabili in sede giurisdizionale. Il giudice partiva infatti dal presupposto che per quanto nella trattativa privata «la pubblica Amministrazione godrà di una potestà discrezionale molto più ampia che negli altri casi [di gara]», essa «non è istituto più "privatistico" di quanto non sia la licitazione anch'essa detta privata» (Cons. St., Ad. Plen., 28 gennaio 1961 n. 3).

21 Il processo è iniziato con le direttive 71/304/CEE e 71/305/CEE del Consiglio del 26 luglio 1971, che coordinavano le procedure di aggiudicazione dei soli appalti di lavori pubblici.

22 A differenza delle leggi di contabilità del legislatore italiano, che avevano un ambito di applicazione soggettivo limitato agli organi dello Stato, le direttive comunitarie elaborano la nozione di «amministrazione aggiudicatrice», che, riferendosi ad una molteplicità di soggetti pubblici, consente di estendere l'applicazione delle direttive a essi tutti senza ricorrere ad atti separati.

23 L'Atto Unico Europeo del 1986 modificò il trattato fondante della CEE e prescrivendo esplicitamente l'«apertura degli appalti pubblici nazionali» (art. 24) in vista della creazione del mercato interno entro il 1993.

24 Il preambolo della Direttiva 71/305/CEE del Consiglio del 26 luglio 1971 poneva i seguenti principi operativi: «divieto di prescrizioni tecniche di effetto discriminatorio, sufficiente pubblicità degli appalti, elaborazione di criteri obiettivi di partecipazione e istituzione di una procedura che permetta di assicurare congiuntamente l'osservanza di tali principi».



alle qualità dell'offerta presentata²⁵.

Rispetto al legislatore italiano di metà '800, il legislatore comunitario non si pone la preoccupazione degli appalti quale fonte di spesa pubblica da contenere²⁶, tuttavia entrambi identificano la libera concorrenza attraverso la gara come il mezzo più efficiente per conseguire gli obiettivi della propria politica²⁷, ed entrambi vedono nel cattivo utilizzo del potere discrezionale delle strutture amministrative il principale ostacolo per il buon funzionamento della stessa²⁸.

Conseguentemente, le procedure di gara inizialmente contemplate dalle direttive comunitarie non erano particolarmente dissimili da quelle previste dal r.d. 18 novembre 1923 n. 2440. Vi erano naturalmente delle differenze. Quando intervenne l'ordinamento comunitario, infatti, era ormai palese l'inadeguatezza del sistema posto dalla legge di contabilità, in particolare per il fatto che la selezione delle offerte era basata su un unico elemento, il prezzo monetario²⁹. L'esperienza dell'inefficienza di questo criterio, precedentemente adottato anche da altri paesi europei, portò all'introduzione del criterio dell'offerta economica più vantaggiosa³⁰, che assunse un ruolo via via sempre più ampio fino

25 Cfr. G. Napolitano, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2023, 3, p. 287 ss, che afferma: «è nota la ratio dell'intervento regolamentare europeo: il timore che le amministrazioni, in quanto attori non di mercato, siano naturalmente indotte a comportamenti discriminatori».

26 Cfr. M. Clarich (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 348, secondo cui «Mentre la procedimentalizzazione dell'evidenza pubblica nella legislazione di contabilità impone dei limiti diretti a garantire la corretta gestione del denaro pubblico (non a caso le disposizioni sono contenute in testi normativi dedicati alla contabilità pubblica), il fulcro delle disposizioni di derivazione comunitaria in materia di appalti è la tutela della concorrenza e del mercato».

27 Sul tema, cfr. G. M. Racca, op. cit., cap. terzo, secondo cui la giurisprudenza di fine '800 evidenziava che le "forme" all'epoca previste per l'aggiudicazione dei contratti pubblici tutelavano i principi di pubblicità, libera concorrenza e parità di trattamento.

28 Di questo avviso è ancora Gabriella M. Racca secondo cui «si rivela una significativa consonanza tra obiettivi dello Stato nazionale di metà Ottocento e ordinamento europeo: allora come oggi il corretto (e morale) impiego delle risorse appare necessario all'affermarsi di un'istituzione», ma soprattutto «Anche per l'Unione europea la concorrenza è un mezzo a servizio della crescita economica e del benessere dei cittadini», G. M. Racca, op. cit., p. 193.

29 È noto, infatti, che il criterio del prezzo più basso «non assicura, soprattutto quando il prezzo è troppo basso, la qualità della prestazione, sotto il profilo ad esempio, della buona esecuzione del lavoro, dei tempi di realizzazione e di consegna, delle soluzioni tecniche applicate, del materiale impiegato ecc.» (F. G. Scoca, op. cit., p. 433).

30 Questa formula venne mutuata dalla legislazione francese; ricalcava il sistema di aggiudicazione lì vigente per l'*appel d'offres*, che a sua volta si ispirava alle tecniche di contrattazione pubblica in uso negli Stati Uniti, come riportato in F. P. Pugliese [et al.], *Rapporto sulle procedure contrattuali pubbliche in Italia, Francia e Stati Uniti: proposte ed osservazioni per una riforma*, cit., p. 98. S. Fantini, H. Simonetti, ne *Le basi del diritto dei contratti pubblici*, cit., nota che l'influenza del modello francese si rinveniva anche in altri aspetti, tra cui la preferenza per le procedure formalizzate di gara; in ogni caso, le regole che derivavano da questo modello, per essere coerenti con gli obiettivi fondanti del Trattato CEE, vennero «(ri)orientate diversamente e rese funzionali in primo luogo alla concorrenza tra privati e solo secondariamente all'equilibrio contabile dell'amministrazione» (ivi, p. 20).



a diventare il criterio preferenziale con le ultime direttive del 2014. Con riferimento all'ordinamento comunitario non si può dunque parlare di «principio di favore per la gara pubblica»³¹, tuttavia esso manteneva una preferenza per, o quanto meno ammetteva, procedure di selezione del contraente che potremmo definire di tipo “meccanico” in quanto non prevedevano momenti di confronto negoziale tra le stazioni appaltanti e gli operatori economici³².

Il legislatore italiano poi, nella sua opera di recepimento delle direttive, ha finito per accentuare questa tendenza meccanicistica, unendo all'obiettivo europeo della promozione della concorrenza quello tipicamente nazionale della tutela della legalità e della lotta alla corruzione³³. Fin dagli anni '90 del secolo scorso, quando la legislazione di derivazione europea ha iniziato a prevalere sul sistema disegnato dalla legge di contabilità, il legislatore, sull'onda degli scandali di Tangentopoli, non si è limitato a trasporre nel nostro ordinamento le indicazioni che pervenivano dalla Comunità europea, ma ha voluto porre ulteriori restrizioni alla discrezionalità delle stazioni appaltanti. Emblematico è proprio il caso della legge Merloni³⁴ che associava obbligatoriamente ad ogni procedura di gara un dato criterio di aggiudicazione delle offerte, disposizione che peraltro venne censurata dalla Corte di giustizia³⁵. Nella stessa direzione andavano anche le disposizioni sul subappalto, che il legislatore italiano ha sempre cercato di limitare se non di vietare del tutto, in contrasto con l'orientamento più permissivo delle direttive comunitarie³⁶.

In conclusione, osserviamo come l'azione del legislatore, nazionale ed europeo, dalla metà dell'800 e fino a tempi recentissimi, sia stata prevalentemente guidata da un “principio di

31 v. *supra*, par. 2.

32 Secondo autorevole dottrina, peraltro, il legislatore comunitario, pur tutelando la concorrenza, non avrebbe espresso alcun *favor* per gli automatismi e le decisioni vincolate, tendenza che sarebbe da imputare principalmente al legislatore italiano. Sul punto cfr., M. Clarich, *Contratti pubblici e concorrenza*, cit.

33 Ad esempio, la relazione illustrativa al disegno di legge per la l. 11 febbraio 1994, n. 109 (detta “l. Merloni”) menzionava «il senso del rispetto e del trasparente uso delle risorse pubbliche» evidenziando come per il legislatore italiano la trasparenza non fosse solo uno strumento per implementare la concorrenza, come nella concezione comunitaria, ma anche un mezzo per tutelare l'erario da accordi illeciti o corruttivi.

34 l. 11 febbraio 1994, n. 109.

35 La Corte, infatti, si esprime affermando che «[la direttiva che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori] osta ad una normativa nazionale la quale, ai fini dell'aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici mediante procedure di gara aperte o ristrette, imponga, in termini generali ed astratti, alle amministrazioni aggiudicatrici di ricorrere unicamente al criterio del prezzo più basso.» (C. Giustizia. CE, Sez. II, 7 ottobre 2004 in causa C-247/02).

36 Per un inquadramento dei problemi relativi al subappalto, v. A. Lento, *Il subappalto nel diritto pubblico*, in *giustizia-amministrativa.it*, 30 ottobre 2023, la quale pone in evidenza come per il legislatore comunitario il subappalto, anche a cascata, rappresenti uno strumento positivo per favorire la partecipazione delle PMI al mercato delle commesse pubbliche; al contrario in Italia esso è stato sottoposto a un regime restrittivo almeno a partire dalla l. 13 settembre 1982, n. 646, che prevede una pena per chiunque, avendo in appalto opere riguardanti la pubblica amministrazione, ricorra al subappalto senza l'autorizzazione dell'autorità competente.



sfiducia" nelle scelte delle stazioni appaltanti; ciò ha portato al perpetrarsi del favore accordato alle procedure di tipo "meccanico", che limitassero al minimo il potere discrezionale delle stesse stazioni appaltanti. Il modello ideale di tali procedure era il modello microeconomico della concorrenza perfetta tra privati³⁷, a cui, sempre nelle intenzioni del legislatore, il mercato delle commesse pubbliche avrebbe dovuto assomigliare il più possibile.

4. Lo schema dell'evidenza pubblica.

La ricostruzione condotta fin qui riguarda solamente uno dei due poli della vicenda degli appalti pubblici. Altrettanto fondamentale, soprattutto dal punto di vista teorico, è il ruolo del secondo principio menzionato in apertura, l'«evidenziazione»³⁸ delle procedure, neologismo che ben descrive il concreto operare del modello del contratto ad evidenza pubblica teorizzato da Massimo Severo Giannini³⁹.

Anche in questo caso, per meglio comprendere la natura del principio, è necessario ricostruire la sua genesi, che è legata principalmente alla elaborazione dottrinale e giurisprudenziale degli istituti attraverso cui si snodano le procedure per la conclusione dei contratti pubblici. Quella che Antonio Amorth definì l'attività amministrativa di diritto privato⁴⁰, in cui è ricompresa l'attività contrattuale delle pubbliche amministrazioni, poneva infatti varie difficoltà dal punto di vista teorico. Una volta stabilito, il che non era scontato, che gli enti pubblici potessero servirsi di strumenti di diritto privato per perseguire finalità pubbliche⁴¹, che quindi i contratti conclusi dallo Stato (in senso lato) erano dei negozi di diritto privato, rimaneva ancora un problema. Era necessario anche spiegare perché, nel concludere questi negozi esso non gode dell'autonomia privata che è concessa agli altri soggetti dell'ordinamento, ma deve invece seguire una procedura rigidamente definita, come è tipico

37 Sul punto cfr. D. Capotorto, *Lo Stato consumatore e la ricerca dei suoi principi*, in *Dir. Amm., Riv. Trim.*, 2021, 1, p. 165 ss, secondo cui «la prospettiva in cui si muoveva la normativa nazionale ed europea di prima, seconda e terza generazione» era quella di «riprodurre nel mercato pubblico le logiche proprie del mercato privato» secondo il «modello liberale del committente privato».

38 v. *supra*, par. 2.

39 M. S. Giannini, *Diritto Amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1970, p. 677 ss.

40 V. A. Amorth, *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, ora in *Scritti giuridici*, vol. 1, Milano, A. Giuffrè, 1999.

41 Nell'800, infatti, a seguito del fenomeno della "pubblicizzazione" si affermò l'idea che il provvedimento fosse lo strumento tipico dell'agire amministrativo e la dottrina faticava ad ammettere che fosse ammissibile un'attività amministrativa di diritto privato, pur non giungendo mai a negare esplicitamente la natura privatistica dei contratti pubblici. Il tema è trattato ampiamente da L. Mannori, B. Sordi, *Storia del diritto amministrativo*, Roma, Editori Laterza, 2001; Altri autori si sono occupati del tema della diffidenza verso il contratto in opere più risalenti, tra cui: F. Ledda, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 1965; S. A. Romano, *L'attività privata degli enti pubblici: problemi generali, la capacità giuridica privata*, Milano, A. Giuffrè, 1979; S. Cassese, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, Garzanti, 1995, p. 67 ss, che evidenzia come in Italia la "pubblicizzazione" fece seguito ad una fase in cui invece tutta l'attività amministrativa veniva ricondotta a schemi privatistici; cenni sul tema sono presenti anche in M. S. Giannini, op. cit., p. 655 ss.



dell'attività regolata da norme di diritto amministrativo⁴². Proprio per risolvere questa contraddizione e per poter radicare anche in questa materia la giurisdizione del neocostituito giudice amministrativo⁴³, la dottrina elaborò, attraverso un lungo percorso, quella complessa costruzione teorica che prende il nome di contratto ad evidenza pubblica⁴⁴.

Il modello del contratto ad evidenza pubblica si basa sull'idea che l'attività amministrativa di diritto privato delle pubbliche amministrazioni sia funzionale al perseguimento dell'interesse pubblico al pari dell'attività di diritto amministrativo, e che perciò sia necessario «dar evidenza alle ragioni di pubblico interesse per le quali si sono adottate certe decisioni»⁴⁵. Come si vede, si tratta di un principio estremamente flessibile, che stabilisce una regola abbastanza generica, ancorché fondamentale.

Questo principio peraltro non esclude necessariamente quello di favore per la gara pubblica, di cui anzi costituiva il complemento nel sistema della legge di contabilità: laddove la gara era lo strumento prescritto per giungere alla scelta del contraente e alla determinazione del corrispettivo del contratto, rappresentava cioè una procedura da seguire, essa nulla poteva dire sul perché l'attività contrattuale fosse stata intrapresa. L'evidenza pubblica svolge precipuamente questo compito: prescrive l'esplicitazione e il controllo dei motivi, giuridici e non, che giustificano l'attività contrattuale, presiede quindi alla risoluzione di quelle questioni che il meccanismo della gara pubblica lasciava aperte.

Secondo Massimo Severo Giannini, infatti, i vari atti che precedono la stipula del contratto da parte della P.A. vanno differenziati: alcuni di essi sono finalizzati a definire la volontà contrattuale delle parti, la pubblica amministrazione e il contraente privato; altri, invece, sono gli atti in cui l'autorità contrattante «spiega le ragioni di pubblico interesse per le quali vuol

42 Sul punto cfr. quanto riportato da G. C. di San Luca, L. de Fusco, *Il principio di autonomia contrattuale*, in M. Calabrò et al., op. cit., p. 173 ss.

43 Ad es. L. Mazaroli, *Diritto amministrativo*, Bologna, Monduzzi, 2001, p. 1624, nota che «Il ritrovare, in una vicenda sostanzialmente contrattuale e facilmente riconducibile al diritto civile, anche atti amministrativi significa consentire il sindacato del Consiglio di Stato».

44 Sul tema si è sviluppato un amplissimo dibattito nella prima metà del secolo scorso. Si riportano, a titolo esemplificativo: F. Cammeo, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, La litotipo, officine grafiche dott. A. Milani, 1914, pp 1224-1225, secondo il quale «gli atti e negozi giuridici di diritto privato dell'amministrazione sono da considerarsi come una sottospecie degli atti amministrativi» in quanto «l'emanazione, o no, di atti di diritto privato è sottoposta a tutte le norme di convenienza ed equità che concernono gli atti di diritto pubblico, e l'osservanza delle medesime può sempre farsi valere dagli interessati con ricorso gerarchico»; A. Amorth, op. cit., pose la distinzione tra «attività privata delle pubbliche amministrazioni», che consiste essenzialmente nella gestione dei beni patrimoniali delle stesse e si espleta con atti di diritto privato che non sono sottoposti a particolari vincoli e «attività amministrativa di diritto privato», che realizza direttamente finalità di pubblico interesse o è strumentale ad esse, pertanto trova i suoi presupposti nel diritto pubblico, e il diritto pubblico incide sulla sua validità. Infine, si ricorda anche C. Cammeo, *I contratti della Pubblica Amministrazione: capacità e legittimazione a contrattare*, Firenze, C. Cya, 1954 (ed. orig. 1937), che formulò un'originale teoria per cui si legava l'ammissibilità degli atti di diritto privato alla nozione di «scopo pubblico» che l'amministrazione deve in ogni caso perseguire.

45 M. S. Giannini, op. cit., p. 678.



addivenire o è addivenuta a quel contratto avente quel certo contenuto, e perché vuol scegliere o sceglie o ha scelto quella controparte»⁴⁶; questi ultimi, cioè, assolvono al compito proprio dell'evidenza pubblica.

La diversa finalità consente di attribuire i singoli atti a due "serie" distinte.

Gli atti che attengono alla formazione della volontà contrattuale sono detti della «serie negoziale» perché in essi la P.A. agisce nella sua capacità di diritto privato; essi sono anche disciplinati, salvo alcune varianti, dal diritto privato. Gli atti in cui l'autorità contrattante «spiega le ragioni di pubblico interesse», invece, sono detti della «serie procedimentale» perché costituiscono un procedimento amministrativo vero e proprio⁴⁷.

Concretamente, la gara (e il relativo bando) fanno parte della serie negoziale e possono essere ricondotti a corrispondenti istituti di diritto privato. Gli atti tipici della serie procedimentale invece sono la deliberazione di contrattare e l'aggiudicazione, essi sono provvedimenti amministrativi e rappresentano, rispettivamente, l'atto precedente e successivo alla gara.

Dei due, solo l'aggiudicazione implica lo svolgimento di una gara, tanto da essere assente nella trattativa privata, in quanto si tratta di un mero atto di accertamento, volto a certificare l'esito della fase di selezione del contraente⁴⁸. La natura vincolata dell'aggiudicazione è dovuta al fatto che l'esito della selezione è il prodotto della procedura meccanica prevista dalla legge, quindi corrisponde necessariamente al pubblico interesse e non necessita di essere motivato, è sufficiente la verifica della regolarità delle procedure.

La deliberazione di contrattare, che qui maggiormente interessa, invece, è una rappresentazione dell'"opportunità" di addivenire ad un contratto⁴⁹ e quindi prescinde dalla presenza della gara. Essa non può essere il prodotto di un processo meccanico ma presuppone, da parte dell'organo che la adotta, una valutazione discrezionale circa il modo migliore di conseguire l'interesse pubblico. Se ne deduce che la funzionalizzazione dell'attività contrattuale al perseguimento dell'interesse pubblico⁵⁰, che è l'imperativo sottostante al modello dell'evidenza pubblica, non è necessariamente connessa all'impiego di procedure meccaniche, bensì può realizzarsi, previa motivazione delle scelte, anche quando l'amministrazione esercita un potere discrezionale, come avviene nel caso delle decisioni che formano l'oggetto della deliberazione di contrattare. Le procedure meccaniche solitamente imposte dalla legge, dunque, hanno natura meramente strumentale rispetto ad un obiettivo che non si identifica necessariamente con esse, e può essere raggiunto anche in altri modi, se

46 Ivi, p. 677.

47 Ivi, p. 679, Giannini specifica che il procedimento amministrativo si sostanzia in «un rapporto di controllo, che può essere interorganico [...] o intersoggettivo» in quanto le dichiarazioni dell'autorità contrattante sono destinate ad un'altra autorità che «controlla i giudizi le decisioni e le procedure a cui la prima intende addivenire o è addivenuta» (Ivi, p. 677). Si ricorda, peraltro, che all'epoca vigeva anche il controllo prefettizio sui contratti degli enti minori.

48 Ivi, p. 702.

49 Ivi, p. 683.

50 L'espressione è di A. Crismani, *L'attività contrattuale*, in *Manuale di contabilità pubblica*, G. Ferrari, E. Madeo (a cura di), Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, p. 265.

le circostanze sconsigliano o rendono impossibile il loro impiego.

5. La crisi dei modelli "meccanici".

Se il modello dell'evidenza pubblica persegue un obiettivo che è indipendente dall'espletamento o meno di una procedura di scelta di tipo meccanico, la persistenza del principio di favore per la gara pubblica nella disciplina dei contratti pubblici si spiega unicamente imputandola alle tendenze già evidenziate nella prima parte di questo studio: la sfiducia nella capacità della pubblica amministrazione di perseguire l'interesse pubblico in maniera autonoma, cui si accompagnava, invece, la fiducia nelle logiche del mercato concorrenziale quale meccanismo efficiente e neutrale per la definizione delle scelte.

Questo atteggiamento è stato, in parte, suffragato anche dalle teorie emerse nell'ambito della c.d. "analisi economica del diritto"⁵¹. L'analisi economica delle dinamiche contrattuali pubbliche pone particolare accento sui c.d. "problemi di agenzia"⁵², che si presenterebbero tanto nel rapporto tra amministrazione e operatore economico quanto nel rapporto tra l'amministrazione ed i singoli funzionari responsabili della procedura di gara. Quanto al primo aspetto, si argomenta, il problema insorgerebbe per il fatto che l'amministrazione spesso non è a conoscenza del valore dei beni o servizi che sono oggetto del contratto, quindi versa in una condizione di asimmetria informativa⁵³ rispetto agli operatori economici. In assenza di una procedura di gara ben definita questi ultimi si troverebbero, dunque, nella posizione di poter "circuire" l'amministrazione rispetto al reale valore delle prestazioni offerte. Quanto al secondo aspetto, si sottolinea come anche i singoli funzionari, in quanto agenti razionali, siano portati a perseguire il proprio interesse a scapito dei fini pubblici. L'amministrazione notoriamente incontra varie difficoltà nel controllare il loro operato, e da ciò emergerebbe il rischio di abusi e corruzione in assenza di procedure rigidamente definite. Infine, si nota come il peculiare ruolo dell'amministrazione, ossia il disporre di risorse non proprie, bensì della collettività, la porterebbe a non agire con la dovuta cautela.

Come si vede, tutte queste argomentazioni depongono, almeno in prima battuta, a favore di un sistema di regole rigide che impediscano ai singoli soggetti coinvolti di perseguire il

51 Per una presentazione generale del metodo e degli scopi perseguiti dall'analisi economica del diritto, v., tra gli altri, G. Napolitano, M. Abrescia, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, il Mulino, 2009; per gli studi condotti nel campo dei contratti pubblici, v. M. Cafagno, *Lo Stato banditore – gare e servizi locali*, Milano, Giuffrè editore, 2001.

52 I "rapporti di agenzia" sono definiti da G. Napolitano, M. Abrescia, op. cit., pp 35-36, come: «tipo di rapporti [che] sorge quando un soggetto interessato ai risultati di una certa attività non la svolge direttamente, ma la delega ad un altro soggetto, maggiormente informato e a ciò specificamente preposto, che dovrebbe operare nel suo interesse. [...] In ogni rapporto di agenzia, sorgono problemi particolari, che riguardano la possibile divergenza di obiettivi tra soggetti che, in quanto attori razionali, operano per massimizzare il proprio benessere individuale.». Sul tema dei problemi di agenzia nell'ambito della contrattualistica pubblica cfr. anche, M. Clarich, *Contratti pubblici e concorrenza*, cit., p. 9 ss.

53 Nel linguaggio della teoria economica questo termine indica tutte le situazioni in cui una parte dispone di maggiori informazioni rispetto all'altra.



proprio interesse particolare a scapito di quello generale⁵⁴.

La gara è stata quindi individuata dal legislatore come l'unico strumento idoneo a garantire la funzionalizzazione dell'attività all'interesse pubblico, ciò però a sua volta implica di identificare l'interesse pubblico esclusivamente con la tutela dei valori che sono connaturati ad essa: minimo esborso da parte pubblica e massima partecipazione da parte degli operatori economici.

I limiti della gara pubblica sono emersi fin da subito nel concreto svolgimento dell'attività contrattuale⁵⁵, e sono testimoniati dal fatto che le stazioni appaltanti, spesso per motivi comprensibili, hanno sempre cercato di eludere quanto prescritto in via teorica dalle norme, tentativi che peraltro in certi periodi sono stati anche avallati dalla giurisprudenza⁵⁶. Ciò nonostante il principio della gara pubblica si è conservato intatto nella concezione del legislatore nazionale ed è stato poi ripreso anche dal legislatore comunitario, seppur con qualche correttivo nell'implementazione, proprio perché entrambi ancorati alle convinzioni teoriche esposte qui sopra.

Le conseguenze negative della della gara pubblica quale meccanismo che persegue unicamente il minimo esborso da parte pubblica e la massima partecipazione da parte degli operatori economici, peraltro, sono state identificate da tempo dalla teoria economica. Essa ha evidenziato che questo meccanismo non garantisce un risultato soddisfacente, in particolare, quando non vi è solo un'asimmetria informativa circa il reale valore del prodotto o servizio oggetto del contratto, ma l'amministrazione non è nemmeno in grado di definire a priori tutte le caratteristiche esatte del prodotto o servizio che ricerca. In queste situazioni, si evidenzia, è necessaria una procedura flessibile, in cui la P.A. possa valutare le offerte anche in base a parametri non economici, e che eventualmente consenta di instaurare un confronto concorrenziale e comparativo tra gli operatori economici al fine di migliorare le offerte presentate⁵⁷.

54 Cfr. M. Cafagno, op. cit., p. 173, che nota: «In breve, le procedure amministrative valgono a mitigare un ulteriore insieme di deficienze nascenti dall'asimmetria informativa tramite una riduzione della libertà di movimento dei funzionari, che sappia contenere il pericolo di loro errori o di comportamenti intenzionalmente scorretti.».

55 Sul tema, F. P. Pugliese, *Sulla normazione contrattuale pubblica dopo l'unificazione*, cit., p. 758, nota che già dalle vicende ottocentesche emerge che «non appena si volevano (o si dovevano) usare le procedure contrattuali per attività di contrattazione che non fossero di mera provvista di beni usuali forniti dal mercato [...] allora non soltanto essi si rivelavano – pur nello Stato liberale ottocentesco – strumenti inabili e scarsamente duttili, ma addirittura "scoppiavano", per così dire, costringendo i governanti in fretta e furia ad utilizzare metodi non ortodossi e per il modo della loro adozione e per la sostanza delle cose.». Sempre F. P. Pugliese [et al.], in *Rapporto sulle procedure contrattuali pubbliche in Italia, Francia e Stati Uniti : proposte ed osservazioni per una riforma*, cit., p. 11 ss, notava come negli anni '70 del secolo scorso, nella prassi, l'asta pubblica, invece di essere la regola, era diventata l'eccezione, e la maggior parte dei contratti veniva conclusa a seguito di trattativa privata o di licitazione.

56 Sul punto M. S. Giannini, op. cit., p. 694, secondo cui le autorità di controllo «non ebbero molte perplessità nell'approvare l'adozione dei modi diversi da quello dell'asta pubblica».

57 Per una sintesi di queste osservazioni, M. Clarich (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, cit., p. 23 ss, che peraltro si conclude che «la teoria economica, che si avvale della teoria dei giochi,



Alla luce di queste osservazioni, non stupisce che il modello della gara pubblica sia entrato in crisi, in particolare, a seguito del processo di rinnovo dei trattati fondanti della Comunità europea nei primi anni '2000, con cui si è avuta l'estensione degli obiettivi "costituzionali" della Comunità⁵⁸. Essi ora non sono più solo di tipo economico, conseguentemente nelle "direttive appalti" si dedica spazio anche ad altri valori, quali la tutela di esigenze sociali, dell'ambiente e lo sviluppo sostenibile⁵⁹.

Il moltiplicarsi degli interessi tutelati collide chiaramente con le logiche della gara, anche se il legislatore europeo ha cercato di adeguare il sistema consentendo alle stazioni appaltanti di tutelare gli interessi "non economici" attraverso clausole specifiche da stabilire prima dello svolgimento della gara. Ad esempio, si è data la possibilità di includere la tutela di questi interessi tra i requisiti tecnici per la presentazione delle offerte, nonché tra i fattori che vengono valutati nell'ambito del menzionato criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa⁶⁰.

insegna che non vi sono un criterio di aggiudicazione e un procedimento di gara ottimali in astratto, ma che la scelta più opportuna dipende dal caso concreto, ossia dalle caratteristiche del mercato e da quelle del bene da aggiudicare.».

58 Ci si riferisce al processo di rinnovamento dei trattati fondanti della Comunità europea, che portò all'approvazione della Carta di Nizza nel 2000 e che sarebbe culminato nel Trattato di Lisbona del 2007. Inoltre nel 2010 venne redatto dalla Commissione europea il documento strategia «Europa 2020», in cui si proponeva una «Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva» per il decennio successivo, in cui vennero definiti una serie di interessi da tutelare, molti dei quali sono stati poi trasposti nelle vigenti direttive sugli appalti pubblici del 2014.

59 Nella direttiva 2004/18/CE sugli appalti pubblici, a partire dal considerando n. 5, sono menzionati anche la tutela dell'ambiente e la promozione dello sviluppo sostenibile, quali criteri di cui è necessario tenere conto nella gestione degli appalti pubblici, e al successivo considerando n. 6 è posto, quale criterio negativo, il principio che le disposizioni della direttiva non possono «vietare di imporre o di applicare misure necessarie alla tutela dell'ordine, della moralità e della sicurezza pubblici, della salute, della vita umana e animale o alla preservazione dei vegetali, in particolare nell'ottica dello sviluppo sostenibile.».

La successiva direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici ha segnato un ulteriore cambio di passo. Il considerando n. 2 della stessa dispone che «[la normativa precedente] dovrebbe essere rivista e aggiornata in modo da accrescere l'efficienza della spesa pubblica, facilitando in particolare la partecipazione delle piccole e medie imprese (PMI) agli appalti pubblici e permettendo ai committenti di farne un miglior uso per sostenere il conseguimento di obiettivi condivisi a valenza sociale». Secondo M. A. Sandulli, R. De Nictolis (diretto da), op. cit., p. 312, a seguito di queste evoluzioni «la concorrenza diviene uno degli interessi che le amministrazioni aggiudicatrici devono difendere, non l'unico e neanche quello in posizione di primazia rispetto agli altri»; in senso analogo si esprime anche M. Clarich, *Contratti pubblici e concorrenza*, cit.

60 In relazione alle specifiche tecniche (dell'oggetto dell'appalto), il considerando n. 29 della direttiva 2004/18/CE disponeva che «Le amministrazioni aggiudicatrici che desiderano definire requisiti ambientali nelle specifiche tecniche di un determinato contratto possono prescrivere le caratteristiche ambientali [...] e/o gli effetti ambientali specifici di gruppi di prodotti o di servizi»; analoghe disposizioni erano presenti al considerando n. 33 e n. 44 in relazione alle condizioni di esecuzione del contratto; infine, il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa (considerando n. 46), poteva già contemplare, seppur ancora in via subordinata, criteri «relativi al rispetto di requisiti ambientali» o «volti a soddisfare esigenze sociali».



Ciò inevitabilmente produce un incremento del potere discrezionale delle stazioni appaltanti, tuttavia, nell'ambito delle procedure «aperte e ristrette» questo aspetto viene limitato al minimo. Una volta cristallizzate le “regole del gioco” l'amministrazione diviene (rimane) il mero esecutore di una procedura impersonale.

Tra il 2004 e il 2014, anno di approvazione delle vigenti direttive⁶¹, il legislatore comunitario è giunto infine a riconoscere alle stazioni appaltanti la possibilità di ricorrere più spesso a procedure alternative rispetto alle quelle aperte e ristrette, donde l'introduzione di due nuovi strumenti flessibili, il dialogo competitivo e il partenariato per l'innovazione, nonché la previsione che anche la «procedura negoziata» cessa di avere carattere eccezionale e diviene di generale utilizzo alle condizioni poste dalle direttive⁶². Infine, nelle direttive del 2014 appare il principio di «libera amministrazione». Esso è richiamato come tale all'articolo 2 della direttiva 2014/23/UE, concernente le concessioni, tuttavia è rilevante anche per gli appalti pubblici, essendo presenti disposizioni dal contenuto simile anche nella direttiva 2014/24/UE⁶³. Come è noto, il principio in questione riguarda la libertà delle amministrazioni di organizzare la prestazione di servizi in autoproduzione, esternalizzazione o cooperazione con altri soggetti pubblici, e, in questa accezione, è stato trasposto nel nostro ordinamento come «principio di auto-organizzazione amministrativa»⁶⁴. Oltre a questo aspetto, però, secondo parte della dottrina, il principio andrebbe interpretato anche come «l'autonomia di “costruire” le procedure in modo appropriato a seconda dei caratteri delle specifiche fattispecie e per dialogare efficacemente con il mondo dei prestatori»⁶⁵. La volontà di riconoscere questa autonomia peraltro è espressa chiaramente nella direttiva 2014/23/UE con riferimento alle concessioni⁶⁶, ma, secondo questa interpretazione, sarebbe riferibile anche agli appalti pubblici.

Di fronte a questi mutamenti il legislatore italiano, pur evocando spesso la necessità di una “semplificazione” e di evitare il c.d. “*gold plating*”⁶⁷, ha continuato ad intervenire nella materia dei contratti pubblici con testi legislativi (i Codici del 2006 e 2016) che perpetravano la

61 Direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014.

62 Art. 26, Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014.

63 Ci si riferisce, in particolare, ai consideranda n. 5, 42, 61, 70 della Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014.

64 Ora all'art. 7 del d.lgs. n. 36/2023.

65 Così si esprime Mario Pilade Chiti in M. A. Sandulli, R. De Nictolis (diretto da), op. cit., p. 297.

66 Art. 30, Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014.

67 Con il termine *gold plating* ci si è soliti riferire al divieto posto dall'art. 14, comma 24 bis, della l. 28 novembre 2005, n. 246, secondo cui «gli atti di recepimento di direttive comunitarie non possono prevedere l'introduzione o il mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive stesse» salvo «circostanze eccezionali» di cui l'amministrazione da conto come disposto dal successivo comma 24 *quater*. Sul tema v. N. Durante, *Aspetti irrisolti in tema di gold plating e di efficacia scriminante delle linee guida*, in *giustizia-amministrativa.it*, 11 novembre 2019, che presenta anche una rassegna della giurisprudenza sul divieto di *gold plating*, da cui peraltro emerge come esso abbia avuto scarsa applicazione.

tendenza all' "amministrazione per legge"⁶⁸, dunque il favore per le procedure meccaniche⁶⁹. La persistente sfiducia nei funzionari dell'amministrazione pubblica ha indotto anzi ad inasprire i controlli ed il regime della responsabilità per chi, non essendosi attenuto all'applicazione letterale delle procedure previste della legge, avesse commesso degli errori⁷⁰. Questo approccio si è dimostrato ancora una volta inefficace, come testimoniato dalle critiche che hanno colpito il d.lgs. n. 50/2016 sin dalla sua approvazione, in particolare relativamente ai fenomeni di "burocrazia difensiva" e "paura della firma" che esso avrebbe contribuito ad esacerbare, con il conseguente allungamento dei tempi delle procedure di gara⁷¹. Infine, dopo la parentesi dovuta alla pandemia da COVID-19, che ha visto la sospensione di vari istituti del codice, si è presentata la richiesta dell'Unione europea di una profonda riforma strutturale della disciplina delle commesse pubbliche quale condizione per accedere alle risorse stanziare nell'ambito del piano *Next Generation Eu*. La risposta a questa richiesta, come anticipato, è il nuovo codice dei contratti pubblici, d.lgs. n. 36/2023.

6. Il risultato nel d.lgs. n. 36/2023.

Delineato il quadro di riferimento, è necessario allora tornare all'interrogativo di apertura, provando a fornire una lettura di come i principi contenuti nel nuovo codice rispondano alle criticità di cui si è cercato di esporre origini e natura.

La tesi che si vuole sostenere, alla luce della ricostruzione condotta fin qui, è che detti principi, in particolare il principio del risultato, rappresentano lo strumento con cui il legislatore prova a gestire il fenomeno della moltiplicazione degli interessi tutelati dalle norme sull'attività contrattuale delle pubbliche amministrazioni, fenomeno che ha minato alla base i presupposti del principio di favore per la gara pubblica e del correlato favore per le procedure di tipo meccanico, evidenziandone l'inadeguatezza rispetto alle esigenze del contesto attuale.

Questa posizione si giustifica partendo dalla definizione di "risultato amministrativo", che è rinvenibile negli studi condotti all'inizio di questo millennio nell'ambito del dibattito sull' "amministrazione di risultati"⁷². In quel contesto esso venne definito «l'esito dell'azione

68 Sul tema, R. Chieppa, M. Santise, H. Simonetti, R. Tucillo, *Il nuovo codice dei contratti pubblici – Questioni attuali sul D.Lgs. n. 36/2023*, Piacenza, La Tribuna, 2023, pp 4-5, secondo cui «la tendenza ad "amministrare per legge" continua a costituire nell'ordinamento italiano un elemento di criticità».

69 Emblematico, in questo senso è anche il caso della disciplina del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, che secondo F. Cintioli, op. cit., p. 4 «veniva dall'allora Autorità di vigilanza sui contratti pubblici e dalle successive interpretazioni invece corredato di una serie di parametri aggiuntivi che avrebbero avuto proprio la funzione di comprimere al massimo le facoltà di scelta della stazione appaltante».

70 Ci si riferisce, in particolare, al tema della perimetrazione della "colpa grave", ora affrontato dall'art. 2 del d.lgs. n. 36/2023. Più in generale, riferendosi all'operato del legislatore negli anni passati, sempre F. Cintioli, op. cit., p. 3 parla di «prevenzione in via amministrativa della corruzione».

71 La menzione di questi problemi è presente anche nella *Relazione agli articoli e agli allegati dello Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici* relativa al d.lgs. n. 36/2023, che si propone di superarli.

72 La letteratura sull' "amministrazione di risultati" è vasta. Per un inquadramento generale v. M. Immordino, A. Police (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati – atti del convegno Palermo 27-28 febbraio 2003*, Torino, G. Giappichelli editore, 2004; M. Cammelli, *Amministrazione di risultato*, in



amministrativa, come il conseguimento dell'obiettivo prefissato dalla legge o dalla stessa amministrazione, rispetto a una tipologia particolare di azione amministrativa»⁷³ e, ancor più significativamente, si disse che «i risultati complessivi dell'amministrazione e la loro bontà corrispondono alla piena realizzazione dei compiti affidati all'Amministrazione (ma si potrebbe dire anche alla massima cura degli interessi pubblici concretizzati)»⁷⁴. Sulla scorta di questa definizione, il «principio del risultato» non può che configurarsi come principio per cui l'amministrazione deve perseguire, in via prioritaria, l'obiettivo prefissato dalla legge, ovvero deve curare l'interesse pubblico specifico che la legge intende tutelare rispetto a una tipologia particolare di azione amministrativa.

Se il risultato si identifica con la tutela dell'interesse pubblico⁷⁵, si può convenire che il principio del risultato è connaturato da sempre al diritto amministrativo. Il modello dell'evidenza pubblica risponde, in ultima analisi, alla stessa esigenza: «dar evidenza alle ragioni di pubblico interesse per le quali si sono adottate certe decisioni»⁷⁶ significa giustificare le decisioni prese dimostrando che sono coerenti con il perseguimento del «risultato» come inteso sopra. Ne deriva che la carica innovativa (se vi è) della norma in discussione, non va ricercata nell'«invenzione» del risultato, bensì sta nella scelta di «positivizzarlo» inserendo il relativo principio nel dettato normativo⁷⁷.

A riprova di questo fatto, a ben vedere l'articolo 1 del Codice definisce risultato in maniera quasi tautologica: «l'affidamento del contratto e la sua esecuzione» rappresentano, infatti, l'azione amministrativa tipica delle stazioni appaltanti, come a dire che l'interesse prioritario

Annuario AIPDA 2002, Milano, Giuffrè, 2003, 109 ss; una definizione sintetica è data da M. C. Miranda, *Amministrazione di risultato ed e.government*, in *Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet" - Luiss Guido Carli*, 19 dicembre 2003 secondo cui: «L'amministrazione di risultato è il nuovo modello di gestione e di organizzazione dell'attività amministrativa orientato al raggiungimento del risultato. Principio caratterizzante il nuovo modello è il principio del buon andamento»; rispetto all'utilità del concetto, in senso critico, cfr. S. Cassese, *Che cosa vuol dire «amministrazione di risultati?»*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 9, p. 941; un tentativo di coniugare la nozione con l'analisi economica del diritto si ha in A. R. Tassone, *Analisi economica del diritto e amministrazione di risultato*, in *Dir. Amm., Riv. Trim.*, 2007, 1, p. 63 ss; recentemente, l'approvazione del nuovo Codice dei contratti pubblici ha stimolato una rivisitazione del concetto, v. M. R. Spaisano, *Dall'amministrazione di risultato al principio di risultato del Codice dei contratti pubblici: una storia da scrivere*, in *federalismi.it*, 2024, 9, p. 206 ss.

⁷³ S. Perongini, *Principio di legalità e risultato amministrativo*, in M. Immordino, A. Police (a cura di), op. cit., p. 41.

⁷⁴ L. Iannotta, *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative*, in M. Immordino, A. Police (a cura di), op. cit., p. 450.

⁷⁵ A sostegno di questa concezione, la stessa *Relazione agli articoli e agli allegati dello Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici* relativa al d.lgs. n. 36/2023, p. 12, specifica che il comma 1 dell'articolo 1 «enuncia quindi l'interesse pubblico primario del codice».

⁷⁶ M. S. Giannini, op. cit., p. 678.

⁷⁷ Esprime una posizione simile, tra gli altri, E. Guarnieri, *Il principio di risultato nei contratti pubblici: alcune possibili applicazioni, tra continuità e innovazioni*, in *Dir. Amm., Riv. Trim.*, 2023, 4, p. 829 ss.



è la “non inazione” delle stesse⁷⁸.

Espresso l'imperativo di base, la norma pone vari parametri per l'esercizio di questa attività, a partire dalla «massima tempestività» e il «migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo»⁷⁹, proseguendo con i principi di buon andamento, efficienza, efficacia ed economicità⁸⁰, di cui il principio del risultato «costituisce attuazione». Cruciale però è il fatto che essi non consentono di individuare una specifica modalità di svolgimento delle procedure da seguire in via preferenziale, sia essa la gara pubblica o altra. Infatti, è proprio il moltiplicarsi degli “interessi tutelati”, legati alle veloci trasformazioni sociali della società contemporanea, che rende impossibile operare delle scelte “a priori”. La conseguenza è che, laddove un tempo la legge considerava suo compito disciplinare in maniera puntuale «l'assetto di tutti gli interessi ricadenti nell'orbita del suo agire»⁸¹ e financo gli strumenti concreti per conseguire questo assetto, ora si opta invece per una legislazione “per principi”⁸².

La novità principale del “risultato” prefigurato dall'articolo 1 del nuovo Codice sta nel fatto che, proprio in virtù della sua natura di norma-principio direttamente rivolta alla P.A., la sua attuazione è possibile mediante strumenti differenti a seconda del caso concreto, in cui può essere opportuno porre maggiore attenzione a questo o quello tra gli interessi tutelati dalle norme⁸³. Il contenuto del principio del risultato potrebbe quindi essere parafrasato con l'indicazione che “l'amministrazione deve perseguire gli interessi tutelati dal Codice secondo le modalità che essa stessa identifica, di volta in volta, come più adatte al caso concreto, con la premessa fondamentale di evitare l'inerzia”.

In altre parole, l'articolo 1 del d.lgs. n. 36/2023, per il fatto stesso di aver positivizzato il principio del risultato, si rende portatore di una nuova modalità di realizzazione dell'interesse pubblico in cui il diritto positivo assolve una funzione differente rispetto al passato. Il ruolo della legge non è più quello di porre regole puntuali, bensì quello di enunciare i molteplici principi e interessi che la P.A. deve ponderare nello svolgimento della propria attività.

I più importanti tra questi principi sono naturalmente quelli di legalità, trasparenza e concorrenza, il cui rispetto è prescritto dallo stesso comma 1 dell'articolo 1. Si tratta di principi emersi in epoche e contesti molto differenti, ormai irrinunciabili, ma è chiaro che nella visione

78 Cfr. M. R. Spasiano, *Codificazione di principi e rilevanza del risultato*, in M. Calabrò et al., op. cit., p. 11 ss, secondo cui «A questa logica del “risultato” si oppongono naturalmente tutte [...le] forme di legittimazione dell'inerzia amministrativa» (p. 33), compresi i meccanismi di silenzio significativo e segnalazione certificata di inizio attività oggi previsti dalla legge.

79 Art. 1, comma 1, d.lgs. n. 36/2023.

80 Art. 1, comma 3, d.lgs. n. 36/2023.

81 L'espressione è di M. R. Spasiano, *Codificazione di principi e rilevanza del risultato*, in M. Calabrò et al., op. cit., p. 32.

82 Di diritto “per principi” quale tendenza dello Stato costituzionale contemporaneo parla G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992; l'espressione «Codici di principi» venne evocata inoltre già da S. Rodotà, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Riv. dir. Comm.*, 1967, 1, p. 83 ss.

83 D'altronde, secondo la *Relazione agli articoli e agli allegati dello Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici* relativa al d.lgs. n. 36/2023, p. 10, esso opera come «criterio prioritario di bilanciamento con altri principi nell'individuazione della regola del caso concreto».



del legislatore il loro rispetto, che pure non è in discussione, non deve mettere in dubbio il primato logico del risultato. Conseguentemente, è indispensabile uno sforzo di armonizzazione affinché le diverse istanze non entrino in conflitto tra loro. Il Codice lo prescrive esplicitamente: il secondo comma dell'articolo 1 richiede che la concorrenza e la trasparenza siano rese funzionali al perseguimento del risultato, giungendo a qualificarle come «mezzi»⁸⁴ per il perseguimento del fine, al che si potrebbe persino a dubitare che concorrenza e trasparenza possano mantenere la qualifica di principi giuridici, almeno nell'ambito del Codice dei contratti pubblici.

Le azioni da intraprendere per conseguire questo scopo variano a seconda del caso. La trasparenza necessita di qualche attenzione con riferimento alle modalità di attuazione, in quanto «non deve costituire un elemento di appesantimento delle procedure e [...] deve essere compatibile con i tempi particolarmente brevi che la normativa prevede»⁸⁵, mentre le difficoltà maggiori si incontrano nel caso della concorrenza.

Nella *Relazione agli articoli e agli allegati* il legislatore traccia la strada da seguire, ribadendo che la concorrenza «non è un fine, ma uno strumento, che può essere “sacrificato” se ci sono interessi superiori da realizzare»⁸⁶, posizione che trova riscontro in vari istituti presenti nel Codice⁸⁷, ma non è tutto, anche la scelta degli strumenti con cui si attua la concorrenza risente inevitabilmente della necessità di rendersi funzionale al risultato. Autorevole dottrina evidenzia come, tradizionalmente, nelle procedure di gara la tutela della concorrenza si realizzi secondo due modalità differenti: da un lato vi è la *par conditio*, volta a garantire a tutti la possibilità di partecipare alle medesime condizioni, dall'altro il *favor participationis*, che risponde tanto all'interesse degli operatori economici quanto a quello della P.A. di disporre del maggior numero di offerte tra cui scegliere⁸⁸. Il principio del risultato conduce logicamente a privilegiare quest'ultima accezione, pur mantenendo il rispetto della *par conditio*: questo sembra essere il senso profondo delle disposizioni di cui all'articolo 3 «Principio dell'accesso

84 *Relazione agli articoli e agli allegati dello Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici*, p. 12.

85 A. Contieri, B. Mercurio, S. M. Perongini, *La trasparenza nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in M. Calabrò et al., op. cit., p. 291.

86 *Relazione agli articoli e agli allegati dello Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici* relativa al d.lgs. n. 36/2023, p. 12. F. Cintioli, op. cit., pp 7-8, peraltro nega il legame esclusivo tra gara e concorrenza, affermando che «la tutela della concorrenza non è affatto detto che venga meglio realizzata imponendo procedimenti di gara più complessi preferendoli a modelli di confronto competitivo semplificato» e ancora «non è affatto incompatibile con i modelli semplificati di gara pubblica e non giustifica una visione fideistica della gara pubblica come bene in sé».

87 Si pensi, ad esempio, alla nuova disciplina degli affidamenti *in house*, di cui all'articolo 7 del Codice, nonché alle disposizioni dell'articolo 6, che pongono una deroga alla regola della concorrenza per favorire «modelli organizzativi di amministrazione condivisa, privi di rapporti sinallagmatici, fondati sulla condivisione della funzione amministrativa con gli enti del Terzo settore».

88 Sul punto cfr. M. Calabrò, A. G. Pietrosanti, *I principi di massima partecipazione e di tassatività delle cause di esclusione nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in M. Calabrò et al., op. cit., p. 215 ss.



al mercato»⁸⁹, che al pari dei principi del risultato e della fiducia costituisce criterio interpretativo e applicativo delle disposizioni presenti nel Codice, nonché del successivo articolo 10, che declina il *favor participationis* nel principio di «massima partecipazione», giustificato dall'«interesse pubblico al più ampio numero di potenziali concorrenti»⁹⁰.

Differente è il caso del principio di legalità; esso si armonizza con il principio del risultato per il fatto stesso che quest'ultimo è stato positivizzato. Storicamente, uno degli aspetti più dibattuti dell'«amministrazione di risultati» riguardava proprio il rapporto della stessa con il principio di legalità, essendo diffuso il timore che la valorizzazione del risultato, soprattutto se inteso in termini aziendalistici, avrebbe portato, in ultima analisi, a dequotare il ruolo della legalità⁹¹. La positivizzazione del principio del risultato ha rappresentato la soluzione di questa antinomia: se il conseguimento del risultato è imposto dalla legge, esso stesso diviene parametro di verifica della legittimità dell'azione amministrativa, dando vita a una «legalità di risultato»⁹².

Non si può fare a meno di notare, tuttavia, che questa soluzione pone due ordini di problemi, a cui non è stata ancora data una risposta soddisfacente: da un lato, ci si chiede se la legittimità formale sia ancora sufficiente a garantire l'efficacia del provvedimento, o se invece sarà necessario valutare anche l'«opportunità» dello stesso in rapporto al conseguimento del risultato, aprendo ad un ampliamento del sindacato sulla discrezionalità da parte del giudice amministrativo; specularmente, si pone il problema, ancora più cocente, di determinare la sorte del provvedimento che, pur conseguendo il risultato, presenti delle violazioni di legge⁹³.

89 L'articolo dispone che «Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti favoriscono, secondo le modalità indicate dal codice, l'accesso al mercato degli operatori economici nel rispetto dei principi di concorrenza, di imparzialità, di non discriminazione, di pubblicità e trasparenza, di proporzionalità.».

90 Art. 10, comma 3, d.lgs. n. 36/2023.

91 Il problema e le sue possibili soluzioni vennero riassunte, tra gli altri, da S. Perongini, *Principio di legalità e risultato amministrativo*, in M. Immordino, A. Police (a cura di), op. cit., p. 39 ss.

92 L'espressione si deve a M. R. Spasiano, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, Giappichelli, 2003.

93 Entrambi i problemi emergono nella trattazione di S. Perongini, B. Merola, *Il principio di concorrenza nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in M. Calabrò et al., p. 57 ss. Per quanto concerne il primo punto gli Autori ritengono che «Si apriranno verosimilmente scenari inattesi, che condurranno a una diversa tipologia del sindacato sulla discrezionalità, per lo meno per quanto concerne il codice dei contratti pubblici. In questo settore, è possibile che il sindacato del giudice amministrativo italiano sulla discrezionalità si avvicini al sindacato compiuto dal giudice amministrativo austriaco. Con l'entrata in vigore del codice dei contratti si dovrà rielaborare seriamente la dogmatica della discrezionalità amministrativa.» Per quanto concerne invece il secondo punto, la difformità del provvedimento dalle norme, essa «va valutata alla luce dell'obiettivo sostanziale di realizzare il corretto assetto degli interessi in gioco, con la conseguenza di non far seguire automaticamente alla violazione di legge l'annullamento, tutte le volte in cui la prima non influenzi negativamente le finalità coinvolte dall'azione amministrativa (art. 21 octies della legge 241 del 1990).» A fronte della soluzione qui prospettata appare necessario rilevare, però, che il citato comma 2 dell'articolo 21 octies della legge n. 241 del 1990 concerne i provvedimenti di «natura vincolata», rimane quindi aperto il problema di stabilire se questo approccio sia ammissibile anche con riferimento ai procedimenti in cui si esercita un potere discrezionale.



7. Risultato, fiducia e automazione.

Se l'affermazione del principio del risultato significa l'ampliamento della discrezionalità amministrativa⁹⁴, è evidente che affinché esso possa operare è necessario anche il superamento delle "premesse culturali" su cui si reggeva il favore per la gara pubblica. Tali premesse, come si è detto, sono da ricondurre essenzialmente alla sfiducia nelle capacità della pubblica amministrazione e alla (eccessiva) fiducia nelle logiche del mercato concorrenziale.

Per quanto riguarda il secondo aspetto, di fronte agli eventi degli ultimi anni⁹⁵ e alle sfide che si pongono per il futuro⁹⁶, oggi si sta diffondendo a tutti i livelli la coscienza della necessità di un intervento pubblico per regolare il mercato, sostenerlo e correggerne i fallimenti⁹⁷, per cui esso non rappresenta più il modello di riferimento esclusivo come nei periodi di maggiore diffusione dell'ideologia liberale o neoliberista; non si può tuttavia dire lo stesso per quanto riguarda il primo aspetto, l'attitudine nei confronti della pubblica amministrazione e dei suoi funzionari. Questa preoccupazione è evidentemente condivisa dal legislatore, che infatti ha dedicato alla fiducia il secondo dei principi generali. Questo principio, che sin dalla relazione agli articoli e agli allegati è qualificato come complementare a quello del risultato, ed è rivolto principalmente ai funzionari pubblici pur essendo valido anche per i rapporti con gli operatori economici, rappresenta quindi il vero cardine della nuova disciplina dei contratti pubblici.

A ben vedere, anche l'esaltazione di certi strumenti tecnologici innovativi potrebbe porsi in contrasto con il proposito di rilanciare la fiducia nei funzionari pubblici. Una possibile soluzione per formulare delle decisioni che tengano conto sia dei molteplici interessi tutelati dalle norme sia delle specificità del singolo caso concreto sarebbe, infatti, quella di delegarle agli algoritmi informatici, o alla c.d. "intelligenza artificiale"⁹⁸. Chi sostiene, anche in sede

94 Cfr. E. Guarnieri, op. cit., p. 840, secondo cui, con la codificazione del principio del risultato «si è restituita quella capacità di scelta teleologica che vale ad affermare il ritorno ed il contestuale trionfo della discrezionalità amministrativa.».

95 Ci si riferisce, naturalmente, agli sconvolgimenti conseguenti alla pandemia da COVID-19 e alla guerra in Ucraina.

96 In particolare per quanto attiene alla tematica della transizione verde prevista dal «*Green Deal*» europeo.

97 Si segnalano, ad esempio, per quanto riguarda il contesto italiano, le opinioni espresse in tal senso da vari studiosi e rappresentanti delle autorità nell'ambito del recente convegno «L'intervento dello Stato e la crescita economica dell'Italia. Dall'IRI di Beneduce alla Net-Zero Industry» presso l'Università di Milano-Bicocca, reperibile *online*.

98 La distinzione tra questi due strumenti, spesso confusi, è stata chiarita dalla giurisprudenza: «Non v'è dubbio che la nozione comune e generale di algoritmo riporti alla mente "semplicemente una sequenza finita di istruzioni, ben definite e non ambigue, così da poter essere eseguite meccanicamente e tali da produrre un determinato risultato" [...] Cosa diversa è l'intelligenza artificiale. In questo caso l'algoritmo contempla meccanismi di machine learning e crea un sistema che non si limita solo ad applicare le regole software e i parametri preimpostati (come fa invece l'algoritmo "tradizionale") ma, al contrario, elabora costantemente nuovi criteri di inferenza tra dati e assume decisioni efficienti sulla base di tali elaborazioni, secondo un processo di apprendimento automatico.» (Cons. St., Sez. III, sentenza del 25 novembre 2021, n. 7891).



giurisprudenziale⁹⁹, l'utilizzo di questi strumenti spesso sottolinea la loro maggiore efficienza e imparzialità rispetto all'operatore umano, dovuta proprio al fatto che si tratta di sistemi automatici, per quanto complessi.

Il ricorso a "procedure automatizzate" nel ciclo di vita dei contratti pubblici, ed in particolare all'intelligenza artificiale, è prospettato dall'articolo 30 del d.lgs. n. 36/2023. Attualmente non sono ancora emersi casi di decisioni basate su intelligenza artificiale o algoritmi nel campo delle procedure ad evidenza pubblica¹⁰⁰, tuttavia è chiaro che l'applicazione di questa disposizione comporterà varie problematiche che vengono già evidenziate da autorevole dottrina.

In particolare, ci si interroga su come sia possibile garantire la «conoscibilità e comprensibilità» delle decisioni assunte, come disposto dal comma 3, lettera a) dell'articolo 30, atteso che l'apprendimento automatico dei sistemi di intelligenza artificiale comporta, quale conseguenza, proprio il fatto che non sia possibile ricostruire l'iter del ragionamento seguito dalla macchina¹⁰¹. Il rischio evidente, in assenza di controllo, sarebbe di passare dall'arbitrio del funzionario all'arbitrio dell'algoritmo; d'altra parte è chiaro che «ove il funzionario debba esercitare un controllo interamente sostitutivo - ossia sull'intera istruttoria e su tutti i profili di discrezionalità e di opportunità che il provvedimento richiede di valutare - il rischio che si profila è quello di azzerare i vantaggi in termini di celerità ed efficienza perseguiti dalla scelta di automatizzare la procedura»¹⁰². Qualora l'uso di sistemi di intelligenza artificiale conducesse ad assumere decisioni errate, peraltro, queste andrebbero poi sanate dal giudice¹⁰³

99 Secondo il Consiglio di Stato, «l'utilizzo di una procedura informatica che conduca direttamente alla decisione finale non deve essere stigmatizzata, ma anzi, in linea di massima, incoraggiata: essa comporta infatti numerosi vantaggi quali, ad esempio, la notevole riduzione della tempistica procedimentale per operazioni meramente ripetitive e prive di discrezionalità, l'esclusione di interferenze dovute a negligenza (o peggio dolo) del funzionario (essere umano) e la conseguente maggior garanzia di imparzialità della decisione automatizzata» (Cons. St., Sez. VI, sentenza del 4 febbraio 2020, n. 881).

100 Così riporta M. Barberio, *L'utilizzo degli algoritmi e l'intelligenza artificiale tra futuro prossimo e incertezza applicativa*, in *giustizia-amministrativa.it*, 19 giugno 2023, p. 4: «Gli appalti pubblici, allo stato attuale, non hanno mai visto decisioni basate su intelligenza artificiale o algoritmi».

101 Questo fenomeno viene descritto con l'espressione *black box*. G. Gallone, *Riserva di umanità e funzioni amministrative*, Milano, Wolters Kluwer Italia, 2023, p. 29, riporta tuttavia che «L'inconoscibilità del percorso cognitivo della macchina [...] sembra primariamente un problema di ordine materiale e tecnologico destinato a trovare in qualche misura soluzione con lo sviluppo della tecnologia. In particolare, la ricerca sta da ultimo concentrando i propri sforzi sul campo della Explainable AI (in acronico XAI) studiando accorgimenti tecnici in grado di esplicitare e riassumere (anche in linguaggio naturale e, quindi, in forma comprensibile agli esseri umani) i singoli passaggi logico-computazionali seguiti dalla macchina per giungere al risultato finale».

102 Così si esprime N. Durante, *Brevi considerazioni in tema di amministrazione algoritmica e di giustizia predittiva*, in *giustizia-amministrativa.it*, 12 gennaio 2024, p. 4.

103 Cfr. M. Barberio, *L'utilizzo degli algoritmi e l'intelligenza artificiale tra futuro prossimo e incertezza applicativa*, cit., p. 13, secondo cui l'amministrazione non avrà il coraggio di correggere o smentire le scelte operate dall'algoritmo, per cui «sarà la magistratura (con la speranza che sia coraggiosa e che non si fermi a banali e comodi richiami tralatici all'insindacabilità delle scelte discrezionali) a dover dare le risposte più adeguate. Quel contributo umano [...] si sposterà dal procedimento al processo, dal



che si troverebbe così nuovamente nella condizione di dover sopperire alle mancanze dell'amministrazione.

Sulla scorta di queste considerazioni è sorto un vivace dibattito, tra chi, conscio dei rischi, vorrebbe limitare l'uso dei suddetti strumenti automatizzati alle decisioni di natura vincolata¹⁰⁴, e chi invece ritiene che sarebbe auspicabile rimettere ad essi anche scelte discrezionali¹⁰⁵. In merito si registrano posizioni discordi anche da parte della giurisprudenza¹⁰⁶. Quale che sia l'orientamento destinato a prevalere, autorevole dottrina evidenzia come nel nostro ordinamento, a partire dai principi costituzionali e sovranazionali, sia immanente un principio di «riserva di umanità»¹⁰⁷ tale per cui non può mai aversi una completa esautorazione della persona (umana) dai processi decisionali. Infine, anche confinando l'attenzione alle sole disposizioni dell'articolo 30 del Codice, non si può non convenire con la conclusione che il lavoro svolto in via automatica può ammettersi solamente quale strumento di supporto istruttorio, stante il principio di non esclusività della decisione algoritmica di cui al comma 3, lett. b) dell'articolo in parola, e la conseguente imputabilità della

funzionario al magistrato. Ma questa sarà una sconfitta e il segno di una disfunzione patologica in quanto, evidentemente, non è (non deve essere) questa la ratio della legge». Anche P. Forte, N. Pica, *Principi per la digitalizzazione e l'automazione nel ciclo di vita dei contratti pubblici*, in M. Calabrò et al., p. 303 ss, esprimono preoccupazione con riferimento alla capacità degli operatori umani di vagliare le scelte operate dagli strumenti automatici «perché in soggezione a causa della difficoltà di obiettare alla potenza di calcolo, o per il discarico di responsabilità personali che tale situazione consentirebbe al funzionario che vi aderisse», cit., p. 306.

104 Peraltro, da più parti si mette ormai in dubbio la distinzione tra provvedimenti vincolati e provvedimenti in cui vi è un esercizio di potere discrezionale. P. Forte, N. Pica, *Principi per la digitalizzazione e l'automazione nel ciclo di vita dei contratti pubblici*, in M. Calabrò et al., p. 329, riportano che «gli studi più recenti ci hanno aiutato a capire che in molti di questi casi [di procedimenti ad esito vincolato] c'è assai meno coazione di quanto sembri, giacché anche quando ci sia un elemento di fattispecie certo, facilmente determinabile, non opinabile, esso va non di rado combinato con uno o più altri, invece, vaghi o indeterminati». La stessa posizione è sostenuta anche dalla giurisprudenza, in part. ^{Cons. St.} sentenza del 13 dicembre 2019, n. 8472, secondo cui è dubbia la stessa «sostenibilità a monte dell'attualità di una tale distinzione, atteso che ogni attività autoritativa comporta una fase quantomeno di accertamento e di verifica della scelta ai fini attribuiti dalla legge».

105 Tra i più "ottimisti" circa l'impiego di questi strumenti, si segnala il Presidente di Sezione del Consiglio di Stato Luigi Carbone, che ha espresso la propria posizione nel seguente contributo: L. Carbone, *L'algoritmo e il suo giudice*, in *giustizia-amministrativa.it*, 10 gennaio 2023.

106 Si segnalano, in senso restrittivo, ^{Cons. St.} Sez. VI, sentenza dell'8 aprile 2019, n. 2270, secondo cui la regola algoritmica «non può lasciare spazi applicativi discrezionali (di cui l'elaboratore elettronico è privo), ma deve prevedere con ragionevolezza una soluzione definita per tutti i casi possibili, anche i più improbabili»; in senso opposto ^{Cons. St.} Sez. VI, sentenza del 13 dicembre 2019, n. 8472, secondo cui non vi sono «ragioni di principio, ovvero concrete, per limitare l'utilizzo all'attività amministrativa vincolata piuttosto che discrezionale».

107 In merito, v. G. Gallone, *Riserva di umanità e funzioni amministrative*, Milano, Wolters Kluwer Italia, 2023.



scelta all'organo titolare del potere¹⁰⁸.

Rimane, quindi, la necessità di garantire innanzitutto la qualità delle decisioni umane, fornendo ai funzionari dell'amministrazione gli strumenti per attuare in prima persona il principio del risultato.

8. Conclusioni.

Alla luce delle considerazioni proposte, la vicenda storica dei contratti pubblici si potrebbe ricondurre, nella sua essenza, ad un dibattito intorno all'ampiezza di poteri discrezionali che è opportuno riconoscere alla P.A. nella conduzione dell'attività amministrativa di diritto privato. Questo dibattito è stato influenzato tanto dalle trasformazioni tecnologiche ed economiche quanto dall'evoluzione del pensiero giuridico, in particolare per quanto concerne la possibilità di transitare da un diritto "per regole" a un diritto "per principi", in cui non sia (solo) la legge a determinare la regola del caso concreto.

La recente positivizzazione del principio del risultato è espressione del proposito di ampliare in maniera significativa la discrezionalità delle stazioni appaltanti. Oggi come in passato, tuttavia, il convitato di pietra di questo dibattito è rappresentato dalla fiducia che i decisori ripongono nei rappresentanti dell'amministrazione stessa, perché «ogni conferimento di potere (specie se di natura discrezionale) presuppone [...] la fiducia dell'ordinamento giuridico verso l'organo destinatario dell'attribuzione»¹⁰⁹. Soluzioni alternative, come quella di delegare parte dell'attività amministrativa a contenuto discrezionale alla c.d. "intelligenza artificiale", non sarebbero risolutive.

A tal proposito, si è visto come sia ragioni di fatto, in particolare l'intrinseca opacità di questa tecnologia, sia ragioni di diritto, queste riassunte nel c.d. "principio di «riserva di umanità»¹¹⁰", si oppongono al proposito di ricorrere a questo strumento per formulare decisioni a contenuto discrezionale. Ciò mal si concilia con un Codice che, per espressa volontà del legislatore, intende valorizzare autonomia e discrezionalità delle stazioni appaltanti.

Di conseguenza, bisogna concludere che l'attuazione concreta del principio del risultato rimane legata alla necessità di un cambiamento culturale nella direzione di valorizzare l'iniziativa e l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici, come disposto dal principio della fiducia¹¹¹.

108 Sul punto cfr. P. Forte, N. Pica, *Principi per la digitalizzazione e l'automazione nel ciclo di vita dei contratti pubblici*, in M. Calabrò et al., op. cit., p. 340.

109 *Relazione agli articoli e agli allegati dello Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici*, p. 14.

110 v. *supra*, par. 7.

111 Cfr. Anche F. Cintioli, op. cit., p. 12, che sottolinea come la capacità di motivazione delle scelte da parte delle stazioni appaltanti assumerà un ruolo determinante affinché esse possano consolidare il ritrovato potere discrezionale; G. Napolitano, *Buona l'ultima? La terza codificazione del diritto dei contratti pubblici alla prova dei risultati*, in *Giorn. dir. amm.*, 2023, 3, pp 285-286, sottolinea tuttavia che la scelta di mantenere il ruolo centrale dell'ANAC nel sistema di governo dei contratti pubblici «è difficile che possa stimolare efficacemente il raggiungimento del risultato e contribuire a creare un clima di fiducia tra soggetti pubblici e privati».



DISTINGUE FREQUENTER: GLI INTERESSI LEGITTIMI «DIPENDENTI»*

Biagio Spampinato

Professore associato di Diritto Amministrativo presso l'Università degli Studi di Catania

ABSTRACT: Nello scritto si muove dalla necessità di utilizzare un metodo di approccio alla tematica dell'interesse legittimo che sia classificatorio, ben sintetizzato nel motto *distingue frequenter*. Forte di esso, viene, quindi, isolata nella giurisprudenza amministrativa la nozione di interesse legittimo «dipendente», riguardo alla quale si identifica pure il regime giuridico attualmente applicabile, a sua volta ricavato dalla giurisprudenza. E poiché questa, allo stato, preclude al suo titolare la legittimazione a ricorrere (per riconoscergli solo la legittimazione ad intervenire) si prospetta la possibilità di ravvisare, in tale orientamento, un'ipotesi di arretramento di giurisdizione e di devolvere, quindi, la questione alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione.

Astract: *In the writing the author moves from the need to use a method of approach to the topic of legitimate interest that is classificatory, well summarized in the motto *distingue frequenter*. Strengthened by this, the notion of "dependent" legitimate interest is therefore isolated in administrative jurisprudence, regarding which the currently applicable legal regime is also identified, in turn derived from jurisprudence. And since this, at present, precludes its holder from having the right to appeal (to recognize only the right to intervene) the author raises the possibility of recognizing, in this orientation, a hypothesis of retreating jurisdiction and devolving, therefore, the question to the United Sections of the Court of Cassation.*

SOMMARIO: 1. L'indirizzo metodologico prescelto. 2. Il criterio principale per classificare gli interessi legittimi. 3. L'interesse legittimo «dipendente»: la nozione. 4. Un quadro giurisprudenziale, almeno in apparenza, coerente. 5. La tutela «dimidiata» del titolare dell'interesse legittimo «dipendente» e la prospettiva di investire la Corte di Cassazione della questione di giurisdizione quale ipotesi di c. d. arretramento. 6. La difficoltà di comporre un quadro complessivo unitario: qualche spunto.

1. L'indirizzo metodologico prescelto.



*Distingue frequenter*¹ è l'indirizzo metodologico che si ritiene ci si debba affidare, per applicarlo agli interessi legittimi². Pur nella consapevolezza della varietà dei metodi con cui ci si può approcciare al diritto e al diritto amministrativo in particolare³, pare ben possibile annoverare tra i sostenitori dell'indirizzo metodologico richiamato uno dei più illustri amministrativisti, Massimo Severo Giannini⁴, il che parrebbe già sufficiente a dare conforto al suo impiego (pure) nella tematica anzidetta, per quanto, inopinatamente, l'illustre autore, proprio nei riguardi degli interessi legittimi, non sia andato oltre l'abbozzo di quella che, poi, nella dottrina successiva, diverrà, più nitidamente, la ben nota tripartizione tra interessi legittimi oppositivi, interessi legittimi pretensivi e interessi procedimentali⁵.

Ed è ancora d'obbligo aggiungere che l'autore che più di ogni altro ha approfondito la figura dell'interesse legittimo, nella sua *summa* del 2017, si è così espresso sull'opportunità di procedere alle classificazioni: «[n]on mi soffermo sulla classificazione degli interessi legittimi, dato che sono convinto che tale situazione giuridica soggettiva è sempre uguale a se stessa, ovviamente nel suo nucleo fondamentale. La differenza tra interessi pretensivi e interessi oppositivi è praticamente utile, ma si fonda sui rapporti tra potere (dell'autorità) e bene della vita (del privato), senza influire sull'interesse legittimo che resta comunque un interesse strumentale alla difesa, nel corso dell'esercizio del potere, del bene della vita. / C'è, invece, chi crede nella classificazione in sottofigure diverse della situazione soggettiva»⁶.

D'altra parte, è del tutto usuale catalogare i diritti soggettivi, come stanno a dimostrare, senza appello, le voci alla figura dedicate con intento classificatorio, espresso fin dalla loro intitolazione⁷. Vero è che, a differenza della situazione giuridica soggettiva «per eccellenza», appunto, il diritto soggettivo, l'interesse legittimo scaturisce da una fonte dinamica ovvero dall'esercizio del potere amministrativo, che è, di per sé, connotato dal carattere della multipolarità o poligonalità, ma ciò non impedisce che dal diritto vivente siano enucleabili tipi autonomi di quella figura non certo riducibili al tradizionale binomio, considerato che l'interesse procedimentale è, in realtà, di natura ben diversa dagli interessi legittimi oppositivi e pretensivi (ha natura strumentale e non sostanziale).

1 * Scritto tratto dalla *Relazione dall'analogo titolo, tenuta il 30 maggio 2024 al convegno sulle "Situazioni soggettive e azione amministrativa: un dialogo interdisciplinare"*, organizzato presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Catania.

Il motto completo è «*numquam nega, raro adfirma, distingue frequenter*», imputato a Sant'Ignazio di Loyola fondatore della Compagnia di Gesù (Wikipedia).

2 Ne ho già dato prova in: B. SPAMPINATO, *Tipologia degli interessi legittimi e forme di tutela*, Torino, 2010; ID., *Interesse legittimo e dintorni*, in *Dir. amm.* 2019, fasc. 2, p. 275 ss..

3 Da ultimo, cfr. F. APERIO BELLA-A. CARBONE-E. ZAMPETTI (A CURA DI), *Il confronto nel metodo giuridico*, Napoli, 2023.

4 SPAMPINATO, *Tipologia cit.*, p. 8, 9.

5 SPAMPINATO, *Tipologia cit.*, p. 41 ss..

6 F. G. COCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017, p. 460 nt. 158.

7 Cfr.: S. GENTILE, *Diritto soggettivo. Concetto e classificazioni*, in *Diritto on line-www.treccani.it* 2015; A. GUARNERI, *Diritti soggettivi (categorie di)*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Torino, 1989, V, p. 436 ss..



In realtà, il richiamato binomio presenta il forte limite di oscurare del tutto la distinzione tra diretti destinatari e terzi, che pure è innegabile e che si ricollega, evidentemente, al ricordato carattere multipolare del potere amministrativo. Etichettare, per esempio, come interesse oppositivo sia l'interesse legittimo del «diretto destinatario» che si oppone all'esercizio di un potere ablatorio, sia l'interesse legittimo del «terzo» che si oppone all'esercizio di un potere ampliativo sembra mistificare la realtà: basti solo osservare che il noto criterio della *vicinitas*, impiegato dalla giurisprudenza per individuare proprio quel «terzo», non ha nulla a che vedere con il «diretto destinatario», di immediata individuazione.

Soprattutto, però, applicare il “metodo di Linneo” anche all'interesse legittimo sembra una via obbligata ormai che è incontestabile la concezione soggettiva della giurisdizione amministrativa (anche di legittimità)⁸. È del tutto inutile notare che la teorizzazione della figura cominciò con la l. 31 marzo 1889, n. 5992⁹, evidentemente ben lontana da quella concezione. Se è vero, allora, che oggetto del processo amministrativo (di legittimità) non è (più) l'atto amministrativo ma (almeno tendenzialmente) la situazione giuridica soggettiva, quella che il c. p. a. chiama «pretesa» (artt.: 31, comma 3; 34, comma 5, c. p. a.), tipizzare la figura consentirà di cogliere sicuramente meglio su quale specifico oggetto stia vertendo il processo e, quindi, di delineare con maggior precisione la disciplina applicabile rispetto a ciascuna delle possibili figure enucleabili.

2. Il criterio principale per classificare gli interessi legittimi.

Non è compito di questo scritto illustrare una più compiuta classificazione¹⁰. Si può solo ricordare che, di solito, i diritti soggettivi vengono classificati in base al loro oggetto - corpo umano-diritti della personalità, cosa (bene giuridico)-diritti reali o personali di godimento, prestazione (di dare, di fare, di non fare)-diritti di credito - , per cui si potrebbe pure pensare di parlare, simmetricamente, di interessi (legittimi) personali, reali o prestazionali, ma sarebbero nozioni essenzialmente descrittive, utili, tutt'al più, ad evidenziare l'identità di sostrato tra diritti soggettivi e interessi legittimi¹¹. Per questi ultimi appare invece più appropriata, almeno dal punto di vista processuale, una classificazione basata principalmente (l'avverbio si capirà dal prossimo paragrafo) sui diversi tipi di potere amministrativo e, quindi, sull'efficacia dei provvedimenti che ne costituiscono esercizio (ablatori, ampliativi, selettivi, plurioffensivi, di secondo grado). Un solo esempio pare sufficiente ad evidenziarne il pregio. Ponendo fine ad un dibattito pluriennale, l'Adunanza Plenaria ha, recentemente, delineato la figura dell'interesse legittimo collettivo¹². A ben vedere, tuttavia, la figura non riesce a rappresentare un tipo autonomo di interesse legittimo, proprio perché non si rapporta ad un qualche tipo di potere amministrativo; serve solo a giustificare il carattere «personale» della

8 Sulla quale mi limito a rimandare a Corte Cost. 13 dicembre 2019, n. 271.

9 SCOCA, *L'interesse cit., passim*.

10 Rimando agli scritti citati nella nota n. 2.

11 Per questa identità, v. SPAMPINATO, *Interesse cit., passim*.

12 Cons. St., a. p., 20 febbraio 2020, n. 6.



legittimazione a ricorrere (pure) degli enti collettivi. Il tipo di interesse legittimo potrà essere, infatti, quello da collegare, ad esempio, ad un provvedimento c. d. plurioffensivo, (tipo di interesse legittimo che – comunque lo si denomini – potrà, poi, essere intestato tanto ad un ente collettivo quanto a chi sia il potenziale diretto destinatario di un provvedimento (individuale) attuativo o esecutivo di quel provvedimento a monte (potenziale, perché, naturalmente, quest'ultimo provvedimento dovrà essere impugnabile in via immediata e diretta, senza cioè attendere l'emanazione del provvedimento a valle).

Altro, dunque, che atipicità dell'interesse legittimo! Ad essere atipici saranno, piuttosto, gli indici di riconoscimento della legittimazione a ricorrere, gli elementi, cioè, destinati a radicare tale legittimazione in capo ai «terzi» toccati dall'esercizio dei diversi tipi di potere amministrativo, a trasporre in concreto, come anche si può dire, in capo ai soggetti predetti, uno di quei tipi di interesse legittimo enucleati in astratto e a differenza dei quali i primi, appunto, non sarebbero tipizzabili (si tratta di indici prevalentemente fattuali ed eventualmente normativi¹³).

Proprio sulla base dei rilievi che precedono non convince la pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione che, nella vicenda delle concessioni balneari, ha annullato la sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato¹⁴. Posto che la pronuncia non possa essere riferita all'intervento di chi sia interessato alla risoluzione della medesima *quaestio iuris*¹⁵, la legittimazione ad intervenire, se non anche a ricorrere, degli enti collettivi (tra cui le associazioni di categoria) non è (più) in discussione nel diritto vivente¹⁶, purché sussistano i presupposti richiesti dalla giurisprudenza amministrativa (pertinenza dell'interesse fatto valere in giudizio rispetto alle finalità istituzionali dell'ente collettivo, adeguata rappresentanza della categoria, assenza di conflitto di interesse, non occasionalità dell'ente collettivo), peraltro richiamati nella stessa pronuncia della Suprema Corte. Nella specie, il giudice amministrativo non aveva, tuttavia, neppure verificato lo statuto degli enti e, quindi, aveva ommesso, semmai, un accertamento di fatto¹⁷. La Suprema Corte sembra mostrarne piena

13 Cfr. Cons. St., a. p., 09 dicembre 2021, n. 22.

14 Corte Cass., S. U., 23 novembre 2023, n. 32559. Per il giudizio di rinvio, v. Cons. St., VII, 20 maggio 2024, n. 4479. La replica non ha tardato ad arrivare, cfr. Cons. St., VII, 19 febbraio 2024, n. 1653.

15 Lo dimostra inequivocabilmente il fatto che nella medesima camera di consiglio (del 24 ottobre 2023) sia stata adottata Corte Cass., S. U., 09 gennaio 2024, n. 786, che ha cassato, per lo stesso motivo, la sentenza di una sezione semplice (Cons. St., VII, 23 maggio 2022, n. 4072), del tutto estranea, quindi, alla funzione nomofilattica.

Per l'esclusione dell'intervento motivato da analogia di *quaestio iuris*, cfr.: Cons. St., a. p., 30 agosto 2018, n. 13; Cons. St., a. p., 02 aprile 2020, n. 10; Cons. St., a. p., 09 novembre 2021, n. 18.

16 Ha posto il sigillo Cons. St., a. p., 20 febbraio 2020, n. 6.

17 Opposta la premessa di Corte Cass., S. U., 23 novembre 2023, n. 32559: «10.- [i]l Collegio...ritiene che non sia configurabile un mero ed incensurabile *error in procedendo*, ma un diniego o rifiuto di giurisdizione per avere la sentenza impugnata negato agli enti ricorrenti la legittimazione ad intervenire nel giudizio, sulla base non di specifici e concreti impedimenti processuali (ad esempio, per ragioni relative alla fase processuale in cui gli interventi sono stati proposti, al grado di rappresentatività dei



consapevolezza e nondimeno, forzando inspiegabilmente le cose, intende l'atteggiamento del giudice come se non avesse voluto ammettere a tutela quel tipo di interesse (sostanziale) sottostante all'interesse legittimo fatto valere, degradandolo a mero interesse di fatto. Essa però così ha finito col cedere ad un tipo di accertamento che probabilmente le sarebbe stato precluso persino nella sua qualità di giudice di mera legittimità¹⁸ e che avrebbe, semmai, reso percorribile la via della revocazione per errore di fatto (per un «abbaglio dei sensi» del giudice che non avesse neppure preso in considerazione gli statuti, pure in atti, per verificare le finalità istituzionali degli enti intervenienti).

Chiarito l'approccio qui seguito, è del tutto inutile, poi, soffermarsi su quante e quali questioni teoriche ogni operazione tassonomica di per sé sollevi, basti solo notare che (almeno) in campo giuridico molte di esse si dissolvono non appena si punti al risultato pratico, effettuale, insomma, al piano applicativo. Non si tratterà, naturalmente, di poter tagliare col bisturi la (complessa) realtà degli interessi sostanziali giuridicamente tutelati nella forma dell'interesse legittimo ma, piuttosto, di procedere con l'accetta, il che però non toglie maggiore approssimazione rispetto all'adozione di una figura unitaria o, al più, del tradizionale binomio. Ed è proprio, dunque, affidandosi all'approccio descritto che si tenta ora di delineare i contorni di una figura di interesse legittimo già altre volte denominata «dipendente»¹⁹, la cui presenza è certamente rinvenibile presso la giurisprudenza amministrativa, mentre tocca all'interprete tracciarne l'identikit e abbozzarne, fin dove possibile, il trattamento giuridico ad essa riservato o, eventualmente, da riservarle.

3. L'interesse legittimo «dipendente»: la nozione.

soggetti intervenuti rispetto agli interessi fatti valere, ecc.) ma di valutazioni che negano, in astratto, la titolarità in capo agli stessi enti di posizioni soggettive differenziate qualificabili come interessi legittimi». In astratto, come detto, la giurisprudenza amministrativa non dubita della legittimazione ad intervenire (ma anche a ricorrere) in giudizio degli enti collettivi, purché sia accertata la presenza degli indici di riconoscimento della legittimazione stessa tradizionalmente richiesti (tra i quali, appunto, finalità istituzionali comprensive dell'interesse oggetto del giudizio pendente). Nella specie, il giudice aveva solo omesso tale accertamento. L'equivoco traspare da Corte Cass., S. U., 09 gennaio 2024, n. 786: «15.- [s]i è trattato di un diniego o rifiuto della tutela giurisdizionale sulla base di valutazioni che, negando in astratto la legittimazione delle associazioni ricorrenti a intervenire nel processo, *senza esaminare i loro statuti o la presenza di eventuali controindicazioni specifiche*, conducono a negare anche la giustiziabilità degli interessi collettivi (legittimi) da essi rappresentati, relegandoli in sostanza al rango di interessi di fatto. A dimostrarlo è la constatazione che le argomentazioni espresse nella sentenza impugnata potrebbero essere utilizzate per escludere l'ammissibilità dell'intervento delle associazioni ricorrenti in qualsiasi altro processo amministrativo introdotto da soggetti singoli, sebbene vertente su questioni inerenti al perimetro delle finalità statutarie delle associazioni stesse» (corsivo mio).

18 Nota Cons. St., VII, 19 febbraio 2024, n. 1653: «[s]enza approfondire tale complessa problematica, il Collegio osserva che, così argomentando, il sindacato sulla legittimazione al ricorso sarebbe ancor più inammissibile in cassazione, diventando verifica non solo della corretta applicazione delle regole processuali, ma riesame del merito della controversia e del rapporto giuridico in contenzioso».

19 SPAMPINATO, *Tipologia cit.*, p. 104; ID., *Interesse cit.*, p. 306.



Premessa indispensabile ma ovvia è che il potere amministrativo è, per così dire, multipolare, poligonale o, se si preferisce, plurirelazionale, per cui, nel toccare gli interessi degli amministrati, può anche lambire quello di un «terzo» collegato da un rapporto privatistico o pubblicistico al «diretto» destinatario di un provvedimento amministrativo costituente esercizio di un potere dato, quale che sia, poi, la natura di quest'ultimo (ampliativo, ablatorio, plurioffensivo, di secondo grado, ecc.).

Si pensi, dal lato privatistico, al socio o agli amministratori rispetto ad una società colpita da interdittiva antimafia²⁰, al subappaltatore rispetto all'affidatario di un contratto di appalto²¹, al promissario acquirente rispetto al promittente venditore cui è diretto un diniego di permesso di costruire o di altro titolo edilizio equivalente, a meno che non si tratti di preliminare c. d. ad effetti anticipati²², al cessionario di un credito (banca e società veicolo) avverso un provvedimento di annullamento in autotutela di un contributo pubblico concesso alla società cedente (poi fallita)²³, all'affittuario di un immobile dato in concessione al locatore²⁴. Dal lato pubblicistico si può, forse, pensare al sub-concessionario rispetto ad un concessionario diretto destinatario di un provvedimento lesivo, e così via.

Sembra che nella categoria possano pure essere incluse tutte le situazioni in cui su un medesimo bene coesistano plurimi diritti soggettivi di natura reale e/o personale o, come talora si esprime la giurisprudenza, plurime «relazioni qualificate»²⁵: si pensi al (terzo) titolare di un diritto reale minore o personale di godimento rispetto al proprietario destinatario diretto di un provvedimento ablatorio (ad esempio, un decreto espropriativo, un'ordinanza di demolizione, ecc.).

Dunque, tutte situazioni caratterizzate, se si vuole, da un «rapporto di dipendenza o di derivazione» - per usare sempre il linguaggio della giurisprudenza - della posizione del terzo rispetto a quella del diretto destinatario del provvedimento amministrativo lesivo, quale che sia, poi, la natura di tale provvedimento. A tale realtà pare, appunto, si possa dare la denominazione di interesse legittimo «dipendente», individuato, peraltro, con un criterio diverso da quello principale sopra enunciato.

20 Cons. St., a. p., 28 gennaio 2022, n. 3.

21 T. A. R. Sicilia, Palermo, III, 12 settembre 2005, n. 1463; T. A. R. Lazio, Roma, IIIbis, 14 febbraio 2017, n. 2389; T. A. R. Lazio, Roma, IIIter, 08 settembre 2017, n. 9638; T. A. R. Lombardia, Milano, IV, 15 giugno 2020, n. 1070.

22 *Ex multis*: T. A. R. Sicilia, Catania, I, 11 marzo 2024, n. 961; T. A. R. Lombardia, Milano, IV, 18 marzo 2024, n. 807. Talora, peraltro, la legittimazione a ricorrere viene esclusa persino nel caso di un preliminare c. d. ad effetti anticipati, cfr. T. A. R. Sicilia, Palermo, III, 27 dicembre 2023, n. 3865. Per un'ipotesi analoga in cui ad agire è il venditore rispetto al diniego del permesso di costruire diretto all'acquirente, v. Cons. St., V, 30 settembre 2013, n. 4827.

23 Per una fattispecie complessa sintetizzata come sopra, cfr. Cons. St., V, 18 marzo 2024, n. 2606.

24 T. A. R. Lazio, Roma, IIbis, 08 agosto 2023, n. 13207, riformata da Cons. St., VII, 19 febbraio 2024, n. 1653.

25 Cfr. Cons. St., IV, 15 marzo 2022, n. 1827.



4. Un quadro giurisprudenziale, almeno in apparenza, coerente.

Come si accennava, (anche) di questa figura di interesse legittimo – sul punto occorrerà, però, tornare - c'è ampia traccia nella giurisprudenza amministrativa e, infatti, gli esempi relativi ai rapporti (in particolare) contrattuali sopra snocciolati sono tutti tratti da essa²⁶. È ora però il caso di aggiungere che nella stessa giurisprudenza detta figura fa, soprattutto, capolino a proposito della legittimazione a ricorrere e ad intervenire, nel senso che a chi sia titolare di quel tipo di interesse legittimo viene negata la prima e riconosciuta la seconda. Valga quanto afferma, a chiare lettere, l'Adunanza plenaria nel caso dei soci e degli amministratori di una società colpita da interdittiva antimafia: «[a]l contrario, laddove non è individuabile tale posizione [personale e diretta], ma purtuttavia sono enucleabili generiche posizioni di interesse (anche derivanti da rapporti, quale che ne sia la fonte, intercorrenti tra soggetto in relazione con il potere amministrativo ed ulteriori soggetti), queste ultime – che ben possono ricevere indirettamente e/o di riflesso, un “pregiudizio” - legittimano i loro titolari a spiegare intervento in giudizio, ma non già ad impugnare autonomamente il provvedimento lesivo della sfera giuridica del soggetto con il quale intrattengono a diverso titolo rapporti giuridici. / L'ampliamento o la compressione del patrimonio giuridico...devono derivare *direttamente* dall'esercizio del potere amministrativo e solo questo determina, in sede processuale, la legittimazione ad agire. / 13. Nel caso oggetto del presente giudizio, non può non rinvenirsi carenza di legittimazione attiva in capo agli amministratori ed ai soci della persona giuridica colpita da interdittiva antimafia»²⁷ (corsivo mio). La legittimazione a ricorrere del terzo collegato da un rapporto privatistico o pubblicistico al diretto destinatario di un provvedimento amministrativo a questi sfavorevole viene, dunque, esclusa perché il pregiudizio, la lesione da quello subita sarebbe solo indiretta, riflessa. Talora, la giurisprudenza evoca pure il divieto di sostituzione *ex art. 81 c. p. c.*, perché altrimenti il terzo finirebbe con l'agire al posto del diretto destinatario senza esserne autorizzato da una disposizione di legge²⁸.

26 In Cons. St., a. p., 28 gennaio 2022, n. 3, può leggersi: «[s]e...“il carattere di persona giuridica attribuito alla società non può eliderne la natura contrattuale e dunque il legame indissolubile con i contraenti, ossia i soci, o con le persone fisiche che, come gli amministratori, svolgono alcuni ruoli indispensabili perché la società possa determinarsi ad operare”, appare evidente come gli amministratori e/o i soci non siano *destinatari diretti dell'esercizio del potere amministrativo*, essendovi *relazione diretta* solo tra potere amministrativo e persona giuridica, ma essi emergono con un proprio (possibile e riflesso) pregiudizio solo *per effetto di un diverso rapporto (di natura contrattuale o di altro tipo) che li lega al destinatario diretto* (la società)» (corsivo mio).

27 Cons. St., a. p., 28 gennaio 2022, n. 3.

28 In tali termini, T. A. R. Lazio, Roma, III^{ter}, 08 settembre 2017, n. 9638, dove può leggersi: «[n]e segue che l'impugnazione del diniego da parte del subappaltatore integra gli estremi di una non consentita ipotesi di sostituzione processuale, poiché egli intende far valere nel processo l'interesse legittimo dell'appaltatore (arg. ex art. 81 c.p.c.: “Fuori dei casi espressamente previsti dalla legge, nessuno può far valere nel processo in nome proprio un diritto altrui”»).



Il regime giuridico così delineato trova, del resto, rispondenza pure negli insegnamenti della giurisprudenza sui diversi tipi di intervento ammissibili, su cui può nuovamente evocarsi l'Adunanza Plenaria (pronunciatasi, peraltro, sulla questione dell'ammissibilità dell'accesso di un terzo estraneo al processo al fascicolo processuale telematico): «[n]el sistema di giustizia amministrativa, la funzione dell'intervento è duplice: da un lato, quella di tutelare preventivamente il terzo contro gli *effetti indiretti o riflessi* che possa subire dalla sentenza *inter alios acta*; dall'altro, quella di dare rilevanza processuale alle situazioni giuridiche soggettive, di varie tipologia e contenuto, che si muovono "interrelate" nel contesto dell'azione amministrativa, consentendo al giudice di cogliere la portata della controversia nella sua globale e sostanziale complessità. / La rilevanza giuridica dell'interesse del "terzo" ad inserirsi in un processo già pendente – sia esso una parte necessaria pretermessa; un controinteressato sostanziale (titolare cioè di una posizione giuridica autonoma, uguale e contraria a quello del ricorrente, ma non "individuato" nell'atto impugnato); chi si trovi nelle situazioni previste dall'art. 28 comma 2, c.p.a.; oppure colui che subisce gli effetti dell'atto impugnato soltanto in via indiretta in quanto titolare di un interesse "dipendente" – comporta il riconoscimento della facoltà prodromica di accedere al fascicolo della causa *inter alios*, al fine di potere previamente verificare i termini specifici della *res litigiosa* astrattamente suscettibile di interferire con la propria sfera giuridica»²⁹ (corsivo mio). Ma tracce del regime giuridico applicabile alla figura di interesse legittimo in discorso è possibile rinvenirle anche nella giurisprudenza amministrativa sulla legittimazione a proporre l'opposizione di terzo ordinaria, dove è sufficientemente delineato il seguente orientamento: «[s]i deve...escludere la legittimazione attiva all'opposizione di terzo ordinaria di coloro la cui situazione giuridica sia collegata da un rapporto di dipendenza o di derivazione con quella di altri soggetti parti in causa; allo stesso modo va esclusa la legittimazione ad agire dei soggetti interessati solo di riflesso: rispetto a tali categorie difetta, infatti, il requisito dell'autonomia della posizione soggettiva stessa (...). / 8.5.1. Pertanto, a differenza della parte necessaria pretermessa, il titolare della posizione secondaria, accessoria e riflessa, pur potendo intervenire nel giudizio, non è legittimato ad impugnare con opposizione di terzo ordinaria la sentenza lesiva per il titolare della posizione principale (...)»³⁰.

29 Cons. St., a. p., 12 aprile 2024, n. 5. Sull'istituto dell'intervento, v., da ultimo, M. RAMAJOLI E R. VILLATA (A CURA DI), *L'intervento nel processo amministrativo. Atti del Convegno L'intervento nel processo amministrativo, organizzato dall'Università degli Studi di Trento, 30 settembre – 1° ottobre 2022*, Torino, 2023.

30 Cons. St., VII, 09 maggio 2023, n. 4656. Sempre recentemente, in termini analoghi, v.: Cons. St., V, 28 aprile 2023, n. 4338; Cons. St., III, 03 agosto 2023, n. 7517. *Adde*, Cons. St., V, 19 aprile 2024, n. 3560.

Per una puntuale delimitazione della legittimazione a proporre opposizione di terzo ordinaria, cfr., infine, Cons. Giust. Amm., s. g., 31 ottobre 2023, n. 747: «- l'art. 108 c.p.a., che disciplina la figura dell'opposizione c.d. ordinaria (introdotta nell'ordinamento per effetto della sentenza della Corte Costituzionale 17 maggio 1995 n. 177), stabilisce che "un terzo può fare opposizione contro una sentenza del tribunale amministrativo regionale o del Consiglio di Stato pronunciata tra altri soggetti, ancorché passata in giudicato, quando pregiudica i suoi diritti o interessi legittimi";



Insomma, è facile vedere come *in nuce* sia ben presente nella giurisprudenza amministrativa la figura dell'interesse legittimo «dipendente», la quale riesce a prendere forma nei termini sopra descritti: è, quanto meno, il profilo della legittimazione ad agire (termine che vuole essere neutro) a dare consistenza giuridica alla figura riguardo alla quale sembra esserci piena convergenza di orientamenti, da un lato, la negazione della legittimazione a ricorrere, dall'altro, il riconoscimento della legittimazione ad intervenire, dall'altro lato ancora, la negazione della legittimazione a proporre l'opposizione di terzo ordinaria. In sostanza, il titolare dell'interesse legittimo c. d. dipendente non sarebbe – a seconda del tipo di potere amministrativo concretamente esercitato - né un cointeressato, né un controinteressato (l'uno e l'altro, per così dire, «innominati»), non sarebbe, in conclusione, parte necessaria del giudizio di legittimità ma solo parte eventuale.

Si è parlato fino ad ora di interesse legittimo («dipendente»). Comunque lo si voglia denominare, certo è che l'Adunanza Plenaria sopra richiamata (ma non solo) nega addirittura natura di interesse legittimo alla posizione del terzo della quale si sta parlando. Afferma infatti l'organo di nomofilachia: «[m]a questo rapporto [del terzo con il diretto destinatario], estraneo alla relazione intersoggettiva tra destinatario dell'atto e pubblica amministrazione, è *inidoneo a far sorgere situazioni di interesse legittimo* e impedisce, quindi, di configurare sul piano

- la predetta disposizione è interpretata nel senso che la legittimazione a proporre opposizione di terzo nei confronti della decisione del giudice amministrativo resa tra altri soggetti va riconosciuta ai controinteressati pretermessi, ai controinteressati sopravvenuti, ai controinteressati non facilmente identificabili (c.d. occulti) e, in generale, ai terzi titolari di una situazione giuridica autonoma e incompatibile, rispetto a quella riferibile alla parte risultata vittoriosa per effetto della sentenza oggetto di opposizione, *con esclusione, di conseguenza, dei titolari di un diritto dipendente, ovvero di soggetti interessati di riflesso*;

- la proposizione dell'opposizione di terzo ordinaria contro una sentenza del giudice amministrativo, ancorché non passata in giudicato, è subordinata alla sussistenza di un pregiudizio, determinato dalla pronuncia impugnata, ai diritti o agli interessi legittimi del ricorrente;

- la posizione qualificata e differenziata che legittima l'opposizione di terzo si rinviene in capo al litisconsorte necessario pretermesso e al titolare di una situazione soggettiva autonoma e incompatibile con quella accertata nella sentenza e rispetto a quella riferibile alla parte risultata vittoriosa per effetto della pronuncia opposta (cfr. Ad. plen., 11 gennaio 2007 n. 2). Tali soggetti, pur non avendo partecipato al relativo giudizio, sono nondimeno portatori di un interesse qualificato al mantenimento dell'atto impugnato;

- deve invece escludersi la legittimazione attiva all'opposizione di terzo ordinaria di coloro la cui situazione giuridica non sia qualificata o differenziata, *oppure sia collegata da un rapporto di dipendenza o di derivazione con quella di altri soggetti parti in causa. A differenza della parte necessaria pretermessa, il titolare della posizione secondaria, accessoria e riflessa e comunque non qualificata, pur potendo intervenire nel giudizio, non è legittimato ad impugnare con opposizione di terzo ordinaria la sentenza lesiva per il titolare della posizione principale*;

- non sono infine legittimati all'opposizione i terzi cointeressati, ovvero oggettivamente titolari di un interesse dello stesso tipo di quello fatto valere dal ricorrente, per l'evidente ragione che lo avrebbero dovuto tutelare così come questi ha fatto, ovvero proponendo in proprio ricorso entro i termini di decadenza» (corsivo mio).



processuale la legittimazione ad agire nei confronti del provvedimento di interdittiva antimafia»³¹ (corsivo mio).

Si tratta, naturalmente, di mettersi d'accordo sul concetto di situazione giuridica soggettiva: se la si intende – come pare senz'altro più condivisibile³² – come interesse (di natura sostanziale) ammesso a tutela giurisdizionale comunque questa venga poi assicurata (in quale forma), si è certamente in presenza di un interesse legittimo, poco importa, appunto, che lo si possa tutelare solo intervenendo in un giudizio instaurato da altri.

5. La tutela «dimidiata» del titolare dell'interesse legittimo «dipendente» e la prospettiva di investire la Corte di Cassazione della questione di giurisdizione quale ipotesi di c. d. arretramento.

Il quadro delineato non impedisce di chiedersi se al terzo titolare dell'interesse legittimo «dipendente» non possa nondimeno riconoscersi la legittimazione ad impugnare il provvedimento indirizzato al diretto destinatario dello stesso e, eventualmente, persino a proporre opposizione di terzo ordinaria, qualora non abbia partecipato al giudizio instaurato dal diretto destinatario del provvedimento lesivo. Domanda a cui riesce difficile dare risposta nei ristretti termini di cui a queste pagine. Si possono considerare solo alcuni aspetti.

Il primo è che è indubbio che l'interesse sostanziale sotteso all'interesse legittimo c. d. dipendente possa anche essere economicamente (patrimonialmente) assai rilevante e nondimeno negando al terzo che ne sia portatore legittimazione a ricorrere costui finisce sempre col subire le conseguenze pregiudizievoli delle scelte compiute dal portatore dell'interesse sostanziale principale, in particolare, quelle scaturenti dall'inerzia di costui.

Il secondo è che in un'occasione la giurisprudenza si discosta vistosamente dall'orientamento tracciato. Infatti, nella materia notoriamente «calda» degli appalti pubblici, la stessa in cui si è visto che l'Adunanza Plenaria ha negato la legittimazione a ricorrere ai soci e agli amministratori di una società colpita da interdittiva antimafia, sono reperibili sentenze, persino più numerose e più recenti di quelle allineate all'orientamento dominante, le quali hanno riconosciuto al subappaltatore la legittimazione a ricorrere avverso il divieto di subappalto emanato dalla stazione appaltante³³. Ma forse ancora più significativamente, una

31 Cons. St., a. p., 28 gennaio 2022, n. 3.

32 Per tutti, cfr.: A. ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive (Dir. amm.)*, in S. PATTI (DIRETTA DA), *Il diritto. L'Enciclopedia del Sole 24 ore*, Milano, 2007, XIV, 610: «[s]econdo la concezione tuttora più diffusa (ma, si badi, non certo l'unica), le situazioni giuridiche soggettive sono genericamente riportabili a interessi del soggetto di diritto, che in vario modo ricevono protezione e tutela dall'ordinamento giuridico»; G. ROSSI, *Potere amministrativo e interessi a soddisfazione necessaria. Crisi e nuove prospettive del diritto amministrativo*, Torino, 2011, 15: «[l]a “situazione giuridica soggettiva” ha in sé fattispecie sostanziale e qualificazione giuridica intrinsecamente connesse; è un interesse al quale l'ordinamento giuridico conferisce tutela configurandolo come diritto soggettivo o altra situazione protetta».

33 T. A. R. Sicilia, Palermo, III, 12 settembre 2005, n. 1463; T. A. R. Lazio, Roma, IIIbis, 14 febbraio 2017, n. 2389; T. A. R. Lombardia, Milano, IV, 15 giugno 2020, n. 1070. Implicitamente, cfr. TAR Lombardia, Milano, IV, 03 febbraio 2020 n. 234, confermata da Cons. St., V, 15 giugno 2021, n. 4641.



recente sentenza del Consiglio di Stato non ha esitato a riconoscere la legittimazione a ricorrere all'affittuario di un immobile dato in concessione avverso l'ordinanza di demolizione degli abusi edilizi commessi dal concessionario, in dichiarata osservanza ad un orientamento reputato pacifico. È il caso di riportarne un passo: «[l]a legittimazione attiva del detentore qualificato a proporre ricorso avverso un provvedimento di demolizione del bene di cui ha la disponibilità giuridica e materiale, formalmente indirizzato al solo titolare del diritto reale o della concessione d'uso del bene stesso, va affermata *con certezza*, sia in considerazione delle regole generali del giudizio amministrativo, sia con riferimento alla disciplina specifica riferita alla vigilanza edilizia ed urbanistica. / ... 5. Nella presente vicenda contenziosa, l'esecuzione del provvedimento di demolizione dei locali andrebbe ad incidere *immediatamente e direttamente* sulla concreta possibilità di prosecuzione dell'attività economica svolta dalla società appellante. / Inoltre, il provvedimento di demolizione oggetto di contestazione costituisce il presupposto per l'adozione di ulteriori atti incidenti sulla SCIA di cui è titolare la società appellante. / Il fatto stesso dell'avvio del procedimento per dichiarare il divieto di prosecuzione dell'attività e, in particolare, la decadenza della SCIA di subingresso nei confronti della società appellante, proprio in virtù del provvedimento in questa sede impugnato, comporta *già da solo* la legittimazione di quest'ultima a contestare l'ordinanza di ripristino che la pregiudica in via diretta. / 6. In altri termini, la società...non ha proposto ricorso a tutela di un diritto altrui, che incontrerebbe il divieto di cui all'art. 81 c.p.c., ma ha ritualmente agito per la protezione dei propri interessi sostanziali, *immediatamente e direttamente* incisi dal provvedimento impugnato. / Peraltro, sarebbe del tutto inutile il riconoscimento della legittimazione a impugnare il provvedimento di decadenza della SCIA senza, però, consentire anche l'impugnativa dell'atto presupposto. / Come già evidenziato, la società..., in virtù di un *contratto di affitto* di ramo d'azienda stipulato con la...concessionaria del bene, e di apposita SCIA di subentro nell'attività commerciale, ha preso in gestione il locale ristorante in cui esercita la propria attività da quasi otto anni. Gli atti impugnati sono relativi a contestati abusi edilizi nella parte in cui sono riferiti al locale gestito dall'appellante e, come tali, formano oggetto (circoscritto) del presente giudizio. / In definitiva, *alla luce dei granitici principi generali espressi dalla giurisprudenza amministrativa*, non si vede per quale ragione la legittimazione attiva della ricorrente dovrebbe essere negata»³⁴ (corsivo mio). Si può, infine, aggiungere che la posizione del terzo titolare di un interesse legittimo «dipendente» sembra possa agevolmente affrancarsi da quella del diretto destinatario cui è legato quando il pregiudizio lamentato sia riconducibile direttamente (non già ad un provvedimento

34 Cons. St., VII, 19 febbraio 2024, n. 1653. Chiaramente, il precedente non sembra affatto conforme all'orientamento consolidato come prima riassunto nel par. 4. Di estremo interesse appare invece il rilievo per cui il provvedimento lesivo del terzo titolare dell'interesse legittimo (qui denominato «dipendente» può costituire presupposto per l'emanazione di provvedimenti che, a loro volta, possono avere come diretto destinatario quel terzo, proprio come può avvenire nell'ipotesi del rapporto società di capitali – socio in campo tributario e di cui si dirà nel prossimo paragrafo.



individuale ma) all'esercizio di un potere c. d. plurioffensivo, come tale privo di diretti destinatari.

Il terzo rilievo che si può fare è che non mancano disposizioni di legge le quali, nell'individuare i diretti destinatari del potere amministrativo che esse sono destinate a regolare, riconoscono, di fatto, tale posizione anche a soggetti che, in assenza di quelle disposizioni, sarebbero senz'altro (da qualificare) titolari di un interesse legittimo «dipendente». È il caso innanzitutto dell'art. 31, comma 2, d. P. R. 06 giugno 2001 n. 380, il quale individua i diretti destinatari dell'ingiunzione a demolire l'abuso edilizio nel proprietario e nel responsabile dell'abuso. È altresì il caso dell'art. 68, comma 1, d. lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, che, nell'individuare chi può chiedere l'uscita in via definitiva di un bene culturale in ambito europeo, usa un pronome indefinito, non molto diversamente da come l'art. 11, comma 1, d. P. R. n. 380 del 2001 individua chi è legittimato a richiedere il permesso di costruire. È chiaro che responsabile dell'abuso potrà essere pure l'usufruttuario³⁵ o il locatario³⁶ e chi chieda l'esportazione del bene culturale potrà anche essere un mandatario (magari, la stessa casa d'aste incaricata di vendere il bene)³⁷ e persino lo spedizioniere (cfr. art. 129, comma 1, secondo periodo, r. d. 30 gennaio 1913, n. 363) e situazioni non dissimili potranno, infine, rinvenirsi in relazione alla richiesta del permesso di costruire³⁸.

Detto ciò, parte della dottrina recente si mostra orientata ad allargare l'accesso alla giurisdizione amministrativa, quasi a riportarla al suo originario carattere oggettivo. È chiaro che assecondando questa linea di tendenza non dovrebbero esserci dubbi a riconoscere la legittimazione a ricorrere al titolare dell'interesse legittimo «dipendente», se è vero che per taluno si arriva addirittura ad ammettere l'impugnazione degli atti amministrativo da parte di chiunque possa vantare un interesse, purché non abusi del processo, la sua domanda giudiziale non sia semplicemente pretestuosa. Tesi del genere sembrano tuttavia contrastare palesemente con la concezione soggettivo-individualista della tutela giurisdizionale, compresa quella innanzi alla giurisdizione amministrativa, consegnataci (specificatamente) dall'art. 24 Cost.³⁹. A rimanere pertanto entro questa cornice, un rafforzamento della tutela dell'interesse legittimo c. d. dipendente potrebbe, semmai, farsi discendere dalla valorizzazione del principio del giusto processo, senz'altro destinato a trovare posto pure nel

35 Cons. St., VI, 17 marzo 2023, n. 2769; T. A. R. Campania, Napoli, III, 30 giugno 2023, n. 3939; T. A. R. Lazio, Roma, *Ilquater*, 21 luglio 2023, n. 12331.

36 Cons. St., VI, 19 aprile 2024, n. 3574.

37 Cfr. Cons. St., VI, 30 agosto 2023, n. 8074, sentenza annotata in B. SPAMPINATO, *Sulla legittimazione a impugnare l'attestato di libera circolazione e la dichiarazione di interesse culturale nonché sul sindacato sulla discrezionalità tecnica*, in *www.ambientediritto.it* 2023, fasc. 4, par. 8.

38 Sui legittimati a richiederlo, cfr., per esempio, Cons. St., IV, 15 marzo 2022, n. 1827. *Adde* la nota n. 49.

39 Su tutto questo sia consentito il rinvio a B. SPAMPINATO, *Concezione soggettiva della giurisdizione amministrativa (anche) di legittimità e legittimazione a ricorrere*, in *www.federalismi.it* 8 febbraio 2023, p. 108 ss., cui rinvio anche per ogni riferimento bibliografico.



giudizio amministrativo (art. 111, comma 8, Cost.; art. 2 c. p. a.). Non dovrebbe essere, in sostanza, necessario snaturare la funzione della giurisdizione amministrativa ma basterebbe valorizzare quel principio nella sua declinazione di principio di integrità del contraddittorio.

Ne scaturirebbe che il titolare di quel tipo di interesse legittimo assurgerebbe, a seconda del tipo di potere amministrativo concretamente esercitato, alla posizione di cointeressato o di controinteressato, nell'uno come nell'altro caso «innominato», come già sopra notato.

Più realisticamente appare però percorribile la via del ricorso in Cassazione per c. d. eccesso di potere giurisdizionale⁴⁰. Per la Corte Costituzionale, «[l]’“eccesso di potere giudiziario”, denunziabile con il ricorso in cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione, come è sempre stato inteso, sia prima che dopo l’avvento della Costituzione, va riferito, dunque, alle sole ipotesi di difetto assoluto di giurisdizione, e cioè [anche] quando il Consiglio di Stato...negli [la propria giurisdizione] sull’erroneo presupposto che la materia non può formare oggetto, in via assoluta, di cognizione giurisdizionale (cosiddetto arretramento)»⁴¹. Se è vero, allora, che, secondo quanto si è visto, costituisce diritto vivente negare la legittimazione a ricorrere a chi sia titolare di un interesse legittimo «dipendente», nessuna esitazione si dovrebbe avere a riconoscere in tale orientamento un possibile caso di «arretramento» o, se si vuole, di diniego di giustizia, come tale senz’altro suscettibile di cognizione da parte delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, investita quale organo di ultima istanza competente a decidere delle questioni di giurisdizione: qui, a differenza di quanto osservato a proposito della già richiamata sentenza della Suprema Corte n. 32559 del 2023, non si tratta, infatti, tutt’al più, di un mero errore commesso dal giudice amministrativo nell’accertare, nella fattispecie concreta, la legittimazione a ricorrere di taluni enti collettivi che avevano esperito l’intervento, ma di un consolidato orientamento giurisprudenziale volto a riconoscere (pregiudizialmente) al titolare dell’interesse legittimo «dipendente» una tutela «dimidiata», quale è quella che scaturisce dalla sola possibilità che gli viene attribuita di poter intervenire nel giudizio instaurato dal diretto destinatario del provvedimento lesivo e, quindi, condizionata all’avvenuta instaurazione di tale giudizio da parte di costui⁴².

⁴⁰ Apertamente contraria Cons. St., VII, 19 febbraio 2024, n. 1653.

⁴¹ Corte Cost. 18 gennaio 2018, n. 6.

⁴² Di opposto avviso Cons. St., VII, 19 febbraio 2024, n. 1653, che afferma: «23. [l]a Sezione ritiene, poi, che il criterio prospettato dalle Sezioni Unite per estendere il concetto di rifiuto di giurisdizione, incentrato sulla contrapposizione tra negazione concreta e negazione astratta della tutela giurisdizionale, trascura di considerare che, a ben vedere, ogni decisione volta ad escludere la legittimazione al ricorso svolge, sempre, una duplice valutazione, concreta e astratta al tempo stesso, sulla consistenza e sulla natura della posizione giuridica allegata dalla parte attrice. / La valutazione è “concreta”, nella misura in cui deve accertare, sempre, la posizione della parte nella specifica vicenda processuale; talmente concreta che, come si è autorevolmente osservato in dottrina, nel processo amministrativo l’accertamento della legittimazione processuale finisce spesso col sovrapporsi all’accertamento, nel merito, della titolarità sostanziale della posizione giuridica, e della esistenza dell’interesse ad agire. / La valutazione del giudice, tuttavia, è necessariamente anche “astratta”, nella parte in cui, per la verifica della legittimazione, si interpretano e si applicano le norme giuridiche che



6. La difficoltà di comporre un quadro complessivo unitario: qualche spunto.

Quanto, poi, a come risolvere tale questione, la risposta, come si accennava, resta aperta. Nei limiti di questo scritto, ci si può limitare ad osservare che rapporti del tipo sotteso all'interesse legittimo denominato «dipendente» sono comuni ad altri campi del diritto, primo, tra tutti, quello civile, dove viene ad essere coinvolto, a tacer d'altro, l'istituto del litisconsorzio necessario⁴³. Epperò qui manca, in linea di massima, il provvedimento amministrativo, con le complicazioni che esso inevitabilmente aggiunge. Ci si può pertanto limitare a ricordare le note ipotesi dell'azione surrogatoria (art. 2900, comma 2, c. c.), dell'*actio servitutis* esercitata dall'usufruttuario (art. 1012, comma 2, c. c.) e dell'azione sociale di responsabilità (art. 2393bis c.c.), le quali, rappresentando semplici eccezioni alla stregua dell'art. 81 c.p.c., vengono così spiegate dalla dottrina processualciviltistica: «[q]ueste disposizioni esprimono un principio di portata generale: i titolari della situazione giuridica fatta valere (legittimati in via ordinaria), in quanto colpiti dagli effetti della pronuncia, sono litisconsorti necessari, ai sensi dell'art. 102 c.p.c., nel processo riguardante il loro diritto, instaurato da un legittimato straordinario»⁴⁴. Ipotesi che sembrerebbero, dunque, dare conferma al quadro fin qui tracciato, quale si ricava dalla giurisprudenza amministrativa.

Più prossimo potrebbe invece apparire il campo tributario, dove, come è noto, campeggia l'atto amministrativo, e, in particolare, potrebbe risultare di un qualche significato la situazione in cui venga notificato l'avviso di accertamento sia ad una società di capitali, sia al socio: così, potranno essere contestati ad una società a base ristretta o familiare gli utili extracontabili e al socio gli utili presuntivamente distribuiti; alla società il maggior reddito e al socio il reddito da partecipazione. Qui è chiaro che ognuno dei destinatari è chiamato al pagamento del proprio debito tributario, ognuno cioè è diretto destinatario del provvedimento impugnato, situazione, perciò, in tutto simile a quella già evidenziata a proposito degli artt. 31, comma 2, d. P. R. n. 381 del 2001 e 68, comma 1, d. lgs. n. 42 del 2004⁴⁵. Orbene, la Corte di

definiscono la situazione giuridica allegata dall'interessato.... / Affermare o negare la legittimazione al ricorso (o all'intervento), vuoi interpretando le norme processuali della fase dinanzi all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, vuoi qualificando la posizione sostanziale di un'associazione, vuoi, ancora, definendo la situazione del detentore di un bene oggetto di un provvedimento amministrativo, non può considerarsi affermazione o negazione della giurisdizione, bensì, giova ribadirlo, deve qualificarsi come esercizio, positivo, di giurisdizione». Ora, anche a voler rimanere in quest'ordine di idee, nel negare la legittimazione a ricorrere al titolare di un interesse legittimo (qui denominato «dipendente», per riconoscergli la sola legittimazione ad intervenire, c'è una «valutazione in astratto» che preclude una tutela (giurisdizionale) piena e che perciò può bene inquadrarsi nella figura del c. d. arretramento (di giurisdizione).

⁴³ A mero titolo di esempio, in riferimento all'azione di riduzione in pristino per violazione delle distanze legali, cfr., *ex multis*, Corte Cass. civ., II, 10 novembre 2021, n. 33108.

⁴⁴ S. MENCHINI, *Diritto processuale civile. Parte generale*, Torino, 2023, I, 68.

⁴⁵ In relazione al cit. art. 31, comma 2, d. P. R. n. 381 del 2001, secondo la giurisprudenza amministrativa, «[n]on vi è dubbio che il proprietario dell'area di sedime può sottrarsi all'applicazione della sanzione



Cassazione li concepisce come procedimenti indipendenti ed esclude il litisconsorzio necessario pur ritenendo che l'accertamento relativo alla società sia pregiudiziale rispetto all'accertamento relativo al socio, con conseguente applicazione della sospensione necessaria, *ex art. 295 c. p. c.*, e dell'efficacia (riflessa) del giudicato sceso sul primo accertamento nei confronti del secondo accertamento⁴⁶. Soprattutto, però, qui preme notare che per l'ipotesi in cui la società non abbia impugnato l'accertamento ad essa diretto, la Suprema Corte ha avuto modo di statuire che «i soci, ai sensi dell'art. 2261 c.c., hanno il potere di consultare la documentazione della società; di prendere visione degli atti accertativi emessi nei confronti di quest'ultima e degli eventuali documenti giustificativi in possesso della medesima; di prendere parte attiva agli accertamenti esperiti nei confronti della società, al fine di contrastarli, sì che essi, una volta divenuti destinatari di accertamenti emessi nei loro confronti per redditi partecipativi ipotizzati nei loro confronti, quali soci della società anzidetta, *non possono dolersi della circostanza che l'accertamento emesso nei confronti della società sia divenuto definitivo e non possono riproporre doglianze riferibili all'accertamento emesso nei confronti di quest'ultima ed ormai divenuto definitivo*»⁴⁷ (corsivo mio). Come si vede, dunque, sotto un certo aspetto, data l'identità dei rapporti sottostanti, si può venire a ricreare una situazione in tutto simile a quella osservata nel processo amministrativo con riferimento all'interesse legittimo chiamato «dipendente»: in caso di inerzia della società e di conseguente inoppugnabilità del provvedimento «presupposto», il socio vedrà depotenziata la sua tutela nei confronti del provvedimento («presupponente») di cui è diretto destinatario perché la sua posizione è (considerata) «subordinata» a quella del titolare «principale».

acquisitiva dimostrando la propria estraneità all'abuso e di essersi adoperato diligentemente per rientrare nella disponibilità dei beni abusivi al fine di rimuoverli. Gli elementi probatori acquisiti agli atti sono eloquenti in tal senso e ciò vale anche per quanto attiene alla sanzione pecuniaria» (Cons. St., VI, 30 novembre 2023, n. 10331. *Adde*: Cons. St., VI, 17 marzo 2023, n. 2769; T. A. R. Campania, Napoli, III, 30 giugno 2023, n. 3939; T. A. R. Lazio, Roma, *Iquater*, 21 luglio 2023, n. 12331).

⁴⁶ *Ex multis*, Corte Cass. civ., sez. trib., 14 aprile 2023, n. 10071. Un compendio dei principi enunciati può anche trovarsi in Corte Cass. civ., sez. trib., 17 agosto 2023, n. 24719.

⁴⁷ Corte Cass. civ., sez. VI, 17 febbraio 2021, n. 4117. Cfm: Corte Cass. civ., sez. VI, 18 febbraio 2020, n. 3980; Corte Cass. civ., sez. VI, 27 maggio 2020, n. 9990, che, addirittura, dichiara inammissibile il ricorso; Corte Cass. civ., sez. VI, 05 febbraio 2021, n. 2898. In Cass. civ., sez. trib., 14 aprile 2023, n. 10071, si legge: «il giudicato nei confronti della società (*o comunque l'irrevocabilità dell'avviso di accertamento emesso nei confronti della società*) non può non spiegare *effetti riflessi* nei confronti del socio». In Corte Cass. civ., sez. trib., 26 gennaio 2021, n. 1574, invece la precisazione secondo la quale «l'accertamento tributario nei confronti di una società di capitali a base ristretta, in ipotesi come quelle riferibili alla contestazione di utili extracontabili, costituisce un indispensabile antecedente logico-giuridico dell'accertamento nei confronti dei soci, *in virtù dell'unico atto amministrativo da cui entrambe le rettifiche promanano*» (corsivo mio). Sul litisconsorzio necessario in caso di società di persone, v., invece, *ex multis*, Corte Cass. civ., sez. trib., 11 novembre 2021, n. 33296.



Per finire, generalizzata la legittimazione a ricorrere del titolare dell'interesse legittimo c. d. dipendente⁴⁸, si può anche immaginare che davanti al giudice amministrativo si verrebbero ad affacciare questioni relative alla validità ed efficacia del titolo su cui quella situazione giuridica soggettiva aspirerebbe ad essere fondata e rispetto alle quali quello stesso giudice potrebbe, forse, accostarsi nel modo con cui suole farlo a proposito dell'art. 11, comma 1, d. P. R. n. 380 del 2001⁴⁹.

48 Va da sé che riconosciuta la legittimazione a ricorrere, ne dovrebbe pure conseguire la legittimazione a proporre l'opposizione di terzo ordinaria, posto che il titolare dell'interesse legittimo in discorso finirebbe con l'acquisire la posizione di parte necessaria nel processo amministrativo (di legittimità).

49 *Ex multis*, cfr.: Cons. St., V, 24 febbraio 2022, n. 1302; Cons. St., IV, 15 marzo 2022, n. 1827; Cons. St., II, 30 gennaio 2023, n. 1029; Cons. St., VI, 12 dicembre 2023, n. 10731.

GIUSEPPE SANTORO-PASSARELLI INTERPRETE DELLA REGOLAMENTAZIONE DEL CONFLITTO NEI SERVIZI PUBBLICI ESSENZIALI.

Giovanni Pino

*Capo di Gabinetto Commissione Garanzia Scioperi
Abilitato alle funzioni di Professore Associato di diritto del lavoro*

Abstract [It]: Lo scritto si sofferma su alcuni profili che hanno caratterizzato l'attività di Giuseppe Santoro-Passarelli nel suo ruolo di presidente della Commissione di garanzia per gli scioperi nei servizi essenziali. Ci si sofferma, in particolare, sui principali temi che, in tale ruolo, hanno caratterizzato l'impegno di Santoro-Passarelli, quali: la funzione della negoziazione collettiva nella predisposizione delle regole; la verifica della rappresentatività sindacale, per la legittimazione nel conflitto; la tutela dei lavoratori nelle esternalizzazioni dei servizi; la *governance* del conflitto collettivo durante l'emergenza epidemiologica da *covid 19*.

Abstract [En]: *The paper lingers on some profiles that characterized the activity of Giuseppe Santoro-Passarelli in his role as president of the Guarantee Commission for strikes in essential services. We focus in particular on the main themes that, in this role, characterized Santoro-Passarelli's commitment, such as: the function of collective negotiation in the preparation of the rules; the verification of trade union representativeness, for legitimation in the conflict; the protection of workers in the outsourcing of services; the governance of collective conflict during the Covid 19 epidemiological emergency.*

SOMMARIO: 1. Realtà e forma nell'evoluzione del diritto. - 2. La presidenza della Commissione di garanzia e i profili teorici di riferimento. Il ruolo della contrattazione collettiva. - 3. *Segue.* Rappresentatività sindacale e *governance* del conflitto collettivo. - 4. *Segue.* Esternalizzazione dei servizi pubblici, appalti e conflitto collettivo. - 5. *Segue.* L'emergenza epidemiologica e la gestione del conflitto nei servizi pubblici essenziali.

1. Realtà e forma nell'evoluzione del diritto.

Questo mio breve ricordo di Giuseppe Santoro-Passarelli vuole essere anch'esso una testimonianza di quanto grande sia il vuoto, sul lato scientifico e umano, lasciato nella comunità dei giuslavoristi, e non solo, dalla sua prematura scomparsa. Esso si soffermerà su alcuni profili che hanno caratterizzato una delle sue ultime attività, svolta come "studioso



prestato alle Istituzioni”: la presidenza della Commissione di garanzia sugli scioperi nei servizi essenziali.

Come Capo di Gabinetto di tale Autorità (incarico da Lui subito confermato, quando è diventato Presidente), ho avuto il privilegio di poter condividere con Lui – che naturalmente già conoscevo, nell’ambito in una rispettosa frequentazione limitata, soprattutto, ad iniziative nella comunità giuslavorista – un rapporto di collaborazione giornaliero, che è diventato anche di amicizia. Un rapporto non limitato solamente all’attività della Commissione, o ai temi del Diritto del lavoro, ma arricchito da uno scambio “a tutto campo”, su questioni politiche, letteratura, cinema, arte, di cui era un raffinato esperto (le copertine delle edizioni del suo Manuale sono emblematiche).

Pino Santoro-Passarelli era uomo eclettico e di grande cultura, aperto al confronto con gli interlocutori che riteneva meritevoli, verso i quali dimostrava sensibilità e capacità di affetto, anche se manifestate, a volte, con qualche forma di (accettabile) intolleranza caratteriale. I suoi dissensi o disappunti li manifestava in modo franco e diretto, senza girarci intorno, mantenendo, tuttavia, anche la grande capacità – cosa rara nelle figure del suo calibro – di ricredersi, cambiare idea e, persino, chiederti scusa.

Una cosa, peraltro, ci legava nei nostri diversi percorsi professionali: il rapporto che entrambi avevamo avuto, in tempi e luoghi diversi, con Gino Giugni: Lui come suo giovane assistente nel periodo in cui Giugni era Professore alla *Sapienza* ed io come diretto collaboratore durante la presidenza alla Commissione di garanzia, ultimo incarico istituzionale di Giugni, a conclusione di una laboriosa attività di studioso e di uomo delle istituzioni.

È stato detto come la formazione di Pino Santoro-Passarelli, apparentemente di tipo dogmatico, sia stata profondamente influenzata dalla lettura di Tullio Ascarelli, dalla cui dottrina ha tratto quell’esigenza di coniugare *Realtà* e *Forma* nell’evoluzione del diritto¹. In tale esigenza Gino Giugni, riconduceva la ragion d’essere del giurista che risiede proprio nel venir chiamato costantemente a qualificare realtà nuove e in continuo movimento; in altre parole, l’esigenza di unire la sapienza dogmatica con il pragmatismo e tenere sempre ferma l’attenzione sulla realtà giuridica effettuale².

Con tale approccio metodologico, l’impegno scientifico di Pino Santoro-Passarelli si è confrontato con le tematiche più rilevanti che hanno accompagnato lo sviluppo del Diritto del lavoro, sulle quali, ovviamente, non ci soffermeremo in questo breve scritto, se non, solamente, per richiamare la sua prima monografia del 1979, sul *Lavoro parasubordinato*³. Un contributo fondamentale per comprendere come il diritto del lavoro – pur nella salvaguardia dei propri principi cardine, quali il sostegno del contraente debole, la solidarietà, etc. – nel suo sviluppo, non avrebbe potuto essere confinato nel solo paradigma: subordinazione/autonomia.

1 Senza pretesa esaustiva, si riportano, T. ASCARELLI, *Saggi giuridici*, Giuffrè, Milano, 1949; T. ASCARELLI, *Norma giuridica e realtà sociale*, Giuffrè, Milano, 1955; T. ASCARELLI, *Per uno studio della realtà giuridica effettuale*, Giuffrè, Milano, 1956.

2 G. GIUGNI, *Introduzione allo studio dell’autonomia collettiva*, Giuffrè, Milano, 1960; G. GIUGNI, *Introduzione a Perlman*, in S. PERLMAN (a cura di) *Per una teoria dell’azione sindacale*, Edizioni Lavoro, Roma, 1980, p. 9.

3 G. SANTORO-PASSARELLI, *Il lavoro parasubordinato*, Franco Angeli, Milano, 1979.



Questa tematica, peraltro, ha costituito, anche in seguito, un profilo dell'impegno scientifico di Pino Santoro-Passarelli, fino ai più recenti vari scritti che guardano alla inesorabile trasformazione del lavoro subordinato e l'irrompere dell'innovazione tecnologica, di nuove economie e nuove figure di lavoratori, spesso impiegati su piattaforme digitali e governati da algoritmi. Così gli studi sui *Rapporti di lavoro organizzati dal committente e le collaborazioni continuative e coordinate* (2015) e sulla *Dignità del lavoratore e iniziativa economica, rivoluzione industriale 4.0* (2022); fino al tema dell'*Intelligenza artificiale* e il relativo impiego nel Diritto del lavoro, oggetto della sua ultima relazione all'Accademia dei Lincei nel febbraio del 2023⁴.

Una riflessione critica rivolta, comunque, all'esigenza di tutela del lavoratore di fronte ad un uso disinvolto della *flessibilità*, laddove questa si rivela non una risorsa e/o una prospettiva di creazione occupazionale, ma una mortificazione della dignità del lavoratore il quale, come scriveva Massimo D'Antona, rimane una persona, ancor prima che parte di un rapporto obbligatorio⁵.

2. La presidenza della Commissione di garanzia e i profili teorici di riferimento. Il ruolo della contrattazione collettiva.

Ma per delineare un profilo di Giuseppe Santoro-Passarelli come protagonista della regolazione del conflitto collettivo, dobbiamo guardare, prevalentemente, a una parte dei suoi contributi sul diritto sindacale e le relazioni industriali, che sono rivelatori di come Lui interpreterà il ruolo di Presidente dell'Autorità di garanzia. Tra questi: *I corsi, i ricorsi e i discorsi sul contratto collettivo*, del 2009; quello sulla *Efficacia del contratto collettivo: accordi separati, dissenso individuale e clausola di rinvio*, del 2010; e ancora, uno scritto più breve, ma denso di sollecitazioni, su *La responsabilità delle organizzazioni sindacali* pubblicato nel 2013 e destinato agli scritti in onore di Mario Rusciano. Molti ricorderanno poi quella (elegante) edizione del *Diritto sindacale*, uscita nel 2007, per i tipi di Laterza, successivamente assorbita nel suo Manuale, *Diritto dei lavori e dell'occupazione* (ultima edizione del 2022)⁶.

Senza inoltrarci nell'approfondimento che tali scritti meriterebbero, diremo soltanto che essi si collocano pregevolmente in quella ricostruzione dell'*ordinamento intersindacale*, la cui

4 G. SANTORO-PASSARELLI, *Rapporti di lavoro di collaborazione organizzati dal Committente e le collaborazioni continuative e coordinate ex art.409, n.3 c.p.*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT, n. 278, 2015; G. SANTORO-PASSARELLI, *Dignità del lavoratore e iniziativa economica, rivoluzione industriale 4.0 e rapporto di lavoro*, in V. Sgrò (a cura di), *Diritti costituzionali, Conflitto collettivo, Lavoro. Scritti dedicati a Giovanni Pino*, Giappichelli, Torino, 2022; G. SANTORO-PASSARELLI, *Industria 4.0 dignità del lavoratore e rapporti di lavoro tramite piattaforma digitale e disciplina legale e collettiva del rapporto dei riders nell'ordinamento italiano*, Relazione al Convegno su *Dignità del lavoro*, Roma, Accademia dei Lincei, 24 febbraio 2023, di prossima pubblicazione.

5 M. D'ANTONA, *L'autonomia individuale e le fonti nel diritto del lavoro*, Relazione al X Congresso AIDLASS, Udine 1991, ora in *Opere*, Vol. I, Giuffrè, Milano, 2000, p. 117.

6 G. SANTORO-PASSARELLI, *I corsi, i ricorsi e i discorsi sul contratto collettivo di diritto comune*, in *Arg. dir. lav.*, 2009, p. 970; G. SANTORO-PASSARELLI, *Efficacia del contratto collettivo: accordi separati, dissenso individuale e clausola di rinvio*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2010, p. 487; G. SANTORO-PASSARELLI, *Diritto sindacale*, Cacucci, Bari, 2007; G. SANTORO-PASSARELLI, *Diritto dei lavori e dell'occupazione*, Giappichelli, Torino, 2022.



elaborazione si deve al Maestro Gino Giugni: un ordinamento autonomo di regolazione del sistema di relazioni industriali, che si pone in termini di legittimazione reciproca con quello statale e che ritrova nel contratto collettivo la principale fonte normativa, restando, così, immune da qualsiasi intrusione di tipo pubblicistico⁷.

Indubbiamente, la presidenza dell’Autorità di garanzia diventava l’occasione ideale per tradurre, sul versante delle relazioni industriali, la sapienza teorica dello studioso, nelle esigenze pragmatiche inerenti la *governance* del conflitto collettivo. Nell’interpretazione di tale ruolo l’opzione di fondo di Pino Santoro si è mossa, certo, nel riferimento costante e rigoroso dei limiti derivanti dalla norma positiva, ma pur sempre in una interpretazione evolutiva di questa. Anzi, nel solco dell’insegnamento di Gino Giugni, l’orientamento di Santoro è stato quello di adoperarsi per un sistema di risoluzione negoziale del conflitto collettivo, da realizzare anche attraverso forme di composizione più “politiche” che normativo-burocratiche. Orientare prevalentemente l’intervento della Commissione “a monte”, vale a dire, nell’ambito della contrapposizione negoziale, nella fase che Giugni definiva del *conflitto latente*, nella quale questo si sviluppa, anche con toni aspri, ma in tale ambito trova la sua composizione, senza sfociare, necessariamente, in quella che è la fase più estrema del *conflitto palese*, il ricorso allo sciopero⁸. L’ampliamento del *metodo negoziale*, dunque, per consentire il superamento di possibili impostazioni statiche che possano derivare dal solo ricorso al *metodo giuridico*, o da taluni formalismi burocratico-giuridici recepiti nella stessa legge 146 e, probabilmente, in alcune prassi sindacali.

Naturalmente, tale scelta di intervento è frutto di un’impostazione teorica che vede nel contratto collettivo un solido sistema normativo di regolazione dei rapporti di lavoro, nell’ambito del quale siano anche normati, da parte dei soggetti collettivi firmatari, sistemi di gestione e composizione del conflitto. Un contratto collettivo sottoscritto da organizzazioni sindacali realmente strutturate nei vari segmenti dei servizi e, dunque, rappresentative degli interessi dei lavoratori, che in quanto tale costituisca, già di per sé, un antidoto alla proliferazione di altri contratti con trattamenti differenziati (il c.d. *dumping* contrattuale).

A tutto ciò si collega l’esigenza, sempre rilevata da Pino Santoro nelle sue Relazioni annuali ai Presidenti delle Camere sull’attività della Commissione, che i contratti collettivi siano rinnovati con una certa puntualità alla loro scadenza, al fine di eliminare situazioni di incertezza e dar luogo o acuire cause di insorgenza del conflitto. L’iniqua prassi del mancato rinnovo del contratto, in alcuni delicati settori dei servizi, si è protratta (e si protrae) anche per numerosi anni, comportando un ricorso allo sciopero, anche in forme spontanee ed anomale, spesso difficilmente gestibili dalle stesse organizzazioni sindacali.

3. Segue. Rappresentatività sindacale e governance del conflitto collettivo.

Pino Santoro-Passarelli era ben consapevole che l’unica legge regolativa dello sciopero, nel nostro Ordinamento costituzionale, si fosse adoperata alla predisposizione di un sistema di norme incentrato, soprattutto, sul confronto permanente tra le parti sociali. Una gestione negoziale e dinamica del conflitto, nell’ambito della quale la Commissione non riveste

7 G. GIUGNI, *Introduzione allo studio dell’autonomia collettiva*, cit.

8 P. GROSSI, *Gino Giugni nella scienza giuridica del Novecento*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2007, p. 254.



(perlomeno non solo) una funzione autoritativa e sanzionatoria, ma si pone come centro propulsivo del sistema; punto di riferimento e di confronto tra organizzazioni sindacali, aziende e amministrazioni erogatrici dei servizi, cittadini utenti. Un punto di riferimento che, per la sua autorevolezza, possa anche proporsi – qualora le parti lo ritenessero, in occasione di grandi vertenze nazionali, con possibili effetti sui diritti costituzionali dei cittadini – come luogo di mediazione e di raccordo tra le parti sociali e gli interlocutori del Governo, ovviamente, compatibilmente con gli indirizzi programmatici e di spesa da questo prefissati.

Naturalmente, la scelta del confronto con le parti sociali, per una gestione consensuale del conflitto, per Pino Santoro-Passarelli, non poteva prescindere dall'esigenza di una verifica della rappresentatività, che consenta di selezionare degli interlocutori "forti" e legittimati. A tale tematica Pino Santoro-Passarelli ha dedicato buona parte della sua riflessione scientifica, sviluppata anche guardando agli effetti che l'incerta rappresentanza produce, in generale, sulla legittimazione stessa al conflitto, nonché sulla regolamentazione dello sciopero nei servizi pubblici essenziali.

Tali effetti venivano già evidenziati in un saggio precedente alla legge 146: *Sciopero nei servizi pubblici essenziali e rappresentatività del sindacato*, del 1988, al quale, idealmente, si ricollega uno scritto più recente, pubblicato a conclusione del suo primo anno di Presidenza all'Autorità di garanzia (2017), dal titolo emblematico, *Rappresentatività sindacale e legittimazione del conflitto*⁹. Ad essi si alternano studi sul tema generale della rappresentatività, quali: *Istituzionalizzazione della rappresentanza sindacale?*, del 1989; *Gli alterni rapporti tra rappresentatività sindacale e contrattazione*, pubblicato nel 2015 e destinato agli scritti in memoria di Mario Giovanni Garofalo¹⁰. Agli scritti su rappresentatività e conflitto si aggiungono poi dei contributi rivolti più specificamente alla legge 146 del 1990, tra i quali uno dei primi, anzi il primo, *Commentario di tale legge*, curato insieme a Mario Rusciano, del 1991¹¹; *Vecchi e nuovi problemi in materia di sciopero nei servizi pubblici essenziali*, del 1999¹², che si sofferma su alcuni profili tematici che sarebbero stati oggetto della riforma della legge avvenuta nel 2000, con la legge n.83; ed ancora, *Sciopero politico-economico, sciopero politico, sciopero generale e preavviso*, del 2008 e destinato agli Studi in onore di Edoardo Ghera¹³.

L'unica legge attuativa dell'art.40 era intervenuta in uno scenario privo di regole legali sulla verifica della rappresentatività sindacale (tranne che per il pubblico impiego). L'esigenza di

9 G. SANTORO-PASSARELLI, *Sciopero nei servizi pubblici essenziali e rappresentatività del sindacato* 1988, in *Lo sciopero: disciplina convenzionale e autoregolamentazione nel settore privato e pubblico*, Milano Giuffrè, 1989; G. SANTORO-PASSARELLI, *Rappresentatività sindacale e legittimazione del conflitto*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2017, p. 81.

10 G. SANTORO-PASSARELLI, *Istituzionalizzazione della rappresentanza sindacale?*, in *Gior. dir. lav. rel. ind.*, 1989, p. 329; G. SANTORO-PASSARELLI, *Gli alterni rapporti tra rappresentatività sindacale e contrattazione*, in *Mass. giur. lav.*, 2015, p. 448.

11 G. SANTORO-PASSARELLI – M. RUSCIANO (a cura di), *Lo sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Giuffrè, Milano 1991.

12 G. SANTORO-PASSARELLI, *Vecchi e nuovi problemi in materia di sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, p. 66.

13 G. SANTORO-PASSARELLI, *Sciopero politico-economico, sciopero politico, sciopero generale e preavviso*, in *Studi in onore di Edoardo Ghera*, Cacucci, Bari, 2008.



un intervento del legislatore, in tal senso, rivelava, invece, la sua stringente opportunità, proprio nel contesto dei servizi pubblici essenziali, contrassegnato da una patologica frammentazione della rappresentanza degli interessi e, conseguentemente, da una diffusa microconflittualità. È evidente, infatti, come regole più certe sulla effettiva rappresentatività, delle organizzazioni sindacali e delle associazioni datoriali, avrebbero avuto, giocoforza, effetti benefici anche sulla *governance* del conflitto collettivo.

L'opportunità di tale intervento legislativo è stata espressa da Pino Santoro-Passarelli, in tutte le sue Relazioni annuali ai Presidenti delle Camere, nel corso della sua presidenza, anche come possibile argine ai fenomeni di disintermediazione sociale. Una prospettiva di attuazione "leggera" dell'art. 39 della Costituzione – peraltro, tornata di attualità nel dibattito *giussindacale*, ormai, senza atteggiamenti preconcepiuti da parte delle maggiori Confederazioni sindacali – da sviluppare nell'ambito di una concertazione con le parti sociali più legittimate, nella loro identità collettiva, come portatori di interessi generali e non limitati solamente alla categoria.

In fondo, come aveva evidenziato Pino Santoro, in quel citato saggio del 1989, dalla metà degli anni '80 si era già rilevata una certa tendenza verso forme di *istituzionalizzazione della rappresentatività sindacale*¹⁴, ad opera di vari interventi del legislatore, non solo nel Pubblico Impiego, ma anche nel settore privato. Si pensi al richiamo alla nozione di sindacato *maggiormente o comparativamente più rappresentativo*, accolta in varie normative: dai contratti di solidarietà (art.2 l.n.863/1984), a talune ipotesi di ricorso al contratto a termine (art.23 l.n.56/1987). Anche più recentemente, il riferimento al sindacato *comparativamente più rappresentativo*, nell'art.52 del d.lgs. n.81/2015, attuativo del *Jobs act*. In fondo, anche l'esperienza attuativa della stessa legge 146 ha, indirettamente introdotto dei richiami al sindacato *maggiormente rappresentativo*, in tema di efficacia *erga omnes* degli accordi collettivi sulle prestazioni indispensabili, sottoscritte dalle organizzazioni sindacali più strutturate nei vari settori, e valutati idonei dalla Commissione di garanzia.

A ben guardare, il processo di attuazione materiale della Costituzione ci pone di fronte ad un consolidamento del ruolo del sindacato *più rappresentativo* e della contrattazione collettiva, che avviene come inveramento dei valori che si sviluppano nel nostro sistema di relazioni industriali, indipendente dalla compiuta attuazione della seconda parte dell'art. 39 della Costituzione. Tale processo era stato ben argomentato da Massimo D'Antona (giurista della generazione di Pino Santoro-Passarelli e a lui vicino), in quel suggestivo saggio sul IV comma dell'art. 39 della Costituzione, del 1998 (purtroppo, il suo ultimo scritto)¹⁵.

Anche la Corte Costituzionale, nella ben nota sentenza n.231 del 2013, ha fornito dei criteri di individuazione della rappresentatività del sindacato, individuando questa nella effettiva partecipazione alla trattativa contrattuale.

Non meno, indicazioni in tal senso sono pervenute dall'ordinamento intersindacale, e non solo nei tanto celebri (quanto inattuati) *Testo Unico* sulla rappresentanza del 2014 o *Patto per la fabbrica* del 2018, ma anche in alcuni accordi collettivi. Tra questi, mi preme citare quello tra Gruppo Ferrovie dello Stato e OO.SS. (31 luglio 2015 e tuttora vigente), per il rinnovo ed il funzionamento delle RSU, nel quale si stabilisce che lo sciopero debba essere proclamato dalla

14 G. SANTORO-PASSARELLI, *Istituzionalizzazione della rappresentanza sindacale?*, cit., p. 329.

15 M. D'ANTONA, *Il quarto comma della Costituzione, oggi*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1998, p. 665.



RSU, congiuntamente a una o più delle organizzazioni sindacali stipulanti il Ccnl, e a maggioranza qualificata del 50% + 1 dei componenti la Rsu.

Tale Accordo era guardato con particolare interesse da Pino Santoro, in quanto ritenuto un importante contributo in materia di collegamento tra proclamazione di sciopero e rappresentatività sindacale. La Commissione di garanzia, da lui presieduta, si era dovuta misurare con tale Accordo, agli inizi del proprio insediamento, in quanto formalmente coinvolta nella valutazione dello stesso, dalle parti contraenti. A conclusione di un ampio dibattito interno, la Commissione non ritenne di adottare una delibera di idoneità, ai sensi dell'art.13 lett. A) della legge, che avrebbe potuto richiamare forme di efficacia *erga omnes*, come per gli accordi sulle prestazioni indispensabili, nei limiti di quanto stabilito dalla Corte Costituzionale nella nota sentenza n.344 del 1996¹⁶. La Commissione si limitò solamente ad adottare una delibera di apprezzamento dei contenuti dell'Accordo (Del.n.16/373 del 6 ottobre 2016), in quanto orientati a limitare fenomeni di microconflittualità, collegando, appunto, la possibilità di proclamare lo sciopero a criteri di rappresentatività sindacale.

In definitiva, dunque, pur avvertendo la delicatezza di un intervento del legislatore, con riferimento al diritto di sciopero, che non avrebbe dovuto pregiudicare l'esercizio ad alcuno, Pino Santoro, aveva, comunque cercato di porre in evidenza l'esigenza di collegare l'esercizio di tale diritto costituzionale ai principi della democrazia rappresentativa. Riservare la possibilità di proclamazione, nei servizi pubblici essenziali, ai soggetti collettivi che, da soli o raggruppati, raggiungessero un certo livello di rappresentatività e, in quanto tali, potessero essere considerati portatori degli interessi della generalità dei lavoratori. In tal modo, avrebbe avuto migliore attuazione l'obiettivo fondamentale della legge 146, vale a dire il bilanciamento tra diritti costituzionali, dei lavoratori e dei cittadini utenti dei servizi. Conclusione, questa, ben argomentata da Pino Santoro nel suo saggio su *Rappresentatività sindacale e legittimazione al conflitto*, nel quale definiva lo sciopero nei servizi pubblici essenziali come "un atto rilevante di politica sindacale che, se usato in modo incontrollato, non contempera l'esercizio di tale diritto con quello dei diritti degli utenti"¹⁷.

4. Segue. Esternalizzazione dei servizi pubblici, appalti e conflitto collettivo.

Il tema della rappresentatività sindacale finisce, in qualche modo, per incrociarsi anche con i fenomeni di esternalizzazione che caratterizzano alcuni servizi particolari (ad esempio, Igiene ambientale, ma non solo), nei quali, l'erogazione avviene con un sistema di appalti e subappalti "al ribasso". Tale situazione – per la precarizzazione dei rapporti di lavoro a cui essa dà luogo e il conseguente incremento della conflittualità – è stata oggetto di studio da parte della Commissione, soprattutto negli ultimi due anni della presidenza di Santoro. Nel maggio 2021, l'Autorità ha, tra l'altro, pubblicato uno studio su "Appalti e conflitto collettivo: tendenze e prospettive".

¹⁶ Più precisamente, la Corte Costituzionale ha riconosciuto come fonte di obblighi *erga omnes* il regolamento di servizio che recepisce, senza possibilità di discostarsene, i contenuti degli accordi sulle prestazioni indispensabili.

¹⁷ G. SANTORO-PASSARELLI, *Rappresentatività sindacale e legittimazione del conflitto*, cit., p. 81.



In assenza di uno specifico intervento legislativo, l'intervento dei Garanti è stato rivolto, verso una maggiore responsabilizzazione delle stazioni appaltanti, considerando queste direttamente responsabili del rispetto dei diritti fondamentali dei lavoratori della filiera, nonché dei conflitti collettivi derivanti. L'obiettivo è stato, dunque, quello di ritenere tali soggetti, che non sono formalmente i datori di lavoro, come "parte" del conflitto, per la loro capacità di influenzare, fortemente, le condizioni di lavoro e il livello dei salari.

Tale orientamento della Commissione è stato poi raccolto dal legislatore il quale, nel nuovo codice dei contratti pubblici, D.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, ha individuato la tutela del lavoratore come un obiettivo centrale, prevedendo l'applicazione del contratto collettivo di riferimento all'appalto e restringendo la possibilità, per l'appaltatore, di avvalersi di altri contratti collettivi, peggiorativi per le condizioni dei lavoratori. Quello della Commissione è stato, indubbiamente, un contributo per il superamento del *dumping* contrattuale, verso una *equivalenza delle tutele* da estendere anche nel diffuso sistema di appalti e subappalti. Un sistema che, tra l'altro, ha comportato iniqui fenomeni di prolungati ritardi nel pagamento delle retribuzioni ai lavoratori, causati a seguito dell'affidamento dei servizi a Società già di per sé sull'orlo del *default*. A tale situazione si è aggiunta spesso la mancata corresponsione delle risorse finanziarie da parte dei soggetti appaltanti (anche enti pubblici) necessarie per l'erogazione del servizio e l'adempimento degli obblighi retributivi.

Anche per arginare questa anomalia, la Commissione, presieduta da Pino Santoro, ha instaurato una collaborazione sinergica con la Corte dei Conti, finalizzata ad individuare eventuali responsabilità amministrative e contabili degli enti pubblici committenti (ad esempio, mancata richiesta o riscossione di finanziamenti previsti), fino all'accertamento di eventuali danni erariali.

5. Segue. L'emergenza epidemiologica e la gestione del conflitto nei servizi pubblici essenziali.

Negli anni 2020/2021, la Commissione ha dovuto, tra l'altro, affrontare l'impatto dell'emergenza epidemiologica sul conflitto nei servizi pubblici essenziali e sulla loro erogazione. In una situazione, tanto insolita quanto delicata, Pino Santoro-Passarelli, da Presidente dell'Autorità, si è trovato, suo malgrado, a dover adottare, nella fase più critica dell'emergenza (e ancor prima dell'adozione delle misure di *lockdown* da parte del Governo), dei provvedimenti che lui – con il suo approccio metodologico concertativo e non autoritativo – non mai avrebbe pensato di dover sottoscrivere: dei provvedimenti con i quali, di fatto, si poneva il divieto di proclamare o effettuare scioperi nei servizi essenziali, fino al 30 aprile 2020 (Delibere del 24 febbraio e 26 marzo 2020). Da tale divieto, naturalmente, venivano escluse le astensioni motivate da gravi eventi lesivi dell'incolumità e della sicurezza dei lavoratori, o quelle a difesa dell'ordine costituzionale (art. 2 comma 7 della legge 146/1990). Come si è detto, l'adozione di queste delibere è stata sofferta, ma si è resa necessaria per garantire la tutela dei diritti dei cittadini e non aumentare il diffuso senso di insicurezza, oltre che per non interferire con le attività delle autorità sanitarie, nel contenimento del virus.

Nel periodo dell'emergenza epidemiologica, inoltre, la Commissione di garanzia si è trovata anche di fronte alla prospettiva di un possibile ampliamento *praeter legem* dei propri



poteri, nel momento in cui le importanti restrizioni delle libertà personali (di associazione, di mobilità, etc.) adottate dalle Autorità governative, ponevano, come una sorta di naturale conseguenza, l'esigenza di un allargamento dei servizi pubblici da ricondurre nel campo di applicazione della legge 146.

Come ci ha insegnato Massimo Severo Giannini¹⁸, i servizi pubblici essenziali – simbolo dell'evoluzione degli Stati sociali del '900, attraverso i quali si garantisce ai cittadini il godimento dei diritti fondamentali – possono essere individuati con riferimento alla loro *rilevanza sociale* (strettamente connessa all'interesse generale) e con la loro *necessaria fruibilità*. Come è noto, nella legge 146, tali servizi sono indicati non in modo tassativo, ma esemplificativo, vale a dire suscettibili, per loro natura, di essere ampliati o ridotti, in riferimento all'evoluzione della complessità sociale. In pratica, una nozione dinamica del servizio pubblico essenziale, da sempre interpretata dalla Commissione, in senso espansivo, proprio con riferimento alla loro *rilevanza sociale* e *necessaria fruibilità*. Così, nell'ambito di tale nozione sono stati ricondotti, ad esempio, il servizio Taxi, la fruizione del Patrimonio artistico-culturale dei musei e luoghi d'arte, i servizi di *Information Technology* resi da *Sogeti Spa*, quelli del *Consorzio Interuniversitario Cineca*, la Refezione scolastica negli asili nido, scuole materne ed elementari, etc.

Ebbene, di fronte alle limitazioni di libertà costituzionali, introdotte a seguito dell'emergenza epidemiologica, tale nozione dinamica era soggetta ad ampliarsi ulteriormente, dal momento che ogni servizio pubblico poteva, per sopravvenuta necessità di fruizione, essere, astrattamente, ritenuto come essenziale e, in quanto tale, da ricomprendere nella legge 146/1990.

L'esempio più evidente, la vendita di generi alimentari nei supermercati, un servizio che la legge 146 ha pur previsto a monte, vale a dire, limitatamente alle attività di trasporto e approvvigionamento, senza considerare come servizio essenziale la vendita al dettaglio, per l'assenza di pregiudizio agli utenti, i quali hanno sempre la possibilità di usufruire, sul territorio, di alternative. Tale assenza di pregiudizio, tuttavia, poteva essere oggetto di riconsiderazione, di fronte all'imposizione di misure limitative della libertà di circolazione per il cittadino che, prevedendo anche il divieto di allontanamento dalla propria abitazione, riducevano, decisamente, la possibilità di fruire di servizi alternativi. La questione, oggetto di ampio dibattito, è stata risolta sul piano dell'autonomia collettiva con accordi, siglati anche con la mediazione del Governo.

Analoga questione si è posta per le attività della logistica del servizio postale, in particolare la consegna dei pacchi a domicilio, attualmente non ritenute essenziali in quanto considerate assorbite nella cosiddetta attività *e-commerce*. Ebbene, nella situazione emergenziale di limitazione della libertà di circolazione, poteva rendersi opportuno riconoscere ai cittadini (e alle imprese) il diritto di fruire dell'approvvigionamento di beni di interesse economico generale (come definiti nel punto 2 del Regolamento 2018/644 del Parlamento e del Consiglio dell'UE), mediante la consegna nel proprio domicilio.

In un simile scenario, la Commissione, tra l'altro, era, decisamente, sollecitata, in senso interventista, su vari fronti, verso una prospettiva di ampliamento dei propri poteri,

18 M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, t. II, Giuffrè, Milano, 1993, p. 23.

prospettiva, questa, legittimata anche da un ampio consenso dovuto alla situazione contingente.

Proprio in tale delicato contesto, Pino Santoro-Passarelli si è adoperato, invece, con convinzione, a mantenere l'intervento della Commissione in un ambito di grande prudenza, senza travalicare le prerogative assegnate dalla legge, pur nella loro interpretazione dinamica, maturata nell'oltre trentennale esperienza attuativa. Anzi, secondo lui, proprio la delicatezza del contesto doveva indurre ad un esercizio dei propri poteri in senso più "mite".

Devo confessare che tale scelta a volte mi vedeva anche in rispettoso dissenso, perché mi era difficile comprendere questa sua riluttanza verso un possibile, seppur temporaneo, aumento delle possibilità di intervento dell'Autorità. Ripensando adesso a quel periodo che, indubbiamente, si è *abbattuto* sulle nostre realtà quotidiane, modificandone in modo significativo l'andamento, riesco a comprendere questo suo richiamo alla "mitezza". Una scelta giustificabile dalla consapevolezza che un utilizzo più disinvolto dei poteri dell'Autorità, in una particolare situazione, fuori dalla normalità e già segnata da restrizioni determinate dalla pandemia, avrebbe, verosimilmente, finito per accrescere tenzioni sociali e porre in essere, o acutizzare, condizioni di conflitto, dalla difficile gestione.

In effetti si è detto come Pino Santoro-Passarelli "*Giurista della contemporaneità*"¹⁹, come giustamente i suoi allievi lo hanno definito nella titolazione degli Scritti in suo onore, pubblicati nel 2018, riuscisse a coniugare rigore dogmatico e pragmatismo, *Realtà e Forma* nell'evoluzione del diritto, con le sfide della società in evoluzione. Bisognerebbe aggiungere che la sua attività di studioso, il suo magistero di docente e il suo ruolo di Presidente dell'Autorità di garanzia, sono stati interpretati anche nell'ambito di una scelta di "mitezza". Come ha evidenziato Gustavo Zagrebelsky in quel suo bel saggio del 1992, *Il diritto mite*²⁰, le norme di legge non devono essere espressione di interessi di parte o concezioni universali o immutabili che qualcuno possa imporre e altri debbano subire. Pino Santoro-Passarelli aveva ben chiaro il ruolo dinamico della norma, che non si esaurisce con la predisposizione della fattispecie, ma in continua evoluzione, raccoglie spinte e mutamenti sociali, dovuti allo sviluppo dei valori in essa racchiusi. In tale ricostruzione, anche i diritti costituzionali diventano un'autentica "piattaforma di partenza che rappresenta la garanzia di legittimità per ciascuna delle parti della società"²¹.

19 AA.VV. *Giuseppe Santoro-Passarelli. giurista della contemporaneità*, Giappichelli, Torino, 2018.

20 G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992, nuova edizione 2023.

21 G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., p. 8.

IL JOBS ACT ANCORA AL VAGLIO DELLA CORTE COSTITUZIONALE: NOTE MINIME SU CORTE COSTITUZIONALE, 22/02/2024, SENT. N. 22.

Fazio Vittorio

Abstract (ita): Il contributo esamina una recente pronuncia della Corte costituzionale (sent. 22 febbraio 2024, n. 221), con la quale la Consulta medesima si è nuovamente espressa sulla legittimità del *Jobs Act*, dichiarando l'incostituzionalità dell'art. 2, co. 1, d.lgs. n. 23/2015, nella parte in cui pare circoscrive l'applicabilità della tutela reintegratoria ai soli casi di nullità del licenziamento "espressamente" previsti dalla legge. Con l'occasione, si realizza un'analisi riepilogativa della giurisprudenza costituzionale in materia di "eccesso di delega" e, inoltre, si cerca di trarre qualche spunto di ulteriore riflessione in ordine all'opportunità di rimeditare la disciplina giuslavorista nel suo complesso.

Abstract (eng): The contribution examines a recent pronouncement of the Constitutional Court, in which the same Court itself has once again ruled on the legitimacy of the "Jobs Act", declaring the unconstitutionality of art. 2, para. 1, Legislative Decree no. 23/2015, in the part in which it seems to circumscribe the applicability of reinstatement protection to only those cases of nullity of dismissal "expressly" provided for by law. On this occasion, a summary analysis of the constitutional jurisprudence on the issue of "excess of delegation" is carried out and, in addition, some food for further thought is sought with regard to the appropriateness of reconsidering the labour law discipline as a whole.

SOMMARIO: 1. La vicenda giudiziaria. – 2. Sull'ordinanza di rimessione: la censurata violazione dell'art. 76 della Costituzione. – 3. Qualche cenno sulla giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di eccesso di delega. – 4. Sulla ritenuta fondatezza della questione di legittimità costituzionale. – 5. Osservazioni conclusive.

1. La vicenda giudiziaria.

Con sentenza del 22 febbraio 2024, n. 22, la Consulta si è nuovamente espressa sulla legittimità costituzionale del *Jobs Act*, quale sintesi di un'intricata concatenazione di controverse decisioni politiche dal notevole impatto sociale.

L'intera vicenda giudiziaria trae origine dalla destituzione di un dipendente autoferrotranviario avvenuta in violazione delle prescritte regole procedurali poste a garanzia del lavoratore. Più nel dettaglio, secondo parte ricorrente, il licenziamento sarebbe stato irrogato in violazione dell'art. 53 r.d. 8 gennaio 1931, n. 148, ai sensi del quale il



dipendente raggiunto da contestazioni disciplinari vanta il diritto di chiedere che su queste ultime si pronunci – al termine di una procedura più articolata – un organo appositamente contemplato dalla normativa speciale sul rapporto di lavoro degli autoferrotrantieri, *id est* il Consiglio di disciplina. Attesa la mancata costituzione di detto organo, la sanzione espulsiva è stata adottata direttamente dalla parte datoriale, con ciò arrogandosi l'esercizio del potere disciplinare (quest'ultimo ormai spettante, in forza della richiesta ritualmente avanzata dal lavoratore, al solo Consiglio di disciplina).

Investita della questione, la Corte d'appello di Firenze, in parziale riforma dell'impugnata sentenza del Tribunale di Pisa, ha dichiarato la nullità del licenziamento. Cionondimeno, il Giudice fiorentino ha rilevato l'avvenuta estinzione del rapporto di lavoro, limitandosi a condannare la parte datoriale al mero pagamento di un'indennità.

Tale soluzione è giustappunto dipesa da un'applicazione restrittiva dell'art. 2, co. 1, d.lgs. n. 23/2015: dal momento che siffatta disposizione prevede la reintegrazione del lavoratore nei soli casi in cui la nullità del licenziamento è "espressamente" prevista dalla legge e poiché – nella vicenda di specie – la violazione dell'art. 53 r.d. n. 148/1931 non è formalmente contemplata tra le ipotesi di nullità del licenziamento, la sola tutela della quale il dipendente avrebbe potuto beneficiare è la c.d. tutela economica crescente. In altri termini, l'invalidità del licenziamento su cui la Corte fiorentina è stata chiamata a pronunciarsi non rientra tra quelle che legittimano un provvedimento di reintegrazione del lavoratore in quanto non specificamente tipizzata dal legislatore; diversamente, detta invalidità è riconducibile al più generale regime delle nullità di cui agli artt. 1418 ss. c.c. e, più nel dettaglio, al regime della nullità per contrarietà a norma imperativa (art. 1418, co. 1, c.c.).

Sulla scia di quanto statuito con la sentenza d'appello, nel corso del successivo giudizio di legittimità, la Sezione lavoro della Corte di cassazione ha ribadito la nullità della sanzione disciplinare che, in relazione al tipo di violazione, va qualificata quale nullità di protezione, giacché fondata sullo scopo di tutela del contraente debole del rapporto. Purtuttavia, altresì avallando l'interpretazione restrittiva già resa dalla Corte fiorentina in merito all'accesso alla tutela reintegratoria, con ordinanza del 7 aprile 2023, n. 9530, la Sezione lavoro della Corte di cassazione ha sollevato, in relazione all'art. 76 Cost., questione di legittimità costituzionale dell'art. 2, co. 1, d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23²², nella parte in cui circoscrive l'applicabilità della tutela reintegratoria ai soli casi di nullità del licenziamento "espressamente" previsti dalla legge, ritenendolo in contrasto con la rispettiva legge delegante e, più precisamente, con l'art. 1, co. 7, lett. c), l. 10 dicembre 2014, n. 183²³.

22 Il quale, nella prima parte, dispone quanto segue: «il giudice, con la pronuncia con la quale dichiara la nullità del licenziamento perché discriminatorio a norma dell'articolo 15 della legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni, ovvero perché riconducibile agli altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge, ordina al datore di lavoro, imprenditore o non imprenditore, la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, indipendentemente dal motivo formalmente addotto».

23 Il quale, in particolare, delega al Governo il compito di adottare uno o più decreti legislativi nel rispetto del seguente criterio direttivo: «previsione, per le nuove assunzioni, del contratto a tempo



Al culmine di tale articolata vicenda giudiziaria, si pone infine il recente intervento della Corte costituzionale, che ha dichiarato l'illegittimità della normativa censurata limitatamente alla parola "espressamente". La Consulta ha infatti ritenuto fondate le censure rilevate dal rimettente: in ispecie, il legislatore delegato «prevedendo la tutela reintegratoria solo nei casi di nullità espressa, ha lasciato prive di specifica disciplina le fattispecie "escluse", ossia quelle di licenziamenti nulli sì, per violazione di norme imperative, ma privi della espressa sanzione della nullità, così dettando una disciplina incompleta e incoerente rispetto al disegno del legislatore delegante»²⁴.

2. Sull'ordinanza di rimessione: la censurata violazione dell'art. 76 della Costituzione.

Come accennato, la Cassazione aveva paventato un contrasto della disposizione *de qua* con l'art. 76 Cost., ritenendo sussistente un eccesso di delega. Secondo il rimettente, infatti, il d. lgs. n. 23/2015 avrebbe indebitamente delimitato l'accesso alla tutela reintegratoria ai soli casi di nullità del licenziamento "espressamente" previsti dalla legge, così discostandosi da quanto previsto dall'atto di delega: in effetti, lungi dal porsi in termini tanto stringenti, l'art. 1, co. 7, lett. c), della legge delegante si limita ad affidare al legislatore delegato il più generico compito di prevedere – per le nuove assunzioni – una diversa disciplina in materia di licenziamento disciplinare, in particolare «limitando il diritto alla reintegrazione ai licenziamenti nulli e discriminatori e a specifiche fattispecie di licenziamento disciplinare ingiustificato»²⁵.

Ad avviso della Corte di legittimità, ne sarebbe conseguita «una limitazione di tutela non prevista nella norma delegante e di individuazione incerta»²⁶; conclusione, questa, cui si è addivenuti sulla scorta di un duplice ordine di considerazioni.

In primo luogo, da una prospettiva strettamente letterale, si è osservato che la legge delegante parrebbe comprendere nell'ambito di applicabilità della tutela reintegratoria tutti i licenziamenti nulli, senza specificazioni di sorta. La stessa legge, poi, si limiterebbe a delegare all'Esecutivo l'ulteriore individuazione di fattispecie di licenziamento disciplinare ingiustificato, ma non nullo, da cui far parimenti derivare il diritto alla reintegrazione. Viceversa, l'introduzione dell'avverbio "espressamente", ad opera della norma delegata,

indeterminato a tutele crescenti in relazione all'anzianità di servizio, escludendo per i licenziamenti economici la possibilità della reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, prevedendo un indennizzo economico certo e crescente con l'anzianità di servizio e limitando il diritto alla reintegrazione ai licenziamenti nulli e discriminatori e a specifiche fattispecie di licenziamento disciplinare ingiustificato, nonché prevedendo termini certi per l'impugnazione del licenziamento».

²⁴ Cfr. comunicato stampa del 22 febbraio 2024, *Jobs Act: la tutela reintegratoria si applica ai casi di nullità del licenziamento previsti dalla legge anche se non "espressamente"*, Ufficio Comunicazione e Stampa della Corte costituzionale.

²⁵ Art. 1, co. 7, lett. c), l. 10 dicembre 2014, n. 183, recante deleghe al governo in materia di riforma degli ammortizzatori sociali, dei servizi per il lavoro e delle politiche attive, nonché in materia di riordino della disciplina dei rapporti di lavoro e dell'attività ispettiva e di tutela e conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro.

²⁶ Corte cass., Sez. lav., ord. 7 aprile 2023, n. 9530.



avrebbe determinato un'indebita circoscrizione dell'area di operatività della tutela reintegratoria che, quindi, sarebbe stata limitata alle sole ipotesi di nullità appositamente esplicitate dalla legge.

In secondo luogo, ad avviso della Corte rimettente, la restrizione del diritto alla reintegrazione ai soli casi di nullità espressa avrebbe finito con l'apparire distonica rispetto alla logica dell'intero sistema, minandone la coerenza e la ragionevolezza. Difatti, si sarebbe giunti alla deprecabile conseguenza di considerare del tutto inoperante quel principio generale dell'ordinamento civilistico in forza del quale dalla violazione di norme imperative non può che discendere, quale naturale conseguenza, la nullità del contratto. D'altra parte, quanto finora osservato avrebbe determinato discutibili effetti proprio in ragione del fatto che, nella stragrande maggioranza dei casi, la differenza tra nullità espressa e nullità da ricollegare a categorie civilistiche di ordine generale non dipende tanto da peculiari diversità ontologiche o valoriali, quanto da una mera stratificazione di modificazioni normative succedutesi tra loro, con esiti assai spesso casuali e tutt'altro che razionali.

Peraltro, a conclusione del proprio percorso logico-argomentativo, la Sezione lavoro non ha mancato di evidenziare che, in fin dei conti, anche l'art. 1418 c.c. andrebbe *ex se* qualificato come norma espressa.

3. Qualche cenno sulla giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di eccesso di delega.

Atteso che la questione è stata risolta alla luce dei canoni ermeneutici specificamente elaborati dalla Corte costituzionale in ordine al sindacato sui decreti legislativi, emerge l'opportunità di richiamare – sia pure in breve – i tratti maggiormente qualificanti della stratificata giurisprudenza in materia.

Come noto, tra una legge di delegazione parlamentare e il consequenziale decreto governativo sussiste un rapporto che, benché di formale pari-ordinazione, manifesta una dinamica relazionale apparentemente gerarchica²⁷, attesa la valenza di norma interposta assunta proprio dalla legge delegante²⁸. Pertanto, il compito di verificare il rispetto di

27 Sul punto, v. C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, UTET, 1985, p. 282, il quale evidenzia che «i rapporti fra legge delegata e legge di delegazione sembrerebbero determinare una graduazione fra fonti dotate della medesima efficacia. Ma si tratta, come dicemmo, di *graduazione apparente*, in quanto i limiti posti dalla legge di delegazione si prestano ad essere intesi, in parte come semplice *condicio* definitoria del potere legislativo del Governo [...]; in parte [...] come *ripartizione* costituzionale di funzioni normative fra legge di delegazione e legge delegata, simile a quella relativa ai rapporti fra legislazione statale e legislazione regionale».

28 Quando si discorre di norme interposte, occorre essere particolarmente accorti giacché continuare a concepire in termini “gerarchizzati” i rapporti tra fonte primaria e norma interposta può risultare fuorviante: di tale avviso, A. SPADARO, *Dalla Costituzione come “atto” (puntuale nel tempo) alla Costituzione come “processo” (storico). Ovvero dalla continua “evoluzione” del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità*, in *Quaderni costituzionali*, fasc. 3, 1998, p. 398 ss., che conclude le proprie osservazioni assimilando le norme interposte alla Luna, incapace di sprigionare autonomo calore (forza di vincolo



quest'ultima da parte del legislatore delegato non può che rientrare tra le prerogative della Corte costituzionale (e non, come pure si è ipotizzato, del giudice comune²⁹). Tale aspetto, infatti, è stato definitivamente chiarito a mezzo della storica sentenza del 16 gennaio 1957, n.

costituzionale), ma comunque capace di riflettere la luce del Sole (Costituzione). In termini non dissimili si pone S.M. CICCONE, *Creazione indiretta del diritto e norme interposte (Nota a C. Cost. 24 ottobre 2007, n. 348)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, fasc. 1, 2008, pp. 565-575, il quale evidenzia che il rapporto tra norme interposte e fonti primarie ha “valenza esclusivamente funzionale” (ossia di fungere le norme interposte da parametro di legittimità costituzionale delle altre norme primarie), senza bisogno di determinare variazioni di sorta nell’ambito della gerarchia delle fonti. Da ultimo, sia consentito il rinvio al contributo di A. FUSCO, *Il caleidoscopio normativo. La categoria dell’interposizione nell’esperienza del Giudice delle leggi*, in *Quaderni costituzionali*, fasc. 1, 2021, pp. 153-169, nell’ambito del quale vengono efficacemente riassunti i lineamenti del dibattito sull’interposizione (applicato – tra gli altri – proprio al fenomeno della delegazione legislativa) che vede tra loro contrapposti Carlo Esposito e Carlo Lavagna: mentre il primo giunge ad escludere che il parametro di legittimità possa essere integrato da fonti di rango sub-costituzionale, il secondo addiviene alla conclusione opposta.

29 Su tale profilo, cfr. A.A. CERVATI, *La delega legislativa*, Milano, Giuffrè, 1972, p. 205 ss., il quale sintetizza le diverse ricostruzioni proposte dalla dottrina in ordine al controverso tema del fondamento stesso della competenza della Corte costituzionale a sindacare le leggi delegate nelle ipotesi di difformità dalla legge delegante. In particolare, vengono riassunte tre diverse ricostruzioni dottrinali: secondo una prima opinione (riconducibile a Carlo Esposito, ma anche a Costantino Mortati), la Consulta non sarebbe stata in nessun caso competente a sindacare la divergenza del decreto legislativo dalla legge delegante, poiché dagli artt. 134 e 136 Cost. si potrebbe ricavare la competenza della Corte a decidere della sola conformità della legge (o di atti aventi forza di legge) rispetto a specifiche statuizioni costituzionali, sicché un eventuale sindacato sul decreto legislativo sarebbe stato circoscritto a quei soli vizi che discendano da un contrasto diretto con norme costituzionali; secondo un orientamento mediano (sostenuto da Giuseppe Abbamonte e, seppur in termini diversi, da Stefano Maria Cicconetti), almeno una parte delle ipotesi di contrasto tra legge delegante e legge delegata avrebbe configurato un vero e proprio vizio di incostituzionalità (così, ad esempio, gli eccessi dall’oggetto o dal tempo); infine, secondo l’orientamento da ultimo accolto dalla stessa Corte costituzionale, si ha violazione (indiretta) della Costituzione anche quando la legge delegata si pone in contrasto (diretto) con la legge delegante, che – in questo caso – funge da norma interposta (tesi della c.d. violazione indiretta della Costituzione).



3, della Corte medesima³⁰, la quale rappresenta il primo riferimento giurisprudenziale in materia di delegazione legislativa³¹.

A partire dall'anzidetta statuizione, la Consulta si è impegnata nell'elaborazione di un proprio filone esegetico sulla figura dell'eccesso di delega, consolidando un orientamento complessivamente piano e coerente³², all'insegna del mantenimento di un sano equilibrio istituzionale nelle diverse fasi che possono caratterizzare la produzione normativa³³.

In tale spirito, un'ormai vastissima giurisprudenza costituzionale ha reso evidente che i limiti dei decreti legislativi, derivanti dall'art. 76 Cost., debbano essere intesi con una certa elasticità. Difatti, un ricorso sempre più massiccio all'istituto della delega legislativa da parte del Parlamento ha reso sostanzialmente obsoleta la premessa su cui poggiava il carattere di tendenziale rigidità degli anzidetti limiti costituzionali (*id est* la concezione della legislazione

30 Stando all'impianto motivazionale della sentenza n. 3/1957, la violazione dei limiti recati dalla legge delegante, ad opera della legge delegata, espone quest'ultima a censura di illegittimità costituzionale non tanto in riferimento all'art. 76 Cost. (dedicato alla legge di delegazione), quanto in relazione all'art. 77, co. 1, Cost. in virtù del quale «il Governo non può, senza delegazione delle Camere, emanare decreti che abbiano valore di legge ordinaria». Solamente nel corso degli anni, la Corte costituzionale si è spinta a rilevare la difformità del decreto legislativo rispetto alla legge di delegazione mediante un più esplicito riferimento all'art. 76: cfr. S. BARTOLE – R. BIN, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, CEDAM, 2008. Similmente, già L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, Il Mulino, 1996, p. 204 rilevava che l'art. 76 «vale a vincolare, in prima linea, il Parlamento stesso; mentre al potere esecutivo si riferisce piuttosto l'art. 77, primo comma, Cost.».

31 Pronunzia preceduta solamente dalla sentenza del 20 giugno 1956, n. 8, della Corte costituzionale, nell'ambito della quale ci si è limitati a rilevare che gli artt. 76 e 77 Cost. «determinano rigidamente la procedura della formazione delle leggi e degli atti aventi valore di leggi».

32 A differenza di quanto accaduto in relazione alla decretazione d'urgenza. È quasi superfluo evidenziare che, nell'ambito di quest'ultima, alla valutazione (politica) del Governo di opportunità del ricorso a tale strumento normativo segue un controllo (anch'esso di matrice politica) del Parlamento, chiamato a convertire in legge il decreto: a ben vedere, ciò ha indotto – e induce tuttora – la Corte costituzionale a doversi confrontare con una fonte normativa di per sé già sottoposta a una prima forma di sindacato, seppure di natura eminentemente politica.

33 Cfr. P. MAGARÒ, *Delega legislativa e dialettica politico-istituzionale*, Torino, Giappichelli, 2003, la quale si pone l'obiettivo di analizzare il fenomeno della delegazione legislativa in chiave strettamente politico-istituzionale. Con particolare riferimento al contributo che il Giudice costituzionale ha offerto rispetto alle singole problematiche che possono caratterizzare le peculiari dinamiche dell'istituto, l'Autrice non manca di rilevare che, solitamente, l'intervento della Corte si fa assai meno incisivo quando il dubbio di legittimità costituzionale verte sulla legge delegante e, segnatamente, sulla sufficienza delle indicazioni fornite dal Parlamento ai sensi dell'art. 76 della Costituzione. Viceversa, lo scrutinio della Consulta si concentrerebbe in maniera (lievemente) più incisiva sull'effettiva conformità della legge delegata alle, sia pur succinte, prescrizioni della legge di delegazione. A parere dell'Autrice, la delineata giurisprudenza costituzionale sarebbe frutto di una filosofia istituzionale tesa a «rimettere di fatto al gioco del sistema politico la soluzione della maggior parte dei problemi che attengono all'esercizio del potere normativo delegato [...] lasciando che le relazioni fra i poteri trovino spontaneamente il loro punto di equilibrio, indipendentemente dal fatto che quest'ultimo possa coincidere con la centralità del Parlamento ovvero con un accresciuto ruolo del Governo» (v. op. cit., p. 214).



delegata del Governo quale eccezione rispetto all'ordinario esercizio diretto della funzione legislativa da parte delle Camere)³⁴.

Con specifico riferimento alle ipotesi di denunciato contrasto tra disposizione delegata e volontà del legislatore parlamentare, poi, la Corte costituzionale è granitica nel sostenere che la verifica circa l'effettività di detta antinomia richiede il previo svolgimento di un "duplice processo ermeneutico"³⁵, avente ad oggetto – da una parte – la legge di delegazione e – dall'altra – le disposizioni stabilite dal legislatore delegato. Resta fermo, beninteso, che queste ultime devono essere lette, fintantoché ciò sia possibile, nel significato compatibile con i principi della delega³⁶.

A ben vedere, siffatto criterio ermeneutico pianta le sue radici nell'intima inestricabilità del rapporto sussistente tra legge di delegazione e decreto legislativo, quasi a formare un vero e proprio nodo gordiano. Ciò vale a partire – com'è ovvio – dal momento della loro stessa genesi, contraddistinta da una densa "concatenazione strutturale e funzionale di atti"³⁷. Benché sia fuor d'ogni dubbio la stretta interrelazione tra legge delegante e consequenziale legge delegata, occorre tuttavia rifuggire qualsiasi equivoco circa le peculiarità del procedimento delegato di produzione normativa³⁸: a dispetto della posizione assunta da autorevole

34 Sul punto, v. S.M. CICONETTI, *Le fonti del diritto italiano*, Torino, Giappichelli, 2019, p. 271 ss.

35 L'espressione è stata largamente e reiteratamente impiegata dalla Corte costituzionale, sin dalla sentenza del 27 gennaio 1999, n. 15, ove si è precisato che «nell'esaminare il vizio di eccesso di delega e valutare se la norma emanata dal legislatore delegato ecceda i margini di discrezionalità che i principi ed i criteri direttivi imposti dal legislatore delegante consentono, occorre procedere ad una duplice operazione ermeneutica», avente ad oggetto - per un verso - le norme della legge delegante e - per altro verso - le disposizioni emanate dal Governo in attuazione della delega. In proposito, non passa certo inosservato il fatto che la stessa Consulta non perda occasione per richiamare l'insieme delle regole che presiedono al sindacato in materia di eccesso di delega: cfr. D. DE LUNGO, *La recente giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di eccesso di delega*, in *Federalismi.it*, n. 14, 2013, p. 20, il quale ritiene che ciò possa presumibilmente correlarsi «all'intento di razionalizzare e salvaguardare l'*acquis* in materia, come pure di circonfondere col manto dell'oggettività uno scrutinio accidentato, che lambisce inevitabilmente i terreni sdruciolevoli del valutativo e del politico».

36 Da ultimo, la Corte costituzionale ha ribadito tali coordinate interpretative con la sentenza del 24 maggio 2023, n. 166: «questa Corte ha costantemente affermato che la verifica di conformità della norma delegata a quella delegante richiede lo svolgimento di un duplice processo ermeneutico che, condotto in parallelo, tocca, da una parte, la legge di delegazione e, dall'altra, le disposizioni stabilite dal legislatore delegato, da interpretare nel significato compatibile con la delega stessa». Per una minuziosa rassegna della giurisprudenza della Corte costituzionale, dal 1956 al 2018, in materia di delegazione legislativa, vedasi R. NEVOLA – D. DIACO (a cura di), *La delega della funzione legislativa nella giurisprudenza costituzionale*, ottobre 2018, liberamente consultabile su www.cortecostituzionale.it.

37 A. RUGGERI, *Fonti e norme nell'ordinamento e nell'esperienza costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1993, p. 312.

38 Rispetto al quale si rinvia al contributo di N. LUPO, *La formazione parlamentare delle leggi di delega*, in U. DE SIERVO (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2001*, Torino, Giappichelli, 2002, pp. 15-53, che esamina nel dettaglio la fase c.d. "a dominanza parlamentare" del procedimento.



dottrina³⁹, la Corte costituzionale ha infatti chiarito che «sotto il profilo formale, la legge delega è il prodotto di un procedimento di legiferazione ordinaria a sé stante e in sé compiuto e, pertanto, non è legata ai decreti legislativi da un vincolo strutturale che possa indurre a collocarla, rispetto a questi ultimi, entro una medesima e unitaria fattispecie procedimentale»⁴⁰.

La Corte, dunque, ha fatto propria la ripartizione in due distinti momenti dell'esercizio della funzione legislativa delegata, qualificando l'intero procedimento come "bifasico"⁴¹: la prima fase è affidata al dominio del Parlamento che ha il basilare compito di circoscrivere l'esercizio della potestà legislativa da parte dell'Esecutivo, fondamentalmente attraverso l'enunciazione dei principi e dei criteri direttivi; la seconda è invece rimessa al dominio del Governo, cui spetta la concreta attuazione della legge di delegazione.

Cionondimeno, il ruolo dell'Esecutivo giammai potrebbe essere ascritto a quello di mero *nuncius*, rivestendo – per vero – una funzione tanto più incisiva quanto meno esplicita dovesse risultare la perimetrazione effettuata a mezzo della legge di delegazione. Ciò emerge a chiare lettere dalla copiosa giurisprudenza costituzionale, in applicazione della quale appare utile distinguere, ad esempio, tra delega "di mero riordino" e delega "di riassetto"⁴² talché – nell'ambito di quest'ultime – il legislatore parlamentare ben può fare largo a «una pluralità di soluzioni, tutte egualmente rimesse alla discrezionalità del Governo nell'attuazione della legge

39 Cfr. A.A. CERVATI, op. cit., p. 117, il quale afferma che «può dirsi anzi che legge delegata e legge delegante costituiscano un tutt'uno, nel senso che esse si completano e si integrano vicendevolmente». Sul punto, anche V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. 2, Padova, CEDAM, 1984, p. 83, il quale descrive il fenomeno della delegazione legislativa come la successione «di due atti successivi tra loro collegati, quasi a formare, come da una parte della dottrina si ritiene, un unico procedimento». *Contra*, C. LAVAGNA, op. cit., p. 270, il quale si riferisce all'istituto *de quo* come un «procedimento legislativo speciale, caratterizzato dal concorso di vari atti, aventi ciascuno una propria individualità e una propria sfera di effetti, sì da poter essere anche qualificato come *procedimento complesso*». Negli stessi termini, A. PIZZORUSSO, in A. PIZZORUSSO – S. FERRERI, *Le Fonti del diritto italiano*, v. 1, Torino, UTET, 1998, p. 120, il quale evidenzia che «la legge di delegazione non costituisce un atto del procedimento di formazione del decreto delegato, ma opera come un semplice presupposto di esso».

40 Corte cost., sent. 4 maggio 1990, n. 224.

41 Cfr. Corte cost., sent. 20 marzo 2019, n. 79, e sent. 16 aprile 2019, n. 170. Su tali pronunce, v. F. LUCIANÒ, *Le "coordinate ermeneutiche" delineate dalla Corte costituzionale sulla delega legislativa: note a margine delle sentenze nn. 79 e 170 del 2019*, in *Federalismi.it*, n. 21, 2019, pp. 1-13.

42 Il consolidato impiego della delegazione legislativa in relazione ad alcuni scopi ricorrenti ha determinato, nel tempo, l'insorgere di corrispondenti "tipi" di delega, identificabili in ragione della finalità per la quale avviene il conferimento medesimo. In argomento, si rinvia al contributo di L. IANNUCILLI (a cura di), *L'evoluzione "politipica" della delega legislativa nella giurisprudenza costituzionale*, in M. BELLOCCI – T. GIOVANNETTI – L. IANNUCILLI (a cura di), *La delega legislativa*, ottobre 2008, liberamente consultabile su www.cortecostituzionale.it, nell'ambito del quale emerge che «la giurisprudenza costituzionale finisce per adattare al tipo di delega i criteri di valutazione della legittimità, rispetto ad essa, della decretazione delegata».



di delega, secondo un disegno procedurale coerente con l'art. 76 Cost.»⁴³. Pertanto, al legislatore delegato occorre pur sempre riconoscere un certo «margine di discrezionalità per l'introduzione di soluzioni innovative»⁴⁴, sempreché queste ultime siano conformi ai principi e criteri direttivi fissati attraverso la legge di delegazione, tenendo al contempo conto del contesto normativo nel quale essa si inserisce, nonché delle finalità che la ispirano. Epperò, entro i confini di siffatta "cornice unitaria", resta fermo che il legislatore delegato è ampiamente abilitato ad impiegare liberamente il proprio potere discrezionale, essendo «chiamato a sviluppare, e non solo ad eseguire, le previsioni della legge di delega»⁴⁵.

Tutto ciò premesso, definire con precisione l'ampiezza della discrezionalità della quale effettivamente gode l'Esecutivo è cosa ardua. In proposito, pare che le uniche certezze rintracciabili nei molteplici pronunciamenti della Corte costituzionale possano essere sintetizzate in una manciata di "principi" fondamentali⁴⁶. Per quanto possa apparire pleonastico rammentarlo, un primo caposaldo va certamente ravvisato nell'impossibilità, per il legislatore governativo, di dettare norme in aperto contrasto con quelle contenute nella legge di delegazione⁴⁷.

In secondo luogo, un ulteriore principio risponde a una logica di diretta proporzionalità tra l'elasticità con cui sono definiti i principi e criteri direttivi nella legge di delegazione, d'un lato, e il margine di discrezionalità del Governo nell'elaborazione del decreto legislativo, dall'altro. Tale regola ha trovato conferma, da ultimo, nella sentenza del 24 maggio 2023, n. 166, della Corte costituzionale, a mezzo della quale si è ribadito che la maggiore o minore ampiezza della discrezionalità del legislatore delegato va apprezzata e ritenuta proprio «in relazione al grado di specificità dei criteri fissati nella legge delega»⁴⁸.

D'altra parte, occorre altresì rilevare che il livello di elasticità dei principi e criteri direttivi non vale solamente a determinare l'effettiva ampiezza dei poteri del legislatore delegato, ma

43 Cfr. Corte cost., sent. 20 marzo 2019, n. 79, e sent. 16 aprile 2019, n. 170. Sul tema, può apparire utile il rinvio al contributo di G. D'ELIA, *Osservazioni in tema di determinazione per relationem dei principi e criteri direttivi nella delegazione legislativa*, in *Giurisprudenza costituzionale*, fasc. 5, 1998, p. 2719 ss., il quale – muovendo dalla giurisprudenza costituzionale – ricostruisce «una classificazione progressiva, sulla base del grado di determinazione dei principi e criteri direttivi, del naturale rapporto di riempimento che lega i due livelli normativi, a seconda che la delegazione legislativa sia di "mero riordino", di "riordino e riforma", ovvero "di novità"».

44 Corte cost., sent. del 9 aprile 2014 n. 94.

45 Corte cost., sent. del 22 marzo 2017, n. 104.

46 Sulla cui individuazione si rinvia all'essenziale contributo di T. GIOVANNETTI (a cura di), *La decretazione delegata*, in M. BELLOCCI – T. GIOVANNETTI – L. IANNUCILLI (a cura di), *La delega legislativa*, ottobre 2008, liberamente consultabile su www.cortecostituzionale.it.

47 Già a partire dalla sentenza del 18 aprile 1959, n. 24, la Corte costituzionale ha sostenuto che «per quanto ampie siano le facoltà delegate al Governo nei singoli casi, con la legge delegata non possono essere dettate norme in contrasto con quelle contenute nella stessa legge di delegazione».

48 Nel medesimo senso, la stessa Corte rinvia – *ex multis* – alle sentenze n. 175 del 2022, n. 231 e n. 174 del 2021, n. 153 del 2014, n. 184 del 2013, n. 272 del 2012 e n. 230 del 2010.



contribuisce altresì a determinare l'incisività del sindacato che la stessa Corte costituzionale è in grado di esercitare. In quest'ultimo caso, tuttavia, la relazione ha natura inversamente proporzionale, sicché quanto più elastica dovesse apparire la definizione dei principi e criteri direttivi tanto meno incisiva potrebbe farsi l'attività di controllo, ad opera della Corte, circa la compatibilità del decreto legislativo alla rispettiva legge di delegazione.

A completamento di quanto finora sostenuto, poi, la giurisprudenza della Consulta pare convergere nella formulazione di almeno un altro principio fondamentale: per valutare se il legislatore delegato abbia ecceduto i propri margini di discrezionalità, occorre individuare la *ratio* della delega così da verificare se la norma delegata sia stata con questa coerente⁴⁹. In altri termini, la *ratio* della legge di delegazione costituisce l'indice di valutazione del corretto impiego, da parte dell'Esecutivo, della propria discrezionalità risultate dal complesso dei principi e criteri direttivi impartiti.

Ognuno degli anzidetti principi regolatori rappresenta, dunque, il retroterra giurisprudenziale alla cui stregua l'indagine di costituzionalità dell'art. 2, co. 1, d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23, si è necessariamente dispiegata.

4. Sulla ritenuta fondatezza della questione di legittimità costituzionale.

Il percorso logico-argomentativo seguito dalla Consulta è preceduto da una sintetica ricostruzione dell'anzidetta evoluzione giurisprudenziale, la quale è a sua volta inaugurata da un'apprezzabile premessa di sistema.

Nel dettaglio, la Corte ha inteso rammentare che la delegazione legislativa si pone quale mera deroga di un opposto canone generale, in virtù del quale l'esercizio della funzione legislativa è riservato al Parlamento: i limiti della delegazione legislativa vanno, quindi, intesi «in coerenza con il precetto costituzionale che assegna alle due Camere, collettivamente, l'esercizio della funzione legislativa (art. 70) e con il tradizionale principio della separazione dei poteri (principio "ordinamentale": sentenza n. 98 del 2023)»⁵⁰.

All'esito di una ponderata analisi della questione, dunque, la Corte costituzionale ha rilevato la fondatezza della medesima; ciò in ragione di una duplice interpretazione, dapprima letterale e poi sistematica, della normativa censurata.

Ricalcando l'impostazione metodologica già adottata dal rimettente, la Corte ha anzitutto rilevato che, nella "lettera" del criterio direttivo fornito dal legislatore delegante, manca qualsivoglia forma di distinzione tra nullità "espressamente" previste e nullità conseguenti sì alla violazione di norme imperative, ma che non siano specificamente previste come tali in conseguenza della loro violazione. Inoltre, si è osservato che l'univocità del senso letterale della disposizione delegante risulta rafforzata dalla previsione della possibilità, per il legislatore delegato, di limitare ulteriormente il diritto alla reintegrazione a specifiche fattispecie di licenziamento disciplinare "ingiustificato" (e non anche di licenziamento

49 Da ultimo, v. Corte cost., sent. 24 maggio 2023, n. 166.

50 Corte cost., sent. del 22 febbraio 2024, n. 22.



“nullo”). Ne consegue che «la distinzione tra nullità espresse e nullità che tali non sono, non è, dunque, riconducibile al criterio di delega nella sua portata testuale»⁵¹.

In seconda battuta, poi, la Corte costituzionale è addivenuta alle medesime conclusioni anche mediante un'interpretazione sistematica, che tiene al contempo conto della complessiva disciplina giuslavorista e di quella civilistica in senso ampio.

Dal primo punto di vista, infatti, si è fatto notare che, discostandosi dai criteri direttivi impostigli, il legislatore delegato «ha dettato una disciplina la cui incompletezza conferma la sua incoerenza rispetto al disegno del legislatore delegante»⁵². Difatti, nel distinguere le ipotesi di nullità espressa da quelle di nullità non espressa, il legislatore ha ommesso di prevedere la tutela concretamente applicabile alle seconde (fosse essa reintegratoria ovvero indennitaria), essendosi limitato a contemplare la tutela reintegratoria per le prime⁵³.

Dal secondo punto di vista, invece, la Consulta ha ritenuto dirimente l'inedito ribaltamento della regola civilistica di cui all'art. 1418, co. 1, c.c., che prevede la nullità quale sanzione generale della violazione di norme imperative, da escludersi solamente qualora si rinvenga una legge che disponga diversamente. Viceversa, il regime introdotto dall'Esecutivo con l'art. 2, co. 1, d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23, sovverte il meccanismo pensato dal legislatore civile.

Conclusivamente, ognuno degli anzidetti motivi ha indotto la Corte a dichiarare l'illegittimità della normativa censurata, limitatamente alla parola “espressamente”.

5. Osservazioni conclusive.

Su un piano generale, la riforma giuslavorista in senso neoliberista⁵⁴, frutto della sommatoria della c.d. riforma Fornero (*id est* l. n. 92/2012) e del *Jobs Act*, ha indotto buona parte

51 Corte cost., sent. del 22 febbraio 2024, n. 22.

52 Corte cost., sent. del 22 febbraio 2024, n. 22.

53 Sul punto, la Consulta non manca di porre l'accento su una serie variegata di ipotesi in cui manca un'espressa previsione della nullità, oltre al caso oggetto del giudizio principale. Tra queste vi rientrano: il licenziamento in periodo di comporto per malattia; il licenziamento per motivo illecito *ex art.* 1345 c.c., quale quello ritorsivo del dipendente (c.d. *whistleblower*) che segnala illeciti commessi dal datore di lavoro; il licenziamento intimato in violazione del “blocco” dei licenziamenti economici durante il periodo emergenziale, disposto dall'art. 46 d.l. n. 18/2020, convertito con modificazioni in l. n. 27/2020 e successive proroghe; il licenziamento intimato in contrasto con l'art. 4, co. 1, l. n. 146/1990; il licenziamento in violazione del diritto alla conservazione del posto di cui all'art. 124, co. 1, d.p.r. n. 309/1990.

54 Cfr. B. CARUSO, *Il rimedio della reintegra come regola o come eccezione? La Cassazione sui licenziamenti disciplinari nel cono d'ombra delle decisioni della Corte Costituzionale*, in *Working Papers C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”*. IT, n. 461, 2022, il quale riconduce il giudizio “neoliberista” del ciclo di riforme attuate in Italia nel secondo decennio del secolo in corso a A. PERULLI – V. SPEZIALE, *Dieci tesi sul diritto del lavoro*, Bologna, Il Mulino, 2022.



della dottrina e della giurisprudenza⁵⁵ a sospettare, a vario titolo, della stessa legittimità costituzionale del nuovo sistema di tutela del lavoratore⁵⁶.

In tale spirito, è innegabile che il d.lgs. n. 23/2015 debba essere collocato in un assai più ampio disegno di riforma della tutela del lavoratore, volto a realizzare un'inesorabile inversione di rotta rispetto alle garanzie originariamente apprestate dall'art. 18 dello Statuto dei lavoratori. Non a caso, in riferimento a siffatto *corpus* di riforme, si è talvolta parlato di "mutamento di paradigma"⁵⁷ e talaltra di "mutazione genetica"⁵⁸ del diritto del lavoro, arrivandosi financo a rilevare il superamento stesso del c.d. "tabù della reintegrazione"⁵⁹. Tale logica è vieppiù enfatizzata dall'approvazione di una legge di delegazione (per l'appunto, la l. n. 183/2014) a vastissimo spettro e largamente indeterminata, che affida al Governo la sostanziale riscrittura "a tema libero" pressoché dell'intero diritto del lavoro italiano⁶⁰.

Esula dall'economia del presente contributo l'approfondita riflessione circa il merito o la stessa opportunità degli anzidetti interventi normativi; basti qui sottolineare che il fine ultimo perseguito dal legislatore è stato quello di «rafforzare le possibilità di ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione, nonché di riordinare i contratti di lavoro vigenti per renderli maggiormente coerenti con le attuali esigenze del contesto occupazionale e produttivo»⁶¹, tenuto preliminarmente conto dell'assunto (ad avviso di molti

55 Basti pensare, tra tutti, ai dubbi di legittimità costituzionale confluiti nell'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale del 26 luglio 2017 della Sezione lavoro del Tribunale di Roma, la quale è stata variamente commentata dalla dottrina giuslavoristica. D'altra parte, va osservato che – nel tempo – le menzionate riforme hanno alimentato un vivace confronto tra i diversi attori coinvolti nella vicenda politico-istituzionale e nella conseguente dinamica regolatoria, in parte attenuandone la portata dirimpente: «in ciò misurandosi la differenza tra le democrazie, i sistemi di post democrazia, e le democrazie liberali ove si confrontano dialetticamente, fuori da ogni dittatura della maggioranza, poteri diversi nella dinamica – e negli equilibri che ne sortiscono – tra pesi e contrappesi» (B. CARUSO, op. cit., p. 3).

56 *Ex multis* S. GIUBBONI, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, in *Working Papers C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*. IT, n. 246, 2015, e V. SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra law economics e vincoli costituzionali*, in *Working Papers C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*. IT, n. 259, 2015.

57 A. PERULLI, *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un "mutamento di paradigma" per il diritto del lavoro?*, in L. FIORILLO – A. PERULLI (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi. Decreti legislativi 4 marzo 2015*, n. 22 e n. 23, Torino, Giappichelli, 2015, p. 4.

58 V. SPEZIALE, *La mutazione genetica del diritto del lavoro*, in *Working Papers C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*. IT, n. 322, 2017.

59 M. BIASI, *Il licenziamento nullo: chiavistello o grimaldello del nuovo sistema "a tutele crescenti"?*, in G. ZILIO GRANDI – M. BIASI (a cura di), *Commentario breve alla riforma "Jobs Act"*, Padova, CEDAM, 2016, pp. 147-182, che a sua volta richiama C. CESTER, *La riforma della disciplina dei licenziamenti: principi generali e tecniche normative*, in C. CESTER (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, Padova, CEDAM, 2013, p. 1.

60 In tali termini si pone, fra i tanti, S. GIUBBONI, op. cit., p. 13.

61 Art. 1, co. 7, l. n. 183/2014.



tutt'altro che dimostrato) secondo cui una flessibilizzazione della disciplina dei licenziamenti può determinare un notevole efficientamento delle dinamiche occupazionali.

In tale mutata prospettiva, dunque, il diritto al lavoro – quale risultante del contenuto degli artt. 4 e 35 Cost. – non troverebbe più la sua declinazione legislativa nella disciplina di tutela del dipendente nei confronti della controparte datoriale, ma la svilupperebbe in quell'insieme di norme atte ad agevolarne l'inserimento nel mercato del lavoro. In definitiva, il diritto al lavoro non andrebbe qualificato tanto come diritto alla "conservazione" del posto di lavoro, quanto semmai come diritto alla "effettività" del lavoro in relazione alle contingenti esigenze di competitività del sistema produttivo⁶².

Cionondimeno, attraverso la pronuncia in commento, la Consulta si è dimostrata risoluta nel preservare i dovuti margini applicativi della tutela reintegratoria del dipendente, sempreché – beninteso – il licenziamento medesimo sia affetto da una qualsivoglia nullità, tanto che questa sia espressamente prevista quanto che, invece, non lo sia.

Invero, già da tempo si discuteva dell'opportunità di rimeditare, nel complesso, la disciplina giuslavorista, quale risultante delle scelte politiche da ultimo operate nel 2015. Basti solamente considerare il tenore di alcune delle più recenti sentenze della Corte costituzionale in materia di licenziamento illegittimo: ci si riferisce, più nel dettaglio, al "trittico" costituito dalle sentenze n. 194/2018, n. 150/2020 e n. 59/2021, alle quali vanno altresì aggiunte la sentenza del 23 giugno 2022, n. 183, e la più prossima pronuncia del 22 gennaio 2024, n. 7⁶³.

62 In tal senso sembrerebbe porsi M. CAVINO, *La questione di legittimità costituzionale sul contratto di lavoro a tutele crescenti*, in *Federalismi.it*, n. 14, 2018, pp. 3-9.

63 Atteso che con la pronuncia n. 7/2024 la Consulta si è espressa in merito alla legittimità della disciplina dei licenziamenti collettivi quanto alle conseguenze della violazione dei criteri di scelta dei lavoratori in esubero, la sentenza testé menzionata ha trovato ulteriore enfasi in un successivo e parallelo pronunciamento: in particolare, ci si riferisce alla sentenza n. 44/2024, a mezzo della quale la Corte costituzionale ha dichiarato l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto l'art. 1, co. 3, d.lgs. n. 23/2015, che consente l'attrazione nell'ambito applicativo del regime delle tutele crescenti anche di lavoratori di piccole imprese, già in servizio alla data del 7 marzo 2015, in concomitanza e in conseguenza di assunzioni aggiuntive a tempo indeterminato, successive all'entrata in vigore del decreto medesimo, tali da determinare il superamento dei limiti dimensionali previsti dall'art. 18, co. 8 e 9, dello Statuto dei lavoratori.

Più nel dettaglio, in entrambe le summenzionate decisioni, la Corte ha vagliato la legittimità costituzionale, confermandola, del duplice e parallelo regime di tutela dei lavoratori in servizio alla data del 7 marzo 2015 e di quelli assunti a partire da tale data. Nella sentenza n. 7, ciò è avvenuto con riferimento ai licenziamenti collettivi, in quanto "licenziamenti economici"; nella sentenza n. 44, invece, con più generale riferimento all'estensione del nuovo regime anche a lavoratori assunti prima del 7 marzo 2015, ma in piccole imprese che abbiano superato la soglia di quindici dipendenti occupati nell'unità produttiva solo in un momento successivo.



Difatti, pur non invertendo la logica posta alla base dei processi riformatori già descritti, con le prime tre pronunce⁶⁴, la Corte si è certamente posta in parziale controtendenza rispetto alle politiche di c.d. *flexsecurity*. In particolare, nel sindacare la ragionevolezza delle disposizioni sottoposte al suo vaglio, la Consulta ha inteso ribadire la fundamentalità dei concetti di “dignità” e di “riconoscimento”, quali valori essenziali della tutela del lavoratore: «qui interviene il ruolo davvero strategico dei valori azionati nel tritico della Corte costituzionale, che fa uscire il diritto del lavoro dal sonno antropologico indotto dalla *law&economics* e riporta il discorso sul diritto del lavoro entro le coordinate sistemiche dei diritti fondamentali della persona umana, rispetto al quale il legislatore deve apprestare *specifiche tutele*, perché la Costituzione attribuisce al lavoro lo scopo di realizzare il pieno sviluppo della personalità dell’individuo»⁶⁵.

Con la quarta delle sentenze testé citate, poi, la Consulta – che pure muove dalla premessa di un’asimmetria di fondo tra il diritto al lavoro e la garanzia della stabilità dell’occupazione⁶⁶ – ha esortato il legislatore a rivedere in termini complessivi l’intera materia, frutto di interventi normativi stratificati. Questi ultimi, infatti, hanno contribuito a instaurare un sistema che, ad avviso della Corte, non riesce ad attuare «quell’equilibrato componimento tra i contrapposti interessi, che rappresenta la funzione primaria di un’efficace tutela indennitaria contro i licenziamenti illegittimi»⁶⁷: nei medesimi termini si pone anche la recentissima sentenza n. 7/2024 che, non a caso, opera un esplicito richiamo alla pronuncia del 2022⁶⁸.

Un ultimo tassello è, infine, rappresentato dalla sentenza in commento, la quale non soltanto è intervenuta dichiarando l’illegittimità dell’art. 2, co. 1, d.lgs. n. 23/2015⁶⁹, ma ha

64 Rispetto alle quali si rinvia al contributo di A. PERULLI, *Il “trittico” della Corte costituzionale sulla disciplina licenziamento. Dalla law&economics ai principi di tutela del lavoro*, in *Lavoro Diritti Europa*, n. 3, 2021.

65 A. PERULLI, op. ult. cit., pp. 6-7.

66 Cfr. Corte cost., sent. 23 giugno 2022, n. 183: «questa Corte, già nella sentenza n. 45 del 1965, ha ricondotto la tutela contro i licenziamenti illegittimi agli artt. 4 e 35 Cost., interpretati in una prospettiva unitaria. In quell’occasione si affermò che, pur non essendo il diritto al lavoro assistito dalla garanzia della stabilità dell’occupazione, spetta al legislatore, «nel quadro della politica prescritta dalla norma costituzionale», adeguare le tutele in caso di licenziamenti illegittimi».

67 Corte cost., sent. 23 giugno 2022, n. 183.

68 Differentemente, con la parallela e successiva sentenza n. 44/2024, la Consulta ha omesso di lanciare qualsivoglia monito al legislatore giuslavorista.

69 Un siffatto esito della vicenda era stato già pronosticato da A. FERNICOLA, *Dubbi e antinomie sul regime rimediabile applicabile ai casi di nullità (non) espressamente previsti dalla legge ex art. 2 del Jobs Act*, in *Working Papers C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”*. IT, n. 478, 2023, il quale stimava essere – appunto – probabile l’accoglimento della questione di legittimità costituzionale, in considerazione della più generale tendenza controriformista assunta dalla Consulta in materia di licenziamento illegittimo. Similmente, A. ZOPPOLI, *Il «contratto a tutele crescenti» torna dinanzi alla Consulta: il licenziamento nullo e l’avverbio che non poteva esserci*, in *Rivista Giuridica del Lavoro e della previdenza sociale*, n. 3, 2023, pp. 371-385, il quale, pur facendo leva su quella giurisprudenza costituzionale in virtù della quale in «mancanza di una chiara formulazione letterale della norma delegante e di fronte alla possibilità di attribuirle due diversi sensi,



lanciato l'ennesimo monito di revisione dell'intera disciplina: «[s]petta alla responsabilità del legislatore, anche alla luce delle indicazioni enunciate in più occasioni da questa Corte, ricomporre secondo linee coerenti una normativa di importanza essenziale, che vede concorrere discipline eterogenee, frutto dell'avvicinarsi di interventi frammentari»⁷⁰.

Alla luce di queste rinnovate considerazioni, dunque, parrebbe in ogni caso opportuno rimeditare, nel complesso, la disciplina giuslavorista, quale risultante delle scelte politiche da ultimo operate nel 2015, a tal fine ponendocisi sulla scia della sensibilità recentemente dimostrata dalla Consulta in relazione all'esigenza di garantire una tutela maggiormente incisiva del lavoratore⁷¹.

il suo esatto significato va individuato con i consueti criteri ermeneutici che fanno riferimento al testo della legge in cui si inserisce e alla sua *ratio*» (Corte cost., sent. 5 ottobre 2016, n. 276), riteneva la "lettera" della delega in sé sufficientemente nitida e, dunque, perentoria.

70 Corte cost., sent. 22 febbraio 2024, n. 22, e prim'ancora Corte cost., sent. 16 luglio 2020, n. 150.

71 Proprio sulla scia della sensibilità dimostrata dalla Corte costituzionale in relazione all'esigenza di garantire una tutela maggiormente incisiva del lavoratore, potrebbe essere riconsiderata quella nota (e discutibile) prassi ermeneutica seguita, negli anni, dalla Corte di cassazione in merito al diverso profilo della "insussistenza del fatto materiale contestato" che, ai sensi dell'art. 3, co. 2, d.lgs. n. 23/2015, legittima il decidente ad annullare il licenziamento e, conseguentemente, a disporre la reintegrazione del lavoratore. Più precisamente, il Giudice di legittimità suole servirsi, in proposito, di un'interpretazione sostanzialmente abrogatrice del concetto di "materialità", ritenendo che la tutela reintegratoria debba essere estesa anche alle ipotesi di sussistenza del fatto che, purtuttavia, appare del tutto privo del carattere di illiceità: trattasi, in buona sostanza, di casi assai più prossimi al concetto di fatto "giuridico" (cfr. Corte cass., Sez. lav., sent. 8 maggio 2019, n. 12174). Pertanto, questa prassi ermeneutica, la quale si sostanzia in un'inammissibile *interpretatio abrogans*, potrebbe essere ragionevolmente convertita in una definitiva declaratoria di (parziale) illegittimità costituzionale dell'art. 3, co. 2, d.lgs. n. 23/2015, per il tramite di un'apposita ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale, la quale – per ipotesi – potrebbe essere fondata sull'irragionevolezza del dato normativo.



IMPLICAZIONI ISTITUZIONALI ED ECONOMICHE DELLE REGOLAZIONI E DEI PROGRAMMI DEL GREEN DEAL EUROPEO.

Angelo Lalli

Abstract. L'articolo esamina i contenuti caratterizzanti e comuni degli atti normativi attuativi del *Green deal* europeo ed evidenzia le tipologie di strumenti giuridici, autoritativi e non, usati per condurre la lotta al cambiamento climatico che diviene il fine principale delle politiche pubbliche nell'Unione europea. Si approfondiscono le conseguenze che queste politiche stanno causando sul rapporto tra poteri pubblici e mercati e si constata che i poteri pubblici acquisiscono un ruolo guida dell'intera società e ne stanno avviando una trasformazione radicale. In tal modo però il ruolo dei pubblici poteri si spinge ben oltre quello stabilito sin dall'origine nei Trattati europei, che li relegava alla funzione di meri garanti del corretto funzionamento dei mercati concorrenziali. Si evidenzia, inoltre, il progressivo affermarsi di un principio giuridico, in base al quale la libertà può e deve essere limitata ogni volta che il suo esercizio produce gas climalteranti. Al fine di saggiare la questione della giustizia nella transizione ecologica, si discutono i nessi tra acquisizioni scientifiche e scelte di merito nelle politiche di decarbonizzazione; il problema del consenso democratico in relazione a scelte di così rilevante impatto sulla società e la questione del finanziamento pubblico del GDE anche al fine di compensare gli oneri che le stesse politiche impongono su intere filiere produttive. Si evidenzia come una così rilevante riforma della società appaia oggi in pericolo per la mancanza di sufficienti risorse pubbliche.

Abstract. *The article examines the characterising and common contents of the regulatory acts implementing the European Green deal and highlights the types of legal instruments, authoritative and non-authoritative, used to conduct the fight against climate change, which is becoming the main goal of public policies in the European Union. The consequences that these policies are causing on the relationship between public authorities and markets are explored in depth and it is noted that public authorities are acquiring a leading role in society as a whole and are initiating its radical transformation. In this way, however, the role of the public authorities goes far beyond that originally established in the European Treaties, which relegated them to the function of mere guarantors of the proper functioning of competitive markets. Also evident is the gradual establishment of a legal principle, according to which freedom can and must be restricted whenever its exercise produces climate-changing gases. In order to explore the question of justice in the ecological transition, the links between scientific acquisitions and substantive choices in decarbonisation policies are discussed; the problem of democratic consensus in relation to choices with such a relevant impact on society and the question of public financing of the GDE also in order to compensate for the burdens that the same policies impose on entire production chains. It is pointed out that such an important reform of society now appears to be in jeopardy due to the lack of sufficient public resources.*



SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Il GDE come progetto organico di un nuovo modello di società: contesto, contenuti e strumenti. - 3. Le conseguenze del GDE sull'equilibrio tra poteri pubblici e mercati: il tramonto della primazia del mercato come istituzione funzionale a proteggere l'autonomia dei privati. - 4. La subordinazione delle libertà degli individui all'esigenza di protezione dell'ecosistema: l'emersione del limite giuridico allo sviluppo. - 5. Il fondamento scientifico delle politiche del GDE. - 6. Il significato costituzionale del GDE e la questione della collettivizzazione degli oneri per la realizzazione del GDE.

1. Introduzione

Con il *Green Deal* europeo (d'ora in poi GDE), l'Unione Europea (d'ora in poi anche UE) ha avviato una riforma radicale del sistema di produzione, di consumo e degli stessi stili di vita, al fine di limitare lo sfruttamento indiscriminato delle risorse naturali, di proteggere gli ecosistemi e di contrastare il cambiamento climatico. La riforma prospetta un programma di realizzazione graduale e rapido che viene comunemente indicato con l'espressione transizione ecologica¹. In questo contesto, il fine della lotta al cambiamento climatico assume un ruolo prioritario e prevalente. Per il suo perseguimento sono istituite nuove competenze dei pubblici poteri, europei e nazionali, che sono i promotori principali della transizione ecologica. Questo nuovo ruolo guida dell'intera società si realizza attraverso l'uso esteso dei classici strumenti di *command e control* (imposizione regole pubbliche vincolanti, estesi controlli pubblici e pianificazione delle attività economiche e previsione di sanzioni), ma anche attraverso la concessione di sostegni finanziari pubblici alle attività economiche che siano coerenti con quel fine e mediante la speculare penalizzazione di quelle che, invece, lo ostacolano. Da questa poderosa azione pubblica di conformazione giuridica della realtà derivano rilevanti effetti di alterazione dell'evoluzione naturale dei mercati; di redistribuzione autoritativa delle risorse, di spiazzamento di intere filiere produttive con i conseguenti problemi di riorganizzazione di interi settori della società e di ricollocazione in nuovi impieghi di vaste platee di lavoratori.

Lo scenario che si profila mostra una modificazione profonda dell'equilibrio tra poteri pubblici e mercato - e quindi tra autorità pubblica e libertà dei privati - che aveva caratterizzato l'assetto istituzionale dell'Unione europea negli ultimi quarant'anni, in piena coerenza con i Trattati istitutivi che, per questa ragione, appaiono ora inadeguati a governare la realtà attuale. La conclusione appare tanto più fondata alla luce del progressivo emergere di una sensibilità giuridica pronta a riconoscere che l'obiettivo della lotta al cambiamento climatico può

¹ L'espressione non individua un istituto giuridico specifico e nel testo è usata nel senso ormai comune di richiamare il complesso delle politiche attuative del GDE. Per un tentativo di più compiuta definizione giuridica si vedano: F. DE LEONARDIS, *La transizione ecologica come modello di sviluppo di sistema. Spunti sul ruolo delle amministrazioni*, in *Dir. Amm.*, 2021, pag.779 e ss. e A. MARTINI, *Amministrazione in transizione: riflessioni sulla transizione ecologica e sull'organizzazione amministrativa al suo servizio*, in *Riv. quad. dir. amb*, n. 3/2021, pagg. 150 e ss.



giustificare - ed anzi imporre - l'azione dei pubblici poteri finalizzata a stabilire restrizioni a tutte le attività umane per il sol fatto che causano l'emissione di gas climalteranti.

Le politiche e le normative attuative del GDE finalizzate alla lotta al cambiamento climatico, e il connesso esteso ampliamento dell'ambito di azione dei pubblici poteri per la loro realizzazione, sono presentate come l'esito necessitato delle più recenti acquisizioni scientifiche. La prima giustificazione di tali rilevanti mutamenti nell'assetto dei rapporti tra poteri pubblici e autonomie private poggia, dunque, su una necessità scientificamente qualificata. Come anticipato, tali politiche e normative, da un lato, si avvalgono di strumenti di incentivazione delle attività ecosostenibili e, dall'altro, limitando tutte le attività climalteranti, impongono trasformazioni radicali di interi settori economici. Diviene pertanto attuale il problema di reperire le necessarie risorse finanziarie per sostenerle. Le risorse finanziarie pubbliche messe a disposizione dell'Unione europea per promuovere le politiche del GDE di contrasto al cambiamento climatico non paiono sufficienti. Molti Stati dell'Unione - tra i quali l'Italia - non hanno risorse proprie capienti, mentre le regole europee di controllo sulle finanze pubbliche non sembrano tenere in adeguata considerazione la necessità di accompagnare i processi di decarbonizzazione con un proporzionato supporto finanziario pubblico. Questa situazione può causare una tensione interna all'Unione, nella quale vi sono sin da ora Stati in grado di supportare finanziariamente le trasformazioni sociali ed economiche promosse dalle normative in esame e altri, invece, non altrettanto capaci. Non è difficile immaginare che proprio in questi ultimi le trasformazioni siano vissute come imposizioni non giustificate, con il rischio concreto che venga meno il necessario consenso diffuso che dovrebbe sostenerle.

2. Il GDE come progetto organico di un nuovo modello di società: contesto, contenuti e strumenti.

Lo sviluppo sostenibile sia nella declinazione proposta dall'ONU nell'Agenda 2030, sia in quella fatta propria dall'Unione Europea nella politica denominata *Green Deal* indica, con una espressione sintetica, una pluralità di macro-obiettivi proposti all'azione degli Stati e dei privati che comportano la radicale trasformazione del contesto produttivo, delle abitudini di consumo e dell'organizzazione sociale attuali. L'ONU ha delineato 17 macro-obiettivi. Essi hanno ad oggetto la protezione delle persone, richiedono la soluzione ai problemi della povertà, della fame, delle diseguaglianze sociali e delle discriminazioni di genere; attengono inoltre e contestualmente, alla cura del pianeta, della biodiversità e delle sue risorse ed esigono di adottare misure urgenti per contrastare il cambiamento climatico in atto e per interrompere lo sfruttamento indiscriminato delle risorse naturali; reclamano l'instaurazione di processi produttivi, di stili di consumo e, più in generale, di vita che rispettino l'ecosistema; richiedono l'azione di Istituzioni pubbliche dedicate alla promozione della pace e della collaborazione internazionale per la realizzazione dei predetti fini. L'ONU, con ciò, disegna una prospettiva definita nei fini, ma lascia alle Nazioni del Mondo - ed era inevitabile che fosse così - la



responsabilità di individuare le priorità tra i diversi obiettivi di azione collettiva, le concrete modalità e gli specifici strumenti da utilizzare per il loro perseguimento.

Il *Green Deal* Europeo è stato elaborato dalla Commissione europea nel 2019 con il dichiarato intento di realizzare concretamente la prospettiva indicata dall'ONU, nel quadro istituzionale dell'Unione europea e con i suoi strumenti. Le numerose e diversificate politiche pubbliche che sono contemplate nell'ambito GDE sono caratterizzate da un denominatore comune e costituiscono un esempio paradigmatico del tentativo di un'istituzione pubblica di governo sovranazionale di dare concreta attuazione agli obiettivi della sostenibilità ambientale, economica e sociale dell'Agenda 2030. L'Unione europea ha individuato una precisa scala di priorità tra i diversi obiettivi dichiarati dall'ONU e ha avviato la predisposizione degli strumenti giuridici vincolanti per gli Stati membri, per i cittadini e per le imprese dell'Unione, finalizzati a realizzare il complesso disegno di riforma, secondo una tempistica giuridicamente vincolante.

Con la Comunicazione della Commissione del 2019², si inaugura il programma caratterizzante la legislatura europea (2019-2024) ormai al suo tramonto e che ha visto cimentarsi l'Unione con sfide politiche ed economiche mai affrontate prima nel corso della propria storia: basti ricordare la grave crisi economica causata dalla pandemia da Covid-19 (2020-2021) e le ripercussioni economiche e politiche della guerra in Ucraina, iniziata nel 2022 e del conflitto tra Israele e la Palestina riaccessosi all'indomani dell'attentato terroristico dell'ottobre 2023. Sul finire della legislatura europea, il mondo si presenta in uno scenario completamente diverso da quello esistente prima del suo avvio e caratterizzato da equilibri geopolitici del tutto nuovi e anche particolarmente instabili.

Già immediatamente prima dell'attuale legislatura, peraltro, il contesto delle relazioni economiche internazionali era assai diverso da quello che si era mantenuto nei trent'anni precedenti. In particolare, si iniziava da tempo ad assistere al declino della fiducia nei principi del libero scambio e all'indebolimento delle istituzioni della c.d. globalizzazione, prima fra tutte, il World Trade Organization. L'Unione Europea, in questo contesto, adottava, per la prima volta nella sua storia, un regolamento volto a coordinare le azioni degli Stati membri nel controllare ed eventualmente contrastare gli investimenti esteri diretti provenienti dall'esterno del suo territorio che possano mettere a rischio interessi strategici dell'Unione o degli Stati membri³. Questa disciplina, peraltro, giungeva dopo il vigoroso rafforzamento del

2 Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, COM(2019) 640 *final*.

3 Regolamento (UE) 2019/452 del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 marzo 2019 che istituisce un quadro per il controllo degli investimenti esteri diretti nell'Unione) su cui si veda G. NAPOLITANO, *Il regolamento sul controllo degli investimenti esteri diretti: alla ricerca di una sovranità europea nell'arena economica globale*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, fasc. 1/2019; cfr. A. LALLI, *Effetti istituzionali e strutturali dell'espansione dei golden powers*, in *Diritto Costituzionale*, 2022, p. 77-101. Coerente con questo indirizzo è il più recente regolamento (UE) 2022/2560, che introduce, per la prima volta nell'ordinamento UE, un sistema accentrato di indagine e controllo circa i sussidi erogati da Stati extra-



sistema di controllo e di sostegno pubblici dei mercati finanziari, che aveva dato luogo, ancor prima, all'istituzione del Sistema europeo di vigilanza finanziaria all'indomani delle crisi dei debiti sovrani del 2007 - 2008⁴. La dottrina⁵ non ha mancato di segnalare l'accrescersi nell'ultima decade della domanda sociale di intervento pubblico anche diretto, considerato sempre più come la soluzione più affidabile per fronteggiare le crisi sanitarie, economiche e geopolitiche in atto⁶. È in questo contesto di grandi mutamenti politici ed economici e di progressiva riemersione del ruolo guida dei pubblici poteri che prende corpo il programma di riforme identificato nel GDE. Nonostante i diversi *shock* esogeni sopra ricordati, fino ad oggi il disegno, coerente con la tendenza generale sopra segnalata di riespansione del ruolo dei pubblici poteri, appare sostanzialmente confermato nei suoi contenuti originali che ora devono essere messi in evidenza.

Nella Comunicazione della Commissione del 2019 si leggono le priorità del GDE: *"...affrontare i problemi legati al clima e all'ambiente, ovvero il compito che definisce la nostra generazione. Ogni anno che passa l'atmosfera si riscalda e il clima cambia. Degli otto milioni di specie presenti sul pianeta un milione è a rischio di estinzione. Assistiamo all'inquinamento e alla distruzione di foreste e oceani.*

Il Green Deal europeo è la risposta a queste sfide. Si tratta di una nuova strategia di crescita mirata a trasformare l'UE in una società giusta e prospera, dotata di un'economia moderna, efficiente sotto il profilo delle risorse e competitiva che nel 2050 non genererà emissioni nette di gas a effetto serra e in cui la crescita economica sarà dissociata dall'uso delle risorse. Essa mira inoltre a proteggere, conservare e migliorare il capitale naturale dell'UE e a proteggere la salute e il benessere dei cittadini dai rischi di natura ambientale e dalle relative conseguenze".

La protezione dell'ambiente e la lotta al cambiamento climatico divengono dunque, gli obiettivi principali di tutta l'azione pubblica dell'Unione che ad essi condiziona - e subordina - tutte le politiche sulle quali ha competenza. Nella normazione attuativa del GDE si realizza un'accezione forte del principio di integrazione espresso nell'art.11 del TFUE, in base al quale

UE a imprese che operano nel mercato europeo su cui D. GALLO, *Ordine giuridico del mercato 2.0 e Unione europea*, in Eurojus.it rivista, fasc. 2/2023, pagg. 136 e ss.

4 S. CASSESE, *La nuova architettura finanziaria europea*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1 / 2014, p. 79 e ss.

5 Si veda significativamente F. BASSANINI, G. NAPOLITANO, L. TORCHIA (a cura di), *Lo Stato promotore. Come cambia l'intervento pubblico nell'economia*, Bologna, 2021, che nell'introduzione affermano: *"...È iniziato così a divenire sempre più insostenibile, nell'opinione comune dei cittadini delle stesse democrazie liberali, l'idea che il ruolo dello Stato debba limitarsi a quello del regolatore e del fornitore dei servizi pubblici essenziali. Accanto allo Stato regolatore e allo Stato garante dei diritti e dei beni comuni, sono emerse (o riemerse) richieste di discesa in campo dello Stato "protettore", dello Stato "garante", dello Stato "promotore" della crescita e dell'innovazione, dello Stato "investitore" o "finanziatore", dello Stato "imprenditore" o "gestore", dello Stato "salvatore" rispetto al rischio di fallimento di imprese sistemiche, persino dello Stato "doganiere" rispetto a investimenti esteri 'predatori' in settori strategici".*

6 Così anche M. CLARICH, *Populismo, sovranismo e Stato regolatore: verso il tramonto di un modello?*, in *Rivista della Regolazione dei Mercati*, fasc.1/2018.



le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente devono essere integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni dell'Unione⁷.

Il programma, specialmente nella parte relativa al contrasto del cambiamento climatico, viene ufficialmente presentato come coerente e necessitata risposta alle previsioni climatologiche dichiarate dall'*Intergovernmental Panel on Climate Change* (IPCC) e come attuazione degli impegni assunti dall'Unione europea con l'Accordo di Parigi del 12 dicembre 2015, negoziato nell'ambito della XXI Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici e avente ad oggetto appunto la riduzione delle emissioni di [gas serra](#).

Dai Rapporti dell'IPCC emerge che l'innalzamento della temperatura dell'atmosfera a livello mondiale è una caratteristica costante degli ultimi 60 anni; esso è la causa diretta e principale di effetti devastanti per gli ecosistemi e per la stessa vita delle persone sulla terra, tra i quali si segnalano: la progressiva scomparsa dei ghiacci perenni, l'innalzamento del livello del mari, i sempre più frequenti fenomeni metereologici violenti e improvvisi come tempeste e uragani, il perdurare in certe aree del pianeta di periodi di siccità, la perdita della biodiversità; risulta inoltre che l'innalzamento della temperatura è, a sua volta, causato dall'incremento dello stock di CO₂ e di altri gas climalteranti che trattengono la luce solare sulla superficie terrestre; l'incremento della massa stabile di CO₂ e degli altri gas climalteranti nell'atmosfera dipende, secondo quanto affermato dai Reports dell'IPCC, essenzialmente dai processi di produzione, dagli stili di consumo e di vita esistenti nel mondo industrializzato, in quanto basati essenzialmente su fonti di energia fossili. Poiché attualmente la tecnologia non consente di rimuovere in misura sufficiente i gas climalteranti dall'atmosfera, la via che appare oggi più efficace per contrastare l'innalzamento della temperatura è quella di ridurre le emissioni di tali gas in atmosfera al fine di stabilizzare almeno lo stock esistente. Da queste premesse consegue un'indicazione prescrittiva netta e dirompente: per ridurre efficacemente le emissioni di gas climalteranti occorre trasformare integralmente il sistema produttivo attuale, sostituire le fonti di energia fossile con le fonti rinnovabili, modificare gli stili di consumo e, più in generale, di vita che presuppongano o comportino un eccessivo e non più tollerabile sfruttamento delle risorse naturali e la produzione di ulteriori emissioni nocive.

Le regolazioni volte al contrasto del cambiamento climatico adottate nell'ambito del GDE sono coerente attuazione di queste premesse assunte come dato di fatto.

Occorre evidenziare le peculiarità delle nuove regolazioni attraverso un esame esemplificativo di alcuni dei principali atti.

Paradigmatica appare la c.d. legge europea sul clima⁸ che è un regolamento, dunque, una fonte normativa di diritto europeo derivato, obbligatoria in ogni sua parte e direttamente

7 M.C. CAVALLARO, *Il principio di integrazione come strumento di tutela dell'ambiente*, *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2007, pagg. 467-483; F. ROLANDO, *L'attuazione del principio di integrazione ambientale nel diritto dell'Unione europea*, in DPCE on line, Sp-2/2023, pagg. 561 e ss.

8 Regolamento (UE) 2021/1119 del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 giugno 2021 che istituisce il quadro per il conseguimento della neutralità climatica e che modifica il regolamento (CE) n. 401/2009 e il regolamento (UE) 2018/1999 («Normativa europea sul clima») 2021/1119); su cui si v. D. BEVILACQUA,



applicabile, utilizzata proprio per garantire la massima speditezza e uniformità di attuazione. Il regolamento fissa l'obiettivo finale, misurabile e vincolante, per gli Stati membri della c.d. neutralità climatica e cioè l'equilibrio tra le emissioni e gli assorbimenti dei gas a effetto serra di tutta l'Unione che dovrà essere conseguito al più tardi nel 2050. Stabilisce poi alcuni traguardi intermedi: entro il 2030 si dovrà realizzare una riduzione interna netta delle emissioni di gas a effetto serra (emissioni al netto degli assorbimenti) di almeno il 55 % rispetto ai livelli del 1990; entro il 2040 si dovrà realizzare una riduzione netta delle emissioni di gas a effetto serra del 90% rispetto ai livelli del 1990⁹. Il regolamento, inoltre, stabilisce che le Istituzioni dell'Unione e gli Stati membri debbano assicurare il costante progresso nel miglioramento della capacità di adattamento, nel rafforzamento della resilienza e nella riduzione della vulnerabilità ai cambiamenti. La normativa europea fissa, dunque, obiettivi vincolanti e misurabili oggettivamente e impone meccanismi di controllo sull'attività attuativa di pertinenza degli Stati. Questi ultimi dispongono di margini di autonomia nell'individuare le soluzioni concrete più adeguate alle diverse realtà territoriali e sociali. L'azione imposta agli Stati riguarderà tutti i settori dell'economia, perché ogni attività umana o processo produttivo dovrà essere valutato per la quantità di emissioni di gas climalteranti che genera; l'azione di contenimento disposta dagli Stati dovrà fondarsi su solide analisi tecnico-scientifiche dei risultati delle azioni intraprese, così come anche le azioni di controllo poste in essere dalle Istituzioni dell'Unione che si avvarranno delle valutazioni tecniche di competenza di enti a ciò preposti.

Va ricordato poi il c.d. pacchetto legislativo denominato *Fit for 55%* che comprende un insieme di normative volte a ridurre le emissioni nette di gas a effetto serra di almeno il 55% entro il 2030¹⁰. Si devono ricordare in questo ambito, per esempio, le normative che hanno

La normativa europea sul clima e il Green New Deal. Una regolazione strategica di indirizzo, in Riv. Trim. di Dir. Pubbl, 2/2022, pag. 297e ss.

9 Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni. Un futuro sicuro Il traguardo climatico europeo per il 2040 e il percorso verso la neutralità climatica entro il 2050 all'insegna di una società giusta, prospera e sostenibile COM(2024) 63 final, 6.2.2024.

10 In questo contesto si v. per esempio la riforma del sistema di scambio di quote di emissioni dell'UE e il nuovo sistema EU ETS per l'edilizia e i carburanti per il trasporto su strada su cui si veda il testo; il regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica il regolamento (UE) 2018/842, relativo alle riduzioni annuali vincolanti delle emissioni di gas serra a carico degli Stati membri nel periodo 2021-2030 come contributo all'azione per il clima per onorare gli impegni assunti a norma dell'accordo di Parigi, nonché il regolamento (UE) 2018/1999; il regolamento sull'uso del suolo, la silvicoltura e l'agricoltura Regolamento (UE) 2023/839 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 19 aprile 2023 che modifica il regolamento (UE) 2018/841 e il regolamento (UE) 2018/1999 ; il regolamento (UE) 2023/851 del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 aprile 2023 che modifica il regolamento (UE) 2019/631 per quanto riguarda il rafforzamento dei livelli di prestazione in materia di emissioni di CO₂ delle autovetture nuove e dei veicoli commerciali leggeri nuovi; il regolamento (UE) 2023/956 del Parlamento europeo e del Consiglio del 10 maggio 2023 che istituisce un meccanismo di adeguamento del carbonio alle frontiere; direttiva sulle energie rinnovabili Direttiva (UE) 2023/2413 del Parlamento europeo e el



esteso l'ambito di operatività dell'*Emission trading system* originario a cui si aggiunge ora il nuovo sistema ETS II - che si applica anche ad altri settori, prima non ricompresi, tra cui la combustione per generare calore negli edifici e i trasporti stradali¹¹- e quelle volte a promuovere la sicurezza energetica e l'incentivazione delle fonti di energia rinnovabili indicate nel piano definito *Repower EU*¹². Con tali interventi, si inaspriscono i meccanismi di disincentivazione economica delle emissioni di carbonio, si potenziano le capacità di interconnessione dei mercati europei interni dell'energia, si consolida la gestione comune degli stoccaggi di gas e si promuove la diversificazione delle fonti di approvvigionamento dall'esterno all'Unione, onde garantire la sicurezza energetica e, ove possibile, l'indipendenza energetica; si stabiliscono, inoltre, regole vincolanti per migliorare l'efficienza energetica degli edifici pubblici e privati e delle attività economiche in genere; si promuove la produzione di energia da fonti considerate rinnovabili, incentivando la realizzazione dei relativi impianti di produzione.

Di centrale importanza per comprendere la dimensione della rivoluzione prospettata dal GDE appare anche la disciplina sull'economia circolare¹³. L'attenzione delle Istituzioni europee al tema nasce ben prima del GDE¹⁴, con l'obiettivo di ridurre il consumo delle risorse

Consiglio del 18 ottobre 2023 che modifica la direttiva (UE) 2018/2001, il regolamento (UE) 2018/1999 e la direttiva n. 98/70/CE per quanto riguarda la promozione dell'energia da fonti rinnovabili e che abroga la direttiva (UE) 2015/652 del Consiglio; direttiva (UE) 2023/1791 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 settembre 2023 sull'efficienza energetica e che modifica il regolamento (UE) 2023/955 sull'efficienza energetica; regolamento (UE) 2023/1804 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 13 settembre 2023 sulla realizzazione di un'infrastruttura per i combustibili alternativi; regolamento (UE) 2023/2405 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 18 ottobre 2023 sulla garanzia di condizioni di parità per un trasporto aereo sostenibile (ReFuelEU Aviation); regolamento (UE) 2023/1805 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 13 settembre 2023 sull'uso di combustibili rinnovabili e a basse emissioni di carbonio nel trasporto marittimo, e che modifica la direttiva 2009/16/CE.

11 Direttiva 2003/87/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 ottobre 2003, che istituisce un sistema per lo scambio di quote di emissioni dei gas a effetto serra nella Comunità e che modifica la Direttiva 96/61/CE del Consiglio per come modificata dalla Direttiva (UE) 2023/959 del Parlamento europeo e del Consiglio del 10 maggio 2023 recante modifica della direttiva 2003/87/CE, che istituisce un sistema per lo scambio di quote di emissioni dei gas a effetto serra nell'Unione, e della decisione (UE) 2015/1814, relativa all'istituzione e al funzionamento di una riserva stabilizzatrice del mercato nel sistema dell'Unione per lo scambio di quote di emissione dei gas a effetto serra Direttiva (UE) 2018/410 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 marzo 2018.

12 Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni Piano repowereu {swd(2022) 230 final}.

13 Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni. Un nuovo piano d'azione per l'economia circolare com(2020) 98 final; Risoluzione del Parlamento europeo del 10 febbraio 2021 sul nuovo piano d'azione per l'economia circolare (2020/2077(INI)).

14 Si vedano E. SCOTTI, *Poteri pubblici, sviluppo sostenibile ed economia circolare*, in *Dir. ec.*, 2019, pp. 519 ss.; M. FREY, *Genesi ed evoluzione dell'economia circolare*, in *Riv. quad. dir. amb.*, 1/2020, p.163 e ss.



naturali e di limitare gli impatti negativi dei rifiuti sull'ambiente. Nel contesto del GDE questi obiettivi sono rafforzati ed sono connessi alla lotta al cambiamento climatico¹⁵: si interviene, infatti, non soltanto sulla gestione dei rifiuti per generalizzare le pratiche del riciclo e del riuso, ma anche, più in generale, sulle strategie industriali a monte, imponendo già nella fase di progettazione dei prodotti di tenere conto del loro ciclo di vita e di minimizzare, fin dal momento della loro ideazione, le conseguenze negative sull'ambiente che si potranno verificare al momento in cui il prodotto non sarà più utile al suo scopo originario. Si stabilisce in particolare che una volta che un prodotto ha terminato la sua funzione, i materiali di cui è composto dovrebbero essere sempre reintrodotti nel ciclo produttivo sin dove possibile. In questa ottica, si propone un'integrale riconversione dell'assetto produttivo industriale europeo¹⁶, come anche si prospetta lo sviluppo di forme di cooperazione tra imprese inedite, che si allontanano dal modello rigidamente concorrenziale, sino ad oggi tratto identificativo genetico del diritto europeo ed anzi pongono nuovi problemi di interpretazione delle norme del Trattato in materia di concorrenza¹⁷, che sono ispirate in realtà a una logica di fondo tutt'affatto diversa, come si cercherà di chiarire nel paragrafo 3. Del problema è chiaramente avvertita la stessa Commissione europea che ha opportunamente avviato un dibattito sull'eventuale riesame delle norme in materia di antitrust, concentrazioni e aiuti di Stato, proprio al fine di rendere il quadro normativo più coerente con i nuovi sfidanti obiettivi del GDE¹⁸.

Si deve ricordare, inoltre, la c.d. strategia *farm to fork*, che propone di rafforzare gli strumenti già esistenti - tra cui la Politica agricola comune - relativi alla produzione agricola e alimentare in chiave di sostenibilità e autosufficienza¹⁹; si ricordano analoghe iniziative volte a rendere

15 Valorizza la disciplina dell'economia circolare come modello organizzativo essenziale per interpretare il senso profondo del GDE, F. DE LEONARDIS, *Lo Stato ecologico*, cit. pag. 95 e ss; sulla stessa linea anche L. RICCI, *La triade "rigenerazione, ambiente e consumo" nel "modello circolare"*, in Riv. quad. dir. amb., 2/2023, pag. 42 e ss.

16 Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni Un piano industriale del Green Deal per l'era a zero emissioni nette COM(2023) 62 final.

17 C. Muraca, *Tutela della concorrenza e sostenibilità ambientale: un dialogo difficile ma necessario*, in Riv. della regolazione dei mercati, fasc. 1/2021; A. Pezzoli, *Come era verde il mio cartello*, in Analisi giuridica dell'economia, 1/2022, pag. 319 e ss.

18 Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. A Competition Policy fit for new challenges. Com/2021/713 Final.

19 Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni una strategia "dal produttore al consumatore" com (2020) 381 final).



sostenibile il settore dei trasporti che è centrale per l'economia e la vita dei cittadini ma che è anche responsabile dell'emissione di ingenti quantitativi di gas ad effetto serra²⁰.

Di particolare rilievo appare ancora la disciplina²¹ elaborata in materia di comunicazioni non finanziarie delle grandi imprese che è volta a responsabilizzare questi importanti protagonisti del mercato al rispetto dell'ambiente e agli obiettivi della decarbonizzazione e che, secondo autorevole dottrina commercialistica²² contribuisce a sostenere l'idea che l'impresa sia disciplinata come una funzione privatistica svolta nell'interesse generale, e cioè l'idea che l'attività di impresa non sia tanto l'espressione di un diritto di libertà (la libertà economica), ma di un potere discrezionale - quello dell'imprenditore - esercitabile nei limiti e secondo le finalità stabilite dall'ordinamento giuridico e con possibilità, quindi, di essere soggetta a subire un controllo *ab externo* ad opera del giudice.

Con il regolamento c.d. tassonomia²³, l'Unione ha inteso istituire un quadro normativo certo su che cosa debba intendersi per «investimento ecosostenibile», onde promuovere il coinvolgimento del capitale privato nel finanziamento degli obiettivi della sostenibilità²⁴.

Solo gli investimenti in aziende che svolgono attività definibili ecocompatibili alla luce dei criteri stabiliti dal regolamento potranno fregiarsi del titolo di «investimento ecosostenibile» e in tal modo potranno essere pubblicizzati dalle società che vorranno raccogliere finanziamenti presso il pubblico. Il regolamento fissa i criteri di vaglio tecnico che consentono di determinare a quali condizioni si possa stabilire che un'attività economica contribuisce in modo sostanziale alla mitigazione dei cambiamenti climatici o all'adattamento ai cambiamenti climatici e se non arreca un danno significativo a nessun altro obiettivo ambientale. All'art. 17 del richiamato regolamento si afferma il significativo principio di "non recare danno significativo all'ambiente" o, nell'acronimo inglese di solito utilizzato, DNSH. La disposizione prevede che al fine di qualificare un'attività o un investimento come ecosostenibile si deve, almeno e sempre, accertare che gli stessi non rechino danno significativo agli obiettivi ambientali. Secondo la disposizione, l'attività economica non deve recare un danno significativo alla mitigazione dei cambiamenti climatici; all'adattamento ai cambiamenti climatici; all'uso

20 Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al consiglio, al comitato economico e sociale europeo e al comitato delle regioni. Strategia per una mobilità sostenibile e intelligente: mettere i trasporti europei sulla buona strada per il futuro com (2020) 789 final.

21 Corporate Sustainability Reporting Standard Directive, la Direttiva (UE) 2022/2464.

22 M. LIBERTINI, *Sulla nozione di libertà economica*, in *Moneta e Credito*, 2019, vol. 72 n.288, pagg. 311 e ss.; IDEM, *Gestione "sostenibile" delle imprese e limiti alla discrezionalità imprenditoriale*, in *Contratto e impresa*, 1/2023, p.55 e ss.

23 Regolamento (UE) 2020/852 del Parlamento europeo e del Consiglio del 18 giugno 2020 relativo all'istituzione di un quadro che favorisce gli investimenti sostenibili e recante modifica del Regolamento (UE) 2019/2088 e il Regolamento delegato (UE) 2021/2139 della Commissione del 4 giugno 2021 che integra il regolamento (UE) 2020/852 del Parlamento europeo e del Consiglio.

24 B. BERTARINI, *Il finanziamento pubblico e privato dell'european green deal: la tassonomia delle attività economicamente ecosostenibili e la proposta di regolamento europeo sugli european green bonds*, in *Rivista giur. AmbienteDiritto.it*, fasc. n.1 del 2022.



sostenibile e alla protezione delle acque e delle risorse marine; all'economia circolare; alla prevenzione e alla riduzione dell'inquinamento; alla protezione e al ripristino della biodiversità. Il rispetto di questo principio è imposto ormai per l'accesso a tutti i fondi europei. Chiunque voglia giovare di sussidi finanziari alimentati dal bilancio dell'Unione deve dimostrare che nello svolgimento dell'attività finanziata non si rechi danno all'ambiente e ciò richiede di dare conto del fatto che l'attività economica svolta non pregiudichi gli obiettivi sopra ricordati. Questa specifica disciplina è stata intesa da alcuni²⁵ come un momento di emersione del c.d. principio giuridico di non regressione²⁶ in base al quale sarebbe vietato, non solo ai legislatori nazionali, ma anche alle pubbliche amministrazioni e alla stessa giurisprudenza, di diminuire, espressamente o implicitamente, direttamente o in maniera indiretta, la soglia giuridica di protezione dei sistemi ecologici già garantita e consolidatasi nel tempo in un determinato ordinamento giuridico. Il principio DNSH costituirebbe una manifestazione del principio di non regressione, in quanto impedisce il finanziamento pubblico di azione nuove, pubbliche o private, che possano condurre ad un deterioramento della qualità dello stato ambientale raggiunto.

Infine, deve essere ricordato uno strumento innovativo di sostegno finanziario pubblico delle economie dei Paesi membri condizionato alla realizzazione degli obiettivi del GDE: il *Next Generation EU*²⁷. È il programma di aiuto economico agli Stati membri varato dall'Unione europea all'esito della grave crisi economica causata dal Covid-19. Esso si basa sulla contrazione di prestiti sul mercato dei capitali, al fine di reperire risorse finanziarie ad opera della Commissione per conto dell'UE. I proventi di tale piano sono destinati in parte a prestiti agli Stati membri a tassi agevolati e in parte a sovvenzioni a fondo perduto. Le risorse raccolte mediante il programma *Next generation EU* sono destinate alla realizzazione di progetti afferenti a una serie di piani nazionali predisposti dagli Stati membri. Tra i piani finanziati dal *Next generation EU* si annoverano per l'Italia: il Dispositivo per la ripresa e la resilienza PNRR²⁸, il programma *REACT-EU*, il programma Orizzonte Europa, il programma *InvestEU*, il programma Sviluppo rurale, il Fondo per una transizione giusta ed il programma RescEU. Il Dispositivo per la ripresa e la resilienza o PNRR costituisce di gran lunga il programma di spesa pubblica più importante mai varato dall'Unione europea a favore dell'Italia e, nei contenuti, è orientato a sostenere molte delle riforme previste dal GDE al punto che più del 37% delle risorse disponibili sono destinate alla transizione ecologica e in ogni caso il 100% dei finanziamenti da esso previsti, come avvertito, deve riguardare iniziative rispettose del

25 Così F. DE LEONARDIS, *Lo Stato ecologico*, cit., pagg. 257 e ss.

26 M. MONTEDURO, *Le decisioni amministrative nell'era della recessione ecologica*, in *Rivista AIC*, n. 1/2018, pp. 37-44; una recente rassegna ricostruttiva è in S. CANDELA, *Il principio di non regressione ambientale all'interno dell'ordinamento giuridico italiano: indici di emersione e prime iniziative di riconoscimento* in *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, anno 2021 / numero 2, pagg. 30 e ss.

27 Consiglio europeo, 17 ed il 21 luglio 2020 (EUCO 10/20. CO EUR 8. CONCL 4).

28 M. CLARICH, *Il Pnrr tra diritto europeo e nazionale un tentativo di inquadramento giuridico*, in *ASTRID Rassegna*, 2021, pagg. 1-15.



principio del “DNSH”. Come si dirà, tuttavia, nonostante la rilevante dimensione di questo programma, esso non pare sufficiente a sostenere l’intero processo di trasformazione prefigurato dalle regolazioni e dai programmi del GDE.

Alla luce di questa sintetica descrizione di alcune emblematiche regolazioni adottate nell’ambito del GDE è possibile svolgere alcune considerazioni sugli effetti di sistema delle stesse.

Le normative richiamate definiscono obiettivi vincolanti per gli Stati e per le imprese, misurabili e perciò controllabili; fissano divieti assistiti da controlli e sanzioni; istituiscono meccanismi di incentivazione e disincentivazione delle diverse attività economiche; prevedono l’adozione di piani pubblici vincolanti, elaborati dagli Stati stessi, volti a conformare le dinamiche di mercato. In definitiva, attraverso l’insieme di questi strumenti, i poteri pubblici europei hanno definito, in accordo con i poteri pubblici nazionali, gli obiettivi ultimi e generali dell’azione collettiva ovvero degli Stati, delle imprese e dei cittadini. Questi obiettivi delineano una riforma radicale dei sistemi di produzione, di consumo e, più in generale, di vita che vuole instaurare un ordine diverso da quello che si è realizzato lasciando operare spontaneamente le logiche del mercato, in nome dell’esigenza ritenuta superiore di proteggere l’ambiente, di limitare lo sfruttamento delle risorse naturali e di contrastare il cambiamento climatico.

Dal complesso di queste disposizioni deriva, inoltre, il superamento del principio della neutralità tecnologica. L’ordinamento europeo, infatti, ritiene di contrastare le tecnologie che emettono carbonio e che si basano su fonti fossili e l’uso di queste è progressivamente limitato e non può comunque mai essere finanziato con risorse europee. Tali discipline hanno poi un ulteriore e rilevante effetto di sistema. Esse, infatti, tracciano una netta separazione nell’ambito delle attività economiche lecite: da un lato, quelle che perseguono gli obiettivi ambientali e rispettano il principio “DNSH”, che sono considerate dall’ordinamento europeo particolarmente meritevoli e, quindi, favorite e anche sussidiate e, dall’altro, le altre attività che non sono conformi a questo quadro normativo, che pur rimanendo lecite, appaiono in realtà meramente tollerate, e possono essere destinatarie di misure di limitazione e di disincentivazione.

3. Le conseguenze del GDE sull’equilibrio tra poteri pubblici e mercati: il tramonto della primazia del mercato come istituzione funzionale a proteggere l’autonomia dei privati.

Le discipline pubbliche sopra sinteticamente illustrate, pur essendo state adottate in attuazione di singole disposizioni dei Trattati istitutivi, per il loro effetto combinato, a nostro parere, hanno determinato una modifica sostanziale dell’equilibrio tra poteri pubblici e autonomie private che era alla base del processo di integrazione europeo e che è tutt’ora cristallizzato nelle vigenti disposizioni dei Trattati. Il ruolo assegnato ai poteri pubblici, europei e nazionali, dalle discipline attuative del GDE, per dimensione e qualità, supera di gran lunga quello definito in origine che li vedeva confinati nella ristretta funzione di meri



garanti dell'ordine oggettivo del mercato regolato. Con questa espressione, alla luce degli insegnamenti di autorevole dottrina²⁹, si intende un ordine garantito dal diritto e che, nel modello storicamente determinato dell'ordinamento delle Comunità europee prima e dell'Unione europea poi, è stato caratterizzato da una definizione netta dei diversi ambiti di azione dei poteri pubblici e delle autonomie private. Il mercato concorrenziale regolato, secondo i Trattati, nella classica prospettiva ordo-liberale³⁰, è stato per più di cinquant'anni considerato l'istituzione cui spettava la definizione della tipologia e della quantità dei beni e dei servizi, anche pubblici, da produrre, delle tecnologie da sviluppare e, in ultima analisi, del modello di società da realizzare. Le regole del mercato hanno costituito, per oltre mezzo secolo, il fondamento identificativo dell'ordinamento europeo e grazie alla loro applicazione e promozione ad opera delle Istituzioni europee hanno sospinto il processo di integrazione.

Si tratta, in particolare, delle regole che garantiscono le libertà fondamentali dei cittadini e delle imprese (libertà di circolazione dei lavoratori, libertà di prestazione dei servizi e di stabilimento, libertà di circolazione dei capitali), che ne definiscono gli ambiti di autonomia nei confronti degli stessi poteri pubblici statuali e che costituiscono le precondizioni dell'economia di mercato; le disposizioni sulla concorrenza (il divieto di intese e di abuso di posizione dominante) che, vietando quei comportamenti che restringono le dinamiche concorrenziali e trasformano l'esercizio della libertà economica in abusivo di potere di mercato, pongono i limiti generali all'attività delle imprese sul mercato; e, infine, le regole volte a limitare l'azione sul mercato degli stessi pubblici poteri quando con aiuti o mediante la concessione di privilegi alterino *ab externo* l'operare della concorrenza. Nei Trattati queste regole non sono solo sancite, ma è istituito per esse un sistema di garanzia concreta basato, come noto, sul modello c.d. di *public enforcement* svolto dalla Commissione europea in veste di amministrazione e da peculiari istituzioni amministrative nazionali. Questo specifico ordine giuridico riposa sul presupposto che lo sviluppo collettivo debba in ultima analisi essere affidato al libero gioco della concorrenza tra imprese e non ai pubblici poteri. Le politiche di liberalizzazione dei mercati e il rinnovato vigore nell'applicazione delle regole *antitrust* avviati dalle Istituzioni europee negli anni Novanta del XX secolo e proseguiti successivamente sino all'ultima decade hanno attuato coerentemente questa peculiare distinzione di ruoli tra autorità pubbliche e mercato³¹. Il ruolo dei poteri pubblici è risultato confinato alla competenza di mantenere le pre-condizioni di corretto funzionamento dei mercati; l'intervento sul mercato dei pubblici poteri era ammesso solo per risolvere quei puntuali fallimenti del mercato che fossero stati individuati, attraverso rigorose analisi economiche, senza dover eccedere mai quella finalità³². Le regole sopra richiamate che presiedevano al corretto funzionamento dei

29 Il riferimento è alle pagine insuperate di N. IRTI, *Introduzione a Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1999 e idem *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 2002.

30 W. ROPKE, *La crisi sociale del nostro tempo*, Roma, 1946; D.J. GERBER, *Constitutionalizing the Economy: German Neo-liberalism, Competition Law and the "New" Europe*, in *Am. Jour. Comp. Law*, 1994, pag.25 e ss;

31 M. D'ALBERTI, *Pubblici poteri, mercati e globalizzazione*, Bologna, 2008.

32 Cfr. A. LALLI, *Disciplina della concorrenza e diritto amministrativo*, Napoli, 2008, pagg. 306 e ss.



mercati concorrenziali apparivano politicamente neutrali e, come tali, reclamavano un'attuazione che comportava valutazioni meramente tecniche e mai discrezionali: di qui l'erompere della autorità amministrative indipendenti³³ come espressione e simbolo istituzionale di questo peculiare equilibrio di fondo³⁴. Questa opzione politica, tradotta nelle norme fondamentali dei Trattati europei, si basava sull'assunto che il decisore centralizzato - e cioè il decisore pubblico - non avesse a disposizione tutte le informazioni necessarie³⁵ per realizzare un'efficiente organizzazione della produzione e degli scambi e che perciò il meccanismo del mercato regolato concorrenziale, presidiato dai peculiari controlli pubblici, pure istituiti nei Trattati stessi, appariva dotato di una maggiore razionalità intrinseca. Il sistema di mercato, infatti, si muove sulla base della pluralità innumerevole delle scelte di produzione delle imprese e di acquisto dei consumatori; tali scelte sono ritenute espressione di razionalità economica degli stessi autori in merito alla gestione dei propri interessi; il coordinamento di queste scelte, che esprimono interessi contrapposti, si realizza a livello decentrato, tramite l'efficacia segnaletica e disciplinatrice del sistema dei prezzi. In tal modo, il sistema di mercato concorrenziale è idoneo a realizzare spontaneamente, dal basso e a livello decentrato, la composizione pacifica e razionale dei conflitti tra le imprese e tra esse e i consumatori e, per tale via, consegue a livello di sistema un'efficiente allocazione delle risorse che non potrebbe mai costituire l'esito dell'attività di un pianificatore centrale³⁶.

Oltre, e anzi prima dell'intervento pubblico, assumevano quindi un ruolo preminente le autonomie di imprese e cittadini. Il presidio giuridico-istituzionale garantito al mercato concorrenziale dall'applicazione delle regole richiamate si traduceva in un vigoroso presidio della libertà dei privati³⁷.

Testimonianza emblematica di questo equilibrio di fondo è stata anche l'evoluzione e, in fin dei conti, la fortuna che il principio di proporzionalità ha avuto nel diritto europeo³⁸. Esso è

33 Riprendendo il titolo del celebre libro di A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, 1997.

34 La letteratura in merito è vastissima. Ci si limita ad alcuni riferimenti significativi: S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996; S. NICCOLAI, *I poteri garanti della Costituzione e le autorità indipendenti*, Pisa, 1997; A. LA SPINA, G. MAJONE, *Lo stato regolatore*, Bologna, 2000; F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, 2000; G. TESAURO, M. D'ALBERTI (a cura di) *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2001; S. Cassese, *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, 2004; M. CLARICH, *Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005.

35 Secondo l'impostazione culturale risalente a F. VON HAYEK, (*September 1945*), *The Use of Knowledge in Society*, in *The American Economic Review*. 35 (4): 519-530 e *Idem, Law, Legislation and Liberty: A New Statement of the Liberal Principles of Justice and Political Economy*, 1986 Taylor & Francis Ltd, 2012.

36 Su questi aspetti si veda M. CLARICH, *Alle radici del paradigma regolatorio dei mercati*, *Rivista della Regolazione dei mercati* Fascicolo 2/2020, pag. 230 e ss.

37 Sul punto esemplarmente G. AMATO, *Antitrust and the bounds of power: the dilemma of the liberal democracy in the history of the market*, Oxford, 1997

38 A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998; D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità fra diritto nazionale e diritto europeo (e con uno sguardo anche al di là dei confini dell'Unione*



stato sempre più concepito come criterio di giustificazione e misura del potere pubblico nel momento in cui si ingerisce nell'autonomia dei privati, ciò anche quanto l'ingerenza è motivata dall'esigenza di protezione di importanti interessi sociali. Esso è stato elaborato dalle Istituzioni europee, in primo luogo dalla Corte di giustizia, proprio muovendo dalla ritenuta autonomia dei cittadini e imprese sul mercato considerata un valore da proteggere al fine ultimo di consentire la composizione spontanea - e perciò stesso razionale - delle diverse esigenze, nella convinzione che ciò potesse realizzare naturalmente il miglior benessere collettivo.

L'autonomia del mercato, come detto, ha significato l'autonomia dei privati dal potere pubblico; questa autonomia è stata protetta dall'ordinamento giuridico europeo in quanto considerata causa di efficienza e di benessere collettivo. Nel contesto del GDE, invece, il mercato regolato perde questo ruolo³⁹. Esso, infatti, non è più considerato un sistema dotato di razionalità intrinseca e foriero di benessere generale. Anzi, proprio per il fatto di essere stata l'istituzione sociale e giuridica motore del modello di sviluppo economico che ha prodotto l'inquinamento, lo sfruttamento indiscriminato delle risorse naturali e il cambiamento climatico diviene ora l'oggetto principale dell'azione di trasformazione radicale messa in moto dai pubblici poteri.

Negli ultimi anni, i pubblici poteri nell'Unione - e in tutti i Paesi membri - si stanno riappropriano di spazi che per più di trent'anni erano stati lasciati alle libere dinamiche del mercato. In modo evidente, per la prima volta dopo decenni, i pubblici poteri europei definiscono una fisionomia precisa del modello di società desiderato e coerentemente la realizzano, utilizzando tutti gli strumenti di intervento e di azione elaborati dalla fantasia giuridica e dalla storia del diritto amministrativo. Poiché è proprio il mercato che ha condotto agli esiti climatici catastrofici che si vogliono ora contrastare, esso è ora destinato ad essere relegato in una dimensione di mera strumentalità e residualità. Esso è sempre più subordinato agli obiettivi prevalenti della sostenibilità ambientale e potrà operare liberamente solo nei limiti ristretti in cui le conseguenze del suo funzionamento autonomo non ostacolano il conseguimento di quegli obiettivi. Si afferma un principio inverso a quello che si poteva dire vigente sino a ieri e che si trova accolto nella giurisprudenza della Corte di giustizia sull'art. 106 comma 2 del TFUE e della giurisprudenza nazionale adesiva⁴⁰: al carattere sussidiario e subordinato della regolazione pubblica rispetto al libero dispiegarsi delle forze del mercato, ancorché disciplinate dalle regole di concorrenza, si sostituisce il primato della scelta politica

Europea), in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2019/6, pp. 903-927; S. DE NITTO, *La proporzionalità nel diritto amministrativo*, Torino, 2023.

³⁹ Sul punto si veda A. MOLITERNI, *Transizione ecologica, ordine economico e sistema amministrativo*, in *Rivista di Diritti comparati*, n.2/2022 <https://www.diritticomparati.it/autore/alfredo-moliterni/>

⁴⁰ Su tali temi, si vedano più di recente E. BRUTI LIBERATI, *Servizi pubblici e servizi di interesse economico generale nella riflessione di Domenico Sorace*. *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1, 2020, pagg. 533-549; M. TRIMARCHI, *I servizi di interesse economico generale nel prisma della concorrenza*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1-2/2020, pagg. 53-96.



nella definizione degli obiettivi dell'azione economica, pubblica e privata, che si impongono all'agire di quelle forze.

Il mercato concorrenziale come struttura fondante l'ordine giuridico europeo cede il posto agli imperativi del GDE: ne consegue che le regole poste al suo presidio possono legittimamente subire deroghe ogni qualvolta gli obiettivi della sostenibilità, per come puntualmente definiti dalle diverse discipline sopra illustrate, rischiamo di essere messi in pericolo⁴¹. Se la strumentalità - e la necessità di applicazione uniforme - delle regole di concorrenza nel contesto dell'UE è sempre stata affermata in relazione agli obiettivi della prosperità economica e dell'integrazione, nondimeno, sino a ieri ne era riconosciuta anche l'indubbia primazia nell'ordine giuridico europeo. Si deve constatare che questa non c'è più: il mercato concorrenziale regolato non è più il principio che sorregge l'ordinamento dell'Unione europea. Secondo alcuni, questo mutamento consente di intravedere l'emergere addirittura di un nuovo modello di Stato: lo Stato ecologico⁴².

4. La subordinazione delle libertà degli individui all'esigenza di protezione dell'ecosistema: l'emersione del limite giuridico allo sviluppo.

A ciò va aggiunta un'ulteriore considerazione relativamente alle implicazioni che le normative adottate nell'ambito del GDE e in particolare quelle destinate precipuamente al contrasto del cambiamento climatico hanno determinato sulle ragioni che possono condurre i pubblici poteri a restringere i diritti delle persone.

L'imperativo della riduzione delle emissioni climalteranti, che è primario obiettivo da realizzare, avvia un peculiare rapporto di conflittualità tra il principio di libertà delle persone e la ritenuta necessità del mantenimento delle condizioni naturali necessarie alla vita.

Nella misura in cui una qualunque attività umana sia idonea a produrre gas climalteranti, tale attività si presenta come aggressiva e dannosa per l'ecosistema. Ciò, nel nuovo quadro giuridico che si va componendo consente ed anzi impone ai pubblici poteri di intervenire per bloccare o restringere tale attività.

In ultima analisi, se la libertà delle persone si esprime in comportamenti - non solo attività economiche in senso stretto, ma ogni attività materiale come il movimento, lo sport, l'arte ed altro - che emettono gas climalteranti, quelli devono essere limitati. Emerge con ciò un limite generale alle libertà che possono - ed anzi debbono - essere ridotte se dal loro esercizio derivano emissioni che hanno le conseguenze drammatiche più sopra ricordate. Questa prospettiva promuove e giustifica l'azione dei pubblici poteri in chiave restrittiva e quindi

41 A. MOLITERNI, *Antitrust e ambiente ai tempi del Green Deal. Il caso dei "sustainability agreements"*, in *Il Giornale di Diritto amministrativo*, 2021, pp. 354-364; M. BOLOGNESE, *L'asimmetria tra la riforma sul patto di stabilità e crescita e il quadro temporaneo degli aiuti di stato*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2023, agg. 826-830.

42 F. DE LEONARDIS, *Lo Stato ecologico*, cit., pagg. 245 e ss.



anche eventualmente repressiva dei comportamenti realizzati in violazione delle restrizioni per ciò imposte⁴³.

In altri termini, sta emergendo il principio giuridico secondo il quale, in ragione delle ricordate acquisizioni dell'IPCC, l'ulteriore produzione di CO₂ e di altri gas climalteranti è da ritenere giuridicamente dannosa; essa è, anzi, idonea a minare la vita sulla terra per come la conosciamo; da ciò deriva l'obbligo costituzionale dei pubblici poteri di attivarsi per limitare e reprimere queste attività, e solo per questa ragione. Quest'obbligo di azione dei pubblici poteri dà vita all'emergere di un correlativo limite generale all'attività umana giuridicamente rilevante. Nessuna attività umana può svolgersi senza tenere in considerazione i suoi impatti sull'ambiente; quando questi si dimostrano deleteri (per il sol fatto di emettere CO₂), l'attività deve essere arrestata.

Il concetto può essere chiarito mutuando una nota affermazione di Pasolini. Egli distingueva tra sviluppo e progresso⁴⁴ e considerava il primo espressione di un modello di azione collettiva imposto da una minoranza detentrica del potere economico a scapito di una maggioranza asservita alla prima, volto alla crescita economica e orientato solo alla accrescimento materiale, ma indifferente all'equità distributiva e alla giustizia, mentre la seconda espressione indicava un modello azione democratica attenta alle condizioni materiali e spirituali delle persone, all'equità distributiva e alla giustizia. Riprendendo quelle espressioni, si può affermare che sta emergendo un principio giuridico in base al quale i pubblici poteri debbono attivarsi per promuovere il progresso. Questo deve essere inteso come azione sociale volta a promuovere un nuovo equilibrio tra esseri umani e ambiente, nel quale la crescita economica è subordinata al rispetto rigoroso del generale limite allo sfruttamento delle risorse naturali e all'immissione di CO₂ nell'atmosfera.

Una chiara affermazione dell'obbligo giuridico dei pubblici poteri di preservare le condizioni della vita, attraverso l'imposizione di limiti importanti alle libertà dei privati, si trova nella elaborazione, invero suggestiva, che si legge nella pronuncia del marzo del 2021 del Tribunale federale tedesco⁴⁵ che ha dichiarato incostituzionale la legge tedesca sul clima, in quanto priva di disposizioni che indicassero, sin da subito, gli obiettivi di riduzione delle emissioni dannose da conseguire a partire dal 2031 e fino al raggiungimento della neutralità climatica. Il Tribunale federale ha ritenuto non accettabile, perché troppo rischioso, il non definire già da subito i percorsi della riduzione. A causa di ciò le libertà fondamentali dei ricorrenti si trovavano esposte a violazioni che si sarebbero necessariamente verificate - vista

43 M. CARDUCCI, *Natura, cambiamento climatico, democrazia locale*, in *Diritto costituzionale* 3/2020, pag. 70 e ss.

44 P. P. PASOLINI, *Sviluppo e progresso*, in *Scritti corsari*, Milan, 1976.

45 Ordinanza del 24 marzo 2021 (1 BvR 2656/18, 1 BvR 96/20, 1 BvR 78/20, 1 BvR 288/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 78/20, p. 37 su cui si v. L. VIOLINI, *Doveri intergenerazionali e tutela dell'ambiente: riforme costituzionali e interventi della giurisprudenza*, «Il diritto dell'economia», Atti di convegno, Università degli studi di Milano, 2021, pagg. 32-54; P. LOMBARDI, *Ambiente e generazioni future: la dimensione temporale della solidarietà*, in *Federalismi*, 2023.



la diretta correlazione tra emissione di CO₂ e temperatura - nel periodo successivo al 2030. Osserva il Tribunale che, considerato il ridotto ammontare del budget di CO₂ che ancora potrà essere emesso dalla Germania senza che si alteri la temperatura oltre il limite soglia, sarebbe necessario dal 2030 in poi imporre ben più drastici oneri di riduzione aggiuntiva dei gas serra e con brevissimo preavviso per i destinatari delle misure limitative. Alla luce di questa conseguenza inevitabile, è apparsa apprezzabile sin da ora la restrizione dei diritti dei ricorrenti come violazione intollerabile della Costituzione.

Il ragionamento si basa sull'assunto, tratto dalle analisi scientifiche prese in considerazione nella sentenza, secondo il quale tutti gli aspetti della vita umana comportano l'emissione di gas a effetto serra e, quindi, tutte le libertà si trovavano potenzialmente minacciate dalle drastiche restrizioni che sarà necessario imporre dopo il 2030 per evitare l'innalzamento della temperatura oltre la soglia di accettabilità. Osserva in particolare il Tribunale: *"Freedom might be jeopardised in an unconstitutional manner by § 3(1) second sentence and § 4(1) third sentence KSG in conjunction with Annex 2 if these provisions were to allow overly generous amounts of CO₂ to be emitted in the near term, thereby offloading the necessary reduction burdens onto the future at the expense of future freedom. It is true that no reduction burdens deemed constitutionally unreasonable may be imposed on the complainants even in the future; their fundamental rights will continue to protect them against unreasonable impairments of freedom. However, the definition of reasonable (zumutbar) will to some extent be determined in light of the constitutional obligation to take climate action (Art. 20a GG). This, reinforced by similar protection obligations arising from fundamental rights, will demand greater reductions in greenhouse gas emissions than is presently the case and will therefore justify more severe restrictions on freedom if the risk posed by climate change does indeed increase"* (paragrafo 117 della sentenza).

In sintesi, l'esercizio delle varie libertà costituzionali, per come si sono venute a manifestare sino ad oggi, appare naturalmente idoneo a produrre CO₂ e altri gas climalteranti e, quindi, per tale ragione, deve essere limitato in ottemperanza al dovere superiore che incombe sui pubblici poteri di proteggere la vita umana e naturale. È per tale ragione che occorre sin da ora quantificare e stabilire un percorso di riduzione delle emissioni dannose in modo tale da ripartire i sacrifici alle libertà in modo più proporzionato nel tempo.

In disparte le specificità dell'ordinamento tedesco e delle diverse modalità di accesso al giudizio di costituzionalità, il conflitto tra libertà di emettere CO₂ - che è il tipico modo attraverso il quale oggi si esercitano le libertà costituzionali e, principalmente, quelle economiche - e i doveri di protezione del clima può riproporsi anche nel contesto italiano. Ed anche nel nostro contesto si potrebbe giungere ad affermare un obbligo costituzionale dei pubblici poteri di limitare le attività climalteranti al fine di contenere l'innalzamento della temperatura, valorizzando il fondamento scientifico di un simile obbligo. La connessione dimostrata tra attività antropiche che emettono gas climalteranti e pregiudizi essenziali al clima costituisce una giustificazione forte per l'imposizione *ex lege*, anche nel nostro ordinamento, sia di limiti, sia anche di fini positivi alle attività economiche allo scopo di proteggere l'ambiente e di contrastare il cambiamento climatico. Un' incisiva azione dei pubblici poteri a



protezione del clima, volta a far rispettare il limite generale delle libertà quando il loro esercizio mette a rischio le condizioni di vita sulla terra, potrebbe giovare nel nostro ordinamento delle norme introdotte con la revisione costituzionale del 2022. Pur essendo la tutela dell'ambiente riconosciuta come valore costituzionale⁴⁶ oggetto di cura doverosa dei pubblici poteri, sin dagli anni Ottanta del XX secolo⁴⁷, nondimeno si concorda con chi ritiene⁴⁸ che la riforma abbia introdotto alcune novità che possono contribuire, da un lato, a fondare un più puntuale obbligo dei pubblici poteri di agire. Si pensi in particolare al nuovo comma 3 dell'articolo 9, nel quale si è attribuito alla Repubblica l'esplicito dovere di tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi che assumono un rilievo autonomo rispetto al paesaggio e si è posta un'espressa esigenza di tutela intergenerazionale. Dall'altro, le interpolazioni al comma 3 dell'art. 41 della Costituzione definiscono un potere di conformazione delle attività economiche, pubbliche e private, a fini più specificamente ambientali. Inoltre, essendo il legislatore della revisione costituzionale intervenuto su quella disposizione, che era considerata un retaggio del passato e mai pienamente attuata, potrebbe ragionevolmente richiamare l'attenzione di Parlamento e Governo sulla legittimità di esercitare una funzione pubblica di programmazione e controllo delle attività economiche, pubbliche e private, a fini ambientali e non solo sociali.

L'emersione del drammatico conflitto tra diversi valori costituzionali - le libertà dei privati, non solo quelle di natura economica, e la doverosa protezione dell'ecosistema - appare la cifra distintiva dei contesti industrializzati in generale. Nel nostro ordinamento, si profila un ulteriore e specifico conflitto tra tutela dell'ambiente e la tutela del paesaggio. Secondo alcuni interpreti⁴⁹, infatti, l'autonomizzazione della tutela dell'ambiente potrebbe condurre, in alcuni casi, a subordinare le parimenti primarie esigenze di tutela del paesaggio.

46 Sottolinea la maggior correttezza della qualificazione dell'ambiente come valore oggettivo che i pubblici poteri devono proteggere, piuttosto che come diritto soggettivo esigibile dagli individui M. CECCHETTI, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtù (anche) innovativa e molte lacune*, in *Forum di Quaderni Costituzionali* | 3, 2021, in particolare pagg. 305 e ss.

47 Per alcune ricostruzioni del tema si vedano: G. ROSSI, *L'evoluzione del diritto dell'ambiente*, in *Riv. quadrimestrale dell'ambiente*, 2015, pagg. 2 e ss.; S. GRASSI *Ambiente e Costituzione*, in *Riv. quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, n.3/2017, pagg. 4 e ss.

48 In questo senso si vedano: G. AMENDOLA, *L'inserimento dell'ambiente in Costituzione non è né inutile né pericoloso*, in *Giustizia insieme*, 25 febbraio 2022; F. DE LEONARDIS, *La riforma bilancio dell'art.9 Cost. e la riforma programma dell'art.41 Cost. nella legge costituzionale n.1/2022: suggestioni a prima lettura*, in *Aperta contrada*, 28 febbraio 2022; F. FRACCHIA, *L'ambiente nell'art. 9 della Costituzione: un approccio in "negativo"*, in *Il diritto dell'economia*, anno 68, n. 107, 1/2022, pagg. 15-30, reperibile su <https://www.ildirittodelleconomia.it/2022/03/31/fabrizio-fracchia-lambiente-nellart-9-della-costituzione-un-approccio-in-negativo/>; M. CECCHETTI, *Virtù e limiti della modifica degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *Corti supreme e salute*, 1/2022; D. AMIRANTE, *Costituzionalismo ambientale. Atlante giuridico per l'antropocene*, Bologna 2022.

49 In questo senso è P. CARPENTIERI, *Relazioni e conflitti tra ambiente e paesaggio*, in *federalismi.it*, 2023, pagg. 109 e ss.



Si impone una riflessione sulle modalità concrete di composizione di questo conflitto e sui principi che devono governare l'azione dei poteri pubblici in materia. La tematica del contrasto tra valori diversi ed egualmente garantiti nella Costituzione è affrontata e risolta nel nostro ordinamento secondo la collaudata tecnica del bilanciamento, che presuppone una parità assiologica tra i valori in gioco⁵⁰, tuttavia, l'urgenza e la drammaticità della situazione ambientale lasciano intravedere la configurabilità di un bilanciamento tra valori non del tutto equipollenti: innanzi alla catastrofe climatica, le libertà sembrano recedere e sembrano porsi in termini di mera strumentalità, in quanto subordinate all'imperativo del contrasto al cambiamento climatico. Riecheggia l'idea di "*bilanciamento ineguale*"⁵¹ avanzata in passato riguardo al rapporto tra interessi economico-finanziari e interessi sociali. Questo esito non pare a chi scrive condivisibile. Sembra, invece, da mantenere ferma la tecnica del bilanciamento eguale⁵² come espressione di un ordinamento pluralistico e liberale nel quale non si danno assoluti, neanche quando si pretende di fondarli su analisi scientifiche⁵³.

5. Il fondamento scientifico delle politiche del GDE.

Siamo con ciò giunti a discutere il fondamento dichiarato delle politiche del GDE che appunto viene rintracciato in assunti scientificamente fondati.

La priorità della lotta al cambiamento climatico, posto al vertice dell'azione pubblica, e le conseguenti politiche di riduzione delle emissioni di gas climalteranti sono presentati negli atti normativi dell'Unione non tanto come il frutto di una decisione politica, ma come una sorta di necessità imposta dallo stato delle cose riconosciuto scientificamente. Del resto ciò è coerente con la stessa disciplina dei Trattati che all'art.191, §2 TFUE prevede che nel predisporre la sua politica in materia ambientale, l'Unione tiene conto, tra l'altro, dei dati scientifici e tecnici disponibili⁵⁴.

50 In questo senso è l'orientamento attuale della Corte costituzionale italiana di cui si ricordano in particolare le sentenze n. 85 del 2013 e 58 del 2018. Su cui si v. R. BIN, *Giurisdizione o amministrazione, chi deve prevenire i reati ambientali?* Nota alla sentenza "Ilva", in *Giur. cost.*, 2013, pagg. 1510 ss.; V. I. GIGANTE, in *I principi «costituzionalmente» tutelati e la loro contrapposizione*, in *Rivista Giuridica AmbienteDiritto.it*, fasc. 4/2019 e L. BUTTI, "*Ambiente come diritto Fondamentale*" e "*non esistono diritti tiranni*": come la Corte costituzionale concilia questi due principi, in *Rivista giuridica dell'ambiente on line*, numero 45 - settembre 2023.

51 M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in *Democrazia e diritto*, 1995, pp. 560 ss.

52 Se ne veda una rassegna in M. DI FRANCESCO TORREGROSSA, *Il valore ambientale nel bilanciamento costituzionale e gli interessi sensibili nella nuova conferenza di servizi*, in *Nomos* 3-2016, pagg. 2 e ss.

53 A conclusioni non dissimili ci pare pervenga F. DE LEONARDIS, in *Lo Stato ecologico cit.*, pag. 51 ove afferma: "...occorre rigettare gli approcci estremi di chi vuole la decrescita totale immediata fermando la produzione o di chi, al contrario, criticando quelle che vengono definite come le moderne *Cassandre*, vuole mantenere immutato il sistema produttivo affidandosi al potere taumaturgico della tecnologia".

54 Sull'importanza di tali riferimenti si v. M. CECCHETTI, *Diritto ambientale e conoscenze scientifiche tra valutazione del rischio e principio di precauzione*, in *Federalismi*, 21 settembre 2022, <https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?artid=47751>



Risulta essenziale il riferimento che si legge nei considerando dei numerosi atti normativi che realizzano il GDE alle acquisizioni scientifiche raccolte dall'IPCC: *The Intergovernmental Panel on Climate Change* (IPCC). Come notato, i Report dell'IPCC affermano l'urgenza di ridurre le emissioni nocive come via, al momento più efficace, per evitare l'ulteriore innalzamento della temperatura e, quindi, l'incremento delle segnalate conseguenze pregiudizievoli. È questo presupposto che impone la revisione integrale dei modelli di produzione e consumo. Il GDE poggia su questo sostrato scientifico e traduce in politiche coerenti le indicazioni contenute nei Report dell'IPCC. Nei plessi regolatori adottati nel contesto del GDE, si realizzano molte delle proposte di azione suggerite nei Report dell'IPCC che trovano, in tal modo, una concreta attuazione, conseguita anche per il tramite di strumenti giuridici vincolanti. Le acquisizioni scientifiche ufficializzate nei Reports dell'IPCC non sono quindi soltanto tenute in considerazione, esse sono recepite dalle norme e con ciò assumono un inedito valore prescrittivo sulle azioni pubbliche da realizzare, sulle tecnologie da sviluppare e sulle attività da limitare.

Il fondamento scientifico del GDE costituisce un titolo di legittimazione forte delle politiche inscritte nel GDE: esse appaiono come legittime in primo luogo perché attuano misure che, sulla base della conoscenza scientifica condivisa a livello internazionale, si presentano, allo stato, come necessarie per proteggere l'ecosistema e la vita dell'uomo in esso.

Una simile fonte di legittimazione non dovrebbe tuttavia essere interpretata come idonea a imporre agli organi titolari dell'indirizzo politico rigidi vincoli di azione e a privarli di ogni possibilità di valutazione degli impatti sulle persone e sulle imprese. Il dato scientifico, anche quando si manifesta in indirizzi prescrittivi specifici, come in questo caso, non elimina la necessità di apprezzamento da parte delle competenti istanze politiche della accettabilità sociale delle misure da decidere. Ormai da tempo, del resto, le stesse scienze c.d. esatte hanno perso l'ambizione di poter conseguire un sapere incontrovertibile e assoluto⁵⁵.

L'abbandono del determinismo e la scoperta del carattere statistico-probabilistico del metodo scientifico attuale sostanziano l'idea che la realtà stessa sia essenzialmente indeterminata e che quindi il futuro non sia incontrovertibilmente prevedibile. Al rigido meccanicismo positivista, si sostituisce un sapere che esprime un sofisticato sistema di relazioni e connessioni la cui validità è circoscritta nello spazio e nel tempo. Da tali considerazioni deriva un'indicazione di prudenza nel momento in cui si tratta di tradurre le acquisizioni scientifiche in decisioni pubbliche con rilevanti effetti sulle persone e sui loro destini. Con ciò non si vuole certamente revocare in dubbio la razionalità della scelta di fondare un'azione collettiva sulle acquisizioni storicamente condivise dell'analisi scientifica; ma si vuole sottolineare l'esigenza di non assolutizzare quei fondamenti e quelle conclusioni che possono essere superati da nuove e diverse acquisizioni.

Ne deriva che residua in capo ai titolari dell'indirizzo politico un fisiologico margine di valutazione e di decisione in merito alle soluzioni concrete da adottare. Anzi, proprio per

55 E. SEVERINO, *La filosofia futura*, RCS Rizzoli, Milano, 1989.



aderire al metodo scientifico attuale, appare necessario che le regolazioni definite e le azioni collettive avviate alla luce di quelle acquisizioni siano realizzate sorvegliando continuamente le evoluzioni della realtà, controllando gli impatti che quelle azioni causano e verificando costantemente la stessa evoluzione della scienza che, in qualsiasi momento, potrebbe aprire vie nuove, prima non considerate, dalle quali potrebbero derivare diverse concrete indicazioni di policy. In questo senso, il rapporto tra le acquisizioni scientifiche e le scelte pubbliche in genere dovrebbe seguire gli indirizzi metodologici proposti dalla Commissione europea nella comunicazione sul principio di precauzione⁵⁶. Questa comunicazione, dedicata a delineare il modello di azione dei pubblici poteri basato sul principio di precauzione, invero pare offrire alcuni paradigmi di azione validi in generale ogni volta che le acquisizioni scientifiche siano determinati per la elaborazione delle politiche pubbliche e delle normative. In particolare, la Comunicazione appare rilevante laddove stabilisce che deve esserci una netta distinzione tra gli organi tecnici, cui spettano le valutazioni scientifiche, e quelli politici sui cui incombe la responsabilità di definire la soglia di protezione dell'ambiente da realizzare, in relazione alla accettabilità sociale degli oneri che l'azione protettiva comporta e dove, opportunamente, indica i principi cui deve attenersi una simile decisione pubblica in concreto: la proporzionalità, la non discriminazione, la coerenza, l'esame dei vantaggi e degli oneri derivanti dall'azione o dalla mancanza di azione, l'esame dell'evoluzione scientifica. In estrema sintesi, poiché le acquisizioni scientifiche in materia di rischi climatici (sia per gli aspetti descrittivi, sia per gli indirizzi prescrittivi che ne derivano) sono soggette a fisiologica e rapida evoluzione, il decisore politico dovrà costantemente valutare la perdurante idoneità delle misure stabilite allo scopo; il loro impatto sociale ed economico e la loro accettabilità sociale.

6. Il significato costituzionale del GDE e la questione delle finanze pubbliche per la realizzazione del GDE.

La Commissione stessa è consapevole del fatto che le trasformazioni necessarie per realizzare le finalità ricordate appaiono radicali e comportano però anche conseguenze che nell'immediato si rivelano pregiudizievoli per intere filiere produttive. Il perseguimento dell'obiettivo prioritario di protezione dell'ecosistema e del conseguente mantenimento della possibilità della vita umana in esso, anche per le prossime generazioni, impongono, come si è detto, cambiamenti drastici dei processi produttivi, delle abitudini di consumo e di vita in generale. Tali cambiamenti non sono spontanei, né senza effetti collaterali, anche gravi. La comunicazione della Commissione del 2019 si preoccupa, infatti, di affermare che le politiche di trasformazione auspicate debbano essere assistite e accompagnate da una condizione essenziale. Così si esprime la Comunicazione: *"...Allo stesso tempo, tale transizione deve essere giusta e inclusiva. Deve mettere al primo posto le persone e tributare particolare attenzione alle regioni, alle industrie e ai lavoratori che dovranno affrontare i problemi maggiori. Poiché la transizione*

⁵⁶ Comunicazione della Commissione sul principio di precauzione, COM(2000) 1 final, del 2.2.2000



determinerà cambiamenti sostanziali, la partecipazione attiva dei cittadini e la fiducia nella transizione sono fondamentali affinché le politiche possano funzionare e siano accettate. È necessario un nuovo patto che riunisca i cittadini, con tutte le loro diversità, le autorità nazionali, regionali, locali, la società civile e l'industria, in stretta collaborazione con le istituzioni e gli organi consultivi dell'UE".

In questa dichiarazione si trova la consapevolezza dei pregiudizi che, almeno a breve termine, le politiche del GDE potranno causare a intere filiere produttive. C'è piena consapevolezza che il passaggio indotto dall'attuale sistema di produzione e di consumo a uno nuovo sostenibile ecologicamente - inedito nel corso della storia degli ultimi tre secoli - non sarà senza difficoltà per molte imprese e per molte persone. Una prima quantificazione di questi oneri si trova nel documento di analisi elaborato dalla Commissione europea su *Employment and Social Developments in Europe 2020*⁵⁷. Per tale ragioni le Istituzioni pubbliche, europee e statali, dovranno farsi carico delle ulteriori esigenze di protezione sociale che deriveranno dai processi di cambiamento che lo stesso GDE sta attivando.

Si conferma, per tali ragioni, la rinnovata centralità dei pubblici poteri chiamati a stimolare e anche a imporre i processi di trasformazione richiesti dal perseguimento del fine prioritario, ma anche responsabili di attuarli in modo equo: i pregiudizi economici causati dai processi di trasformazione innescati dal GDE devono essere collettivizzati perché la transizione deve essere giusta.

Ecco che del tutto opportunamente, la stessa Comunicazione del 2019 richiama a tal proposito l'esigenza di un nuovo patto tra cittadini, autorità e imprese. Emerge così in modo chiaro la dimensione sostanzialmente costituzionale del GDE. Il GDE promuove un insieme di politiche pubbliche di valore sostanzialmente costituzionale che poggia su acquisizioni scientifiche condivise ed esprime anche - e soprattutto - una scelta di alto e pieno valore politico e di tono costituzionale⁵⁸.

Come notato, i programmi e le normative nell'ambito del GDE sono azioni di positiva conformazione della realtà poste in essere dai poteri pubblici - europei e nazionali - che vogliono superare gli esiti del libero gioco dei mercati. Anzi, le politiche del GDE presuppongono implicitamente, ma incontestabilmente, che il mercato, per come esso ha sino ad ora operato, nell'Unione e al di fuori di essa, ha prodotto gravi danni alla natura e agli stessi esseri umani. Le politiche adottate in questo ambito, nel voler contrastare tali esiti, si sovrappongono drasticamente alla logica di fondo dell'economia di mercato che, come noto, esige, invece, che sia lasciato al mercato stesso stabilire, nel gioco tra le sue forze, disciplinato dalla concorrenza, quali beni produrre, come produrli e a che prezzo. Con il GDE i pubblici poteri - europei e nazionali - esprimono una volontà positiva di condizionamento delle stesse

57 Il documento si intitola *Leaving no one behind and striving for more: fairness and solidarity in the European social market economy*, è reperibile su <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=738&langId=en&pubId=8342&furtherPubs=yes> e chiaramente afferma la necessità di ingenti investimenti pubblici per sostenere le politiche dei GDE.

58 Così E. CHITI, *Oltre la disciplina dei mercati: la sostenibilità degli ecosistemi e la sua rilevanza nel Green Deal europeo*, in *Rivista della Regolazione dei mercati Fascicolo 2/2022*.

forze del mercato, in nome dell'affermazione di un modello di società diverso da quello risultante dall'operare autonomo di quelle forze, ancorché nel contesto di un sistema di concorrenza regolata nel senso visto⁵⁹.

Proprio perché il contenuto delle riforme prospettate si risolve spesso nella funzionalizzazione dell'economia alle esigenze ambientali, funzionalizzazione che, in questi termini, non si trova espressa nel testo dei Trattati e nell'originario assetto istituzionale, come si è cercato di chiarire sopra, stanno emergendo proposte di revisione dei medesimi volte a rendere i testi più coerenti con la costituzione materiale⁶⁰ che si trova oggi invertea nei programmi e nelle normative del GDE illustrate più sopra.

Come già segnalato, poi si pone il problema rilevante del sostegno finanziario delle nuove politiche.

La stessa Commissione avverte che il perseguimento degli obiettivi del GDE causerà problemi a regioni dell'Europa, a settori industriali e a categorie di lavoratori e sarà, pertanto, necessario accompagnare le trasformazioni pur auspiccate, da misure che ne garantiscano la tollerabilità sociale.

La rivoluzione proposta e avviata dal GDE, proprio perché chiede di riorganizzare radicalmente il sistema produttivo e di consumo secondo modalità tutt'affatto diverse da quelle che deriverebbero dall'operare libero del mercato, per essere realizzata abbisogna di ingenti risorse pubbliche che possano orientare, incentivandoli, i comportamenti delle imprese verso esiti di sostenibilità, che allo stato - si perdoni il gioco di parole - non appaiono economicamente sostenibili. Inoltre, come è stato rilevato, la transizione verso un sistema produttivo e di consumo sostenibile, causerà nell'immediato lo spiazzamento di intere filiere produttive ed esigerà la riconversione professionale di molti lavoratori onde evitarne la disoccupazione. Se le risorse per orientare le attività economiche verso esiti di sostenibilità ambientale possono essere tratte anche dal settore privato, come mostra il regolamento tassonomia sopra ricordato, quelle necessarie per rimediare alle conseguenze pregiudizievoli segnalate dovrebbero essere compensate e alleviate dalla collettività tutta. Infatti, se è certamente nell'interesse generale che sono state decise le politiche di sostenibilità del GDE, gli effetti collaterali negativi che tali politiche causano a carico di determinati settori della società dovrebbero essere leniti attingendo a risorse pubbliche e la transizione secondo le indicazioni dell'Unione europea deve essere giusta⁶¹.

59 Chiarisce la nozione di stato conformatore che deriva dalle normative attuative del GDE, D. BEVILACQUA, *Il Green New Deal*, Milano, 2024, in particolare, pagg. 299 e ss.

60 Così F. de Leonardis, *Lo Stato ecologico cit.*, pag. 126 e ss. il quale: "...Tutto ciò pare imporre, inevitabilmente, una vera e propria riscrittura dei trattati attualmente vigenti, sia del TUE che del TFUE, in cui, ad esempio, oggi manca ancora una norma come quella di cui all'art.41, comma 3 della nostra Costituzione in cui si stabilisce il (possibile) vincolo di conformazione dell'economia e della produzione alle finalità ambientali".

61 Sottolinea questo aspetto B. BOSCHETTI, *Eco-design giuridico (trasformativo) per la "net-zero age" e la sua economia*, in *Istituzioni del Federalismo*, 4/2022 pag. 850 e ss. che afferma significativamente: "Nel quadro del Green Deal europeo e del diritto delle transizioni, infatti, il primato ecologico non costituisce valore



Gli strumenti di sostegno specificamente istituiti sino ad oggi dall'Unione, come il Fondo per una transizione giusta e il Fondo sociale europeo, non paiono capienti abbastanza⁶².

Si apre qui il grande problema della capacità fiscale e della politica industriale dell'Unione europea, da un lato, e della situazione delle finanze pubbliche dei Paesi membri, dall'altro. A dispetto del gigantismo dell'Unione come ente regolatore, la stessa attualmente dispone di una capacità fiscale limitata. Basti pensare che la dimensione annuale del bilancio dell'Unione corrisponde, in valore assoluto, a circa un terzo del bilancio di un Paese come l'Italia. Con il Next generation UE, come detto, si è per la prima volta nella storia dell'UE, realizzato uno strumento di finanziamento delle politiche pubbliche, istituendo un sistema di debito condiviso per reperire risorse sui mercati internazionali dei capitali. Lo strumento è, tuttavia, eccezionale e temporaneo.

Per quanto concerne l'aspetto delle finanze pubbliche statali, si consideri che è probabile che a giugno 2024 sarà riattivato il patto di stabilità secondo le nuove regole che sono in corso di definizione. Come noto, tale strumento impone agli Stati con alto debito pubblico di abbassarlo progressivamente. Non vi è ancora un testo definito⁶³, tuttavia, a quanto risulta dalla documentazione disponibile, non pare che sia oggetto di adeguata considerazione la possibilità di consentire le spese per gli investimenti pubblici necessari a sostenere le politiche di decarbonizzazione e, in generale del GDE, oltre il limite dei parametri generali fissati al fine della riduzione del debito pubblico.

La situazione delle finanze pubbliche di molti Paesi membri, tra i quali l'Italia, soprattutto dopo la grave crisi economica causata dalla pandemia, appare critica. Il rapporto debito/PIL nel 2023 è superiore al 100% per Belgio, Francia, Portogallo, Spagna, Grecia; per l'Italia il rapporto è al 141%.

trascendentale, ma, vive nella dimensione trasformativa della transizione ecologica, con il suo imperativo d'azione giusta (nel fine e nel modo). Questa idea di giustizia richiede di prendere sul serio l'urgenza e la portata della transizione ecologica, non solo in termini di distribuzione equa e solidale¹⁰⁹ dei sacrifici che questa impone a cittadini, imprese, future generazioni, anche nelle diverse realtà statuali¹¹⁰, ma anche e soprattutto in termini di inclusione, ossia di abilitazione al futuro, e di sostenibilità, intesa quale forma di solidarietà olistica e inter-generazionale".

62 In questo senso si vedano: G. CAVALIERI, B. CELATI, S. FRANCA, M. GANDIGLIO, A. R. GERMANI, A. GIORGI, G. SCARANO, *Il «Fit for 55» unpacked: un'analisi multi-disciplinare degli strumenti e degli obiettivi delle proposte settoriali per la decarbonizzazione dell'economia europea*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, fasc 1/2022; F. COSTAMAGNA, *Contrasto al cambiamento climatico e giustizia sociale nell'ordinamento dell'Unione europea*, in *Osservatorio Costituzionale*, fasc. 6/2023, pagg. 22 e ss

63 Il processo di riforma è stato avviato con la Comunicazione sugli orientamenti per una riforma del quadro di *governance* economica dell'UE COM(2022) 583 final ed è stato sostanzialmente emendato dal Parlamento europeo nel dicembre 2023 si veda la Relazione sulla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo al coordinamento efficace delle politiche economiche e alla sorveglianza di bilancio multilaterale e che abroga il regolamento (CE) n. 1466/97 del Consiglio; sono attualmente in corso i negoziati inter-istituzionali per giungere all'approvazione definitiva.



In questo contesto, e viste le regole in via di definizione sul patto di stabilità, sarà difficile per questi Paesi reperire le risorse pubbliche necessarie ad abbattere il debito e, contestualmente, a sostenere le politiche del GDE⁶⁴. Il rischio che si profila concretamente è che lo squilibrio tra le economie dei Paesi membri si possa aggravare e che le politiche della transizione ecologica previste nel GDE risultino di fatto prive del necessario sostegno finanziario; senza un adeguato sostegno economico pubblico, quelle politiche comporteranno nell'immediato i problemi segnalati e daranno luogo a quelle ingiustizie che la stessa Comunicazione della Commissione del 2019 vuole evitare. Tali esiti rischiano, in ultima analisi, di minare al fondo l'accettabilità sociale del GDE.

Il riassetto generale della società prefigurato dal GDE è un'opzione basata su acquisizioni scientifiche, ma anche di alto contenuto politico, che tocca profondamente la vita delle persone e il loro futuro; una così profonda riforma dell'economia e della vita delle persone richiede una diffusa consapevolezza e una convinta adesione nel momento in cui è definita e un continuo processo di aggiustamento nelle varie fasi della sua realizzazione; i pubblici poteri dovrebbero non solo orientare, condizionare e vigilare il settore privato, ma anche supportarlo.

Si fa, pertanto, sempre più urgente l'avvio di una politica industriale europea⁶⁵ che possa sostenere in modo adeguato, tra l'altro, proprio le normative che promuovono la riconversione economica per fini ambientali e per il contrasto al cambiamento climatico. Le necessarie risorse finanziarie si dovrebbero poter basare su un'accresciuta capacità fiscale centrale dell'Unione e sull'ampliamento delle esperienze di raccolta collettiva ad opera della Commissione dei capitali sui mercati internazionali, mediante l'emissione di titoli di debito comune, come quella che è stata inaugurata con il Dispositivo di ripresa e resilienza⁶⁶.

In conclusione, il GDE avvia un processo di natura autenticamente costituente i cui esiti, tuttavia, allo stato non paiono prevedibili. Potrà essere la via per rilanciare il processo di integrazione europeo oppure potrà costituire una causa aggiuntiva di squilibrio economico interno all'Unione stessa, accentuando la divaricazione tra le diverse economie dei Paesi membri.

64 S. MANG, D. CADDIK, *New EU fiscal rules jeopardise investment needed to combat climate crisis*, 31 august 2023, <https://neweconomics.org/2023/08/new-eu-fiscal-rules-jeopardise-investment-needed-to-combat-climate-change>; M. BOLOGNESE, *L'asimmetria tra la riforma sul patto di stabilità e crescita e il quadro temporaneo degli aiuti di stato*, cit., pagg. 830 e ss.

65 Si vedano in tal senso le riflessioni di G. AMATO, F. BASSANINI, C. DE VINCENTI, P. GUERRIERI, M. MESSORI, P. C. PADOAN, R. PERISSICH E G. L. TOSATO, su *La governance economica e la politica industriale dell'Unione europea nel nuovo scenario geopolitico: un'agenda di policy*, in *Astrid paper* 92, 12 ottobre 2023.

66 Regolamento (UE) 2020/2094 del Consiglio del 14 dicembre 2020 che istituisce uno strumento dell'Unione europea per la ripresa, a sostegno alla ripresa dell'economia dopo la crisi COVID-19 e Decisione (UE, Euratom) 2020/2053 del Consiglio del 14 dicembre 2020 relativa al sistema delle risorse proprie dell'Unione europea e che abroga la decisione 2014/335/UE, Euratom.



Emerge concreto il rischio che la nuova legislatura europea possa attenuare lo slancio della transizione ecologica avviata proprio per sedare una conflittualità sociale che si è già accesa⁶⁷.

Il ruolo dei pubblici poteri appare in ogni caso definitivamente mutato e rafforzato rispetto all'originaria impronta ordoliberalista che sembra ormai inesorabilmente superata. La decisione politica, ancorché assistita da acquisizioni di natura scientifica, assume una posizione di primazia e conferma il mercato.

⁶⁷ Si pensi al significativo episodio del ritiro, nel febbraio 2024, da parte della Commissione europea della proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo all'uso sostenibile dei prodotti fitosanitari e recante modifica del regolamento (UE) 2021/2115 che aveva l'obiettivo di dimezzare i pesticidi entro il 2030.



INCENTIVI PER LA PRODUZIONE DI ENERGIA DA FONTI RINNOVABILI: CONFORMITÀ DELLA DISCIPLINA NAZIONALE CON LA NORMATIVA EUROUNITARIA

Nota a Ordinanza - CONSIGLIO DI STATO, SEZ. II, 30.1.2024 n. 926

Emilia Bruno*

Abstract: il Consiglio di Stato si sofferma sulla corretta interpretazione dei principi introdotti all'articolo 3 della direttiva 2001/28/CE e all'articolo 4 della direttiva 2018/2001/UE; in particolare rimanda alla Corte di Giustizia UE il quesito circa la conformità del contenuto dell'articolo 7, comma 7, decreto del Ministero dello sviluppo economico del 4 luglio 2019, con le disposizioni comunitarie suindicate. La normativa nazionale, in materia di produzione di energia da fonti rinnovabili, introduce per le fattispecie in cui i produttori vendano l'energia sul libero mercato un meccanismo incentivante c.d. a due vie, in base al quale per gli impianti di nuova costruzione di potenza pari o superiore a 250 kW, la determinazione dell'incentivo avviene calcolando la differenza tra la tariffa spettante all'impresa (calcolata tenendo conto delle tariffe di riferimento previste per ciascuna tipologia di impianto e d'intervento, dalla normativa applicabile, e delle riduzioni offerte al ribasso dall'operatore nell'ambito delle procedure di asta o registro, nonché delle ulteriori decurtazioni previste in via generale dalla normativa interna) e il prezzo zonale orario, con conseguente obbligo di riversare le somme eccedenti il valore della tariffa spettante, quando il prezzo zonale orario sia a essa superiore.

Parole chiave: rinvio pregiudiziale; incentivi produzione energetica; fonti rinnovabili; tutela ambientale

Abstract: the Council of State focuses on the correct interpretation of the principles introduced in Article 3 of Directive 2001/28/EC and Article 4 of Directive 2018/2001/EU; in particular it refers to the European Court of Justice the question about the conformity of the content of art. 7, paragraph 7, decree of the Ministry of Economic Development of 4 July 2019, with the Community provisions mentioned above. The national legislation on the production of energy from renewable sources, introduces for cases where producers sell energy on the free market an incentive mechanism c.d. two-way, on the basis that for new installations of 250 kW or more, the incentive is determined by calculating the difference between the undertaking's tariff (calculated based on tariffs laid down for each type of installation and intervention, the applicable rules, and the reductions offered downwards by the operator under the auction or register procedures, as well as the further reductions provided for in general by the



internal legislation) and the hourly zonal price, with the consequent obligation to pay the sums exceeding the value of the tariff due, when the hourly zonal price is higher than it.

Keywords: *preliminary ruling; energy production incentives; renewable energy sources; environmental protection*

1. Il caso

Nel caso di specie, la società ricorrente, titolare di un impianto fotovoltaico con potenza di 999,78 kW, di nuova costruzione e entrato in esercizio il 25 marzo 2022, veniva ammessa a beneficiare delle tariffe incentivanti previste dal decreto del ministero dello sviluppo economico del 4 luglio 2019 e, conseguentemente, concludeva il contratto per il riconoscimento di questi incentivi con il gestore dei servizi energetici.

Presentava dunque ricorso dinanzi al Tribunale Regionale Amministrativo, impugnando il provvedimento di ammissione al beneficio e il contratto nella parte in cui prevede che: «*nel caso in cui il valore dell'incentivo, ottenuto come differenza tra la tariffa spettante e il prezzo zonale orario, risulti negativo, il GSE provvederà a chiedere al soggetto responsabile la restituzione di tale differenza*», sul presupposto che tale previsione confliggesse con l'equa remunerazione dei costi e i principi europei in materia di concorrenza atti a garantire, alle imprese destinatarie del beneficio, condizioni di mercato stabili, eque, favorevoli e trasparenti.

Il Tar respingeva il ricorso, non ravvisando l'irragionevolezza della previsione impugnata.

La società ricorreva in appello evidenziando che il Tar avesse ommesso di considerare le conseguenze che l'aumento del prezzo dell'energia determina sull'ottenimento dell'incentivo, comportando, in particolare, l'azzeramento dello stesso e precludendo, così, la remunerazione dei costi di investimento e di esercizio. Eccepiva la violazione della disciplina interna e eurounitaria di tutela del consumatore, anche in ragione dell'aleatorietà del prezzo di mercato dell'energia.

Il Collegio, intervenendo sulla questione pregiudiziale circa la compatibilità tra disciplina eurounitaria e disciplina interna, riteneva l'eccezione infondata per questioni di giurisdizione, in ragione del fatto che avverso una decisione del Consiglio di Stato non può proporsi un ricorso giudiziale di diritto interno; sul presupposto del dubbio interpretativo sulle disposizioni del diritto unionale procedeva al rinvio pregiudiziale d'interpretazione di cui all'art. 267 TFUE.

2. La questione

È opportuno premettere la *ratio* della disciplina eurounitaria, che intende perseguire finalità ambientali, incentivando scelte di produzione consistenti nell'adozione di schemi ecocompatibili ma, al tempo stesso, non trascura il rispetto delle regole sul corretto andamento del mercato, tenendo conto del principio della concorrenza, del diritto di proprietà, della tutela dell'affidamento e del loro bilanciamento¹.

¹ * Dottoranda di ricerca in Diritti, istituzioni e garanzie nelle società in transizione, Università degli Studi di Bari Aldo Moro.

La questione interpretativa rimessa alla Corte di Giustizia UE riguarda il sistema di accesso agli incentivi e deriva dal fatto che la società ricorrente non avrebbe potuto beneficiare di un meccanismo incentivante diverso da quello a due vie, poiché avendo concluso il contratto con il GSE durante la crisi energetica del 2022 non è stato possibile ottenere incentivi, bensì richieste di pagamento della differenza da parte del GSE.

Il dubbio sorge perché la disciplina di accesso agli incentivi avviene attraverso due diverse modalità, a seconda della potenza e della tipologia dell'impianto: mediante iscrizione ai registri ovvero mediante partecipazione ad aste.

Quindi, per ciascun operatore viene determinata la tariffa spettante, calcolata tenendo conto da un lato delle tariffe di riferimento previste per ciascuna tipologia d'impianto e d'intervento dalla normativa applicabile e, dall'altro delle riduzioni offerte al ribasso dall'operatore nell'ambito delle procedure di asta o registro, nonché delle ulteriori decurtazioni previste dal decreto.

Il decreto ministeriale del 4 luglio 2019 prevede due differenti meccanismi incentivanti, in base della potenza dell'impianto: il primo è rappresentato dal ritiro dell'energia elettrica prodotta da parte del GSE, il quale eroga all'operatore della tariffa a questi spettante; il secondo è costituito dall'attribuzione all'impresa di un incentivo, calcolato come differenza tra la tariffa spettante e il prezzo zonale orario, che, se positiva (ossia quando la prima è superiore al secondo), integra il ricavo connesso alla vendita sul mercato dell'energia prodotta, mentre, quando è negativa (ossia quando la tariffa è inferiore al prezzo di mercato), comporta che l'impresa non solo non percepisca alcuna sovvenzione, ma debba versare la differenza al GSE (c.d. sistema «a due vie»).

Infine, mentre gli impianti di potenza non superiore a 250 kW possono optare tra uno dei due meccanismi, quelli di potenza pari o superiore, come quello dell'appellante, possono accedere al solo incentivo.

Il dubbio sollevato dai giudici amministrativi verte sulla compatibilità tra l'art. 7, comma 7, decreto del Ministero dello sviluppo economico del 4 luglio 2019 e quanto disposto dalla normativa eurounitaria (all'art. 3 della direttiva 2001/28/CE e all'art. 4 della direttiva 2018/2001/UE)².

La disposizione di diritto interno, rubricata «Incentivazione dell'energia elettrica prodotta dagli impianti eolici *on shore*, solari fotovoltaici,

Lo stretto collegamento tra ambiente e mercato viene delineato in questi termini: tutela dell'ambiente «nel» mercato e «attraverso» il mercato. Come spiegato da F. FRACCHIA, *La tutela dell'ambiente attraverso il mercato*, in AA.VV., *Analisi economica e diritto amministrativo*, Milano, 2007, p. 105 ss., con riferimento alla forma di tutela nel mercato: «è lo stesso mercato che si adatta ad un contesto regolatorio più sensibile alle tematiche ambientali e si dota spontaneamente di strumenti funzionali in qualche modo alla tutela dell'ambiente. La tutela dell'ambiente attraverso il mercato consiste invece nella messa in opera di strumenti che fanno leva sulle dinamiche di mercato e sulle modalità di funzionamento del medesimo per promuovere la tutela dell'ambiente».

² Per approfondimenti, cfr. Consiglio di Stato, News n. 22 del 26 febbraio 2024, Ufficio del massimario, in

<https://www.giustiziaamministrativa.it/documents/20142/54775532/News+n.22+del+26+febbraio+2024.pdf/0be8f50e-0778-f784-48c8-b27611e2088f?t=1708975606205>.



idroelettrici e a gas residuati dei processi di depurazione», stabilisce che per gli impianti di potenza pari o superiore a 250 kW «il GSE calcola la componente incentivo come differenza tra la tariffa spettante e il prezzo zonale orario di mercato dell'energia elettrica e, ove tale differenza sia positiva, eroga gli importi dovuti in riferimento alla produzione netta immessa in rete secondo le modalità individuate all'art. 25 del decreto 23 giugno 2016. Nel caso in cui la predetta differenza risulti negativa, il GSE conguaglia o provvede a richiedere al soggetto responsabile la restituzione o corresponsione dei relativi importi. In tutti i casi, l'energia prodotta da questi impianti resta nella disponibilità del produttore».

La normativa unionale, all'art. 3 della direttiva n. 2009/28/CE – abrogata con effetto dal 1 luglio 2021, ma ancora in vigore all'epoca di adozione del decreto ministeriale del 4 luglio 2019 – attribuisce ad ogni Stato membro il compito di «promuovere e incoraggiare l'efficienza ed il risparmio energetici e adottare misure efficacemente predisposte» in modo da raggiungere entro il 2020 la quota di energia da fonti rinnovabili sul consumo finale fissata quale obiettivo nazionale, e, a tal fine, legittima l'adozione di «regimi di sostegno» (definiti dall'art. 2, co. 2, lett. k, della medesima direttiva come ogni «strumento, regime o meccanismo [...] inteso a promuovere l'uso delle energie da fonti rinnovabili riducendone i costi, aumentando i prezzi a cui possono essere vendute o aumentando, per mezzo di obblighi in materia di energie rinnovabili o altri mezzi, il volume acquistato di dette energie», quali, per esempio, «le sovvenzioni agli investimenti, le esenzioni o gli sgravi fiscali, le restituzioni d'imposta, i regimi di sostegno all'obbligo in materia di energie rinnovabili, compresi quelli che usano certificati verdi, e i regimi di sostegno diretto dei prezzi, ivi comprese le tariffe di riacquisto e le sovvenzioni»³).

L'art. 4 della direttiva n. 2018/2001/UE lascia ferma la possibilità per gli Stati membri di «istituire dei regimi di sostegno» che prevedano «l'erogazione di incentivi», precisando che questi meccanismi devono basarsi «su criteri di mercato», rispondere «ai segnali di mercato, evitando inutili distorsioni dei mercati dell'energia elettrica e tenendo conto degli eventuali costi di integrazione del sistema e della stabilità della rete», essere concepiti «in modo da massimizzare l'integrazione dell'energia elettrica da fonti rinnovabili nel mercato dell'energia elettrica e garantire che i produttori di energia rinnovabile reagiscano ai segnali di prezzi del mercato e massimizzino i loro ricavi sul mercato» e concessi «con modalità aperte, trasparenti, competitive, non discriminatorie ed efficaci sotto il profilo dei costi».

Per comprendere a fondo le ragioni del dubbio interpretativo ravvisato dal Collegio è opportuno sottolineare come la *ratio* della disciplina unionale consista nel delineare un meccanismo incentivante che promuova la produzione di energia da fonti rinnovabili, favorendo la realizzazione di nuovi impianti o il potenziamento di quelli esistenti, tramite il riconoscimento di un contributo pubblico a sostegno dei relativi costi, che trova la sua

3 R. MICCÙ, *Lineamenti di diritto europeo dell'energia. Nuovi paradigmi di regolazione e governo multilivello*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 1-173; G. NAPOLITANO, *L'energia elettrica e il gas*, nel volume *Trattato di diritto amministrativo*, (a cura di) S. CASSESE, vol. III, Giuffrè, Milano, 2003, p. 2189 ss.; R. PARDOLESI, *Le energie*, nel volume *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, vol. VII, Utet, Torino, 1982, p. 26 ss.; F. SCLAFANI-L. ZANETTINI, *L'Autorità per l'energia elettrica e il gas*, in *Arbitri dei mercati. Le Autorità indipendenti e l'economia*, (a cura di) M. D'ALBERTI-A. PAJINO, Il Mulino, Bologna, 2010, p. 386 ss.



giustificazione nelle esternalità positive che l'introduzione di tali modelli determina sulla transizione ecologica⁴.

L'incentivo negativo configurato all'art. 7, comma 7, prevede, invece, che nel caso in cui il prezzo zonale orario dell'energia aumenti, le imprese, pur avendo effettuato degli investimenti, non beneficino di alcuna sovvenzione che ne riduca il costo, ma riversino al GSE parte degli introiti derivati dalla vendita sul mercato dell'energia prodotta, con la conseguenza che queste potrebbero essere indotte ad abbandonare l'incentivo, tradendo le finalità che le direttive intendono perseguire. Inoltre, in ragione del fatto che l'impresa che vende energia sul mercato, inevitabilmente è soggetta alle regole e alle variazioni dello stesso, imporre un obbligo di versamento della differenza tra il prezzo zonale orario e la tariffa spettante al singolo operatore vorrebbe dire omettere di considerare tali dinamiche commerciali. Infine, il dubbio sulla conformità della disciplina interna con le disposizioni delle direttive che vietano regimi discriminatori, sorge anche poiché la tariffa «a due vie» costituisce l'unico meccanismo incentivante per tutti gli impianti di potenza pari o superiore a 250 kW; laddove l'impresa sia titolare di un impianto di potenza inferiore può esercitare l'opzione per il meccanismo di ritiro dell'energia da parte del GSE con corresponsione della tariffa spettante a loro favore.

Analogamente, il Consiglio di Stato con l'ordinanza 8 agosto 2023, n. 7673 aveva già rimesso alla Corte di Giustizia la questione sull'interpretazione dei principi di cui agli articoli: 3 della direttiva 2009/28/CE; 1 e 4 della direttiva 2018/2001/UE; in particolare, se ostino o no ad una normativa interna che: *«nell'ambito di un regime nazionale di incentivi prevede, con riferimento a fattispecie in cui i produttori vendono l'energia sul libero mercato, una tariffa incentivante che garantisce un prezzo minimo, che è al contempo anche un prezzo massimo, in virtù di un meccanismo di conguaglio-restituzione delle somme eccedenti il valore dell'incentivo qualora il prezzo di mercato sia superiore a quest'ultimo, applicandosi inoltre il meccanismo di conguaglio soltanto laddove il produttore che vende l'energia sul libero mercato acceda all'incentivo mediante iscrizione al pertinente registro e non anche laddove vi acceda mediante partecipazione a una procedura di asta»*.

La questione in esame offre l'occasione di approfondire il tema dell'incentivazione delle energie rinnovabili e dei poteri spettanti al Gestore dei Servizi Energetici⁵.

L'esercizio delle funzioni in materia spetta all'ARERA (Autorità indipendente di regolazione per energia reti e ambiente) istituita, con la Legge 14 novembre 1995, n. 418, per la promozione della concorrenza e dell'efficienza nei servizi di pubblica utilità e di tutela degli interessi di utenti e consumatori e al Gestore Servizi Energetici, istituito ai sensi dell'art. 3 del decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79, in attuazione della direttiva 96/92/CE «Norme comuni per il mercato dell'energia elettrica», soggetto cui spettano compiti di natura pubblicistica nel settore elettrico, più precisamente di carattere regolamentare, verifica e certificazione relativa al settore dell'energia elettrica, come previsto all'art. 3, commi 12 e 13, e art.11, comma 3, del citato d.lgs. n. 79 del 1999; ulteriori attribuzioni per il GSE si rintracciano nel d.lgs. 29 dicembre

4 B. MINUCCI, *Comunità energetiche e autoconsumo collettivo: limiti e prospettive della disciplina dell'Unione europea - Energy communities and collective self-consumption: limits and perspectives of the EU legislation*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 3/2022, p. 843 ss.

5 F. VETRÒ, *Evoluzioni del diritto europeo dell'energia: transizione energetica e sistema istituzionale: il ruolo del GSE s.p.a.*, in *Il diritto dell'economia*, 1/2020, p. 501 ss.



2003, n. 387 in materia di promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili nel mercato interno dell'elettricità⁶.

Nel tempo, la giurisprudenza amministrativa ha chiarito ruolo e funzioni dei soggetti a cui spetta la gestione del comparto energetico. In particolare, la Plenaria del Consiglio di Stato del 3 settembre 2019, n. 97, ha riconosciuto che spetta al GSE l'attribuzione degli incentivi per una produzione energetica sostenibile, in attuazione degli obiettivi comunitari di efficienza e sostenibilità ambientale⁸.

La procedura di rilascio di incentivi, ad opera del GSE, presuppone l'accertamento da parte del Gestore circa la sussistenza dei requisiti imposti nel decreto ministeriale⁹, attraverso il

6 G. LA ROSA, *La rideterminazione dei poteri del gse nel d.l. semplificazione e la (apparente) stabilità degli incentivi per l'energia da fonte rinnovabile - the redetermination of the gse's administrative power in the d.l. «semplificazioni» and the (apparent) stability of incentives granted for energy from renewable sources*, in *Ambientediritto.it*, 1/2021, pp. 271-300.

7 «Ai sensi dell'art. 4 dello Statuto sociale, allegato all'atto costitutivo del Gestore dei Servizi Energetici -GSE S.p.A.-, la società ha per oggetto l'esercizio delle funzioni di natura pubblicistica nel settore elettrico e in particolare le attività di carattere regolamentare, di verifica e certificazione relativa al settore dell'energia elettrica di cui all'articolo 3, commi 12 e 13 e di cui all'articolo 11, comma 3 del decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79 e successive modifiche e integrazioni, nonché le attività correlate di cui al decreto legislativo 29 dicembre 2003 n. 387 e successive modifiche e integrazioni, in materia di promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili nel mercato interno dell'elettricità, comprese le attività di carattere regolamentare e le altre competenze, diritti e poteri ad esse inerenti. Ai sensi dell'art. 8 dello Statuto della società, i diritti dell'azionista sono esercitati d'intesa tra il Ministro dell'economia e delle finanze ed il Ministro dello sviluppo economico, ai sensi dell'articolo 3, comma 4, del decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79»; -«Da quanto detto appare chiaro che il Gestore dei servizi energetici rientri nel novero dei soggetti privati svolgenti pubbliche funzioni posto che, pur rivestendo formalmente la veste di società di capitali di diritto privato, è nondimeno soggetto munito dalla legge di funzioni pubbliche correlate -tra l'altro -alla diffusione delle energie da fonte rinnovabile, al controllo ed alla gestione dei flussi energetici correlate -tra l'altro- alla diffusione delle energie da fonti rinnovabile, al controllo e alla gestione dei flussi energetici di tale provenienza ed all'assolvimento degli obblighi imposti dalla legge agli operatori del settore energetico» (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 3 settembre 2019, n. 9).

8 Sul rapporto diritto ed economia, S. CASSESE, *Giuristi ed economisti: metodo e metodi nello studio del diritto*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, p. 341 ss.; M. CLARICH, *Riforme amministrative e sviluppo economico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1/2020, p. 159; C. FRANCHINI, *La disciplina pubblica dell'economia tra diritto nazionale, diritto europeo e diritto globale*, Napoli, 2020; G. NAPOLITANO, *Analisi economica del diritto*, in AA.VV., *Dizionario di diritto pubblico*, (a cura di) S. CASSESE, Milano, 2006; A. POLICE, *Instabilità delle decisioni pubbliche e dinamiche dello sviluppo economico ed industriale*, in *Scritti in onore di Eugenio Picozza*, Napoli, 2019, vol. II, p.1319.

9 L'accesso agli incentivi presuppone un processo di valutazione secondo quanto previsto all'allegato H) del Regolamento Operativo per l'accesso agli incentivi del DM 4 luglio 2019 e si articola nelle seguenti fasi:

I. trasmissione della richiesta di accesso agli incentivi da parte del Soggetto Responsabile con conseguente avvio del procedimento amministrativo ai sensi della Legge 241/1990;

II. istruttoria tecnico-amministrativa da parte del GSE: verifica della conformità a quanto previsto dal DM/2019, dal DM/2016 ove applicabile, dal Regolamento Operativo ed eventuale altra normativa



controllo della documentazione trasmessa, che può anche essere svolto da enti controllati dal Gestore. L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con la sentenza dell'11 settembre 2020 n.18, è intervenuta sul procedimento di accesso al beneficio, con riferimento al quale possono distinguersi due fasi: la prima, fondata sulla valutazione delle dichiarazioni rese dall'istante sulla sussistenza dei requisiti richiesti; la seconda inerente all'esercizio dei poteri spettanti al GSE di verifica e controllo, che possono essere esercitati anche in un tempo successivo poiché non soggetto a termini decadenziali.

Il decreto del Ministero dello sviluppo economico 31 gennaio 2014 delinea la disciplina organica dei controlli e delle sanzioni in tema di incentivi al settore elettrico e individua le violazioni rilevanti (all.1) al ricorrere delle quali il GSE «*dispone il rigetto dell'istanza ovvero la decadenza dagli incentivi con l'integrale recupero delle somme già erogate*» (art. 11, comma primo).

Il decreto dispone inoltre che il Gestore qualora riscontri violazioni o inadempimenti che comunque rilevano ai fini dell'esatta quantificazione degli incentivi ovvero dei premi, ancorché non espressamente individuate come «rilevanti», disponga le prescrizioni più

applicabile, che prevede in via generale i seguenti principali passi: a. verifica dei dati e delle informazioni indicate nel Portale FER-E; b. verifica della congruenza tra i dati e le informazioni indicate e la documentazione allegata; c. verifica, anche mediante la consultazione del Registro Nazionale degli Aiuti di Stato (di seguito, RNA) e del Sistema Informativo Agricolo Nazionale (di seguito, SIAN), del rispetto di quanto previsto dall'art. 26 del d.lgs. 28/2011 (DM/2019, art. 21.1.h e DM/2016, art. 28) in termini di cumulabilità degli incentivi; d. individuazione della pertinente tariffa omnicomprensiva o dell'Incentivo da riconoscere, della data di decorrenza dell'incentivazione, nonché di ogni altro parametro utile ai fini dell'erogazione degli incentivi (es. potenza dell'impianto, categoria di intervento, fattore percentuale convenzionale correlato ai consumi dei servizi ausiliari, alle perdite di trasformazione e alle perdite di linea fino al punto di connessione, ecc.);

III. in caso di carenza di documenti e/o informazioni: a. richiesta d'integrazione del GSE al Soggetto Responsabile, sospensiva dei termini per la conclusione del procedimento (Legge 241/1990, art. 2.7); b. trasmissione da parte del Soggetto Responsabile al GSE dei documenti e/o informazioni richiesti (Legge 241/1990, art. 2.7) e ripristino dei termini per la conclusione del procedimento;

IV. nel caso la documentazione trasmessa a corredo dell'istanza non risulti idonea all'ammissione alla remunerazione, trasmissione da parte del GSE al Soggetto Responsabile, entro 90 giorni dalla data della richiesta di accesso agli incentivi, del Preavviso di rigetto della richiesta recante i motivi ostativi, calcolati al netto dei tempi non imputabili al GSE. In tale ambito verrà riconosciuta al Soggetto Responsabile la facoltà di presentare osservazioni e/o documenti, entro 10 giorni dalla ricezione del Preavviso di rigetto (Legge 241/1990, art.10 bis);

V. in caso di trasmissione di osservazioni e/o documenti, avvio di un nuovo periodo di 90 giorni (Legge 241/1990, art.10 bis), calcolato a partire dalla data di presentazione delle eventuali osservazioni e/o dei documenti, entro il quale il GSE è tenuto a trasmettere il provvedimento conclusivo del procedimento;

VI. trasmissione dal GSE al Soggetto Responsabile del provvedimento espresso conclusivo del procedimento, non sussistendo ipotesi di silenzio-assenso, entro 90 giorni decorrenti dalla data della richiesta di accesso agli incentivi (Legge 241/1990, art.2.1) o dalla data dell'invio delle osservazioni a seguito del preavviso di rigetto (Legge 241/90, art.10 bis), calcolati al netto dei tempi non imputabili al GSE (es. il tempo intercorrente tra la richiesta d'integrazione del GSE e la trasmissione da parte del Soggetto Responsabile della documentazione integrativa o tra la richiesta di un parere a un Ente terzo e la risposta del medesimo).



opportune ovvero ridetermini l'incentivo in base alle caratteristiche rilevate a seguito del controllo e alla normativa applicabile, recuperando le sole somme indebitamente erogate (art. 11, comma terzo).

Il Gestore è garante e promotore dello sviluppo sostenibile del Paese, in quanto titolare di compiti di: realizzazione degli obiettivi di promozione della sostenibilità ambientale, con particolare riferimento alle fonti rinnovabili e efficienza energetica; verifica degli impianti e garanzia della massima qualità dal punto di vista tecnico e ingegneristico per la produzione elettrica; ritiro e vendita dell'energia sul mercato; supporto alla Pubblica Amministrazione per l'attuazione delle politiche energetiche.

Una parte, dunque, delle funzioni svolte dal Gestore, si inserisce nel contesto più ampio di realizzazione degli obiettivi comunitari e nazionali riguardanti la transizione energetica, in attuazione delle direttive europee in materia.

Tra i più recenti interventi normativi, il Decreto Legge 9 dicembre 2023 n. 181, recante «Disposizioni urgenti per la sicurezza energetica del Paese, la promozione del ricorso alle fonti rinnovabili di energia, il sostegno alle imprese a forte consumo di energia e in materia di ricostruzione nei territori colpiti dagli eccezionali eventi alluvionali verificatisi a partire dal 1° maggio 2023», convertito con la Legge n. 11/2024, interviene con importanti novità in materia di sicurezza energetica e rinnovabili, perseguendo tre linee di intervento quali il sostegno alle imprese, la promozione delle energie rinnovabili, la sicurezza energetica e la decarbonizzazione.

Con riferimento al tema oggetto di analisi, rileva la previsione di cui all'art. 1, D.L. 281/2023, che attribuisce alle imprese energivore incentivi per l'installazione di impianti da fonti rinnovabili, in particolare se realizzati da imprese operanti nei settori chimico, vetro e tessile; inoltre, si istituisce un apposito fondo per sostenere lo sviluppo di impianti di energia rinnovabile in aree idonee e si delineano misure di semplificazione e incentivazione degli investimenti per le rinnovabili. Il suddetto articolo 1, ai commi 1-3¹⁰, introduce misure per accertare gli investimenti in autoproduzione di energia rinnovabile e stabilisce che in caso di presentazione di più istanze riguardanti la concessione della medesima superficie debbano

10 Art. 1 (Misure per promuovere l'autoproduzione di energia rinnovabile nei settori energivori a rischio delocalizzazione attraverso la cessione dell'energia rinnovabile a prezzi equi ai clienti finali energivori), comma I, stabilisce che: «Tenuto conto dell'esigenza di promuovere e accelerare gli investimenti in autoproduzione di energia rinnovabile nei settori a forte consumo di energia elettrica, in conformità al Piano nazionale integrato per l'energia e il clima (PNIEC), fino al 31 dicembre 2030, nel caso di più istanze concorrenti per la concessione della medesima superficie ai sensi dell'articolo 12, comma II, del decreto legislativo 3 marzo 2011, n. 28, gli enti concedenti, ai fini dell'individuazione del concessionario, attribuiscono una preferenza ai progetti di impianti fotovoltaici o eolici volti a soddisfare il fabbisogno energetico dei soggetti iscritti nell'elenco delle imprese a forte consumo di energia elettrica istituito presso la Cassa per i servizi energetici e ambientali (CSEA)». Il comma III attribuisce all'Autorità di regolazione per energia reti e ambiente, con uno o più provvedimenti di stabilire le modalità per la copertura degli oneri derivanti dall'anticipazione, ai sensi del comma 2, lettera d), dell'energia nella disponibilità del GSE, nonché le modalità di riconoscimento e di copertura degli eventuali oneri derivanti dalla lettera m) del medesimo comma II, a valere sulla componente degli oneri generali afferenti al sistema elettrico destinata al sostegno delle fonti rinnovabili di energia.



essere preferiti, nell'individuazione dei concessionari, quei progetti in linea con gli obiettivi di sostenibilità, in particolare riguardanti impianti fotovoltaici o eolici in grado di soddisfare il bisogno energetico dei soggetti iscritti nell'elenco, istituito presso la Cassa per i servizi energetici e ambientali, delle imprese a forte consumo di energia elettrica.

Inoltre, viene istituito un fondo dedicato a supportare il rafforzamento delle rinnovabili in aree dedicate; in particolare sono destinati 350 milioni l'anno, fino al 2032, per misure di compensazione e riequilibrio ambientale e territoriale a fronte dell'installazione di impianti rinnovabili in aree idonee. Nell'ottica della semplificazione, che rappresenta uno degli obiettivi cardine del decreto, sono aumentate anche le soglie di potenza, per cui gli impianti fotovoltaici situati in determinate aree devono essere sottoposti a Valutazione di Impatto Ambientale, portando i limiti da 20 a 25 MW e da 10 a 12 MW; mentre la potenza al di sotto della quale gli impianti fotovoltaici possono beneficiare della Procedura Abilitativa Semplificata (PAS) anziché richiedere un'autorizzazione unica (AU) viene innalzata da 10 a 12 MW.

Circa l'ambito di applicazione delle semplificazioni, esse si applicano esclusivamente ai procedimenti avviati dopo l'entrata in vigore della legge di conversione.

Infine, si affida all'Agenzia nazionale per le nuove tecnologie la gestione di un registro avente ad oggetto l'indicazione di diversi tipi di prodotti che soddisfano *standard* territoriali e di qualità per quanto riguarda l'energia solare (in particolare, si tratta di pannelli solari fotovoltaici prodotti nei paesi dell'Unione Europea con un'efficienza minima del 21,5% a livello del modulo; pannelli solari fotovoltaici con celle prodotte nei paesi dell'Unione Europea con un'efficienza minima del 23,5% a livello della cella; pannelli solari composti da celle bifacciali ad eterogiunzione di silicio o tandem, prodotti nell'Unione Europea, con un'efficienza minima del 24,0% a livello della cella).

Entro trenta giorni dalla pubblicazione di questo decreto, spetta all'ENEA, previa consultazione con il Ministero delle Imprese e del Made in Italy e il Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica, l'indicazione sul proprio sito delle istruzioni per richiedere l'inserimento nel registro e dei documenti da fornire.

3. Conclusioni

La tematica sottesa al quesito al vaglio della Corte assume rilevante importanza nel contesto storico attuale, se si considera il nuovo assetto di beni costituzionalmente protetti, in cui ampio spazio è dato alla tutela dell'ambiente¹¹, come delineato all'articolo 9 Cost., e all'introduzione

11 G. BAROZZI REGGIANI, *Il principio di massima diffusione delle energie rinnovabili e il bilanciamento tra valori costituzionalmente rilevanti nella disciplina delle c.d. "aree idonee"* - *The principle of maximum diffusion of renewable sources and balancing between constitutionally relevant values in the normative discipline of the so-called "suitable areas"*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 3/2022, p. 597 ss.; V. BURATTI, *Il principio di massima diffusione delle fonti rinnovabili e l'illegittimità di divieti assoluti nella giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 3/2019, p. 635 ss.; C.A. DIBITONTO, *Energia da fonti rinnovabili e paesaggio: cosa dice la legge e cosa il buon senso*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 2/2021, p. 563 ss.



di *standard* e criteri di sostenibilità ambientale, il cui rispetto diventa ora requisito essenziale per beneficiare di un trattamento più favorevole, anche sul versante fiscale.

Come affermato da consolidata giurisprudenza, sia costituzionale e amministrativa che europea, il legislatore riserva grande spazio al tema delle fonti rinnovabili, dei livelli di innovatività e sviluppo della produzione energetica, tantoché la disciplina che regola l'accesso a benefici e incentivi è strettamente vincolata alla sussistenza di presupposti specifici, che finiscono per privilegiare e tutelare, principalmente, operatori economici esperti e qualificati¹².

Il quadro normativo vigente è incentrato su meccanismi di accesso ai benefici poco efficaci, incentrati su procedure complesse, che finiscono piuttosto per disincentivare comportamenti virtuosi dell'operatore e scelte ecosostenibili nel settore energetico.

La Legge n. 11/2024, che converte il D.L. Energia¹³, interviene a dare impulso agli investimenti in autoproduzione di energia rinnovabile, nei settori a forte consumo energetico, incentivando le imprese a forte consumo di energia elettrica a installare impianti a fonti rinnovabili. Si prevede infatti che il GSE, nei primi tre anni anticipi le conseguenze derivanti dalla realizzazione di questi impianti, garantendo energia rinnovabile ad un prezzo coerente con i costi.

L'art. 1, comma I, D.L. n.18/2024, stabilisce che fino al 31 dicembre 2030, in caso di presentazione di più istanze di concessione della medesima superficie pubblica, la procedura di individuazione del concessionario debba privilegiare i progetti di impianti fotovoltaici o eolici volti a soddisfare il fabbisogno energetico delle imprese c.d. elettrivore (iscritte nell'elenco presso la CSEA). Si rimanda invece al Ministero dell'ambiente e della sicurezza energetica la definizione di un meccanismo per lo sviluppo di nuova capacità di generazione di energia elettrica da fonti rinnovabili da parte delle imprese elettrivore, secondo criteri dettagliati nelle lettere da a) ad n) del medesimo comma. Il meccanismo prevede anche la facoltà per le imprese interessate di richiedere al GSE un'anticipazione di parte dell'energia elettrica prodotta dagli impianti di nuova realizzazione, o oggetto di potenziamento, che le medesime si impegnano a realizzare, nelle more dell'entrata in esercizio degli impianti interessati.

Considerato che la normativa di riferimento resta quella europea, pertanto incentrata sulla necessaria realizzazione degli obiettivi di neutralità climatica e del processo di transizione

12 In argomento, F. SCALIA, *Incentivi alle fonti rinnovabili e tutela dell'affidamento - incentives for renewable energy sources and protection of private assignation*, in *Il diritto dell'economia*, 1/2019, pp. 229-267; E. TRAINA, *Incentivi alla produzione di energie rinnovabili, poteri amministrativi e legittimo affidamento nella giurisprudenza - incentives for renewable energy production, administrative powers and legitimate expectations in case law*, in *federalismi.it*, 13/2023, pp. 186-204.

13 D.L. n.18/2024 recante «Disposizioni urgenti per la sicurezza energetica del Paese, la promozione del ricorso alle fonti rinnovabili di energia, il sostegno alle imprese a forte consumo di energia e in materia di ricostruzione nei territori colpiti dagli eccezionali eventi alluvionali verificatisi a partire dal 1 maggio 2023».

energetica, è inevitabile riflettere sull'idoneità ed efficacia del quadro normativo nazionale e delle forme pubblicistiche di tutela ambientale¹⁴.

I principali dubbi derivano dal fatto che gli interventi normativi che disciplinano la materia risultano poco chiari e privi di sistematicità¹⁵, oggetto di modifiche e correttivi che ostacolano l'affidamento da parte dell'operatore economico e, più in generale, finiscono per impedire che si possa dare avvio ad investimenti nel settore. Senza trascurare che, sul piano procedimentale, si definiscono modalità di accesso ai benefici non conformi a logiche di semplificazione e accelerazione delle procedure per una concreta realizzazione dell'efficientamento energetico.

Le singole disposizioni sembrano ispirate a scelte di politica legislativa, mentre dovrebbe auspicarsi un intervento del legislatore che sia l'esito di una valutazione più approfondita del fenomeno, in grado di cogliere le molteplici connessioni che lo stesso presenta con i profili di gestione del territorio¹⁶, dell'ambiente e quelli più strettamente economici di tutela della concorrenza e corretto andamento del mercato.

Il processo di transizione energetica in atto e le scelte legislative inerenti impongono un necessario bilanciamento tra i diversi interessi in gioco sia in una dimensione privatistica, di accesso al mercato ed esercizio dell'attività di impresa, che pubblicistica, riguardante la tutela

14 Cfr. M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente come sistema complesso, adattativo, comune*, Giappichelli, Torino, 2007; M. CAFAGNO-D. D'ORSOGNA-F. FRACCHIA, *Nozione giuridica di ambiente e visione sistemica*, in *Dir. e proc. amm.*, 3/2018, p. 713 ss.; A. CROSETTI-R. FERRARA-F. FRACCHIA-N. OLIVETTI RASON, *Introduzione al diritto dell'ambiente*, Laterza, Roma-Bari, 2018; F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio*, Giuffrè, Milano, 2005; ID, *Il diritto dell'economia circolare e l'art. 41 Cost.*, in *L'ambiente per lo sviluppo, Profili giuridici ed economici*, (a cura di) G. ROSSI-M. MONTEDURO, Giappichelli, Torino, 2020, p. 25 ss.; G.M. ESPOSITO, *Tutela dell'ambiente e attività dei pubblici poteri*, Giappichelli, Torino, 2008; F. FONDERICO, *La tutela dell'ambiente*, in *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, (a cura di) S. CASSESE, vol. II, Giuffrè, Milano, 2003, p. 1521 ss.; F. FRACCHIA, *Lo sviluppo sostenibile*, Editoriale scientifica, Napoli, 2010; F. FRACCHIA-S. VERNILE, *I contratti pubblici come strumento dello sviluppo ambientale*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2/2020, p. 27 ss.; M.S. GIANNINI, "Ambiente": saggio sui diversi suoi aspetti giuridici, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1973, p. 15 ss.; W. GIULIETTI, *Danno ambientale e azione amministrativa*, Editoriale scientifica, Napoli, 2012; S. GRASSI, *Procedimenti amministrativi e tutela dell'ambiente*, in *Codice dell'azione amministrativa*, (a cura di) M.A. SANDULLI, Giuffrè, Milano, 2017, p. 1505 ss.; A. MOLITERNI, *La sfida ambientale e il ruolo dei pubblici poteri in campo economico*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2/2020, p. 32 ss.; G. MORBIDELLI, *Il regime amministrativo speciale dell'ambiente*, in *Scritti in onore di Alberto Predieri*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 1121 ss.

15 S. CASSESE, *Amministrazione pubblica e progresso civile*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1/2020, pp. 141-158. L'Autore afferma che la materia è «finita in un marasma di norme, circolari italiane, nazionali e locali, tra di loro contraddittorie»; quanto premesso finisce per tradursi in scarsa chiarezza di indirizzi, pressioni di amministrazioni e privati, poca cooperazione tra amministrazioni, assenza di cabina di regia, di standardizzazione e interoperabilità.

16 F.G. SCOCA, *Tutela dell'ambiente: impostazione del problema dal punto di vista giuridico*, in *Quaderni regionali*, 1989, p. 533 ss.; 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*, Editoriale scientifica, Napoli, 2010; M. TALLACCHINI, *Diritto per la natura. Ecologia e filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 1996.



ambientale¹⁷ e, di conseguenza, la necessità di dare più ampia diffusione alle fonti di energia rinnovabile¹⁸. Occorre dunque accelerare sulla transizione energetica razionalizzando il più possibile il quadro normativo in materia¹⁹, eliminando la tendenza sempre più diffusa di delineare un insieme di disposizioni frammentate e poco chiare, ricostruendo, dunque, con maggiore organicità il diritto dell'energia come risultato del necessario bilanciamento tra molteplici finalità di tutela²⁰.

Sul piano pubblicistico, un contributo strategico per realizzare il contro bilanciamento tra gli interessi suddetti può esser dato dallo strumento fiscale, dunque dal legislatore tributario²¹,

17 M. CAFAGNO, *Mercato e ambiente*, in *Studi sul Codice dell'Ambiente*, (a cura di) M.P. CHITI-R. URSI, Torino, 2009, p. 70, ravvisa la necessità di individuare «dispositivi che sappiano inoculare la variabile ambientale nei quotidiani processi di scambio, che abbiano una capacità di penetrazione sufficiente a condizionare microdecisioni e preferenze che sono determinanti, per il successo dell'azione di difesa dell'ecosistema, ma che sono sostanzialmente inaccessibili al più consueto modulo provvedimentale».

18 F. ALBIONE, *I nuovi equilibri giuridici tra ambiente e paesaggio sullo sfondo della transizione ecologica*, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, 4/2023, p. 231 ss.; M. PENNASILICO, *La "sostenibilità ambientale" nella dimensione civil-costituzionale: verso un diritto dello "sviluppo umano ed ecologico"*, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, 3/2020, p. 4 ss.

19 Sul necessario intervento dello Stato per facilitare il processo di tutela dell'ambiente attraverso il ricorso a strumenti di mercato, M. CLARICH, *La tutela dell'ambiente attraverso il mercato*, in AA.VV., *Analisi economica e diritto amministrativo*, Milano, 2007, p. 106. Per un'analisi sistematica, si considerino le applicazioni del principio di sussidiarietà orizzontale in materia di tutela ambientale, cfr.: A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Dir. pubbl.*, 1/2002, p. 51 ss.; M. CAMELLI, *La sussidiarietà presa sul serio*, Il Mulino, Bologna, 2000; A. D'ATENA, *La sussidiarietà: tra valori e regole*, in *Dir. e giur. agraria e dell'ambiente*, 2/2004, p. 69 ss.; P. Duret, *Sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, Cedam, Padova, 2004; F. FRACCHIA, *Sulla configurazione giuridica unitaria dell'ambiente: art. 2 Cost. e doveri di solidarietà ambientale*, in *Il diritto dell'economia*, 2002, p. 216 ss.; G. PASTORI, *Amministrazione pubblica e sussidiarietà orizzontale*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, Milano, 2005, p. 1749 ss.; G. RAZZANO, *Il Consiglio di Stato, il principio di sussidiarietà orizzontale e le imprese*, in *Giurisprudenza italiana*, 4/2004, p. 718 ss.

20 In tal senso, M. MELI, *Quando l'ambiente entra in conflitto con sé stesso: fonti energetiche rinnovabili e tutela del paesaggio*, in *Rivista Giuridica AmbienteDiritto.it*, 2/2021, p. 609, afferma che: «Il diritto dell'ambiente (nella sua accezione ampia sopra rappresentata) è sintesi di molteplici interessi, che possono porsi anche in conflitto tra loro e che implicano il ricorso a procedure complesse per individuare, di volta in volta, quelli da ritenere prevalenti».

21 Per approfondimenti, S. CIPOLLINA, *Osservazioni sulla fiscalità ambientale nella prospettiva del federalismo fiscale*, nel volume *L'imposizione ambientale nel quadro del nuovo federalismo fiscale*, (a cura di) L. ANTONINI, Jovene, Napoli, 2010, p. 90; S. DORIGO, *La nozione di ambiente ed il ruolo della fiscalità per la sua tutela*, in S. DORIGO-P. MASTELLONE, *La fiscalità per l'ambiente. Attualità e prospettive della tassazione ambientale*, Aracne, Roma 2013, pp.137-138; G. SELICATO, *Profili teorici e lineamenti evolutivi degli strumenti agevolativi a carattere fiscale e non fiscale per la promozione dello sviluppo sostenibile*, in *Riv. Dir. Trib. Int.*, 2-3/2004, p. 399 ss.



che può concretamente dare impulso al processo di transizione *green* della produzione energetica e delle scelte imprenditoriali introducendo discipline agevolative e incentivanti²².

Recuperando infatti il concetto di dimensione promozionale del fisco e quanto elaborato in materia di fiscalità ambientale²³, può dirsi che l'imposizione fiscale, attraverso strumenti quali il credito d'imposta, può realmente orientare gli operatori del settore nell'aderire a schemi ecocompatibili di produzione.

A tal proposito, si è già accennato alle due direttive che a livello sovranazionale regolamentano la materia; più recentemente l'Unione ha adottato una nuova direttiva sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili (2018)²⁴ e nel 2019 ha introdotto l'*European Green Deal*, piano di azione per il raggiungimento di un sistema economico a zero emissioni nette di gas ad effetto serra entro il 2050. Nel 2021 è stato adottato il pacchetto di *Fit for 55*, che comprende tra gli obiettivi quello di incrementare la quota di energia prodotta da fonti rinnovabili al 40%, sviluppando livelli di efficienza energetica tra il 36 % e il 39% per il consumo di energia finale e primaria entro il 2030.

Premessa dunque l'importanza dello sviluppo delle fonti rinnovabili nel processo di transizione ecologica, quest'ultima costituisce uno degli assi strategici in cui si articola il Piano nazionale di ripresa e resilienza. Il tema dell'energia viene infatti sviluppato nella Missione 2,

22 Sul ruolo della leva fiscale nel processo di transizione *green* dell'attività imprenditoriale, con particolare riferimento al settore agricolo, E. GIARMANÀ, *L'impatto delle fonti rinnovabili in agricoltura: eco-agro-fotovoltaico e consumo del suolo*, in *Ambientediritto.it*, 3/2022, p. 30 ss.; G. MARCHIANÒ, *Regolazione dell'energia elettrica da fonte rinnovabile in particolare nei terreni agricoli*, in *Ambientediritto.it*, 4/2020, pp. 96-137; P. PURI, *La produzione dell'energia tra tributi ambientali e agevolazioni fiscali*, in *Diritto e pratica tributaria*, 2/2014, pp. 309-336.

23 Sui tributi ambientali, F. BATISTONI FERRARA, *I tributi ambientali nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. trib.*, 12/2008, pp.1090-1091, osserva che nei tributi aventi funzione ambientale, «l'effetto di protezione dell'ambiente ne costituisce soltanto un riflesso indiretto e accidentale: il fine perseguito dal legislatore è principalmente quello di conseguire, dal consociato, il concorso nelle spese pubbliche, che connota il tributo secondo l'art. 53 della Costituzione italiana».

24 Nel dicembre 2018, nel quadro del pacchetto «Energia pulita per tutti gli europei», è entrata in vigore la direttiva sulle energie rinnovabili. Quest'ultima, che doveva essere recepita nel diritto nazionale degli Stati membri dell'Unione Europea entro giugno 2021, ha imposto un nuovo obiettivo vincolante per l'Unione in materia rinnovabili pari ad almeno il 32 % dei consumi energetici finali lordi entro il 2030 e ha fissato al 14 %, la quota di energia rinnovabile nel settore dei trasporti entro il 2030. Secondo quanto disposto dal regolamento (UE) 2018/1999, spettava agli Stati membri -entro il marzo 2023- di proporre obiettivi energetici nazionali e definire piani nazionali decennali per l'energia e il clima (PNEC) per il periodo 2021-2030. Tali piani sono monitorati ogni due anni attraverso relazioni sullo stato di avanzamento e valutati dalla Commissione, che può introdurre misure a livello dell'UE per garantire la loro coerenza con gli obiettivi generali dell'Unione. La direttiva riveduta sulle energie rinnovabili è stata poi modificata dalla direttiva (UE) 2023/2413 del Parlamento europeo e del Consiglio del 18 ottobre 2023, che ha modificato le soglie percentuali degli obiettivi vincolanti, precedentemente fissati, innalzando al 42,5 % quella in materia di fonti energetiche rinnovabili. Inoltre, la nuova direttiva intende accelerare il processo di rilascio delle autorizzazioni per costruire centrali elettriche nuove a energia rinnovabile, come pannelli solari o parchi eolici, fissando a 12 mesi il tempo massimo per l'approvazione dei nuovi impianti nelle zone di riferimento per le energie rinnovabili e a 24 mesi altrove.



rubricata «*Rivoluzione verde e transizione ecologica*», che comprende investimenti in materia di economia circolare e agricoltura sostenibile; tutela del territorio e delle risorse idriche; efficientamento energetico; energie rinnovabili, idrogeno, rete e mobilità sostenibile. Tra le misure suddette, quella sull'energia rinnovabile racchiude tra i numerosi interventi a cui dare attuazione il ricorso alle fonti rinnovabili di energia, attraverso cui realizzare, anche mediante strumenti giuridici, l'adesione al modello di economia circolare, una concreta attuazione del principio dello sviluppo sostenibile e, dunque, il giusto bilanciamento tra sviluppo e tutela ambientale²⁵.

Il Pnrr è dunque una fonte di pianificazione, cui dare attuazione mediante il cronoprogramma in esso contenuto e previsto per ciascuna missione. Nello specifico, tra gli interventi di attuazione rilevano provvedimenti per l'installazione di impianti²⁶ e la legge finanziaria 2022 che riconosce crediti di imposta per la transizione ecologica²⁷.

Sempre con riferimento al quadro normativo nazionale, il c.d. Decreto Energia ha prorogato fino al 31 dicembre 2023 il riconoscimento di misure di sostegno per le imprese energivore; allo scopo di adeguare la normativa nazionale alla comunicazione 2022/C 80/01 della Commissione europea, del 18 febbraio 2022, a decorrere dal 1 gennaio 2024, beneficiano delle agevolazioni di cui al comma 4 del decreto suddetto le imprese che, nell'anno precedente alla presentazione dell'istanza di concessione delle agevolazioni medesime, hanno raggiunto un consumo annuo di energia elettrica non inferiore a 1 GWh, purché ricorra almeno uno dei seguenti requisiti: operino in uno dei settori ad alto rischio di rilocalizzazione di cui all'allegato 1 alla comunicazione 2022/C 80/01; operino in uno dei settori a rischio di rilocalizzazione di cui all'allegato 1 alla comunicazione 2022/C 80/01; pur non operando in alcuno dei settori di cui alle lettere a) e b), abbiano beneficiato, nell'anno 2022 ovvero nell'anno 2023, delle agevolazioni di cui al decreto del Ministro dello sviluppo economico 21 dicembre 2017, recante «Disposizioni in materia di riduzioni delle tariffe a copertura degli oneri generali di sistema

25 Sugli aspetti giuridici del concetto di economia circolare, cfr. F. DE LEONARDIS, *Economia circolare: saggio sui suoi tre diversi aspetti giuridici. Verso uno stato circolare?*, in *Diritto amministrativo*, 1/2017, p.163.

26 Si segnalano: D.L. 31 maggio 2021, n. 77, convertito, con modificazioni, con Legge 29 luglio 2021, n. 108, rubricato «Governance del Piano nazionale di rilancio e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure»; d.lgs. 8 novembre 2021, n. 199 (in attuazione della Direttiva (UE) 2018/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili); D.L. 1 marzo 2022, n. 17, c.d. Decreto Energia, «Misure urgenti per il contenimento dei costi dell'energia elettrica e del gas naturale, per lo sviluppo delle energie rinnovabili e per il rilancio delle politiche industriali»; D.L. 21 marzo 2022, n. 21, convertito dalla Legge 20 maggio 2022, n. 51 «Misure urgenti per contrastare gli effetti economici e umanitari della crisi ucraina»; D.L. 30 aprile 2022, n. 36, convertito in Legge 29 giugno 2022, n. 79 (Ulteriori misure urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza); D.L. 17 maggio 2022, n. 50 convertito con modificazioni dalla Legge 15 luglio 2022, n. 91 (c.d. Decreto Aiuti, «Misure urgenti in materia di politiche energetiche nazionali, produttività delle imprese e attrazione degli investimenti, nonché in materia di politiche sociali e di crisi ucraina»); D.L. 16 giugno 2022, n. 68 «Disposizioni urgenti per la sicurezza e lo sviluppo delle infrastrutture, dei trasporti e della mobilità sostenibile, nonché in materia di grandi eventi e per la funzionalità del Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili».

27 Cfr. art. 1, comma 45, Legge 30 dicembre 2021, n. 234.



per imprese energivore», nel rispetto dei requisiti di cui all'articolo 3, comma 1, lettere a) ovvero b), del medesimo decreto.



L'AMMINISTRAZIONE DIGITALE AI TEMPI DEL PNRR.

Andrea Giordano

*Magistrato della Corte dei conti, Vice Capo Gabinetto del Ministero dell'ambiente e della sicurezza energetica,
Professore incaricato di "Law and Economics" nell'Università La Sapienza*

Sintesi: La transizione digitale segna il destino dell'Amministrazione pubblica. Incide sull'organizzazione, sull'attività, sul processo. Imprime un nuovo corso che avvicina la p.a. ai cittadini, dando concretezza a quel diritto alla buona amministrazione che è consacrato dalla Carta di Nizza-Strasburgo. Il saggio si sofferma sul tema nell'ottica del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza. Dopo aver evidenziato le opportunità che - in particolare - dall'implementazione dell'interoperabilità e della migrazione dei dati al cloud possono discendere, indaga i rischi possibili, nell'ottica della dovuta sicurezza dei dati e della protezione delle garanzie fondamentali. La sintesi dialettica scaturisce dalla giurisprudenza amministrativa sulla "legalità algoritmica" e dall'attività di controllo della Corte dei conti, presidi di un uso equilibrato delle Tecnologie dell'Informazione e della Comunicazione.

Abstract: *The digital transition marks the fate of public administration. It affects the organization, the activity and the trial. It imparts a new deal that brings the administration closer to citizens, giving substance to the right to good administration. The essay looks at the topic from the perspective of the National Recovery and Resilience Plan. After highlighting the opportunities that may arise from the implementation of interoperability and cloud computing, it investigates the possible risks from the perspective of due data security and protection of fundamental rights. The synthesis flows from the administrative jurisprudence on "algorithmic legality" and from the audit activity of the Court of Auditors, aimed at guaranteeing a balanced use of Information and Communication Technologies.*

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. La transizione digitale nel pnrr. 2.1. L'amministrazione interoperabile. 2.2. Il *cloud computing*. 3. Profili di rischio e presidi possibili.

1. Introduzione.

La transizione digitale segna il destino dell'Amministrazione pubblica¹. Incide sull'organizzazione, sull'attività, sul processo.

¹ In tema, cfr., per tutti, L. TORCHIA, *Lo Stato digitale*, Bologna, 2023; D.-U. GALETTA, *Transizione digitale e diritto ad una buona amministrazione: fra prospettive aperte per le Pubbliche Amministrazioni dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e problemi ancora da affrontare*, in *Federalismi*, 2022, p. 103; A. LARICCIA, *Procedimento amministrativo e digitalizzazione*, in A. GIORDANO (a cura di), *Il procedimento amministrativo*



Imprime un nuovo corso che avvicina la p.a. ai cittadini, dando concretezza a quel diritto alla buona amministrazione che è consacrato dalla Carta di Nizza-Strasburgo².

Non pare, pertanto, imputabile al caso che il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza scommetta sulla digitalizzazione, facendone, insieme alla transizione ecologica e all'inclusione sociale, un fondamentale pilastro³.

Tuttavia, le opportunità multiformi, destinate a scaturire dal Piano, portano con sé rischi inevitabili, che impongono presidi a tutela delle garanzie fondamentali - per come, di recente, evidenziato dal «Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (Legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione»⁴ - e strumenti di monitoraggio anche *in itinere*⁵.

Se il diritto è scienza del limite, occorre fissare i confini della rivoluzione digitale ulteriormente promossa dal *Recovery Plan*; perché le innovazioni derivanti dalle Tecnologie

tra regole e responsabilità, Milano, 2021, p. 375; R. CAVALLO PERIN - D.-U. GALETTA (a cura di), *Il Diritto dell'Amministrazione pubblica digitale*, Torino, 2020.

2 Art. 41: «1. 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. 2. Tale diritto comprende in particolare: a) il diritto di ogni persona di essere ascoltata prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che le rechi pregiudizio; b) il diritto di ogni persona di accedere al fascicolo che la riguarda, nel rispetto dei legittimi interessi della riservatezza e del segreto professionale e commerciale; c) l'obbligo per l'amministrazione di motivare le proprie decisioni. 3. Ogni persona ha diritto al risarcimento da parte dell'Unione dei danni cagionati dalle sue istituzioni o dai suoi agenti nell'esercizio delle loro funzioni, conformemente ai principi generali comuni agli ordinamenti degli Stati membri. 4. Ogni persona può rivolgersi alle istituzioni dell'Unione in una delle lingue dei trattati e deve ricevere una risposta nella stessa lingua». In tema, cfr., ad es., A. Zito, Il «diritto ad una buona amministrazione» nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e nell'ordinamento interno, in Riv. it. dir. pubb. comunitario, 2002, p. 433 e, con riferimento al nesso con le Tecnologie dell'Informazione e della Comunicazione (TIC), D.-U. Galetta, Transizione digitale e diritto ad una buona amministrazione: fra prospettive aperte per le Pubbliche Amministrazioni dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e problemi ancora da affrontare, cit., spec. pp. 112-116.

3 Cfr. A. SAPORITO, *Verso una "nuova" Amministrazione digitale. Towards a "new" digital Administration*, in *AmbienteDiritto.it*, n. 2/2023, pp. 19-22.

4 «L'intelligenza artificiale può [...] a seconda delle circostanze relative alla sua applicazione e al suo utilizzo specifici, comportare rischi e pregiudicare gli interessi pubblici e i diritti tutelati dalla legislazione dell'Unione [...] Si rende pertanto necessario un quadro giuridico dell'Unione che istituisca regole armonizzate in materia di intelligenza artificiale per promuovere lo sviluppo, l'uso e l'adozione dell'intelligenza artificiale nel mercato interno, garantendo nel contempo un elevato livello di protezione degli interessi pubblici, quali la salute e la sicurezza e la protezione dei diritti fondamentali, come riconosciuti e tutelati dal diritto dell'Unione».

5 Dei «*two sides*» («*opportunities and risks*») dell'innovazione tecnologica parla, ad esempio, con particolare riguardo all'*Artificial Intelligence*, la COMMISSIONE U.E., «Fostering a European approach to Artificial Intelligence», 21.4.2021.



dell'Informazione e della Comunicazione (TIC) non si traducano in un *deficit* di umanità confliggente con la naturale vocazione del fenomeno giuridico⁶.

2. La transizione digitale nel PNRR.

Il programma “*Next Generation EU*”, proposto il 27 maggio 2020, che ha segnato un cambiamento epocale per l'Unione Europea, mettendo in campo risorse, pari a 750 miliardi di euro, per rilanciare la crescita, gli investimenti e le riforme⁷.

L'*intentio* sottesa al programma si appunta nella promozione della ripresa dell'economia europea all'insegna della transizione ecologica, della digitalizzazione, della competitività, della formazione e della inclusione sociale, territoriale e di genere.

Come risulta dal Regolamento (U.E.) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021, che ha istituito il Dispositivo per la Ripresa e la Resilienza, i sei pilastri su cui deve ruotare l'architettura dei PNRR sono: la transizione verde; la trasformazione digitale; la crescita intelligente, sostenibile e inclusiva; la coesione sociale e territoriale; la salute e la resilienza economica, sociale e istituzionale; le politiche per le nuove generazioni, l'infanzia e i giovani.

Centrale è, dunque, la transizione digitale, alla quale i Piani devono dedicare almeno il venti per cento della spesa complessiva per investimenti e riforme.

Lo scopo del miglioramento delle prestazioni digitali sintetizzate dall'Indice di digitalizzazione dell'economia e della società (DESI) - che, a propria volta, raggruppa gli indicatori di *performance* digitale nelle dimensioni della connettività, del capitale umano, dell'uso di *internet*, dell'integrazione della tecnologia digitale, dei servizi pubblici digitali - e dalla Comunicazione della Commissione U.E. “*Shaping Europe's Digital Future*” del 19 febbraio 2020 deve essere realizzato attraverso la razionalizzazione e digitalizzazione della pubblica amministrazione, lo sviluppo dei servizi pubblici digitali, il miglioramento della connettività,

6 Non può non rinviarsi a ERMOGENIANO, *Hominum causa omne ius constitutum est*, in *Digesto* 1, 5, 2. Sulle basi antropologiche del fenomeno giuridico, cfr. R. SACCO, *Antropologia giuridica*, Bologna, 2007; O. DE BERTOLIS, *Elementi di antropologia giuridica*, Napoli, 2010.

7 Occorre precisare che, con Decisione del Consiglio UE del giorno 8 dicembre 2023, è stato revisionato e approvato il nuovo Piano italiano, che attualmente ammonta a 194,4 miliardi di euro (122,6 miliardi di prestiti e 71,8 miliardi di sovvenzioni), comprendendo 66 riforme, sette in più rispetto al piano originario, e 150 investimenti. Rispetto alla dotazione iniziale di 191,5 miliardi, l'aumento è dovuto a 2,76 miliardi come contributi a fondo perduto (sovvenzioni) per la realizzazione del *RePowerEU* e 145 milioni a seguito dell'aggiornamento del contributo finanziario massimo; si articola in sedici Componenti, raggruppate in 7 Missioni. La nuova Missione 7 dedicata al *REPowerEU* contiene cinque nuove riforme e 12 nuovi investimenti volti a conseguire gli obiettivi del piano *REPowerEU* per rendere l'Europa indipendente dai combustibili fossili russi ben prima del 2030. Sono inoltre stati previsti cinque investimenti rafforzati nell'ambito di misure preesistenti e ricondotti alla nuova Missione. Il capitolo *REPowerEU* comprende anche misure ampliate che interessano quattro misure nell'ambito delle componenti M1C1, Digitalizzazione, innovazione e sicurezza nella PA, e M2C2, Energia rinnovabile, idrogeno, rete e mobilità sostenibile.



l'incremento delle competenze digitali di cittadini e lavoratori, il sostegno della ricerca e sviluppo (R&S) nelle reti di telecomunicazione (TLC) e la promozione dell'adozione delle tecnologie digitali da parte delle imprese.

Centrale è il ruolo della digitalizzazione, posto che - come si legge nel Piano - «L'Italia ha accumulato un considerevole ritardo in questo campo, sia nelle competenze dei cittadini, sia nell'adozione delle tecnologie digitali nel sistema produttivo e nei servizi pubblici. Recuperare questo *deficit* e promuovere gli investimenti in tecnologie, infrastrutture e processi digitali, è essenziale per migliorare la competitività italiana ed europea; favorire l'emergere di strategie di diversificazione della produzione; e migliorare l'adattabilità ai cambiamenti dei mercati»⁸.

Ciò è riflesso nella "Missione 1" ("Digitalizzazione, innovazione, competitività e cultura"), che «sostiene la transizione digitale del Paese, nella modernizzazione della pubblica amministrazione, nelle infrastrutture di comunicazione e nel sistema produttivo»⁹ e «ha l'obiettivo di garantire la copertura di tutto il territorio con reti a banda ultra-larga, migliorare la competitività delle filiere industriali, agevolare l'internazionalizzazione delle imprese»¹⁰. Come pure si evidenzia nel Piano, la parabola verso l'innovazione tecnologica del Paese non può prescindere da una piena interoperabilità tra le risorse informative degli enti pubblici, che «consenta di snellire le procedure pubbliche grazie alla piena realizzazione del principio (e obiettivo/standard della CE) del *"once only"*, un concetto di *e-government* per cui cittadini e imprese debbano poter fornire "una sola volta" le loro informazioni ad autorità ed amministrazioni»¹¹; né può prescindere da una effettiva migrazione dei dati verso nuvole informatiche.

Come, infatti, si legge nel PNRR, «Occorre investire nella trasformazione digitale della Pubblica Amministrazione (PA). Per farlo, seguiamo una strategia *"cloud first"*. Le Amministrazioni possono scegliere se migrare verso una nuova infrastruttura *cloud* nazionale all'avanguardia ("Polo Strategico Nazionale", PSN) o verso un *cloud* "pubblico" sicuro, a seconda della sensibilità dei dati e dei servizi coinvolti. La migrazione al *cloud* offre l'opportunità di eseguire un'importante revisione e aggiornamento dei processi e delle applicazioni delle PA. Le Amministrazioni sono aiutate in questo percorso con finanziamenti, capacità e riforme. Vengono razionalizzati gli appalti ICT, e sono create squadre

8 Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, p. 14.

9 Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, p. 16.

10 Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, p. 16. Cfr., ancora, Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, pp. 54-55, ove la digitalizzazione viene definita in termini di «abilitatore trasversale ad ampio spettro» e vengono dettagliati i fondamentali obiettivi da perseguire («consolidare un nucleo di competenze di elevato spessore per la razionalizzazione dell'azione amministrativa attraverso l'innovazione tecnologica e organizzativa»; «facilitare e accelerare la messa in opera degli investimenti per la digitalizzazione»; «assicurare quanto necessario per passare dalla fase progettuale alla concreta entrata in esercizio delle nuove infrastrutture e applicazioni»; «valorizzare le competenze digitali già presenti nell'amministrazione, ampliarle e rafforzarle»).

11 Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, p. 18.



d'implementazione dedicate al sostegno delle amministrazioni locali e centrali durante l'attuazione. Allo stesso tempo, il passaggio al *cloud* faciliterà lo sviluppo di un nuovo ecosistema di prodotti e servizi per la PA»¹².

2.1. L'amministrazione interoperabile.

L'investimento M1 C1 1.3 (censito nell'anagrafica "REGIS" con la denominazione "Piattaforma Digitale Nazionale Dati") trae la sua ragion d'essere dalla ridotta produttività che consegue al "gap digitale della PA italiana" e al difetto di interconnessione tra le diverse Amministrazioni, esternamente percepite come "silos verticali"¹³.

Scopo dell'intervento è quello di «cambiare l'architettura e le modalità di interconnessione tra le basi dati delle amministrazioni affinché l'accesso ai servizi sia trasversalmente e universalmente basato sul principio "once only", facendo sì che le informazioni sui cittadini siano a disposizione "una volta per tutte" per le amministrazioni in modo immediato, semplice ed efficace, alleggerendo tempi e costi legati alle richieste di informazioni oggi frammentate tra molteplici enti»¹⁴; ciò attraverso una "Piattaforma Digitale Nazionale Dati", che offra alle amministrazioni un catalogo centrale di "connettori automatici"¹⁵, consultabili e accessibili tramite un servizio dedicato, e un progetto che garantisca la partecipazione del Paese all'iniziativa europea dello Sportello unico digitale ("Single Digital Gateway"¹⁶).

Quest'ultimo prevede, in particolare, la completa armonizzazione delle procedure amministrative di maggiore rilevanza per i cittadini ¹⁷, da offrire «interamente in linea»¹⁸.

All'esito di una prima fase sperimentale (c.d. adozione controllata), la "Piattaforma Digitale Nazionale Dati" risulta, allo stato, operativa, consentendo di pubblicare le API, redigere e firmare accordi sull'interoperabilità digitale (*onboarding*), autenticare e autorizzare l'accesso alle stesse API, nonché convalidare e valutare la conformità del quadro nazionale in materia di interoperabilità¹⁹. Tale architettura, cui si affianca - per come detto - il "Single Digital

12 Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, pp. 17-18.

13 Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, p. 93.

14 Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, p. 93.

15 Le cosiddette API («Application Programming Interface»), definite nelle «Linee Guida sull'infrastruttura tecnologica della Piattaforma Digitale Nazionale Dati per l'interoperabilità dei sistemi informativi e delle basi di dati» come «Un insieme di procedure, funzionalità e/o operazioni disponibili al programmatore, di solito raggruppate a formare un insieme di strumenti specifici per l'espletamento di un determinato compito».

16 Regolamento (U.E.) 2018/1724 del Parlamento europeo e del Consiglio del 2 ottobre 2018 che istituisce uno sportello digitale unico per l'accesso a informazioni, procedure e servizi di assistenza e di risoluzione dei problemi e che modifica il Regolamento (U.E.) 2012/1024.

17 Si rinvia all'Allegato II al Regolamento (U.E.) 2018/1724, cit.

18 Per la relativa nozione, cfr. l'articolo 6 del Regolamento (U.E.) 2018/1724, cit.

19 In termini, Corte dei conti, Sezione centrale di controllo sulla gestione delle Amministrazioni dello Stato, 16 febbraio 2023, n. 16/2023/G, p. 50.



Gateway”, ancora *in fieri*²⁰, è destinata a dare luogo a un generalizzato cambiamento di paradigma²¹, tale da mettere a sistema i laboratori di interoperabilità già esistenti²² e fare, quindi, del “*once only*” la regola operativa dei rapporti tra cittadino e Amministrazione.

2.2. Il *cloud computing*.

Tanto quanto l’interoperabilità, il *cloud computing* è al centro della rivoluzione digitale in atto.

Consiste in «un insieme di tecnologie e di modalità di fruizione di servizi informatici che favoriscono l’utilizzo e l’erogazione di *software*, la possibilità di conservare e di elaborare grandi quantità di informazioni via *Internet*»²³.

Si concreta nella messa a disposizione di un ambiente informatico in cui, attraverso *Internet*, è dato collocare i dati, con funzione di *storage*, o di usufruire di servizi pronti all’utilizzo (c.d. “chiavi in mano”)²⁴.

La metafora della “nuvola” riecheggia gli intrinseci connotati della rete, nuvola che tutto riesce a connettere pur nascondendo, e sottendendo, un’infrastruttura complessa²⁵.

Gli investimenti M1|C1|1.1 (“*Infrastrutture digitali*”) e M1|C1|1.2 (“*Abilitazione e facilitazione migrazione al cloud*”) sono entrambi tesi alla promozione del *cloud computing* nel comparto pubblico.

20 Il “*Single Digital Gateway*” ha invero, da ultimo, conosciuto una riduzione del numero delle procedure oggetto di armonizzazione (procedure che da 21 sono passate a 19), con posticipazione del *target* dal 31 dicembre 2023, al momento, al 2025.

21 Cfr. T. S. KUHN, *The structure of scientific revolutions*, Chicago, 1962.

22 Non sono invero mancate, anche in Italia (fermo il maggiore avanzamento di Paesi che, come il Regno Unito, vantano da tempo sistemi basati sull’interoperabilità) le prime applicazioni pratiche. Emblematica è l’Anagrafe Nazionale della Popolazione Residente, che rientra nelle sei “*Basi dati di interesse nazionale*” di cui all’articolo 60, comma 3- bis, CAD. Quale anagrafe nazionale unica, la base dati in discorso riconduce a unità le distinte anagrafi dei Comuni italiani. Altrettanto significativo è il modello del Fascicolo Sanitario Elettronico (FSE), originariamente disciplinato dal D.P.C.M. 29 settembre 2015, n. 178, che raccoglie la “*storia clinica*” del soggetto, rendendo disponibili le informazioni e i documenti prodotti dal Sistema Sanitario Nazionale da medici e operatori sanitari anche di strutture diverse e da strutture sanitarie private. Il d.m. 4 agosto 2017, modificato dal successivo d.m. 25 ottobre 2018, ha disciplinato l’interoperabilità tra Fascicoli Sanitari regionali; tuttavia, l’attuazione di una piena interoperabilità è rimessa all’Anagrafe Nazionale degli Assistiti di cui al Decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 1° giugno 2022. Infine, un vero e proprio paradigma di interoperabilità si rinviene nel nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36), che prevede *ex professo* l’interoperabilità della Banca dati nazionale dei contratti pubblici di cui all’art. 23 con le piattaforme di approvvigionamento digitale, con il portale dei soggetti aggregatori, nonché con la “*Piattaforma Digitale Nazionale Dati*”. Scopo della Banca dati nazionale, di cui l’ANAC è titolare in via esclusiva, è, del resto, proprio quello di rendere disponibili, mediante interoperabilità, i servizi e le informazioni necessari allo svolgimento delle fasi dell’intero ciclo di vita dei contratti pubblici.

23 www.garanteprivacy.it.

24 www.irpa.eu/il-cloud-computing-la-visione-del-pnrr.

25 Cfr. M. C. DE VIVO, *Il contratto ed il cloud computing*, in *Rass. dir. civ.*, n. 4/2013, p. 1001.



Come ha evidenziato la deliberazione 14 luglio 2022, n. 33/2022/G della Corte dei conti, Sezione di controllo per la gestione delle Amministrazioni centrali, «L’irreversibile processo di trasformazione digitale in atto, accelerato dall’emergenza pandemica [...], ha reso indifferibile un’analogia trasformazione della Pubblica Amministrazione attraverso il ricorso al *Cloud Computing*, o *Cloud*, che riveste un ruolo centrale per la semplificazione e ottimizzazione della gestione delle risorse IT e la riduzione dei costi e l’introduzione di nuove tecnologie digitali»²⁶.

Mentre l’intervento 1.1 riguarda le Amministrazioni centrali, siccome teso a consentire la migrazione delle stesse sul Polo Strategico Nazionale – PSN, infrastruttura completamente privata o ibrida²⁷, o verso un *cloud* pubblico, l’investimento 1.2 è volto a supportare le Amministrazioni locali nella migrazione di *dataset* e applicazioni verso un’infrastruttura *cloud* sicura.

Il conseguimento dell’obiettivo di “*migration as a service*” appare, nel percorso di digitalizzazione delle stesse Amministrazioni oltre da quelle centrali, non troppo lontano.

Ferma la necessità di un complessivo potenziamento della capacità amministrativa degli Enti, che devono dotarsi di risorse umane e strumentali proporzionali alla transizione digitale in atto, è stata, a oggi, raggiunta la Milestone intermedia (31 marzo 2023) inerente all’aggiudicazione dei bandi pubblici per l’abilitazione al *cloud* per le gare di appalto dell’Amministrazione locale²⁸, oltre a essersi verificata la migrazione di 1.064 pubbliche amministrazioni locali verso ambienti *cloud* certificati.

3. Profili di rischio e presidi possibili.

La rivoluzione informatica porta con sé opportunità e rischi.

Interoperabilità e *cloud computing* mutano il volto dell’Amministrazione, rendendola più vicina alle istanze dei cittadini.

La transizione digitale non può, tuttavia, privare i diritti, e il diritto, della loro ontologica vocazione per l’uomo.

Così appare imprescindibile il rispetto del *General Data Protection Regulation (GDPR)*. Noto è, infatti, come il Regolamento (U.E.) 2016/679 abbia promosso la cultura dei dati che il diritto europeo, con la Direttiva 95/46/CE, aveva iniziato a costruire.

²⁶ Corte dei conti, Sezione centrale di controllo sulla gestione delle Amministrazioni dello Stato, 14 luglio 2022, n. 33/2022/G, p. 16.

²⁷ Come è noto, in base alla tipologia di infrastruttura, il *cloud* può distinguersi in quattro modelli di distribuzione: il *private cloud*, che ricorre quando l’infrastruttura *cloud* è fornita a uso esclusivo di una singola organizzazione; il *public cloud*, che si ha quando l’infrastruttura *cloud* è fornita per un uso aperto del pubblico in generale; l’*hybrid cloud*, soluzione che prevede l’utilizzo di un *cloud* pubblico da parte di un utente che già dispone di un *cloud* privato; il *community cloud*, infrastruttura condivisa da diverse organizzazioni a beneficio di una specifica comunità di utenti.

²⁸ In termini, Corte dei conti, Sezione centrale di controllo sulla gestione delle Amministrazioni dello Stato, 21 luglio 2023, n. 63/2023/G, pp. 37-38.



Il GDPR realizza, a uno stadio avanzato, quella parabola che ha mutato l'atteggiarsi del diritto alla *privacy* da "right to be let alone" a diritto dell'individuo al pieno controllo delle proprie informazioni²⁹ e alla protezione dei dati personali.

Come si legge nel *Considerando* (1) del Regolamento, «La protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati di carattere personale è un diritto fondamentale».

Così, secondo il *Considerando* (2), «I principi e le norme a tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati di carattere personale [...] dovrebbero rispettarne i diritti e le libertà fondamentali, in particolare il diritto alla protezione dei dati personali, a prescindere dalla loro nazionalità o dalla loro residenza».

La normativa di dettaglio è conforme alle esposte coordinate.

I dati personali sono trattati in modo lecito, corretto e trasparente nei confronti dell'interessato; raccolti per finalità determinate e trattati in modo non incompatibile con tali finalità; adeguati, pertinenti e limitati a quanto necessario rispetto alle finalità del trattamento; esatti e, se necessario, aggiornati; conservati in una forma che consenta l'identificazione degli interessati per un arco di tempo non superiore al conseguimento delle finalità per cui sono trattati; trattati in maniera da garantire un'adeguata sicurezza dei dati stessi³⁰.

Devono essere garantiti tutti i diritti che spettano all'interessato ai sensi degli articoli 12 e seguenti del Regolamento; come non possono non essere osservati i principi di *data protection-by-design*³¹ e di *data protection-by-default*³².

Il titolare del trattamento e il responsabile vigilano sulla sicurezza dei dati, a presidio degli interessati.

Con tale normativa deve relazionarsi l'architettura dell'interoperabilità e dell'armonizzazione delle procedure, dovendo il relativo intervento assicurare l'effettiva tutela dei dati immessi nella Piattaforma Digitale³³, in forza di un adeguato trattamento³⁴ degli

29 S. RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, Roma-Bari, 1999, p. 201: «Nella società dell'informazione tendono a prevalere definizioni funzionali della *privacy* che, in molti modi, fanno riferimento alla possibilità di un soggetto di conoscere, controllare, indirizzare, interrompere il flusso delle informazioni che lo riguardano. La *privacy*, quindi, può in primo luogo, e più precisamente, essere definita come il diritto di mantenere il controllo sulle proprie informazioni». Cfr. già ID., *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, Bologna, 1973 e ID., *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995.

30 Regolamento (U.E.) 2016/679, articolo 5.

31 Secondo cui il titolare deve implementare la disciplina relativa alla protezione dei dati personali fin dalla fase della progettazione.

32 Secondo cui il fornitore del servizio deve offrire al cittadino un prodotto le cui impostazioni predefinite assicurino il massimo livello di tutela della *privacy*.

33 In questo senso, del resto, il Parere del Garante per la Protezione dei dati personali sullo schema di "Linee Guida sull'infrastruttura tecnologica della Piattaforma Digitale Nazionale Dati per l'interoperabilità dei sistemi informativi e delle basi di dati" del 16 dicembre 2021.

34 Per la relativa nozione, cfr. Regolamento (U.E.) 2016/679, articolo 4.



stessi (anche attraverso il costante monitoraggio degli accessi³⁵); analoga, mite, dialettica deve ispirare il rapportarsi della migrazione dei dati con la dovuta protezione di questi ultimi. Quanto all'interoperabilità, appare emblematico il positivo dettato del Regolamento (U.E.) 2018/1724.

Per consentire il legittimo scambio di informazioni mediante l'operatività a livello di Unione del principio "*una tantum*", l'applicazione dello stesso Regolamento e di tale principio «dovrebbe essere conforme a tutte le norme in materia di protezione dei dati, ivi compresi i principi di minimizzazione dei dati, esattezza, limitazione della conservazione, integrità e riservatezza, necessità, proporzionalità e limitazione della finalità»³⁶.

Altrettanto rilevante, nell'ottica di un'interoperabilità compatibile con i principi sottesi al corretto trattamento dei dati, è l'indicatore per cui devono essere, in ogni caso, garantiti i principi di sicurezza e tutela della vita privata fin dalla progettazione (c.d. *privacy by design*), insieme ai «diritti fondamentali degli individui, inclusi quelli relativi all'equità e alla trasparenza»³⁷.

Le stesse tendenze rilevano in relazione alla trasmigrazione dei dati verso la nuvola virtuale.

Muovere verso quest'ultima non comporta eterodosse abdicazioni della vocazione umana dei dati.

L'architettura del *cloud computing* deve, invero, assicurare l'effettiva protezione dei dati oggetto di migrazione.

Oltre al rispetto dei dati degli utenti, l'attuazione degli investimenti in materia deve essere altresì compatibile con la cosiddetta "*data sovereignty*", il potere del governo di controllare i

35 Va, altresì, rilevato che la conformità del trattamento dei dati al *GDPR* non attiene esclusivamente all'aspetto tecnico della tutela della riservatezza dei dati condivisi, ma riguarda anche la *compliance* dell'organizzazione interna delle amministrazioni che mettono a disposizione i dati, richiedendo la valutazione delle misure di sicurezza normative, organizzative e tecnologiche adottate (individuazione delle figure obbligatorie, predisposizione dei registri del trattamento, mappatura dei processi, *etc.*). Tutto ciò è destinato a notevolmente incidere sulla capacità dell'organizzazione stessa di mantenere aggiornati i dati e di rispondere con immediatezza nel caso di incidenti che comportino la perdita di integrità dei dati.

36 Regolamento (U.E.) 2018/1724, *Considerando* (42).

37 *Ibidem*, *Considerando* (42). Appare, in merito, rilevante quanto ha significato il Garante per la Protezione dei dati personali in relazione allo schema di "*Linee Guida sull'infrastruttura tecnologica della Piattaforma Digitale Nazionale Dati per l'interoperabilità dei sistemi informativi e delle basi di dati*" del 16 dicembre 2021; Garante che ha rimarcato «la necessità che i meccanismi di gestione, utilizzo e aggiornamento degli attributi certificati, dichiarati e verificati, siano realizzati nel rispetto dei principi di liceità, trasparenza e correttezza del trattamento, di esattezza, di integrità e riservatezza e di *privacy by design* e *by default* [...] anche a seguito di una valutazione dei rischi per i diritti e le libertà degli interessati, da effettuarsi a cura degli Erogatori e del Gestore».



beni pubblici digitali³⁸, e in definitiva con la dovuta salvaguardia della segretezza delle informazioni che sottendano essenziali interessi dello Stato.

All'adozione di soluzioni *cloud* che assicurino la piena garanzia della *privacy* e la sicurezza di infrastrutture e servizi deve unirsi un processo di diuturno controllo che agisca su tutte le aree di interesse; ciò a partire dalla fase di progettazione dei servizi.

Il recinto dei principi scolpiti dalla giurisprudenza amministrativa, presidiati da un'adeguata azione di controllo, può condurre per mano su un itinerario orientato nell'ottica di una transazione digitale equilibrata.

Noto è, infatti, che il Consiglio di Stato, dopo aver evidenziato che «non può essere messo in discussione che un più elevato livello di digitalizzazione dell'amministrazione pubblica sia fondamentale per migliorare la qualità dei servizi resi ai cittadini e agli utenti»³⁹, ha esortato alla prudenza, impedendo che la digitalizzazione implichi un arretramento nel principio di trasparenza»⁴⁰.

La transizione digitale è, in definitiva, sostenibile nella misura in cui preservi quella interazione umana che consenta di «controllare, validare ovvero smentire la decisione automatica»⁴¹.

Il controllo sulla gestione, valorizzato – pur *alternis vicibus* – dalle più recenti riforme può fare il resto.

38 Si veda, in merito, la sentenza della Corte di giustizia U.E., 16 luglio 2020, n. 311 (causa C-311/18 - c.d. *Schrems II*).

39 Cons. St., Sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270, § 8; cfr. anche Cons. St., Sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 881, § 5.1: «In linea generale va ribadito come anche la pubblica amministrazione debba poter sfruttare le rilevanti potenzialità della c.d. rivoluzione digitale. In tale contesto, il ricorso ad algoritmi informatici per l'assunzione di decisioni che riguardano la sfera pubblica e privata si fonda sui paventati guadagni in termini di efficienza e neutralità».

40 Cons. St., Sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270, § 8.3.

41 Cons. St., Sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8474, § 15.2. Per la letteratura, sul necessario apporto umano nel contesto delle tecnologie informatiche, cfr. G. GALLONE, *Riserva di umanità e funzioni amministrative. Indagine sui limiti dell'automazione decisionale tra procedimento e processo*, Milano, 2023; R. GIORDANO - A. PANZAROLA - A. POLICE - S. PREZIOSI - M. PROTO (a cura di), *Il diritto nell'era digitale. Persona, Mercato, Amministrazione, Giustizia*, Milano, 2022; A. GIORDANO, *Intelligenza artificiale, giusto processo e giudizio contabile*, in *Riv. Corte dei conti*, n. 3/2022, p. 27; G. ALPA, *L'intelligenza artificiale. Il contesto giuridico*, Modena, 2021; ID. (a cura di), *Diritto e intelligenza artificiale*, Pisa, 2020; A. GARAPON - J. LASSÈGUE, *La giustizia digitale. Determinismo tecnologico e libertà*, Bologna, 2021; U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, Milano, 2020; F. DONATI, *Intelligenza artificiale e giustizia*, in *Rivista AIC*, 2020, p. 415; S. DORIGO (a cura di), *Il ragionamento giuridico nell'era dell'intelligenza artificiale*, Pisa, 2020; G. FASANO, *L'intelligenza artificiale nella cura dell'interesse generale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, p. 715; A. CARLEO (a cura di), *Decisione robotica*, Bologna, 2019; EAD. (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, Bologna, 2017; P. MORO, *Intelligenza artificiale e professioni legali. La questione del metodo*, in *Journal of Ethics and Legal Technologies*, May 2019, p. 24; E. PICOZZA, *Politica, diritto amministrativo and Artificial Intelligence*, in *Giur. it.*, n. 7/2019, p. 1761.



Al servizio dello Stato-comunità, lo stesso promuove la corretta gestione delle risorse collettive sotto il profilo dell'efficacia, dell'efficienza e dell'economicità; si concreta in un raffronto *ex post* tra gli obiettivi da raggiungere e i risultati, in concreto, conseguiti; accompagna l'azione amministrativa nel suo farsi: alla dinamicità dell'attività della p.a. si correla un controllo "*anche in corso di esercizio*", come è quello delineato dall'articolo 3, comma 4, della l. 14 gennaio 1994, n. 20 e dall'articolo 7, comma 7, del decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77⁴².

Il celere flusso del progresso tecnologico, che investe il settore pubblico quanto a organizzazione e attività⁴³, richiede un controllo – anche quanto a istruttoria – flessibile, duttile e di carattere empirico come quello di gestione; ai mutamenti che costantemente incidono sugli strumenti tecnologici deve correlarsi un controllo di integrazione (più che di conformazione⁴⁴), un monitoraggio "*real time*"⁴⁵ che inneschi virtuosi processi di autocorrezione tali da modulare l'azione amministrativa nel suo dinamico sviluppo.

Una tecnologia dal volto umano⁴⁶, preservata da un adeguato sistema di *auditing*, permette di valorizzare le straordinarie potenzialità della tecnologia digitale.

42 Che ha richiesto alla Corte dei conti di svolgere valutazioni di economicità, efficienza ed efficacia circa l'acquisizione e l'impiego di risorse finanziarie provenienti dai fondi di cui al Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR).

43 Cfr., in termini, la Comunicazione della Commissione al Consiglio ed al Parlamento europeo del 13 febbraio 2006, "*Interoperabilità per servizi paneuropei di e-Government*", p. 4: "*Il conseguimento dell'interoperabilità per i servizi di eGovernment è un processo continuo nel quale vanno costantemente integrati nuovi partner e nuove tecnologie*".

44 G. D'AURIA, *I controlli*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, Milano, 2003, p. 1384.

45 In armonia con il *trend* internazionale (INTOSAI Development Initiative, Audit Service Sierra Leone (ASSL), General Auditing Commission of Liberia (GAC), African Organisation of French-speaking Supreme Audit Institutions (CREFIAP), *Accountability in a time of crisis. How Supreme Audit Institutions and development partners can learn from previous crises and ensure effective response to Covid-19 in developing countries*, aprile 2020, in < www.intosaicbc.org>).

46 Cfr., ad es., A. GARAPON - J. LASSÈGUE, *La giustizia digitale. Determinismo tecnologico e libertà*, cit., p. 276, ove si parla di «scommessa sull'umanità» nel contesto della giustizia digitale.



LA “SPECIALISSIMA” AUTONOMIA DELLA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA IN SICILIA.

Attilio L.M. Toscano *

ABSTRACT [IT]: l’articolo esamina la “*specialissima*” configurazione normativa, di attuazione statutaria, amministrativa e giurisprudenziale, dei nove consiglieri “*laici*” del Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, organo composto da due sezioni regionali (e staccate) del Consiglio di Stato in Sicilia, nell’ambito del complessivo ordinamento della giustizia amministrativa e, in particolare, di quello della magistratura amministrativa, per metterne in luce l’evidente disparità di *status* e di trattamento economico rispetto a quelli dei consiglieri di Stato “*laici*”, perché di nomina governativa, ivi inclusi i due nominati per la provincia autonoma di Bolzano; e per verificare se questa palese differenziazione possa avere fondamento e compatibilità costituzionale, riflettendosi, in definitiva, la configurazione dei suoi consiglieri laici sul fondamento e sulla compatibilità costituzionale dello stesso Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Siciliana e sull’esercizio delle funzioni, esclusivamente statali, giustiziale e giurisdizionale amministrative superiori e di ultimo grado in Sicilia.

ABSTRACT [EN]: *the article examines the “very special” regulatory configuration of statutory, administrative and jurisprudential implementation, of the nine “lay” councilors of the Council of Administrative Justice for the Sicilian Region, a body composed of two regional (and detached) sections of the Council of State in Sicily, within the overall system of administrative justice and, in particular, that of the administrative judiciary, to highlight the evident disparity in status and economic treatment compared to those of “lay” state councilors, because they are appointed government, including the two nominated for the autonomous province of Bolzano; and to verify whether this clear differentiation can have a constitutional basis and compatibility, ultimately reflecting the configuration of its lay councilors on the foundation and constitutional compatibility of the Council of Administrative Justice itself for the Sicilian Region and on the exercise of exclusively state functions, judicial and jurisdictional administrative superior and last degree in Sicily.*

SOMMARIO: 1. Funzioni, struttura e composizione del Consiglio di Stato, tra Costituzione, Statuti speciali della Regione Siciliana e della Regione Trentino-Alto Adige e relative disposizioni di attuazione statutaria. – 2. Il Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Siciliana e il suo “*specialissimo*” modello organizzativo della giustizia amministrativa in Sicilia: dubbi di compatibilità costituzionale “*risolti*” dalla Corte costituzionale. – 3. Il consigliere laico del C.G.A., un “*terzo tipo*” e “*iper-speciale*” di magistrato superiore e di ultimo grado in Sicilia – 4. Assiomi e prolegomeni costituzionali (e statutari) sull’istituzione del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana. Tra la “*precarietà*” normativa e la “*onorarietà*” giurisprudenziale dei consiglieri laici del C.G.A. si conferma la “*specialissima*”



autonomia della giustizia amministrativa in Sicilia. – 5. Il consigliere di Stato laico, di nomina governativa e la sua concreta configurazione amministrativa. – 6. La posizione, la natura giuridica, la funzione ed i poteri del Consiglio di Presidenza della Giustizia amministrativa. Critica all’auto-attribuito potere di determinare un requisito di “controllo” sui nominandi. – 7. Il consigliere laico del Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Siciliana: l’ircocervo giuridico, distopico e disfunzionale, simbolo della “specialissima” autonomia della giustizia amministrativa in Sicilia.

1. Funzioni, struttura e composizione del Consiglio di Stato, tra Costituzione, Statuti speciali della Regione Siciliana e della Regione Trentino-Alto Adige e relative disposizioni di attuazione statutaria.

Il Consiglio di Stato è, secondo la Costituzione della Repubblica Italiana, il massimo organo, ausiliario del Governo e di rilievo costituzionale, «di consulenza giuridico-amministrativa e di tutela della giustizia nell’amministrazione»¹ ed esercita, pertanto, funzione consultiva – ivi inclusa quella sostanzialmente giustiziale² (rendendo pareri obbligatori e vincolanti³ sui ricorsi straordinari al Presidente della Repubblica) – tramite due sezioni centrali (la prima e la seconda, quest’ultima specificamente istituita per l’espressione di pareri sugli schemi di atti normativi⁴).

1 * Ricercatore e professore aggregato di Istituzioni di diritto pubblico nell’Università degli studi di Catania
Art. 100, comma 1, Cost.

2 «La funzione giustiziale, si colloca, ..., tra l’amministrazione e la giurisdizione, e trova fondamento nella Costituzione, non soltanto nel richiamato art. 100 Cost., ma anche nell’art. 117 della Carta, là dove, nel secondo comma, alla lettera l), nell’elencare le materie di legislazione esclusiva dello Stato, si tiene distinta quella della «giurisdizione e norme processuali» dalla «giustizia amministrativa»» Cons. Giust. Amm., sez. riun., parere 7 aprile 2022, n. 171, punto 7.3.1. Nello stesso senso Corte cost., sentenza 7 aprile 2023, n. 63: «Anche questa Corte, nel prendere atto della espressa attribuzione al Consiglio di Stato della legittimazione a sollevare questione di legittimità costituzionale in sede di parere, ha ricondotto tale rimedio alla nozione di “giudizio”, quantomeno ai fini dell’applicazione dell’art. 1 della legge cost. n. 1 del 1948 e dell’art. 23 della legge n. 87 del 1953» (sentenza n. 73 del 2014). E per giungere a tale conclusione ha valorizzato proprio, ancora una volta, l’«acquisita natura vincolante del parere del Consiglio di Stato, che assume così carattere di decisione, [la quale] ha conseguentemente modificato l’antico ricorso amministrativo, trasformandolo in un rimedio giustiziale». Del resto, come affermato nella stessa pronuncia, l’originaria scelta nel senso dell’attribuzione al ricorso straordinario della natura amministrativa (risalente alla sentenza n. 254 del 2004) era stata effettuata «soprattutto in ragione della facoltà del Consiglio dei ministri di adottare una decisione difforme dal parere del Consiglio di Stato» (sentenza n. 73 del 2014)».

3 Art. 14, comma 1, d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199 («Semplificazione dei procedimenti in materia di ricorsi amministrativi»), come modificato dalla l. 18 giugno 2009, n. 69.

4 Art. 1, comma 1, l. 27 aprile 1982, n. 186 («Ordinamento della giurisdizione amministrativa e del personale di segreteria ed ausiliario del Consiglio di Stato e dei tribunali amministrativi regionali») e art. 17, comma 28, l. 15 maggio 1997, n. 127 («Misure urgenti per lo snellimento dell’attività amministrativa e dei procedimenti di decisione e di controllo»).



È, allo stesso tempo, organo giurisdizionale amministrativo superiore e di ultimo grado⁵, che svolge funzione giurisdizionale di appello tramite sei sezioni centrali (dalla seconda alla settima). Esse decidono sugli appelli avverso le pronunce dei Tribunali amministrativi regionali, ad eccezione di quelle del Tribunale amministrativo regionale della Sicilia⁶, e del Tribunale regionale della Giustizia amministrativa (T.R.G.A.) del Trentino-Alto Adige.

Compongono il Consiglio di Stato: il presidente del Consiglio di Stato, i presidenti di sezione (con funzioni direttive) e i consiglieri di Stato, che sono (tutti) magistrati amministrativi “di carriera”, collocati nel ruolo della magistratura amministrativa⁷ e perciò “stabili”.

«In ragione di un quarto, i posti che si rendono vacanti nella qualifica di consigliere di Stato sono conferiti a professori universitari ordinari di materie giuridiche o ad avvocati che abbiano almeno quindici anni di esercizio professionale e siano iscritti negli albi speciali per le giurisdizioni superiori, o a dirigenti generali od equiparati dei Ministeri, degli organi costituzionali e delle altre amministrazioni pubbliche (o anche a dirigenti coordinatori di area dei Comuni⁸, n.d.r.) nonché a magistrati con qualifica non inferiore a quella di magistrato di Corte di appello o equiparata».

La loro nomina ha luogo con decreto del Presidente della Repubblica, su deliberazione del Consiglio dei ministri, previo parere (obbligatorio e non vincolante⁹) del Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa (C.P.G.A.), «contenente valutazioni di piena idoneità all'esercizio delle funzioni di consigliere di Stato sulla base dell'attività e degli studi giuridico-amministrativi compiuti e delle doti attitudinali e di carattere»¹⁰ e su proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri.

I consiglieri di Stato di nomina governativa, che in questo scritto chiameremo “laici”, solo per indicarne il procedimento di nomina non concorsuale, divengono appunto e sono dunque, a tutti gli effetti, magistrati amministrativi di professione, collocati nel ruolo della magistratura amministrativa con la qualifica di consiglieri di Stato¹¹, al pari degli altri consiglieri di Stato nominati per concorso o, altrimenti, provenienti dai Tribunali amministrativi regionali, sempre attraverso un concorso¹², che in questo scritto appelleremo, forse impropriamente, ma suggestivamente, “togati”.

Di talché il differente procedimento di nomina dei consiglieri di Stato laici, in deroga, innanzi tutto, al principio costituzionale per il quale «le nomine dei magistrati hanno luogo per concorso»¹³, non ha nessuna refluenza sulla loro carriera di magistrati amministrativi, dal

5 Artt. 103, comma 1, e 113, comma 1, Cost. e art. 6, comma 1, c.p.a

6 Artt. 6, comma 6, e 100, comma 1, c.p.a. e art. 4, comma 3, d.lgs. 24 dicembre 2003, n. 373 («Norme di attuazione dello Statuto speciale della Regione Siciliana concernenti l'esercizio nella regione delle funzioni spettanti al Consiglio di Stato»).

7 Artt. 1, comma 1, 14 e 23 e Tabella A, l. n. 186 del 1982.

8 Secondo Cons. St., sez. VII, sentenza 23 marzo 2022, n. 2142.

9 Anche per giurisprudenza pacifica, v., da ultimo, sempre Cons. Stato, sez. VII, sentenza 23 marzo 2022, n. 2142.

10 Art. 19, comma 1, n. 2, l. n. 186 del 1982.

11 Art. 23, l. n. 186 del 1982.

12 Art. 19, comma 1, nn. 1 e 3, l. n. 186 del 1982.

13 Art. 106, comma 1, Cost.



giuramento al collocamento a riposo al compimento del settantesimo anno di età¹⁴. Nessuna differenziazione, dunque, nello stato giuridico e nel trattamento economico, dagli altri consiglieri di Stato togati.

Da un quadro della giurisprudenza della Corte costituzionale, sia pur risalente ad oltre cinquant'anni fa, i consiglieri di Stato laici sono stati ritenuti compatibili con la Costituzione, in quanto la loro diversa modalità di provvista (per le diverse esperienze maturate negli ambiti di provenienza dai nominati) è opportuna (se non, addirittura, necessaria) per il raggiungimento delle finalità e delle funzioni assegnate al Consiglio di Stato (e, più in generale, alle giurisdizioni superiori); e la loro indipendenza è garantita dalla previsione, per legge, dell'accertamento dell'idoneità all'esercizio delle funzioni¹⁵, e non dal necessario accesso tramite pubblico concorso, nonché dalla loro inamovibilità¹⁶, *«in forza della quale il*

14 Art. 5, r.d.lgs. 31 maggio 1946, n. 511 (*«Guarentigie della magistratura»*), che fissa al compimento del settantesimo anno di età il limite massimo per il collocamento a riposo dei magistrati ordinari, e che si applica anche a quelli amministrativi, in virtù dell'espresso e inequivoco richiamo di cui all'art. 27, l. n. 186 del 1982.

15 Corte cost., sentenza 21 gennaio 1967, n. 1 e sentenza 6 dicembre 1973, n. 177. La questione affrontata dalla prima decisione riguardava la nomina governativa a consiglieri della Corte dei conti di soggetti estranei alla magistratura contabile per presunta violazione degli artt. 106, comma 1, 108, comma 2, e 100, comma 3, Cost. La Consulta affermò chiaramente che la regola del pubblico concorso, di cui al 106, comma 1, Cost., per le nomine dei magistrati non fosse norma di garanzia della loro indipendenza, valendo soltanto a rafforzarla, ma fosse, più propriamente, di garanzia dell'idoneità a ricoprire l'ufficio, peraltro, esclusivamente riferibile alla magistratura ordinaria (*«come risulta evidente dalle norme contenute nell'invocato art. 106 e negli articoli, che lo precedono e lo seguono, 104, 105, 107, 109, 111»*) e non alle magistrature speciali. D'altronde, la Corte dei conti (e il Consiglio di Stato e i tribunali militari) non sarebbero neanche vere e proprie magistrature speciali, perché espressamente sottratte a revisione dalla VI disp. trans. e fin. Cost., sempre secondo detta pronuncia. A garantire l'indipendenza dei soggetti estranei, è sufficiente la disposizione in base alla quale *«i consiglieri della Corte dei conti non possano essere revocati, né collocati a riposo di ufficio, né allontanati in qualsiasi altro modo senza il parere conforme di una commissione composta dai Presidenti e dai vice Presidenti dei due rami del Parlamento»*. La Corte ebbe modo di sottolineare anche che *«Una volta escluso, infatti, che la nomina per concorso debba necessariamente intervenire per assicurare l'indipendenza dei magistrati delle giurisdizioni speciali, per le quali, anzi, la provvista dell'ufficio in modi diversi e con procedimenti diversi da quelli del concorso può essere necessaria, o quanto meno opportuna, per il raggiungimento delle finalità loro assegnate (com'è evidente nel caso della Corte dei conti, non potendosi negare l'opportunità di acquisire all'Istituto esperienze maturate nell'ambito dell'amministrazione attiva)»*. Con la sentenza del 1973, la Consulta affermò, per ciò che in questa sede rileva, la compatibilità costituzionale delle nomine governative a consigliere di Stato, ritenendo non violate le disposizioni di cui agli artt. 100, comma 3, 108, comma 2, 102, comma 2, ultimo inciso, e 106, comma 3, Cost. nella misura in cui le relative disposizioni di legge assicurano l'idoneità del nominato alle funzioni, idoneità che doveva, in ogni caso, essere oggetto di accertamento, documentabile o evincibile dal contesto del procedimento.

16 Art. 5, r.d. 26 giugno 1924, n. 1054 (*«Approvazione del testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato»*) e, oggi, art. 24, l. n. 186/1982



giudice non può essere spostato di sede o di funzione se non... a seguito di un procedimento che gli garantisca i diritti di difesa col suo consenso»¹⁷.

Recentemente, una ex presidente del C.G.A. e, allo stesso tempo, dell'Associazione tra i Magistrati del Consiglio di Stato (A.M.C.S.), oggi presidente della quinta sezione giurisdizionale del Consiglio di Stato, ha avuto modo di sottolineare, per le nomine governative dei Consiglieri di Stato, che *«Tale modello ha superato indenne il vaglio della Corte costituzionale, ed è presente, sia pure senza quota prestabilita, nella Corte di cassazione, ai sensi dell'art. 106 Costituzione, e in molte giurisdizioni amministrative europee ed extraeuropee. Si basa sull'idea che a un'alta giurisdizione, connotata da tecnicismo e multidisciplinarietà dei saperi, è utile un apporto «laico». Inoltre, tale modello richiede requisiti soggettivi severi e un articolato procedimento di selezione volto a garantire che i nominati abbiano doti non solo di elevata esperienza e competenza, ma anche di imparzialità. Il governo, poi, non nomina i consiglieri di Stato, ma li designa, individuandoli tra categorie prestabilite dalla legge; il possesso degli astratti requisiti di legge non è sufficiente, essendo necessario anche un parere dell'organo di autogoverno della Giustizia amministrativa - ... - sulla piena attitudine all'esercizio delle funzioni e sulle garanzie di indipendenza. Infine, la nomina avviene da parte del Presidente della Repubblica, organo terzo e neutrale, garante del rispetto della Costituzione»¹⁸.*

Equivalenti funzioni, riteniamo essenzialmente statali, ossia quella consultiva giuridico-amministrativa del Governo regionale¹⁹, quella sostanzialmente giustiziale (con riferimento ai pareri obbligatori e vincolanti²⁰ sui ricorsi straordinari al Presidente della Regione Siciliana contro atti amministrativi soggettivamente e oggettivamente²¹ regionali²²) e quella giurisdizionale amministrativa superiore e di ultimo grado, svolgono le altre sezioni *«regionali»²³ e «staccate del Consiglio di Stato»²⁴*, aventi sede in Sicilia, a Palermo²⁵.

Tanto prevedono e, dunque, giustificano e legittimano, inequivocabilmente e dal punto di vista costituzionale, i commi 1, 2 e 4 dell'art. 23 dello Statuto della Regione Siciliana, in base ai quali *«1. Gli organi giurisdizionali centrali avranno in Sicilia le rispettive sezioni per gli affari concernenti la Regione. 2. Le Sezioni del Consiglio di Stato... svolgeranno altresì le funzioni... consultive... 4. I ricorsi amministrativi, avanzati in linea straordinaria contro atti amministrativi regionali, saranno decisi dal Presidente della Regione, sentite le Sezioni regionali del Consiglio di Stato».*

Dai chiari testi delle superiori disposizioni, si evince, in modo solare, che le sezioni regionali del Consiglio di Stato:

17 R. BIFULCO, *Diritto costituzionale*, II ed., Giappichelli, Torino, 2022, p. 189.

18 R. DE NICTOLIS, lettera del 10 gennaio 2021, al quotidiano *La Verità*.

19 Art. 9, comma 1, d.lgs. 24 dicembre 2003, n. 373 (*«Norme di attuazione dello Statuto speciale della Regione Siciliana concernenti l'esercizio nella regione delle funzioni spettanti al Consiglio di Stato»*).

20 Stante la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 9, comma 5, del d.lgs. n. 373 del 2003, per violazione degli artt. 3 e 24 Cost. ad opera di Corte cost., sentenza 7 aprile 2023, n. 63.

21 Cons. Giust. Amm., sez. riun., parere 7 aprile 2022, n. 171.

22 Art. 23, comma 4, St. Reg. sic. (approvato con r.d.l. 15 maggio 1946, n. 455, convertito in l.cost. 26 febbraio 1948, n. 2, modificato dalle ll.cost. 23 febbraio 1972, n. 1, 12 aprile 1989, n. 3 e 31 gennaio 2001, n. 2) e art. 9, comma 4, d.lgs. n. 373 del 2003.

23 Art. 23, comma 4, St. Reg. Sic.

24 Art. 1, comma 2, d.lgs. n. 373 del 2003.

25 Art. 1, comma 2, d.lgs. n. 373 del 2003.



- 1) hanno sede in Sicilia;
- 2) svolgono funzione giurisdizionale amministrativa «per gli affari concernenti la Regione» (di circa 5 milioni di abitanti), decidendo, oggi, sugli appelli avverso le pronunce del Tribunale amministrativo regionale della Sicilia²⁶;
- 3) svolgono funzione consultiva e sostanzialmente giustiziale, rendendo pareri sui ricorsi straordinari al Presidente della Regione. In sede di attuazione statutaria, e dunque con fonte primaria a competenza riservata e separata²⁷ a seguito di speciale procedimento di formazione “paritetico” Stato-Regione²⁸, è stato specificato che le predette sezioni regionali:

26 Artt. 6, comma 6, e 100, comma 1, c.p.a. e art. 4, comma 3, d.lgs. n. 373 del 2003.

27 Trattasi di qualificazione pacifica. Cfr. Corte cost., sentenza 7 aprile 2023, n. 63: «secondo il costante orientamento della Corte costituzionale, la competenza conferita ai decreti legislativi di attuazione statutaria ha carattere “riservato e separato” rispetto a quella esercitabile dalle ordinarie leggi della Repubblica (sentenze n. 237 del 1983 e n. 180 del 1980), con la conseguenza che “le norme così prodotte si pongono con rango sicuramente non subordinato a quello delle norme ordinarie e con possibilità quindi di derogarvi nell’ambito della loro specifica competenza” (sentenza n. 212 del 1984)»; e Cons. Giust. Amm., sez. riun., parere 7 aprile 2022, n. 171, punto e.3 per «la considerazione (cfr. Corte Costituzionale, 4 novembre 2004, n.316) che al d. Lvo. n. 373 del 24 dicembre 2003 che enuclea la speciale disciplina del Consiglio di giustizia amministrativa, vada riconosciuto rango primario in quanto recante norme di attuazione di statuti speciali (cfr. sentenze n. 353 del 2001, n. 213 e n. 137 del 1998); esso, - come gli altri testi consimili - va pertanto considerato fonte a competenza “riservata e separata” rispetto a quella esercitabile dalle ordinarie leggi della Repubblica (cfr. sentenze n. 213 e n. 137 del 1998, n. 85 del 1990, n. 160 del 1985), tale da potere introdurre una disciplina particolare ed innovativa, a condizione però di rispettare il “limite della corrispondenza alle norme e alla finalità di attuazione dello statuto, nel contesto del principio di autonomia regionale” (sentenze n. 353 del 2001 e n. 212 del 1984). Nella constatazione che decreti di attuazione degli Statuti speciali sono gli unici atti con forza di legge che non hanno, prima o dopo la loro emanazione, un controllo del Parlamento, si appalesa di inalterata attualità l’insegnamento della Corte costituzionale (cfr. sent. n. 180/1980) che li ha definiti appunto fonti a competenza “separata e riservata”, con una procedura approvativa che vede l’emanazione da parte del Governo previo parere obbligatorio della Commissione paritetica soprarichiamata, e che qualificata Dottrina ha definito di “collaborazione”, poiché viene sostituito il controllo parlamentare sull’atto finale, emanato dal Presidente della Repubblica senza alcun intervento delle Camere».

28 Art. 43 St. Reg. Sic., il quale prevede che «Una Commissione paritetica di quattro membri nominati dall’Alto Commissario della Sicilia e dal Governo dello Stato, determinerà le norme transitorie relative al passaggio degli uffici e del personale dello Stato alla Regione, nonché le norme per l’attuazione del presente Statuto». Corte cost., sentenza 6 aprile 1995, n. 109 evidenzia la «funzione consultiva» delle Commissioni paritetiche e la loro natura di «organo finalizzato alla ricerca di una sintesi positiva tra posizioni ed interessi potenzialmente diversi». Secondo Cass. civ., sez. un., 1° aprile 2019, n. 9042, la Commissione paritetica di cui all’art. 43 della St. Reg. Sic. è «strumento di collaborazione e di raccordo tra lo Stato e la Regione ad autonomia differenziata finalizzato alla ricerca di una sintesi positiva tra posizioni ed interessi potenzialmente diversi e funzionale al raggiungimento di specifici obiettivi, essendo investita di un’attribuzione speciale di partecipazione al procedimento legislativo che si esplica attraverso la determinazione delle norme, che saranno poi emanate con decreti legislativi del Governo, relative all’attuazione dello statuto stesso (Corte Cost., sentenze n. 109 del 1995 e n. 201 del 2010)». In sostanza, sempre secondo le sezioni unite, la Commissione paritetica ha uno speciale «ruolo nel procedimento legislativo che si esplica attraverso la redazione diretta del testo delle norme di attuazione dello statuto» e ciascun componente della Commissione paritetica è «coautore di una normativa di rango primario».



- 1) hanno sede a Palermo²⁹;
- 2) sono sezioni staccate del Consiglio di Stato;
- 3) allo stesso tempo, compongono il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana (C.G.A.);
- 4) sono due (se si vuole, per praticità, l'ottava e la nona sezione del Consiglio di Stato in Sicilia), una con funzione consultiva giuridico-amministrativa del Governo regionale³⁰ e l'altra con funzione giurisdizionale di appello contro le pronunce del Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia³¹;
- 5) in adunanza a sezioni riunite, rendono parere sui ricorsi straordinari al Presidente della Regione³² (funzione sostanzialmente giustiziale).

Quanto alla composizione delle sezioni regionali del Consiglio di Stato in Sicilia e dunque del C.G.A., quella consultiva è composta, per le disposizioni di attuazione statutaria³³, da due consiglieri di Stato, dal presidente preposto, che la presiede, e da sei consiglieri laici (un prefetto della Repubblica e cinque componenti in possesso dei requisiti di cui all'articolo 106, comma 3, Cost. per la nomina a consigliere di Cassazione ovvero di cui all'art. 19, comma 1, n. 2, l. n. 186 del 1982, per la nomina a consigliere di Stato).

Per la validità delle deliberazioni della sezione consultiva, sempre per le disposizioni di attuazione statutaria³⁴, occorre il voto di non meno di quattro membri della Sezione, tra cui almeno un consigliere di Stato e, implicitamente, essendo composta da soli tre consiglieri di Stato, almeno un membro laico, ivi compresi quelli della sezione giurisdizionale per supplenza³⁵. Le deliberazioni sono adottate a maggioranza. In caso di parità, prevale il voto espresso dal presidente.

La sezione regionale giurisdizionale del Consiglio di Stato è, invece, composta, sempre per le disposizioni di attuazione statutaria³⁶, da quattro consiglieri di Stato, dal presidente del C.G.A., che la presiede, dal presidente assegnato e da quattro consiglieri "laici" (in possesso dei requisiti di cui all'articolo 106, comma 3, Cost. per la nomina a consigliere di Cassazione ovvero di cui all'art. 19, comma 1, n. 2, l. n. 186 del 1982, per la nomina a consigliere di Stato).

Il collegio giudicante è composto, necessariamente, da uno dei due presidenti della Sezione, da due consiglieri di Stato e da due dei membri laici³⁷, ivi compresi quelli della sezione consultiva per supplenza³⁸, ad eccezione del prefetto, che è dunque e opportunamente limitato e vincolato all'esercizio della funzione consultiva.

29 Art. 1, comma 2, d.lgs. n. 373 del 2003.

30 Art. 9, comma 1, d.lgs. n. 373 del 2003.

31 Art. 4, comma 3, d.lgs. n. 373 del 2003.

32 Art. 9, comma 4, d.lgs. n. 373 del 2003.

33 Art. 3, comma 1, d.lgs. n. 373 del 2003.

34 Art. 3, comma 2, d.lgs. n. 373 del 2003.

35 Art. 2, comma 4, d.lgs. n. 373 del 2023.

36 Art. 4, comma 1, d.lgs. n. 373 del 2003.

37 Art. 4, comma 2, d.lgs. n. 373 del 2003.

38 Art. 2, comma 4, d.lgs. n. 373 del 2003.



Per la validità dell'adunanza delle sezioni riunite è richiesta la presenza di almeno nove membri.

Almeno un consigliere laico del C.G.A. deve pure partecipare all'Adunanza generale³⁹ e all'Adunanza plenaria⁴⁰ del Consiglio di Stato, limitatamente alle questioni che riguardano la Sicilia, e tutti i membri laici hanno pacificamente elettorato attivo dei magistrati del Consiglio di Stato, in occasione delle elezioni dei componenti c.d. "togati" del C.P.G.A., poiché agli stessi, come vedremo, «*si applicano*»⁴¹ le disposizioni concernenti lo stato giuridico dei consiglieri di Stato e dunque essi sono indubbiamente considerati «*magistrati del Consiglio di Stato*»⁴², ai fini di dette elezioni.

I consiglieri laici del C.G.A., a differenza dei consiglieri di Stato laici, sono, innanzi tutto, "designati": il prefetto, dal Ministro dell'interno, di concerto con il Ministro per gli affari regionali, gli altri nove, dal Presidente della Regione Siciliana. Occorre rilevare, per il carattere politico-amministrativo della designazione presidenziale, che, per effetto di leggi regionali siciliane, la designazione del Presidente della Regione, quale anche atto di indirizzo generale del Governo regionale, è soggetta al parere della prima Commissione Affari istituzionali dell'Assemblea regionale siciliana⁴³, previo assenso della Giunta regionale⁴⁴. Per il parere vale il meccanismo del silenzio-assenso⁴⁵. In caso di parere negativo della prima Commissione a maggioranza dei suoi componenti, laddove il Presidente insista nella designazione, deve pronunciarsi anche l'Assemblea⁴⁶, eventualmente anche tramite lo strumento del silenzio-assenso.

Tutti i consiglieri laici, comunque, sono nominati, con procedimento identico a quello dei consiglieri di Stato laici: con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri, sentito il C.P.G.A., previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, a cui dunque spetta il potere decisorio finale.

La designazione dei consiglieri laici deve, quindi, "incontrare" anche la successiva proposta del presidente del Consiglio, per cui pensiamo possa trattarsi di un caso di leale collaborazione e di accordo politico-amministrativo sulla scelta del designato, confacente al fatto che essi andranno ad esercitare funzioni essenzialmente statali, consultive, giustiziali nonché giurisdizionali amministrative proprie del Consiglio di Stato, sia pure per gli affari concernenti la Regione Siciliana e senza limitazione di materie.

39 Art. 9, commi 3 e 6, d.lgs. n. 373 del 2003, delibera del C.P.G.A. del 4 novembre 2005, rinvenibile sul sito istituzionale della Giustizia amministrativa (www.giustizia-amministrativa.it, Consiglio di Presidenza, Normativa e criteri, 14. Assegnazione al Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, pp. 12 e 15), e Cons. St., sez. prima, parere 11 febbraio 2021, n. 186.

40 Art. 10, commi 4 e 5, d.lgs. n. 373 del 2003 e delibera del C.P.G.A. del 4 novembre 2005.

41 Art. 6, comma 4, d.lgs. n. 373 del 2003 e art. 7, comma 2, l. n. 186 del 1982.

42 Art. 7, comma 2, l. n. 186 del 1982.

43 Art. 1, l.r. 20 aprile 1976, n. 35

44 Art. 4, comma 2, l.r. 29 dicembre 1962, n. 28.

45 Art. 3, l.r. n. 35 del 1976.

46 Art. 4 l.r. n. 35 del 1976.



L'accordo dei Governi dello Stato e della Regione sembra, però, non essere giustificato, a monte, dall'art. 23 St. Reg. Sic. che, pur potendo esplicitamente prevederlo anche per i consiglieri laici delle sezioni regionali del Consiglio di Stato, lo ha espressamente richiesto solo per i magistrati della Corte dei Conti, in Sicilia⁴⁷.

Differenza procedimentale è certamente la partecipazione al Consiglio dei Ministri del Presidente della Regione Siciliana, col rango di Ministro e con voto deliberativo⁴⁸, diversità che non riteniamo possa significativamente distinguere il procedimento di nomina da quello dei consiglieri di Stato governativi, perché il voto del Presidente potrà semmai essere determinante nell'ipotesi congiunta di effettiva partecipazione alla deliberazione e di divisione nella votazione del Consiglio a metà, casi entrambi estremamente rari e mai verificatisi, nella realtà.

La mera designazione regionale fa propendere sempre per la natura sostanzialmente governativa statale della nomina dei consiglieri laici del C.G.A., per tre ordini di ragione:

a) innanzi tutto, il Presidente della Regione, per esplicita previsione statutaria del comma 2 dell'art. 21, che precede l'art. 23, «*rappresenta altresì nella Regione il Governo dello Stato*» e, riteniamo, che il suo potere di designazione sia giustificato, statutariamente e quindi costituzionalmente da questa sua specifica funzione rappresentativa, ulteriore rispetto a quella di Capo del Governo regionale e rappresentante della Regione⁴⁹;

b) inoltre, ciò è anche confermato dalla sua partecipazione alla nomina governativa vera e propria col rango di Ministro e con voto deliberativo, ai sensi e per gli effetti dell'art. 21, comma 3, St. Reg. Sic.;

c) ancora, non si può minimamente ritenere che le funzioni delle sezioni regionali del Consiglio di Stato in Sicilia siano funzioni di natura (o provenienza) regionale, ma sono pur sempre ed essenzialmente statali.

I consiglieri laici del C.G.A., per le disposizioni di attuazione statutaria, non sono, però, magistrati amministrativi di carriera, non vengono collocati nel ruolo della magistratura amministrativa e, in effetti, non vengono collocati in nessun ruolo e perciò sono meri "*precari*", con divieto di riconferma⁵⁰; dopo la nomina, agli stessi – pur se, quantomeno amministrativamente, ritenuti consiglieri di Stato, durante il sessennio di durata in carica dal giuramento⁵¹ – «*si applicano*» soltanto le disposizioni concernenti lo stato giuridico dei consiglieri di Stato, e viene loro «*corrisposto*», dall'inizio del sessennio, il trattamento economico iniziale spettante ai consiglieri di Stato, ove più favorevole del loro trattamento economico iniziale⁵². Essi sono soggetti a tutte le incompatibilità e al medesimo regime

47 Art. 23, comma 3, St. Reg. Sic., ai sensi del quale: «*I magistrati della Corte dei Conti sono nominati, di accordo, dai Governi dello Stato e della Regione*».

48 Art. 21, comma 3, St. Reg. Sic., ai sensi del quale, il Presidente «*Col rango di Ministro partecipa al Consiglio dei Ministri, con voto deliberativo nelle materie che interessano la Regione*».

49 Art. 21, comma 1, Cost.

50 Art. 6, commi 4 e 5, d.lgs. n. 373 del 2003.

51 Art. 6, comma 4, d.lgs. n. 373 del 2003.

52 Art. 7, comma 1, d.lgs. n. 373 del 2003.



disciplinare a cui sono soggetti i consiglieri di Stato e tutti i magistrati amministrativi e ordinari⁵³.

Come si vede, le disposizioni di attuazione statutaria, per via anche della celeberrima sentenza n. 316 del 2004 che le ha considerate compatibili con lo Statuto regionale e con la Costituzione⁵⁴, incidono sensibilmente sull'organizzazione e sulla gestione dell'esercizio delle funzioni, riteniamo esclusivamente statali, giustiziale e giurisdizionale amministrative, in Sicilia, e sull'organizzazione e sugli organi ai quali è affidato l'esercizio della giustizia e della giurisdizione amministrative in Sicilia, nonché sullo stato giuridico e sul trattamento economico dei magistrati amministrativi siciliani, in particolare dei consiglieri laici.

Anticipiamo che un'ultima osservazione, per un quadro di insieme, merita come *tertium comparationis*, la disciplina, statutaria e di attuazione, del Trentino-Alto Adige, in ordine alla giustizia e alla giurisdizione amministrative superiori e di ultimo grado.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, infatti, decide sugli appelli avverso le pronunce della sezione autonoma di Bolzano del T.R.G.A., con la necessaria presenza, nelle sezioni che li decidono, di «*un consigliere appartenente al gruppo di lingua tedesca ovvero al gruppo di lingua ladina della provincia di Bolzano*»⁵⁵ (di appena 535.000 abitanti, meno di quelli del Comune di Palermo che sono oltre 650.000).

In sede di attuazione statutaria⁵⁶, si è prevista la nomina di ben due consiglieri di Stato laici, appartenenti al gruppo di lingua tedesca della provincia di Bolzano, scelti tra le categorie di

53 Art. 7, comma 1, d.lgs. n. 373/2003 e art. 28, l. n. 186/1982 che rinvia agli artt. 16-19 r.d. 30 gennaio 1941, n. 12, «*Ordinamento giudiziario*».

54 Corte cost., sentenza 4 novembre 2004, n. 316.

55 Art. 93, Statuto della Regione Trentino-Alto Adige (d.P.R. 31 agosto 1972, n. 670, «*Approvazione del testo unico delle leggi costituzionali concernenti lo statuto speciale per il Trentino-Alto Adige*»), come modificato dal comma 1 dell'art. 7 della l.cost. 4 dicembre 2017, n. 1 e art. 6, comma 5, c.p.a.

56 Art. 14, d.P.R. 6 aprile 1984, n. 426 («*Norme di attuazione dello statuto speciale per la regione Trentino-Alto Adige concernenti istituzione del tribunale amministrativo regionale di Trento e della sezione autonoma di Bolzano*»), come modificato dall'art. 6 del d.lgs. 20 aprile 1999, n. 161 che reca: «*Per gli effetti di cui all'art. 93 dello statuto, sono nominati due consiglieri di Stato, appartenenti al gruppo di lingua tedesca della provincia di Bolzano, scelti tra le categorie di cui al n. 2 dell'art. 19 della legge 27 aprile 1982, n. 186, nonché al precedente art. 2. La nomina è disposta con decreto del Presidente della Repubblica su proposta del Presidente del Consiglio dei ministri, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, con l'assenso del Consiglio provinciale di Bolzano. Per la nomina è richiesto altresì il parere del consiglio di presidenza della giustizia amministrativa. Costituisce requisito per la nomina la conoscenza della lingua italiana e di quella tedesca accertata ai sensi delle disposizioni recate dal decreto del Presidente della Repubblica 26 luglio 1976, n. 752. La relativa attestazione comporta l'estensione ai predetti consiglieri di Stato della norma di cui alla legge 13 agosto 1980, n. 454, e successive modificazioni, sull'attribuzione dell'indennità speciale di seconda lingua. L'assegnazione dei predetti consiglieri alle sezioni consultive e giurisdizionali del Consiglio di Stato è disposta, all'inizio di ogni anno, con il decreto previsto dall'articolo 12, primo comma, del testo unico 26 giugno 1924, n. 1054. Uno dei consiglieri di Stato appartenenti al gruppo di lingua tedesca della provincia di Bolzano, nominati ai sensi dell'articolo 93 del decreto del Presidente della Repubblica 31 agosto 1972, n. 670, deve far parte del collegio della sezione di cui all'articolo 17, comma 28, della legge 15 maggio 1997, n. 127, quando questa è investita di atti riguardanti la provincia di Bolzano. Resta fermo il disposto di cui all'articolo 43, secondo comma, del regio decreto 26 giugno 1924, n. 1054. I ricorsi contro le decisioni della sezione autonoma di Bolzano vengono attribuiti per la trattazione alle sezioni del*



cui al n. 2 dell'art. 19, l. n. 186 del 1982, modificate dall'art. 2, comma 2, del d.P.R. 6 aprile 1984, n. 426, recante «Norme di attuazione dello statuto speciale per la regione Trentino-Alto Adige concernenti istituzione del tribunale amministrativo regionale di Trento e della sezione autonoma di Bolzano»⁵⁷.

Essi sono nominati con procedimento identico a quello degli altri consiglieri di Stato laici e dei consiglieri laici del C.G.A.: con decreto del Presidente della Repubblica su proposta del Presidente del Consiglio dei ministri, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, che ha dunque potestà decisoria, su parere del C.P.G.A.

La proposta di nomina deve, quindi e anche qui, "incontrare" l'assenso del Consiglio provinciale di Bolzano⁵⁸, per cui, anche in questo caso, pensiamo possa trattarsi di un altro caso di leale collaborazione e di accordo politico-amministrativo sulla scelta del proposto, confacente al fatto che essi andranno ad esercitare funzioni statali consultive, giustiziali e giurisdizionali amministrative del Consiglio di Stato per gli affari riguardanti la provincia autonoma di Bolzano.

I consiglieri di Stato laici nominati per la provincia autonoma di Bolzano, per le disposizioni di attuazione statutaria, divengono e sono, a tutti gli effetti, magistrati amministrativi di professione, collocati, e perciò stabili, nel ruolo della magistratura amministrativa con la qualifica di consiglieri di Stato, al pari degli altri consiglieri di Stato di nomina governativa e nominati per concorso o, altrimenti, provenienti dai Tribunali amministrativi regionali, sempre attraverso un concorso. È inequivoca, infatti, la disposizione normativa di cui all'art. 14, comma 8, d.P.R. n. 426 del 1984: «Ai fini della nomina dei consiglieri di Stato di cui al presente articolo la dotazione organica del ruolo dei consiglieri di Stato, di cui alla tabella A allegata alla legge 27 aprile 1982, n. 186, è aumentata di due unità».

Consiglio di Stato alle quali sono assegnati i predetti consiglieri; del collegio giudicante sui predetti ricorsi deve far parte almeno uno di essi. Ai predetti consiglieri di lingua tedesca, sempreché risiedano in provincia di Bolzano, non si applica il disposto dell'art. 26 della legge 27 aprile 1982, n. 186. Ai fini della nomina dei consiglieri di Stato di cui al presente articolo la dotazione del ruolo dei consiglieri di Stato, di cui alla tabella A allegata alla legge 27 aprile 1982, n. 186, è aumentata di due unità».

57 Secondo il quale «Essi debbono appartenere ad una delle seguenti categorie:

- a) professori universitari di prima fascia in materie giuridiche in ruolo da almeno 10 anni;
- b) magistrati di ogni ordine, che abbiano conseguito almeno la seconda valutazione di professionalità, o con qualifica equiparata;
- c) avvocati e procuratori dello Stato alla seconda classe di stipendio;
- d) avvocati che abbiano effettivamente esercitato la professione con iscrizione nell'albo degli avvocati per almeno dieci anni, anche se non più iscritti all'albo; agli stessi in caso di nomina a consigliere sono estese le norme previdenziali di cui al quarto comma dell'articolo 22 della legge 20 settembre 1980, n. 576;
- e) impiegati muniti di laurea in giurisprudenza, assunti mediante concorso pubblico appartenenti ai ruoli amministrativi dello Stato, della Regione Trentino-Alto Adige, della Provincia autonoma di Bolzano, della Provincia autonoma di Trento, dei comuni o di altri enti pubblici locali delle province stesse, con qualifica non inferiore a dirigente o equiparata, con almeno dieci anni di effettivo servizio in tale qualifica».

58 Assenso alla proposta di nomina del Presidente del C.d.M., che il consiglio provinciale rende dopo il parere del Plenum del C.P.G.A. e prima della deliberazione decisoria del C.d.M.



Essi, al compimento di otto anni di anzianità e come tutti gli altri consiglieri di Stato, conseguono la nomina alla qualifica di presidente di sezione del Consiglio di Stato, nei limiti dei posti disponibili, previo giudizio di idoneità espresso dal Consiglio di presidenza sulla base di criteri predeterminati che tengano conto in ogni caso dell'attitudine all'ufficio direttivo e dell'anzianità di servizio, nonché il trattamento economico inerente alla qualifica di magistrato di cassazione con funzioni direttive superiori⁵⁹.

2. Il Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Siciliana e il suo "specialissimo" modello organizzativo della giustizia amministrativa in Sicilia: dubbi di compatibilità costituzionale "risolti" dalla Corte costituzionale.

Il C.G.A.⁶⁰ è stato istituito e configurato, in sede di attuazione statutaria regionale e in origine nel 1948⁶¹, come organo che «*esercita le funzioni consultive e giurisdizionali spettanti alle Sezioni regionali del Consiglio di Stato previste dall'art. 23 dello Statuto della Regione Siciliana*», successivamente nel 2003, è stato revisionato e riconfigurato come organo che «*esercita funzioni consultive e giurisdizionali nella Regione Siciliana, ai sensi dall'articolo 23 dello Statuto speciale*»⁶².

Nella Costituzione, del C.G.A. non vi è traccia, tra gli organi giurisdizionali "costituzionalizzati" e dunque "salvati"⁶³, né trattavasi di organo esistente al momento dell'entrata in vigore e dunque da poter "revisionare", ai sensi e per gli effetti della VI disp. trans. e fin. Cost. Nello Statuto della Regione Siciliana, parimenti, non vi è traccia del C.G.A.

In entrambe le formulazioni delle disposizioni di attuazione statutaria, quelle del 1948 e quelle del 2003, il C.G.A. è configurato come organo: in origine gli si è sostanzialmente attribuito l'esercizio delle funzioni già attribuite alle sezioni regionali del Consiglio di Stato, dopo si è espunto l'inciso che faceva riferimento alla diretta spettanza delle funzioni alle sezioni staccate del Consiglio di Stato.

Questa significativa revisione, ci sembra qualcosa in più di un mero "maquillage"⁶⁴, e dimostra che il C.G.A. è potenzialmente riconfigurato come un ulteriore, rispetto al Consiglio di Stato, organo di giustizia amministrativa superiore e di ultimo grado, ossia come organo di

⁵⁹ Art. 21, l. n. 186 del 1982.

⁶⁰ Sul C.G.A. il lavoro monografico certamente più recente, critico e significativo è di S. RAIMONDI, *L'ordinamento della giustizia amministrativa in Sicilia privilegio e condanna*, Giuffrè, Milano, 2009, accompagnato dai rilievi critici dello studio di F.G. SCOCA, *Specialità e anomalie del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 1, pp. 20 ss. Recentissimamente, V. MARTINES, *Il "peccato originale" del Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Siciliana*, in www.giustizia-amministrativa.it, Ufficio studi, 2024.

⁶¹ È indubbio che il C.G.A. sia stato istituito dalle disposizioni attuative statutarie, in particolare dal d.lgs. 6 maggio 1948, n. 654 («*Norme per l'esercizio nella Regione Siciliana delle funzioni spettanti al Consiglio di Stato*»), che all'art. 1, comma 2, prevedeva che il C.G.A. esercitasse «*le funzioni consultive e giurisdizionali spettanti alle Sezioni regionali del Consiglio di Stato previste dall'art. 23 dello Statuto della Regione Siciliana*».

⁶² Art. 1, comma 1, d.lgs. n. 373 del 2003.

⁶³ R. ROMBOLI, *La Magistratura*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Manuale di diritto costituzionale italiano ed europeo*, vol. II, IV ed., Giappichelli, Torino, 2021, p. 336.

⁶⁴ Secondo S. RAIMONDI, *L'ordinamento*, cit.



diretto esercizio delle funzioni attribuite dall'art. 23 St. Reg. Sic. alle sezioni regionali del Consiglio di Stato in Sicilia e dunque come sezione staccata, esso stesso, del Consiglio di Stato, che, a sua volta, si compone di due sezioni regionali del Consiglio di Stato.

Ovviamente, la prima considerazione che va fatta è se non vi sia stata una nuova istituzione di un giudice speciale.

Per superare questo primo dubbio ci sembra possa argomentarsi che oggi il C.G.A. sembra sostanzialmente configurato più come un apparato burocratico, o, se si vuole, una (sovra-)struttura di organizzazione e di gestione, con una propria specifica denominazione, dell'esercizio delle funzioni consultiva, ivi compresa quella sostanzialmente giustiziale, e giurisdizionale, superiore e di ultimo grado, amministrative spettanti, per le chiare e inequivoche disposizioni statutarie di cui all'art. 23 St. Reg. Sic., direttamente alle sezioni regionali del Consiglio di Stato, essenzialmente "interposto" tra il Consiglio di Stato e le sue due sezioni staccate siciliane e, paradossalmente, rispetto all'indubbia equivalenza delle funzioni, essenzialmente statali, esercitate per gli affari concernenti la Regione Siciliana, distinto dal Consiglio di Stato.

Il C.G.A., in altri termini, è differenziato dal Consiglio di Stato per le attribuzioni, previste solo dalle disposizioni di attuazione statutaria, di organizzazione dell'esercizio delle funzioni statali consultiva e giurisdizionale amministrative in Sicilia, non anche per l'esercizio delle stesse perché, in effetti, si compone di due sezioni regionali del Consiglio di Stato, nonché per un suo proprio modello organizzativo dell'esercizio delle stesse.

Sono chiare, in questo senso, le vigenti disposizioni di attuazione⁶⁵, che prevedono che il presidente del C.G.A., il quale deve essere un presidente di sezione del Consiglio di Stato, svolga compiti di organizzazione e di gestione dell'esercizio delle funzioni statali delle due sezioni regionali del Consiglio di Stato, e ci pare che siano, invece, proprio le sezioni regionali ad esercitare direttamente le funzioni ivi previste, non il C.G.A., che, dunque, le adempie, nella sostanza, indirettamente e proprio loro tramite.

A volere considerare il C.G.A. qualcosa in più, ossia un organo di giustizia amministrativa superiore e di ultimo grado esso stesso e di diretto esercizio delle funzioni, essenzialmente statali, consultiva e giurisdizionale amministrative – e dunque autonomo e disunito, anche giustizialmente e giurisdizionalmente, oltreché distinto dal Consiglio di Stato – almeno per queste ultime funzioni (giustiziale e giurisdizionale amministrative) si pone un evidentissimo problema di compatibilità, a tacer d'altro, con il divieto costituzionale di istituire nuovi giudici speciali⁶⁶ e con l'esplicita sottrazione, dalla prevista procedura di revisione degli organi speciali di giurisdizione esistenti, della giurisdizione speciale del Consiglio di Stato⁶⁷ quale, riteniamo e argomenteremo, unico e unitario organo giurisdizionale amministrativo superiore e di ultimo grado.

Non ci sembra, d'altronde, che l'art. 103, comma 1, Cost., che menziona accanto al Consiglio di Stato «*gli altri organi di giustizia amministrativa*», si possa riferire ad altri organi se non a quelli di cui la Costituzione stessa ne ha previsto l'istituzione, con legge dello Stato, in ogni Regione,

65 Art. 2, commi 4 e 5, del d.lgs. n. 373 del 2003.

66 Art. 102, comma 2, Cost.

67 VI disp. trans. e fin., comma 1.



e dunque non al C.G.A. come organo direttamente giustiziale e giurisdizionale amministrativo, ma agli «*organi di giustizia amministrativa di primo grado*»⁶⁸, e cioè ai Tribunali amministrativi regionali, le cui decisioni possono essere impugnate innanzi al Consiglio di Stato e, per la Sicilia, innanzi alla sue sezioni regionali, secondo il principio costituzionale del decentramento della giurisdizione amministrativa⁶⁹, che riguarda esclusivamente quella di primo grado.

Riprendendo le parole di autorevolissima dottrina, si può quindi affermare che «*È dubbio se possa ritenersi costituzionale l'istituzione di altri complessi aventi al vertice sempre il Consiglio di Stato e alla base giurisdizioni speciali di nuova istituzione*»⁷⁰. Dubbi di compatibilità costituzionale possono, quindi, intravedersi nella stessa istituzione post-costituzionale del C.G.A., ad opera di fonte primaria a competenza riservata e separata a seguito di speciale procedimento di formazione di collaborazione Stato-Regione, anche come mero apparato burocratico di organizzazione dell'esercizio delle funzioni, esclusivamente statali, giustiziale e giurisdizionale amministrative.

Di certo non potrebbe legittimare, dal punto di vista costituzionale, l'istituzione post-costituzionale del C.G.A. la facoltà per il legislatore statale di istituire «*sezioni specializzate per determinate materie, anche con la partecipazione di cittadini idonei estranei alla magistratura*»⁷¹, sia per l'espressa riserva di tale facoltà alle disposizioni statali sull'ordinamento giudiziario⁷², sia per l'espressa limitazione in Costituzione della loro costituzione solo «*presso gli organi giudiziari ordinari*», sia ancora per la sussistenza di una attribuzione generale al C.G.A. di tutti gli affari giustiziali e giurisdizionali amministrativi siciliani, non limitata (qualitativamente o quantitativamente) a «*determinate materie*», o a materie «*minori*», ma solo alla loro «*concernenza*» la Regione Siciliana.

All'interno del Titolo IV Cost., in particolare, si parla, infatti, di «*ordinamento giurisdizionale*»⁷³, di «*giustizia*»⁷⁴ di «*funzione giurisdizionale*»⁷⁵, di «*ordinamento giudiziario*»⁷⁶, di «*amministrazione della giustizia*»⁷⁷, di «*giustizia amministrativa*» e di «*giurisdizione*»⁷⁸, della magistratura come «*ordine*»⁷⁹, di «*giurisdizioni speciali*»⁸⁰, di «*organizzazione*» e «*funzionamento*» dei «*servizi relativi alla giustizia*»⁸¹, di «*norme sulla giurisdizione*»⁸².

68 Art. 125, Cost.

69 Corte cost., sentenza 18 luglio 1984, n. 212.

70 M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, in E. CARDI e A. NIGRO (a cura di), VI ed., Bologna, 2002, p.83.

71 Art. 102, comma 2, Cost.

72 Art. 102, comma 1, Cost.

73 Rubrica della Sezione I. del Titolo IV.

74 Art. 101, comma 1, Cost.

75 Art. 102, comma 1, Cost.

76 Artt. 102, comma 1, 105, 106, comma 2, 107, commi 1 e 4, Cost.

77 Artt. 101, comma 1, 102, comma 3, e 108, comma 2, Cost.

78 Art. 103, comma 1, Cost.

79 Art. 104, comma 1, Cost.

80 Art. 108, comma 2, Cost.

81 Art. 110, Cost.

82 Rubrica della Sezione II. del Titolo IV, ed art. 111, Cost.



L'ordinamento giurisdizionale è da intendersi come l'insieme di norme che regola il potere e l'esercizio della funzione giurisdizionale, che sono il potere⁸³ e la funzione di *ius dicere* (da cui deriva *iuris dictio*, cioè giurisdizione, appunto), di interpretare⁸⁴ le disposizioni normative e di applicare le norme (non solo statali e sub-statali, ma anche quelle internazionali ed europee) ai casi concreti.

L'ordinamento giurisdizionale amministrativo⁸⁵, distinto da quello ordinario e facente parte del più lato ordinamento della giustizia amministrativa e, allo stesso tempo, quale insieme delle norme che disciplinano il potere e l'esercizio della funzione giurisdizionale amministrativa, comprende in sé l'ordinamento magistratuale amministrativo, quale *corpus* organico e insieme delle norme che regolano proprio l'organizzazione dell'esercizio della giurisdizione amministrativa e l'organizzazione (anche sotto il profilo strutturale e compositivo) della magistratura amministrativa, perché disciplina l'organizzazione e gli organi ai quali è affidato l'esercizio della giustizia e della giurisdizione amministrative, e lo stato giuridico e il trattamento economico dei magistrati amministrativi, che esercitano la

83 R. BIFULCO, *Diritto*, cit., p. 187 «il potere che, nella teorica della separazione dei poteri, è chiamato ad applicare la legge e, proprio per questo, viene anche considerato come privo di un proprio indirizzo politico, il potere neutro per eccellenza, la bocca della legge (bouche de la loi) per usare la celebre espressione di Montesquieu».

84 V. ZAGREBELSKY, *Nozione e portata dell'indipendenza dell'Ordine giudiziario e dei giudici. Ruolo del Consiglio superiore della magistratura*, in *Osserv. AIC*, 6, 2019, p. 87, osserva sull'interpretazione giudiziale che «Lo scrutinio che il giudice interprete fa della "legalità della legge" viene effettuato con strumenti largamente discrezionali come sono il ricorso alla nozione di "ragionevolezza" della legge (da parte della Corte Costituzionale) o di "proporzione" dell'intervento statale (da parte della Corte europea dei diritti umani). E al giudice si richiede, prima di sollevare questione di costituzionalità della legge, di ricorrere a tutti gli strumenti dell'interpretazione per ricercare, tra le diverse possibili, la interpretazione compatibile con la Costituzione (e con la Convenzione europea dei diritti umani). Figlia di questo stato di cose è la stessa nozione di "diritto vivente" nella giurisprudenza, opposta a quello che per la sua aleatorietà vivente non è. Non "vivente" e tuttavia applicata nel decidere questa o quella controversia giudiziaria. In questo quadro la pretesa che l'interpretazione giudiziale, riconosciuta inevitabile, sia però almeno "esatta" ha fatto il suo tempo. Perché l'interpretazione della legge non ha nulla della certezza della dimostrazione matematica. L'adozione di una soluzione interpretativa non significa che tesi diverse siano sbagliate». R. BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine una prospettiva quantistica*, II ed., Franco Angeli, Milano, 2014, sottolinea che nel processo di applicazione della legge «L'aspetto più notevole è che quel che conta non è come la disposizione legislativa sia scritta, se essa sia più o meno dettagliata. Molte volte non è la qualità della legge a fare la differenza e a enturarsi in una nuova di chiedere all'interprete di andare in profondità e di superare la normale procedura di applicazione della legge. La differenza dipende non dalle norme, ma dai fatti (o dalla "natura delle cose", come diceva Aristotele): sono questi a richiedere all'analisi giuridica un maggior livello di risoluzione... Siamo perciò invitati a spostare la nostra attenzione dall'oggetto al soggetto dell'osservazione, nel campo del diritto, bisogna muovere lo sguardo dalla legge all'interprete e a ciò che questi costruisce come "caso". I "fatti" sono accadimenti oggettivi, i "casi" non lo sono. Il "caso" è una costruzione della mente umana... Ciò che comunemente si ritiene essere l'oggetto dell'interpretazione (la legge) ha un debole grado di "oggettività", poiché è l'interprete a decidere se esso è o meno rilevante per la sua attività».

85 L'ordinamento giurisdizionale, e di conseguenza il potere e la funzione giurisdizionali, si ripartisce in ordinario e speciale. La giurisdizione ordinaria è quella, civile e penale, esercitata dai giudici ordinari, e quella speciale è esercitata dai giudici speciali (la nostra Costituzione contempla tre giurisdizioni speciali: amministrativa, contabile e militare).



giustizia e la giurisdizione amministrative e che, nel loro insieme, costituiscono la magistratura amministrativa (o, il che è lo stesso, l'ordine magistratuale amministrativo).

Le norme sulla giustizia e sulla giurisdizione amministrative costituiscono, però, materie di indiscutibile potestà legislativa esclusiva dello Stato⁸⁶, così come, corrispettivamente, la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio della Repubblica Italiana⁸⁷, e quelle sull'ordinamento magistratuale amministrativo sono oggetto di riserva di legge⁸⁸ dello Stato, che riteniamo assoluta, ma della cui ampiezza, ancor oggi, si discute (soprattutto con riferimento ai pretesi poteri c.d. *para-normativi* del Consiglio Superiore della Magistratura⁸⁹), e che non ci pare possa essere minimamente disunita dalla su indicata potestà legislativa esclusiva statale, perché le nozioni di giustizia e di giurisdizione amministrative, logicamente prima che giuridicamente, non possono non includere anche l'organizzazione dell'esercizio della giurisdizione amministrativa, l'organizzazione e la struttura della magistratura amministrativa e, financo, la composizione dei collegi giudicanti.

Le norme di attuazione statutaria, incontrano, poi, l'evidente limite della loro natura giuridica di attuazione che può muoversi anche "*praeter legem*" e dunque "*praeter statutum*" e, dunque, svolgere una funzione integrativo-aggiuntiva dello Statuto, sempreché «*concordino innanzi tutto con le disposizioni statutarie e col fondamentale principio dell'autonomia della Regione, e se inoltre sia giustificata la loro emanazione dalla finalità dell'attuazione dello Statuto*»⁹⁰, e in più, riteniamo, con l'evidente e invalicabile limite costituzionale delle materie comunque riservate alla legge dello Stato e oggetto di potestà legislativa esclusiva dello Stato.

Infatti, tali fonti sono frutto di uno speciale procedimento di formazione statutariamente attribuito in Sicilia alle determinazioni⁹¹ di una Commissione paritetica che si conclude con l'emanazione di un decreto legislativo, rivestendo per tale via solo la forma di un atto avente forza (e valore) di legge statale, restando nella sostanza uno speciale atto sì equiparato alla legge dello Stato, ma di formazione paritetica e dunque "*eguale*" tra lo Stato e la Regione (in particolare, nel caso della Sicilia).

La loro "*atipicità*", poiché sono generalmente definite fonti atipiche, non sta ovviamente nella loro mancata previsione al livello costituzionale, ma nella loro frammentaria e diversificata previsione negli Statuti speciali regionali e nel *nomen iuris* che assumono, a conclusione del loro speciale procedimento di formazione, di decreto legislativo, che

86 Art. 117, comma 2, lett. l, Cost.

87 Art. 117, comma 2, lett. m, Cost.

88 Art. 108 Cost.

89 A.L.M. TOSCANO, *Il controllo sui magistrati. Vigilanza ministeriale, C.S.M. procedimento disciplinare e garanzie costituzionali*, E.S.I., Napoli, 2020, pp. 54 e ss.

90 In tal senso, Corte cost., sentenza 16 luglio 1956, n. 20. E poi in seguito Corte cost., sentenza 18 luglio 1984, n. 212; sentenza 7 novembre 2001, n. 353 e sentenza 4 novembre 2004, n.316.

91 È chiarissimo per la Regione Siciliana l'art. 43 del suo statuto che attribuisce alla Commissione il potere di determinare le norme per l'attuazione. Dobbiamo però prendere atto che anche con riferimento ad altri Statuti speciali il valore delle determinazioni della Commissione paritetica è generalmente riconosciuto come quello di un parere obbligatorio e vincolante, immodificabile nella sostanza.



certamente non è il decreto legislativo di cui all'art. 76 Cost., mancandone tutti i requisiti e i limiti.

In altri termini, già per quanto sopra ci sembra che le disposizioni di attuazione statutaria siciliana manchino di "giustificazione" costituzionale e statutaria ad istituire un autonomo organo giustiziale e giurisdizionale amministrativo, il C.G.A., e, per di più a regolare, come vedremo di qui a breve, la magistratura amministrativa superiore e di ultimo grado siciliana in maniera irragionevolmente diversa dal resto della Repubblica Italiana, andando ad invadere determinate materie oggetto sia di riserva assoluta di legge dello Stato sia di potestà legislativa esclusiva dello Stato.

Questo nostro ragionamento viene confermato dalla pressoché indiscussa impossibilità per il Governo statale di apportare modifiche contenutistiche sostanziali allo schema di atto normativo formato dalla Commissione paritetica. Ma, allo stesso tempo, viene messo in discussione dal potere del Governo statale di non adottare le disposizioni di attuazione, ciò che esclude *in radice* la pariteticità della fonte, avendo sempre il Governo statale il potere di prevalere unilateralmente su determinazioni sostanziali già prese dai legittimi (e legittimati) rappresentanti dello Stato nella Commissione paritetica, che riteniamo sia l'unica forma legittima di (com-)partecipazione dello Stato all'adozione delle disposizioni di attuazione statutaria siciliana.

Siamo consapevoli che altri Statuti speciali prevedono più esplicitamente una funzione meramente consultiva delle Commissioni paritetiche al Governo statale⁹², ma, in particolare e come già detto, l'art. 43 St. Reg. Sic. stabilisce inequivocabilmente, a differenza delle altre corrispondenti disposizioni statutarie speciali, che la Commissione paritetica abbia potere di determinazione del contenuto delle disposizioni di attuazione e, dunque, non sembra trattarsi, quantomeno per la Sicilia, della mera formulazione di un mero parere, sia pure obbligatorio e vincolante.

Ma quand'anche si trattasse di mero parere obbligatorio e vincolante, come si ritiene generalmente, non ci spieghiamo in cosa possa mai consistere questo *vinculum iuris se*, alla fine, il Governo statale può sempre non adottare le disposizioni "proposte" in sede di leale collaborazione tra Stato e Regione, e la mancata adozione di atti normativi, già frutto di accordo Stato-Regione, finisce con lo sbilanciare, fino ad eludere, ogni forma di corretta (com-)partecipazione⁹³.

Maggiore coerenza mostrerebbe la qualificazione delle norme di attuazione statutaria, in particolare di quelle siciliane, come speciali fonti paritetiche Stato-Regione e non come fonti

92 Così l'art. 56 St. Reg. Sardegna prevede che la Commissione paritetica «proporrà» le norme di attuazione che «saranno emanate con decreto legislativo». L'art. 48 bis St. Reg. Valle d'Aosta delega il Governo ad «emanare» decreti legislativi di attuazione i cui schemi sono «elaborati» dalla Commissione paritetica. L'art. 65 St. Friuli-Venezia Giulia prevede che le norme di attuazione siano «stabilite» con decreti legislativi, «sentita» la Commissione paritetica. L'art. 107 St. Trentino-Alto Adige, stabilisce che le norme di attuazione siano «emanate» con decreti legislativi, sentita la Commissione paritetica.

93 Sulle forme di raccordo tra Stato ed enti territoriali e sui problemi connessi, si rinvia ad A.L.M. TOSCANO, *Le intese previste nel nuovo Titolo V della Costituzione e i problemi connessi*, in *Atti del I convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Milano, Giuffrè, 2005, pp. 1011-1021.

statali, perché sostanzialmente non lo dovrebbero e non lo potrebbero essere, quantomeno in materia di giustizia e di giurisdizione. La riserva di legge statale di cui all'art. 108, comma 1, Cost. e la potestà legislativa esclusiva dello Stato di cui agli artt. 117, comma 2, lett. l e m, non ci sembra possa consentire invadenze sostanziali da parte delle Regioni a statuto speciale. Né la prevalenza governativa statale sui "pareri" delle Commissioni paritetiche, in assenza di un "controllo" preventivo o successivo delle Camere, è sufficiente a garantire l'effettiva ed esclusiva statualità e la democraticità stessa della fonte.

Non ci sembra che il potere governativo di non adottare gli schemi di decreti legislativi comunque formati dalle Commissioni paritetiche, in particolare determinati da quella siciliana, possa avere un solido fondamento costituzionale che non sia quello di un mero "controllo" preventivo di legittimità formale costituzionale, al pari di quello del Presidente della Repubblica, che li emana. Anche alla luce dell'art. 56 St. Reg. Sardegna dell'art. 48 *bis* St. Reg. Valle d'Aosta e dell'art. 107 St. Trentino-Alto Adige che sembrano riferirsi più ad uno speciale potere meramente emanativo che adottivo del Governo.

Se è pur vero che le norme di attuazione statutaria traggono la loro forza di legge dall'emanazione con decreto legislativo *sui generis*, a volere salvare la prevalenza unilaterale del Governo statale, si tratterebbe di fonti esclusivamente statali, contraddittorie, al limite della negazione, con la loro indiscussa natura di attuazione paritetica di Statuti speciali, questi ultimi di forza indubbiamente costituzionale, in cui la (com-)partecipazione delle Regioni a Statuto speciale sarebbe meramente formale, per dir così, una mera "foglia di fico"!

Inoltre, i decreti legislativi di attuazione statutaria così intesi sono atti aventi forza di legge del Governo statale, privi di limiti, contrariamente alla natura stessa, formale e sostanziale, dei decreti legislativi delegati, perimetrati, con legge-delega dello Stato, con principi e criteri direttivi, tempo limitato e oggetto definito. Così intesi divengono veramente atipiche fonti primarie e, in definitiva, "leggi" formali e sostanziali del Governo, al di fuori di ogni controllo delle Camere, con potenziale lesione dello stesso principio democratico, nonché, per quanto riguarda le materie della giustizia e della giurisdizione amministrative, in possibile contrasto con la riserva di legge dello Stato di cui all'art. 108, comma 1, Cost. e con la potestà legislativa esclusiva statale di cui all'art. 117, comma 2, lett. l e m, Cost., e con gli stessi principi di amministrazione della giustizia in nome del popolo italiano e della soggezione del giudice soltanto alla legge di cui all'art. 101, comma 1 e 2, Cost.

È significativo che, quando nel 2001, si è revisionato l'art. 116 Cost. e si è introdotto il nuovo comma 3, per le Regioni a statuto ordinario, si è previsto che ulteriori forme e condizioni di autonomia potessero essere concesse solo per l'organizzazione della giustizia di pace, e dunque su ridotta materia riservata alla potestà legislativa esclusiva dello Stato, e, sempre, con la garanzia di una legge approvata dalle Camere a maggioranza assoluta dei componenti, sulla base di intesa fra lo Stato e la Regione interessata, escludendosi esplicitamente alcun potere governativo indipendente dall'attività legislativa formale delle Camere.

Diversamente in Sicilia e in Trentino-Alto Adige, per materie riservate alla potestà legislativa esclusiva dello Stato, ossia la giustizia e la giurisdizione amministrative, il Governo statale potrebbe incidere ed incide unilateralmente potendo sempre prevalere sugli accordi Stato-Regione, raggiunti nella competente sede della Commissione paritetica. Con problemi



anche di compatibilità con il principio costituzionale di leale collaborazione, oltre che con quello di specialità regionale.

È vero che la politicità del decreto legislativo, in sé, garantisce che il Governo non possa essere obbligato ad emanare il decreto legislativo contenutisticamente proposto dalle Regioni a statuto speciale, ma è anche vero che per il recepimento dello schema delle disposizioni di attuazione non è mai stato rimesso ad una vera e propria legge formale ordinaria delle Camere, ma ad organo costituzionale titolare, in via ordinaria, della funzione esecutiva e, solo eccezionalmente, di quella sostanzialmente legislativa⁹⁴.

Non ci sembra impossibile ritenere che ciò voglia avere il significato della sussistenza di un mero obbligo di controllo formale sugli schemi di disposizioni di attuazione statutaria, e che in virtù di tale configurazione la mancata adozione del decreto legislativo, in caso di valutazioni contenutistiche sostanziali o per meri fini politici, possa comunque generare una ipotesi di conflitto di attribuzioni Stato-Regione, quanto meno per tentare una sorta di *actio finium regundorum* del potere governativo statale, alla luce anche del costituzionalizzato principio di leale collaborazione, e comunque del principio costituzionale di specialità regionale⁹⁵.

Con questa configurazione vivente delle norme di attuazione, in definitiva, ci chiediamo, cosa resti dell'autonomia, per di più speciale di cui le norme di attuazione statutaria sono simbolo legale, e cosa resti della pretesa pariteticità della fonte suddetta.

Tuttavia, se non si rimedita, come ci sembra quantomeno ragionevole, l'avviso per cui il Governo statale può sempre prevalere unilateralmente sulle determinazioni (o sui pareri obbligatori e vincolanti) della Commissione paritetica, non adottandole(-i), indipendentemente dalle ragioni formali, sostanziali o meramente politiche che siano, e se, per di più, non si ripensa alla tesi prevalente, in dottrina e in giurisprudenza, in base alla quale le norme di attuazione statutaria sono fonti primarie dello Stato, come se la Regione non vi partecipasse o vi partecipasse solo formalmente, e non invece speciali fonti paritetiche vere e proprie, e ciò alla fine solo per il *nomen iuris* dell'atto di loro adozione (il decreto legislativo), non c'è dubbio allora che esse possano arrivare a disciplinare non solo l'organizzazione dell'esercizio della funzione giustiziale e di quella giurisdizionale amministrative in Sicilia e della magistratura amministrativa siciliana, ma, in concreto, anche lo stesso potere e le stesse funzioni giustiziale e giurisdizionale e il loro esercizio in Sicilia.

Ed in effetti la più che nota sentenza della Corte costituzione n. 316 del 2004⁹⁶ le qualifica, senza sé e senza ma, fonti di «*natura statale e non regionale*» e le ritiene «*giustificate*» dall'art. 23 St. Reg. Sic. e addirittura «*secundum statutum*», sia pur solo con riferimento alla potestà di disciplinare la «*peculiare struttura e composizione*» del C.G.A. e dunque soltanto rispetto all'organizzazione dell'esercizio delle funzioni e non all'esercizio stesso.

Insomma, un colpo al cerchio e un colpo alla botte.

94 Artt. 76 e 77 Cost.

95 Art. 116, comma 1, Cost. Sul principio costituzionale di specialità regionale quale fondamento dei decreti legislativi di attuazione statutaria, v. M. COSULICH, *Il decreto legislativo di attuazione statutaria nelle Regioni ad autonomia speciale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, pp. 84-87.

96 Corte cost., sentenza 4 novembre 2004, n. 316.



Da un lato, le norme di attuazione statutarie assurgono a indiscusse fonti primarie statali, potenzialmente idonee a disciplinare, di conseguenza, tutto l'ordinamento della giustizia, della giurisdizione e della magistratura (quantomeno amministrative) in Sicilia, e così qualificate divengono compatibili con la riserva di legge di cui all'art. 108, comma 1, e con la potestà legislativa esclusiva dello Stato di cui all'art. 117, comma 2, lett. l e m, Cost., e, dall'altro, ci si limita a consacrarne la potenzialità organizzativa dell'esercizio della giustizia e della giurisdizione amministrative in Sicilia.

In ogni caso, dopo questa decisione la porta è aperta e c'è da chiedersi fino a che punto possano spingersi, in concreto, le norme di attuazione statutaria nella loro accertata potenzialità organizzativa dell'esercizio della giustizia e della giurisdizione amministrative in Sicilia.

Questa concreta, ma già per quanto sopra criticabile, configurazione, ad opera della giurisprudenza costituzionale, delle norme di attuazione statutaria quali fonti statali, le rende idonee ad incidere legittimamente e per di più su tutto l'ordinamento giustiziale e giurisdizionale di cui al Titolo IV, quantomeno in sede di attuazione di disposizioni statutarie generiche e/o di principio, come l'art. 23 St. Reg. Sic., e a superare i limiti massimi di ogni potestà legislativa speciale, statutariamente riconosciuta (in Sicilia, i «*limiti delle leggi costituzionali dello Stato*» di cui all'art. 14 St. Reg. Sic., e i limiti delle materie di cui agli artt. 14 e 17 St. Reg. Sic., salvi ovviamente i supremi principi costituzionali), potendosi realizzare forme e condizioni particolari di autonomia speciale, la cui attuazione è rimessa, in definitiva, al Governo statale, in assenza di legge delega preventiva delle Camere.

Con questa configurazione, in particolare delle disposizioni di attuazione statutaria dell'art. 23 St. Reg. Sic., ci sembra si sia finiti per "creare" una materia, quella della giustizia e della giurisdizione siciliana, non contemplata né come materia di potestà legislativa esclusiva né come materia di potestà legislativa concorrente (artt. 14 e 17 St. Reg. Sic.), rimessa ad una potestà normativa pariordinata alla legge dello Stato, in definitiva "riservata" esclusivamente al Governo statale, che si colloca tra la potestà legislativa esclusiva statale vera e propria, esercitabile con legge e atti aventi forza di legge dello Stato, comunque sottoposti a controllo delle Camere, e la potestà legislativa regionale siciliana, esclusiva e concorrente, e che sembra un non senso logico, prima che statutario e dunque costituzionale.

Non senso al livello statutario e dunque costituzionale, in primo luogo, perché così facendo si sottopone la giustizia, la giurisdizione e la magistratura amministrative in Sicilia al Governo statale con grave compromissione del principio costituzionale di indipendenza istituzionale della magistratura da ogni potere dello Stato (dal potere esecutivo, in particolare) e di quello della soggezione dei giudici soltanto alla (e dunque della "dipendenza" soltanto dalla) legge quale «*espressione mediata*»⁹⁷ della sovranità popolare.

In secondo luogo, perché sono le materie di cui agli artt. 14 e 17 St. Reg. Sic. a caratterizzare e a delineare la speciale autonomia legislativa regionale siciliana, e in esse non v'è traccia della giustizia e della giurisdizione (quantomeno amministrative), e sempre nei «*limiti delle leggi costituzionali dello Stato*», il che, in combinato disposto con gli artt. 108, comma 1, e 117, comma 2, lett. l e m, vale quantomeno come implicito divieto ad appropriarsi – ogni soggetto

97 G. BARONE, *L'intervento del privato nel procedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1969, p. 3.



dell'ordinamento giuridico ivi incluso il Governo statale, e se non con revisione costituzionale, ove ammissibile – di altre materie per disciplinare “*specialissime*” e non giustificate ulteriori forme e condizioni di autonomia speciale regionale, quali quelle della giustizia amministrativa in Sicilia. Tant'è che, in Sicilia, si è istituito il C.G.A., se n'è prevista una necessaria composizione “*mista*” con consiglieri di Stato e consiglieri laici e “*specialissime*” organizzazioni delle sezioni regionali, anche per *quorum* deliberativi, e, come vedremo, gli stessi consiglieri di Stato assegnati al C.G.A. vengono collocati fuori dal ruolo dei magistrati amministrativi⁹⁸, i consiglieri laici del C.G.A. esercitano le loro funzioni solo per un sessennio, hanno trattamento economico solo iniziale dei consiglieri di Stato e non hanno limiti di età per il collocamento a riposo. Per la provincia autonoma di Bolzano, si è prevista, invece, l'istituzione di due consiglieri di Stato laici per la trattazione degli affari concernenti la provincia, aumentandosi la dotazione organica del ruolo dei magistrati amministrativi.

Tutto può ancora accadere.

3. Il consigliere laico del C.G.A., un “*terzo tipo*” e “*iper-speciale*” di magistrato superiore e di ultimo grado in Sicilia.

Dovremmo tentare di rispondere alla prima domanda: “*ma cos'è*” il consigliere “*laico*” del C.G.A.? Ed agli ulteriori e connessi quesiti, probabilmente retorici, ma di non poco momento: è forse il consigliere laico del C.G.A. un giudice “*specialissimo*”, rispetto ai consiglieri di Stato e, in particolare, a quelli di nomina governativa, ivi compresi i due nominati, dal Consiglio dei Ministri, per la provincia autonoma di Bolzano? E, laddove lo fosse, è mai compatibile un giudice “*iper-speciale*”, un “*terzo tipo*” di giudice amministrativo (nel formante giurisprudenziale ritenuto anche onorario⁹⁹) presso la (riteniamo unica e unitaria) giurisdizione amministrativa, con la Costituzione della Repubblica Italiana e con il pari grado Statuto della Regione Siciliana? E questa sua possibile “*alienità*” dal dettato costituzionale e statutario è idonea a riflettersi sulla stessa configurazione del C.G.A.?

Si deve sottolineare, come già visto, che i consiglieri del C.G.A. compongono (o meglio debbono comporre) funzionalmente, organicamente e strutturalmente ai fini della validità delle loro deliberazioni¹⁰⁰, per le disposizioni di attuazione

98 Art. 2, commi 1, 2 e 3, che rinvia all'art. 13 l. n. 186 del 1982, e art. 8 d.lgs. n. 373 del 2003.

99 Lo ritiene esplicitamente magistrato onorario Cons. St., sez. V, sentenza 14 settembre 2021, n. 6282.

100 L'art. 3, comma 2, d.lgs. n. 373 del 2003, prevede che per la validità delle deliberazioni della sezione consultiva occorra il voto di almeno quattro membri, di cui almeno un consigliere di Stato e poiché i consiglieri di Stato sono in tutto tre (il presidente preposto alla sezione consultiva, che la presiede, e due consiglieri di Stato), implicitamente, occorre sempre il voto di almeno un componente laico, ivi incluso il nominato Prefetto della Repubblica. Invece, l'art. 4, comma 2, d.lgs. n. 373 del 2003, prevede che il collegio giudicante della sezione giurisdizionale sia, specificamente, composto da uno dei due presidenti della Sezione, da due consiglieri di Stato e da due dei membri laici. L'art. 9, comma, 4 prevede, invece, che per la validità delle sedute delle sezioni riunite, che esprimono parere sui ricorsi straordinari al Presidente della Regione, è richiesta la presenza di almeno nove membri e poiché i consiglieri di Stato al C.G.A. sono in tutto nove (il presidente del C.G.A., il presidente alla sezione consultiva, il presidente assegnato alla sezione giurisdizionale e sei consiglieri di Stato), astrattamente potrebbe prescindere dalla necessaria presenza di un componente laico.



statutaria¹⁰¹, le sue due sezioni, consultiva e giurisdizionale – le quali, per Statuto e per le disposizioni di attuazione statutaria, costituiscono, allo stesso tempo, «sezioni regionali»¹⁰² e «Sezioni staccate del Consiglio di Stato»¹⁰³. I consiglieri laici del C.G.A. sono organi “essenziali”, senza i quali il C.G.A. non potrebbe funzionare, si bloccherebbe. Se, per esempio, tutti i consiglieri laici del C.G.A. si astenessero o fossero ricusati, un determinato affare non potrebbe essere trattato, né sussistono meccanismi normativi sostitutivi in una ipotesi del genere. L’ipotesi non è impossibile che si verifichi e dimostra la loro essenzialità, appunto.

Stessa ipotesi potrebbe farsi con i consiglieri di Stato laici nominati per gli affari della provincia autonoma di Bolzano. Come abbiamo già notato, mentre la differenza di provvista iniziale tra i consiglieri di Stato togati e laici, dopo le rispettive nomine e con riguardo allo stato giuridico e al trattamento economico, si elide, venendo entrambi i due “tipi” normativi di giudice amministrativo di appello laico collocati nel ruolo dei magistrati amministrativi di carriera, con la medesima qualifica di consigliere di Stato¹⁰⁴ appunto; dopo la nomina, ai consiglieri laici del C.G.A. – pur se, quantomeno amministrativamente, ritenuti consiglieri di Stato, durante il sessennio di durata in carica dal giuramento¹⁰⁵ – «si applicano» soltanto le disposizioni concernenti lo stato giuridico dei consiglieri di Stato, e viene loro «corrisposto», dall’inizio del sessennio, il trattamento economico iniziale spettante ai consiglieri di Stato, ove più favorevole del loro trattamento economico iniziale¹⁰⁶.

In nessuna disposizione statutaria o di attuazione siciliana, i giudici laici del C.G.A. sono considerati, definiti o qualificati consiglieri di Stato; essi sono soltanto, per sei anni dal giuramento, equiparati ai consiglieri di Stato e ne percepiscono, solo eventualmente, il trattamento economico iniziale, e, poi, tornano ad esercitare i loro mestieri di provenienza: di professori ordinari di università in materie giuridiche, di avvocati, di dirigenti generali o equiparati dei Ministeri, degli organi costituzionali e delle altre amministrazioni pubbliche (o di dirigenti coordinatori di area dei Comuni¹⁰⁷), di magistrati con qualifica non inferiore a quella di magistrato di Corte di appello o equiparata¹⁰⁸. Gli avvocati, in particolare, non possono esercitare la professione forense in Sicilia, quantomeno presso le giurisdizioni amministrative siciliane, per due anni dalla cessazione dalla carica¹⁰⁹.

I consiglieri laici del C.G.A. sono tenuti, dalle disposizioni di attuazione statutaria, ben distinti dai consiglieri di Stato. In particolare, questi ultimi sono sempre appellati, nel decreto medesimo, tali o magistrati del (o appartenenti al) Consiglio di Stato; per i primi, invece, sono

101 Art. 3, comma 1, lett. d) e art. 4 comma 1, lett. d), d.lgs. n. 373 del 2003.

102 Così le chiama esplicitamente l’art. 23, comma 4, St. Reg. Sic.

103 Art. 1, comma 2, d.lgs. n. 373 del 2003.

104 Art. 23 e Tabella A, l. n. 186 del 1982 e art. 14, comma 8, d.P.R. n. 426 del 1984.

105 Art. 6, comma 4, d.lgs. n. 373 del 2003.

106 Art. 7, comma 1, d.lgs. n. 373 del 2003.

107 Ivi compresi, i dirigenti coordinatori d’area comunale, secondo Cons. St., sez. VII, sentenza 23 marzo 2022, n. 2142.

108 Ex art. 19, comma 1, n. 2, l. n. 186 del 1982.

109 Art. 2, comma 3, lett. a, l. 31 dicembre 2012, n. 247, «Nuova disciplina dell’ordinamento della professione forense».



usati i termini di “componenti” o di “membri” del C.G.A. Solo due disposizioni sembrano utilizzare i termini “consigliere” e “magistrato” del C.G.A., anche con riferimento ai giudici laici del C.G.A.: il comma 4 dell’art. 2, il quale prevede, in caso di mancanza del numero sufficiente di giudici in una sezione, il potere presidenziale di assegnazione di giudici dell’altra sezione, per supplenza, e il comma 4 dell’art. 10, che prevede l’integrazione dell’Adunanza Plenaria con due giudici della sezione giurisdizionale del C.G.A.

In ogni caso, in tutte le decisioni del C.G.A., i giudici laici sono qualificati (e le sottoscrivono, ove estensori) come “consiglieri”, ovviamente e quantomeno, del C.G.A. e recentemente anche il C.P.G.A. li ha chiamati «consiglieri laici»¹¹⁰.

La differenza già evidenziata tra i consiglieri di Stato e i membri (tutti) del C.G.A. si acuisce con la considerazione che i consiglieri di Stato, vengono solo “assegnati” al C.G.A. e collocati fuori dal ruolo dei magistrati amministrativi¹¹¹, liberando, ai fini della provvista *ex art.* 19 l. n. 186 del 1982, i relativi posti previsti nella dotazione organica del Consiglio di Stato¹¹², come se andassero ad esercitare differenti funzioni al C.G.A. rispetto a quelle tipiche dei magistrati amministrativi del Consiglio di Stato, accanto ai consiglieri laici siciliani, ma percependo comunque un rimborso spese, come se, invece, andassero ad esercitare le stesse funzioni; o, il che sarebbe forse ancor peggio se fosse mai vero, come se allo stesso C.G.A. (alle sue due sezioni regionali e staccate del Consiglio di Stato) spettassero funzioni diverse dal Consiglio di Stato (dalle sue due sezioni consultive e dalla sue sei sezioni giurisdizionali centrali). Come se i membri togati e laici del C.G.A. non fossero tutti magistrati di un’unica e unitaria giurisdizione amministrativa e, addirittura, svolgessero dissimile “mestiere” da quello dei consiglieri di Stato, togati e laici. Come se le due sezioni regionali fossero organi non solo a se stanti, ma di natura giuridica non uguale a quella di sette sezioni del Consiglio di Stato e non esercitassero le medesime funzioni statali consultiva, giustiziale e giurisdizionale – sia pure per gli affari concernenti la Regione Siciliana – che esercita e spettano a sette sezioni del Consiglio di Stato per tutti gli affari extra-siciliani concernenti la Repubblica Italiana, ivi compresi quelli concernenti la provincia autonoma di Bolzano; il che ci pare difficilissimo da soltanto ipotizzare.

Già queste prime notazioni ci portano a chiederci se i consiglieri laici del C.G.A. siano (e se possano mai legittimamente essere) magistrati amministrativi di un “terzo tipo” normativo (oltreché amministrativo e giurisprudenziale), sempre ammesso che lo siano e non li si debba mai qualificare anche come meri magistrati onorari¹¹³ e dunque sostanzialmente “non” magistrati.

110 Delibera del C.P.G.A. del 22 marzo 2021, n. 35, rinvenibile sul sito istituzionale della Giustizia amministrativa (www.giustizia-amministrativa.it, Consiglio di Presidenza, Normativa e criteri, 14. Assegnazione al Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, pp. 8-10).

111 Art. 2, commi 1, 2 e 3, che rinvia all’art. 13 l. n. 186 del 1982, e art. 8 d.lgs. n. 373 del 2003.

112 Art. 6, comma 1, della delibera del C.P.G.A. del 6 maggio 2010 rinvenibile sul sito istituzionale della Giustizia amministrativa (www.giustizia-amministrativa.it, Consiglio di Presidenza, Normativa e criteri, 24. Collocamento fuori ruolo, pp. 12 e 15).

113 Secondo Cons. St., sez. IV, sentenza 14 settembre 2021, n. 6282, come già visto, si tratta di magistrati onorari.



Agli interrogativi, in precedenza proposti, avallati dalla ricostruzione appena effettuata, ha già dato una prima risposta, sotto più specifico aspetto, chi ha intuito e notato come «*per i membri laici del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana sia stato,...*, applicato un regime “più che speciale”»¹¹⁴, per ciò che riguardava il “requisito” dell’età massima per la loro nomina (sessantacinque anni, eccezionalmente elevabili a sessantasette), essendo esso stato equiparato solo qualche anno fa dal C.P.G.A., in via amministrativa e di possibile auto-vincolo, a quello dei consiglieri di Stato laici¹¹⁵, ivi compresi quelli nominati per la provincia di Bolzano.

Fino a prima di tale dichiarata “omogeneizzazione”, non sussisteva limite di età massima per la nomina al C.G.A. e dunque poteva essere nominato, per sei anni, anche un ultrasettantenne nonostante il limite massimo previsto dalla legge per il collocamento a riposo dei magistrati ordinari e amministrativi sia proprio il compimento del settantesimo anno di età¹¹⁶.

Questa nuova e limitata pariordinazione non ha però eliminato una già conclamata, e certamente distopica e disfunzionale, “iper-specialità” giurisdizionale amministrativa dei consiglieri laici del C.G.A. che possono, comunque, restare in carica per il sessennio, eventualmente anche oltre il compimento del settantesimo anno.

Infatti, ha esercitato funzioni giurisdizionali al C.G.A. fino al 2023¹¹⁷ e non è la prima volta, un componente che aveva già superato il limite massimo di età legislativamente previsto, ed è dato dedursi che le abbia esercitate sulla base di una incoerenza logica, prima che giuridico-ermeneutica, silenziosamente avallata dal C.P.G.A., competente su ogni provvedimento riguardante lo stato giuridico dei magistrati amministrativi¹¹⁸, proprio con la delibera di equiparazione del requisito dell’età massima per la nomina; illogicità che intende volere dare prevalenza al sessennio di incarico dal giuramento¹¹⁹, anziché alla presunzione legale in

114 G.A. FERRO, *Osservazioni minime su una recente deliberazione del Consiglio di Presidenza della Giustizia Amministrativa in ordine ai limiti anagrafici per la nomina dei c.d. “Consiglieri laici”* (e, in particolare, di quelli del Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Siciliana), in *Quad. Amm.*, 2, 2021, p. 41.

115 V. *supra* nt. 109.

116 Art. 5, r.d.lgs. n. 511 del 1946, in virtù dell’espresso e inequivoco richiamo di cui all’art. 27, l. n. 186 del 1982. Sul punto, vedasi G.A. FERRO, *op.cit.*, p. 39, il quale rileva criticamente che «*con deliberazione risalente al novembre del 2005, il CPGA aveva ritenuto di dover disancorare completamente il limite di età per la designazione rispetto al sessennio di permanenza in carica, così da rendere possibile la nomina a componente laico del Consiglio di Giustizia Amministrativa anche di chi avesse superato i limiti di età per il collocamento a riposo obbligatorio degli appartenenti a tutte le magistrature (fissato indistintamente dalla legge al compimento del settantesimo anno) “analogamente a quanto avviene per la Corte Costituzionale”*». Ed è proprio il parallelismo con lo status di giudice costituzionale a rivelarsi, come dimostrato dall’A., non solo arbitrario ma costituzionalmente insostenibile, tanto da indurre il medesimo C.P.G.A. a rivedere radicalmente la propria posizione con la deliberazione del 26 febbraio 2021.

117 Non è certamente un segreto di Stato che – dal 2017 al 2023 (giusta d.P.R. di nomina del 13 luglio 2017) – sia stato in servizio, presso la sezione giurisdizionale del C.G.A., un componente laico che, nel corso dell’incarico, aveva superato il limite di età pensionabile previsto per i magistrati ordinari e amministrativi. Ciò che non è la prima volta che si sia verificato nella Regione Siciliana.

118 Art. 13, comma 2, n. 2, l. n. 186 del 1982.

119 Art. 6, commi 4 e 5, d.lgs. n. 373 del 2003.



termini assoluti *iuris et de iure* di inidoneità all'esercizio delle funzioni giurisdizionali ordinaria e amministrativa, sancita *ex lege* per gli ultra-settantenni.

Le sezioni unite della Corte di cassazione¹²⁰, acuendo la "*iper-specialità*" giurisdizionale amministrativa evidenziata, hanno affermato che, pur potendo comportare, la permanenza nell'esercizio delle funzioni giurisdizionali di un consigliere laico del C.G.A. oltre il settantesimo anno di età, la "*deduzione*" di un vizio di violazione di legge, esso non integri comunque un motivo inerente alla giurisdizione, *sub specie* di difetto di giurisdizione per composizione del collegio radicalmente e strutturalmente diversa da quella prevista dalla legge; unico motivo per il quale le sezioni unite avrebbero mai potuto annullare una decisione del C.G.A., assunta da un collegio di cui aveva fatto parte il predetto laico ormai ultra-settantenne e astrattamente, dunque, già collocato *ex lege* a riposo o, in alternativa, da dovere collocare a riposo ad opera del C.P.G.A., con mero atto amministrativo di carattere ricognitivo.

Per effetto di questa autorevole e significativa pronuncia, che priva gli interessati (le parti processuali dei giudizi innanzi al C.G.A.) di ogni tutela giurisdizionale e soprattutto dell'implicito avallo del C.P.G.A., i consiglieri laici del C.G.A. possono esercitare (non si sa quanto legittimamente, visto il comunque supposto, dalle sezioni unite, vizio di violazione di legge) la funzione giurisdizionale amministrativa di appello nella Regione Siciliana, ben oltre il compimento del settantesimo anno di età – unico caso, nel resto della Repubblica Italiana, per ciò che riguarda l'esercizio delle identiche funzioni giurisdizionali di tutti gli altri magistrati amministrativi, e financo di quelli ordinari – senza che questa, quantomeno possibile, violazione di legge possa essere fatta valere da chicchessia, con salvezza di tutte le decisioni giurisdizionali amministrative assunte da collegi, così solo in astratto, illegittimamente composti.

Rimangono, quindi, senza risposta le superiori domande e si corrobora, in particolare, l'idea della "*iper-specialità*" dei consiglieri laici del C.G.A. e conseguentemente delle sezioni regionali del Consiglio di Stato in Sicilia, alla luce della loro configurazione costituzionale, normativa, amministrativa e giurisprudenziale, e, in definitiva, della conformazione della giustizia e della giurisdizione amministrative siciliane.

4. Assiomi e prolegomeni costituzionali (e statutari) sull'istituzione del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana. Tra la "*precarietà*" normativa e la "*onorarietà*" giurisprudenziale dei consiglieri laici del C.G.A. si conferma la "*specialissima*" autonomia della giustizia amministrativa in Sicilia.

Che il C.G.A., o più precisamente che le sue due sezioni regionali (e staccate) del Consiglio di Stato debbano statutariamente dispiegare funzioni di consulenza giuridico-amministrativa

120 Cass. civ., sez. un., ord. 6 dicembre 2021, n. 38598, che dichiara l'inammissibilità del ricorso proposto per difetto di giurisdizione avverso C.G.A.R.S., sentenza 3 luglio 2020, n. 526, decisione assunta da un collegio composto con un membro laico che, al momento della stessa, aveva superato il limite di età massimo per il collocamento a riposo.



del Governo regionale¹²¹ e, inoltre, esprimere, a sezioni riunite¹²², parere vincolante¹²³ sui ricorsi straordinari contro atti amministrativi soggettivamente e oggettivamente¹²⁴ regionali¹²⁵, svolgendo funzioni formalmente consultive e sostanzialmente giurisdizionali¹²⁶ amministrative, peraltro «con una prospettiva di avvicinamento alla giurisdizione»¹²⁷, e, ancora, che debbano esercitare pure funzioni giurisdizionali di appello¹²⁸ e di ultimo grado per gli affari regionali, ci pare ultroneo dovere argomentare.

Che il C.G.A. sia o possa soltanto essere, in Sicilia, organo consultivo, giustiziale e giurisdizionale amministrativo superiore e di ultimo grado, ma distinto e diverso, quanto alle funzioni esercitate, essenzialmente statali, rispetto a quelle identiche e statali svolte dal Consiglio di Stato; o, ancora, che le due sezioni di cui si compone il C.G.A. non siano altro che due «sezioni regionali»¹²⁹ e «Sezioni staccate del Consiglio di Stato»¹³⁰ e, d'altro punto di vista, che esse possano essere, in Sicilia, sezioni distinte e diverse, quanto alle funzioni, essenzialmente statali, esercitate, dalle due sezioni consultive e dalle sei sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato, ci pare impossibile da sostenere.

Non sembra, infatti, ci voglia più di una mera interpretazione letterale per comprendere il chiarissimo testo dei commi 1, 2 e 4 dell'art. 23 St. Reg. Sic., sopra riportati, o, quello, altrettanto chiarissimo, dell'art. 1 del d.lgs. n. 373 del 2003, il quale, dopo avere spiegato, al comma 1, che: «1. Il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, di seguito denominato: «Consiglio di giustizia amministrativa», esercita funzioni consultive e giurisdizionali nella Regione Siciliana, ai sensi dall'articolo 23 dello Statuto speciale», ripete e rimarca, al comma 2, che «2. Il Consiglio di giustizia amministrativa ha sede in Palermo ed è composto da due Sezioni, con funzioni, rispettivamente, consultive e giurisdizionali, che costituiscono Sezioni staccate del Consiglio di Stato».

L'utilizzo del futuro «avranno», con riferimento agli «organi giurisdizionali centrali», e dunque anche al Consiglio di Stato, indica possesso, così come lo indica l'uso della preposizione (articolata) «del» prima di Consiglio di Stato, nell'art. 23 cit., così come è inequivoco, nell'art. 1 cit., che le due sezioni che «compongono» il C.G.A. e, allo stesso tempo, «costituiscono» e dunque sono, in effetti, due sezioni regionali e staccate del Consiglio di Stato.

Nessun dubbio esegetico-letterale può esservi, allora, che le due sezioni del C.G.A.:

- 1) costituiscano «sezioni regionali» e «Sezioni staccate del Consiglio di Stato», se si vuole e in altri termini, sezioni siciliane o sedenti in Sicilia, a Palermo, che ne è il capoluogo;

121 Art. 9, comma 1, d.lgs. n. 373 del 2003.

122 Art. 9, comma 4, d.lgs. n. 373 del 2003.

123 Stante la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 9, comma 5, del d.lgs. n. 373 del 2003, per violazione degli artt. 3 e 24 Cost. ad opera di Corte cost., sentenza 7 aprile 2023, n. 69.

124 Cons. Giust. Amm., sez. riun., parere 7 aprile 2022, n. 171.

125 Art. 23, comma 4, St. Reg. sic. e art. 9, comma 4, d.lgs. n. 373 del 2003.

126 V. *supra* nt. 2.

127 Cons. Giust. Amm., sez. riun., parere 7 aprile 2022, n. 171, punto 7.2.

128 Art. 4, comma 3, d.lgs. n. 373 del 2003: «3. In sede giurisdizionale il Consiglio di giustizia amministrativa esercita le funzioni di giudice di appello contro le pronunce del Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia».

129 Così le chiama esplicitamente l'art. 23, comma 4, St. Reg. Sic.

130 Art. 1, comma 2, d.lgs. n. 373 del 2003.



2) esercitino le medesime funzioni consultive, giustiziali e giurisdizionali che le sezioni, consultive e giurisdizionali, del Consiglio di Stato esercitano per gli affari extra-siciliani della Repubblica Italiana. La stessa Adunanza Plenaria ha, recentemente, riconosciuto, prima¹³¹, e ribadito due volte, poi¹³², l'esistenza di un vero e proprio «*principio fondamentale affermato dall'art. 1, comma 2, del dlgs n. 373 del 2003*», in base al quale «*il Consiglio di giustizia amministrativa ... è composto da due Sezioni, con funzioni, rispettivamente, consultive e giurisdizionali, che costituiscono Sezioni staccate del Consiglio di Stato*».

Stupisce, soltanto, la collocazione di questo principio al livello meramente sub-costituzionale, poiché esso è principio costituzionale che, inequivocabilmente, scaturisce direttamente dall'art. 23 St. Reg. Sic., viene riaffermato nell'art. 1 del d.lgs. n. 373 del 2003, fonte primaria a competenza riservata e separata a seguito di speciale procedimento di formazione paritetico Stato-Regione¹³³, e, come tale, merita di essere considerato in questo scritto.

Ci sembra possa parlarsi di principio costituzionale, sia perché previsto direttamente dall'art. 23 cit. sia perché corollario e legittimo svolgimento dei connessi principi di unità e di unicità della giustizia e della giurisdizione amministrative e, in definitiva, di quello supremo dell'unità dell'ordinamento giuridico e della Repubblica (art. 5 Cost.), idoneo a costituzionalizzare solo lo speciale principio statutario di decentramento territoriale consultivo, giustiziale e giurisdizionale amministrativo del Consiglio di Stato, in Sicilia.

131 Cons. Stato, Ad. Plen., 13 settembre 2022, n. 13: *“Ritiene l'Adunanza Plenaria che la questione sollevata dall'ordinanza di rimessione vada risolta sulla base del fondamentale principio per il quale il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana è una sezione del Consiglio di Stato. Il codice del processo amministrativo non contiene specifiche disposizioni sul Consiglio di giustizia per la Regione Siciliana, ad eccezione dell'art. 100, in cui è previsto che “Avverso le sentenze dei tribunali amministrativi regionali è ammesso appello al Consiglio di Stato, ferma restando la competenza del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana per gli appelli proposti contro le sentenze del Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia”. Nessun'altra disposizione si è riferita al Consiglio di giustizia, le cui competenze sono state date per presupposte dal codice del processo amministrativo, proprio perché costituisce una sezione del Consiglio di Stato. È al riguardo emblematico l'art. 62, il quale – per gli appelli avverso le ordinanze cautelari – ha previsto che “contro le ordinanze cautelari è ammesso appello al Consiglio di Stato”: è ovvio, tuttavia, che gli appelli avverso le ordinanze cautelari del TAR per la Sicilia debbano essere proposti dinanzi al Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana. Similmente, nel codice non vi è alcun riferimento al Consiglio di giustizia amministrativa neanche in tema di ricorso per revocazione, né di opposizione di terzo: le relative disposizioni si riferiscono alle sentenze del Consiglio di Stato, ma è ovvio che tali rimedi debbano essere proposti al Consiglio di giustizia amministrativa quando si tratti delle sue pronunce. Evidentemente, i compilatori del codice del processo amministrativo hanno tenuto conto del principio fondamentale affermato dall'art. 1, comma 2, del dlgs n. 373 del 2003, per il quale “il Consiglio di giustizia amministrativa ... è composto da due Sezioni, con funzioni, rispettivamente, consultive e giurisdizionali, che costituiscono Sezioni staccate del Consiglio di Stato”. Trattandosi di “Sezioni” del Consiglio di Stato, sia pure aventi sede a Palermo, le disposizioni del codice del processo amministrativo non hanno dovuto di volta in volta rimarcare le loro competenze, disposte per di più da una fonte di rilievo sovraordinato alla legge ordinaria. Ogni disposizione del codice del processo amministrativo, quando si riferisce al Consiglio di Stato, va intesa quale riferita a tutte le sezioni giurisdizionali, anche a quelle aventi sede a Palermo”*

132 Cons. Stato, Ad. Plen., 14 marzo 2023, nn. 9 e 10,

133 V. *supra* nt. 27.



Astrattamente, l'autonomia speciale siciliana potrebbe legittimare un esercizio più ampio o diverso della (sola) funzione consultiva (non giustiziale) del Governo regionale, ma non ci pare sia minimamente sostenibile la tesi di una "specialissima" autonomia giustiziale e giurisdizionale amministrativa siciliana, anziché di un mero decentramento territoriale, poiché la giustizia e la giurisdizione amministrative devono pur sempre rimanere costituzionalmente (e ragionevolmente) uniche e unite, anche per ciò che riguarda l'espressione da parte delle sezioni riunite siciliane del parere sui ricorsi straordinari in aderenza anche ai principi supremi di cui agli artt. 3, 5 e 24 Cost.

Queste affermazioni preliminari necessitano di approfondimento.

L'art. 23 cit. evidenzia e, soprattutto, costituzionalizza la specialità, in Sicilia, dell'organizzazione dell'esercizio delle funzioni statali consultiva, giustiziale e giurisdizionale amministrativa del Consiglio di Stato, organo consultivo e giurisdizionale amministrativo superiore e di ultimo grado.

Questa specialità consiste nell'istituzione delle due sezioni regionali del Consiglio di Stato e, riteniamo, nei connessi quattro limitati aspetti:

- 1) la loro sede in Sicilia;
- 2) la limitazione di competenza (funzionale inderogabile) della sezione giurisdizionale a «*gli affari concernenti la Regione*»;
- 3) la limitazione di competenza (funzionale inderogabile) della sezione consultiva alla consulenza giuridico-amministrativa del Governo regionale¹³⁴;
- 4) per quanto riguarda i ricorsi straordinari al Presidente della Regione, la limitazione di competenza (funzionale inderogabile) delle sezioni riunite agli «*atti amministrativi regionali*», sia in senso soggettivo sia in senso oggettivo.

La *ratio* dell'art. 23 cit. è, indubbiamente, quella di un mero decentramento territoriale dell'esercizio delle identiche funzioni statali esercitate dal Consiglio di Stato per il resto degli affari extra-siciliani concernenti la Repubblica Italiana. Milita in tal senso la chiara e inequivoca interpretazione letterale dei commi 1, 2 e 4 dell'art. 23 cit.

Che sia stata, sempre e soltanto, quella di «*Istituire nella Regione gli organi giurisdizionali aventi oggi la sede soltanto in Roma*», «*Così la Sicilia... avrà il Consiglio di Stato*», l'intentio statutaria emerge anche dalla Relazione dell'Alto Commissario al Governo dello Stato sul progetto di Statuto elaborato dalla Consulta di Sicilia¹³⁵. Dai lavori della Consulta Regionale Siciliana, incaricata dall'Alto Commissario per la Sicilia di elaborare il progetto di Statuto, non emerge altro fine pubblico costituzionale se non quello del decentramento territoriale del Consiglio di Stato in Sicilia, affinché il ciclo della giustizia e della giurisdizione amministrative si potesse esaurire in Sicilia¹³⁶.

¹³⁴ Art. 9, commi 1, 2 e 3, d.lgs. n. 373 del 2003.

¹³⁵ in AA.VV., *Consulta Regionale Siciliana, Lo Statuto dinanzi agli organi dello Stato*, Edizioni Regionali Siciliane, vol. IV, pp. 11 e 16. Lo evidenzia anche V. MARTINES, *Il "peccato originale"*, cit., p. 5.

¹³⁶ «*La disposizione statutaria, in linea generale, ha lo scopo di disporre in sede regionale di organi giurisdizionali dotati di una specifica competenza nelle materie spettanti alla legislazione esclusiva delle Regione Siciliana, rendendo così maggiormente fruibile il sistema giurisdizionale tradizionalmente concentrato in sede centrale e al*



Non emerge altro fine pubblico costituzionale se non quello del decentramento nella prima decisione di legittimità costituzionale delle Sezioni Unite civili n. 2994 del 1955¹³⁷, che negò che il C.G.A. potesse essere un giudice speciale, in quanto sezione del Consiglio di Stato, circondato dalle garanzie costituzionali di inamovibilità¹³⁸ e di indipendenza¹³⁹ dei giudici amministrativi.

Ciò è cristallizzato anche dalla Corte costituzionale, nella sentenza n. 316 del 2004¹⁴⁰: «*Va ricordato che il decentramento territoriale degli organi giurisdizionali centrali, sancito in via di principio dal citato art. 23, corrisponde ad un'antica tradizione siciliana, che non si limita all'esperienza della Corte di cassazione di Palermo prima dell'unificazione del 1923, ma addirittura risale all'ordinamento del Regno delle Due Sicilie, con l'istituzione in Palermo di supremi organi di giustizia distinti da quelli omologhi con sede a Napoli. L'art. 23 contiene dunque un principio di specialità, che riafferma, anche se in termini generici ed atecnici, per di più formulati anteriormente alla redazione del testo costituzionale, un'aspirazione viva, e comunque saldamente radicata nella storia della Sicilia, ad ottenere forme di decentramento territoriale degli organi giurisdizionali centrali.*».

Del resto, alla luce del testo della Costituzione della Repubblica Italiana, la Sicilia, come ogni altra Regione, non avrebbe potuto pretendere (e mai ottenere) forme più ampie di un mero decentramento di organi giurisdizionali centrali, stante gli invalicabili principi di unità e di unicità della giustizia e della giurisdizione amministrative e, in definitiva, di quello supremo dell'unità dell'ordinamento giuridico e della Repubblica¹⁴¹. Principi di unità e di unicità che sono confermati dalla riserva di legge dello Stato sull'ordinamento di ogni magistratura e dunque anche di quella amministrativa¹⁴² e dalla potestà legislativa esclusiva statale sulla giurisdizione e sulla giustizia amministrative e sulla determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio della Repubblica Italiana¹⁴³. Principi di unità e di unicità confermati anche dall'unica deroga agli stessi, attuabile con speciale procedimento di formazione legislativa, per le Regioni a statuto ordinario, «*limitatamente all'organizzazione della giustizia di pace*»¹⁴⁴.

Orbene, riteniamo allora che il principio (volto ad attuare l'unico fine pubblico) costituzionale e statutario del (mero) decentramento territoriale del Consiglio di Stato in Sicilia sia anche frutto di una disposizione statutaria di eccezione (o eccezionale, che dir si voglia) a ulteriori principi costituzionali generali e, segnatamente, all'art. 100, comma 1, Cost., secondo il quale «*Il Consiglio di Stato è organo di consulenza giuridico-amministrativa e di tutela della giustizia nell'amministrazione*», all'art. 103, comma 1, Cost., in base al quale «*Il Consiglio di Stato e gli altri*

fine di completare un quadro di organizzazione amministrativa sul modello del sistema statale», così, Cons. Giust. Amm., sez. riun., parere 7 aprile 2022, n. 171, punto 7.2.3.

137 Cass. civ., sez. un., sentenza 11 ottobre 1955, n. 2994.

138 Art. 107, comma 1, Cost.

139 Art. 108 Cost.

140 Corte cost., sentenza 4 novembre 2004, n. 316.

141 Art. 5 Cost.

142 Art. 108, comma 1, Cost.

143 Art. 117, comma 2, lett. l e m, Cost.

144 Art. 116, comma 3, Cost.



organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi» e che questa eccezionalità permei di sé, ovviamente, anche i subordinati ordinamenti attuativo statutario e processuale amministrativo, costituendo, in particolare, gli artt. 4, comma 3, e 10 del d.lgs. n. 373 del 2003, eccezione, ad esempio, agli artt. 4, 6, 16, 55, 62 e 100 c.p.a.

Con l'ovvia conseguenza che le disposizioni speciali ed eccezionali, ai sensi dell'art. 14 preleggi, «*non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati*».

Può, quantomeno in astratto, ritenersi compatibile con l'art. 23 cit., che, in sede di attuazione, il C.G.A., nella sua composizione consultiva, sia stato configurato come organo di consulenza giuridico-amministrativa del Governo regionale¹⁴⁵ con l'attribuzione di una competenza (funzionale inderogabile) consultiva, che si può trarre dal conferimento generico di una tal funzione alle «*sezioni del Consiglio di Stato*» siciliane, di cui al comma 1 dell'art. 23 cit., quale eccezione all'art. 100, comma 1, Cost., che riconosce solo e unicamente il Consiglio di Stato quale «*organo di consulenza giuridico-amministrativa*». Una speciale autonomia amministrativa consultiva del Consiglio di Stato in Sicilia, in teoria, è compatibile con la speciale autonomia legislativa (e amministrativa) siciliana, statutariamente riconosciuta.

Diverso discorso deve a nostro avviso farsi quando si vorrebbe potersi affermare una possibile autonomia, non un mero decentramento giustiziale e giurisdizionale amministrativo delle sezioni regionali del Consiglio di Stato in Sicilia e dunque di quelle identiche funzioni statali che le sezioni centrali esercitano per il resto degli affari extra-siciliani concernenti la Repubblica Italiana.

L'autonomia siciliana, giustiziale e giurisdizionale amministrativa, contrasta sia con il fine pubblico costituzionale sopra indicato sia con il limite delle norme di attuazione statutaria, che, come già sopra visto, possono anche essere «*praeter legem*» e dunque «*praeter statutum*» e dunque svolgere una funzione integrativo-aggiuntiva dello Statuto, sempreché «*concordino innanzi tutto con le disposizioni statutarie e col fondamentale principio dell'autonomia della Regione, e se inoltre sia giustificata la loro emanazione dalla finalità dell'attuazione dello Statuto*»¹⁴⁶.

Ci sembra, in altri termini, che l'art. 23 cit. ha dato per presupposto che le funzioni del Consiglio di Stato in Sicilia, anche perché essenzialmente statali, dovessero restare identiche per tutti gli affari concernenti la Repubblica Italiana, con l'eccezione territoriale che, per quelli concernenti la Regione Siciliana, esse potessero esercitarsi *in loco*.

Poteva, quindi, legittimamente dubitarsi che l'art. 23 cit. autorizzasse finanche una possibile composizione «*mista*» delle due sezioni regionali del Consiglio di Stato in Sicilia, quantomeno nell'esercizio delle funzioni, esclusivamente statali, formalmente consultive e sostanzialmente giustiziali e giurisdizionali amministrative.

La composizione di organi giustiziali e giurisdizionali amministrativi è, come già visto, idonea ad incidere sull'organizzazione dell'esercizio delle relative funzioni e sull'organizzazione della magistratura amministrativa, e dunque sullo stesso ordinamento

145 Art. 9, comma 1, d.lgs. n. 373 del 2003.

146 In tal senso, Corte cost., sen. 16 luglio 1956, n. 20. E poi in seguito Corte cost., sentenza 18 luglio 1984, n. 212; sentenza 7 novembre 2001, n. 353 e sentenza 4 novembre 2004, n. 316.

magistratuale amministrativo, riservato alla legge dello Stato¹⁴⁷ e alla sua potestà legislativa esclusiva¹⁴⁸.

La Corte costituzionale, con la già più volte citata sentenza n. 316 del 2004¹⁴⁹, ne ha, comunque, affermato la piena legittimità costituzionale, secondo un generale *favor* per le integrazioni di cui alle norme attuative statutarie, ritenendo implicitamente sussistente una “*specialissima*” autonomia siciliana, esercitabile attraverso proprio norme di attuazione statutaria di strutturazione e di composizione delle due sezioni staccate del Consiglio di Stato, e dunque norme di organizzazione della magistratura amministrativa e dell’esercizio stesso della giustizia e della giurisdizione amministrative in Sicilia.

Occorre distinguersi, però e a nostro avviso, le funzioni consultive pure da quelle formalmente consultive e sostanzialmente giustiziali e da quelle giurisdizionali spettanti alle due sezioni staccate del Consiglio di Stato.

Per le prime, trattandosi di funzioni amministrative ausiliarie del Governo regionale, comunque, si è già detto essere compatibili con l’art. 23 cit. anche forme più ampie o diverse di autonomia organizzativo-amministrativa siciliana, tenendosi conto della più estesa potestà legislativa esclusiva regionale in materia amministrativa *ex art. 14 St. Reg. Sic.*

Sulla funzione giurisdizionale e su quella formalmente consultiva, ma sostanzialmente giustiziale – obbligatoria e vincolante, sui ricorsi straordinari al Presidente della Regione avverso atti amministrativi regionali – ci sembra che l’autonomia organizzativa di struttura e di composizione delle due sezioni regionali del Consiglio di Stato e dunque organizzativa, magistratuale, giustiziale e giurisdizionale amministrativa, a volersi superare i problemi di evidente compatibilità con gli artt. 108, comma 1, Cost. e 117, comma 2, lett. l e m, Cost., e soprattutto con i principi di unità e di unicità della giustizia e della giurisdizione amministrative e, in definitiva, di quello supremo dell’unità dell’ordinamento giuridico e della Repubblica¹⁵⁰, possa essere costituzionalmente compatibile con la Costituzione, ma entro certi limiti.

Può, cioè, prevedersi che delle sezioni regionali – le quali esercitano comunque entrambe la funzione, esclusivamente statale, giustiziale e una la funzione, esclusivamente statale, giurisdizionale amministrativa superiore e di ultimo grado – facciano necessariamente parte consiglieri laici; ciò che è revocabile in dubbio è che questa autonomia possa andare oltre la composizione delle due sezioni regionali e giungere a configurare un “*terzo tipo*” di giudice amministrativo laico, diverso da quello previsto e ammesso per il Consiglio di Stato, anche in relazione agli affari concernenti la provincia autonoma di Bolzano.

La composizione mista delle due sezioni staccate del Consiglio di Stato in Sicilia non può ricercarsi, come ritiene la Corte costituzionale, in un’autonomia organizzativa della giurisdizione e della giustizia amministrativa e della stessa magistratura amministrativa in Sicilia. Se la giustizia e la giurisdizione amministrative devono essere uniche e unitarie per tutti gli affari concernenti la Repubblica e se l’art. 23 St. Reg. Sic. non autorizza neanche

147 Art. 108, comma 1, Cost.

148 Art. 117, comma 2, lett. l e m, Cost

149 Corte cost., sentenza 4 novembre 2004, n. 316.

150 Art. 5, Cost.



implicitamente un tal tipo autonomia, ma avalla solo un decentramento territoriale degli organi giurisdizionali centrali, devono trarsene le necessarie conseguenze.

Le norme di attuazione non possono in alcun modo occuparsi, perché non statutariamente giustificate e legittimate, della struttura e della composizione delle due sezioni staccate del Consiglio di Stato, per la natura eccezionale dell'art. 23 cit. Non può estendersi, in altri termini, il contenuto del decentramento territoriale, oltre il ragionevole limite di ogni norma di eccezione.

Il fondamento costituzionale della composizione mista, a nostro avviso, sussiste, ma va ricercato altrove.

La due sezioni staccate del Consiglio di Stato in Sicilia svolgono funzioni, esclusivamente statali, giurisdizionale superiore e di ultimo grado (quella giurisdizionale) e giustiziale (le sezioni riunite) amministrative, e possono essere composte da membri laici nella stessa misura in cui componenti laici possono essere nominati consiglieri di Stato e dunque comporre le due sezioni consultive e le sei sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato.

A monte, sta, peraltro, l'archetipo costituzionale del giudice laico presso una giurisdizione superiore che è certamente il consigliere di Cassazione per meriti insigni previsto dall'art. 108, comma 3, Cost.

Su questo modello, riteniamo, la l. n. 186 del 1982 ha confermato la provvista governativa dei consiglieri di Stato¹⁵¹. Provvista originariamente di libera scelta del Governo statale, già da più di un cinquantennio, come già visto, avallata dalla Corte costituzionale per le giurisdizioni superiori quale espressione di un principio, evidentemente ritenuto di rango costituzionale, in base al quale l'apporto di laici agli organi giurisdizionali superiori è opportuno per il raggiungimento delle finalità e delle funzioni stesse delle giurisdizioni superiori.

Che questo principio sia di rango costituzionale è implicito nel fatto che esso ha resistito e resiste alla declaratoria di incostituzionalità della provvista governativa di consiglieri di Stato, pur essendo cristallizzato in Costituzione solo per i consiglieri di Cassazione laici. Ha resistito e resiste al principio costituzionale del pubblico concorso per le nomine dei magistrati¹⁵².

E proprio i requisiti dei consiglieri di Cassazione laici sono implicitamente richiamati, e sostanzialmente ampliati, dalla l. n. 186 del 1982, oltreché esplicitamente richiamati dal d.lgs. n. 373 del 2003 per la nomina dei consiglieri laici.

Ora sulla necessità di stretta interpretazione dell'art. 23 St. Reg. Sic., oltre alla sua natura eccezionale, incidono come già visto in maniera restrittiva anche l'art. 100, comma 1, 103, comma 1, 108, comma 1, e 117, comma 2, lett. l e m, Cost.

Riteniamo, quindi, che la previsione del Consiglio di Stato come unico e unitario organo statale superiore e di ultimo grado giurisdizionale¹⁵³ e giustiziale amministrativo¹⁵⁴, la riserva di legge dello Stato su (la strutturazione di) ogni magistratura e dunque anche su quella

151 Provvisa già prevista dagli artt. 1, 2 e 4 del r.d. 26 giugno 1924, n. 1054 («*Approvazione del testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato*»), come modificati dall'art. 4 del r.d.l. 6 febbraio 1939, n.478.

152 Art. 106, comma 1, Cost.

153 Art. 103, comma 1, Cost.

154 Art. 100, comma 1, Cost.

amministrativa¹⁵⁵, da interpretarsi in necessario combinato disposto con l'esclusività della potestà legislativa statale, su base costituzionale, sulla giurisdizione e sulla giustizia amministrative e sui livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali su tutto il territorio della Repubblica Italiana¹⁵⁶, suffraghino uno specifico principio costituzionale di vera e propria unità e di unicità dell'ordinamento magistratuale amministrativo, di quelli superiori della giurisdizione e della giustizia amministrativa per tutti gli affari della Repubblica Italiana, riservato alla potestà legislativa esclusiva dello Stato.

Abbiamo già sopra rilevato la significatività della revisione dell'art. 116 Cost. con l'introduzione del nuovo comma 3 e la previsione, per le Regioni a statuto ordinario, che ulteriori forme e condizioni di autonomia possano esse concesse solo per l'organizzazione della giustizia di pace e con speciale procedimento di formazione legislativa.

Proprio per la limitatezza, la specialità e l'eccezionalità dell'art. 23 St. Reg. Sic., specificamente finalizzato al mero decentramento territoriale di organi consultivi, giustiziali e giurisdizionali centrali, risulta difficile, se non impossibile, ritenere che le sue norme di attuazione, pur aventi forza e valore di legge, ma soprattutto perché a speciale formazione paritetica statale-regionale, che, per quanto sopra, non le equipara sostanzialmente, ma solo formalmente alle leggi dello Stato, oltreché a competenza riservata e separata, possano integrare, oltre ogni ragionevole limite di rango costituzionale, l'art. 23 cit.

A ciò si aggiunga che, come recentemente statuito anche dalla Corte costituzionale con riguardo al ricorso straordinario al Presidente della Regione¹⁵⁷, *«non emergono elementi di differenziazione tra i due istituti, nazionale e regionale, idonei a giustificare una diversità di tale portata tra la disciplina statale e quella siciliana, quanto alla natura del parere dell'organo consultivo e alla possibilità di discostarsi da esso, che si risolva in una minor tutela dei propri diritti e interessi garantita al ricorrente dinanzi al Presidente della Regione Siciliana rispetto al ricorrente in via straordinaria al Presidente della Repubblica»*.

Questa recente pronuncia, che ha dichiarato l'illegittimità della previsione, contenuta nelle disposizioni di attuazione dello Statuto della Regione Siciliana¹⁵⁸, del potere del Presidente della Regione di potersi discostare dal parere delle sezioni riunite del C.G.A., ha cristallizzato che la differenziazione tra gli istituti, nazionale e regionale, non *«appare in alcun modo riconducibile ai profili di autonomia speciale di cui gode la Regione Siciliana»*, realizzando una irragionevole disparità di trattamento di tutela della giustizia nell'amministrazione, per le minori garanzie dei diritti e degli interessi dei ricorrenti in Sicilia, in violazione dunque degli artt. 3 e 24 Cost.

Questa pronuncia ci appare significativa, perché presuppone e sviluppa quel principio di unità e di unicità della giustizia e della giurisdizione amministrative, a cui abbiamo fatto riferimento sopra, idoneo ad imbrigliare la potestà di attuazione, statutaria regionale entro gli evidenti limiti dell'art. 23 St. Reg. Sic. e soprattutto, del suo fine pubblico costituzionale e statutario del decentramento territoriale del Consiglio di Stato in Sicilia.

155 Art. 108, comma 1, Cost.

156 Art. 117, comma 2, lett. l e m, Cost.

157 Corte cost., sentenza 7 aprile 2023, n. 63.

158 Art. 9, comma 5, d.lgs. n. 373 del 2003.



Le esigenze autonomistiche siciliane, in altri termini, non possono spingersi al punto di configurare e strutturare due forme diverse di «*tutela della giustizia nell'amministrazione*»: essa rimane costituzionalmente attribuita, in via esclusiva, al Consiglio di Stato¹⁵⁹ e, in Sicilia, alle sue due sezioni staccate o regionali, che, riunite, esprimono parere sui ricorsi straordinari al Presidente della Regione¹⁶⁰.

Le norme attuative statutarie, di conseguenza, non possono creare irragionevoli discriminazioni, in violazione degli artt. 3, 5 e 24 Cost., sulle forme dell'esercizio della funzione giustiziale in Sicilia, perché limitate dall'art. 23 St. Reg. Sic. e dal suo fine pubblico costituzionale e statutario.

Pari limiti e viepiù, riteniamo, incontrino anche le forme giurisdizionali amministrative in Sicilia.

E dunque se, da un lato, la composizione mista delle due sezioni staccate del Consiglio di Stato in Sicilia può non essere messa in discussione per la, costituzionalmente prevista, composizione mista della Corte di cassazione e per la, costituzionalmente compatibile, composizione mista delle sezioni centrali del Consiglio di Stato, dall'altro, deve essere messa in discussione la differenziazione, concernente la limitazione sessennale dello *status* di magistrato amministrativo e il differente trattamento economico, tra i consiglieri laici del C.G.A. e i consiglieri di Stato laici, ivi compresi quelli nominati per la provincia autonoma di Bolzano.

Non si vede, in sostanza, per quale fine pubblico costituzionale (o statutario regionale) e per quale ragionevole motivo, compatibile col principio di unità e di unicità dell'ordinamento giustiziale e giurisdizionale amministrativo, gli affari giustiziali e giurisdizionali concernenti la Regione Siciliana debbano e possano legittimamente essere giudicati da magistrati amministrativi laici che possiamo pacificamente definire tecnicamente "*precari*" o, suggestivamente, "*minori*" e addirittura onorari¹⁶¹, mentre gli affari giustiziali e giurisdizionali concernenti il resto della Repubblica Italiana, ivi compresi quelli concernenti la provincia autonoma di Bolzano, vengono giudicati da magistrati amministrativi tutti di professione, ivi inclusi i laici nominati per la provincia autonoma di Bolzano, in possibile violazione dunque degli artt. 3, 5 e 24 Cost.

Un collegio composto da magistrati amministrativi di carriera, ma fuori dal loro ruolo¹⁶², i consiglieri di Stato assegnati al C.G.A., e precari, i consiglieri laici del C.G.A., crea certamente una evidente e formale collegio distopico e disfunzionale sia nella forma sia nella sostanza.

Per essere fuori dal ruolo dei magistrati amministrativi, i consiglieri di Stato assegnati al C.G.A. è come se svolgessero differenti funzioni al C.G.A. da quelle che, ordinariamente, svolgono al Consiglio di Stato, d'altro canto, essi sono sempre consiglieri di Stato e rientreranno poi nel loro ruolo di magistrati amministrativi e certamente mantengono, nel periodo di assegnazione al C.G.A., maggiore prestigio e conseguentemente maggiore

159 Art. 100, comma 1, Cost.

160 Art. 23, commi 2 e 4, St. Reg. Sic.

161 Secondo Cons. St., sez. IV, sentenza 14 settembre 2021, n. 6282, come già visto, si tratta di magistrati onorari.

162 Art. 2, commi 1, 2 e 3, che rinvia all'art. 13 l. n. 186 del 1982, e art. 8 d.lgs. n. 373 del 2003.



autorevolezza decisionale, appartenendo comunque all'ordine magistratuale amministrativo, rispetto ai consiglieri laici del C.G.A., che non vi fanno parte.

Questi ultimi sono dei meri precari, sia pur soggetti a tutte le incompatibilità e al medesimo regime disciplinare a cui sono soggetti i consiglieri di Stato, ma non appartengono all'ordine magistratuale amministrativo.

Non è chi non veda come questa differenziazione possa minare le stesse decisioni giustiziali e giurisdizionali amministrative, poiché il maggior prestigio dei consiglieri di Stato, comunque magistrati di carriera, è sempre potenzialmente idoneo a prevalere, con quantomeno possibile rischio per la eguale e paritaria posizione istituzionale dei componenti del collegio giustiziale e giurisdizionale nell'assunzione della decisione e, in definitiva, per la eguale e paritaria tutela della giustizia nell'amministrazione, per tutti gli affari concernenti l'unica e unitaria Repubblica Italiana.

A ciò si aggiunga la criticabile e recente configurazione, ad opera del Consiglio di Stato, in sede consultiva e giurisdizionale, dei consiglieri del C.G.A. quali meri magistrati onorari riconducibile all'alveo della figura del magistrato onorario, individuata in base all'art. 106, comma 2, Cost. in antitesi al magistrato togato o di carriera.

Essa sostanzialmente risale al parere n. 186 del 2021 della prima sezione consultiva del Consiglio di Stato¹⁶³.

Trae origine da una richiesta dell'allora Presidente del C.G.A. che *«ha sottoposto al Presidente del Consiglio di Stato, al Consiglio di Presidenza della Giustizia amministrativa e al Segretario generale della Giustizia amministrativa alcune questioni interpretative concernenti le disposizioni relative alla composizione dell'Adunanza generale del Consiglio di Stato e, in particolare, al diritto dei componenti c.d. laici del CGARS di parteciparvi. Infatti, la Presidente ha rilevato "che vi siano argomenti esegetici per rimeditare" la delibera del Consiglio di Presidenza della Giustizia Amministrativa, 4 novembre 2005, che ha riconosciuto ai componenti laici del CGARS la possibilità di partecipare all'Adunanza generale "limitatamente agli affari della Regione Sicilia, ossia rimessi dal medesimo CGARS"»*.

È evidente come il parere richiesto interferisse con le attribuzioni del Consiglio di Presidenza in materia di stato giuridico dei magistrati (articolo 13 l. 27 aprile 1982 n. 186), ma anche come fosse sufficientemente chiaro, e non bisognevole di interpretazione alcuna, che gli artt. 9 e 10 del d.lgs. n. 373 del 2003, e la delibera del Consiglio di presidenza del 4 novembre 2005¹⁶⁴ consentissero la partecipazione all'Adunanza Generale e all'Adunanza Plenaria dei consiglieri laici del C.G.A., limitatamente agli *«affari concernenti la Regione Siciliana»*.

Ne è nata così una ulteriore delimitazione interpretativa della configurazione normativa dei consiglieri laici del C.G.A.

Essi sarebbe solo equiparati allo *status* di consigliere di Stato, per il sessennio di incarico, ma non allo svolgimento delle funzioni. La loro funzione (e dunque il loro rapporto organico) sarebbe limitata agli *«affari concernenti la Regione Siciliana»* e dunque sussisterebbe legame funzionale esclusivamente con l'attività consultiva e giurisdizionale relativa agli affari di

163 Cons. St., sez. prima, parere 11 febbraio 2021, n. 186

164 V. *supra* nt. 39.



interesse regionale o, in altri termini, con l'amministrazione della giustizia esclusivamente nel territorio regionale e alle controversie in cui è interessata la Regione stessa.

Da questo primo parere che evidenzia una funzione limitata alle questioni *latu sensu* di interesse regionale siciliano, perché comunque concernenti la Regione, ne è conseguita una ulteriore pronuncia, questa volta in sede giurisdizionale, del Consiglio di Stato.

Ci riferiamo alla successiva sentenza n. 2182 del 2021 della quarta sezione giurisdizionale del Consiglio di Stato¹⁶⁵, che, nel ritenere legittimo il diniego del C.P.G.A. alla domanda di trasferimento al Consiglio di Stato di un consigliere laico del C.G.A., sviluppa il legame funzionale suddetto in vero e proprio «vincolo di sede» o «limitazione alla mobilità» e in più lo tramuta nell'onorarietà del rapporto di servizio dei consiglieri laici del C.G.A.

E dunque i consiglieri laici del C.G.A. sono magistrati onorari, non di professione, appartenenti al *genus* dei funzionari onorari¹⁶⁶.

L'accentuazione di questa diversità, a questo punto, ontologica, tra consiglieri di Stato togati e laici, tutti di carriera, e consiglieri laici del C.G.A., magistrati onorari, corrobora viepiù i dubbi sopra evidenziati.

Occorre, innanzi tutto, sottolineare come questa interpretazione giurisdizionale sia frutto di una, per così dire, «*autodichia impropria*» dei consiglieri di Stato stessi, che hanno manifestato così nel 2021 una, certamente legittima e legittimata, funzione interpretativo-applicativa di evidente chiusura ad una equiparazione funzionale piena dei consiglieri laici del C.G.A. ai magistrati del consiglio di Stato.

Sono, cioè, gli stessi consiglieri di Stato, e in primo grado i magistrati amministrativi del T.A.R. Lazio, ad avere manifestato di volere mantenere «*fuori casa*» (più correttamente, fuori dal ruolo dei magistrati amministrativi) i consiglieri laici del C.G.A.

Tutti i possibili dubbi di costituzionalità della differenziazione organica e strutturale tra i consiglieri di Stato e i consiglieri laici del C.G.A. sono stati superati senza sé e senza ma, nel giro di sette mesi del 2021, nel senso di una limitazione evidente della configurazione dei consiglieri laici del C.G.A.

Tutto ciò è certamente rimeditabile e rivedibile e riteniamo ne sia prova la precedente sentenza n. 2025 del 2020 della quarta sezione del Consiglio di Stato¹⁶⁷ che, in senso opposto e nel filone di una sempre più piena equiparazione tra consiglieri di Stato e consiglieri laici del C.G.A. di cui, prima, al d.lgs. n. 373 del 2003 e, poi, al decreto presidenziale del C.G.A. n. 646 del 2012 che aveva riconosciuto a questi ultimi elettorato attivo e passivo nell'elezione di un

165 Cons. St., sez. V, sentenza 14 settembre 2021, n. 6282.

166 F. DAL CANTO, *Il magistrato onorario a sei anni dalla riforma Orlando: statuto costituzionale, attuazione legislativa ed etica delle funzioni*, in *Rivista AIC*, n. 2/2023, per l'acuta osservazione in base alla quale «La stessa Corte costituzionale, pur tenendo conto delle differenze tra le diverse categorie effettivamente esistenti nel sistema, a partire dal 1971 ha ricondotto la figura del magistrato onorario all'interno del *genus* del funzionario onorario», con riferimento a Corte cost. sentenza 5 aprile 1971, n. 70.

167 Cons. Stato, sez. IV, sentenza 24 marzo 2020, n. 2045.



giudice costituzionale¹⁶⁸, aveva chiaramente statuito: «non vi sono ragioni per dubitare che i membri del CGARS rivestano la qualifica di magistrati amministrativi avuto riguardo:

a) alle modalità di accesso alle funzioni giurisdizionali, che sono riconducibili alla previsione di cui all'articolo 106, comma 3 della Costituzione e che postulano una previa valutazione del Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa in ordine alla "piena idoneità all'esercizio delle funzioni di consigliere di Stato sulla base dell'attività e degli studi giuridico-amministrativi compiuti e delle doti attitudinali e di carattere" (art. 19, comma 1, n. 2, legge 27 aprile 1982, n. 186), valutazione identica a quella svolta ai fini della nomina dei consiglieri di Stato di nomina governativa;

b) alle funzioni svolte; quanto alle funzioni svolte, i membri cosiddetti laici del CGARS svolgono funzioni consultive e giurisdizionali, anche in sede di adunanza plenaria e adunanza generale del Consiglio di Stato;

c) allo stato giuridico e al regime disciplinare; quanto a tali profili lo stato e il regime previsti sono i medesimi degli altri componenti, ai sensi della previsione dell'articolo 7 del d.lgs. n. 373/2003 per cui "durante il periodo di durata in carica, si applicano le norme concernenti lo stato giuridico e il regime disciplinare dei magistrati del Consiglio di Stato".

Si è quindi in presenza di magistrati del consiglio di Stato – certamente non assimilabili a magistrati onorari – ancorché nominati per svolgere le proprie funzioni per un periodo di sei anni e non a tempo indeterminato.

Del tutto coerente con tale premessa è il fatto – risultante dai chiarimenti richiesti in sede istruttoria – che ai membri cosiddetti laici del CGARS, nella tornata elettorale del 28 e 29 novembre 2012, successiva alla riforma operata con il decreto legislativo 24 dicembre 2003, n. 373 (firmato e entrato in vigore dopo la precedente elezione del 15 e 16 dicembre 2003), a seguito di decreto presidenziale monocratico (decreto del Presidente del CGARS 23 novembre 2012, n. 646) sia stato riconosciuto l'elettorato attivo e passivo nell'elezione dei giudici costituzionali, nell'ambito di una elezione il cui risultato è stato validato dalla Corte costituzionale».

Alcune riflessioni merita, poi, la pretesa onorarietà – per così dire – giurisprudenzialmente sopravvenuta nel 2021, dei consiglieri laici del C.G.A.

Innanzitutto, non si spiega, in termini di ragionevolezza della differenziazione, come i consiglieri di Stato laici nominati per la provincia autonoma di Bolzano, che incontrano medesimo legame funzionale con l'attività giurisdizionale e consultiva relativa agli affari di interesse provinciale o, in altri termini, con l'amministrazione della giustizia esclusivamente del territorio provinciale e alle controversie in cui è interessata la provincia stessa, siano legittimamente magistrati di carriera, non onorari.

Se la medesima esigenza autonomistica speciale siciliana hanno sostanzialmente "ricopiato", nel 1984, le norme di attuazione statutaria del Trentino-Alto Adige, e ciò è affermato a chiare lettere dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 316 del 2004 («A questo riguardo è significativo ricordare che lo statuto speciale per il Trentino-Alto Adige (ed il relativo decreto di attuazione 6 aprile 1984, n. 426) si sia ispirato agli stessi principi di autonomia, riproducendo sostanzialmente, a distanza di anni, il modello organizzativo siciliano basato sulla presenza, nell'organo di giustizia amministrativa, di membri "non togati" designati in sede locale. Si tratta evidentemente di un modello del tutto

168 Art. 2, comma 1, lett. b, l. 11 marzo 1953, n. 87, «Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale».

particolare fondato sulla “specialità” di alcuni statuti regionali i quali possono anche, nel campo dell’organizzazione giudiziaria, contenere norme a loro volta espressive di autonomia»), non si vede come l’attuazione dell’analogo principio costituzionale di specialità regionale, legittimamente incidente sull’organizzazione della giustizia e della giurisdizione amministrativa, secondo la Corte, possa avere prodotto due tipi di magistrati laici diversi, il primo, precario e onorario, per la Sicilia e, il secondo, di professione, per la provincia autonoma di Bolzano, senza violare gli artt. 3, 5 e 24 Cost.

La ratio dell’art. 23 dello Statuto è stata individuata dalla Consulta nell’«*aspirazione viva, e comunque saldamente radicata nella storia della Sicilia, ad ottenere forme di decentramento territoriale degli organi giurisdizionali centrali*». Le norme di attuazione non avrebbero dunque che realizzato «i “contenuti storico-concreti” dell’autonomia regionale siciliana», così come, per un *tertium comparationis*, l’art. 93 dello Statuto della Regione Trentino-Alto Adige¹⁶⁹ e le relative norme di attuazione¹⁷⁰ hanno realizzato, per la provincia autonoma di Bolzano, la garanzia, in seno al Consiglio di Stato, della tutela delle minoranze e della necessaria rappresentanza del complessivo sistema autonomistico locale¹⁷¹ e, dunque, un analogo principio autonomistico speciale, con la necessaria presenza di due consiglieri di Stato nominati per la provincia di Bolzano.

Ancora, ci pare difficilissimo sostenere che la Costituzione ammetta la nomina di magistrati onorari, al di fuori dell’ordinamento giudiziario vero e proprio e dunque della magistratura ordinaria, per lo svolgimento di funzioni attribuite a collegi giudicanti (non a giudici singoli) di organi giurisdizionali superiori e di ultimo grado, come si configura il C.G.A. (e certamente le due sezioni regionali del Consiglio di Stato) in Sicilia, dove i consiglieri laici sono funzionalmente, organicamente e strutturalmente inseriti ai fini della validità delle loro deliberazioni¹⁷², per sei anni, e non in via eccezionale e transitoria.

Né d’altro canto può sostenersi che possa essere legittimo, o quantomeno, giustificato, logico e ragionevole svolgimento del principio statutario del decentramento di organi giurisdizionali centrali, di cui all’art. 23 St. Reg. Sic., l’istituzione di magistrati onorari per funzioni, esclusivamente statali, giustiziale e giurisdizionale amministrative collegiali, solo in Sicilia, e non anche per la provincia autonoma di Bolzano.

169 D.P.R. 31 agosto 1972, n. 670 (“*Approvazione del testo unico delle leggi costituzionali concernenti lo statuto speciale per il Trentino-Alto Adige*”). L’art. 93 dello Statuto è stato modificato o dall’art. 7, comma 1, della l.cost. 4 dicembre 2017, n. 1, con l’inserimento, dopo le parole: “*al gruppo di lingua tedesca*”, delle parole: “*ovvero del gruppo di lingua ladina*”.

170 Art. 14, d.P.R. 6 aprile 1984, n. 426 (“*Norme di attuazione dello statuto speciale per la regione Trentino-Alto Adige concernenti istituzione del tribunale amministrativo regionale di Trento e della sezione autonoma di Bolzano*”).

171 Cass. civ., sez. un., sentenza 19 novembre 2020, n. 26387.

172 V. *supra* nt. 100.



Del resto, qualche significato avrà pure che si sia passati, per i laici del C.G.A., dal *nomen iuris* di esperti e di giuristi del 1948¹⁷³ a quello di componente o membro del C.G.A. nel 2003, segno certamente di una maggiore compenetrazione funzionale, organica e strutturale.

Gli esperti e i giuristi laici del C.G.A.R.S., in origine, duravano in carica solo quattro anni e potevano essere riconfermati¹⁷⁴, facoltà, poi, soppressa a seguito di dichiarazione di illegittimità della Corte costituzionale¹⁷⁵. In seguito, ne è stata prevista la loro durata sessennale dal momento del giuramento¹⁷⁶, con divieto di conferma e, oggi, senza facoltà di *prorogatio*, in caso di mancata nuova nomina per tempo¹⁷⁷.

I consiglieri laici del C.G.A., in definitiva, non riteniamo possano essere considerati legittimamente onorari, non solo per il perimetro invalicabile del divieto costituzionale di istituire giudici onorari con funzioni collegiali già solo di primo grado in via non eccezionale né transitoria, ma organica e strutturale, recentemente confermato dalla Corte costituzionale¹⁷⁸ e comunque solo per la giurisdizione ordinaria, ma anche per il diverso regime che i magistrati onorari, ad oggi conosciuti dall'ordinamento giudiziario, hanno.

Questi ultimi non instaurano un rapporto di pubblico impiego, la loro attività resta compatibile con lo svolgimento di attività lavorative e professionali, a meno che, a seguito di almeno dodici anni di servizio¹⁷⁹, non optino essi per il regime di esclusività dell'incarico, e il loro impegno magistratuale è limitato a due giorni la settimana¹⁸⁰.

I consiglieri laici del C.G.A. hanno modalità di nomina analoga a quella dei consiglieri di Stato laici, ivi inclusi quelli nominati per la provincia di Bolzano; svolgono in via esclusiva funzioni essenzialmente statali, consultiva, ivi compresa quella sostanzialmente giustiziale, e giurisdizionale amministrative superiori e di ultimo grado; non trattano affari (qualitativamente o quantitativamente) meno complessi o numerosi di quelli trattati dai consiglieri di Stato laici, ivi compresi quelli nominati per la provincia di Bolzano, e il trattamento economico a loro applicato è comunque quello iniziale dei consiglieri di Stato.

5. Il consigliere di Stato laico, di nomina governativa e la sua concreta configurazione amministrativa.

173 Art. 2, comma 2, lett. c e comma 3 lett. b, d.lgs. 6 maggio 1948, n. 654 (*“Norme per l'esercizio nella Regione Siciliana delle funzioni spettanti al Consiglio di Stato”*).

174 Art. 3, comma 2, d.lgs. n. 654 del 1948.

175 Corte cost., sentenza 22 gennaio 1976, n. 25.

176 Art. 2, d.P.R. 5 aprile 1978, n. 204, *«Modificazioni ed integrazioni al decreto legislativo 6 maggio 1948, n. 656, recante norme per l'esercizio nella Regione Siciliana delle funzioni spettanti al Consiglio di Stato»*. Oggi, art. 6, commi 4 e 5, d.lgs. n. 373 del 2003.

177 Art. 6, comma 5, d.lgs. n. 373 del 2003.

178 Corte cost., sentenza 17 marzo 2021, n. 41.

179 Art. 29, d.lgs. 13 luglio 2017, n. 116, *«Riforma organica della magistratura onoraria e altre disposizioni sui giudici di pace, nonché disciplina transitoria relativa ai magistrati onorari in servizio, a norma della legge 28 aprile 2016, n. 57»*, come modificato dall'art. 1, comma 629, lett. a, della l. 30 dicembre 2021, n. 234.

180 Art. 1, comma 3, d.lgs. n. 116 del 2017.



La nomina governativa a consigliere di Stato è disciplinata, in via legislativa¹⁸¹, unicamente da disposizione che, «*in ragione di un quarto*» dei «*posti che si rendono vacanti nella qualifica di consigliere di Stato*», ne prevede, da un lato, i “*requisiti*” (professori universitari ordinari di materie giuridiche o avvocati che abbiano almeno quindici anni di esercizio professionale e siano iscritti negli albi speciali per le giurisdizioni superiori, o dirigenti generali od equiparati dei Ministeri, degli organi costituzionali e delle altre amministrazioni pubbliche, anche a dirigenti coordinatori di area dei Comuni¹⁸², nonché magistrati con qualifica non inferiore a quella di magistrato di Corte d’appello o equiparata) e, dall’altro, il procedimento di conferimento. Quest’ultimo consta di:

- una proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri;
- una istruttoria e una conseguente proposta di parere «*contenente valutazioni di piena idoneità all’esercizio delle funzioni di consigliere di Stato sulla base dell’attività e degli studi giuridico-amministrativi compiuti e delle doti attitudinali e di carattere*»¹⁸³, espressa dalla competente (IV) commissione del C.P.G.A.;
- un parere (obbligatorio e non vincolante), espresso dal *Plenum* del C.P.G.A., a maggioranza dei suoi componenti;
- una successiva deliberazione decisoria del Consiglio dei Ministri;
- un finale decreto di nomina del Presidente della Repubblica, atto certamente integrativo dell’efficacia.

Il C.P.G.A., con delibera del 7 aprile 1983¹⁸⁴, ha inteso prevedere, in origine e in via amministrativa di auto-vincolo, due soli «*Criteri per la nomina a Consigliere di Stato ex art. 19, 1° comma n. 2 della Legge 27 aprile 82 n. 186*» e, in particolare:

- la valutazione favorevole per le nomine in questione potrà essere data esclusivamente nei confronti di quei soggetti che, sulla base della attività svolta, degli studi giuridico-amministrativi compiuti e delle doti attitudinali e di carattere dimostrino piena idoneità all’esercizio delle funzioni di consigliere di Stato;
- riguardo specificamente al requisito dell’attività svolta, dovrà risultare l’avvenuto espletamento della stessa per un congruo numero di anni, in modo da garantire il possesso da parte dell’interessato di una approfondita esperienza anche di carattere pratico.

Con delibera del 1° aprile 2004¹⁸⁵, ha, poi, aggiunto altri due criteri, per l’espressione di una valutazione (e dunque di un parere) favorevole:

- il non avere superato il sessantacinquesimo anno di età, derogabile, in casi eccezionali, relativamente a candidati in possesso di eminenti requisiti, fino a sessantasette anni, inderogabili, affinché sia assicurato l’ingresso in Consiglio di Stato di soggetti che abbiano

181 Art. 19, comma 1, n. 2, l. n. 186 del 1982.

182 Secondo Cons. St., sez. VII, sentenza 23 marzo 2022, n. 2142.

183 Art. 19, comma 1, n. 2, l. n. 186 del 1982, che rinvia, per le sue modalità di adozione, al n. 1.

184 Rinvenibile sul sito istituzionale della Giustizia amministrativa (www.giustizia-amministrativa.it, Consiglio di Presidenza, Attività, Normativa e criteri, 13. Nomina a Consigliere di Stato, p. 15).

185 Rinvenibile sul sito istituzionale della Giustizia amministrativa (www.giustizia-amministrativa.it, Consiglio di Presidenza, Attività, Normativa e criteri, 13. Nomina a Consigliere di Stato, p. 15).



dinanzi a sé un periodo di servizio di durata tale da consentire loro il pieno inserimento nell'organo ed il proficuo svolgimento delle relative funzioni;

- l'età minima di cinquantacinque anni dei nominandi¹⁸⁶.

186 Cons. Stato, sentenza 23 marzo 2022, n. 2142 ha evidenziato, però: «36.2. L'art. 19, comma 1, n. 2), della legge n. 186 del 1982, che reca la disciplina generale dei requisiti soggettivi per la nomina a consigliere di Stato, non contiene alcuna previsione concernente il requisito dell'età minima e massima. Trattasi, in altre parole, di previsione non contenuta in alcun testo di legge o avente forza di legge, bensì unicamente prevista dalle summenzionate deliberazioni del Consiglio di Presidenza della Giustizia amministrativa. Occorre interrogarsi, dunque, sulla natura giuridica delle anzidette deliberazioni e del requisito anagrafico previsto. Le deliberazioni del Consiglio di Presidenza di Giustizia amministrativa, per quanto espressione di autonomia organizzativa e funzionale di un organo di autogoverno di rilevanza costituzionale, non sono classificabili quali fonti del diritto; piuttosto, hanno natura di atti amministrativi assoggettati al principio di legalità e, in quanto tali, sono sindacabili dall'autorità giurisdizionale per i vizi di legittimità tipici previsti dalla legge (incompetenza, violazione di legge ed eccesso di potere). Soltanto la legge può prevedere requisiti soggettivi di ammissibilità per l'accesso agli uffici, alle cariche o per lo svolgimento di determinate attività, trattandosi di elementi che incidono direttamente sulla capacità giuridica e di agire dei soggetti dell'ordinamento attraverso prescrizioni sostanzialmente limitative di status soggettivi.

Le anzidette previsioni deliberative non attuano, né specificano, il dettato legislativo. Pertanto, l'elemento anagrafico legato al possesso di un'età minima o massima, non ha natura di requisito soggettivo per la nomina, ma soltanto quello di criterio di giudizio per orientare il parere dell'organo di autogoverno (parere che – è bene ricordarlo – ha oltretutto un carattere obbligatorio ma non vincolante). L'organo di autogoverno ha fatto legittimamente uso di siffatto potere valutativo, che è per legge limitato alle “valutazioni di piena idoneità all'esercizio delle funzioni di consigliere di Stato sulla base dell'attività e degli studi giuridico-amministrativi compiuti e delle doti attitudinali e di carattere”. In quest'ottica prospettica, l'età (nel caso di specie, l'età minima) è soltanto uno degli elementi soggettivi, suscettibili di divenire oggetto di riscontro e apprezzamento, che precede ed orienta il parere, ma che non condiziona l'accesso alla carica, non avendo l'effetto, riconducibile soltanto all'astratta previsione di legge, di delimitare la platea soggettiva degli aspiranti.

In altre parole, la corrispondenza anagrafica all'interno dei previsti limiti edittali, non può condizionare il contenuto del parere dell'organo di autogoverno, né nel senso di determinarlo come favorevole per il solo fatto che il candidato possiede l'età minima prevista, né, viceversa, di imporlo come sfavorevole nei confronti del candidato che non versa nella condizione anagrafica prevista. Piuttosto, l'età si collega, quale tipico elemento relazionale, alla qualità dell'apprezzamento curriculare del candidato, rispetto al quale, anzi, è in grado di farne emergere le peculiari note di specialità dell'attività e degli studi giuridico-amministrativi compiuti, laddove ragguagliate ad una età inferiore rispetto a quella per cui, secondo l'id quod plerumque accidit, si presume che una personalità professionale di alto profilo professionale sia compiutamente formata. Nel caso all'esame, le evidenze documentali per l'innanzi illustrate documentano con puntualità di dettaglio e dovizia di precisione le funzioni, i compiti e le attività svolte dalla candidata, corrispondenti a quelli previsti da specifiche disposizioni di legge statale (Testo unico degli enti locali) e regolamentari (Regolamento degli Uffici del Comune di Firenze). Tali essendo gli oggettivi riscontri, occorre concludere che l'organo di autogoverno abbia legittimamente vagliato il profilo professionale della candidata e sia giunto a formulare il parere favorevole mediante un procedimento valutativo congruente ed esente da vizi logico-giuridici, valorizzando l'età anagrafica quale elemento positivo nel contesto di una esposizione curriculare ricca per i contenuti delle funzioni svolte e per l'importanza qualitativa dei soggetti nei confronti dei quali le dette funzioni sono state prestate (il Comune di Firenze è notoriamente un comune di grande rilevanza nel Paese, mentre sulla Presidenza del Consiglio dei Ministri non occorre svolgere particolari considerazioni,



trattandosi della struttura di cui si avvale il Presidente del Consiglio nell'esercizio delle sue funzioni di organo costituzionale).

In altri termini, la decisione dell'organo di autogoverno, nel dare puntuale applicazione al chiaro disposto normativo previsto dall'art. 19, comma 1, n. 2, della legge n. 186 del 1992, non solo non ha rappresentato un illegittimo discostamento rispetto al parametro legale, ma ha anzi contribuito a dimostrare - superando l'astratta presunzione che profili di speciale rilevanza non possano che essere conseguiti se non al raggiungimento di una certa età anagrafica - che il riferimento della circolare amministrativa all'età, era da intendersi in senso orientativo, strettamente dipendente dalla valutazione in concreto del profilo curriculare e, comunque sia, sempre secundum legem, non ammettendo la norma primaria statale (quale è quella contenuta nel cit. art. 19, legge n. 186 del 1982) una interpretazione che vada al di là delle proprie previsioni (interpretatio praeter legem) o addirittura contro il proprio disposto (interpretatio contra legem). Infatti, se non può essere negato in assoluto e in astratto che la maturazione di un determinato livello professionale può conseguirsi a seguito dello svolgimento di plurime esperienze professionali, che nella generalità dei casi impegnano quasi tutto l'arco della vita lavorativa e professionale dell'individuo, è anche vero che di questo assunto non può essere fatto un assioma ideologico, a meno di ammettere, al contrario, che il mero decorso del tempo equivalga, sempre e comunque, al conseguimento della maturazione del requisito soggettivo richiesto.

La norma recata dal cit. art. 19, legge n. 186 del 1986 non prevede siffatta presunzione legale, tantomeno in termini assoluti (praesumptio iuris et de iure). La delibera del Consiglio di Presidenza in questione, infatti, prevede espressamente una deroga al limite anagrafico massimo, consentendo che per coloro che al momento della proposta abbiano già superato il sessantacinquesimo anno di età, sia possibile derogare, e cioè esprimere un giudizio positivo e favorevole per i candidati in possesso di eminenti requisiti.

Analoga precisazione non è prevista quando i nominandi non abbiano raggiunto invece il limite anagrafico minimo dei cinquantacinque anni. Ma ciò non significa che la ratio della deroga non si imponga anche in questo caso specifico, attesa la preminenza del dettato legislativo, per il quale rileva soltanto l'oggettiva valutazione dell'attività e degli studi giuridico-amministrativi compiuti. Inoltre, va anche rilevato che questa soluzione interpretativa ha radici consolidate nel solco tracciato dalla giurisprudenza amministrativa in materia di atti di autovincolo di organi di autogoverno che rechino criteri diversi o più stringenti rispetto a quelli previsti dalla norma primaria (T.a.r. Lazio, Roma, Sezione I, sentenza 26 ottobre 2015, n. 12185, che ha annullato il parere negativo del Consiglio di Presidenza della Corte dei Conti, reso sul presupposto che l'esperienza risultante dal curriculum allegato dal candidato non dimostrasse una "prevalente" esperienza "economico, aziendalistico, finanziario e contabile", ritenendolo in contrasto con il dettato normativo di cui all'art. 7, comma 8-bis, della legge n. 131 del 2003 - cd. legge La Loggia, secondo cui i componenti della Sezione regionale di controllo sono scelti tra persone "particolarmente esperte nelle materie aziendalistiche, economiche, finanziarie, giuridiche e contabili": a differenza, infatti, della deliberazione dell'organo di autogoverno, la legge La Loggia attribuiva rilevanza anche all'esperienza acquisita nel settore giuridico).

Non è invece decisiva, né pertinente al caso di specie, la copiosa giurisprudenza amministrativa, pure citata dalla parte appellante a sostegno della tesi difensiva secondo cui "l'amministrazione è tenuta al rispetto delle regole a cui si è autovincolata e che ha emanato sulla base di un giudizio ex ante, corollario dell'art. 97 della Costituzione (Cons. Stato, Sez. II, 20.1.2012 n. 5659; Cons. Stato, Sez. V, 5.9.2011 n. 4981; Cons. Stato, Sez. III, 12.5.2011 n. 2841; Cons. Stato, Sez. VI, 12.10.2010 n. 7429; TAR Lazio, Roma, Sez. I, 3.12.2010 n. 35337; TAR Lazio, Roma, Sez. II ter, n. 10484/09 confermata dal Cons. Stato, Sez. VI, 8.10.2010 n. 7369; TAR Lazio, Roma, Sez. II ter, n. 9974/09 confermata dal Cons. Stato, Sez. VI, 6.9.2010 n. 6483 che, in particolare, sottolinea la necessità della preventiva definizione dei parametri cui ancorare il giudizio sulla capacità dei soggetti scrutinati a svolgere determinati compiti d'istituto e alla doverosa correlazione della motivazione ai parametri previamente indicati e costituenti per l'amministrazione autovincolo)". Questa giurisprudenza, consolidata anch'essa sul piano



Con delibera del 19 maggio 2004¹⁸⁷ (modificata con delibera del 1° dicembre 2017¹⁸⁸) è stato aggiunto (e poi, nel 2017, specificato) l'ultimo e quinto criterio, in realtà una mera integrazione procedimentale, in base al quale «È affidato alla 4^a commissione permanente, come commissione competente per le nomine a Consigliere di Stato, il compito di procedere all'istruttoria, anche attraverso eventuali audizioni, ove ritenuto opportuno, relativa alla valutazione dei titoli, del curriculum e di quant'altro ai fini della nomina a Consigliere di Stato».

Già questo quadro legislativo¹⁸⁹ e amministrativo¹⁹⁰ dei requisiti, del procedimento di conferimento e dei "criteri" per la nomina governativa a consigliere di Stato, applicati in concreto anche a quella a consigliere laico del C.G.A., ci dà il senso di come sia stata e sia determinante, in astratto e in concreto, l'attività del C.P.G.A. e, dunque, come già fatto in un precedente scritto a proposito del Consiglio superiore della magistratura¹⁹¹ (C.S.M.), ci appare quantomeno opportuno occuparci, sia pur brevemente, della posizione, della natura giuridica, della funzione e dei poteri di detto organo.

6. La posizione, la natura giuridica, la funzione ed i poteri del Consiglio di Presidenza della Giustizia amministrativa. Critica all'auto-attribuito potere di determinare un requisito di "controllo" sui nominandi.

esegetico, non rileva nel caso all'esame, essendo la materia della capacità giuridica degli individui, cui pacificamente vanno ricondotti i requisiti di ammissibilità e di accesso, riservata alla legge.

Infine, non può essere condivisa neppure la prospettazione argomentativa secondo cui il discostamento dalla circolare realizzerebbe il risultato pratico di consentire giudizi sempre adattabili caso per caso. Affermare ciò non solo è corretto, in quanto l'unica base di giudizio per rendere il parere da parte dell'organo di autogoverno è la disciplina legale recata dall'art. 19, comma 1, n. 2, della legge n. 186 del 1982, ma anzi, al contrario, proprio l'emanazione di delibere recanti parametri e criteri di valutazione che si discostano da quelli legalmente previsti, reca inevitabilmente con sé il rischio di apprezzamenti relativistici dei profili professionali dei candidati, i quali, invece, secondo la ratio legis che ha ispirato la disciplina di cui al cit. art. 19, legge n. 186 del 1982, devono oggettivarsi e sostanziarsi essenzialmente attraverso gli elementi curriculari attinenti all'attività e agli studi giuridico-amministrativi compiuti.

36.3. Occorre concludere, in definitiva, che l'organo di autogoverno ha correttamente esercitato il proprio potere, e ciò sia sul piano formale della corretta qualificazione giuridica dell'età anagrafica quale criterio sussidiario di giudizio del profilo professionale e non quale requisito soggettivo di ammissibilità o accesso ai fini della nomina (interpretatio secundum legem), sia sul piano sostanziale della legittimità della valutazione del profilo professionale in questione, alla luce degli specifici elementi di fatto per l'inanzi illustrati».

187 Rinvenibile sul sito istituzionale della Giustizia amministrativa (www.giustizia-amministrativa.it, Consiglio di Presidenza, Attività, Normativa e criteri, 13. Nomina a Consigliere di Stato, p. 15).

188 Rinvenibile sul sito istituzionale della Giustizia amministrativa (www.giustizia-amministrativa.it, Consiglio di Presidenza, Attività, Normativa e criteri, 13. Nomina a Consigliere di Stato, p. 15).

189 Art. 19, comma 1, n. 2, l. n. 186 del 1982.

190 Delibere del C.P.G.A. del 7 aprile 1983, del 1° aprile 2004, del 19 maggio 2004 e del 1° dicembre 2017.

191 A.L.M. TOSCANO, *Il controllo*, cit., pp. 39 e ss.



Il C.P.G.A. è stato istituito con legge formale ordinaria¹⁹², ed è composto, nel suo *Plenum*, da un totale di quindici membri¹⁹³ e, in particolare, da undici magistrati effettivi (il Presidente del Consiglio di Stato di diritto, che lo presiede, quattro elettivi in servizio presso il Consiglio di Stato e sei elettivi presso i Tribunali Amministrativi Regionali) e da quattro componenti “laici” (cittadini eletti, due dalla Camera dei Deputati e due dal Senato della Repubblica). Sono previsti altri quattro giudici supplenti (due elettivi in servizio presso il Consiglio di Stato e due elettivi presso i Tribunali Amministrativi Regionali), che partecipano alle sedute del Consiglio in caso di assenza o impedimento dei titolari¹⁹⁴. Il vicepresidente è eletto dal Consiglio tra i membri laici e sostituisce il presidente ove questi sia assente o impedito¹⁹⁵.

Ci sembra indubbio che il C.P.G.A. non sia (e non possa mai essere) un organo costituzionale perché certamente, a monte, non necessario né indefettibile per (l’organizzazione costituzionale del-)lo Stato e (de-)i suoi poteri; né di mero rilievo costituzionale, perché neanche implicitamente previsto e, tantomeno, disciplinato nella sua struttura di base e nei suoi poteri dalla Costituzione.

D’altro canto, è un organo legislativamente costituito come prevalentemente e significativamente rappresentativo della magistratura amministrativa, perché composto da dieci giudici effettivi elettivi (e da quattro supplenti sempre elettivi), a cui si aggiunge il Presidente del Consiglio di Stato, membro di diritto, che costituiscono una – determinante, in astratto e in concreto – “*maggioranza qualificata precostituita*” (11/15); e solo parzialmente e minoritariamente rappresentativo di ciascuna Camera.

Proprio perché la sua istituzione, la sua struttura e le sue attribuzioni non sono direttamente considerate, né tantomeno disciplinate, dalla Carta fondamentale, può dubitarsi della sua natura di organo “*necessario*” dell’ordinamento giurisdizionale amministrativo e, in particolare, di quello della magistratura amministrativa¹⁹⁶ e, ancor prima, della sua compatibilità costituzionale *tout court*, laddove soprattutto si consideri che comunemente il C.P.G.A. viene definito e si (auto-)definisce organo di “*autogoverno*” e di “*governo autonomo*” della magistratura amministrativa¹⁹⁷, espressioni improprie¹⁹⁸ che tradiscono il senso che la magistratura amministrativa possa mai (o addirittura debba) essere “*governata*” da se stessa o, comunque, da un suo organo prevalentemente e significativamente rappresentativo.

192 Artt. 7-13, l. n. 186 del 1982, Peraltro, il C.P.G.A. sembra essere stato istituito provvisoriamente: «*In attesa del generale riordino dell’ordinamento della giustizia amministrativa sulla base della unicità di accesso e di carriera, con esclusione di automatismi collegati all’anzianità di servizio*» (art. 7, comma 1, l. n. 186 del 1982).

193 Art. 7, comma 1, l. n. 186 del 1982.

194 Art. 7, comma 6, l. n. 186 del 1982.

195 Art. 7, comma 7, l. n. 186 del 1982.

196 Art. 108, comma 1, Cost.

197 Auto-qualificazioni rinvenibili sullo stesso sito istituzionale della Giustizia amministrativa (www.giustizia-amministrativa.it, Consiglio di Presidenza, Organo di Autogoverno). Ancora riscontrabili anche in pronunce della Consulta: Corte cost., sentenza 9 marzo 1988, n. 266 (sull’istituzione di apposito organo di autogoverno della magistratura militare); sentenza 12 marzo 1988, n. 52 (sul Consiglio della Magistratura militare); ord. 20 novembre 1988, n. 377 (sul Consiglio di Presidenza della Giustizia amministrativa); sentenza 6 dicembre 2017, n. 257 (sul Consiglio di Presidenza della Corte dei conti).

198 Corte cost., sentenza 13 gennaio 2011, n. 16 (sul Consiglio di Presidenza della Corte dei conti).



Orbene, la compatibilità e il fondamento costituzionale del C.P.G.A. possono comunque agevolmente rinvenirsi nell'art. 108, comma 1, Cost., nella parte in cui riserva alla legge dello Stato – che come già detto riteniamo assoluta – le norme anche sulla magistratura amministrativa, ossia l'insieme delle norme che regolano l'“organizzazione” dell'esercizio della giurisdizione e dei magistrati amministrativi, quale parte di quello più generale che regola l'ordinamento giurisdizionale amministrativo, ossia disciplina l'“esercizio” della funzione giurisdizionale amministrativa, ricompresa, a sua volta, nella più generale materia “giustizia amministrativa” ex art. 117, comma 2, lett. 1, Cost., riservata, insieme a quella della «giurisdizione», alla potestà legislativa esclusiva dello Stato. Nonché nell'ulteriore riserva di legge “rinforzata”¹⁹⁹, perché funzionalizzata e finalizzata a vincolare il legislatore ad assicurare l'indipendenza dei giudici delle giurisdizioni speciali, di cui all'art. 108, comma 2, Cost. (accentuata dall'art. 100, comma 3, Cost., già diretto a vincolare il legislatore ad assicurare l'indipendenza dei due “istituti” e dei “componenti di fronte al Governo” del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti).

Può dunque ritenersi il C.P.G.A., una volta istituito e costituito per legge, un soggetto comunque eventuale della giustizia amministrativa e dunque dell'ordinamento giurisdizionale amministrativo e, in particolare, dell'ordinamento della magistratura amministrativa, le cui istituzione, struttura e attribuzioni sono riservate alla legge²⁰⁰ dello Stato.

D'altro canto, esso non è certamente, come già detto, organo necessario dello Stato, poiché a nostro avviso non lo è neanche il C.S.M., direttamente previsto dalla Costituzione; né è organo necessario dell'organizzazione dell'esercizio della giurisdizione amministrativa e dei magistrati amministrativi.

Devono, a tal proposito, respingersi le (soprattutto auto-)qualificazioni di organo di “autogoverno” e di “governo autonomo” della magistratura amministrativa²⁰¹, poiché il C.P.G.A. non è astrattamente configurabile come organo che possa (o addirittura debba) “governare” i magistrati amministrativi, nel senso proprio di indirizzarne e dirigerne “politicamente” l'attività, né ad esso può spettare una funzione (o una “attività”) di governo o politica o di indirizzo politico.

Né, d'altro canto, può riconoscersi al Consiglio una posizione giuridica di supremazia rispetto ai magistrati ed alla magistratura amministrativa, posizione che sembra smentita dalla sottoposizione, anche strutturale, di tutti i giudici (anche di quelli speciali) soltanto alla legge²⁰² e dall'espressa considerazione costituzionale della (e di ogni) magistratura (ordinaria e

¹⁹⁹ Corte cost., sentenza 20 dicembre 1962, n. 108.

²⁰⁰ Art. 108, commi 1 e 2, Cost.

²⁰¹ V. nota 9.

²⁰² Art. 101, comma 2, Cost. Per la considerazione che l'esercizio del potere giurisdizionale è ricondotto direttamente alla fonte della sovranità dall'art. 101, comma 1, Cost., «riequilibrato» dalla soggezione soltanto alla legge dei giudici, di modo che «Il principio democratico viene ricondotto nelle forme dello Stato di diritto», R. BIFULCO, *Diritto*, cit., pp. 187-188.



speciale) quale deputata ad esercitare direttamente un “potere” dello Stato²⁰³ e, pertanto, destinata a costituire essa stessa un elemento “costituzionale” dell’ordinamento giuridico generale, indefettibile e necessario per la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi²⁰⁴.

Se il fondamento costituzionale del C.P.G.A. è, dunque, comodamente rinvenibile nell’art. 108, commi 1 e 2, Cost., non ci sembra che tali disposizioni vincolino il legislatore ad istituire (o a mantenere) un vero e proprio organo di “garanzia” dell’indipendenza dei giudici amministrativi, poiché basterebbe istituire, sempre per legge, attribuzioni e/o competenze strutturate in maniera tale da costituire ragionevole e bilanciata garanzia di indipendenza (e di autonomia) della magistratura amministrativa. Proprio per questo il Consiglio ci pare possa rappresentare sì un organo di “garanzia”, ma, come già detto, meramente eventuale.

La ben nota sentenza n. 16 del 2011 della Corte costituzionale²⁰⁵ che, contrariamente, afferma che «un organo di garanzia debba comunque esserci» per tutte le giurisdizioni speciali, tant’è che il legislatore li ha istituiti per tutte, ci sembra possa quindi peccare per eccesso, anche perché parte dalla considerazione di un mero dato eventuale (la legislazione vigente) per dare contenuto al vincolo dell’art. 108, comma 2, Cost., che non ci pare possa essere di tale estensione.

Le attribuzioni legislative del Consiglio²⁰⁶ – che riproducono anche le competenze costituzionali dello stesso C.S.M., di cui all’art. 105 Cost. – sono poi tutte essenzialmente amministrative, ivi comprese quella disciplinare riguardante i magistrati amministrativi²⁰⁷,

203 E. CAPACCIOLI, *Forma e sostanza dei provvedimenti relativi ai magistrati ordinari*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1964, pp. 272 ss. e A. PIZZORUSSO, *Organizzazione della giustizia*, in *Enc. dir.*, Agg. VI, Giuffrè, Milano, 2000. Cfr. N. PICARDI, *Manuale del processo civile*, III ed., Giuffrè, Milano, 2013, p. 36, evidenzia il carattere «diffuso» del potere giurisdizionale «non solo perché attribuito ad ogni giudice, ma anche nel senso che al suo esercizio sono chiamati a partecipare tutti gli operatori giudiziari, nonché i loro ausiliari», ma anche perché «capace di autoordinarsi ed organizzarsi soprattutto attraverso la funzione nomofilattica della Corte di Cassazione». N. ZANON e F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, V ed., Zanichelli, Bologna, 2019, p. 25, per la considerazione secondo la quale «la magistratura non è un potere alla stessa stregua in cui lo sono quelli politici, quelli cioè dotati di una legittimazione democratica, essa però costituisce un «potere dello Stato» ai sensi e per gli effetti dell’art. 134 Cost... Ma anche qui, si osservi, non si ha a che fare con un potere unitario, eventualmente organizzato gerarchicamente, come solitamente avviene per quelli politici. Al contrario, nell’ambito dell’istituto del conflitto tra poteri,... sono i singoli organi giudiziari a poter difendere le proprie attribuzioni costituzionali... Non a caso,... si sostiene comunemente che la magistratura, a differenza di quelli politici, è un “potere diffuso”, espressione che appunto sottolinea, in essa, l’assenza di gerarchie funzionali » ed ancor prima, p. 24, «... la magistratura non è un potere, ma un ordine: perché ciascun magistrato, soggetto non ad altro che alla legge e al modo in cui la sua coscienza gli impone di interpretarla, va considerato singolarmente, per la sua specifica funzione e per le sue specifiche decisioni. In questo senso, il fatto che esista un’unica organizzazione burocratico-amministrativa, che “tiene insieme” tutti gli appartenenti all’ordine non consente di desumere l’esistenza di un potere paragonabile a quelli politici».

204 Art. 113, comma 1, Cost.

205 Corte cost., sentenza 13 gennaio 2011, n. 16.

206 Art. 13, comma 2, della l. n. 186 del 1982.

207 Recentemente Cass. civ., sez. un., 9 marzo 2020, n. 6690, ha cristallinamente ribadito: “5.3.1. - È principio consolidato quello per cui l’attività svolta dal CPGA e i provvedimenti da esso resi nell’ambito delle



quella di disciplinare con regolamento interno il funzionamento del Consiglio²⁰⁸ e quella di predisporre gli elementi per la redazione della relazione annuale al Parlamento del Presidente del C.d.M. – che esercita l’*“alta sorveglianza”* su tutti gli uffici e i magistrati amministrativi – sullo stato della giustizia amministrativa e sul collocamento fuori dal ruolo dei magistrati amministrativi²⁰⁹, che non si vede perché non possano spettare per legge anche ad organo diverso dal C.P.G.A. Occorre, a questo punto, occuparci anche dei poteri del C.P.G.A. quali quelli che, in concreto, ha esercitato con delibere del *Plenum* sopra indicate, asseritamente volte a predeterminare i criteri per la nomina a consigliere di Stato laico e, in particolare, i criteri di età minima e massima.

L’unica potestà normativa attribuita dalla legge al Consiglio è quella di disciplinare con regolamento interno il suo funzionamento, regolamento che analogamente a quello previsto per il C.S.M. è fonte secondaria separata e riservata alla competenza del Consiglio.

Orbene, è certamente pacifico che, nell’ambito della competenza a rendere parere (obbligatorio e non vincolante) su tutte le nomine governative di consiglieri di Stato (anche per la provincia di Bolzano) e di componenti laici del C.G.A., possa il C.P.G.A. adottare atti amministrativi di auto-vincolo, e tali debbono considerarsi i criteri per la nomina governativa a consigliere di Stato laico, ma tali criteri, a nostro avviso, non possono consistere in veri e propri requisiti per il conferimento dell’incarico.

E ciò per un duplice ordine di ragioni: da un lato, i requisiti per la composizione di organi giurisdizionali amministrativi non possono non essere che oggetto di riserva di legge dello Stato e per di più materia di potestà legislativa esclusiva dello Stato, dall’altro, l’eventuale inazione del potere politico (legislativo e esecutivo), pur avallando implicitamente l’integrazione e l’attuazione della legislazione vigente, la legittima appunto nei limiti ristretti

attribuzioni disciplinari nei confronti dei magistrati amministrativi hanno natura amministrativa e non giurisdizionale, non potendo ascrivarsi allo stesso CPGA natura di organo giurisdizionale neppure in ragione del richiamo, operato dalla L. n. 186 del 1982, art. 32, alle norme del procedimento disciplinare nei confronti dei magistrati ordinari (efficace almeno sino all’entrata in vigore del D.Lgs. n. 109 del 2006, che ha espressamente escluso, all’art. 30, l’applicabilità della disciplina da esso dettata ai magistrati amministrativi e contabili), così da poter mutuare il carattere, invece, sicuramente giurisdizionale che riveste la Sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura (Cass., S.U., 10 aprile 2002, n. 5126; Cass., S.U., 20 aprile 2004, n. 7585). Del resto, la tutelabilità della posizione del magistrato amministrativo interessato dal provvedimento disciplinare dinanzi al giudice amministrativo, a conferma della natura amministrativa di detto provvedimento e dell’organo che lo ha adottato, è ribadita dallo stesso codice del processo amministrativo, che, al D.Lgs. n. 104 del 2010, art. 135, comma 1, lett. a), riserva alla competenza inderogabile del TAR del Lazio, sede di Roma, “le controversie relative... ai provvedimenti riguardanti i magistrati amministrativi adottati dal Consiglio di Presidenza della Giustizia Amministrativa”. 5.3.2. - Né la natura di procedimento giustiziale e contenzioso, in base ad un paradigma predeterminato dalla legge, dedotta dalla ricorrente, consente di immutare la natura soggettiva del CPGA e di elidere il carattere amministrativo del procedimento disciplinare a carico dei magistrati amministrativi, così da poter qualificare il relativo svolgimento come “attività giudiziaria”

208 Art. 13, comma 1, n. 2, l. n. 186 del 1982. Il regolamento attualmente vigente è stato adottato con provvedimento del 6 febbraio 2004 (in G.U. 13 febbraio 2004, n. 36), più volte integrato e/o modificato, da ultimo con delibera del 15 marzo 2021.

209 Artt. 13, comma 1, n. 4 e 31, l. n. 186 del 1982.



dell'integrazione e dell'attuazione, realizzandosi diversamente l'adozione di atti "precarî" suscettibili, in caso di contestazione, anche di essere annullati dal giudice amministrativo, per difetto assoluto di attribuzione.

Quindi, nel caso di specie, se i criteri per l'accertamento dell'idoneità dei nominati hanno anche un, sia pur ultracinquantennale, avallo della giurisprudenza costituzionale, che ha considerato costituzionalmente legittime le nomine governative proprio per l'esistenza di un accertamento dell'idoneità, altrettanto non può dirsi per i requisiti di età minima (cinquantacinque anni) e massima (sessantacinque anni eccezionalmente elevabili a sessantasette anni) per il conferimento dell'incarico. Recentemente, il C.P.G.A. ha esteso i requisiti di età minima e di età massima anche ai consiglieri di Stato di nomina governativa per la provincia di Bolzano (proprio all'indomani di un parere favorevole per un candidato, poi nominato, infra-cinquantacinquenne) e ai consiglieri laici del C.G.A. (pur dopo esprimendo parere favorevole per un candidato, poi nominato, infra-cinquantacinquenne).

Da ciò si comprende che la *ratio* dell'età minima richiesta (oltreché quella di garantire un regime omogeneo per tutte le nomine governative) è quella «di garantire alla magistratura amministrativa un controllo su propri prospettivi componenti le cui qualità non hanno avuto alcun precedente vaglio concorsuale»²¹⁰, mentre quella dell'età massima è quella di assicurare che i nominati «abbiano dinanzi a sé un periodo di servizio di durata tale da consentire loro il pieno inserimento nell'organo ed il proficuo svolgimento delle relative funzioni»²¹¹. Proprio la *ratio* dichiarata per l'età minima evidenzia l'auto-attribuzione del potere di determinare un requisito di "controllo" sui, e di età dei, nominandi, che non trova nessun fondamento legislativo, né analogia nell'ordinamento delle magistrature italiane. Anzi richiamando la Consulta l'unico controllo legittimo è quello dell'accertamento dell'idoneità del candidato all'esercizio delle funzioni, non potendo l'età minima nulla significare in merito a tale idoneità.

D'altro canto, l'età massima potrebbe avere un senso in chiave di coordinamento con l'età di collocamento a riposo, in modo da garantirsi, di regola, almeno un quinquennio (ed eccezionalmente almeno un triennio) nell'esercizio delle funzioni. Ma è regola che non trova senso logico prima che giuridico nei confronti dei consiglieri laici del C.G.A., amministrativamente disancorati da un'età di collocamento a riposo. Lo stesso Consiglio di Stato ha recentemente smentito il suo organo di "autogoverno"²¹², ribadendo, tra l'altro, che «Soltanto la legge può prevedere requisiti soggettivi di ammissibilità per l'accesso agli uffici, alle cariche o per lo svolgimento di determinate attività, trattandosi di elementi che incidono direttamente sulla capacità giuridica e di agire dei soggetti dell'ordinamento attraverso prescrizioni sostanzialmente limitative di status soggettivi»

Anche queste aporie dimostrano l'esercizio di poteri para-normativi non autorizzati, perché, quantomeno nell'*intentio*, non limitati all'integrazione e all'attuazione della legge, con l'implicito avallo dell'inazione del potere politico.

210 Delibera del C.P.G.A. n. 35 del 22 marzo 2021.

211 Delibera del C.P.G.A. del 1° aprile 2004.

212 Cons. Stato, sez. VII, sentenza 23 marzo 2022, n. 2142.



7. Il consigliere laico del Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Siciliana: l'ircocervo giuridico, distopico e disfunzionale, simbolo della "specialissima" autonomia della giustizia amministrativa in Sicilia.

Se si parte dal diritto vivente si deve prendere atto che l'art. 23 St. Reg. Sic. giustifica non solo il decentramento territoriale del Consiglio di Stato in Sicilia, con sue due sezioni regionali e staccate, ma anche l'istituzione del C.G.A. quale organo giustiziale e giurisdizionale interposto, con un proprio modello organizzativo "specialissimo" e solo regionale siciliano, che vede comporre le, anche sue, due sezioni con consiglieri di Stato collocati fuori dal ruolo dei magistrati amministrativi e consiglieri laici precari e onorari che funzionalmente, organicamente e strutturalmente compongono le due sezioni ai fini della validità delle deliberazioni e che sono abilitati, pertanto, ad esercitare funzioni statali giustiziale e giurisdizionale amministrative superiori e di ultimo grado, esclusivamente collegiali, in Sicilia, per soli sei anni, dopodiché tornano ai loro mestieri di provenienza.

Non v'è chi non veda come questo ircocervo giuridico di giudice superiore e di ultimo grado, precario e onorario, rappresenti un *unicum*, frutto della sentenza n. 316 del 2004 della Corte costituzionale, di due pronunce del Consiglio di Stato del 2021, nonché dell'attività amministrativa del C.P.G.A.

È la Corte costituzionale ad avere decretato la legittimità costituzionale del modello organizzativo della giustizia amministrativa in Sicilia e della peculiare struttura e composizione del C.G.A. con giudici precari, nonché della fonte sostanzialmente governativa che li ha istituiti. È il Consiglio di Stato ad averli (definitivamente?) relegati all'onorarietà delle funzioni, per il legame funzionale agli affari concernenti la Regione Siciliana, che è anche vincolo di sede e limitazione alla mobilità. È il C.P.G.A., infine e contraddittoriamente, da un lato, ad averne "omogeneizzato" i requisiti di nomina con i consiglieri di Stato laici, ivi inclusi quelli nominati per la provincia autonoma di Bolzano, riconoscendone esplicitamente la medesima *ratio* di nomina e, dall'altro, ad averne accentuato la specialità, consentendone la permanenza nelle funzioni oltre il compimento dell'età prevista per il collocamento a riposo di ogni magistrato in Italia.

E se si analizza, meglio, la sentenza n. 6282 del 2021, si colgono alcune ulteriori incoerenze.

Pur partendosi dall'inecepibile considerazione delle «modalità» di nomina dei consiglieri laici del C.G.A., ritenute «*analoghe ai consiglieri di Cassazione per meriti insigni e ai consiglieri di Stato di nomina governativa*», e addirittura dall'affermazione di un'analogia *ratio* con le nomine dei consiglieri di Stato e dei consiglieri di Cassazione laici («*I componenti laici del Consiglio di giustizia amministrativa presso la Regione Siciliana rispondono ad una logica analoga a quelle dell'una e dell'altra categoria*»), le analogie incredibilmente finiscono lì, ai procedimenti e ai requisiti di nomina ed alla *ratio* comune delle nomine, perché questa solida base logico-giuridica viene subito rinnegata dalla, per lo più apodittica, riconduzione di quelle stesse modalità di nomina all'alveo della figura del magistrato onorario, individuata in base all'art. 106, comma 2, Cost. in antitesi al magistrato di carriera e per non meglio precisate «*ragioni di specialità che connotano l'organo giurisdizionale istituito nel territorio regionale e che è volta ad accentuare il carattere onorario dell'incarico, nel senso di renderlo rispondente a logiche di più ampia partecipazione all'ufficio degli esponenti della società civile siciliana*». Perché la specialità regionale siciliana dovrebbe



ricondurre alla (e addirittura accentuare la) onorarietà dell'incarico non è spiegato e non è dato comprendere. La partecipazione di esponenti della società civile siciliana non ha caratteristiche uguali alla partecipazione di esponenti della società civile italiana agli uffici di consigliere di Cassazione e di consigliere di Stato laici? In cosa la società civile siciliana (e la sua partecipazione alla giustizia e alla giurisdizione amministrative) divergerebbe da quella del resto di Italia, ivi compresa quella alto-atesina, per relegare soltanto i componenti laici del C.G.A. non solo alla precarietà, ma anche all'onorarietà di funzioni giustiziale e giurisdizionale amministrative?

Quale fine pubblico costituzionale e statutario garantisca la tutela della giustizia amministrativa in Sicilia con i consiglieri laici precari e onorari del C.G.A. non è dato giuridicamente comprendere.

Come non è dato giuridicamente comprendere perché i consiglieri di Stato assegnati al C.G.A. vengano collocati fuori dal ruolo dei magistrati amministrativi, a meno che ciò non sia solo finalizzato alla vacanza dei posti in ruolo per la relativa provvista *ex art.* 19 l. n. 186 del 1982²¹³ e ad un rimborso spese, esigenze che, ove rilevanti ed esistenti, appaiono subvalenti al principio costituzionale di unità e di unicità della giurisdizione amministrativa.

Non è dato giuridicamente comprendere perché debba farsi luogo a nomine sostanzialmente governative ogni sei anni, solo in Sicilia e non nel resto della Repubblica Italiana.

Così configurato l'ircocervo giuridico siciliano, ci sembra che questo suo disegno manifesti soltanto una infondata, a livello costituzionale e statutario, aprioristica e inammissibile sfiducia, accentuata in via giurisprudenziale e amministrativa, nella società civile siciliana, visto che comunque anche per i nominandi siciliani viene sempre accertata dal C.P.G.A. l'idoneità all'esercizio delle funzioni di consigliere di Stato sulla base dell'attività e degli studi giuridico-amministrativi compiuti e delle doti attitudinali e di carattere, e gli stessi sono certamente inamovibili, ancor più dei consiglieri di Stato, per il loro riconosciuto vincolo di sede o limitazione alla mobilità. Sfiducia che impedisce ai consiglieri laici del C.G.A. la stabilità e dunque il collocamento nel ruolo e, conseguentemente, ogni progressione di carriera ed economica. E, all'opposto, manifesti un inammissibile privilegio di nomine sostanzialmente governative in Sicilia, ogni sei anni, con una maggiore interferenza del potere esecutivo nella magistratura amministrativa solo siciliana.

Non pare dubbio, pertanto, che le declinazioni finora attribuite al principio di decentramento territoriale di organi giurisdizionali centrali, declamato dall'art. 23, comma 1, St. Reg. Sic., rischino di tradursi in un malinteso principio di autonomia giustiziale e giurisdizionale, *in thesi* idoneo a disancorare (quantomeno) la giustizia amministrativa siciliana da quella del resto della Repubblica Italiana.

213 V. *supra* nt. 112.

LA DEMO-RICOSTRUZIONE TRA GIUDICE PENALE E GIUDICE AMMINISTRATIVO: CONSIDERAZIONI GIURIDICHE ATTORNO AL “CASO MILANO”

Giuseppe La Rosa * - Davide Casarin **

Abstract [it] L'articolo ha ad oggetto il tema della ristrutturazione edilizia ed evidenzia le discrasie interpretative prodottesi tra la giurisprudenza del giudice penale e quella del giudice amministrativo, con gravi conseguenze, da un lato, sull'effettivo conseguimento della riduzione del consumo di suolo che gli interventi legislativi sulla definizione di ristrutturazione edilizia perseguono e, dall'altro, sull'incertezza patita dal privato rispetto alla stabilità e idoneità dei titoli edilizi conseguiti, con eccessiva esposizione a rischi di natura penale.

Abstract [eng] The essay focuses on the “refurbishment works”, highlighting the inconsistencies between the interpretation accepted by the criminal courts and one of administrative courts, triggering severe consequences, on one hand, on the actual reduce of land-use and, on the other hand, on the uncertainty regarding the effectiveness of the building permits achieved by citizens and related criminal risks.

SOMMARIO: 1. Premesse e obiettivi dell'indagine. - 2. La demo-ricostruzione tra “nuova costruzione” e “ristrutturazione edilizia”: il quadro normativo e giurisprudenziale ante 2020. - 3. Segue: il quadro normativo e giurisprudenziale post 2020. - 4. Il superamento dei 25 metri e la necessità di piano attuativo. - 5. La SCIA alternativa al permesso di costruire e la deteriore posizione dei soggetti coinvolti: la inidoneità del titolo nella prospettiva dell'illecito penale. - 6. Considerazioni conclusive e di sistema: l'insostenibile tensione tra aporie interpretative e regimi di semplificazione.

1. Premesse e obiettivi dell'indagine



Le presenti riflessioni¹ sono sollecitate dalle vicende giudiziarie² che stanno interessando alcuni cantieri milanesi in relazione ai quali i Pubblici Ministeri ritengono che gli operatori coinvolti abbiano eseguito lavori in assenza di idoneo titolo edilizio ed abbiano commesso lottizzazione abusiva, violando l'art. 44, comma 1, lettere b) e c) del Decreto del Presidente della Repubblica n. 380 datato 6 giugno 2001 (il "Testo Unico dell'Edilizia", "TUE"). In particolare, la Procura ritiene che alcuni progetti siano stati artatamente qualificati come ristrutturazione, anziché come nuova costruzione, e che, conseguentemente, la segnalazione certificata di inizio attività in alternativa al permesso di costruire³ non costituisca titolo edilizio idoneo, dovendosi piuttosto ricorrere al permesso di costruire. Inoltre, laddove il progetto preveda edifici di altezza superiore a 25 metri o densità edilizia maggiore di 3 mc/mq, sarebbe addirittura necessaria la previa approvazione di specifici piani particolareggiati.

Per meglio comprendere la situazione di fatto da cui la vicenda ha avuto origine, l'attività edilizia oggetto di contestazione ha riguardato la demolizione di due fabbricati con superficie lorda pari a 2.079,01 mq e (ri)costruzione «in loro luogo» di un complesso immobiliare avente superficie lorda di 8.031,31 mq. Tale attività edilizia era stata qualificata dal privato come ristrutturazione per la quota parte di SL esistente e come nuova costruzione per l'ulteriore SL di progetto, pari a 5.952,30 mq. Conseguentemente, per la parte dell'intervento qualificato come ristrutturazione, era stata presentata una SCIA in alternativa al permesso di costruire, in applicazione dell'art. 23, comma 01, lett. a), TUE, secondo cui «in alternativa al permesso di costruire, possono essere realizzati mediante segnalazione certificata di inizio attività gli interventi di cui all'art. 10, comma 1, lettera c)», ossia, appunto, le ristrutturazioni «che portino ad un organismo edilizio in tutto o in parte diverso dal precedente, nei casi in cui comportino anche modifiche della volumetria complessiva degli edifici»⁴.

Tuttavia, la Procura ritiene che l'intervento non avrebbe potuto essere qualificato (neppure in parte) come ristrutturazione, dovendosi, piuttosto, considerare nella sua unitarietà e configurando, quindi, una nuova costruzione. In base alla tesi accusatoria, infatti, l'intervento «non è qualificabile quale ristrutturazione edilizia, in quanto consiste nella previa totale demolizione di due vecchi fabbricati (...) e nella realizzazione in loro luogo – senza che rimanga traccia dell'immobile preesistente – di un complesso immobiliare composto da due torri (...) e da un terzo stabile a stecca», con la conseguente impossibilità di assentire lo stesso attraverso la SCIA in alternativa al permesso di costruire, non trovando applicazione il già

1 * Professore associato di diritto amministrativo e Avvocato. ** Avvocato.

Sebbene il lavoro sia frutto di riflessioni e analisi congiunte degli Autori, i parr. 2, 3, 4 sono da attribuire a Davide Casarin e i parr. 1, 5, 6 sono da attribuire a Giuseppe La Rosa.

2 Si tratta, in particolare, del procedimento iscritto al Registro Generale delle Notizie di Reato della Procura di Milano n. 4622/2023, nell'ambito del quale il Tribunale di Milano, Ufficio dei Giudici per le Indagini Preliminari, ha rigettato la richiesta di sequestro preventivo con decreto del 22 gennaio 2024, reperibile in <https://italiains.it/wp-content/uploads/2024/02/decreto-GIP-Milano.pdf>

3 In applicazione dell'art. 23, comma 01, lettera a) del TUE.

4 Mutamenti della destinazione d'uso degli immobili compresi nelle zone omogenee A o, ancora, modificazioni della sagoma o della volumetria complessiva degli edifici o dei prospetti di immobili sottoposti a tutela ai sensi del Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio di cui al Decreto Legislativo del 22 gennaio 2004, n. 42 (art. 10, comma 1, TUE).



citato art. 23, comma 01, lett. a), del TUE (il quale, come detto, si riferisce agli interventi di ristrutturazione edilizia)⁵. Inoltre, i requirenti ritengono che l'altezza degli edifici, superiore a 25 mt., avrebbe comportato la necessità di approvare un piano particolareggiato.

La richiamata questione sollecita alcune riflessioni sui sottesi profili amministrativistici. Da un lato, occorre chiarire quali siano i tratti distintivi della demo-ricostruzione, al fine di comprendere se la stessa, alla luce delle vigenti coordinate normative, possa essere ricondotta nell'alveo degli interventi di *ristrutturazione* ovvero se, piuttosto, debba qualificarsi quale *nuova costruzione*, con ogni conseguenza in punto di titolo assentivo l'intervento. Dall'altro lato, preme approfondire le delicate conseguenze derivanti dalla presentazione di una SCIA in alternativa al permesso di costruire che venga poi riconosciuta quale titolo non idoneo. In sostanza, tralasciando le considerazioni di natura prettamente penalistica relative ai capi di imputazione, ai soggetti coinvolti dall'indagine ed alle conseguenze sanzionatorie, lo studio ha l'obbiettivo di fornire un contributo su alcuni profili controversi il cui rilievo è apprezzabile eminentemente nell'ottica del diritto amministrativo, sebbene, in un approccio sistematico, per come meglio si dimostrerà, sono tutt'altro che marginali i punti di contatto (e di contrasto) con la disciplina penalistica, con gravi conseguenza in punto di tenuta dell'ordinamento. In tale ottica, anche attraverso l'analisi dell'evoluzione normativa in materia, si ritiene necessario individuare con maggiore precisione possibile il punto di distinzione tra gli interventi di nuova costruzione e quelli di ristrutturazione, individuando, per tale via, i punti di divergenza tra la giurisprudenza amministrativa e quella penale. In un quadro generale reso incerto dalla mancanza di approcci ermeneutici stabili e monolitici, lo studio si propone l'obiettivo di mettere in luce alcune delle più problematiche conseguenze che, l'utilizzo di un titolo abilitativo edilizio *semplificato*, quale è la SCIA alternativa al permesso di costruire, determina in capo al privato che, facendo affidamento sulla legittimità di tale titolo, ha avviato le attività edilizie.

2.La demo-ricostruzione tra “nuova costruzione” e “ristrutturazione edilizia”: il quadro normativo e giurisprudenziale ante 2020

L'analisi circa la riconducibilità degli interventi di demolizione e ricostruzione (noti anche come “demo-ricostruzione”) nell'alveo della nuova costruzione ovvero della ristrutturazione non può prescindere dall'analisi diacronica delle relative definizioni normative e dall'applicazione giurisprudenziale delle stesse.

L'art. 31 della previgente legge 5 agosto 1978, n. 457 non definiva esplicitamente la nuova costruzione, descrivendo, invece, gli interventi di ristrutturazione e distinguendoli tra ristrutturazione edilizia e ristrutturazione urbanistica. I primi erano qualificati come «quelli rivolti a trasformare organismi edilizi mediante un insieme sistematico di opere che possono portare ad un organismo edilizio in tutto o in parte diverso dal precedente. Tali interventi

⁵ Per completezza espositiva, si ritiene il caso di precisare che – astrattamente – la SCIA in alternativa al permesso di costruire è presentabile anche in presenza di progetti di nuova costruzione, ai sensi dell'art. 23, comma 01, lettere b) e c) del TUE, qualora l'intervento sia disciplinato da piani attuativi comunque denominati ovvero nel caso in cui le previsioni planivolumetriche di riferimento siano già sufficientemente definite dagli strumenti urbanistici generali.



comprendono il ripristino o la sostituzione di alcuni elementi costitutivi dell'edificio, l'eliminazione, la modifica e l'inserimento dei nuovi elementi ed impianti» (lett. d); mentre i secondi erano «quelli rivolti a sostituire l'esistente tessuto urbanistico-edilizio con altro diverso mediante un insieme sistematico di interventi edilizi anche con la modificazione del disegno dei lotti, degli isolati e della rete stradale» (lett. e). Da tali coordinate interpretative è derivato un ampio dibattito giurisprudenziale, ove netta è apparsa sin da subito la difformità di vedute tra il giudice amministrativo e quello penale. In particolare, la giurisprudenza amministrativa, ad eccezione di qualche lettura più restrittiva⁶, era maggioritariamente propensa a includere fra gli interventi di ristrutturazione edilizia anche quelli che comportassero la demolizione dell'immobile e la sostituzione di quest'ultimo con un organismo edilizio parzialmente diverso, ferma restando la necessità che l'intervento di recupero preservasse le caratteristiche fondamentali dell'edificio preesistente⁷. In questo senso, peraltro, veniva precisato che costituiva ipotesi di ristrutturazione edilizia anche la demolizione e ricostruzione che comportasse un «trascurabile aumento di volume, posto che, a differenza del restauro o risanamento conservativo che – pur potendo consistere nella demolizione di un vecchio fabbricato e successiva ricostruzione – richiede identità di volumi, superfici e caratteristiche, non è estranea al concetto di ristrutturazione la realizzazione di un *quid novi*»⁸. Con approccio assai più restrittivo, la giurisprudenza penale, invece, era pressoché concorde nel ritenere che allorché l'intervento edilizio prevedesse l'abbattimento del manufatto, seppur prodromico alla sua ricostruzione conforme al preesistente, esso non fosse giammai ascrivibile alla ristrutturazione, dovendo piuttosto qualificarsi come nuova costruzione, con la conseguenza che commetteva il reato di costruzione abusiva il proprietario che avesse demolito l'immobile, integralmente o pressoché integralmente, e lo avesse ricostruito (anche salvando alcuni monconi di muratura), in quanto l'art. 31, lett. d, legge n. 457/1978 consentiva soltanto un insieme sistematico di opere rivolto a trasformare organismi edilizi esistenti e non, invece, a creare una nuova struttura⁹.

6 Ad esempio, Cons. Stato, V, 24 febbraio 1999 n. 197, secondo cui la ricostruzione è fedele quando l'immobile rimane il medesimo per forma, volume ed altezza, atteso che il risultato della ristrutturazione può essere un organismo edilizio in tutto o in parte diverso dal precedente, purché la diversità sia causata da interventi comprendenti il ripristino o la sostituzione di alcuni elementi costitutivi del manufatto ovvero l'eliminazione, la modifica e l'inserimento di nuovi elementi ed impianti e non già la creazione di nuovi volumi.

7 Cons. Stato, Sez. V, 2 dicembre 1998 n. 1714.

8 Cons. Stato, Sez. V, 26 maggio 1992 n. 464.

9 Cfr. Cass. pen., Sez. III, 25 settembre 2000 n. 3885; *ibid.*, 20 novembre 1998; 22 maggio 1998; 17 gennaio 1995. Anche per Cass. pen., Sez. III, 13 settembre 1993 n. 1758, nel caso in cui il manufatto sia demolito e ricostruito, anche mantenendo la sagoma di quello pregresso, viene a configurarsi un intervento di nuova costruzione, dal momento che la ristrutturazione attiene a opere che siano mantenute nelle loro fondamentali strutture. Parimenti, Cass. pen., 25 settembre 1984 aveva evidenziato che non costituisse intervento di ristrutturazione edilizia l'abbattimento e la ricostruzione di un edificio neppure qualora l'opera realizzata fosse del tutto conforme a quella prevista nella concessione; infatti, mentre l'Amministrazione autorizza la ristrutturazione al fine di consentire l'adeguamento delle opere esistenti alle mutate esigenze economico-sociali, allorché, invece, si voglia abbattere un edificio e costruirne



Anche al fine di risolvere la richiamata *querelle* giurisprudenziale, l'art. 10, comma 1, lett. c), del sopravvenuto TUE ha subordinato all'ottenimento di un permesso di costruire la ristrutturazione edilizia che porti a un organismo edilizio in tutto o in parte diverso dal precedente e che comporti aumento di unità immobiliari, modifiche del volume, della sagoma, dei prospetti o delle superfici, ovvero che comporti mutamenti della destinazione d'uso degli immobili compresi nelle zone omogenee A. Al contrario, è stata ritenuta sufficiente la presentazione di una SCIA per eseguire interventi di ristrutturazione edilizia c.d. "minore", ossia gli interventi rivolti a trasformare gli edifici mediante un insieme sistematico di opere che possono portare ad un organismo edilizio in tutto o in parte diverso dal precedente; che riguardano il ripristino o la sostituzione di alcuni elementi costitutivi dell'immobile, l'eliminazione, la modifica e l'inserimento di nuovi elementi ed impianti; quelli consistenti nella demolizione e ricostruzione con la stessa volumetria e sagoma del fabbricato preesistente, fatte salve le sole innovazioni necessarie per l'adeguamento alla normativa antisismica. Pertanto, la versione originariamente approvata del TUE distingueva tra interventi di ristrutturazione edilizia che variassero la volumetria o altri parametri dimensionali del fabbricato originario e interventi che, pur prevedendo la demolizione di quest'ultimo, ne riproducessero fedelmente le caratteristiche. Il primo tipo di ristrutturazione era assoggettato a permesso di costruire, mentre la seconda specie poteva eseguirsi previa presentazione di una semplice SCIA. Successivamente, l'art. 30, comma 1, lett. a) del decreto-legge 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 agosto 2013, n. 98, ha ammesso la ristrutturazione (nella specie di demo-ricostruzione) con variazione della sagoma. Nonostante gli interventi normativi provassero ad esplicitare sempre più chiaramente i tratti distintivi delle tipologie di interventi edilizi e, al contempo, gli obiettivi di politica urbanistica più essenziali (ad esempio, contenimento del consumo di suolo), le contraddizioni interpretative tra plessi giurisdizionali permanevano¹⁰. Da un lato, i giudici amministrativi individuavano nella *trasformazione del territorio* il tratto distintivo degli interventi di nuova costruzione e, conseguentemente, tendevano a ricondurre alla ristrutturazione edilizia quelli che coinvolgessero manufatti già esistenti e che avevano, quindi, già modificato il territorio ed espresso un carico antropico che restava inalterato dopo i lavori di demo-ricostruzione¹¹;

un altro al suo posto, la competente autorità non può prescindere dalla esigenza di imporre l'osservanza degli strumenti urbanistici vigenti. In argomento, si v. A. SCARCELLA, *Nuovi volumi e ristrutturazione edilizia: necessario il PdC*, in *Urb. app.*, 2015, p. 1219 ss.

10 Per una ricostruzione dell'ampio dibattito in materia, cfr., tra i molti contributi, S. ANTONIAZZI, *La nuova definizione di ristrutturazione edilizia prevista dal testo unico, nell'interpretazione della dottrina e della recente giurisprudenza: utili spunti ricostruttivi*, in *Riv. giur. urb.*, 2004, p. 64; P. TANDA, *La nuova disciplina dei titoli abilitativi in materia urbanistica: in particolare, gli interventi di ristrutturazione edilizia anche alla luce della l. 21 giugno 2017 n. 96*, in *Riv. giur. edil.*, 2017, p. 335; A. CALEGARI, *L'evoluzione del concetto di ristrutturazione edilizia, tra esigenze di conservazione e volontà di promuovere la rigenerazione urbana*, in *Riv. giur. urb.*, 2022, p. 221; C. SANTACROCE, *Gli interventi di ristrutturazione edilizia (artt. 3 e 10 TUED)*, in *Riv. giur. urb.*, 2014, pp. 478 ss.

11 Fra le molte pronunce, Cons. Stato, Sez. II, 31 ottobre 2019, n. 7457; Cons. Stato, Sez. IV, 12 ottobre 2017, n. 4728; Cons. Stato, Sez. IV, Sentenza, 1° settembre 2015, n. 4077. Recentemente, Cons. Stato, IV, 2 maggio 2024, n. 4005 ha affermato che «il legislatore collega la necessità del permesso di costruire a



dall'altro lato, i giudici penali insistevano nel focalizzarsi sull'*aumento di volumetria* per distinguere gli interventi di nuova costruzione da quelli di ristrutturazione edilizia¹², limitando la propria analisi, quindi, alla trasformazione dell'immobile. In sostanza, mentre il giudice amministrativo – probabilmente più avvezzo a mettere a sistema interessi complessi e istanze contrapposte – intuiva la necessità di concentrare la propria attenzione sul territorio piuttosto che sul singolo edificio, esprimendo la condivisibile consapevolezza che l'ordinato sviluppo del tessuto urbano e la preservazione del suolo (e dell'ambiente, in generale) debbano passare attraverso la rigenerazione del patrimonio immobiliare esistente e che, perciò, occorra agevolare, piuttosto che ostacolare, gli interventi di ristrutturazione, il giudice penale non condivideva questo approccio olistico, concentrandosi piuttosto sulle trasformazioni fisiche del singolo immobile¹³.

2.1. Segue: il quadro normativo e giurisprudenziale post 2020.

Nell'ambito di una sistematica evoluzione normativa, l'art. 10, comma 1, lettera b), n. 2) del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, da un lato, ha introdotto la possibilità di sviluppare, mediante demolizione e ricostruzione, «diversi sagoma, prospetti, sedime e caratteristiche planivolumetriche e tipologiche» e, dall'altro, ha svincolato gli interventi di ristrutturazione dal rispetto della volumetria dell'edificio precedente, se consentito «dalla legislazione vigente o dagli strumenti urbanistici comunali». Così, l'art. 3, comma 1, lettera d), del TUE oggi prevede che «nell'ambito degli interventi di ristrutturazione edilizia sono ricompresi altresì gli interventi di demolizione e ricostruzione di edifici esistenti con diversi sagoma, prospetti, sedime e caratteristiche planivolumetriche e tipologiche, con le innovazioni necessarie per l'adeguamento alla normativa antisismica, per l'applicazione della normativa sull'accessibilità, per l'installazione di impianti tecnologici e per l'efficientamento energetico. L'intervento può prevedere altresì, nei soli casi espressamente previsti dalla legislazione vigente o dagli strumenti urbanistici comunali, incrementi di volumetria anche per promuovere interventi di rigenerazione urbana».

Da quanto sopra richiamato, risulta evidente che l'ambito applicativo della ristrutturazione edilizia è stato notevolmente ampliato, ricomprendendo interventi che in passato sarebbero stati qualificati come nuova costruzione. Quest'ultima categoria, infatti, rappresenta un tipo di intervento edilizio residuale, consistendo in trasformazioni edilizie e urbanistiche del territorio diverse dalla manutenzione ordinaria o straordinaria, dal restauro o risanamento conservativo ovvero dalla ristrutturazione¹⁴.

fenomeni di “trasformazione urbanistica ed edilizia del territorio” e, in primo luogo qualifica come tali la nuova costruzione, la ristrutturazione urbanistica e la ristrutturazione edilizia; in secondo luogo, demanda alle Regioni di individuare quali interventi (diversi da quelli precedentemente indicati) comportanti trasformazione urbanistica (ma non necessariamente edilizia) richiedano il permesso di costruire in ragione della loro natura ed incidenza, in particolare, sul carico urbanistico».

12 Cass. pen., Sez. III, Sentenza, 12 luglio 2019, n. 44523; Cass Pen, Sez. III, 17 febbraio 2010, n. 16393.

13 Cfr. D. FODERINI, *La ristrutturazione edilizia mediante l'integrale demolizione e ricostruzione delle opere*, in *Riv. giur. edil.*, 2000, p. 65.

14 Così, art. 3, comma 1, lettera e), del TUE.



Descrivendo gli obiettivi perseguiti dalla novella legislativa, la stessa Relazione Illustrativa del d.l. n. 76/2020 fa espresso riferimento alla difficoltà di certa giurisprudenza ad agganciare la tendenza evolutiva delle categorie di interventi edilizi in esame. Proprio tale incoerenza sistematica ha condotto il Legislatore del 2020 a rimaneggiare nuovamente l'art. 3, comma 1, TUE, addivenendo alla formulazione riportata sopra, al fine di «consolidare quanto stabilito dal legislatore con il decreto legislativo 27 dicembre 2002, n. 301 e con il decreto-legge 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 agosto 2013, n. 98 (ma che è stato disconosciuto da talune posizioni giurisprudenziali anche recenti), vale a dire che gli interventi di ristrutturazione ricostruttiva possono prevedere che l'edificio da riedificare presenti sagoma, prospetti, sedime e caratteristiche planivolumetriche e tipologiche differenti rispetto a quello originario». Rispetto alla possibilità che gli interventi di demo-ricostruzione comportino, inoltre, incrementi di volumetria, laddove previsto dalla legislazione vigente o dagli strumenti urbanistici comunali, la Relazione Illustrativa spiega, poi, che «è evidente l'obiettivo (...) di evitare che la previsione nei piani di rigenerazione urbana di incentivi volumetrici in caso di interventi di demolizione e ricostruzione porti, in realtà, a qualificare l'intervento come una nuova costruzione soggetta ad un differente regime giuridico (in termini di titolo edilizio richiesto, onerosità dello stesso, disposizioni generali applicabili, ecc.)». Il richiamo espresso al già citato d.l. n. 69/2013 (mediante il quale, si ricorda, era stata introdotta la possibilità di modificare la sagoma degli edifici preesistenti mediante demo-ricostruzione) ci permette di fare riferimento anche a quanto dichiarato nella relativa Relazione Illustrativa, nella quale si legge che l'agevolazione degli interventi di ristrutturazione edilizia con modifica della sagoma (e, oggi, dei prospetti, del sedime e delle caratteristiche planivolumetriche e tipologiche) intende «favorire la riqualificazione del patrimonio edilizio esistente ed evitare ulteriore consumo del territorio». Ciò è perfettamente coerente con quanto dichiarato anche nella Relazione Illustrativa del d.l. n. 76/2020, secondo cui «le semplificazioni in materia edilizia previste dalla norma (...) hanno la finalità di promuovere, attraverso la rigenerazione urbana, la riduzione del consumo del suolo e, in particolare, la qualità del tessuto urbano, delle nostre periferie e delle aree più degradate del Paese». «Apportando modifiche alla vigente disciplina dell'attività edilizia, al fine di rispondere alle reali esigenze del territorio, mediante interventi volti a evitare ulteriore consumo di suolo, favorire il riuso e la rigenerazione dei suoli già urbanizzati, il risanamento del costruito, il recupero, la ristrutturazione e il restauro degli edifici a fini antisismici e di risparmio energetico».

Dunque, il Legislatore del 2020 ha inteso ricomporre il permanente contrasto giurisprudenziale e superare l'interpretazione secondo cui un intervento di demo-ricostruzione dovesse necessariamente preservare un legame di sostanziale identità ovvero una *traccia* del fabbricato preesistente per potersi qualificare come ristrutturazione edilizia. Infatti, ammettere la possibilità di ricostruire un immobile che presenti sagoma, prospetti, sedime e/o caratteristiche planivolumetriche e tipologiche diversi rispetto a quelli dell'edificio originario significa, a volere porsi in linea con la sottesa *ratio*, prescindere radicalmente dall'identità estetica di quest'ultimo e ignorare qualsiasi idea di "traccia" o identità. Anzi, l'attuale formulazione della norma ammette chiaramente che gli interventi di demo-



ricostruzione, i quali rappresentano una specie particolare di ristrutturazione edilizia, conducano ad organismi edilizi sostanzialmente diversi da quelli preesistenti.

Tuttavia, pur a fronte di un dettato normativo particolarmente intellegibile, parte della giurisprudenza penale persevera nel ribadire la pretesa «necessità ontologica che l'intervento di ristrutturazione edilizia, pur con le ampie concessioni legislative in termini di diversità tra la struttura originaria e quella frutto di "ristrutturazione", non possa prescindere dal conservare *traccia* dell'immobile preesistente»¹⁵. Ebbene, l'indagine che ha sollecitato le presenti riflessioni si poggia evidentemente sul richiamato approccio manifestato dalla Magistratura penale, il quale, tuttavia, a parere di chi scrive si pone in palmare distonia rispetto alla lettera e alla *ratio* della legge, che ammette di modificare le caratteristiche essenziali di quanto demolito proprio nel raggiungimento delle sottese finalità di promozione della rigenerazione urbana¹⁶.

3. Il superamento dei 25 metri e la necessità di piano attuativo

È necessario ora indagare se la realizzazione di un intervento di trasformazione edilizia debba essere preceduto dall'approvazione di uno strumento urbanistico attuativo, a prescindere da quanto dispone la legge regionale¹⁷. Al riguardo, vengono in rilievo, da un lato, l'art. 41-*quinquies*, comma 6, Legge 17 agosto 1942, n. 1150, il quale prevede che «nelle zone in cui siano consentite costruzioni per volumi superiori a tre metri cubi per metro quadrato di area edificabile, ovvero siano consentite altezze superiori a metri 25, non possono essere realizzati edifici con volumi ed altezze superiori a detti limiti, se non previa approvazione di apposito piano particolareggiato o lottizzazione convenzionata estesi alla intera zona e contenenti la disposizione planivolumetrica degli edifici previsti nella zona» e, dall'altro, l'art. 8 del Decreto Ministeriale 2 aprile 1968, n. 1444, secondo cui, nelle zone omogenee B, «l'altezza massima dei nuovi edifici non può superare l'altezza degli edifici preesistenti e circostanti, con la eccezione di edifici che formano oggetto di piani particolareggiati o lottizzazioni convenzionate con previsioni planivolumetriche»¹⁸. In coordinata applicazione di tali

15 Cass, Sez. III, 18 gennaio 2023, n. 1669. Per un commento della sentenza, v. G. MARI, *Democristianesimo e ripristino di edifici crollati: le declinazioni della continuità ai fini dell'inquadramento nella ristrutturazione edilizia* (Cons. Stato, VI, 18 gennaio 2023 n. 616 e Cass. pen., Sez. III, 18 gennaio 2023 n. 1669), in *www.giustiziainsieme.it*.

16 A. CALEGARI, *op. cit.*, p. 239.

17 Cfr. pag. 17 del decreto emanato dal GIP di Milano il 22 gennaio 2024. Nel caso concreto, peraltro, il privato aveva sottoscritto un atto unilaterale d'obbligo unitamente alla presentazione della SCIA in alternativa al permesso di costruire, in applicazione dell'art. 33 del Regolamento Edilizio di Milano e della Determina Dirigenziale del Comune di Milano del 31 maggio 2018. Dunque, se pure non era stato presentato un vero e proprio piano attuativo, era comunque stato conseguito un titolo abilitativo in modalità diretta convenzionata.

18 Deve essere rilevato come la disposizione di cui all'art. 41 *quinquies*, comma 6, cit. non fornisce indicazioni esplicite in merito alle modalità di calcolo dei parametri quantitativi ivi indicati, con la conseguenza che non è esclusa la difficoltà di giungere a un univoco approccio applicativo. A seconda di come si interpreta l'interesse protetto nel reato di lottizzazione abusiva, rispettivamente in senso formalistico (come bene giuridico strumentale coincidente con la "tutela della riserva di



disposizioni, viene ritenuto che gli interventi che prevedano altezze o densità edilizie superiori a certi parametri costituiscano per ciò stesso «trasformazioni edificatorie aventi maggior impatto sul territorio urbano» e, pertanto, debbano essere assoggettati a pianificazione attuativa che appronti un'infrastrutturazione adeguata¹⁹.

A parere di chi scrive, tuttavia, vincolare l'attuazione indiretta degli interventi (vale a dire, l'approvazione di specifici piani attuativi) al superamento di specifici parametri edilizi, a prescindere da qualsiasi valutazione concreta circa l'effettiva urbanizzazione dell'ambito, si rivolve in un evidente aggravio procedimentale a detrimento di qualsiasi effettivo processo di rigenerazione urbana²⁰. La sostenibilità dello sviluppo urbano passa attraverso il tempestivo recupero del patrimonio edilizio dismesso e quest'ultimo è spesso localizzato in ambiti già sufficientemente urbanizzati. Se è vero che ogni insediamento deve essere servito da un'infrastrutturazione adeguata a sostenerne il carico antropico indotto, è altrettanto vero che l'effettivo stato urbanizzativo di un ambito deve essere valutato in concreto. Dunque, anziché imbrigliare i progetti di riqualificazione in lunghe e gravose procedure, occorrerebbe valorizzare la celerità del rinnovamento edilizio, ove possibile. Dall'analisi del decreto emanato dal GIP di Milano il 22 gennaio 2024, invece, pare intendersi che la Procura, da un lato, limiti la possibilità di attuazione diretta degli interventi ai soli casi di «lotto residuale ed intercluso» e, dall'altro, ammetta che l'Amministrazione deve condurre «adeguata istruttoria al fine di valutare lo stato di urbanizzazione già presente nella zona ed evidenziare le concrete ed ulteriori esigenze di [infrastrutturazione] indotte dalla nuova costruzione».

programmazione urbanistica riconosciuta agli enti territoriali”) o sostanzialistico (come bene giuridico finale consistente nella “tutela del corretto e armonioso sviluppo del territorio e del paesaggio”), si perviene a conclusioni diverse in ordine al volume complessivo da prendere in considerazione: nel primo caso si fa riferimento al volume assentito in astratto e risultante dalle tavole progettuali; nel secondo caso si prende in considerazione il volume effettivamente costruito; dall'altro lato, il limite dimensionale dei 3 metri cubi di volume per metro quadro edificabile può risultare più o meno elevato a seconda che nel computo della volumetria complessiva si includano o meno anche i locali interrati e semi-interrati (come, ad es., sottotetti e autorimesse). Per una accurata ricostruzione del tema e dei sottesi profili problematici, si v. D. GUIDI, *Lottizzazione abusiva e sindacato del giudice penale sulle decisioni degli enti territoriali in materia di pianificazione attuativa*, in *Riv. giur. ed.*, 2019, 353 ss.

¹⁹ Il riferimento è ancora al decreto emanato dal GIP di Milano il 22 gennaio 2024.

²⁰ Un appiglio interpretativo sembra potersi rintracciare nella circolare 28 ottobre 1967 n. 3210 (recante “istruzioni per l'applicazione della l. 6 agosto 1967 n. 765”), che definisce i criteri generali che devono presiedere all'esercizio del potere discrezionale dell'amministrazione in sede di adozione dei Piani Regolatori, illustrando esemplificativamente le ipotesi in cui è auspicabile o, al contrario, sconsigliabile che venga imposta l'adozione del piano di lottizzazione: «lo strumento della lottizzazione, proprio per le sue due componenti essenziali di carattere urbanistico e finanziario, non può essere utilizzato in tutte le zone della città: indipendentemente cioè dalla ubicazione, dalle caratteristiche e dal grado di urbanizzazione di queste. Il ricorso alla lottizzazione non è possibile ad esempio nelle zone agricole, né appare utile nelle zone pressoché saturate e già urbanizzate ed in quelle centrali delle città, mentre sarà preferibile o quanto meno auspicabile che, nelle zone di nuova espansione, l'edificazione avvenga, in mancanza di piano particolareggiato, a mezzo di piano di lottizzazione facoltativo o obbligatorio».



Da diversa prospettiva, considerato che il governo del territorio rappresenta una materia di legislazione concorrente fra Stato e Regioni, l'art. 41-*quinquies*, comma 6, Legge n. 1150/1942 e l'art. 8 del D.M. n. 1444/1968 devono leggersi in combinato disposto con le previsioni – in Lombardia – della Legge Regionale 11 marzo 2005, n. 12. Ebbene, quest'ultima reca una norma, l'art. 103, che disapplica espressamente «le disposizioni del decreto ministeriale 2 aprile 1968, n. 1444, fatto salvo, limitatamente agli interventi di nuova costruzione, il rispetto della distanza minima tra fabbricati pari a dieci metri». Non può tacersi che la giurisprudenza costituzionale ha evidenziato che tale disposizione «ha avuto un ambito di applicazione limitato sia dal punto di vista funzionale che temporale, avendo operato unicamente nella fase in cui i comuni hanno adeguato i loro piani regolatori generali (PRG) in vista dell'adozione dei piani di governo del territorio (PGT)»²¹. Tuttavia, il TUE stesso oggi prevede una diversa norma, l'art. 2-*bis*²², in forza della quale «le Regioni (...) possono prevedere, con proprie leggi e regolamenti, disposizioni derogatorie al decreto del Ministro dei lavori pubblici 2 aprile 1968, n. 1444 [al fine di] orientare i comuni nella definizione di limiti di densità edilizia, altezza e distanza dei fabbricati negli ambiti urbani consolidati del proprio territorio». Infatti, le deroghe in questione possono essere adottate dalle Regioni nell'ambito della definizione o revisione di strumenti urbanistici, comunque, funzionali a un assetto complessivo e unitario o di specifiche aree territoriali.

Ad avviso di chi scrive, dunque, la ritenuta violazione delle norme sopra richiamate sembra trascurare, da un lato, la possibilità di estendere l'art. 103 della L.R. n. 12/2005 – tuttora vigente – alle varianti generali dei PGT approvati ai sensi dell'art. 26 e, dall'altro, le previsioni oggi contenute nell'art. 2-*bis* che ben potrebbero essere implementate regionalmente in ogni momento.

Ad ogni modo, resta sullo sfondo una considerazione di consistente rilevanza. La questione della possibile violazione dei richiamati parametri normativi attiene non già al rapporto tra normativa nazionale e atto amministrativo, bensì al diverso rapporto della prima con la normativa regionale. La questione, quindi, non si pone nella prospettiva dell'illegittimità dell'attività amministrativa per l'asserita violazione della disciplina nazionale, ma nel diverso

21 Cfr. Corte Costituzionale 4 maggio 2023, n. 85. Sul punto, si veda anche la sentenza resa dalla Corte Costituzionale il 7 febbraio 2020, n. 13, secondo cui «la disposizione (...) riguarda specificamente la fase di adeguamento degli strumenti urbanistici vigenti». La tesi avallata dalla Consulta è che l'art. 103 della L.R. n. 12/2005 consente di derogare ai parametri edilizi ed agli *standard* recati dal D.M. n. 1444/1968 (e dall'art. 41-*quinquies*, L. n. 1150/1942) al solo fine di agevolare il passaggio dagli strumenti urbanistici comunali precedentemente viventi (piani regolatori generali, "PRG") a quelli previsti attualmente (piani di governo del territorio, "PGT"). Tuttavia, da un lato, la Consulta non chiarisce quale sia la *ratio* di tale agevolazione (ossia, il motivo per cui garantire ai Comuni di derogare ai parametri edilizi in questione solo *una tantum*) e, dall'altro, si potrebbe obiettare che la successione degli strumenti urbanistici comunali avvenga attualmente mediante aggiornamento dei Documenti di Piano ivi inclusi, sicché i Comuni non approvano PGT diversi, bensì varianti generali ai PGT originari (conseguentemente, l'applicazione temporale dell'art. 103 potrebbe, formalmente, estendersi anche all'aggiornamento dei PGT).

22 Introdotto dall'art. 30, comma 1, lett. a), d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 agosto 2013, n. 98.



piano della legittimità costituzionale della normativa regionale per avere invaso ambiti di competenza legislativa riservati allo Stato. Ebbene, in tale contesto, quand'anche la Procura dubitasse della legittimità del quadro normativo vigente, avrebbe soltanto la facoltà di presentare al giudice l'istanza volta a fare sollevare la questione di legittimità, ma non disporrebbe del potere di rimettere direttamente la questione alla Corte Costituzionale, non essendo titolare di funzioni giurisdizionali (cfr. art. 23, commi 1 e 3, Legge 11 marzo 1953, n. 87). D'altra parte, però si dubita della rilevanza della questione e, quindi, pare che non sussista uno dei due requisiti necessari per sollevare la questione alla Corte costituzionale. Infatti, se pure la Consulta dichiarasse l'incostituzionalità dell'art. 103 L.R. n. 12/2005 (e la Regione non approvasse nuove disposizioni in applicazione dell'art. 2 *bis* del TUE, fornendo un'alternativa giustificazione legislativa alle scelte pianificatorie dei Comuni derogatorie dei parametri edilizi in questione), in applicazione del principio penalistico del *favor rei*, non potrebbe ritenersi penalmente rilevante la condotta posta in essere in applicazione della normativa, poi riconosciuta incostituzionale, allorquando la stessa risultava valida ed efficace. Al riguardo, la recente pronuncia del Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria, n. 3 dell'8 marzo 2024 ha chiarito che «con l'espressione "data di esecuzione dell'abuso [edilizio]", deve intendersi il momento di realizzazione delle opere abusive», piuttosto che la data di scoperta dell'abuso o all'accertamento dell'illecito e, pertanto, tale è il contesto temporale per vagliare la normativa vigente. Peraltro, l'efficacia retroattiva delle pronunce di illegittimità costituzionale si arresta dinanzi ai rapporti esauriti²³. Come ricordato nella sentenza della Corte costituzionale n. 13 del 13 gennaio 2004, è necessario evitare che la caducazione normativa produca «effetti ancor più incompatibili con la Costituzione» di quelli che hanno indotto a censurare la disciplina legislativa. A tal fine, la Consulta è chiamata a modulare le proprie decisioni, anche sotto il profilo temporale, in modo da scongiurare che l'affermazione di un principio costituzionale determini il sacrificio di un altro. Così, la sentenza di accoglimento non retroagisce fino al punto di travolgere le «situazioni giuridiche comunque divenute irrevocabili» ovvero i «rapporti esauriti». L'individuazione in concreto del limite alla retroattività, dunque, dipende dalla specifica disciplina di settore e, per quanto attiene ai rapporti di diritto amministrativo in ambito edilizio, questi possono dirsi esauriti allorché l'attività edilizia sia stata completata in esecuzione del titolo rilasciato (*rectius*, nel caso di SCIA, più genericamente assentito) in base alla normativa, pure regionale, vigente *ratione temporis*²⁴.

23 Per un inquadramento sui limiti agli effetti retroattivi delle sentenze della Corte costituzionale, si v. A. LANZAFAME, *La limitazione degli effetti retroattivi delle sentenze di illegittimità Costituzionale tra tutela sistemica dei principi costituzionali e Bilanciamenti impossibili. A margine di corte costituzionale n. 10/2015*, in *Rivista AIC*, 2015,

24 Dalla rigidità della Costituzione e del suo controllo diffuso deriva la piena efficacia e obbligatorietà delle leggi della cui costituzionalità si dubita, secondo R. CAPONI, *La nozione di retroattività della legge*, in *Giur. cost.*, 1990, pag. 1363; si v. anche V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, 1978, pag. 349 ss. e C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova, 1976, pag. 1415 ss. Sembrano militare per un opposto approccio volto a consentire di considerare non obbligatoria una legge della cui costituzionalità si dubita anche prima che la stessa sia rimossa dall'ordinamento dal Giudice delle leggi, V. ONIDA, *Illegittimità costituzionale di leggi limitatrici di diritti e decorso del termine di decadenza*, in *Giur.*



4. La SCIA alternativa al permesso di costruire e la deteriore posizione dei soggetti coinvolti: la inidoneità del titolo nella prospettiva dell'illecito penale

Le controverse questioni da cui tale studio ha origine consentono di riflettere sull'impatto che l'utilizzo improprio della SCIA alternativa al permesso di costruire ha sulla posizione del privato, che sulla base di tale titolo ha realizzato i lavori edilizi, rispetto al giudizio penale e, in particolare, rispetto alla configurazione del reato di cui all'art. 44, comma 1, lett. b, d.p.r. 380/2001, a tenore del quale si applica «l'arresto fino a due anni e l'ammenda da 10328 a 103290 euro nei casi di esecuzione dei lavori in totale difformità o assenza del permesso o di prosecuzione degli stessi nonostante l'ordine di sospensione». Non si discute, ovviamente, se tale reato sia configurabile anche allorché il titolo di cui il privato deve dotarsi sia la SCIA alternativa al permesso di costruire, atteso che il comma 2-bis dell'art. 44, cit. espressamente conferma che «le disposizioni del presente articolo si applicano anche agli interventi edilizi suscettibili di realizzazione mediante segnalazione certificata di inizio attività ai sensi dell'articolo 23, comma 01, eseguiti in assenza o in totale difformità dalla stessa»; il tema è piuttosto verificare se la SCIA alternativa al permesso di costruire, seppur illegittimamente (*rectius* inidoneamente) conseguita, recida la configurabilità del reato e, più in generale, se tale titolo, fino a quando non sia accertato diversamente dall'Autorità amministrativa o dal Giudice amministrativo, possa ritenersi giuridicamente *esistente*. Evidentemente, il profilo impinge nei rapporti tra accertamento penale ed atto amministrativo e nei sottesi poteri di cui il giudice penale dispone allorché la norma incriminatrice dia rilievo alla presenza o assenza di un provvedimento amministrativo ai fini della configurazione della fattispecie. Invero, tale relazione si atteggia diversamente a seconda del ruolo che assume il provvedimento amministrativo nella struttura della norma incriminatrice e, parallelamente, dei suoi effetti nei confronti del privato²⁵. Infatti, occorre tenere distinta l'ipotesi dei provvedimenti amministrativi restrittivi della sfera giuridica del privato da quella di atti latamente autorizzativi ed ampliativi. Solo in quest'ultimo caso, l'atto rileva quale presupposto negativo del reato, perché è proprio la sua mancanza che integra l'illecito penale²⁶ e a questa ipotesi va certamente ricondotto il reato di cui all'art. 44, comma 1, lett. b), TUE, che, come detto, sanziona qualsiasi trasformazione edilizia intrapresa in assenza del prescritto

cost., 1965, pag. 514 ss. e G. ZAGREBELSKY, voce *Processo costituzionale*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987, pag. 521 ss.

²⁵ Si veda M. GAMBARDELLA, *Brevi note sul rapporto tra gli artt. 4 e 5 della l. n. 2248, All. E del 1865 e il giudizio penale*, in *Cass. pen.*, fasc. 2, 1995, p. 373: nel giudizio penale il problema non deve essere sempre impostato come un problema di disapplicazione dell'atto amministrativo, ma «attraverso l'analisi delle fattispecie di reato, per verificare quale ruolo giochi in queste l'atto amministrativo e l'eventuale sua legittimità o illegittimità» (fermo restando che, per l'A., l'art. 5 resta espressione di un principio generale dell'ordinamento, valido anche per il giudice penale).

²⁶ Cfr., C. CUDIA, *Il sindacato del giudice penale sugli abusi edilizi "a prescindere" dall'atto: dalla disapplicazione del provvedimento alla disapplicazione del sistema amministrativo*, in www.federalismi.it del 17 maggio 2023. Anziché di presupposto, si parla talora di *elemento costitutivo negativo*, così G. CONTENUTO, *Giudice penale e pubblica amministrazione. Il problema del sindacato giudiziale sugli atti amministrativi in materia penale*, Laterza, Bari, 1979, p. 38.



titolo abilitativo, sia esso permesso di costruire o SCIA ad esso alternativa. Si discute se il giudice possa estendere il proprio sindacato al caso di interventi realizzati in costanza di un permesso di costruire (esistente, ma) invalido (nullo o illegittimo). In molti casi, infatti, il giudice penale allarga la portata applicativa della norma penale, giungendo a sindacare la legittimità dell'atto piuttosto che limitarsi a verificarne l'esistenza ed equiparando la mancanza del provvedimento alla sua invalidità²⁷. Nel dettaglio, l'approccio giurisprudenziale all'argomento ha subito un'evoluzione che può essere esemplificata attraverso il riferimento a tre diverse tappe. In un primo momento, l'illegittimità del titolo edilizio veniva semplicemente equiparata alla totale assenza ed il provvedimento veniva disapplicato (*in malam partem*)²⁸. Successivamente, a partire dalla cd. "sentenza Giordano"²⁹, la giurisprudenza ha assunto che la disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi da parte del giudice ordinario non potesse esperirsi in relazione a «esigenze di diritto oggettivo», dovendo, invece, essere riferito solo agli atti che incidono negativamente sui diritti soggettivi. Ne conseguiva l'impossibilità di disapplicare gli atti che «lungi dal comportare lesione di un diritto soggettivo, rimuovono invece un ostacolo al loro libero esercizio (nulla osta, autorizzazioni) o addirittura li costituiscono (concessioni)», non potendosi, quindi, disapplicare il titolo edilizio illegittimo per affermare la sussistenza del corrispondente reato. Infine, i giudici sono parzialmente tornati sui propri passi e, con la cd. "sentenza Borgia"³⁰, hanno individuato nella salvaguardia del "territorio" l'oggetto sostanziale della tutela penale («bene esposto a pregiudizio da ogni condotta che produca alterazioni in danno del benessere complessivo della collettività e delle sue attività e il cui "parametro di legalità è dato dalla disciplina degli strumenti urbanistici e dalla normativa vigente»³¹) ed hanno concluso che tale bene possa ritenersi leso anche in presenza di un provvedimento formale emanato dall'amministrazione³². Nel solco tracciato da

27 La dottrina ha più volte censurato un simile approccio da parte della giurisprudenza, definendolo "disinvolto" e foriero di potenziali *vulnus* dei principi penali. Sul punto, M. NIGRO, *Giudice ordinario (civile e penale) e pubblica amministrazione*, in *Foro amm.*, 1983, p. 2037, rileva come, in termini generali, queste tematiche siano affidate prevalentemente ai penalisti «che hanno scritto cose egregie ma qualche volta si sono mossi un po' troppo disinvoltamente in quel salotto pieno di fragili cose del mondo antico» che è la l. del 1865. Sugli effetti di interpretazioni "disinvoltate", anche con riguardo al fenomeno della cd. burocrazia difensiva, si vedano: G.D. COMPORTELLI, *La difficile convivenza tra azione penale e funzione amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2019, p. 128; R. GAROFOLI, *Il controllo giudiziale, amministrativo e penale dell'amministrazione*, in *Riv. trim. dir. Pubb.*, 2020, p. 405 ss. Ancora, C. CUDIA, *op. cit.*, secondo cui «quando il giudizio penale interseca un atto amministrativo, si ravvisa sovente una pericolosa assenza di certezza (e di legalità)».

28 Cass. pen., Sez. VI, 13 maggio 1980; Cass. pen., III, 23 aprile 1981, Conci; Cass. pen., III, 23 marzo 1981.

29 Cass. pen., Sez. Unite, 31 gennaio 1987, n. 3. Nello stesso senso, Cass. pen., Sez. III, 18 dicembre 2002, n. 4877; 5 giugno 2003, n. 39707; 2 ottobre 2007, n. 41620.

30 Cass. pen., Sez. Unite, 12 novembre 1993, n. 11635.

31 Cfr. Cass. pen., Sez. Unite, 12 novembre 1993, n. 11635 cit.

32 Secondo Cass. pen., III, 16 maggio 2018, n. 28787 «la illegittimità rilevante ai fini penali non può che essere quella derivante dalla non conformità del titolo abilitativo alla normativa che ne regola l'emanazione o alle disposizioni normative di settore, dovendosi radicalmente escludere la possibilità



quest'ultimo approccio applicativo, dunque, il giudice penale si spinge a vagliare non solo l'esistenza, ma anche la validità del titolo edilizio, inteso quale «fulcro di un sistema di tutela anticipata rispetto alla protezione del bene-territorio»³³, riconoscendo la configurabilità dell'ipotesi delittuosa anche allorquando i lavori siano stati eseguiti a fronte di un formale atto assentivo, rilasciato, tuttavia, invalidamente. E ciò, si badi, non solo nell'ipotesi in cui la riscontrata invalidità sia tale da rendere il provvedimento nullo (ossia, nei casi di cui all'art. 21-*septies* l. n. 241/1990), ma anche laddove il provvedimento sia affetto da uno dei vizi di cui all'art. 21-*octies* l. n. 241/1990, la cui sussistenza ne determina l'annullabilità. Così la Suprema Corte ha avuto modo di rilevare che «nell'ipotesi in cui si edifichi con permesso di costruire illegittimo, non rileva la disapplicazione di un atto amministrativo, in quanto la questione riguarda, piuttosto, il potere di accertamento del giudice penale dinanzi ad un provvedimento che costituisce presupposto o elemento costitutivo di un reato. In questi casi, non si tratta né di applicabilità, né di inapplicabilità dell'atto amministrativo, ma semplicemente di verifica dei requisiti che il provvedimento deve presentare ai fini dell'integrazione del fatto penalmente rilevante», con la conseguenza che «la contravvenzione di esecuzione di lavori "sine titolo" sussiste anche nel caso in cui il permesso di costruire, pur apparentemente formato, sia illegittimo per contrasto con la disciplina urbanistico-edilizia di fonte normativa o risultante dalla pianificazione, laddove invece la "macroscopica illegittimità" del permesso di costruire, mentre non costituisce una condizione essenziale per l'oggettiva configurabilità del reato, può solo rappresentare un significativo indice sintomatico della sussistenza dell'elemento soggettivo dell'illecito»³⁴.

In recenti studi, la dottrina³⁵ ha fortemente criticato questo approccio, dal momento che si pone in palmare contrasto con la disciplina sostanziale di diritto amministrativo e, in particolare, con la regola secondo cui un provvedimento amministrativo, ancorché illegittimo, è produttivo di effetti, fino a quando sia eliminato dall'ordinamento giuridico, attraverso l'esercizio dei poteri di autotutela da parte dell'Autorità amministrativa ovvero mediante una sentenza costitutiva di annullamento adottata dal giudice amministrativo. Seguendo questo crinale interpretativo, dunque, una volta che il soggetto privato abbia conseguito un provvedimento autorizzativo, ampliativo della sua sfera giuridica e rilasciato a seguito della verifica dell'esistenza dei necessari presupposti e requisiti³⁶, le attività (in specie, edilizie)

che il mero dato formale dell'esistenza del permesso di costruire possa precludere al giudice penale ogni valutazione in ordine alla sussistenza del reato». Nello stesso senso, Id., 21 febbraio 2017, n. 12389; Id., 19 settembre 2012, n. 41318. Il principio trova applicazione anche in fattispecie limitrofe, per esempio con riguardo ai lavori realizzati sulla base di un'autorizzazione paesaggistica illegittima: Cass. pen., III, 23 aprile 2021, n. 22832; Id., 4 dicembre 2017, n. 38856.

33 R. Bajno, *La tutela penale del governo del territorio*, p. 15.

34 Cassazione, Sez. III, 25 febbraio 2022, n. 14977.

35 Il riferimento è al saggio di C. CUDIA, *op. cit.*, ove vengono richiamati, con puntualità, gli approdi della dottrina.

36 Cfr. D. SORACE-S. TORRICELLI, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2023, p. 77. Sul tema, si vedano A. ORSI BATTAGLINI, *Autorizzazione amministrativa*, in *Dig. disc. pubb.*, II, 1987, p. 60; F. FRACCHIA, *Autorizzazione amministrativa e situazioni giuridiche soggettive*, Napoli, p. 64; M. P. CHITI, *Atti di consenso*, in *Dir. amm.*, 1996, p. 181.



intraprese in ragione dello stesso giammai potrebbero essere intese quali equiparabili a quelle eseguite in assenza di alcun titolo. E ciò, anche a prescindere dalla rilevanza del legittimo affidamento che il privato ripone nella legittimità dell'azione amministrativa, per il determinante profilo della piena efficacia del titolo al momento in cui l'attività è stata compiuta, pena la violazione dei principi cardine del sistema penale, quali la riserva di legge, i principi di tassatività e determinatezza³⁷, nonché il divieto di interpretazione analogica³⁸.

È però ora necessario valutare se gli approdi della dottrina sopra richiamata – che si ritiene di condividere appieno – possano trovare applicazione anche con riferimento alle ipotesi, come quelle che hanno dato origine alle vicende da cui le presenti riflessioni traggono spunto, in cui il titolo assentivo non è rappresentato dal permesso di costruire, bensì dalla SCIA alternativa allo stesso; e ciò perché è proprio la disciplina sostanziale che, nelle due ipotesi, muta profondamente. Come noto, la SCIA edilizia rappresenta la declinazione settoriale del più ampio istituto regolato all'art. 19 della Legge 7 agosto 1990, n. 241. Senza pretesa di esaustività, basti in questa sede ricordare che la SCIA (già dichiarazione di inizio attività, DIA) è stata oggetto di una notevole evoluzione normativa³⁹ ed interpretativa⁴⁰, all'esito della quale configura oggi uno strumento di liberalizzazione dell'avvio degli interventi, piuttosto che dell'attività edilizia in sé. Così, i controlli originariamente preventivi da parte dell'Autorità

37 F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2016, p. 105 ha rilevato che «Con l'esigenza di determinatezza si fa riferimento a un requisito di formulazione della norma (ovviamente legislativa) che sia così tanto e bene espressiva del precetto da contenere al minimo e tendenzialmente a zero il ricorso integrativo alle fonti sostanziali da parte del giudice. Con la tassatività si fa riferimento a un divieto applicativo per il quale al giudice viene interdetto di applicare la norma legislativa oltre i casi, cioè il modello di comportamento, da essa previsti». Sul punto, vedasi anche F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 1992, p. 96.

38 Cfr. F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio 'fondamentale'*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 1307: «senza il divieto di analogia, verrebbe negato il principio di 'tipicità' dell'illecito penale e sarebbe snaturato il carattere 'frammentario' del diritto penale: quel carattere per cui la norma incriminatrice deve restare un'isola nel mare della libertà, e non viceversa». Sul divieto di analogia in materia penale: F. PALAZZO, *Costituzione e divieto di analogia*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, p. 1218; G. VASSALLI, *Analogia nel diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, Utet, Torino, I, 1987, p. 159; F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1965.

39 L'originaria formulazione dell'art. 19, L. 7 agosto 1990, n. 241, che ha posto la disciplina della DIA, è stata modificata a opera, prima, del d.l. 14 marzo 2005, n. 35, e, successivamente, della L. 18 giugno 2009, n. 69. Quindi, la DIA è stata sostituita dalla SCIA, come previsto dall'art. 49, comma 4 bis, d.l. 31 maggio 2010, n. 78, conv. con L. 30 luglio 2010, n. 122. In un brevissimo arco temporale, la SCIA è stata, peraltro, sottoposta a continue - e non sempre precipue - modifiche legislative, fino all'attuale vigente disciplina posta a far data dalle modifiche introdotte dal d.lgs. 30 giugno 2016, n. 126.

40 Le tappe e gli approdi più soliti di questo percorso gnoseologico, soprattutto con riferimento alla tutela dei terzi, si rinvergono nella sentenza del Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 29 luglio 2011, n. 15 (che ha qualificato la SCIA come atto privato piuttosto che come provvedimento amministrativo, pur tacito), nonché nella pronuncia della Corte Costituzionale 13 marzo 2019, n. 45 (che ha fornito indicazioni puntali circa la natura e i limiti dei poteri amministrativi inibitori e di autotutela attivabili su istanza del terzo, individuando, altresì, i conseguenti strumenti di tutela processuale).



consistono, oggi, in verifiche successive sulla conformità dell'opera al quadro normativo⁴¹. I principi ispiratori dell'istituto sono la liberalizzazione e la semplificazione, da un lato, e, la certezza dei rapporti giuridici e la tutela dell'affidamento legittimo, dall'altro, come ricordato nel parere reso dal Consiglio di Stato il 30 marzo 2016, n. 839⁴². Entro trenta giorni dalla presentazione della SCIA, la Pubblica Amministrazione ha un triplice ordine di poteri: inibitori, repressivi e conformativi; decorso il suddetto termine, l'esercizio dei summenzionati poteri sia condizionato al ricorrere dei presupposti disciplinati al sopra citato art. 21-*nonies* L. n. 241/1990⁴³. Tale controllo tardivo deve comunque essere esperito entro dodici mesi (che si contano dallo spirare del termine dei trenta giorni)⁴⁴.

La disciplina sostanziale della SCIA alternativa al permesso di costruire ha, tuttavia, alcune peculiarità rispetto al modello generale di liberalizzazione sopra richiamato. Sul piano procedimentale, il profilo di differenziazione di più immediato interesse è rappresentato dalla circostanza che mentre nella SCIA (generale) l'attività è assentita a partire dal momento in cui la segnalazione è presentata, nel modello della SCIA alternativa l'attività può essere avviata solo dopo il decorso di trenta giorni dal deposito della stessa (termine che, peraltro, in alcuni

41 Cfr. A. MATTOSCI, *L'autotutela e la SCIA*, in *Giornale di diritto amministrativo* 6/2023, p. 783.

42 Sul punto, M.A. SANDULLI, *Controlli sull'attività edilizia, sanzioni e poteri di autotutela*, in *Federalismi.it*, 2 ottobre 2019.

43 Le condizioni previste *ex art. 21-nonies*, L. n. 241/1990, sono: (i) l'illegittimità del provvedimento; (ii) la sussistenza di ragioni di interesse pubblico; (iii) l'esercizio del potere di autotutela entro un termine ragionevole, comunque non superiore a dodici mesi dal momento dell'adozione dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici; (iv) la ponderazione degli interessi dei destinatari e dei controinteressati. Sul termine ragionevole e sulla previsione dei dodici mesi, si veda: M. RAMAJOLI, *Novità (circoscritte) in tema di autotutela decisoria e tutela dell'affidamento*, in *Riv. giur. urb.*, 2022, p. 148 ss., la quale rileva che «la giurisprudenza amministrativa, compresa l'Adunanza plenaria, ha individuato il dies a quo per la decorrenza del termine per l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio non, come la lettera della legge impone e la logica vorrebbe, dall'emanazione dell'atto che si intende annullare, bensì 'dal momento in cui l'amministrazione è venuta concretamente a conoscenza dei profili di illegittimità dell'atto'». In giurisprudenza, si v. TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 23 maggio 2022, n. 1193, secondo cui «nel caso in cui difettino i presupposti per la SCIA, non essendo stati correttamente esercitati gli ordinari poteri di controllo, inibitori e sanzionatori nei termini previsti i poteri medesimi vanno esercitati nei termini previsti dall'art. 21-*nonies* della L. n. 241 del 1990, qualora ne sussistano i presupposti. Al contrario, non può essere legittimamente interpretato nemmeno come provvedimento di "autotutela", poiché in esso non si dà alcun conto delle ragioni di interesse pubblico che impongono l'esercizio dei poteri di autotutela».

44 La giurisprudenza ha più volte avuto modo di ricordare che «una volta che sia decorso il termine perentorio per l'esercizio del potere inibitorio in materia di segnalazione certificata di inizio attività - previsto in generale in 60 giorni dal comma 3 dell'art. 19 della legge n. 241/1990 e in materia edilizia in 30 giorni dal comma 6 bis del medesimo articolo - la P.A. conserva un residuale potere di autotutela, ma tale potere con cui l'Amministrazione è chiamata a porre eventuale rimedio al mancato esercizio del doveroso potere inibitorio, condivide i principi regolatori sanciti, in materia di autotutela, dagli artt. 21-*quinquies* e 21-*nonies*, L. n. 241/1990, dovendosi, quindi tali poteri esercitarsi nelle forme dell'autotutela, con i relativi limiti anche di carattere temporale» (Cons. Stato, Sez. II, 29 marzo 2023, n. 3224).



casi ove sono richiesti ulteriori atti di assenso⁴⁵, decorre dall'acquisizione di tali atti). Orbene, il profilo non è di poco conto, potendo, almeno in astratto, incidere sulla natura stessa della SCIA alternativa, inducendo a qualificare la stessa come provvedimento amministrativo tacito, anziché come atto privato. Una tale interpretazione potrebbe trovare supporto nell'orientamento giurisprudenziale maggioritario che si è formato con riferimento al regime della PAS (procedura abilitativa semplificata), il cui meccanismo procedimentale è assolutamente sovrapponibile al richiamato art. 23 TUE⁴⁶. In argomento, infatti, fatta eccezione per un più circoscritto e risalente orientamento⁴⁷, la giurisprudenza maggioritaria⁴⁸ è nel senso di individuare la PAS quale forma di silenzio assenso, sull'assunto che la differenza fra un provvedimento amministrativo tacito formatosi con il silenzio assenso e un atto privato (come la SCIA) è data dalle modalità di formazione dell'assenso. In dettaglio, si è in presenza di un provvedimento tacito (formatosi, quindi, per silenzio assenso) se il privato che formula la relativa istanza non può iniziare l'attività di che trattasi se non dopo il decorso di un termine, entro il quale l'amministrazione può negare quanto richiesto; si è, invece, al cospetto di un atto privato se l'interessato può immediatamente iniziare l'attività, salvo che un atto di controllo – in senso ampio – dell'amministrazione intervenga successivamente a inibirla. Orbene, tale approccio – pianamente estendibile anche alla SCIA alternativa al permesso di costruire, vista la chiara sovrapponibilità delle discipline – consentirebbe di ricondurre la SCIA alternativa nell'alveo dei provvedimenti amministrativi (ancorché formati tacitamente), così potendo applicarne la disciplina sostanziale e, in definitiva, per quanto qui rileva, estendere al regime in argomento gli approdi della dottrina sopra richiamata sui limiti della disapplicazione del giudice penale. Tale approccio, infatti, avrebbe l'innegabile vantaggio per il privato di perseguire una consistente riduzione dei rischi conseguenti alla insussistenza dei presupposti

45 Nei casi in cui la normativa vigente prevede l'acquisizione di atti o pareri di organi o enti appositi, ovvero l'esecuzione di verifiche preventive, con la sola esclusione dei casi in cui sussistano vincoli relativi all'assetto idrogeologico, ambientali, paesaggistici o culturali e degli atti rilasciati dalle amministrazioni preposte alla difesa nazionale, alla pubblica sicurezza, all'immigrazione, all'asilo, alla cittadinanza, all'amministrazione della giustizia, all'amministrazione delle finanze, ivi compresi gli atti concernenti le reti di acquisizione del gettito, anche derivante dal gioco, nonché di quelli previsti dalla normativa per le costruzioni in zone sismiche e di quelli imposti dalla normativa comunitaria, essi sono comunque sostituiti dalle autocertificazioni, attestazioni e asseverazioni o certificazioni di tecnici abilitati relative alla sussistenza dei requisiti e dei presupposti previsti dalla legge, dagli strumenti urbanistici approvati o adottati e dai regolamenti edilizi, da produrre a corredo della documentazione di cui al comma 1, salve le verifiche successive degli organi e delle amministrazioni competenti.

46 Per una più estesa disamina dell'istituto e dei sottesi profili controversi, sia consentito rinviare a G. LA ROSA, *La procedura abilitativa semplificata per impianti fer: dalle esigenze di semplificazione ai dubbi applicativi*, in *AmbienteDiritto*, 2023.

47 Cons. Stato n. 130/2023; Cons. Stato n. 7357/2021; TAR Basilicata n. 415/2021; Cons. Stato n. 5715/2018; Cons. Stato n. 3154/2017; TAR Calabria n. 1533/2016; Cons. Stato n. 3112/2014.

48 TAR Sicilia, Catania, n. 542/2022; Cons. Stato n. 4690/2022; Cons. Stato n. 2526/2019; Cons. Stato n. 4383/2020; TAR Puglia, Lecce, n. 1051/2020; Cons. Stato n. 2420/2019; TAR Calabria, Catanzaro, n. 1541/2018. TAR Lazio, Latina, nn. 202 e 203/2023; Cons. Stato n. 1754/2022.



di legge, dal momento che, seguendo il più recente orientamento giurisprudenziale⁴⁹, il meccanismo del silenzio-assenso risponde a una valutazione legale tipica in forza della quale

49 Cfr. Cons. Stato, Sez. II, 22 maggio 2023, n. 5072. Nel medesimo senso, Cons. Stato, Sez. VI, 8 luglio 2022 n. 5746, secondo cui «il silenzio-assenso si formi anche quando l'attività oggetto del provvedimento di cui si chiede l'adozione non sia conforme alle norme è confermato da puntuali ed univoci indici normativi con il quali il legislatore ha inteso chiaramente sconfessare la tesi secondo cui la possibilità di conseguire il silenzio-assenso sarebbe legato, non solo al decorso del termine, ma anche alla ricorrenza di tutti gli elementi richiesti dalla legge per il rilascio del titolo abilitativo: i) l'espressa previsione della annullabilità d'ufficio anche nel caso in cui il “provvedimento si sia formato ai sensi dell'art. 20”, presuppone evidentemente che la violazione di legge non incide sul perfezionamento della fattispecie, bensì rileva (secondo i canoni generali) in termini di illegittimità dell'atto; ii) l'art. 2, comma 8-bis, della l. n. 241 del 1990 (introdotto dal d.-l. n. 76 del 2020, convertito dalla l. n. 120 del 2020) — nella parte in cui afferma che “Le determinazioni relative ai provvedimenti, alle autorizzazioni, ai pareri, ai nulla osta e agli atti di assenso comunque denominati, adottate dopo la scadenza dei termini di cui agli articoli 14-bis, comma 2, lettera c), 17-bis, commi 1 e 3, 20, comma 1, [...] sono inefficaci, fermo restando quanto previsto dall'articolo 21-nonies, ove ne ricorrano i presupposti e le condizioni” — conferma che, decorso il termine, all'Amministrazione residua soltanto il potere di autotutela; iii) l'art. 2, comma 2-bis — prevedendo che “Nei casi in cui il silenzio dell'amministrazione equivale a provvedimento di accoglimento ai sensi del comma 1, fermi restando gli effetti comunque intervenuti del silenzio assenso, l'amministrazione è tenuta, su richiesta del privato, a rilasciare, in via telematica, un'attestazione circa il decorso dei termini del procedimento e pertanto dell'intervenuto accoglimento della domanda ai sensi del presente articolo [...]” (analoga, ma non identica, disposizione è contenuta all'ultimo periodo dell'art. 20, comma 8, del d.P.R. n. 380 del 2001) — stabilisce, al fine di ovviare alle perduranti incertezze circa il regime di formazione del silenzio-assenso, che il privato ha diritto ad un'attestazione che deve dare unicamente conto dell'inutile decorso dei termini del procedimento (in assenza di richieste di integrazione documentale o istruttorie rimaste inevase e di provvedimenti di diniego tempestivamente intervenuti); iv) l'abrogazione dell'art. 21, comma 2, della l.e n. 241 del 1990 che assoggettava a sanzione coloro che avessero dato corso all'attività secondo il modulo del silenzio-assenso, “in mancanza dei requisiti richiesti o, comunque, in contrasto con la normativa vigente”; v) l'art. 21, comma 1, della l. n. 241 del 1990 — secondo cui: “Con la segnalazione o con la domanda di cui agli articoli 19 e 20 l'interessato deve dichiarare la sussistenza dei presupposti e dei requisiti di legge richiesti. In caso di dichiarazioni mendaci o di false attestazioni non è ammessa la conformazione dell'attività e dei suoi effetti a legge o la sanatoria prevista dagli articoli medesimi [...] —, da cui si desume che, in caso di dichiarazioni non false, ma semplicemente incomplete, il silenzio-assenso si perfeziona comunque”; “Con riguardo al silenzio assenso, dai requisiti di validità — il cui difetto non impedisce il perfezionarsi della fattispecie — va distinta l'ipotesi della radicale ‘inconfigurabilità’ giuridica dell'istanza: quest'ultima, cioè, per potere innescare il meccanismo di formazione silenziosa dell'atto, deve essere quantomeno aderente al ‘modello normativo astratto’ prefigurato dal legislatore (nel caso di specie l'intervento edilizio risultava già realizzato al momento della presentazione dell'istanza di permesso di costruire, che quindi era priva del necessario presupposto logico-normativo, ossia che l'intervento non fosse ancora stato realizzato)”. In senso contrario, sui requisiti di formazione del silenzio assenso: Cons. Stato, Sez. V, 4 ottobre 2022 n. 8499; Id., Sez. IV, 7 gennaio 2019 n. 113; Id., 28 gennaio 2022 n. 616; Id., Sez. VI, 8 settembre 2021 n. 6235; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. III, 4 marzo 2022 n. 1489; T.R.G.A. Trento, Sez. I, 28 febbraio 2022 n. 44. Per un recente contributo sul dibattito giurisprudenziale sulla formazione del silenzio-assenso nella specifica materia dell'edilizia, si v. S. MONZANI, *Il silenzio-assenso*



l'inerzia equivale a provvedimento di accoglimento, nel senso che gli effetti promananti dalla fattispecie sono sottoposti al medesimo regime dell'atto amministrativo, con il corollario che il titolo abilitativo può perfezionarsi anche con riguardo ad una domanda non conforme a legge. Seguendo tale crinale interpretativo e mettendolo "a sistema" rispetto alla questione che qui più direttamente ci occupa, nell'ipotesi in cui la SCIA alternativa fosse riconducibile nell'alveo del silenzio-assenso, ne deriverebbe che anche laddove fossero insussistenti i requisiti di legge, il mero decorso del tempo comporterebbe la formazione del titolo (tacito) che, - ancorché invalido (appunto perché in violazione di legge) - sarebbe produttivo di effetti, i quali, peraltro, sarebbero destinati a consolidarsi laddove non ne fosse disposto l'annullamento, per via giurisdizionale, giustiziale o amministrativa, entro i rispettivi termini. Così opinando, in definitiva, i ridetti risultati cui la riflessione dottrinale è giunta fornendo una valida base dogmatica per arginare il criticato fenomeno invalso nella Magistratura penale di equiparare all'assenza del provvedimento amministrativo la illegittimità dello stesso troverebbero piena applicazione anche laddove il titolo amministrativo fosse conseguito in modo tacito; su questo, pertanto, non inciderebbe la mancanza dei presupposti di legge, non ostando, come visto, alla formazione del titolo. Tale conclusione, per altro verso, sembra trovare conferma nella scelta legislativa, espressa con la legge 7 agosto 2015, n. 124, di abrogare il comma 2 dell'art. 21 l. n. 241/1990, il quale statuiva che «le sanzioni attualmente previste in caso di svolgimento dell'attività in carenza dell'atto di assenso dell'amministrazione o in difformità di esso si applicano anche nei riguardi di coloro i quali diano inizio all'attività ai sensi degli articoli 19 e 20 in mancanza dei requisiti richiesti o, comunque, in contrasto con la normativa vigente». In altre parole, venuta meno l'equiparazione legislativa tra attività svolta senza titolo e attività svolta con titolo tacito, ma in assenza dei requisiti e in contrasto con la normativa vigente, non sussiste più alcuna ragione per non considerare, anche per ciò che attiene ai profili sanzionatori, che anche in questi casi il titolo tacito è produttivo di effetti.

A parere di chi scrive, tuttavia, un più corretto inquadramento dogmatico della materia non consente di seguire l'orientamento giurisprudenziale appena espresso, non potendo la diversa meccanica di formazione dell'assenso all'avvio dei lavori mutare la natura della SCIA alternativa al permesso di costruire, riconducendola nel perimetro del silenzio-assenso. Invero, il regime della DIA/SCIA a efficacia differita non è una novità sul piano generale.

*sulla domanda di permesso di costruire tra esigenze di certezza giuridica e tutela dell'interesse pubblico (nota a Cons. St., sez. IV, 7 settembre 2022, n. 7631), in www-giustizia-insieme.it. Più in generale, sulla formazione del silenzio assenso e sui principali sotesi profili problematici, si v. M.A. SANDULLI, *Silenzio assenso e inesauribilità del potere*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2022; G. MARI, *L'obbligo di provvedere e i rimedi preventivi e successivi ai silenzi provvedimentali e procedimentali della P.A.*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2020, p. 224; M. D'ORSOGNA-R. LOMBARDI, *Il silenzio assenso*, in M.A. SANDULLI, *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, p. 975. Sull'inefficacia del provvedimento successivo alla formazione del silenzio assenso, cfr. 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 AmbienteDiritto.it, 2021, p. 1; G. CORSO, *Silenzio-assenso: il significato costituzionale*, in *Nuove autonomie*, 2021, p. 9; C.P. SANTACROCE, *Sull'inefficacia delle determinazioni amministrative tardive: riflessioni a margine dell'art. 2, comma 8-bis, della legge sul procedimento amministrativo*, in *Riv. giur. urb.*, 2022, p. 53.*



L'originaria formulazione dell'art. 19 l. n. 241/1990 prevedeva che fosse rimessa a un regolamento l'indicazione delle attività per le quali trovava applicazione il regime della DIA, con la precisazione che allo stesso regolamento era altresì demandata l'individuazione dei «casi in cui all'attività può darsi inizio immediatamente dopo la presentazione della denuncia, ovvero dopo il decorso di un termine fissato per categorie di atti, in relazione alla complessità degli accertamenti richiesti». A seguito delle modifiche introdotte con la l. 24 dicembre 1993, n. 537, l'art. 19, decampando dal richiamo al regolamento, ha previsto che, per tutti i casi assentibili con la DIA l'attività potesse essere avviata contestualmente alla dichiarazione, prevedendo che il potere di controllo si svolgesse entro sessanta giorni successivi dall'avvio dell'attività. Con le ulteriori modifiche apportate a opera dell'art. 3, comma 1, del d.l. 14 marzo 2005, n. 35, è stato introdotto un meccanismo di DIA a efficacia differita, prevedendo che «l'attività oggetto della dichiarazione può essere iniziata decorsi trenta giorni dalla data di presentazione della dichiarazione all'amministrazione competente». Solo con le modifiche introdotte dall'art. 49, comma 4-bis, del d.l. 31 maggio 2010, n. 78 è stata reintrodotta la previsione dell'avvio contestuale dell'attività alla data di presentazione della SCIA (che frattanto ha sostituito la DIA)⁵⁰. In sostanza, la previsione circa il momento dell'avvio - immediato o differito - dell'attività a fronte della dichiarazione del privato ha interessato lo stesso istituto generale della DIA/SCIA, senza, tuttavia, che tale elemento potesse effettivamente incidere sulla qualificazione della stessa quale strumento di liberalizzazione. Né, si ritiene, potrebbe diversamente opinarsi, dal momento che l'art. 20, comma 8, d.p.r. n. 380/2001 prevede la formazione del silenzio-assenso a fronte dell'inerzia dell'Amministrazione nei confronti dell'istanza di permesso di costruire. Orbene, se la SCIA di cui all'art. 23, cit. è ontologicamente *alternativa* al permesso di costruire, per il quale la legge prevede, come detto, il meccanismo del silenzio-assenso, ne deriva necessariamente che tale alternatività non possa che presupporre anche una *alterità* quanto alla natura giuridica dei due regimi amministrativi.

Nell'ottica del regime liberalizzato, quindi, quale che sia il momento in cui è consentito l'avvio dell'attività, non ci si muove sul piano dell'atto abilitativo, bensì sul piano dell'inibizione alla continuazione per mancanza di requisiti⁵¹, per l'assorbente considerazione che l'esercizio dell'attività liberalizzata fonda il suo presupposto legittimante nella legge e, quindi, nella dinamica norma-fatto-effetto. Sebbene alla pubblica amministrazione sia

50 Per una ricostruzione storica dell'istituto si vedano: A. PAJNO, *Gli articoli 19 e 20 della legge n. 241 prima e dopo la legge 24 dicembre 1993, n. 537. Intrapresa dell'attività e silenzio dell'Amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, p. 22; N. PAOLANTONIO, *Denuncia di inizio attività e consenso tacito dell'amministrazione*, *GiustAmm.it*, 2004; M.E. SCHINAIA, *Notazioni sulla nuova legge sul procedimento amministrativo con riferimento alla deregulation delle attività soggette a provvedimenti autorizzativi ed all'inerzia dell'Amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1991, p. 1843; A. TRAVI, voce *Dichiarazione inizio attività (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, Milano, 2008, p. 344; ID., *Silenzio-assenso, denuncia di inizio di attività e tutela dei terzi controinteressati*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 16; S. VALAGUZZA, *La DIA, l'inversione della natura degli interessi legittimi e l'azione di accertamento come strumento di tutela del terzo*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, p. 1245.

51 Cfr. V. DE MICHELE-V. DI CAPUA-A. ESPOSITO -G. PASSARELLI DI NAPOLI-G. SVAMPA, *Temi di diritto amministrativo*, 2016.



conferito un potere il cui esercizio si colloca cronologicamente e funzionalmente prima che l'attività possa essere intrapresa, non può sfuggire come tale potere non rivesta alcun margine di discrezionalità, consistendo, piuttosto, in una attività – del tutto vincolata – di controllo circa la sussistenza dei presupposti e delle condizioni perché possa procedersi con la stessa. Da diversa concorrente prospettiva, il silenzio-assenso rappresenta un istituto generalmente previsto quale conseguenza (eventuale e finanche patologica) all'inerzia della pubblica Amministrazione, che non avvia o comunque non conclude l'attività procedimentale entro i tempi prescritti. La regola, dunque, resta sempre l'adozione del provvedimento espresso, nell'esercizio del potere attribuito all'amministrazione, salva la formazione, appunto, del silenzio-assenso in caso di inerzia. Il modello della SCIA alternativa al permesso di costruire, invece, esclude in radice l'eventualità che la pubblica Amministrazione si pronunci con un atto assentivo espresso, prevedendo esclusivamente poteri inibitori volti a impedire l'avvio delle attività.

La confermata diversità ontologica tra il permesso di costruire conseguito per silenzio e la SCIA alternativa, pertanto, non consente di estendere alla seconda il richiamato approccio che, al fine di limitare il potere di disapplicazione del Giudice penale, pone in rilievo la disciplina sostanziale di diritto amministrativo secondo cui il provvedimento, ancorché illegittimo, è produttivo di effetti e – quindi, a tacere da qualsiasi considerazione sull'affidamento del privato e sulla colpevolezza – tale da ritenere lecita l'attività costruttiva del privato. E ciò perché, innanzitutto, il paradigma legittimità/illegittimità, che pacificamente esprime la relazione tra il provvedimento amministrativo e la legge, non è parimenti applicabile alla SCIA (come, visto, anche alternativa), essendo essa atto di parte e, quindi, neanche mediatamente espressione di potere amministrativo. In questo contesto, adunque, la difformità della segnalazione rispetto al paradigma legale di riferimento non è riconducibile allo spetto della illegittimità (o nullità nei casi di cui all'art. 21-*septies* l. n. 241/1990), ma si atteggia variamente a seconda che la difformità riguardi i presupposti – astratti - di operatività della SCIA (ossia, allorquando quella determinata attività non è assentibile attraverso lo strumento semplificatorio, ma richiede l'adozione di provvedimenti ampliativi) ovvero le condizioni – concrete – di adeguatezza della SCIA (ipotesi che si verifica quando, indiscussa la possibilità di utilizzare la SCIA, essa è presentata in difformità a legge). Ebbene, mentre nel primo caso la difformità è *a monte* e determina la inidoneità della SCIA a produrre qualsiasi effetto, risultando *tamquam non esset*; nel secondo caso, la difformità non è tale da incidere sugli effetti, ma unicamente sulla loro stabilità, potendo essere inibiti con l'adozione di opportuni provvedimenti da parte dell'Autorità amministrativa. Tale considerazione trova il conforto

della giurisprudenza amministrativa maggioritaria⁵² che, seppur con quale voce contraria⁵³, ha ritenuto che la SCIA inidoneamente presentata si appalesa *tamquam non esset* ai fini della legittimazione dell'intervento edilizio, dal momento che pur in presenza di sempre maggiori spazi di semplificazione procedimentale anche in ambito edilizio esistono, tuttavia, dei limiti insormontabili che non consentono di derubricare gli interventi 'maggiori' al titolo 'minore': se, pertanto, il privato ha la possibilità di optare per il permesso di costruire, laddove gli sarebbe possibile agire tramite semplice SCIA, non vale il reciproco, per cui nei casi in cui è ritenuto necessario l'avallo esplicito dell'intervento, l'utilizzo di qualsivoglia altra forma di comunicazione appare sostanzialmente inutile.

5. Considerazioni conclusive e di sistema: l'insostenibile tensione tra aporie interpretative e regimi di semplificazione amministrativa.

Le considerazioni che precedono consentono di enucleare alcuni profili di sistema, che meriterebbero una migliore ricomposizione sul piano dell'ordinamento generale.

Prendendo le mosse dai controversi profili interpretativi che riguardano la demoticostruzione, non può che rilevarsi come l'approccio della Magistratura penale sia distonico rispetto all'evoluzione normativa che ha interessato la categoria normativa della "ristrutturazione edilizia", nell'ambito della quale sono oggi ricompresi interventi di demoticostruzione con mutamento di sagoma e, entro certi limiti, volumetrici. Il giudice penale sembra limitarsi a verificare le trasformazioni fisiche del *singolo immobile*; mentre, l'approccio della giurisprudenza amministrativa - maggiormente in linea con le sottese ragioni dei più

52 TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 19 dicembre 2022, n. 2775; TAR Lazio, Roma, Sez. II, 21 febbraio 2022, n. 2025, secondo cui «in caso di intervento edilizio realizzato all'esito di presentazione di SCIA, per il quale era tuttavia precluso il ricorso a detto titolo abilitativo, esigendosi di contro il rilascio di permesso di costruire, non trova applicazione il termine decadenziale per l'esercizio del potere inibitorio previsto dall'art. 19 della l. n. 241 del 1990, il cui decorso esaurisce gli ordinari poteri di vigilanza edilizia, in quanto tale termine opera solamente nelle ipotesi in cui gli interventi realizzati o realizzandi rientrano fra quelli eseguibili mediante SCIA; per gli interventi soggetti a permesso di costruire, invece, deve applicarsi il comma 2 bis dell'art. 21 della medesima legge a mente del quale "restano ferme le attribuzioni di vigilanza, prevenzione e controllo su attività soggette ad atti di assenso da parte di pubbliche amministrazioni previste da leggi vigenti, anche se è stato dato inizio all'attività ai sensi degli articoli 19 e 20»; id. n. 4525/2021, secondo cui «l'errore sui requisiti soggettivi o oggettivi della DIA [ora SCIA], poiché frutto di una dichiarazione unilaterale, non può comportare in favore di chi la rende un affidamento vincolante per la parte pubblica che si limita a riceverla, per il solo fatto che quest'ultima non avrebbe esercitato i conseguenti poteri correttivi o inibitori, potendo tale omissione comportare un'eventuale responsabilità amministrativa, non già la sanatoria della DIA [ora SCIA] mancante di un requisito essenziale; di conseguenza, il provvedimento con cui l'amministrazione accerta che le opere edili non potevano essere realizzate mediante DIA [ora SCIA], occorrendo il permesso di costruire, non è espressione di autotutela, ma ha valore meramente accertativo di un abuso doverosamente rilevabile e reprimibile senza, peraltro, il limite di dover agire entro un termine ragionevole, chiaramente inapplicabile all'attività di vigilanza edilizia, tanto più che il dichiarante non può, per le ragioni anzidette, vantare nessun affidamento».

53 TAR Salerno, Campania, Sez. II, 13 aprile 2023, n. 842; id. 2 marzo 2021, n. 535.



recenti mutamenti legislativi - valorizza la *variazione del carico antropico* derivante dall'intervento edilizio. Così, in sede penale si definisce "nuova costruzione" qualsiasi progetto che comporti mutamenti visibili dell'edificio, mentre la magistratura amministrativa limita tale categoria di intervento ai casi di avvenuta *trasformazione del territorio*, derivante da un aggravio del carico antropico dell'area. A tacere della ridetta preferenza verso l'approccio interpretativo del giudice amministrativo, anche nell'ottica del perseguimento degli obiettivi di contenimento di consumo del suolo e di rigenerazione urbana che fondano la precisa scelta legislativa di agevolare quanto più possibile la ristrutturazione del patrimonio immobiliare esistente⁵⁴, ciò che merita una attenta riflessione in un quadro di sistema è il preoccupante disallineamento della Magistratura penale. Esso, infatti, fornendo una lettura restrittiva degli ambiti applicativi della ristrutturazione conduce all'effetto paradossale che una medesima attività edilizia potrebbe, allo stesso tempo, essere intesa quale ristrutturazione dalla giurisprudenza amministrativa e nuova costruzione da quella penale, con chiare e gravi conseguenze quanto all'idoneo utilizzo di titoli edilizi semplificati.

Tale denunciata discrasia di interpretazione tra i due plessi giurisdizionali non è né isolata, né marginale, ma si colloca piuttosto in un più ampio contesto di disomogeneità. Limitando l'attenzione alle questioni che più direttamente si pongono nel crocevia tra giurisdizione amministrativa e ordinaria, ci si riferisce, innanzitutto, alla qualificazione (come illecita o meno) dell'attività edilizia del privato condotta a seguito dello spirare del termine di sospensione di cui all'art. 27, comma 3, d.p.r. 380/2001⁵⁵. Nell'ambito dei poteri di vigilanza sull'attività urbanistico-edilizia attribuiti al dirigente o al responsabile del competente ufficio comunale⁵⁶, la norma - che riproduce, seppur con qualche modifica, il testo del previgente art. 4, comma 3, l. 47/1985⁵⁷ - prevede il potere di disporre la demolizione delle opere realizzate in difformità dalle norme urbanistiche e alle prescrizioni degli strumenti urbanistici (comma 2)⁵⁸,

54 Ovviamente, non può tacersi l'evidenza che ogni intervento deve valutarsi in concreto, dimostrando e valorizzando (ove possibile) la coerenza tra il progetto e le caratteristiche fondamentali delle preesistenze.

55 Il profilo è indagato in A. FABRI e E.A. TARASCHI, *Contrasti giurisprudenziali sul termine finale dell'ordinanza di sospensione dell'attività edilizia*, in *Urb. e app.*, 2019, 589.

56 Il comma 1, in particolare, specifica che «Il dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale esercita, anche secondo le modalità stabilite dallo statuto o dai regolamenti dell'ente, la vigilanza sull'attività urbanistico-edilizia nel territorio comunale per assicurarne la rispondenza alle norme di legge e di regolamento, alle prescrizioni degli strumenti urbanistici ed alle modalità esecutive fissate nei titoli abilitativi».

57 Secondo cui «qualora sia constatata, dai competenti uffici comunali, l'inosservanza delle norme, prescrizioni e modalità di cui al primo comma, il sindaco ordina l'immediata sospensione dei lavori, che ha effetto fino all'adozione dei provvedimenti definitivi di cui ai successivi articoli, da adottare e notificare entro quarantacinque giorni dall'ordine di sospensione dei lavori». Per una più analitica descrizione del regime previgente, si v. G.C. MENGOLI, *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, 1992, spec. 877 ss.

58 In dottrina, cfr. A. TRAVI, LA REPRESSIONE DEGLI ABUSI, in E. Ferrari (a cura di), *La disciplina pubblica dell'attività edilizia e la sua codificazione*, Milano, 2002, spec. 390, il quale ha criticato come non risulti chiaro il rapporto tra la demolizione prevista dall'art. 27, cit., e quella prevista dagli artt. 30 ss. del medesimo



nonché, qualora sia constatata, dai competenti uffici comunali d'ufficio o su denuncia dei cittadini, il potere di disporre la sospensione immediata dell'attività edilizia, nelle more dell'adozione - eventuale - dei provvedimenti definitivi (comma 3). In particolare, la disposizione ora richiamata prevede che i provvedimenti definitivi siano adottati entro quarantacinque giorni dall'adozione dell'ordinanza di sospensione. In punto di interpretazione, tuttavia, non si è registrata unanimità di vedute – tra la giurisdizione amministrativa e quella ordinaria (nella specie, penale) – quanto alle conseguenze derivanti dal decorso del termine di quarantacinque giorni senza che l'Autorità amministrativa abbia adottato il relativo provvedimento amministrativo definitivo⁵⁹. Il giudice amministrativo, prendendo le mosse dalla rilevanza cautelare della misura⁶⁰, la cui finalità consiste nell'evitare di portare avanti attività edilizie della cui legittimità l'Amministrazione dubita e, dunque, di limitare gli eventuali pregiudizi ai sottesi interessi pubblici, giunge ad apprezzarne il carattere interinale e provvisorio. Il termine di quarantacinque giorni, dunque, costituisce il limite temporale massimo di efficacia della sospensione, con la conseguenza che il suo infruttuoso

corpo normativo, di guisa che alla prima potrebbe riconoscersi, almeno astrattamente, valenza parimenti cautelare, con le relative conseguenze sul piano teorico e pratico. In giurisprudenza, TAR Lazio, Roma, Sez. I, 15 gennaio 2016, n. 396 – affermando che «l'art. 27, d.P.R. 6 giugno 2001 n. 380 consente un intervento immediato a tutela dei vincoli e l'Amministrazione può avvalersi del potere demolitorio allorquando ravvisi l'urgenza di tutelare il vincolo, anche al fine di evitare possibili compromissioni dello stato dei luoghi, che potrebbe più difficilmente essere ripristinato in un momento successivo – sembra militare per una qualificazione cautelare del potere di ordinanza di cui all'art. 27. Sembra fondarsi sulla diversità di fattispecie l'interpretazione fornita da TAR Campania, Napoli, Sez. VI, 1 luglio 2019, n. 3584, che ha ritenuto che la mancata esecuzione del provvedimento demolitorio ex art. 27, d.P.R. n. 380/2001 non può essere sanzionata con l'applicazione della sanzione pecuniaria di cui all'art. 31, comma 4 bis, d.P.R. n. 380/2001, perché quest'ultima è misura prevista per un illecito diverso, ossia la mancata esecuzione dell'ingiunzione al ripristino ex art. 31, comma 2, nel termine di 90 giorni.

⁵⁹ Il dubbio interpretativo è alimentato dalla circostanza che la disposizione non individua espressamente le conseguenze, sul piano dell'efficacia dell'ordinanza, derivanti dall'infruttuoso decorso del termine. E ciò a differenza dell'originario testo di cui all'art. 32, comma 2, l. 17 agosto 1942, n. 1150, secondo cui «qualora sia stata contestata l'inosservanza delle dette norme, prescrizioni e modalità esecutive, il Podestà ordina l'immediata sospensione dei lavori con riserva dei provvedimenti che risultino necessari per la modifica delle costruzioni o per la rimessa in pristino. L'ordine di sospensione cesserà di avere efficacia se entro un mese dalla notificazione di esso il Podestà non abbia adottato e notificato i provvedimenti definitivi».

⁶⁰ P. DELL'ANNO, *Art. 27*, in R. FERRARA - G.F. FERRARI (a cura di), *Commentario al Testo unico dell'edilizia*, Padova, 2005, 330. In giurisprudenza, si v. TAR Campania, Napoli, Sez. VI, 4 marzo 2021, n. 1488, secondo cui «la sospensione ex art. 27, comma 3, d.P.R. n. 380/2001 è un provvedimento a carattere *lato sensu* cautelare che il Comune può adottare allorché sorgano dubbi sulla legittimità di un'iniziativa edilizia nelle more dell'approfondimento della situazione ai fini dell'adozione di eventuali provvedimenti sanzionatori»; Cons. Stato, Sez. IV, 9 novembre 2017, n. 5172; *Ibid.*, 22 giugno 2016, n. 2758; 19 giugno 2014, n. 3115, che evidenzia come il fine della norma «è di tipo cautelare, in quanto destinato ad evitare che la prosecuzione dei lavori determini un aggravarsi del danno urbanistico».



decorso rende, sul piano giuridico, l'ordinanza priva di effetti cogenti e, dunque, l'attività edilizia frattanto ripresa legittima⁶¹.

Da diverso versante, tuttavia, la decorrenza del predetto termine – qualificato dal Giudice amministrativo come ordinatorio⁶² – non determina il venir meno del potere dell'Amministrazione di adottare il provvedimento repressivo di eventuali abusi edilizi, il quale, dunque, potrà intervenire anche molto tempo dopo rispetto alla perdita di efficacia della sospensione, nonché, peraltro, a prescindere dalla sua stessa previa adozione⁶³. La norma in questione rileva anche sul versante penalistico, atteso che l'art. 44 d.p.r. 380/2001, recante «sanzioni penali», al comma 1, lett. b, prevede, salvo che il fatto costituisca più grave reato, l'arresto fino a due anni e l'ammenda da 1.0328 a 10.3290 euro nei casi, tra l'altro, per quanto qui rileva, di prosecuzione dei lavori nonostante l'ordine di sospensione. L'illecito, avente natura contravvenzionale⁶⁴, prevede, dunque, la violazione dell'ordine di sospensione quale elemento costitutivo della fattispecie astratta di reato, nella specie costituente un presupposto della condotta. È pertanto evidente la rilevanza della questione interpretativa - anche sul versante penalistico - circa la sorte dell'ordine di sospensione ove il termine di quarantacinque giorni spiri senza che l'Amministrazione comunale adotti il provvedimento definitivo di demolizione. L'attività edilizia intrapresa (*rectius* ripresa) dal privato dopo lo spirare dei quarantacinque giorni, infatti, costituirebbe reato solo laddove si ritenesse la ultra-vigenza dell'ordine di sospensione; diversamente, la condotta descritta non integrerebbe la fattispecie di reato nel caso in cui l'ordine di sospensione, al decorso del termine, perderebbe la sua efficacia. Pur nello sfondo di un contrasto interpretativo con riferimento alla natura

61 La giurisprudenza amministrativa è uniforme: tra le tante, si v. TAR Lazio, Latina, Sez. I, 9 luglio 2020, n. 255; TAR Lazio, Roma, Sez. II, 22 gennaio 2019, n. 849; Cons. Stato, Sez. IV, 9 novembre 2017, n. 5172, *Ibid.*, 18 maggio 2016, n. 2003; 14 maggio 2015, n. 2415.

62 Cons. Stato, Sez. IV, 9 novembre 2017, n. 5172; *Ibid.* 18 maggio 2016, n. 2003; TAR Umbria, Perugia, Sez. I, 1 agosto 2013, n. 404, secondo cui «il termine di quarantacinque giorni dall'ordine di sospensione dei lavori, fissato dall'art. 27 comma 3, d.P.R. 6 giugno 2001 n. 380 per l'invio dell'ordine di demolizione delle opere edilizie abusivamente realizzate, ha natura meramente ordinatoria e il suo superamento non impedisce l'emissione del suddetto provvedimento». Peraltro, in giurisprudenza, si è altresì confermato che il termine non è da intendersi come dilatorio, ossia tale da non consentire l'adozione della misura ripristinatoria prima del suo decorso: così, si v. TAR Campania, Napoli, Sez. III, 1 marzo 2019, n. 1154, secondo cui «il termine di 45 giorni non è un termine dilatorio, prima del quale è preclusa l'adozione di determinazioni in merito, essendo piuttosto previsto allo scopo di consentire all'Amministrazione di acquisire tutti gli elementi necessari per applicare l'appropriata sanzione alle opere abusive realizzate. Pertanto, nulla esclude che l'autorità amministrativa emani l'atto sanzionatorio anche prima dei 45 giorni e, in ipotesi, anche immediatamente, se non vi sono ulteriori esigenze istruttorie».

63 Così espressamente, cfr. TAR Lazio, Roma, Sez. II, 2 maggio 2018, n. 4791, che conferma come «il provvedimento di sospensione dei lavori non costituisce un presupposto di legittimità del provvedimento di demolizione. Tale constatazione conduce, dunque, ad affermare che il provvedimento di demolizione può essere adottato non solo in carenza di un previo ordine di sospensione dei lavori, ma anche ben oltre la scadenza del termine di efficacia di quest'ultimo».

64 Così L. RAMACCI, *I reati edilizi: disciplina, sanzioni, casistica*, Milano, 2010, spec. 157.



dell'ordinanza di sospensione, ossia se essa sia qualificabile come provvedimento cautelare⁶⁵ - riconducibile al potere di vigilanza - ovvero sia piuttosto espressione dei generali poteri di autotutela⁶⁶ mettenti capo alla pubblica amministrazione, la giurisprudenza penalistica si è più recentemente assestata in una linea interpretativa volta a riconoscere la sussistenza dell'ipotesi delittuosa allorché il privato prosegue l'attività edilizia dopo l'ordine di sospensione, a prescindere dall'infruttuoso spirare del termine di quarantacinque giorni⁶⁷, a nulla rilevando la maggiore o minore entità delle lavorazioni eseguite⁶⁸, né la considerazione che l'attività edilizia necessiti o meno del previo rilascio del permesso di costruire⁶⁹.

Un'ulteriore fattispecie che ha visto il delinearsi di una distonia interpretativa tra giudice amministrativo e giudice penale è rappresentata dalla qualificazione - come legittimi/illegittimi e leciti/illeciti - degli interventi edilizi realizzati su un immobile abusivo⁷⁰. Invero, entrambi i plessi giurisdizionali affermano il principio di diritto secondo cui gli interventi edilizi realizzati su un immobile abusivo, a prescindere dalla consistenza degli stessi e dalla loro astratta ammissibilità, giusta la sussistenza di un idoneo titolo, condividono del primo la natura abusiva e, per tale ragione, sono soggetti alla medesima disciplina sanzionatoria. Infatti, il giudice amministrativo ha avuto modo di confermare che «quando la DIA o la SCIA riguardano un fabbricato realizzato abusivamente, non sono di per sé idonee a rendere tale immobile conforme alla normativa urbanistico - edilizia, ma al contrario, proprio perché si innestano su una situazione edificatoria di per sé illecita, ne ereditano i connotati e perdono la loro tipica efficacia legittimante; ne discende che anche gli interventi assentiti con tali moduli procedurali diventano sostanzialmente illegittimi e sono sottoposti allo stesso

65 Cfr., Cass. pen., Sez. III, 6 ottobre 2011, n. 36311; Ibid., 27 gennaio 2009, n. 3593; 10 ottobre 2007, n. 37320; 7 maggio 2007, n. 17278; 27 novembre 1997, n. 10881. La natura cautelare dell'ordinanza di sospensione, sebbene non espressamente affermata, sembra essere presupposta nelle pronunce ove ne è stata affermata la identità di ratio rispetto al sequestro preventivo (Cass. pen., Sez. III, 31 marzo 1998, n. 379), nonché la natura provvisoria e anticipatoria della stessa (Cass. pen., Sez. III, 14 giugno 1982).

66 Cfr. Cass. pen., Sez. III, 10 ottobre 2017, n. 37320; Ibid., 17 maggio 2005, n. 18199; 23 gennaio 1996, n. 719; 11 marzo 1988; Sez. I, 9 febbraio 1984; Sez. III, 21 febbraio 1974.

67 Ex multis, Cass. pen., Sez. III, 6 ottobre 2011, n. 36311; Ibid., 12 febbraio 2013, n. 28132; 9 ottobre 2008, n. 41884 (la quale, chiaramente, ha affermato che «in tema di reati edilizi, l'illiceità della condotta consistente nella prosecuzione dei lavori nonostante l'ordinanza comunale di sospensione non viene meno per il fatto che non siano adottati, nei termini, i conseguenti provvedimenti repressivi di legge»; 24 gennaio 2003, n. 3532. *Contra*, seppur in vigenza del previgente quadro normativo, Cass. pen., Sez. III, 22 aprile 1996, n. 1340, secondo cui «scaduto il termine senza la notifica e non la semplice adozione dei provvedimenti definitivi, i suoi effetti vengono meno con la conseguente possibile ripresa di lavori senza poter configurare il concorrente reato di violazione della predetta ordinanza»; Cass. pen., Sez. III, 8 settembre 1999, n. 10570; Sez. VI, 3 marzo 1984, n. 02033; Sez. III, 24 giugno 1983; Ibid. 5 novembre 1980; 15 gennaio 1979.

68 Così, ad esempio, Cass. pen., Sez. III, 24 gennaio 2003, n. 3532.

69 Cass. pen. Sez. III, 3 luglio 2007, n. 37320, ripresa, in termini, da Cass. pen., Sez. III, 10 marzo 2017, n. 11568.

70 Per un riferimento a tale ipotesi, si v. A. FABRI - E.A. TARASCHI, *Gli interventi edilizi successivi su un manufatto abusivo nella giurisprudenza del giudice amministrativo e del giudice penale*, in *Riv. giur. ed.*, 2020, 519.



trattamento sanzionatorio riservato al fabbricato abusivo cui si riferiscono»⁷¹, con l'ulteriore precisazione che «se tale principio vale per gli interventi, sottoposti al regime della (dia o) scia, a fortiori deve valere, allorquando si tratti d'interventi per i quali – in ragione evidentemente della loro consistenza – sia stato chiesto (e ottenuto) il rilascio di un permesso di costruire»⁷². In sostanza, in presenza di manufatti abusivi non sanati né condonati, gli interventi ulteriori (sia pure riconducibili, nella loro oggettività, alle categorie della manutenzione straordinaria, del restauro e/o risanamento conservativo, della ristrutturazione, della realizzazione di opere costituenti pertinenze urbanistiche) ripetono le caratteristiche di illegittimità dell'opera principale alla quale ineriscono strutturalmente. Parimenti, il giudice penale ha affermato che «qualsiasi intervento effettuato su una costruzione realizzata abusivamente, ancorché l'abuso non sia stato represso, costituisce una ripresa dell'attività criminosa originaria, che integra un nuovo reato, anche se consista in un intervento di manutenzione ordinaria, perché anche tale categoria di interventi edilizi presuppone che l'edificio sul quale si interviene sia stato costruito legittimamente»⁷³. Mette conto rilevare, peraltro, come la giustificazione di tale orientamento tragga ragione nella considerazione secondo cui «la demolizione ordinata dal giudice non riguarda soltanto l'immobile oggetto del procedimento che ha dato vita al titolo esecutivo, ma anche ogni altro intervento eseguito successivamente che, per la sua accessoria all'opera

71 TAR Campania, Napoli, Sez. II, 12 febbraio 2018, n. 914.

72 TAR Campania, Salerno, Sez. II, 21 marzo 2019 n. 415. Il principio è confermato, *ex multis*, da Cons. Stato, Sez. VI, 13 novembre 2018 n. 6367; T.A.R. Puglia, Bari, Sez. III, 3 aprile 2018 n. 496; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. II, 12 febbraio 2018, n. 914; T.A.R. Campania, Salerno, Sez. II, 21 marzo 2019 n. 415; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VII, 15 gennaio 2015 n. 292; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VI, 29 ottobre 2013 n. 4817; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VI, 5 giugno 2013 n. 2910; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VI, 2 maggio 2012 n. 2006.

73 Cassazione penale sez. III, 10 ottobre 2019, n. 48026. Come anticipato, il principio è pacifico in giurisprudenza. Esprime massima di identico tenore letterale Sez. III, 19 maggio 2016, n. 38495 e conforme impostazione Sez. III, 24 maggio 2017, n. 30168, ove viene precisato come in tema di reati edilizi il regime di denuncia di inizio attività non sia applicabile a lavori da eseguirsi su manufatti il cui originario carattere abusivo è stato accertato con sentenza definitiva e che non risultino essere stati oggetto di condono edilizio o di sanatoria, atteso che gli interventi ulteriori su immobili abusivi ripetono le caratteristiche di illegittimità dall'opera principale alla quale ineriscono strutturalmente. Nello stesso senso – con riferimento a fattispecie relativa a lavori di frazionamento di un immobile abusivo in quattro unità immobiliari, senza variazione della volumetria complessiva dell'edificio, ricompresi dal d.l. n. 133 del 2014 tra gli interventi di manutenzione straordinaria sottoposti al regime della d.i.a. – si v. Sez. III, 16 ottobre 2014, n. 51427. In argomento, Sez. III, 11 ottobre 2005, n. 40843, chiarisce come la realizzazione di una tettoia di copertura di un terrazzo di una abitazione non può qualificarsi quale intervento di manutenzione straordinaria, né si configura quale pertinenza, atteso che costituendo parte integrante dell'edificio ne costituisce ampliamento, con conseguente integrabilità, in difetto del preventivo rilascio del permesso di costruire, del reato di cui all'art. 44 d.P.R. n. 380 del 2001; ed in motivazione osserva che l'intervento su una costruzione abusiva, ancorché l'abuso non sia stato represso, costituisce ripresa dell'attività criminosa originaria integrante un nuovo reato identico a quello precedente e non attività irrilevante sotto il profilo penale; in altre parole, allorché l'opera, abusiva perisca in tutto o in parte, il proprietario non acquista il diritto di ricostruirla o comunque di ristrutturarla senza alcun titolo abilitativo anche se originariamente l'abuso non sia stato represso.



abusiva, renda ineseguibile l'ordine medesimo, non potendo consentirsi che un qualunque intervento additivo, abusivamente realizzato, possa in qualche modo ostacolare l'integrale attuazione dell'ordine giudiziale di demolizione dell'opera cui accede e, quindi, impedire la completa *restitutio in integrum* dello stato dei luoghi disposta dal giudice con sentenza definitiva, poiché, se così non fosse, si finirebbe per incentivare le più diverse forme di abusivismo, funzionali ad impedire o a ritardare a tempo indefinito la demolizione di opere in precedenza illegalmente realizzate»⁷⁴. Le vie interpretative, tuttavia, si divaricano sensibilmente con riferimento alla possibilità di realizzare, su immobili abusivi per i quali sia in corso la procedura di condono o di sanatoria, interventi edilizi che siano volti a conservare la *res* e che, dunque, abbiano natura prevalentemente manutentiva. Sul punto, il giudice amministrativo ha ritenuto che, in pendenza della domanda di sanatoria o condono, fatto salvo quanto stabilito dall'art. 35, comma 13, 1. n. 47/1985⁷⁵, sono ammissibili gli interventi volti alla conservazione del bene, senza trasformarne la struttura, i volumi e i prospetti, salvo che siano indispensabili (previa, in tal caso, necessaria preventiva interlocuzione con l'Amministrazione) al fine di consentire di stabilire quali siano i caratteri e le esatte dimensioni del manufatto abusivo per verificarne la sanabilità⁷⁶. Seguendo tale linea interpretativa, peraltro, il giudice amministrativo⁷⁷ è giunto finanche a ritenere che la ricostruzione di un manufatto (nella specie, gazebo) abusivo che, in pendenza della domanda di condono, è crollato per eventi atmosferici, è da considerarsi attività assentita. E ciò sul presupposto che la nuova struttura è stata di realizzata - senza soluzione di continuità sia dal punto di vista cronologico che funzionale - in sostituzione della precedente già oggetto di condono edilizio, integrando un tipo d'intervento edilizio volto ad assicurare la continuità tra vecchia e nuova costruzione e l'attuale riconoscibilità del manufatto originario oggetto dell'istanza di condono.

Nel caso di specie, dunque, dando continuità al richiamato indirizzo giurisprudenziale, secondo cui, in pendenza di procedimento di condono, sono consentiti gli interventi diretti a garantire la conservazione del manufatto, senza mutarne le caratteristiche essenziali e la sua destinazione d'uso, il giudice ha ricondotto nell'alveo di tale casistica anche la ricostruzione della struttura aperta, in sostituzione del precedente gazebo, atteso che tale ricostruzione non

74 Cass. penale Sez. III, 9 ottobre, 2018, n. 51058.

75 A tenore del quale «decorsi centoventi giorni dalla presentazione della domanda e, comunque, dopo il versamento della seconda rata dell'oblazione, il presentatore dell'istanza di concessione o autorizzazione in sanatoria può completare sotto la propria responsabilità le opere di cui all'art. 31 non comprese tra quelle indicate dall'art. 33. A tal fine l'interessato notifica al comune il proprio intendimento, allegando perizia giurata ovvero documentazione avente data certa in ordine allo stato dei lavori abusivi, ed inizia i lavori non prima di trenta giorni dalla data della notificazione. L'avvenuto versamento della prima e della seconda rata, seguito da garanzia fideiussoria per il residuo, abilita gli istituti di credito a concedere mutui fondiari ed edilizi. I lavori per il completamento delle opere di cui all'art. 32 possono essere eseguiti solo dopo che siano stati espressi i pareri delle competenti amministrazioni. I lavori per il completamento delle opere di cui al quarto comma dell'art. 32 possono essere eseguiti solo dopo che sia stata dichiarata la disponibilità dell'ente proprietario a concedere l'uso del suolo».

76 In questo senso, *ex multis*, cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 8 maggio 2018, n. 2738.

77 Il riferimento è a Cons. Stato, sez. VI, 6 settembre 2018, n. 5248.



ha comportato modifiche strutturali, alterazione di volumi e di prospetti sì da consentire di stabilire quali siano i caratteri e le esatte dimensioni del manufatto abusivo per verificarne la condonabilità.

Il giudice penale, invece, ha mostrato di applicare rigidamente il principio di diritto secondo cui le opere successivamente realizzate su un immobile abusivo con questo condividono l'abusività, anche con riferimento alle opere meramente conservative su immobili oggetto di domanda di condono⁷⁸. In particolare, per il giudice penale qualsiasi intervento edilizio su immobili abusivi è sempre illecito e ciò a prescindere sia dalla sussistenza di un valido titolo assentivo con specifico riferimento a tali lavori, sia dalla consistenza dell'intervento edilizio e, dunque, a nulla rilevando che lo stesso abbia natura meramente conservativa della *res*.

Le richiamate ipotesi, dunque, dimostrano come la disomogeneità interpretativa tra i diversi plessi giurisdizionali, lungi dall'essere un fenomeno isolato e marginale, assume una preoccupante consistenza, tale da incidere sulla stabilità del sistema e sulla certezza del diritto. Tali preoccupazioni, peraltro, si acquisiscono allorché, in asserito perseguimento degli obiettivi di semplificazione, è consentito al privato di avviare una certa attività previa presentazione di una SCIA. In tale ipotesi, infatti, da un lato, spetta al privato dichiarare la sussistenza/insussistenza di un certo fatto legittimamente l'intervento (la cui individuazione, tuttavia, è spesso resa complessa proprio dalla mancata univocità interpretativa) e, dall'altro, nell'ipotesi in cui la SCIA sia utilizzata (anche in conseguenza di una difficoltà interpretativa del contesto normativo di riferimento) ove invece si ritiene necessario il conseguimento del permesso di costruire, la inidoneità del titolo determina, sul versante penale, la sicura configurabilità dell'ipotesi di attività edilizia avviata in assenza di titolo, senza che possano frapporsi strumenti dogmatici per arginare il potere del Giudice penale.

In questo contesto, quindi, le avvertite, serie, conseguenze a livello di sistema imporrebbero una chiara e definitiva presa di posizione del Legislatore, volta a delineare dei raccordi tra plessi giurisdizionali e, in particolare, a definire con più puntualità il regime giuridico applicabile alle ipotesi di semplificazione. E ciò al fine di evitare che il costo della semplificazione sia una inaccettabile estensione delle responsabilità, anche penali, in capo al privato.

78 Si v. Cass. pen., Sez. III, 26 novembre 2019 n. 48026; *Ibid.*, 30 agosto 2019 n. 36686; 24 settembre 2018 n. 41105; 4 dicembre 2008 n. 45070.



LA PROSPETTIVA STATUNITENSE DEI “DATA AS PROPERTY”, LA FUNZIONE REGOLATIVA DEI MODELLI PROPRIETARI E LO SCENARIO EUROPEO.

Antonio Las Casas

Abstract: il saggio esamina criticamente il dibattito statunitense che ricostruisce in termini proprietari la relazione giuridica tra soggetto e dati personali digitali. L’analisi illustra un modello giuridico dottrinale per la disciplina dell’accesso ai dati e della loro circolazione, tipico del sistema statunitense e capace di influenzare anche il dibattito europeo. Questo esame critico consente di chiarire il senso, le implicazioni e gli obiettivi regolativi dell’idea dei “personal data as property” nel contesto statunitense e di valutarne l’eventuale rilievo e utilità rispetto allo scenario giuridico europeo.

Abstract: this paper critically investigates the US scholarly debate on “propertization” of personal digital data. This analysis describes a doctrinal legal model that is distinctive of the US approach to the regulation of access and circulation of personal digital data and that has also influenced the European legal debate. Such critical survey illustrates the basic meaning, the implications and the regulatory objectives of the idea of “personal data as property” in the US context and assesses its possible relevance and usefulness within the EU legal landscape.

SOMMARIO: 1. Datificazione della persona e nuova ricchezza – 2. Il contesto statunitense – 3. La proposta dei “data as property” quale modello tipicamente statunitense – 4. Diritti proprietari e mercato dell’informazione personale – 5. Diritti proprietari e inalienabilità – 6. *Liability rules, property rules* e fallimenti del mercato – 7. La funzione regolativa dei modelli proprietari – 8. La prospettiva proprietaria e i modelli europei.

1. Datificazione della persona e nuova ricchezza

È ormai acquisito che i dati – quali rappresentazioni digitali del mondo e delle persone dalle quali si trae informazione e quindi, mediante sofisticati processi di analisi e rielaborazione, conoscenza – rivestano un valore economico determinante nel quadro degli attuali modelli di produzione e consumo, che la transizione digitale ha organizzato attorno al modello della



“piattaforma”¹. In definitiva, cioè, gran parte di ciò che esiste e accade nel mondo – proprio in forza della sua rappresentabilità in forma digitale – si presta ad essere destinato, sotto forma di “dati”, a processi di sfruttamento economico ed estrazione di valore da parte dei soggetti (tipicamente: le “piattaforme”) che di tali dati riescano ad acquisire la conoscenza e il controllo².

Proprio in ragione di tale loro valore, pertanto, i dati, quale nuova “ricchezza” distintiva dell’epoca del capitalismo dell’informazione, sono esposti alle pretese appropriative degli attori economici il cui esito è tipicamente descritto nei termini un processo globale di “recinzione” e appropriazione, paragonato, almeno dal punto di vista della rappresentazione simbolica, alla appropriazione e trasformazione in merce dei tradizionali fattori della produzione, secondo la logica originaria del capitalismo³. L’impresa organizzata secondo il modello della piattaforma, in questo quadro, agisce sistematicamente quale collettore dei dati, che acquistano tale peculiare valore (in particolare se latori di informazione di carattere “personale”), destinandoli a ulteriori processi di produzione e scambio e appropriandosi, così, della ricchezza da questi rappresentata⁴.

Questo scenario interpella quindi, naturalmente, (anche) le funzioni fondamentali del diritto privato – quale sistema tipicamente deputato a far operare dispositivi di attribuzione,

1 Cfr. N. SRNICEK, *Capitalismo digitale*, LUISS University Press, Roma 2017, p. 37 ss.; J. E. COHEN, *Between truth and power*, OUP, New York, 2019 p. 37 ss.; lo schema della piattaforma, come modello aziendale tipico del capitalismo digitale che al tempo stesso dà nuova forma al mercato, indica essenzialmente una funzione di intermediazione, svolta da una infrastruttura digitale, tra diversi gruppi di utenti, tipicamente interessati all’offerta e/o fruizione di servizi (fisici o digitali). Tale struttura, non solo consente di estrarre e immagazzinare dati dalle interazioni (nell’ambiente digitale) tra i diversi utenti, ma costituisce anche un meccanismo fondamentale per la appropriazione dei dati così generati ed estrazione da essi di valore economico (ad esempio, nel caso più semplice e più noto ma che rappresenta soltanto una delle molteplici attività per l’estrazione di valore economico dai dati, attraverso la vendita di spazi pubblicitari con contenuti mirati e calibrati sulle preferenze dell’utente); per un quadro sintetico sul valore dei dati nel contesto dell’*informational capitalism* v. di recente S. VILJOEN, *A relational theory of data governance*, in *Yale L. J.*, 2021, p. 573 s. (in part. p. 586 ss.).

2 Sul potere che (anche) questa conoscenza e controllo dei dati attribuisce alle «piattaforme», sulle questioni che esso pone alla regolazione e sugli interventi normativi europei recenti, v. P. STANZIONE, *Introduzione*, in P. STANZIONE (a cura di), *I poteri privati delle piattaforme e le nuove frontiere della privacy*, Giappichelli, Torino 2022, p. 1 ss.

3 K. POLANYI, *La grande trasformazione. Le origini economiche e politiche della nostra epoca*, Einaudi, Torino 2000, p. 57 ss. Sulla appropriazione dei dati quale «nuova enclosure», v. S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza*, LUISS University Press, Roma 2019, p. 109 ss.; J. E. COHEN, *Between truth and power*, cit., p. 15 ss.; l’idea è alla base anche del libro di J. LANIER, *La dignità ai tempi di internet*, Il Saggiatore, Milano 2013, *passim* e del modello di sistematica «riappropriazione» dei dati in favore degli utenti ivi immaginato.

4 V. S. SICA-V. D’ANTONIO, *La commodification dei dati personali nella data driven society*, in P. STANZIONE (a cura di), *I poteri privati*, cit., p. 129 ss.; ma sulla trasfigurazione dei dati, in particolare quelli risultanti da «informazioni trattate elettronicamente», in termini di «merce», v. quanto già prefigurato da S. Rodotà, *Tecnologie e diritti*, Il Mulino, Bologna 1995 (ora 2021, ed. digit.), cap. II, p. 31 ss.



conservazione e circolazione della ricchezza nei rapporti tra privati – per trarne i modelli giuridici destinati al governo di tale nuova ricchezza, tipica del capitalismo informazionale.

Più in particolare, il modello di organizzazione dei rapporti di produzione e consumo tipicamente riassunto nelle formule del «capitalismo della sorveglianza» o del «capitalismo informazionale»⁵ si dimostra specificamente vocato ad estrarre valore dalla apprensione, aggregazione e rielaborazione, per via della rappresentazione mediante dati digitali, di informazione di tipo “personale” (relativa cioè a caratteristiche, comportamenti delle persone fisiche o eventi relativi a queste)⁶.

Una volta assunta l’informazione personale quale specifica “ricchezza” tipica del capitalismo della sorveglianza, pertanto, i modelli giuridici che governano l’accesso all’informazione personale sotto forma di dati e il suo utilizzo definiscono le prerogative e attribuzioni del soggetto che produce l’informazione e al quale essa si riferisca nei confronti degli altri soggetti interessati a conseguirne il controllo in ragione del suo valore economico e assumono rilievo determinante ai fini della costruzione del regime giuridico di attribuzione delle relative utilità patrimoniali.

2. Il contesto statunitense

Sul piano della disciplina dell’accesso, appropriazione e circolazione dell’informazione personale, l’analisi dei modelli giuridici occidentali tipicamente distingue e contrappone l’impostazione e la *ratio* di disciplina del sistema europeo (di provenienza unionale) rispetto a quelle espresse dal sistema statunitense. Il sistema statunitense si presenta infatti improntato a tecniche di disciplina e logiche peculiari, il cui confronto con quelle espresse dal modello europeo ha alimentato l’alternativa tra *marketplace discourse* e *rights talk* quali “semantiche” rispettivamente esplicative dell’impostazione regolativa dei due sistemi⁷.

Il sistema statunitense appare in linea generale esplicitamente propenso a consentire la piena cessione delle prerogative di controllo sulla “*personally identifiable information*”⁸ (e quindi

5 V. Rispettivamente, S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza*, cit., *passim* e J. E. COHEN, *Between truth and power*, cit., *passim*.

6 Cfr. ad es. C.M. DALTON-L. TAYLOR-J. THATCHER, *Critical data studies: a dialog on data and space*, in *Big data and society*, 2016, p. 2 s.: «Big data [is] human subjects data, since it mainly (though not universally) consists of data about, and produced by, people. Even environmental sensor data is often collected because of what it can tell us about human movement, activities or behavior»; sull’esperienza umana come oggetto del processo di trasformazione in dati («renderizzazione») v. S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza*, cit., p. 247 ss.; in termini più generali J. E. COHEN, *Between truth and power*, cit., p. 37 ss.; sulla datificazione della persona quale scenario che richiede nuove concettualizzazioni della *privacy* v. O. J. GSTREIN-A. BEAULIEU, *How to protect privacy in a datafied society? A presentation of multiple legal and conceptual approaches*, in *Philosophy and technology*, 2022, p. 1 s.

7 così P. M. SCHWARTZ-K. N. PEIFER, *Transatlantic Data Privacy Law*, in *The Georgetown L. J.*, 2017, p. 122 ss.

8 Il concetto statunitense di *personally identifiable information* evoca l’informazione in qualche modo riferibile ad un soggetto determinato. Esso non ha una definizione legislativa unitaria e generale e viene comunemente utilizzato, sia nel linguaggio legislativo che nel *case law*, per indicare le categorie di informazioni rispetto alle quali, in ragione del loro carattere personale, si può porre il problema della



l'appropriazione egualmente piena della relativa ricchezza), limitandosi a richiedere che tale cessione risponda agli standard di "conoscibilità" e "volontarietà" che integrano il modello c.d. *notice and choice*, tipicamente evocato quale suo tratto distintivo. Tale modello di disciplina richiede essenzialmente che la raccolta e l'utilizzo dell'informazione personale siano assistiti da adeguata *disclosure*, mediante l'emissione di *privacy policies* conformi ai requisiti legali previsti da discipline legislative di carattere settoriale e con ambito di applicazione limitato o agli standard regolativi di carattere generale elaborati dalla FTC⁹. A tali documenti si accredita il ruolo di comunicare (assolvendo così alla funzione del "notice") l'oggetto e la finalità della raccolta e sostenere, in questo modo, la formazione di un consenso dell'interessato ("choice") rispetto alla cessione dei dati¹⁰. L'adeguata informazione consente di rappresentare tali prassi come legittimate dall'esercizio di una libera scelta dell'utente, che si esplicherebbe nella fruizione stessa del servizio (in occasione del quale è effettuata la raccolta) o, in certi casi, nella manifestazione di un consenso (secondo paradigmi variabili, che talvolta possono essere soddisfatti dalla mera possibilità di *opt-out*) al trattamento di alcuni dati. La scelta e il consenso dell'utente, sorretti da tali salvaguardie essenzialmente procedurali, sono così capaci di trasferire legittimamente ai collettori di dati la disponibilità tendenzialmente piena dell'informazione raccolta e del relativo valore, senza particolari limiti rispetto al tipo di informazione né rispetto al suo utilizzo o alla cessione a terzi.

L'enfasi che il modello statunitense pone sulla funzione legittimante del consenso richiama così un paradigma che evoca poteri di interdizione e di disposizione del titolare di una risorsa in qualche modo giuridicamente attribuita e sembrerebbe rinviare quindi sia ad una qualche appartenenza esclusiva, sia all'appropriazione di un valore di scambio che dalla risorsa si possa trarre mediante atti di disposizione.

In definitiva, entro il sistema statunitense, a differenza che nel diritto europeo, rispetto al problema della circolazione dell'informazione personale e della distribuzione del relativo valore patrimoniale, operano concetti e modelli di tipo essenzialmente privatistico che, almeno sul piano declamatorio, affidano al potere di autonomia (assistita da informazione) dell'utente dei processi digitali il governo della circolazione dell'informazione datificata quale ricchezza patrimoniale e delineano un meccanismo che sembrerebbe mimare logiche e modalità di funzionamento di un "mercato" retto dal calcolo utilitaristico e da conseguenti atti dispositivi dei soggetti dei dati.

restrizione dell'accesso o della divulgazione. V. indicativamente la definizione contenuta in Executive Office of the President, Office of Management and Budget, *Memorandum For Heads of Executive Departments and Agencies: preparing for and responding to a breach of personally identifiable information*, Washington D.C., 2017, (in https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/omb/memoranda/2017/m-17-12_0.pdf)

⁹ Sul ruolo di «*de facto data protection authority*» della FTC v. W. SOLOVE-D. HARTZOG, *The FTC and the new common law of privacy*, in *Columbia L. Rev.*, 2014, p. 583 s.; C. J. HOOFNAGLE, *Federal Trade Commission privacy law and policy*, Cambridge University Press, New York, 2016, p. 145 ss.; in termini critici, J. HURWITZ, *Data security and the FTC's UnCommon Law*, in *Iowa L. Rev.*, 2016, p. 955 ss..

¹⁰ v. A. W. HAYNES, *Online Privacy Policies: Contracting Away Control Over Personal Information?*, in *Dickinson L. Rev.*, 2007, p. 587 ss.



3. La proposta dei “*data as property*” quale modello tipicamente statunitense

Il rapporto che l’articolazione di un regime di titolarità sui dati può intrattenere con il modello del mercato può essere indagato attraverso l’analisi di quella parte del dibattito dottrinale statunitense che ha provato a razionalizzare in termini proprietari il rapporto tra soggetto e dati, proponendo una configurazione giuridica di tale titolarità in termini di “*property right*”.

L’esame di tale proposta, peraltro, consente di dare conto di un modello giuridico dottrinale statunitense tipico e influente entro quel contesto e rivelatosi capace di incidere anche sul dibattito europeo¹¹, mostrandone il senso e le implicazioni complessivi in relazione all’ambiente entro il quale esso è stato avanzato e valutandone così l’eventuale rilievo e significato rispetto al differente scenario europeo.

Tale prospettiva, che in astratto potrebbe pensarsi funzionale – secondo i caratteri tipici del paradigma proprietario – essenzialmente alla piena attribuzione del valore patrimoniale dei dati al soggetto mediante la loro volontaria destinazione a processi di negoziazione di mercato, fornisce in realtà risposte più articolate e meno univoche e consente così di individuare un catalogo di questioni ulteriori sottostanti al problema del controllo sull’informazione personale, rispetto alle quali il modello proprietario si caratterizza (sul piano delle proposte dottrinali) quale peculiare strumento di “*private governance*” specificamente condizionato da alcuni caratteri del sistema statunitense.

La prospettazione della relazione tra soggetto e dati in termini di *property right* ha caratterizzato in particolare una parte del dibattito dottrinale statunitense in materia di *privacy*, soprattutto nei primi anni 2000¹². La comprensione di tale dibattito e delle sue implicazioni richiede di prendere le mosse da tre considerazioni preliminari – che in prospettiva comparatistica contribuiscono a spiegarne le ragioni e il senso – relative al contesto entro il quale la proposta proprietaria si colloca, e in particolare: alle ritenute carenze strutturali del «sistema» della tutela della *privacy* nel medesimo contesto statunitense; alla peculiare flessibilità e latitudine della nozione di *property* dal punto di vista del *common law*; e, infine, al rilievo ideologico e persuasivo che la ricostruzione di una questione in termini proprietari assume entro il discorso giuridico statunitense.

La prospettiva della «*propertization*» dei dati, in primo luogo, è stata avanzata tipicamente quale reazione ai ritenuti limiti del regime di disciplina dell’informazione personale sotto forma di dati digitali¹³. Tale regime, all’epoca nella quale il dibattito principalmente si

11 Cfr. N. PURTOVA, *Property Rights in Personal Data. A European Perspective*, Alphen aan den Rijn, 2012, *passim*.

12 V., per quadro di sintesi di alcune posizioni della dottrina statunitense in proposito, N. PURTOVA, *Property rights in personal data: learning from the American discourse*, in *Computer L. and Security Rev.*, 2009, p. 507 s.

13 Cfr. P. MELL, *Seeking shade in a land of perpetual sunlight: privacy as property in the electronic wilderness*, in *Berkeley Technology L. J.*, 1996, p. 28 ss.; V. BERGELSON, *It’s Personal But Is It Mine? Toward Property Rights in Personal Information*, in *U. C. Davis L. Rev.*, 2003, p. 405 ss.; K. C. LAUDON, *Markets and privacy*, in *Communications of the ACM*, 1996, p. 93 ss.; T. HEMNES, *The ownership and exploitation of personal identity*



sviluppa, era infatti caratterizzato da un'incidenza ancora limitata dell'attività regolativa della FTC e improntato essenzialmente sulla legislazione settoriale che lasciava molte ipotesi di raccolta di dati digitali non coperte da alcuna disciplina¹⁴. Esso veniva pertanto tipicamente ritenuto non attrezzato a garantire un adeguato potere di controllo del soggetto rispetto ai processi di apprensione e circolazione della informazione digitale sulla persona e tale da determinare, al contempo, processi di trasferimento di valore patrimoniale sostanzialmente orientati dal potere tecnologico dei collettori di dati. Alla base delle proposte di riconcettualizzazione in termini proprietari della relazione tra soggetto e dati si scorge quindi generalmente l'esigenza di incrementare il controllo sulla circolazione dell'informazione personale sotto forma di dati digitali in funzione di tutela della sfera personale (sul piano cioè della «*privacy*»), ponendo però al contempo i presupposti per processi di negoziazione capaci di generare un qualche «ritorno» economico in favore del cedente che dia conto del valore acquisito dal cessionario.

In secondo luogo, il ricorso alle categorie proprietarie al fine di attribuire maggiore intensità alle prerogative di controllo del soggetto sui propri dati va compreso con riguardo a un quadro concettuale e di disciplina che, com'è noto, riconosce ai «*property rights*» portata e significato differenti rispetto al modello della proprietà europea continentale. L'idea di *property* del *common law* – in particolare statunitense – si dimostra infatti non soltanto capace di prescindere dalla materialità del suo oggetto, ma anche connotata da un grado di astrattezza ed elasticità sul piano concettuale che consente di riferirla anche a relazioni di contenuto economico tra soggetti che nella tradizione europea continentale sarebbero tipicamente soggette a diverso inquadramento giuridico¹⁵. Per queste ragioni, com'è noto, la *property* si presta oggi ad essere

in the new media age, in *The John Marshall Rev. of Intellectual Property L.*, 2012, p. 1 s.; in chiave di valutazione «dall'esterno» del dibattito statunitense sulla *propertization* dei dati, v. N. PURTOVA, *Property rights in personal data*, cit., p. 508 ss.

14 Per una descrizione del modo in cui l'attività della FTC ha generalizzato il modello *notice and choice*, incrementando le possibilità (teoriche) di conoscenza e «controllo» (mediante il consenso) della circolazione dei dati a fronte di un quadro di disciplina frammentario e carente (che avrebbe lasciato scoperte un gran quantità di prassi di raccolta di dati), e sui limiti che comunque tale assetto esibisce rispetto alla regolazione legislativa imperativa e di carattere generale, sul modello europeo v. W. MCGEVERAN, *Friending the Privacy Regulator*, in *Arizona L. Rev.*, 2016, p. 959 s. (in part. p. 977 ss.); v. anche P. M. SCHWARTZ, *The EU-U.S. Privacy Collision: A Turn to Institutions and Procedures*, in *Harvard L. Rev.*, 2013, p. 1966 s. che, in prospettiva comparatistica con il modello europeo, così sintetizza(va) l'assetto complessivo dell'approccio settoriale tipico del sistema statunitense: «it permits information collection and processing unless a law specifically forbids the activity» (p. 1976).

15 Riferimento tipico, in proposito, la proposta interpretativa di C. REICH, *The new property*, in *Yale L. J.*, 1964, p. 733 s. per l'impostazione delle questioni relative alla differente costruzione concettuale delle situazioni di appartenenza nel contesto del *common law* rispetto a quello europeo continentale; v. A. GAMBARO, *La proprietà nel common law anglo-americano*, in A. CANDIAN-A. GAMBARO-B. POZZO, *Property, Propriété, Eigentum*, CEDAM, Padova 1992, p. 3 e ss. (in part. p. 151 ss.); A. GAMBARO, *Dalla new property alle new properties*, in V. SCALISI (a cura di), *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, Milano 2004, p. 675 s.; L. MOCCIA, *Il modello inglese di proprietà*, in G. ALPA et al., *Diritto privato comparato. Istituti e problemi*, Laterza Bari 2012, p. 45 ss.; M. GRAZIADEI, *The structure of property ownership and the common law/civil law*



declinata, piuttosto che come «*sole and despotic dominium*»¹⁶, come «*bundle of sticks*» e cioè come aggregato di interessi e prerogative giuridicamente rilevanti che concorrono a conformare la relazione giuridica tra un soggetto e una risorsa (o meglio: tra i diversi soggetti interessati all'accesso ad una risorsa), suscettibili di essere in certi casi disarticolati e ricombinati in modo differente, senza che ciò impedisca di qualificare il rapporto in termini di *property right*¹⁷.

In questo quadro, il ricorso al modello proprietario e alla relativa terminologia si connota anche – in terzo luogo – per una funzione in certa misura retorica e persuasiva. La riorganizzazione del rapporto tra soggetto e dati in termini proprietari, cioè, si risolve in una strategia argomentativa che, senza vincolare troppo l'interprete quanto alle implicazioni sul piano della disciplina, gli consente di avvalersi della particolare legittimazione ideale (e ideologica) della quale gode il modello della *property* nel discorso giuridico statunitense¹⁸. L'istanza di controllo dell'informazione personale (e del relativo valore economico) che la prospettiva proprietaria si incarica di far operare e rafforzare, ne risulta in questo modo più attrezzata – quanto meno sul piano retorico – per fronteggiare altre direttive, parimenti dotate di copertura costituzionale (tipicamente riconducibili alla protezione del *free speech* e al requisito dello *standing* dell'art. III della Costituzione degli Stati Uniti) che, al contrario, forniscono argomenti per delineare un quadro di tendenziale immunità a copertura delle prassi di raccolta e circolazione dell'informazione personale¹⁹.

divide, in M. GRAZIADEI-L. SMITH, *Comparative property law. Global perspectives*, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham 2017, p. 71 ss.

16 Così W. BLACKSTONE, *Commentaries on the laws of England*, II, New York 1847, p. 1.

17 La metafora del *bundle of sticks* o del *bundle of rights* per descrivere il carattere composito delle prerogative giuridiche, nei confronti di altri soggetti, che riempiono di contenuto la relazione tra il soggetto una risorsa qualificata come *property*, si fa tipicamente risalire alla nota analisi di W. N. HOHFELD, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, in *Yale L. J.*, 1917, p. 710 s., il quale comunque non utilizza tale terminologia (v. in part. p. 747: «“property” relating to the tangible object that we call land consists of a complex aggregate of rights (or claims), privileges, powers, and immunities»); sul successo della metafora, che vale a sganciare la nozione di *property* dall'idea del *dominion* esclusivo su una cosa materiale per estenderla a relazioni tra soggetti aventi ad oggetto un “value”, v. M. A. HELLER, *The Boundaries of Private Property*, in *Yale L. J.*, 1999, p. 1163 s. (in part. p. 1187 ss.); T.W. MERRIL, *Property and the right to exclude*, in *Nebraska L. Rev.*, 1998, p. 730 s.; per un'analisi in chiave comparata della giustapposizione tra l'idea del «*bundle of rights*» e quella del dominio esclusivo, quali modelli che orientano, rispettivamente, la costruzione giuridica delle situazioni di appartenenza nel *common law* e nel *civil law* (e la proposta di una metafora alternativa), v. A. DI ROBILANT, *Property: a bundle of sticks or a tree?*, in *Vanderbilt L. Rev.*, 2013, p. 870 s.

18 Cfr. L. LESSIG, *Privacy and property*, in *Social research*, 2002, p. 247 s.: «If you could get people (in America, at this point in history) to see certain resource as property, then you are 90 percent to your protective goal»; J. LITMAN, *Information privacy/information property*, *Stanford L. Rev.*, 2000, p. 1292-93 (in senso critico rispetto alla *propertization*): «If ownership of private property is power, however, calling privacy rights “property rights” offers the promise of magically vesting the powerless with control over their personal data. Because the law of private property is perceived as a-regulatory, this approach seems to answer the objections raised against significant government regulation».

19 V. ad esempio R. GONZALEZ-PADRON, *Property Rights over Personal Data: An Alternative for Standing in Data Breach Cases*, in *Wake Forest L. Rev.*, 2021, p. 387 s.; in generale, sul rilievo del *free speech* e del



4. Diritti proprietari e mercato dell'informazione personale

Alcune prospettazioni, tipicamente più risalenti, concepiscono la *propertization*, quale forma giuridica della relazione tra soggetto e informazione personale, anche sotto forma di dati digitali, come funzionale alla instaurazione di un effettivo sistema di mercato per la circolazione dell'informazione capace di generare un controvalore per il soggetto dei dati, in occasione della loro cessione. Questa declinazione della prospettiva proprietaria persegue cioè essenzialmente il ribaltamento dell'assegnazione iniziale dell'*entitlement* sui dati rispetto a quanto appariva derivare dal regime legale, ritenuto per questo inadeguato. Tale assegnazione, in forza del modello dei dati quali *property*, risulterebbe cioè trasferita, da coloro che li raccolgono e ne dispongono quale nuovo "bene" acquisito a titolo originario, ai soggetti dei dati. In questo modo, assumendo i dati come liberamente alienabili, si prefigura poi l'instaurazione di processi di negoziazione per la cessione a titolo oneroso del potere di uso e disposizione su di essi.

Sotto il profilo attributivo e patrimoniale, pertanto, tale modo di articolare l'assegnazione proprietaria ridefinisce, in relazione allo scenario di disciplina dell'epoca, il rapporto tra soggetto dei dati e raccogliitore delineando un regime che consegnerebbe le utilità economiche dell'informazione personale al soggetto dei dati, in forza della possibilità della loro destinazione al mercato e della conseguente trasformazione in valore di scambio rimessa al libero consenso del disponente. Si ipotizza in questo modo un generalizzato mercato dell'informazione personale entro il quale la gestione delle negoziazioni, al fine di renderla concretamente praticabile o comunque ridurre i costi transattivi, sarebbe affidata a peculiari enti con funzione di organizzazione e intermediazione dei flussi di informazione o a processi automatizzati articolati attraverso strumenti tecnologici²⁰. Un sistema di questo genere,

requisito dello *standing* rispetto alla costruzione di una posizione di tendenziale immunità rispetto alle prassi di raccolta e circolazione di dati, v. P. M. SCHWARTZ-N. PEIFER, *Transatlantic data privacy law*, cit., p. 134 ss.; S. P. MULLIGAN-W. C. FREEMAN-C. D. LINEBAUGH, *Data protection law, Data protection law: an overview, Congressional research service, R45631, 2019*, <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/R/R45631>, p. 59 ss.; R. S. MURPHY, *Property rights*, in *Georgetown L. J.*, 1996, p. 2381 s. che, con riferimento all'impostazione della tutela dell'informazione personale esclusivamente sui *privacy torts*, nota: «One reason it has failed is that it is not conceived as a dispute about property rights in information, but rather as a battle between First Amendment values and an inchoate, elastic privacy "right". It is easy to see why the First Amendment generally wins this battle».

20 V. in particolare, K. C. LAUDON, *Markets and privacy*, cit., p. 99 ss. che ipotizza un «*National information market*», fondato sulla creazione di «*national information accounts*» da parte di fornitori e utilizzatori dell'informazione presso «*local information banks*», con la possibilità di realizzare anche negoziazioni private «*off the market*»; L. LESSIG, *Code and other laws of the cyberspace*, New York 1999, p. 122 ss. e 159 ss., che – nel quadro dell'idea centrale che muove il saggio, secondo la quale la regolazione del cyberspazio passa essenzialmente per le caratteristiche delle strutture tecnologiche («*code*») attraverso le quali esso opera – rispetto alla gestione dell'informazione personale propone l'assegnazione proprietaria unita alla creazione di un apposito «*code*» (strumento di regolazione di natura tecnologica) che si occupi di gestire



dunque, dal punto di vista della definizione del regime giuridico di appropriazione della informazione quale risorsa economica, aspirerebbe in definitiva a riprodurre le implicazioni tipiche dei modelli della proprietà e del mercato, risolvendosi nella realizzazione di una piena attribuzione patrimoniale in favore del soggetto dei dati in forza della loro trasformabilità in valore di scambio governata dal consenso.

Tali proposte dottrinali, tuttavia, entro il quadro concettuale e il contesto di disciplina sopra delineato, si connotano non soltanto per l'aspirazione a realizzare l'attribuzione di una quota di ricchezza in favore dei soggetti dei dati (costituiti in "proprietari"), ma anche per il perseguimento di una differente funzione, di tipo "regolativo", orientata alla produzione di ulteriori e differenti benefici sociali. La proprietà e il mercato, cioè, in coerenza con una impostazione tipica dell'epoca nella quale tali proposte generalmente si collocano (fine anni Novanta, primi anni Duemila), vengono invocati quali strumenti alternativi alla regolazione pubblica per il perseguimento dell'obiettivo, ritenuto socialmente desiderabile nel quadro della tutela della *privacy*, della riduzione dei fenomeni di circolazione di informazione personale non acconsentita e controllata dai soggetti²¹.

La presa d'atto del carattere strutturale dei processi di circolazione e mercificazione secondaria dell'informazione personale induce infatti a ridefinire l'idea di *privacy* affiancando alla tradizionale *ratio* della "seclusion" quella del "control" sui flussi di informazione²². Nel quadro della *privacy as control*, l'apprensione non acconsentita delle "data images" dei soggetti costituirebbe un costo sociale del quale, in assenza di attribuzione di tipo proprietario, i

in forma integralmente automatizzata, in coerenza con le preferenze espresse dal soggetto dei dati, i processi di negoziazione sulla acquisizione e circolazione di informazioni; v. anche L. LESSIG, *The Architecture of Privacy*, in *Vanderbilt J. of Entertainment and Technology L.*, 1999, p. 56 s., (p. 63: «If the law gave individuals the rights to control their data, or more precisely, if those who wanted to use that data had first to secure the right to use it, then a negotiation would occur over whether, and how much, data should be used. The market could negotiate these rights, if a market in these rights could be constructed»); L. LESSIG, *Privacy and property*, cit.; ma in termini simili anche lo scenario di controllo e negoziazione dei dati individuali immaginato (e articolato e descritto non tanto sul piano strettamente giuridico, quanto su quello sociale e tecnico) da J. LANIER, *La dignità ai tempi di internet*, cit., *passim* e spec. p. 255 ss.; per alcune proposte più recenti che ipotizzano l'uso della tecnologia «blockchain» per perseguire analoghe funzioni di identificazione e controllo dei dati ed *enforcement* delle prerogative di *ownership* (delle quali si invoca l'implementazione), con riguardo però soprattutto ai dati industriali e non «personali» v. J. RITTER-A MAYER, *Regulating Data as Property: New Construct for Moving Forward*, in *Duke L. & Technology Rev.*, 2017-2018, p. 220 s.; A. WIEBE, *Protection of Industrial Data A New Property Right for the Digital Economy?*, in *J. of Intellectual Property L. and Practice*, 2016, p. 62 s.

²¹ V, ad esempio, per una discussione sulle alternative di regolazione, in relazione allo scenario degli anni '90, P. SWIRE, *Markets, Self-Regulation, and Government Enforcement in the Protection of Personal Information*, in *Privacy and self-regulation in the information age*, US Department of Commerce, 1997, <https://www.ntia.gov/report/1997/privacy-and-self-regulation-information-age>

²² Cfr. già, in termini simili, A. WESTIN, *Privacy and freedom*, New York 1967; Per l'analisi di questo processo e del relativo mutamento di *ratio* sottostante alla tutela della *privacy*, v. S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, cit., cap. I. p. 2 ss., Cap. III, p. 4 ss.



collettori dei dati non si farebbero carico, dando luogo così ad una tipica esternalità negativa, con un conseguente fallimento del mercato in termini di allocazione non efficiente del “bene” informazione. Il contenimento di tale costo entro una misura socialmente accettabile (“efficiente”) andrebbe perseguito attraverso la creazione di un mercato che, sulla scorta dell’attribuzione di diritti proprietari ai soggetti dell’informazione, consenta a questi di assegnare un valore e dunque un prezzo ai propri dati e imponga così ai *data collectors* di internalizzare i costi della raccolta. Ne risulterebbe, come di consueto, un’allocazione più efficiente dell’informazione, un’accreciuta “*privacy* come controllo” e un generale incremento del benessere sociale²³. Proprio tali obiettivi di regolazione, perseguiti, per così dire, “in via principale” e al cui perseguimento è funzionale la possibilità di “monetizzazione” del valore dei dati in capo al soggetto che così contestualmente si prefigura, forniscono probabilmente la chiave di lettura determinante per la comprensione di tali modelli dottrinali.

5. Diritti proprietari e inalienabilità

L’assegnazione di una funzione regolativa al modello proprietario riferito ai dati digitali emerge poi con maggiore intensità e implicazioni differenti in altre proposte dottrinali che delineano uno statuto del tutto peculiare della *property* dei dati, intervenendo soprattutto sul profilo della alienabilità. Tali posizioni sembrerebbero intendere in definitiva l’ipotizzato *property right* quale metafora riassuntiva di una prerogativa di controllo di carattere per così dire “reale” (che cioè *runs with the asset*) che consenta l’esercizio dei poteri sui dati anche dopo la loro cessione e nel corso della loro circolazione. Queste proposte impiegano dunque la ridefinizione in termini proprietari del rapporto tra soggetto e dati non solo al fine di riservare al consenso la legittimazione a determinare le condizioni per la circolazione dei dati ma soprattutto (e contrariamente all’ordinario paradigma della alienabilità quale tipico attributo della proprietà) al fine di dare fondamento a un (per così dire) “diritto di sequela” capace di interdire successive cessioni o ulteriori utilizzi dei dati²⁴.

23 Nei termini esposti nel testo v. in particolare K. C. LAUDON, *Markets and privacy*, cit.; ma la medesima logica si rinviene a fondamento di una serie di proposte dottrinali avanzate in particolare sul finire del Novecento e primi anni 2000 che hanno fatto riguadagnare rilievo, nell’allora nuovo contesto della circolazione dei dati digitali nel “ciberspazio”, alla prospettiva della *propertization* della informazione già avanzata in precedenza nel contesto statunitense (cfr. A. WESTIN, *Privacy and freedom*, cit., p 324 ss.); v. in proposito: K. C. LAUDON, *Extensions to the Theory of Markets and Privacy: Mechanics of Pricing Information*, in *Privacy and self-regulation in the information age*, cit.; E.M. NOAM, *Privacy and Self-Regulation: Markets for Electronic Privacy*, ivi; H. R. VARIAN, *Economic Aspects of Personal Privacy*, ivi; in termini sostanzialmente analoghi anche L. LESSIG, *Code*, cit. p 122 ss.; L. LESSIG, *The Architecture*, cit., p 56 ss.; L. LESSIG, *Privacy and property*, cit.

24 Cfr. P. MELL, *Seeking shade*, cit., p. 67 ss., che ipotizza un’assegnazione proprietaria che implichi la necessità del consenso espresso per la cessione dei dati nonché la subordinazione del diritto del cessionario al potere di controllo del cedente il quale conserverebbe il «power to manage the distribution of his persona» (p. 78) e cioè la prerogativa di autorizzare future cessioni e di verificare l’accuratezza dei dati; in modo simile J. KANG, *Information Privacy in Cyberspace Transactions*, in *Stanford L. Rev.*, 1998,



Nella sua versione più articolata, questa declinazione del modello proprietario prospetta tale prerogativa di controllo caratterizzata da “realità” in termini di «*hybrid inalienability*»²⁵. Secondo questa prospettiva, cioè, il consenso varrebbe soltanto ad autorizzare il primo cessionario all’accesso ai dati per l’uso convenuto, mentre eventuali successivi trasferimenti o usi ulteriori dovrebbero richiedere, in forza di un assetto indisponibile, una nuova negoziazione e un nuovo consenso. Tale disposizione, parziale perché limitata dal vincolo di inalienabilità, dovrebbe poi essere anche strutturalmente precaria in quanto esposta ad un (altrettanto indisponibile) *right of exit*, quale elemento costitutivo dell’*entitlement* in funzione di autocorrezione del mercato così instaurato. In forza del *right of exit*, cioè, dovrebbe essere sempre consentito revocare la “cessione” acconsentita al fine di porre fine, in autotutela, agli effetti degli atti di disposizione di dati non adeguatamente ponderati e pienamente consapevoli o comunque non più voluti²⁶.

6. *Liability rules, property rules e fallimenti del mercato*

Il modo in cui il modello dei *property rights* viene declinato con riguardo ai dati da parte del formante dottrinale statunitense indica in realtà come la costruzione giuridica della relazione tra la persona rappresentata e gli altri soggetti interessati ad acquisire il controllo dell’informazione personale (o, in termini più tradizionalmente “proprietary”, tra tutti questi soggetti e l’informazione personale²⁷) ponga questioni che evidentemente non si esauriscono sul piano strettamente patrimoniale e che, per questa ragione, inducono ad articolare, in sede di dibattito dottrinale, il discorso proprietario in modo peculiare.

La constatazione dell’obiettivo valore economico e della scambiabilità dell’informazione sotto forma di dati pone cioè da un canto il problema della attribuzione della relativa ricchezza, alla cui soluzione si candidano, in linea teorica e astratta, due differenti modelli.

p. 1193 s., accompagna all’assegnazione proprietaria una *default rule* (e perciò derogabile) che impedisca al cessionario usi ulteriori rispetto a quelli «*functionally necessary*» all’operazione in relazione alla quale i dati vengono ceduti (v. p. 1246 ss.); differente la proposta di V. BERGELSON, *It’s Personal But Is It Mine?*, cit. p. 436 ss., che ipotizza un *property right* che tuttavia non escluderebbe che il primo *collector* acquisisca automaticamente (senza consenso) una licenza d’uso sull’informazione raccolta per propri fini commerciali, mentre il consenso del soggetto sarebbe necessario per la circolazione successiva.

25 Così P. M. SCHWARTZ, *Property, privacy, and personal data*, in *Harvard L. Rev.*, 2004, p. 2056 s.

26 V. in particolare P. M. SCHWARTZ, *op. cit.*, p. 2094 ss.

27 L’acquisizione secondo la quale le situazioni qualificate come *property*, e tradizionalmente riferite alla relazione giuridica tra il soggetto e una risorsa, si riferiscono in realtà (fuor di metafora) alla disciplina delle relazioni tra soggetti interessati all’accesso alla risorsa, si fa tipicamente risalire, quanto al diritto statunitense, a W. N. HOHFELD, *Fundamental Legal Conceptions*, cit., p. 747 s.; per un’osservazione simile rispetto al diritto europeo continentale dei sistemi romanisti nel quadro della teoria dei beni, v. M. BARCELONA, *Attribuzione normativa e mercato*, in *Quadrimestre*, 1987, p. 637 s. (ove si chiarisce come oggetto di qualificazione giuridica non sia «un’entità, nel senso di cosa, bene, interesse, utilità» quanto piuttosto i comportamenti umani e che «pertanto tutte le proposizioni ... che di un’entità asseriscono che sia qualificata, vanno tradotte in proposizioni che individuano comportamenti ai quali è, invece, effettivamente riferibile la qualificazione giuridica»).



Assume cioè rilievo, in primo luogo, il modello della libera appropriabilità dei dati – quali utilità non soggette ad alcun precedente *entitlement* – da parte di potenziali “raccoltori” interessati ad acquisirne il valore, se del caso corretta e limitata da *liability rules* che opererebbero, per il caso di appropriazione non consensuale, se e in quanto tale appropriazione determini la lesione di utilità, tipicamente di contenuto non patrimoniale, rilevanti ai fini della tutela “conservativa” del soggetto dei dati²⁸. All’estremo opposto si collocherebbe invece il modello della assegnazione di tipo proprietario pura e semplice che, rimettendo al consenso pienamente dispositivo del soggetto dei dati il compito di governarne integralmente la circolazione definendo anche la misura del corrispettivo, gliene attribuirebbe così il valore patrimoniale, sotto forma di valore di scambio.

D’altro canto, però, oltre che quale trasferimento di utilità dotate di valore economico, l’acquisizione e lo scambio di dati assumono rilievo anche sotto il profilo dell’aspirazione al controllo sulla circolazione delle proprie «*data images*»²⁹ non motivata da ragioni di tipo patrimoniale. Le prassi di acquisizione e scambio di dati, cioè, secondo quanto questi modelli dottrinali generalmente assumono, sono suscettibili di determinare la riduzione della *privacy* quale “bene in sé”, ledendo in questo modo utilità di contenuto non specificamente patrimoniale, collocate sul piano sia individuale (in termini di perdita della capacità di controllo sulla circolazione delle rappresentazioni digitali del sé) che sociale, attesa la natura di “*public good*” riconosciuta alla *privacy*.

I modelli proprietari e il peculiare mercato dell’informazione personale che essi farebbero operare appaiono allora concepiti non solo (e probabilmente non tanto) al fine di dare conto della questione attributiva (con riguardo dunque ai dati quale utilità economica che proprio la *propertization* assegnerebbe al soggetto rappresentato), quanto piuttosto per rispondere al problema (collocato sul terreno non esattamente o non esclusivamente patrimoniale) del controllo sui processi di acquisizione e circolazione dell’informazione³⁰. Il modello della *property* sembra cioè essere proposto essenzialmente in quanto funzionale a fornire a tale istanza di controllo sulla circolazione dell’informazione una base giuridica dotata di maggiore legittimazione e coerenza rispetto alla mera idea di *privacy* quale direttiva di tutela della sfera morale della persona tradizionalmente declinata in termini di *seclusion*. Per tali ragioni, le proposte dottrinali che predicano l’assegnazione proprietaria dei dati al soggetto delineano regimi di appropriazione peculiari e con esiti variabili sul piano delle attribuzioni patrimoniali.

28 Cfr. ad esempio L. LESSIG, *Code*, cit., p. 160: «property protects choice; liability protects transfer».

29 L’espressione è impiegata da K. C. LAUDON, *Markets and privacy*, cit., p. 4 ss.

30 Cfr. la descrizione del quadro generale entro il quale si sviluppa l’idea della *propertization* nel contesto statunitense offerta da C. PRINS, *Property and Privacy: European Perspectives and the Commodification of our Identity*, in L. GUIBAULT-B. HUGENHOLTZ (a cura di), *The Future of the Public Domain. Identifying the Commons in Information Law*, Alphen aan den Rijn 2006, p. 223 ss.; un’interessante analisi critica delle ragioni, implicazioni e limiti dell’impiego del modello proprietario con funzione di «controllo» dell’informazione personale è svolta da J. B. BARON, *Property as Control: The Case of Information*, in *Michigan Telecommunications and Technology L. Rev.*, 2012, p. 367 s.



Le proposte che non prefigurano limitazioni all'alienabilità dell'assegnazione proprietaria che avrebbe ad oggetto i dati muovono, come si è visto, dall'idea secondo la quale il processo di circolazione dell'informazione che si determinerebbe in assenza di tale attribuzione in favore del soggetto dei dati andrebbe inevitabilmente incontro – sul piano economico – ad un fallimento, determinato dalle esternalità negative, che proprio la possibilità di acquisire l'informazione a prescindere dal consenso del soggetto (e quindi gratuitamente) determina³¹. Alla regolazione giuridica si assegna dunque, in questa prospettiva, il compito di farsi carico del problema della perdita del controllo del soggetto sui propri dati – rappresentato come “costo”, individuale e sociale, esterno alla sfera del raccoglitore – mediante un'assegnazione proprietaria necessariamente caratterizzata dalla piena alienabilità. Proprio all'alienazione consensuale e onerosa dei dati sarebbe infatti rimesso il ripristino di tale controllo e l'internalizzazione del costo (individuale e sociale in termini di invasione della *privacy*) che la raccolta di informazione determina. Per tale ragione, un assetto così giustificato assume le assegnazioni proprietarie come liberamente e integralmente alienabili.

Tale affidamento di compiti regolativi ai diritti proprietari pienamente alienabili e al mercato che ne consegue comporterebbe naturalmente l'integrale affidamento della circolazione dell'informazione al paradigma dello scambio (di mercato). Se è vero, dunque, che in linea di principio ciò determinerebbe l'attribuzione del valore economico dell'informazione al soggetto dei dati, sotto forma di valore di scambio, la libera disponibilità dei dati al tempo stesso sarebbe capace di trasferire al cessionario ogni prerogativa di controllo esclusivo sulla risorsa quale “bene” definitivamente acquisito e ormai destinato ad essere pienamente incorporato in processi produttivi o reso oggetto di ulteriori scambi di mercato.

Diversamente, le proposte che delineano un *property right* caratterizzato da vincoli di inalienabilità si spiegano invece in relazione ad un diverso tipo di *market failures* che pregiudicherebbero il mercato dell'informazione personale, nonché sulla scorta dell'idea della *privacy* quale “*public good*”³².

In tale differente prospettiva, infatti, sarebbe proprio la piena e libera alienabilità dell'informazione a determinare fallimenti del mercato in ragione delle asimmetrie informative e della razionalità limitata che inevitabilmente affliggerebbero il soggetto dei dati impedendogli di percepire sia il valore sia la stessa quantità e qualità dell'informazione ceduta e quindi di negoziare un controvalore per la cessione effettivamente adeguato alle sue preferenze (in relazione alla quantità e qualità dell'informazione ceduta e all'utilizzo che, attraverso la cessione, se ne consente al cessionario)³³.

31 V. in particolare, K. C. LAUDON, *Markets and privacy*, cit., *passim*

32 V. in particolare, P. M. SCHWARTZ, *Property, privacy*, cit., in part. p. 2076 ss.

33 Ciò condurrebbe al ben noto «*lemons equilibrium*» (cfr. P. M. SCHWARTZ, *Property, privacy*, cit., p. 2081) e cioè ad un mercato nel quale prevarrebbero i fornitori di servizi e beni che offrono condizioni peggiori, perché più invasive, quanto alla raccolta di dati, perché proprio tale scarsa tutela della *privacy* (che si traduce per i fornitori in un vantaggio economico) consentirebbe di mantenere basso – o escludere – il prezzo monetario dei servizi; l'individuazione del modello teorico in forza del quale la non conoscibilità



Inoltre, alla costruzione giuridica della *privacy* dovrebbe ritenersi in ogni caso sottostante, quale *ratio* ispiratrice, l'aspirazione (non soltanto al mero controllo sulla circolazione delle rappresentazioni del sé, ma anche) alla istituzione e tutela di uno spazio di interazione sociale libero dalla "sorveglianza", rilevante non soltanto dal punto di vista individuale, ma soprattutto dal punto di vista sociale quale condizione che contribuisce ad un ordine sociale basato sull'autodeterminazione e sulla deliberazione democratica³⁴. Così come l'esistenza e la tutela di uno spazio sociale di riservatezza si risolve a beneficio di tutti, con i caratteri della non rivalità e non escludibilità tipici dei *public goods*, allo stesso modo la sua erosione, ad opera di prassi di sistematica alienazione (sia pure verso un controvalore) dell'informazione personale, danneggerebbe tutti. Sotto questo ulteriore profilo, dunque, ciò che assume carattere problematico sarebbe proprio il mercato in sé, sia pure per ipotesi perfettamente funzionante e non affetto da fallimenti, quale dispositivo di allocazione dell'informazione che, rimettendone la circolazione al libero scambio, ne favorirebbe ed incrementerebbe l'acquisizione in favore degli attori economici dotati di maggior potere contrattuale³⁵.

Pertanto, mentre un'assegnazione proprietaria, poiché costringe i collettori di dati a negoziare con i soggetti, indurrebbe comunque questi ad assegnare un valore all'informazione e ad esercitarne il controllo, i vincoli di relativa inalienabilità – che impedirebbero la commercializzazione "secondaria" o l'uso ulteriore e comunque garantirebbero il diritto di revoca della cessione – costituirebbero la risposta ai problemi descritti.

Sul piano delle attribuzioni patrimoniali ne risulterebbe dunque una differente articolazione delle rispettive posizioni e prerogative del soggetto dei dati e del collettore di dati. La relativa inalienabilità dell'informazione, infatti, collocando una parte del suo valore patrimoniale "fuori dal mercato" ridurrebbe, da un canto, la portata della appropriazione che il raccoglitore di dati potrebbe conseguire attraverso il consenso del soggetto, poiché ne

di determinate caratteristiche dell'offerta determina fallimenti del mercato che conducono alla prevalenza di attori che offrono beni di qualità inferiore si deve com'è noto a G. AKERLOF, *The market for «lemons»: quality uncertainty and the market mechanism*, in *The quarterly J. of Economics*, 1970, p. 488 ss.; v. poi per un'illustrazione del «lemons equilibrium», R. CRASWELL, *Property Rules and Liability Rules in Unconscionability and Related Doctrines*, in *University of Chicago L. Rev.*, 1993, p. 49 s.; v. poi, nel quadro del dibattito più recente, sulle difficoltà di effettiva valutazione della quantità e del rilievo dell'informazione ceduta ad opera dei soggetti dei dati e sulle difficoltà di definizione soggettiva delle stesse preferenze individuali riguardo alla *privacy*, l'analisi empirica di A. ACQUISTI-L. BRANDIMARTE-G. LOEWENSTEIN, *Privacy and human behavior*, in *Science*, 2015, p. 509 ss., ove si illustra il c.d. «*privacy paradox*» che rivelerebbe l'incoerenza tra le preferenze astrattamente espresse in materia di riservatezza e l'effettivo comportamento dei soggetti sul mercato.

34 P. M. SCHWARTZ, *Property, privacy*, cit., p. 2084 ss.; J. E. COHEN, *Examined Lives: Informational Privacy and the Subject as Object*, in *Georgetown L. Rev.*, 2000, p. 1423 ss.; v. adesso, ampiamente sulla manipolazione del comportamento delle persone discendente dalle prassi di raccolta e analisi dei dati e sui conseguenti rischi per il funzionamento del sistema democratico, S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza*, cit., *passim* e in part. p. 309 ss.

35 V. in particolare J. LITMAN, *Information privacy/information property*, cit., p. 1301.



rimarrebbero esclusi l'uso e l'alienazione secondari e quindi la possibilità di qualificare i dati quali utilità definitivamente e completamente acquisite al patrimonio del cessionario³⁶. Al tempo stesso, in questo modo, l'impossibilità di integrale "commodification" dei dati impedirebbe al soggetto il pieno conseguimento di tutto il loro potenziale valore di scambio, riducendo anche la portata dell'attribuzione patrimoniale che l'assegnazione di tale (peculiare) *property right* realizzerebbe in suo favore.

7. La funzione regolativa dei modelli proprietari

Il discorso statunitense che aspira a riconfigurare la relazione tra i soggetti e i dati in chiave proprietaria – per quanto confinato in gran parte sul versante dottrinale – assume rilievo nella prospettiva della ricostruzione del regime giuridico di appropriazione dei dati quali utilità dotate di specifico rilievo patrimoniale proprio perché descrive un quadro complesso e articolato di questioni (ed esigenze di disciplina), che il governo dell'informazione personale pone, che trascendono il piano della attribuzione patrimoniale e con le quali, anzi, questa deve inevitabilmente misurarsi. Proprio l'invocazione del modello proprietario, che in astratto e in via di principio sembrerebbe intesa a ritradurre in termini giuridici il problema della disciplina dei dati – a fronte della loro *commodification* ormai strutturale entro il capitalismo dell'informazione – quale mera questione di appropriazione esclusiva di utilità economiche in favore del "proprietario" (individuato nel soggetto dei dati), rivela cioè quali siano le funzioni che le opinioni dottrinali assegnano in concreto ai *property rights* e come esse in realtà esolino da una intenzione specificamente attributiva e limitata al piano patrimoniale.

Dalla valutazione di questo complessivo discorso dottrinale si ricava innanzitutto l'impressione che l'adozione del modello proprietario evochi una precisa scelta di politica del diritto orientata al perseguimento di obiettivi di regolazione sociale mediante strumenti deliberatamente alternativi alla disciplina di carattere pubblicistico o comunque autoritativo. Queste proposte ricostruttive esprimono cioè essenzialmente una aspirazione al controllo e al contenimento delle vicende di acquisizione e circolazione dell'informazione personale e indicano nella creazione di un "mercato" dell'informazione – variamente articolato in dipendenza della conformazione del diritto proprietario che ne costituirebbe il presupposto – il mezzo per la sua realizzazione, attraverso l'assegnazione di un valore e la negoziazione privata, in alternativa alla regolazione pubblica. Sotto questo profilo, le assegnazioni proprietarie così ipotizzate si inscriverebbero entro il più ampio modello dei *regulatory property rights* quale tecnica di disciplina che "strumentalizza" il discorso proprietario mediante la

³⁶ La portata della «ownership» del cessionario si ridurrebbe cioè al valore "residuo", dopo aver detratto le prerogative di controllo che, in forza dei vincoli di inalienabilità, rimarrebbero in capo al cedente; per un'analisi di questo tipo, nel contesto del diritto europeo (che, com'è noto, si caratterizza per l'attribuzione al soggetto dei dati di diritti indisponibili di informazione e di controllo), v. N. DUCH-BROWN-B. MARTENS-F. MUELLER-LANGER, *The economics of ownership, access and trade in digital data*, *Digital Economy Working Paper 2017-01 JRC Technical Reports*, Seville 2017, p. 17 ss.



creazione di beni e di mercati per via normativa in vista del conseguimento di specifici obiettivi socialmente desiderabili³⁷.

Tuttavia, se la prospettiva proprietaria si rivolge alla questione del controllo sull'informazione personale, declinata non soltanto in termini patrimoniali quanto piuttosto quale prosecuzione e sviluppo – adattato al contesto della sistematica mercificazione dell'informazione – della impostazione personalistica originariamente sottostante al discorso sulla *privacy* (dalla *privacy* come *seclusion* alla *privacy* come *control*), l'approfondimento dottrinale della medesima prospettiva si incarica di mostrarne i limiti rispetto al trattamento efficace di tale questione.

L'*empowerment* del soggetto dei dati attraverso l'assegnazione proprietaria e il mercato consegnerebbe infatti integralmente l'aspirazione al controllo sulla informazione personale ad un sistema di contrattazioni esposto ai ben noti fallimenti dovuti alle asimmetrie informative e alla razionalità limitata e il cui esito distributivo – in termini di acquisizione di dati – sarebbe comunque determinato dal potere contrattuale dei collettori di dati, capaci di imporre, sulla scorta di regolamenti contrattuali standard e non negoziabili, la sistematica cessione³⁸. Sotto questo profilo, dunque, la mera attribuzione proprietaria non muterebbe la dinamica di accumulazione di dati ad opera delle piattaforme, legittimandone piuttosto le pretese appropriative mediante il riconoscimento della piena efficacia e legittimazione “traslativa” del consenso.

Proprio in considerazione di tali aspetti la prospettiva proprietaria coltivata nel dibattito statunitense si risolve, nelle sue ulteriori declinazioni, nella costruzione di modelli di *property rights* conformati in modo tale da contenere autoritativamente lo spazio di libera disponibilità di tale attribuzione proprietaria, mediante dispositivi di limitata inalienabilità che riducono il ruolo della contrattazione privata quale strumento di governo della circolazione della informazione.

L'ambiguità che ne risulta, pur entro un quadro caratterizzato dall'opzione ideale per la priorità degli strumenti di governo privato, segnala la strutturale problematicità del mercato quale luogo per l'esercizio del controllo sull'informazione e lascia in definitiva aperta la

37 Per l'accostamento di queste proposte al modello dei diritti proprietari istituiti dal diritto per il raggiungimento di specifici obiettivi sociali, v. un cenno in P. SAMUELSON, *Privacy as intellectual property?*, in *Stanford L. Rev.*, 2000, p. 1137 ss.; inoltre N. PURTOVA, *Property in Personal Data: A European Perspective on the Instrumentalist Theory of Propertisation*, in *European J. of Legal Studies*, 2010, p. 193 s. Sulla categoria (e le relative esemplificazioni) dei *regulatory property rights* v. R. B. STEWART, *Priprop, Regprop, and Beyond*, in *Harvard J. of L. & Public Policy*, 1990, p. 91 s.; M. COLANGELO, *Creating property rights*, Leiden 2012; S. MANEA, *The instrumentalization of property. Legal interests in the EU emission trading system*, Alphen aan den Rijn 2014; C. GODT (a cura di), *Regulatory property rights*, Leiden 2017; per una discussione della funzione regolativa dei modelli proprietari F. MEZZANOTTE, *L'appartenenza come tecnica di regolazione (a proposito di Regulatory Property Rights)*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2016, p. 635 s.

38 Cfr. J. E. COHEN, *Examined Lives*, cit., p. 1395 ss.; J. LITMAN, *Information privacy/information property*, cit., p. 1295 ss.



questione della regolazione pubblica in considerazione del carattere di *public good* riconosciuto alla *privacy*³⁹.

Il discorso sui “dati come *property*” che ne invoca l’assegnazione proprietaria iniziale in favore del soggetto dei dati, quindi, piuttosto che risolvere secondo un paradigma unitario e coerente con i caratteri della esclusività e alienabilità la questione attributiva (con riguardo al valore patrimoniale dei dati), si rivela in definitiva un modo per organizzare – secondo terminologia e strategie argomentative capaci di ottenere legittimazione nel contesto statunitense – la costruzione del regime di accesso ai dati e di appropriazione delle relative utilità attorno ad alcune questioni fondamentali.

Il paradigma del “controllo” dal quale generalmente muovono le proposte «proprietarie» rinvia innanzitutto al ruolo del consenso del soggetto quale base di legittimazione dell’accesso e, dunque, all’attribuzione a questi di un qualche potere di interdizione rispetto alle pretese conoscitive e appropriative dei *data collectors*. Sotto questo profilo, le proposte proprietarie si spiegano in particolare in relazione a un contesto di disciplina che – soprattutto all’epoca nella quale il dibattito sulla *property* dei dati ha animato lo scenario statunitense – si caratterizzava per l’ampia possibilità di acquisizione e commercializzazione dei dati, non sempre a fronte di un consenso espresso e consapevole del soggetto.

La diffidenza verso gli esiti distributivi determinati da un mercato organizzato attorno alla piena alienabilità dell’informazione personale, una volta che questa fosse semplicemente qualificata quale “pura” *property* dei soggetti, attesa la complessiva riduzione della quantità di *privacy* quale bene sociale che ne deriverebbe, induce poi a porre la questione della portata della legittimazione di tale consenso rispetto alle vicende dispositive dei dati. Se cioè il tratto che unifica i modelli che ricostruiscono il rapporto tra soggetto e dati in termini di *property right* risiede essenzialmente nella rivalutazione del consenso quale criterio primario di legittimazione delle prassi di acquisizione dei dati, la medesima prospettiva proprietaria sfocia poi nell’invocazione di un limite di carattere indisponibile che, deprivando il consenso del potere di trasferire del tutto le prerogative di controllo sui dati, sembrerebbe deporre in realtà in senso contrario rispetto ai tratti che ordinariamente caratterizzerebbero l’attribuzione proprietaria sotto il profilo della alienabilità⁴⁰.

In terzo luogo, il discorso proprietario, pur entro tale quadro caratterizzato dalla prospettazione di alcuni vincoli di indisponibilità, pone comunque in termini espliciti la questione della negoziabilità dei dati e cioè della loro deducibilità entro un rapporto che,

39 Su questo v. già S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, cit., Cap. II, p. 45 ss.

40 Cfr. infatti (in prospettiva critica rispetto alla *propertization*, sia *de iure condito* che *de iure condendo* e con riguardo tanto al contesto statunitense quanto a quello europeo), L. DETERMANN, *No one owns data*, cit., p. 25, con riguardo al *California Consumer Privacy Act 2018*, che (analogamente alla disciplina europea) stabilisce specifici limiti di inalienabilità delle prerogative di controllo dell’informazione personale (p. 23: «Thus, the California Consumer Privacy Act goes into the opposite direction of creating property rights to data and further diminishes any potential for commercial interests in personal information»); v. anche J. B. BARON, *Property as Control*, cit., p. 380 ss.



quanto meno sul piano economico, riconosca al soggetto un qualche valore rappresentativo dell'utilità trasferita. Sotto questo profilo, dunque, l'idea dei dati quale *property* induce a interrogarsi sul se e come il sistema giuridico si dimostri disponibile "vedere" il nesso funzionale tra la cessione dei dati ad opera del soggetto – una volta assunto quale beneficiario di un *entitlement*, se si vuole, di tipo proprietario – e una "ricchezza di ritorno" destinata a remunerare il valore ceduto, al tempo stesso giustificandone l'acquisizione in capo al collettore dei dati, e a dare rilievo a tale nesso a fini di disciplina del rapporto tra le parti⁴¹. La questione evidentemente, al di là della ipotesi della organizzazione di generalizzati mercati per la cessione dell'informazione personale verso corrispettivo monetario, riguarda piuttosto proprio il peculiare modello di "corrispettività atipica" o "gratuità apparente" che costituisce la forma specifica di circolazione della ricchezza nel contesto del capitalismo digitale e cioè l'offerta di servizi e contenuti digitali non accompagnata dalla richiesta di controprestazione monetaria perché destinata ad essere remunerata, sul piano economico, proprio dall'accesso ai dati dell'utente.

8. La prospettiva proprietaria e i modelli europei

Da quest'analisi della prospettiva dottrinale statunitense che ricostruisce in rapporto tra soggetti e dati in termini di *property right* possono trarsi alcuni elementi di valutazione, in chiave comparata, dei modelli europei.

Può innanzitutto rilevarsi come, a fronte delle questioni che il dibattito statunitense sulla *propertization* dei dati consente di mettere a fuoco, le risposte che a queste fornisce, questa volta ad opera della disciplina positiva, il diverso scenario europeo rendano in definitiva privo di effettiva utilità – dal punto di vista argomentativo e operativo – oltre che difficilmente sostenibile sul piano concettuale il tentativo di ricostruire il regime giuridico dei dati secondo terminologia e modelli proprietari⁴².

Quanto alla legittimazione "ideale", infatti, com'è noto, la protezione dell'informazione personale si avvale innanzitutto nel contesto europeo della riconduzione all'alveo dei diritti

41 V. in generale sulla questione della individuazione di strumenti giuridici che assicurino un "ritorno" economico in favore del consumatore che ceda i dati in relazione al diritto statunitense N. KOLT, *Return on Data: Personalizing Consumer Guidance in Data Exchanges*, in *Yale L. & Policy Rev.*, 2019 p. 77 s.

42 Sulla non conducenza di una ricostruzione in termini proprietari del regime giuridico dei dati personali nel contesto europeo v. S. BERGÉ-S. GRUMBACH-V. ZENO-ZENCOVICH, *The «Datasphere», data flows beyond control, and the challenges for law and governance*, in *European J. of Comparative Law and Governance*, 2018, p. 16 ss.; G. RESTA, *Governare l'innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di uguaglianza*, in *Politica del diritto*, 2019, p. 199 ss.; L. DETERMANN, *No one owns data*, cit., p. 22 ss.; sugli ostacoli che il modello proprietario tradizionale (anche con riguardo al *common law*) – in quanto essenzialmente costruito attorno al controllo esclusivo di cose materiali – incontra qualora applicato ai dati in generale quali oggetti immateriali in quanto «*digital assets*» e sul modo in cui esso debba essere riformulato in termini di «*entitlement*» per dare conto dei dati quali «*new legal object*», v. S. VAN ERP, *Ownership of data and the numerus clausus of legal objects*, *Maastricht European Private Law Institute Working Paper No 2017/6*, disponibile a https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3046402



fondamentali della personalità, espressamente sancita dall'art. 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea che ne individua le coordinate essenziali⁴³. In forza di questa premessa, il diritto europeo realizza una peculiare e incisiva conformazione del regime giuridico dei dati e della loro circolazione che, anche in forza di regole di (relativa) inalienabilità, riconosce al soggetto specifiche prerogative di controllo sui propri dati⁴⁴. Una tradizione legislativa da ultimo condensatasi nella disciplina ormai unificata del Regolamento UE 2018/679, sottopone infatti la generalità della informazione personale – che corrisponda alla definizione di «dati personali» dell'art. 2 del Regolamento – ad un sistema di regole di carattere autoritativo organizzate attorno a «principi» (art. 5), «condizioni di liceità del trattamento» (art. 6), «diritti dell'interessato» (artt. 13-21), affidandone l'*enforcement* ad apposite Autorità di controllo (artt. 51 e ss.)⁴⁵.

Il sistema europeo, in particolare, pur assegnando al consenso, presidiato da specifici accorgimenti volti ad assicurare piena informazione e consapevolezza, una generale legittimazione a trasferire le prerogative di controllo sui dati, si caratterizza proprio per la permanenza – a seguito della “cessione” dei dati – di specifici poteri di controllo in capo al soggetto, esercitabili anche nei confronti di eventuali “cessionari” ulteriori (almeno in via di principio, secondo l'impianto del Reg. 2016/679), che la sussistenza di alcuna delle condizioni di liceità del trattamento – ivi compreso il consenso del soggetto – non vale comunque ad esaurire. La volontà dell'interessato, cioè, non può comunque giungere a privarlo delle prerogative di controllo, intervento e “riappropriazione” sui dati garantite dal catalogo dei diritti (accesso, rettifica, cancellazione, limitazione, opposizione, portabilità) enumerati dal Regolamento. L'assetto di relativa “inalienabilità” che ne deriva esclude quindi che possa configurarsi una completa “cessione” delle prerogative e della disponibilità sui dati. Ad un'analogia limitazione dei poteri di disposizione conduce poi la strutturale revocabilità del

43 Ciò che induce ad impostare il confronto tra prospettiva statunitense e prospettiva europea quanto al trattamento dei dati personali in termini di «*marketplace discourse*» da una parte e «*rights talk*» dall'altra, cfr. P. M. SCHWARTZ-N. PEIFER, *Transatlantic data privacy law*, cit., p. 121 ss.; per la ricostruzione dell'idea europea di *privacy* attorno al concetto, in una certa misura “non negoziabile” di *dignity*, v. J. Q. WHITMAN, *The two western cultures of privacy: dignity versus liberty*, in *Yale L. J.*, 2004, p. 1209 s.; naturalmente, la prospettiva del diritto fondamentale non soltanto rende meno necessario il ricorso alle categorie proprietarie con funzione di legittimazione della tutela, ma rende anche problematico e limitato lo spazio per una ricostruzione in termini proprietari, generalmente ritenuta poco compatibile con l'idea del diritto fondamentale, cfr. in generale C. PRINS, *Property and Privacy: European Perspectives and the Commodification of our Identity*, cit., p. 234 ss.

44 Sul senso complessivo della protezione dei dati personali ad opera di un «diritto fondamentale» entro il contesto europeo e sul «modello istituzionale» che ne discende, v. S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, cit., cap. III, p. 19 ss.

45 Per un quadro generale del diritto europeo dei dati personali con riguardo in particolare alla disciplina del Reg. UE 2016/679 v. V. CUFFARO-R. D'ORAZIO-V. RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Giappichelli, Torino 2020; G. FINOCCHIARO (a cura di), *Il nuovo regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, Zanichelli, Bologna, 2017; S. SICA-V. D'ANTONIO-G. M. RICCIO (a cura di), *La nuova disciplina europea della privacy*, Wolters Kluwer, Milanofiori Assago, 2016.



consenso al trattamento (art. 7 Reg. 2016/679)⁴⁶. L'appropriabilità del valore d'uso e di scambio dei dati sembrerebbe dunque, pur a fronte della ricorrenza di una delle condizioni di liceità per l'accesso, in ogni caso, programmaticamente limitata sia in ragione dei «principi» che, in considerazione della «finalità del trattamento», tendono a restringerne in modo strutturale le possibilità di raccolta e utilizzo, sia per la perdurante insistenza di prerogative di controllo dell'interessato capaci di estendersi fino alla loro riappropriazione o riutilizzo (in particolare con l'esercizio del diritto alla cancellazione o alla portabilità).

Il sistema europeo, in questo modo, imposta il problema del controllo dell'informazione personale senza ipotizzare l'assegnazione di una "proprietà" dei dati quale strumento per il conseguimento degli obiettivi di tutela individuati, ma avvalendosi piuttosto di strumenti di "regolazione diretta" che istituiscono limiti di carattere autoritativo ai processi di circolazione e lasciano così coesistere le prerogative acquisite dal *data collector* mediante l'accesso ai dati (in presenza delle "condizioni di liceità") con i perduranti poteri di controllo e "diritti" del soggetto esercitabili nei confronti dei "titolari del trattamento", ivi compreso il "*right to exit*" determinato dalla revocabilità del consenso⁴⁷.

Proprio tale compresenza – nel contesto della circolazione dei dati – di situazioni di *entitlement* inerenti alla medesima risorsa in capo a soggetti diversi (nessuno dei quali investito di prerogative di controllo esclusivo) dal punto di vista del *common law* potrebbe evocare la ben nota metafora (costitutiva, in epoca contemporanea, dell'idea di *property*) dello "*stick*" e quindi la possibile frammentazione del "dominio" in una pluralità di situazioni giuridiche di tipo proprietario (*estates*) aventi carattere essenzialmente "relazionale" e intese cioè a disciplinare i rapporti e le rispettive prerogative di più soggetti rispetto alla risorsa stabilendone i criteri di priorità⁴⁸. Dal punto di vista europeo, invece, la sussistenza di

46 Cfr. G. RESTA, *Contratto e diritti fondamentali*, in G. D'AMICO (a cura di), *Enciclopedia del diritto, I tematici I: Il contratto*, Milano 2021, p. 291 e ss., che, con riguardo alla circolazione dei dati, evidenzia (sulla scorta di A. PORAT-S. SUGARMAN, *Limited inalienability rules*, in *Georgetown Law Journal*, 2019, p. 701 ss.) il regime di «*limited inalienability*» che li caratterizza, alla luce della revocabilità del consenso e dei dritti che continuano ad assistere il soggetto dei dati pur dopo la loro cessione consensuale.

47 L'impiego di terminologia e concetti proprietari per descrivere il tipo di attribuzione che queste regole realizzano in favore del "soggetto dei dati" richiederebbe quindi un adeguamento che dia conto delle specifiche caratteristiche dell'oggetto (i dati) e del tipo di poteri e prerogative che al soggetto sono attribuite in dipendenza dei caratteri dell'oggetto, cfr. ad esempio in questo senso S. van Erp, *Management as ownership of data*, in S. LOHSSE-R. SCHULZE-D. STAUDENMAYER (a cura di), *Data as counter-performance – Contract law 2.0?*, Bloomsbury Publishing, Baden-Baden, 2020, p. 77 ss. (p. 91: «When ownership of data is being discussed, we should take into account the nature of the object concerned, as it is this object that qualifies the right. What we mean is: access, control (exclusion), portability and erasure, in other words: management»).

48 Com'è noto, la *law of property* si costruisce storicamente nel *common law* attorno alla *doctrine of estates* (riferita naturalmente alla proprietà immobiliare e concettualmente riconducibile ai rapporti di vassallaggio che caratterizzano l'ordine feudale), in forza della quale la misura massima dei poteri e delle prerogative sul bene (espressa con terminologia moderna dal *fee simple absolute*) può essere progressivamente frammentata tra più soggetti mediante la concessione a questi di altri *estates* "minori"



molteplici e simultanee prerogative sui dati esprime una tecnica di tutela incentrata sulla previsione (legale) di alcune condizioni di liceità dell'acquisizione (trattamento) – in realtà non limitate al consenso quale base costitutiva della legittimazione – che, piuttosto che alla realizzazione di un'assegnazione in "proprietà"⁴⁹ quale premessa per un mercato dell'informazione personale, mira a garantire al soggetto dei dati il perdurante controllo

per detrazione dal *fee simple absolute*, col risultato che sulla medesima risorsa possono ordinariamente coesistere diversi *estates*, ciascuno dei quali rappresenta una porzione del "bastone" (che nella sua interezza rappresenta il *fee simple absolute*), il cui contenuto indica le prerogative dei rispettivi titolari e ne disciplina le relazioni rispetto all'accesso alla risorsa, v. A. GAMBARO, *La proprietà nel common law anglo-americano*, cit., p. 3 ss.; proprio tale struttura concettuale della *law of property* è impiegata da una parte della dottrina statunitense per indicare il rapporto che dovrebbe sussistere tra il soggetto dei dati, una volta reso "owner", e gli altri soggetti interessati ad accedervi, ipotizzando ad esempio la qualifica del soggetto dei dati quale titolare di un *fee simple* e legittimato pertanto a concedere un diritto strutturalmente limitato (ad esempio quanto all'uso che è possibile fare dei dati) in quanto dipendente dal diritto "principale" che continua ad insistere sul "bene", v. in questi termini P. MELL, *Seeking shade in a land of perpetual sunlight: privacy as property in the electronic wilderness*, cit., p. 76 ss.; in termini differenti, ma sulla base del medesimo inquadramento concettuale, V. BERGELSON, *It's Personal But Is It Mine? Toward Property Rights in Personal Information*, cit. p. 436 ss. (che ipotizza un *life estate* in capo al soggetto dei dati, a sua volta subordinato a una «non exclusive and unalienable automatic license» in favore del *collector* dei dati che gliene consenta l'utilizzo esclusivamente per propri fini di «research and marketing»).

49 In definitiva, l'assetto disegnato dal Reg. 2016/679 mantiene in capo al soggetto dei dati alcune specifiche prerogative di controllo sui dati consentendo così l'assegnazione delle prerogative residue al "titolare del trattamento" in forza della sussistenza di una delle condizioni di liceità del trattamento di cui al Regolamento. In termini economici tali prerogative di controllo ripartite tra i diversi soggetti interessati sui dati possono anche rappresentarsi quali "*property rights*", v. N. DUCH-BROWN-B. MARTENS-F. MUELLER-LANGER, *The economics of ownership*, cit., p. 17 ss.: «There are differences between the legal and economic interpretation of the GDPR. From a legal perspective, the GDPR gives data subjects no full ownership rights, only certain specific rights ... The granting of specific rights to data subject implies that any remaining residual rights not included in the specific rights in the GDPR accrue to the data controller. In the economic literature ... These residual rights are called property rights.... In that sense, the GDPR de facto (but not de jure) assigns property rights on personal data to the data collector, however limited they may be due to his fiduciary role. In reality, data subjects exchange their personal data in online markets, for example when they access "free" online services in return for letting the service provider or data controller collect some personal data. In these cases the data subject retains the specific rights on his data as defined in the GDPR; the service provider acquires the residual rights»; dal punto di vista statunitense, poi, la tecnica di tutela del Reg. 2016/679, viene talvolta intesa come effettivamente costitutiva di un *property right* in capo al soggetto dei dati, sebbene strutturalmente limitato da vincoli di inalienabilità, cfr. J. M. VICTOR, *The EU General Data Protection Regulation: Toward a Property Regime for Protecting Data Privacy*, in *Yale Law Journal*, 2013, p. 513 ss.; S. J. HAZEL, *Personal data as property*, in *Syracuse Law Review*, 2020, p. 1055 ss.



sull'uso che i terzi possano farne, delineando così lo statuto di una risorsa strutturalmente non del tutto alienabile e dunque appropriabile in via esclusiva (almeno in linea di principio⁵⁰).

D'altro canto, la sostanziale improduttività di una qualifica proprietaria in senso tecnico, quanto allo statuto dei dati personali nel diritto europeo, non esclude affatto che l'*entitlement* così realizzato in favore del soggetto si risolva (anche) in un dispositivo attributivo di utilità economiche. Il rilievo del consenso quale condizione di liceità del trattamento, infatti, mentre riconosce al soggetto un certo potere di interdizione rispetto all'appropriazione da parte di terzi (nella misura in cui non sussistano altre condizioni di liceità), manifesta al tempo stesso la sua funzione attributiva con riguardo, non tanto ai dati quali beni oggetto di autonoma "proprietà" in senso tecnico, quanto piuttosto alle utilità economiche che proprio mediante la loro volontaria cessione è possibile ricevere da terzi⁵¹. Proprio tale prospettiva è anzi specificamente coltivata dal diritto europeo che, sulla base di una precisa scelta di politica legislativa che ne costituisce probabilmente la cifra caratteristica nel panorama comparatistico, si dimostra disponibile a riconoscere rilievo giuridico al nesso tra la cessione dei dati e la correlata esecuzione di prestazioni patrimoniali destinate a compensarla.

Ciò avviene, peraltro, piuttosto che mediante incentivi alla costruzione di un ipotetico mercato dei "dati contro denaro", proprio sul terreno entro il quale tale prospettiva sembra acquisire un effettivo rilievo operativo e cioè con riguardo al modello della "corrispettività atipica" (servizi e contenuti contro dati), caratteristico del capitalismo digitale. Alcuni interventi normativi unionali, infatti, com'è noto, sciolgono (almeno in parte) l'ambigua "gratuità apparente" dell'economia digitale riconoscendo al consumatore che "paghi" in dati le medesime tutele delle quali beneficia quello che paghi in denaro e assicurandogli così il

50 Sul piano della effettività della tutela occorre infatti considerare come l'esercizio dei diritti che il Regolamento riconosce ai soggetti dei dati appaia in definitiva per certi versi illusorio una volta che i dati abbiano fatto ingresso nella c.d. "datasfera" e siano perciò soggetti a processi di riagggregazione, analisi e circolazione difficilmente tracciabili sia dal soggetto dei dati sia probabilmente dallo stesso primo "titolare del trattamento". Per questa ragione la disciplina europea, com'è noto, si affida, ai fini dell'*enforcement*, al ruolo delle Autorità Garanti per la protezione dei dati personali, cfr. sul punto, S. BERGÉ-S. GRUMBACH-V. ZENO-ZENCOVICH, *The «Datasphere», data flows beyond control*, cit., p. 17 ss.

51 Il discorso sulla proprietà dei dati, in prospettiva europea, potrebbe dunque essere declinato non tanto sul piano tecnico-giuridico, quanto piuttosto sul piano, per così dire, "ideale" e "simbolico", che interpella in realtà la categoria dei diritti della personalità più che quella dei diritti reali. Se di "proprietà dei dati personali" si deve parlare, cioè, se ne può parlare nello stesso modo (non tecnico ma "simbolico") nel quale la tradizione giusnaturalista – a partire com'è noto da J. Locke – prospetta la "proprietà" della (propria) persona, connettendo la logica dell'appartenenza con l'esplicazione della libertà personale (costitutiva del diritto privato moderno), v. approfonditamente sul punto, quanto alla tradizione europea, G. RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, Jovene, Napoli 2005, p. 28 ss., 76 ss. Da questo punto di vista, emerge il rilievo attributivo della stessa libertà personale secondo un dispositivo tipico del diritto moderno, che, riconoscendo al debitore di prestazioni personali la generale libertà di "non fare", gli attribuisce le utilità che può trarre, obbligandosi in forza del proprio consenso, dall'alienazione, verso corrispettivo, di specifiche determinazioni di tale libertà, v. in proposito, M. BARCELONA, *Attribuzione normativa e mercato nella teoria dei beni giuridici*, cit., p. 648 ss.



pieno conseguimento di tutte le utilità attese dallo scambio (sulla scorta del consueto modello della “garanzia di conformità”, con i relativi rimedi)⁵². Questa tecnica di tutela del “consumatore digitale”, attraverso la predisposizione di rimedi volti ad assicurare la piena funzionalità della prestazione erogata a fronte della cessione dei dati, pur senza espressamente ravvisarvi un sinallagma, fa operare su tale piano la portata attributiva dell’*entitlement* sui dati, garantendone la trasformazione in un “valore di scambio” rappresentato non da un prezzo monetario quanto piuttosto da una prestazione assistita dalla medesima garanzia di conformità applicabile allo scambio (espressamente) corrispettivo⁵³.

52 Il riferimento è naturalmente alla disciplina dei contratti per la fornitura di servizi e contenuti digitali introdotta dalla direttiva 2019/770 (Direttiva (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20 maggio 2019 relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali, in *GUCE* 22.5.2019, L/136 1), che, com’è noto, amplia e adegua alle operazioni di acquisto di servizi o contenuti digitali la tecnica di tutela della garanzia di conformità, introdotta con la direttiva 1999/44 sulla vendita dei beni di consumo. La cifra tipica e innovativa dell’intervento del legislatore europeo si coglie però nel modo in cui viene delimitato l’ambito dei rapporti ai quali si applica tale regime (art. 3 Dir. 2019/770). Le operazioni economiche in occasione delle quali l’utente consumatore beneficia della tutela vengono infatti definite facendo riferimento proprio al modello di scambio cui esse danno luogo e includendo entro il campo di applicazione della disciplina, accanto all’ipotesi tradizionale nella quale l’utente paghi un prezzo, anche il caso nel quale l’utente, in occasione della ricezione dei servizi o contenuti, fornisca dati personali ulteriori rispetto a quelli strettamente necessari per l’esecuzione del contratto o per assolvere ad obblighi di legge del fornitore e trattati soltanto per tali scopi.

53 Quanto alla “neutralità” dell’impianto della direttiva in ordine alla qualificazione giuridica dell’operazione incentrata sul nesso tra prestazione del servizio (o cessione del contenuto) e trasmissione dei dati, v. in particolare, fra la dottrina italiana, C. CAMARDI, *Prime osservazioni sulla Direttiva (UE) 2019/770 sui contratti per la fornitura di contenuti e servizi digitali. Operazioni di consumo e circolazione di dati personali*, in *Giust. civ.*, 2019, p. 499 ss.; ritiene irrilevanti, sul piano della ricostruzione della fattispecie dal punto di vista della teoria generale del contratto (in particolare con riguardo al sistema italiano incentrato sulla causa), le peculiarità del linguaggio della direttiva, V. RICCIUTO, *Il contratto e i nuovi fenomeni patrimoniali: il caso della circolazione dei dati personali*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, p. 642 ss. (in part. p. 654 e ss.), che ravvisa una «effettiva corrispettività» tra le forniture (di dati e servizi/contenuti).



LA RILEVANZA AMBIENTALE NEL SETTORE DEI CONTRATTI PUBBLICI

Federico Francesco Guzzi

Abstract L'articolo affronta il tema della tutela ambientale nell'ambito della contrattualistica pubblica. L'analisi si suddivide in tre parti: nella prima si fa riferimento al quadro europeo; nella seconda si fa riferimento alla disciplina nazionale; nella terza e ultima parte, oltre ai richiami al nuovo Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 36/2023, si affrontano talune questioni giuridiche che evidenziano la complessità del tema connesso alla commistione di più profili attinenti alla fase di gara i quali necessiterebbero di maggiore chiarezza.

English The article focuses on the issue of environmental protection in the context of public contracts. The analyses is divided in three parts: the first part refers to the European framework; the second part refers to national framework; in the third and final part are analyzed the new public contracts Code (Legislative Decree no. 36/2023), some legal issues and is highlighted the complexity of the topic.

SOMMARIO. 1. Premessa 2. Il quadro europeo 3. Il quadro nazionale 4. La normativa dopo il nuovo Codice dei contratti pubblici 5. Aspetti giuridici di rilievo e problematiche applicative 6. Conclusioni.

1. Premessa

Il tema dell'ambiente e dello sviluppo sostenibile¹ è fra i più rilevanti in ambito europeo (e di conseguenza a livello nazionale).

1 Nel nostro ordinamento il principio dello "sviluppo sostenibile" ha trovato recepimento con il D.lgs. n. 4/2008 - di modifica del D.lgs. 152 del 2006 (Norme in materia ambientale), il quale ha affermato la priorità dell'interesse ambientale. Alla luce, infatti, dell'art. 3-*quater* della normativa in oggetto: "ogni attività umana giuridicamente rilevante ai sensi del presente codice deve conformarsi al principio dello sviluppo sostenibile, al fine di garantire che il soddisfacimento dei bisogni delle generazioni attuali non possa compromettere la qualità della vita e le possibilità delle generazioni future". Nel successivo comma 2, si afferma che: "l'attività della pubblica amministrazione deve essere finalizzata a consentire la migliore attuazione possibile del principio dello sviluppo sostenibile, per cui nell'ambito della scelta comparativa di interessi pubblici e privati connotata da discrezionalità gli interessi alla tutela dell'ambiente e del patrimonio culturale devono essere oggetto di prioritaria considerazione"; infine il comma 3, conclude facendo riferimento all'equilibrio degli interessi e alla solidarietà come principio fondante i rapporti tra generazioni nell'uso delle risorse ambientali: "data la complessità delle relazioni e delle interferenze tra natura e attività umane, il principio dello sviluppo sostenibile deve consentire di individuare un equilibrato rapporto, nell'ambito delle risorse ereditate, tra quelle da risparmiare e quelle da trasmettere, affinché nell'ambito delle dinamiche della produzione e del consumo si inserisca altresì il principio di solidarietà per salvaguardare e per migliorare la qualità dell'ambiente anche futuro". Sul tema si



La sua importanza si connette alla trasversalità e all'impatto che assume nei vari ambiti del diritto amministrativo: urbanistica ed edilizia, appalti e concessioni, tutela della salute². In questo articolo verranno fatte alcune considerazioni in ordine alla tutela dell'ambiente nel settore della contrattualistica pubblica la quale, per la sua importanza (anche a livello quantitativo: il 17% del PIL nazionale riguarda gli appalti) e il suo carattere strategico, assume un ruolo di rilievo³.

Verrà dunque messo in evidenza come attraverso le procedure di gara si possa 'orientare' il mercato verso condotte virtuose, di *sostenibilità ambientale*⁴. I soggetti pubblici contribuiscono

veda F. FRACCHIA, *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, Napoli, 2010; Id. *Sviluppo sostenibile e diritti delle generazioni future*, in *Riv. quadrim. dir. amb.*, 2010; P. PANTALONE (a cura di) *Doveri intergenerazionali e tutela dell'ambiente*, Atti del Convegno svoltosi presso l'Università degli Studi di Milano - 7 ottobre 2021, in *Il dir. dell'econ.*, vol. monografico; M. RENNA, *I principi in materia di tutela dell'ambiente*, in *Riv. quadrim. dir. dell'amb.*, 2012.

2 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.

3 Senza pretese di esaustività, sul tema si segnalano i contributi di 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; 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. Mangano - 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; 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

4 “Il principio dello sviluppo sostenibile è l'anello di congiunzione tra la tutela dell'ambiente e gli appalti pubblici; in quanto – nel contesto giuridico economico appena ricostruito – si comprende che



alla cd economia circolare⁵ (che oramai non è più soltanto limitata al settore dei rifiuti) per mezzo della loro attività contrattuale, il che implica di conseguenza, che le finalità di pubblico interesse legate al settore, si caratterizzino (anche) per la tutela di aspetti che travalicano quello più 'ristretto' ed 'immediato' dell'amministrazione aggiudicatrice (la 'convenienza' del contratto stipulato con l'operatore economico), per guardare invece ad interessi di più ampio raggio⁶.

un'efficace tutela dell'ambiente si ottiene spingendo il mercato a lavorare per l'ambiente, il che significa condurre la pubblica amministrazione ad acquistare «verde», ricorrendo a strumenti di mercato con finalità di protezione dell'ambiente. Di questa nuova integrazione di interessi pubblici si fa portavoce per prima la Comunità europea che comprende la connessione tra il tema dello sviluppo sostenibile e lo sviluppo del mercato, e studia la Green Economy, fissando l'obiettivo di incoraggiare «gli Stati membri a dotarsi di piani d'azione accessibili al pubblico per l'integrazione delle esigenze ambientali negli appalti pubblici». La Commissione europea precisa, infatti, che le norme dell'Unione europea in materia di appalti pubblici, pur avendo natura essenzialmente economica, devono essere lette e applicate conformemente al principio dello sviluppo sostenibile di cui all'art. 2 del Trattato della Comunità Europea". Cfr. A. DI GIOVANNI, *L'ambiente sostenibile nel nuovo codice degli appalti: green public procurement e certificazioni ambientali*, cit., p. 164. "L'idea dello sviluppo sostenibile nasce dunque come affermazione di una esigenza di ripensamento dei modelli di sviluppo; non conduce tuttavia alla negazione dell'obiettivo della crescita economica che, nella nuova prospettiva, viene percepita come strumento attraverso cui perseguire la protezione dell'ambiente. Il presupposto fondativo delle teorie economiche dominanti, vale a dire l'imperativo dello sviluppo, non è messo in discussione" Cfr. E. SCOTTI, *Poteri pubblici, sviluppo sostenibile ed economia circolare*, in *Il dir. dell'econ.*, n. 1/2019, p. 500

⁵ Sul tema si veda C. FELIZIANI, *I nuovi appalti verdi: un primo passo verso un'economia circolare?*, in *Il dir. dell'econ.*, 2017; F. DE LEONARDIS, *Economia circolare: saggio sui suoi tre diversi aspetti giuridici. Verso uno Stato circolare?*, in *Dir. amm.*, 2017; S. GARDINI (a cura di), *Percorsi di circolarità, tra diritto ed economia*, in *Il dir. dell'econ.*, n. spec., Aprile 2023; F. PIZZOLATO - S. RUSSO, *L'economia circolare e il contributo degli appalti: la transizione e i riflessi sulla sanità*, in *Corti supreme e salute*, 2023; E. SCOTTI, *Poteri pubblici, sviluppo sostenibile ed economia circolare*, in *Il dir. dell'econ.*, n. 1/2019; V. MOLASCHI, *L'economia circolare nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, in *AmbienteDiritto*, n. 1/2022, p. 3: "L'economia circolare costituisce una via alternativa al paradigma di crescita lineare, rivelatosi insostenibile. Quest'ultimo, riassumibile nella sequenza "estrazione, produzione, consumo, smaltimento", si basa sull'idea, dimostratasi fideistica e fallace, dell'illimitatezza delle risorse del Pianeta e dell'inesauribilità della sua capacità di assorbimento degli "scarti". L'economia circolare propone un diverso modello rigenerativo, in cui l'economia sia in grado di rigenerare se stessa".

⁶ "L'ambiente, quindi, non viene più visto come un limite alla iniziativa economica ed alla concorrenza, ma come un interesse pubblico, un valore da integrare se non addirittura controbilanciare con quello espresso dalle logiche economiche e concorrenziali. La tutela dell'ambiente, dunque, diviene un nuovo principio fondante delle modalità di affidamento degli appalti, al pari dei principi tradizionali di non discriminazione, concorrenza, trasparenza ed economicità". Cfr. A DI GIOVANNI, *L'ambiente sostenibile nel nuovo codice degli appalti: green public procurement e certificazioni ambientali*, cit., p. 170. "Si può parlare, quindi, di "uso strategico" della contrattazione pubblica dal momento che mentre inizialmente per il legislatore nazionale ed europeo i contratti pubblici avevano un'unica funzione, quella di procurare beni e servizi strumentali alle loro organizzazioni e attività, oggi si deduce dal diritto positivo in modo chiaro l'idea che i contratti pubblici debbano essere utilizzati anche come strumenti per conseguire una migliore tutela dell'ambiente, ma anche di altri interessi. Può dirsi dunque "aumentato" il peso della



Quest'ultimo aspetto - concernente *la pluralità di interessi* – come si è avuto modo di rilevare in altra sede⁷, ha però, anche delle ricadute negative a cui il nuovo Codice dei contratti ha cercato di ovviare mettendo in risalto (all'art. 1) il principio del risultato⁸.

L'analisi verrà sviluppata in tre parti. La prima farà riferimento al quadro europeo. La seconda al quadro nazionale. Nella terza, oltre a prendere in considerazione la disciplina

componente pubblicistica nella materia della contrattazione pubblica dal momento che il contratto pubblico non risponde più solo all'ottica privatistica della provvista di beni ma anche a quella, prettamente pubblicistica, del conseguimento di interessi di carattere generale". Cfr. F. DE LEONARDIS, *L'uso strategico della contrattazione pubblica: tra GPP e obbligatorietà dei CAM*, cit., p. 64

⁷ Sul punto sia consentito il rinvio a F. F. GUZZI, *Il regime delle esclusioni non automatiche alla luce del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in questa Rivista n. 2/2023

⁸ In merito ai principi di cui al nuovo Codice, si veda: R. CARANTA, *I principi nel nuovo codice dei contratti pubblici, artt. 1-12*, in *Giur. it.*, n. 8-9/2023; A. CIOFFI, *Prima lettura del nuovo Codice dei contratti e dei suoi tre principi fondamentali*, in *apertacontrada.it*; A.M. CHIARIELLO, *Una nuova cornice di principi per i contratti pubblici*, in *Dir. econ.*, n. 1/2023; F. CINTIOLI, *Il principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, *Dir. e proc. amm.*, 2023; G. CLEMENTE DI SAN LUCA - L. DI FUSCO, *Il principio di autonomia contrattuale nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *federalismi.it.*, n. 21/2023; R. GRECO, *Principio del risultato e tutela della legalità nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *www.giustizia-amministrativa.it*; G. NAPOLITANO, *Committenza pubblica e principio del risultato*, in *www.astrid-online.it*, 2023; Id. *Il nuovo codice dei contratti pubblici: principi generali*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 3/2023; S. PERONGINI, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo di codice dei contratti pubblici*, in *www.lamministrativista.it*, 2 gennaio 2023; F. SAITTA, *I principi generali del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *giustiziainsieme.it*; M.A. SANDULLI, *Riflessioni sullo Schema del nuovo Codice dei contratti pubblici*", in *giustiziainsieme.it*; H. SIMONETTI, *Principio del risultato e gerarchia degli interessi nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Judicium*, 12 Settembre 2023; R. SPAGNUOLO VIGORITA, *La fiducia nell'amministrazione: riflessioni intorno all'art. 2 del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *federalismi.it*, n. 17/2023; G. TULUMELLO, *Affidamento, buona fede, e fiducia nel nuovo codice dei contratti pubblici: la verifica delle categorie, e la disciplina dei rimedi (verso un "diritto amministrativo praticato")*, in *www.giustizia-amministrativa.it*. In giurisprudenza, richiama il principio del risultato in relazione ai CAM, TAR Campania - Napoli- n. 377/2024: "*preme al Collegio rappresentare che la conclusione raggiunta si coniuga con il principio del risultato che, ancorché fissato ora dall'art. 1 del nuovo codice dei contratti pubblici, approvato con il d.lgs. n. 36/2023 ("Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti perseguono il risultato dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza") può valere come criterio orientativo per i casi, come quello all'esame, in cui debba essere risolto il dubbio sulla sorte della legge di gara, che non può dirsi assolutamente mancante di prescrizioni inderogabili. Detto principio (valevole quale criterio orientativo che, per sua natura, è suscettibile di essere adottato anche per le procedure di appalto non rette dal d.lgs. n. 36/2023) può essere declinato in termini che pongano l'accento sull'esigenza di privilegiare l'effettivo e tempestivo conseguimento degli obiettivi dell'azione pubblica, prendendo in considerazione i fattori sostanziali dell'attività amministrativa, escludendo che la stessa sia vanificata, in tutti quei casi in cui non si rinvengano obiettive ragioni che ostino al suo espletamento. In tale ottica, può quindi nella specie affermarsi che vada mantenuta la legge di gara e garantito lo svolgimento della procedura di appalto, poiché a tale risultato non si frappongono esigenze dettate dalla preminente tutela delle ragioni del concorrente, la cui posizione sia stata ingiustificatamente lesa (atteso che, come si è detto, in ragione della formulazione specifica degli atti di gara, l'operatore economico non potesse dirsi inconsapevole delle modalità attraverso cui formulare la propria offerta)".*



attuale, di cui al nuovo Codice dei contratti pubblici (D.lgs. n. 36/2023) - che non si distacca dalla precedente disciplina, riprendendone sostanzialmente i contenuti - ci si soffermerà su profili di natura processuale.

2. Il quadro europeo

Innanzitutto, l'art. 11 TFUE (ex art. 6 TCE) prevede che: *“le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente devono essere integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni dell'Unione, in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile”*.⁹

L'art. 37 della Carta di Nizza dispone invece che *“un livello elevato di tutela dell'ambiente e il miglioramento della sua qualità devono essere integrati nelle politiche dell'Unione e garantiti conformemente al principio dello sviluppo sostenibile”*.

Venendo invece a richiami più settoriali - prima delle direttive in tema di appalti e concessioni - vi erano già testi che ponevano in risalto il legame tra appalti e tutela dell'ambiente.

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'.

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 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*

⁹ Su questi aspetti M.C. CAVALLARO, *Il principio di integrazione come strumento di tutela dell'ambiente*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2007; R. FERRARA, *I principi comunitari della tutela dell'ambiente*, in *Dir. amm.*, n. 3/2005

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 generale 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."*

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.

Si veda altresì il Parere del comitato economico e sociale europeo – *"Verso appalti pubblici circolari"* (9 giugno 2021) nel quale si afferma che: *"uno strumento trasparente, digitale e competitivo per gli appalti pubblici circolari (CPP), con appalti pubblici verdi (GPP) quali definiti dalla legislazione dell'UE, si inquadra nelle politiche volte a promuovere lo sviluppo del mercato unico, a fornire beni e servizi di alta qualità ai cittadini e ai consumatori e a sviluppare una cultura europea degli appalti pubblici innovativa, intelligente, sostenibile e socialmente responsabile. La gestione degli appalti pubblici rappresenta un fattore centrale e decisivo per l'aumento degli investimenti a favore del settore ambientale, gli obiettivi climatici e il piano di investimenti per un'Europa sostenibile. Gli appalti pubblici che includono criteri minimi obbligatori per gli appalti pubblici verdi (criteri UE GPP) rientrano nell'ambito di applicazione delle politiche in materia di economia circolare, come stabilito nel piano d'azione per l'economia circolare (CEAP). La legislazione e la regolamentazione devono dare impulso agli appalti pubblici circolari attraverso vari strumenti quali le direttive sugli appalti e la legislazione settoriale"*.

Venendo appunto alle direttive, la direttiva appalti 2014/24, e ancor prima la direttiva 2004/17 (lo stesso vale per le concessioni, direttiva 2014/24 e ancor prima la direttiva 18/2004), 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”.* 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 (il che ha impatto su quanto si dirà nel corso dell’analisi in ordine alla differenza tra *requisiti di partecipazione, requisiti premianti, specifiche tecniche e condizioni di esecuzione*).

Assume inoltre rilevanza l’articolo 42 (Specifiche tecniche) il quale 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”.* 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.

Dal quadro sopra descritto emerge dunque che la procedura di gara possa tenere in considerazione gli aspetti ambientali; le modalità attuative possono essere diverse: si possono chiedere delle qualità soggettive di partecipazione, si possono richiedere delle caratteristiche oggettive del prodotto; si possono tenere in considerazione profili ambientali nell’attribuzione dei punteggi all’offerta tecnica; i vari aspetti sono distinti (quello soggettivo concerne l’operatore economico; quello oggettivo concerne il prodotto). Tutti però contribuiscono ad ‘orientare’ il mercato verso condotte imprenditoriali virtuose e avanzati livelli di sostenibilità ambientale.

Il problema che si pone, però, è quello di una eventuale ed eccessiva restrizione della platea degli operatori economici che possano aspirare a divenire aggiudicatari, nel momento in cui, ad esempio, vengano richieste caratteristiche troppo specifiche e restringenti del prodotto, a tal punto che in pochi possano effettivamente offrirlo.

Insomma, il criterio ambientale deve fare i conti con il principio della concorrenza, del mercato e del *favor participationis*.



La Corte di Giustizia - dimostrando la sensibilità del legislatore europeo sul tema - nella pronuncia C-513/99¹⁰, aveva però messo in evidenza che il principio di parità di trattamento non impedisce una selezione delle offerte sulla base di criteri collegati all'ambiente per il solo fatto che esistono poche imprese che hanno la possibilità di soddisfare tali criteri; da qui si spiega l'articolato normativo della direttiva europea. Più nel dettaglio, la Corte di giustizia aveva specificato che: *"quando, nell'ambito di un appalto pubblico relativo alla prestazione di servizi di trasporti urbani mediante autobus, decide di attribuire un appalto all'offerente che ha presentato l'offerta economicamente più vantaggiosa, l'amministrazione aggiudicatrice può prendere in considerazione criteri ecologici, quali il livello di emissioni di ossido di azoto o il livello sonoro degli autobus, purché tali criteri siano collegati all'oggetto dell'appalto, non conferiscano alla detta amministrazione aggiudicatrice una libertà incondizionata di scelta, siano espressamente menzionati nel capitolato d'appalto o nel bando di gara e rispettino tutti i principi fondamentali del diritto comunitario, in particolare il principio di non discriminazione."*

Nella pronuncia C-448/01 la Corte di Giustizia, ha altresì riconosciuto la possibilità di prevedere il criterio ambientale per l'attribuzione del punteggio: *"si deve constatare che la ponderazione del criterio d'aggiudicazione controverso nella causa principale in ragione del 45 % non è, di per sé, incompatibile con la normativa comunitaria in materia di pubblici appalti"*.

Prima di analizzare l'impianto normativo nazionale, possiamo ricordare che vi è ulteriore legislazione (questa volta a livello regolamentare) che ha impatto sul tema dell'ambiente e degli appalti.

Si veda il Regolamento UE/2020/852, cd regolamento tassonomia - relativo all'istituzione di un quadro che favorisce gli investimenti sostenibili - e che rileva nei contratti pubblici nel momento in cui all'art. 17 si prevede il *Do not significant harm* (DNSH) relativamente alle attività economiche: *"nel valutare un'attività economica in base ai criteri indicati al paragrafo 1, si tiene conto dell'impatto ambientale dell'attività stessa e dell'impatto ambientale dei prodotti e dei servizi da essa forniti durante il loro intero ciclo di vita, in particolare prendendo in considerazione produzione, uso e fine vita di tali prodotti e servizi"*.¹¹ Il regolamento in oggetto è da coordinare con il

¹⁰ Più in generale, la giurisprudenza europea aveva affermato l'ammissibilità di criteri non strettamente economici nella valutazione dell'offerta, si veda C-31/87; mentre nella pronuncia C-318/94 faceva riferimento alla possibilità di introdurre nella valutazione dell'offerta, appunto criteri ambientali.

¹¹ Il regolamento chiarisce poi che un'attività economica arreca un danno significativo agli obiettivi ambientali e, in particolare, all'economia circolare, quando: *"i) l'attività conduce a inefficienze significative nell'uso dei materiali o nell'uso diretto o indiretto di risorse naturali quali le fonti energetiche non rinnovabili, le materie prime, le risorse idriche e il suolo, in una o più fasi del ciclo di vita dei prodotti, anche in termini di durabilità, riparabilità, possibilità di miglioramento, riutilizzabilità o riciclabilità dei prodotti; ii) l'attività comporta un aumento significativo della produzione, dell'incenerimento o dello smaltimento dei rifiuti, ad eccezione dell'incenerimento di rifiuti pericolosi non riciclabili; o iii) lo smaltimento a lungo termine dei rifiuti potrebbe causare un danno significativo e a lungo termine all'ambiente"*. In merito ai rapporti di questa normativa e CAM, il TAR Marche - sentenza n. 118/2024, ha evidenziato che: *"i criteri Ambientali Minimi costituiscono, ad oggi, un livello inferiore di tutela delle matrici ambientali rispetto alle prescrizioni derivanti dall'applicazione del principio DNSH di derivazione comunitaria, anzitutto perché quest'ultimo si basa su aggiornamenti periodici regolari e poi perché il regolamento sulla Tassonomia e i relativi criteri di vaglio tecnico DNSH hanno introdotto nuovi elementi che non erano stati presi in considerazione dai criteri ambientali minimi"*



Regolamento UE/2021/241, del 12 febbraio 2021 che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza, il quale stabilisce (art. 5, comma 2) che: *“il dispositivo finanzia unicamente le misure che rispettano il principio non arrecare un danno significativo”*, il che ha inevitabilmente impatto sui contratti pubblici finanziati con il PNRR. Lo stesso art. 18, comma 4 lett. d), del regolamento in oggetto, prevede appunto che il Piano nazionale debba dare *“una spiegazione del modo in cui il piano per la ripresa e la resilienza garantisce che nessuna misura per l’attuazione delle riforme e degli investimenti in esso inclusi arrechi un danno significativo agli obiettivi ambientali ai sensi dell’articolo 17 del regolamento (UE) 2020/852 (principio «non arrecare un danno significativo»)»*.

Infine possiamo ricordare l’Agenda strategica per l’UE (2019-2024) la quale ha come finalità quella di creare un’economia circolare efficace (in cui i prodotti sono progettati per essere più durevoli, riutilizzabili, riparabili, riciclabili ed efficienti sotto il profilo energetico), nonché trasformare l’UE in un’economia moderna, competitiva ed efficiente sotto il profilo delle risorse, preservando nel contempo l’ambiente naturale dell’Europa.

3. Il quadro nazionale

La normativa nazionale ha recepito quanto previsto dalla direttiva europea.

Già nel D. lgs. n. 163/2006, all’articolo 2, si prevedeva che il principio di economicità potesse essere subordinato - entro i limiti consentiti dalla legge - a criteri ispirati alle esigenze dell’ambiente e dello sviluppo sostenibile.

L’art. 68 (Specifiche tecniche) aveva poi previsto che: *“le specifiche tecniche definite al punto 1 dell’allegato VIII, figurano nei documenti del contratto, quali il bando di gara, il capitolato d’oneri o i documenti complementari. Ogniqualvolta sia possibile dette specifiche tecniche devono essere definite in modo da tenere conto dei criteri di accessibilità per i soggetti disabili, di una progettazione adeguata per tutti gli utenti, della tutela ambientale”*.

Tra le modalità di formulazione delle stesse, il comma 3 lett. b) della disposizione in oggetto, prevedeva la possibilità di inserire termini di prestazioni o di requisiti funzionali *“che possono includere caratteristiche ambientali. Devono tuttavia essere sufficientemente precisi da consentire agli offerenti di determinare l’oggetto dell’appalto e alle stazioni appaltanti di aggiudicare l’appalto”*. Il successivo comma 9 prevedeva che: *“le stazioni appaltanti, quando prescrivono caratteristiche ambientali in termini di prestazioni o di requisiti funzionali, quali sono contemplate al comma 3, lettera b), possono utilizzare le specifiche dettagliate o, all’occorrenza, parti di queste, quali sono definite dalle eco-etichettature europee (multi)nazionali o da qualsiasi altra eco-etichettatura, quando ricorrono le seguenti condizioni: a) esse siano appropriate alla definizione delle caratteristiche delle forniture o delle*

nazionali. Ne consegue quindi che il rispetto del principio DNSH (che valuta l’impatto ambientale con criteri più stringenti) implica anche la valutazione dei C.A.M. nazionali. Questo del resto emerge anche dalla Guida operativa per l’applicazione del protocollo DNSH - edizione 2022, la quale alle pagg. 12-14 tratta proprio di questo tema, stabilendo in particolare che “L’applicazione dei CAM per forniture e servizi può coincidere con il rispetto del requisito tassonomico, soprattutto per il Regime 2, tuttavia in alcuni casi ciò potrebbe non essere sufficiente in particolare per il cd Regime 1 In questo caso, poiché il livello di ambizione ambientale delineato dai CAM varia in funzione della categoria di appalto, si suggerisce una valutazione caso per caso”. Come si vede, dunque, esiste una correlazione fra C.A.M. e elementi di controllo ai fini del rispetto del protocollo DNSH tale per cui nella gran parte dei casi (e soprattutto in presenza di interventi privi di sostanziale rilevanza ai fini ambientali) il rispetto dei C.A.M. equivale a rispetto del principio DNSH e viceversa”.



prestazioni oggetto dell'appalto; b) i requisiti per l'etichettatura siano elaborati sulla scorta di informazioni scientifiche; c) le eco- etichettature siano adottate mediante un processo al quale possano partecipare tutte le parti interessate, quali gli enti governativi, i consumatori, i produttori, i distributori e le organizzazioni ambientali; d) siano accessibili a tutte le parti interessate".

L'ambiente rileva altresì nella fase di esecuzione nel momento in cui l'art. 69 prevedeva le "condizioni particolari di esecuzione del contratto prescritte nel bando o nell'invito", cioè: "le stazioni appaltanti possono esigere condizioni particolari per l'esecuzione del contratto, purché siano compatibili con il diritto comunitario e, tra l'altro, con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, e purché siano precisate nel bando di gara, o nell'invito in caso di procedure senza bando, o nel capitolato d'oneri. Dette condizioni possono attenersi, in particolare, a esigenze sociali o ambientali".

Il Codice dei contratti pubblici - di cui al successivo D.lgs. n. 50/2016 - ovviamente riprende le disposizioni di carattere ambientale, inserendo le stesse in maniera più rilevante all'interno dell'apparato normativo¹².

Le stesse riguardano innanzitutto i requisiti di partecipazione (art. 80) nel momento in cui si era prevista, come possibile causa di esclusione dalla gara, l'aver violato gli obblighi in materia ambientale di cui all'art. 30, comma 3 (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). Rimanendo al D. lgs. n. 50/2016, rilevava soprattutto - sulla base di quanto previsto dalla legge n. 221/2015 la quale aveva introdotto nel precedente Codice l'art. 68-*bis* (Applicazione di criteri ambientali minimi negli appalti pubblici per le forniture e negli affidamenti di servizi)¹³ - la previsione della obbligatorietà delle specifiche tecniche, relative cioè alle caratteristiche specifiche del prodotto per lavori, servizi e forniture.

¹² "l'allineamento tra diritto europeo e nazionale non è totale dal momento che singolarmente (e meritoriamente) il secondo si è spinto più in avanti del primo: il diritto europeo afferma, l'obbligatorietà solo con riferimento a categorie merceologiche particolari, mentre il diritto nazionale è già pervenuto a richiedere in via generale l'obbligatorietà della contrattazione verde". Cfr. F. DE LEONARDIS, *L'uso strategico della contrattazione pubblica: tra GPP e obbligatorietà dei CAM*, cit., p. 66

¹³ "Nell'ambito delle categorie per le quali il Piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica amministrazione, di cui al decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare 11 aprile 2008, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 107 dell'8 maggio 2008, predisposto in attuazione dei commi 1126 e 1127 dell'articolo 1 della legge 27 dicembre 2006, n. 296, prevede l'adozione dei criteri ambientali minimi di cui all'articolo 2 del citato decreto 11 aprile 2008, è fatto obbligo, per le pubbliche amministrazioni, ivi incluse le centrali di committenza, di contribuire al conseguimento dei relativi obiettivi ambientali, coerenti con gli obiettivi di riduzione dei gas che alterano il clima e relativi all'uso efficiente delle risorse indicati nella comunicazione della Commissione europea "Tabella di marcia verso un'Europa efficiente nell'impiego delle risorse" [COM (2011) 571 definitivo], attraverso l'inserimento, nella documentazione di gara pertinente, almeno delle specifiche tecniche e delle clausole contrattuali contenute nei sottoindicati decreti, relativi alle seguenti



In merito, l'articolo 34 (Criteri di sostenibilità energetica e ambientale) del D.lgs. n. 50/2016, confermando il disposto di cui al precedente articolo 68-bis, aveva appunto previsto che: *“le stazioni appaltanti contribuiscono al conseguimento degli obiettivi ambientali previsti dal Piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica amministrazione attraverso l'inserimento, nella documentazione progettuale e di gara, almeno delle specifiche tecniche e delle clausole contrattuali contenute nei criteri ambientali minimi adottati con decreto del Ministro*

categorie di forniture e affidamenti: a) acquisto di lampade a scarica ad alta intensità, di alimentatori elettronici e di moduli a LED per illuminazione pubblica, acquisto di apparecchi di illuminazione per illuminazione pubblica e affidamento del servizio di progettazione di impianti di illuminazione pubblica: decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare 23 dicembre 2013, pubblicato nel supplemento ordinario n. 8 alla Gazzetta Ufficiale n. 18 del 23 gennaio 2014, e successivi aggiornamenti; b) attrezzature elettriche ed elettroniche d'ufficio, quali personal computer, stampanti, apparecchi multifunzione e fotocopiatrici: decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare 13 dicembre 2013, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 13 del 17 gennaio 2014, e successivi aggiornamenti; c) servizi energetici per gli edifici - servizio di illuminazione e forza motrice, servizio di riscaldamento/raffrescamento di edifici: decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare 7 marzo 2012, pubblicato nel supplemento ordinario n. 57 alla Gazzetta Ufficiale n. 74 del 28 marzo 2012, e successivi aggiornamenti. L'obbligo di cui al comma 1 si applica per almeno il 50 per cento del valore delle gare d'appalto sia sopra che sotto la soglia di rilievo comunitario previste per le seguenti categorie di forniture e affidamenti oggetto dei decreti recanti criteri ambientali minimi sottoindicati: a) affidamento del servizio di gestione dei rifiuti urbani: allegato 1 al decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare 13 febbraio 2014, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 58 dell'11 marzo 2014, e successivi aggiornamenti; b) forniture di cartucce toner e cartucce a getto di inchiostro, affidamento del servizio integrato di ritiro e fornitura di cartucce toner e a getto di inchiostro: allegato 2 al decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare 13 febbraio 2014, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 58 dell'11 marzo 2014, e successivi aggiornamenti; c) affidamento del servizio di gestione del verde pubblico, per acquisto di ammendanti, di piante ornamentali, di impianti di irrigazione: decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare 13 dicembre 2013, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 13 del 17 gennaio 2014, e successivi aggiornamenti; d) carta per copia e carta grafica: decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare 4 aprile 2013, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 102 del 3 maggio 2013, e successivi aggiornamenti) ristorazione collettiva e derrate alimentari: allegato 1 al decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare 25 luglio 2011, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 220 del 21 settembre 2011, e successivi aggiornamenti; f) affidamento del servizio di pulizia e per la fornitura di prodotti per l'igiene: decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare 24 maggio 2012, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 142 del 20 giugno 2012, e successivi aggiornamenti; g) prodotti tessili: allegato 1 al decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare 22 febbraio 2011, pubblicato nel supplemento ordinario n. 74 alla Gazzetta Ufficiale n. 64 del 19 marzo 2011, e successivi aggiornamenti; h) arredi per ufficio: allegato 2 al decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare 22 febbraio 2011, pubblicato nel supplemento ordinario n. 74 alla Gazzetta Ufficiale n. 64 del 19 marzo 2011, e successivi aggiornamenti. Il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, con proprio decreto, prevede un incremento progressivo della percentuale di cui al comma 2, relativamente ai prodotti e servizi di cui all'allegato 1 al decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare 25 luglio 2011, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 220 del 21 settembre 2011, nell'arco di cinque anni, e aggiorna l'allegato medesimo, con la possibilità di prevedere ulteriori forme di certificazione ambientale, opportunamente regolamentate. L'obbligo di cui ai commi 1 e 2 si applica anche alle forniture di beni e servizi e agli affidamenti di lavori oggetto di ulteriori decreti ministeriali di adozione dei relativi criteri ambientali minimi.



dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare e conformemente, in riferimento all'acquisto di prodotti e servizi nei settori della ristorazione collettiva e fornitura di derrate alimentari, anche a quanto specificamente previsto nell'articolo 144".

Di conseguenza l'amministrazione aggiudicatrice deve prevedere nei documenti di gara (secondo quanto previsto dal Piano d'azione nazionale - cd PAN GPP¹⁴) che gli operatori economici forniscano prodotti aventi determinate caratteristiche (di compatibilità ambientale) stabilite al livello nazionale con distinti decreti ministeriali relativi ai singoli settori merceologici di riferimento.

Come messo in evidenza dalla giurisprudenza, l'inserimento dei criteri ambientali minimi risponde alla necessità di garantire che *"la politica nazionale in materia di appalti pubblici verdi sia incisiva non solo nell'obiettivo di ridurre gli impatti ambientali, ma nell'obiettivo di promuovere modelli di produzione e consumo più sostenibili, "circolari" e nel diffondere l'occupazione "verde". Oltre alla valorizzazione della qualità ambientale e al rispetto dei criteri sociali, l'applicazione dei CAM risponde anche all'esigenza della Pubblica Amministrazione di razionalizzare i propri consumi, riducendone ove*

14 Piano adottato l'11 aprile 2008 con decreto interministeriale (del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, del Ministro dell'economia e delle finanze e del Ministro dello sviluppo economico) poi sostituito con decreto del 3 agosto 2023, in attuazione di quanto previsto dall'art. 1, comma 1126, l. n. 296/2006 27 (L. finanziaria 2007), al fine di integrare le esigenze di sostenibilità ambientale nelle procedure di acquisto di beni e servizi pubblici, in particolare tenendo conto dei criteri di riduzione dell'uso delle risorse naturali, sostituzione delle fonti energetiche non rinnovabili con fonti rinnovabili, riduzione della produzione di rifiuti, riduzione delle emissioni inquinanti e riduzione dei rischi ambientali. Come affermato nel documento di consultazione ANAC - Applicazione dei Criteri Ambientali Minimi di cui al decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare dell'11 ottobre 2017 (Criteri ambientali minimi per l'affidamento di servizi di progettazione e lavori per la nuova costruzione, ristrutturazione e manutenzione di edifici pubblici) – "Il PAN GPP fornisce un quadro generale sul Green Public Procurement, definisce gli obiettivi nazionali, identifica le categorie di beni, servizi e lavori di intervento prioritario per gli impatti ambientali e i volumi di spesa sui quali definire i Criteri ambientali minimi (CAM). Detta inoltre specifiche prescrizioni per gli enti pubblici, che sono chiamati a: - effettuare un'analisi dei propri fabbisogni con l'obiettivo di razionalizzare i consumi e favorire il decoupling (la dissociazione tra sviluppo economico e degrado ambientale); - identificare le funzioni competenti per l'attuazione del GPP coinvolte nel processo d'acquisto; - redigere uno specifico programma interno per implementare le azioni in ambito GPP. Il PAN GPP prevede, infine, un monitoraggio annuale per verificarne l'applicazione, con relativa analisi dei benefici ambientali ottenuti e delle azioni di formazione e divulgazione da svolgere sul territorio nazionale". "Il Green Public Procurement ("GPP") pare configurarsi anche come strumento ambientale di carattere autoritativo (*command and control*), posto che, talora, la tutela ambientale si inserisce obbligatoriamente nel procedimento di scelta del contraente. Il GPP, dunque, sembra presentare una natura mista: a differenza degli strumenti di mercato che potremmo dire "puri", l'istituto esibisce alcuni aspetti che prescindono dalla libera scelta degli operatori economici di produrre beni e rendere servizi più sostenibili: in tali casi, le istanze ecologiche si inseriscono nel procedimento di scelta del contraente, influenzando necessariamente il mercato e "spingendo" le imprese ad adottare misure volte a promuovere una maggiore tutela ambientale per aspirare a ottenere la commessa pubblica". Cfr. F. FRACCHIA - S. VERNILE, *I contratti pubblici come strumento dello sviluppo sostenibile*, cit., p. 6



possibile la spesa".¹⁵ Si veda, solo per fare un esempio, il DM n. 236/2022 - Criteri ambientali minimi per l'affidamento del servizio di fornitura, noleggio ed estensione della vita utile di arredi per interni - il quale consente alla stazione appaltante di ridurre gli impatti ambientali degli acquisti e dei servizi inerenti agli arredi, considerati in un'ottica di ciclo di vita, invitandole: "a evitare la sostituzione di mobili e altri elementi d'arredo per soli fini estetici; valutare la possibilità di acquistare arredi usati ricondizionati; valutare il servizio di noleggio per scopi od eventi specifici; favorire l'allungamento della vita media degli arredi tramite la riparazione o rigenerazione degli stessi". La disposizione è interessante posto che sembra orientare le stesse scelte dell'amministrazione non solo su cosa e come, ma anche su se e quando porre in essere una procedura d'acquisto.

L'impianto normativo prevede, però, non solo l'obbligo di inserire le specifiche tecniche per i prodotti di cui alle categorie merceologiche previste dai decreti ministeriali attuativi del PAN¹⁶ - prevede altresì, nel secondo comma, la possibilità (non l'obbligo) che i criteri ambientali rilevino in sede di offerta in termini di "criteri premianti": "i criteri ambientali minimi definiti dal decreto di cui al comma 1, in particolare i criteri premianti, sono tenuti in considerazione anche ai fini della stesura dei documenti di gara per l'applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'articolo 95, comma 6. L'obbligo di cui ai commi 1 e 2 si applica per gli affidamenti di qualunque importo, relativamente alle categorie di forniture e di affidamenti di servizi e lavori oggetto dei criteri ambientali minimi adottati nell'ambito del citato Piano d'azione".¹⁷ Di conseguenza all'obbligo di inserimento delle citate specifiche tecniche, si

15 Cfr. Consiglio di Stato, V, n. 6934/2022

16 I settori merceologici, come detto, sono numerosi. Il D.R. 31 Marzo 2023 ha definito la programmazione delle attività volte alla definizione dei criteri ambientali minimi. Le categorie di appalti e concessioni oggetto di aggiornamento riguardano: revisione dei CAM per fornitura di calzature (dispositivi di protezione individuale e non) e di accessori in pelle, al fine di aggiornare al progresso tecnico e all'evoluzione dei mercati di riferimento i criteri ambientali minimi di pari oggetto adottati con decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare 17 maggio 2018; revisione dei CAM edilizia, al fine di aggiornare al progresso tecnico e all'evoluzione dei mercati di riferimento i criteri ambientali minimi di pari oggetto adottati con decreto del Ministro della transizione ecologica del 23 giugno 2022 n. 256. Le categorie di appalti e concessioni per le quali verrà proseguita o terminata l'attività di definizione dei CAM sono invece: servizi di ristoro con e senza l'installazione di distributori automatici di bevande, alimenti e acqua, al fine di promuovere criteri di ecodesign, specifiche tecnologie ambientali e soluzioni gestionali migliori sotto il profilo energetico, ambientale ed etico-sociale; fornitura e noleggio di personal computer, server e telefoni cellulari, al fine di adattare alle specificità nazionali i criteri comuni del "GPP training toolkit" definiti a livello unionale; servizi energetici per gli edifici e fornitura di energia elettrica, al fine di aggiornare, tenendo conto dell'evoluzione dei mercati di riferimento e delle relative filiere, i criteri ambientali minimi di pari oggetto adottati con decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare 7 marzo 2012; servizi di trasporto pubblico locale su gomma, servizio di trasporto scolastico su gomma e uscite didattiche, viaggi d'istruzione; affidamento dei servizi correlati al trasporto pubblico locale (car sharing, scooter sharing, bike sharing, mppe sharing); servizio di progettazione ed esecuzione dei lavori di costruzione, manutenzione e adeguamento delle infrastrutture stradali (strade).

17 "invero, come appare evidente dalla disposizione normativa succitata, nonché del d.m. 11 gennaio 2017, è indispensabile il rispetto dei criteri minimi ambientali in fase di progettazione esecutiva, mentre solo l'offerta di



aggiunge la possibilità che la stazione appaltante inserisca tali criteri anche nella valutazione dell'offerta, sollecitando gli operatori economici a condotte virtuose nell'ottica dell'aggiudicazione della gara. La competizione relativamente all'offerta tecnica, anche su questi profili, diventa quindi - come accennato in premessa - un modo indiretto di orientare il mercato verso condotte sostenibili che riducano l'impatto ambientale connesso ad emissioni inquinanti, consumo di energia, rifiuti etc. Al quadro illustrato bisogna poi aggiungere che nella fase di esecuzione i requisiti ambientali possono essere presi in considerazione in maniera "autonoma" prevedendo appunto delle determinate condotte virtuose in capo all'operatore economico aggiudicatario.

4. La normativa dopo il nuovo Codice dei contratti pubblici

Il nuovo Codice dei contratti pubblici, come anticipato, non ha fatto altro che confermare, con minime variazioni, l'impianto normativo precedente e, in particolare il vecchio articolo 34 del D. lgs. n. 50/2016.

L'attuale articolo 57, comma 2, del nuovo Codice, prevede infatti che: *"Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti contribuiscono al conseguimento degli obiettivi ambientali previsti dal Piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica amministrazione attraverso l'inserimento, nella documentazione progettuale e di gara, almeno delle specifiche tecniche e delle clausole contrattuali contenute nei criteri ambientali minimi, definiti per specifiche categorie di appalti e concessioni, differenziati, ove tecnicamente opportuno, anche in base al valore dell'appalto o della concessione, con decreto del Ministero dell'ambiente e della sicurezza energetica e conformemente, in riferimento all'acquisto di prodotti e servizi nei settori della ristorazione collettiva e fornitura di derrate alimentari, anche a quanto specificamente previsto dall'articolo 130."*

Si prevede dunque un obbligo di inserimento nella documentazione di gara (confermato dall'art. 83, comma 2, del nuovo Codice, in cui si prevede appunto nel bando di gara l'indicazione dei criteri ambientali minimi) di "specifiche tecniche"¹⁸ e "clausole contrattuali"

condizioni superiori rispetto a quelle minime può costituire criterio premiante, in quanto variante migliorativa."
Cfr. Consiglio di Stato, V, n. 1748/2019

18 L'allegato II.5, parte I, al Codice, intende per specifiche tecniche: *"a) nel caso di appalti pubblici di lavori: l'insieme delle prescrizioni tecniche contenute, in particolare, nei documenti di gara, che definiscono le caratteristiche richieste di un materiale, un prodotto o una fornitura in modo che rispondano all'uso a cui sono destinati dalla stazione appaltante; tra queste caratteristiche rientrano i livelli della prestazione ambientale e le ripercussioni sul clima, la progettazione che tenga conto di tutti i requisiti (compresa l'accessibilità per persone con disabilità), la valutazione della conformità, la proprietà d'uso, la sicurezza o le dimensioni, incluse le procedure riguardanti il sistema di garanzia della qualità, la terminologia, i simboli, il collaudo e metodi di prova, l'imballaggio, la marcatura e l'etichettatura, le istruzioni per l'uso, nonché i processi e i metodi di produzione in qualsiasi momento del ciclo di vita dei lavori. Esse comprendono altresì le norme riguardanti la progettazione e la determinazione dei costi, le condizioni di collaudo, d'ispezione e di accettazione dei lavori nonché i metodi e le tecniche di costruzione come pure ogni altra condizione tecnica che l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore può prescrivere, mediante regolamentazione generale o particolare, in relazione all'opera finita e ai materiali o alle parti che la compongono; b) nel caso di appalti pubblici di servizi o di forniture, le specifiche contenute in un documento, che definiscono le caratteristiche richieste di un prodotto o di un servizio, tra cui i livelli di qualità, i livelli di prestazione ambientale e le ripercussioni sul clima, una progettazione che tenga conto*



contenute dei criteri ambientali minimi dei decreti ministeriali attuativi del Piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica amministrazione.

La seconda parte della disposizione prevede altresì (alla pari di quanto previsto nel vecchio art. 34, comma 2, del D.lgs. n. 50/2016), la possibilità di inserire i cd criteri premianti concernenti dunque le caratteristiche dell'offerta: *“tali criteri, in particolare quelli premianti, sono tenuti in considerazione anche ai fini della stesura dei documenti di gara per l'applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'articolo 108, commi 4 e 5. Le stazioni appaltanti valorizzano economicamente le procedure di affidamento di appalti e concessioni conformi ai criteri ambientali minimi”*.

Se quindi con riferimento all'oggetto del contratto, è necessario richiamare le specifiche tecniche del prodotto, l'amministrazione aggiudicatrice ha comunque la facoltà di valorizzare (in termini di punteggio) le offerte che dimostrino una particolare attenzione agli aspetti di tutela ambientale.

Sul punto si veda l'art. 108 del nuovo Codice che richiama gli aspetti ambientali nell'offerta economicamente più vantaggiosa¹⁹; l'art. 107, comma 2, che prevede la possibilità di non aggiudicare se si accerta che l'offerta economicamente più vantaggiosa non soddisfa gli obblighi ambientali; l'art. 110, comma 5, che prevede l'esclusione dell'offerta anormalmente bassa in caso di mancato rispetto degli obblighi ambientali.

Al netto poi della possibilità di richiedere - come requisiti di partecipazione (che impattano in vario modo sull'offerta e sull'esecuzione) le certificazioni ambientali (si veda a livello europeo EMAS – *Eco-Management and Audit Scheme* e, a livello internazionale, EN/ISO 14001, in merito ai quali è possibile l'avvalimento) che sono distinte dalle certificazioni relative al

di tutte le esigenze (compresa l'accessibilità per le persone con disabilità) e la valutazione della conformità, la proprietà d'uso, l'uso del prodotto, la sicurezza o le dimensioni, compresi i requisiti applicabili al prodotto quali la denominazione di vendita, la terminologia, i simboli, il collaudo e i metodi di prova, l'imballaggio, la marcatura e l'etichettatura, le istruzioni per l'uso, i processi e i metodi di produzione a ogni stadio del ciclo di vita della fornitura o dei servizi, nonché le procedure di valutazione della conformità”.

19 “L'idea di fondo che emerge con estrema chiarezza è, a ben vedere, l'ampliamento del concetto di qualità dell'offerta attraverso l'attribuzione di maggiore valore economico ai beni e servizi con caratteristiche “green” che, sebbene possano comportare ulteriori oneri in capo agli operatori economici in termini di compatibilità ambientale della prestazione proposta e una presumibile maggiore spesa pubblica, consentono di conseguire risultati virtuosi sotto il profilo della tutela dell'ambiente. Di questo nuovo approccio è parte fondamentale il costo del ciclo di vita, vale a dire un criterio di carattere meno qualitativo che, nondimeno, consente di apprezzare l'impatto ambientale di un prodotto inglobando, nella valutazione dell'offerta, costi ulteriori rispetto al prezzo del bene, dell'opera o del servizio, come i costi relativi all'acquisizione, i costi connessi all'utilizzo (quali consumo di energia e altre risorse), i costi relativi al fine vita e quelli imputati a esternalità ambientali legati ai prodotti, servizi o lavori nel corso del ciclo di vita (purché il loro valore monetario possa essere determinato e verificato), nonché i costi delle emissioni di gas ad effetto serra e di altre sostanze inquinanti e quelli connessi alla mitigazione del *climate change*. Come si vede, dunque, la dimensione dei costi ambientali assurge a eventuale criterio di aggiudicazione, non solo negli appalti aggiudicati attraverso l'offerta economicamente più vantaggiosa, ma anche in quelli aggiudicati con il criterio del costo più basso che è alternativo a quello del solo prezzo”. Cfr. A. LUPO, *La disciplina delle clausole ambientali*, cit., p. 125



prodotto (si veda ad esempio le eco-etichette come “Ecolabel”, marchio di qualità ecologica istituito con reg. CE n. 880/1992).

I piani dunque sono tutti collegati, sebbene separati. Uno fa riferimento al prodotto oggetto dell’offerta, il quale non può avere caratteristiche difformi da quelle previste nei decreti ministeriali (o da quelle più specifiche previste dai documenti di gara); un altro concerne invece la possibilità che nell’offerta tecnica stessa si aggiungano ulteriori elementi che garantiscono ancor di più la tutela dell’ambiente, così da premiare l’offerta medesima con punteggi maggiori. Un altro ancora concerne, più a monte, il requisito di partecipazione.

In merito all’eventuale commistione di elementi, si veda quanto affermato dal TAR Lazio, sentenza n. 11582/2017: *“nel bando in esame tuttavia la qualificazione EMAS è prescritta come elemento di valutazione dell’offerta tecnica in aggiunta rispetto al requisito di partecipazione della qualificazione UNI EN ISO 14001. Sotto questo profilo il bando appare illegittimo per previsione di un requisito ultroneo e sproporzionato, che incide sui principi della concorrenza. La certificazione EMAS, come si è detto, è sostanzialmente equipollente a quella già richiesta come condizione di partecipazione alla gara”*. Va da sé che: maggiore è “la quota di punteggio” assegnata a questi profili (da una stazione appaltante che si dimostri particolarmente sensibile al tema), maggiore è l’impatto sul mercato in termini di “indirizzo” dello stesso verso condotte virtuose.

Ovviamente - alla luce dei principi di *favor participationis*, pubblicità, trasparenza e non discriminazione - deve essere lasciata la possibilità agli operatori economici di poter provare con qualunque mezzo il possesso di determinate caratteristiche ambientali “avanzate”, sia a livello soggettivo sia a livello oggettivo, con riferimento al prodotto. Ciò si evince dall’allegato II.5 al Codice il quale, con riferimento alle specifiche tecniche, nella parte II, punto 8, prevede appunto che l’offerente possa dimostrare *“con qualsiasi mezzo appropriato, compresi i mezzi di prova di cui all’articolo 105 del codice, che le soluzioni proposte ottemperano in maniera equivalente alle prestazioni, ai requisiti funzionali e alle specifiche tecniche prescritti.”*

La previsione mette dunque in guardia l’amministrazione aggiudicatrice da condotte che, a onta della finalità di interesse ambientale, possano risultare però penalizzanti per gli operatori economici. Da qui la previsione nell’allegato richiamato, al punto 6, secondo cui: *“salvo che siano giustificate dall’oggetto dell’appalto, le specifiche tecniche non possono menzionare una fabbricazione o provenienza determinata o un procedimento particolare caratteristico dei prodotti o dei servizi forniti da un operatore economico specifico, né far riferimento a un marchio, a un brevetto o a un tipo, a un’origine o a una produzione specifica che avrebbero come effetto di favorire o eliminare talune imprese o taluni prodotti. Tale menzione o riferimento sono tuttavia consentiti, in via eccezionale, nel caso in cui una descrizione sufficientemente precisa e intelligibile dell’oggetto dell’appalto non sia possibile applicando il punto 5. In tal caso la menzione o il riferimento sono accompagnati dall’espressione «o equivalente»*. Nonché dal successivo punto 7, alla luce del quale: *“quando si avvalgono della facoltà prevista dal punto 5, lettera a) o della possibilità di fare riferimento alle specifiche tecniche di cui al punto 5, lettera b), le stazioni appaltanti non possono escludere un’offerta per il motivo che i lavori, le forniture o i servizi offerti non sono conformi alle prestazioni o ai requisiti funzionali, se vi ottemperano in modo equivalente, né perché non conformi alle specifiche tecniche, se si tratta di prestazioni conformi a una norma europea, a una omologazione tecnica europea, a una specifica tecnica comune, a una norma internazionale o a un sistema tecnico di riferimento adottato da un organismo*

europeo di normalizzazione che contemplano le prestazioni o i requisiti funzionali prescritti". Da una parte quindi si può "restringere" la platea degli operatori economici partecipanti alla gara imponendo, *ex lege*, delle specifiche caratteristiche del prodotto, o premiare talune offerte che abbiano caratteristiche ancor più "avanzate"; dall'altra parte, è però necessario consentire agli operatori economici di provare "con qualunque mezzo" che il prodotto offerto e/o le caratteristiche dell'offerta abbiano i requisiti previsti, e che dunque ottemperino agli obblighi ambientali di cui alla documentazione di gara.

C'è altresì da aggiungere che - come peraltro evidenziato dall'ANAC, nella vigenza del vecchio Codice, nelle linee guida n. 2/2018 recanti "Offerta economicamente più vantaggiosa" - che le amministrazioni devono avere un approccio "oggettivo" ed "effettivo": *"in generale, le stazioni appaltanti devono individuare criteri di valutazione concretamente idonei a evidenziare le caratteristiche migliorative delle offerte presentate dai concorrenti e a differenziare le stesse in ragione della rispondenza alle esigenze della stazione appaltante. I citati criteri devono, pertanto, consentire un effettivo confronto concorrenziale sui profili tecnici dell'offerta, scongiurando situazioni di appiattimento delle stesse sui medesimi valori, vanificando l'applicazione del criterio del miglior rapporto qualità/prezzo. In altri termini, non dovrebbero essere oggetto di valutazione i requisiti di partecipazione che, per definizione, sono posseduti da tutti i concorrenti, o le condizioni minime - incluso il prezzo - con cui i lavori, servizi o forniture devono essere realizzati; si dovrebbe attribuire un punteggio positivo solo a miglioramenti effettivi rispetto a quanto previsto a base di gara"*.

Ai profili fin qui messi in evidenza, bisogna poi aggiungere che determinati "obblighi ambientali possono rilevare anche in sede di esecuzione: l'art. 113, comma 1, del nuovo Codice prevede appunto che le condizioni di esecuzione possono riguardare, in particolare, esigenze ambientali.

Come si evinceva già dai sotto-gruppi riassunti nel documento di consultazione ANAC, i criteri ambientali possono riguardare anche *"la sola fase di esecuzione del contratto; pertanto, gli stessi sono inseriti nella documentazione di gara relativa alla procedura di affidamento dei lavori, con particolare riferimento al capitolato speciale d'appalto"*.

Prima di passare agli aspetti processuali indagati dalla giurisprudenza, in merito alla nuova norma di cui al Codice dei contratti pubblici, c'è da aggiungere che la stessa - a differenza del vecchio art. 34 - non riproduce la parte in cui si stabiliva che: *"l'obbligo di cui ai commi 1 e 2 si applica per gli affidamenti di qualunque importo, relativamente alle categorie di forniture e di affidamenti di servizi e lavori oggetto dei criteri ambientali minimi adottati nell'ambito del citato Piano d'azione"*.

Ad ogni modo non sembra che la mancata riproposizione del comma inserito nella vecchia disposizione, possa essere in qualche modo sinonimo di dequotazione degli interessi ambientali nei contratti sotto-soglia. L'articolo 48, comma 1, del nuovo Codice, prevede infatti che: *"l'affidamento e l'esecuzione dei contratti aventi per oggetto lavori servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea si svolgono nel rispetto dei principi di cui al Libro I, Parti I e II"*. Posto che l'art. 57 è collocato nella parte II, non v'è dubbio che la norma si applichi a tutti i contratti (compresi quelli sotto-soglia)²⁰.

²⁰ Sul punto si veda S. VERNILE, "Nuovo" Codice dei contratti pubblici e criteri ambientali minimi per l'economia circolare, cit., p. 988: "né parrebbe rilevare la mancata riproduzione di quanto previsto dal



5. Aspetti giuridici di rilievo e problematiche applicative

Illustrato il quadro normativo ultimo - il quale ripropone sostanzialmente quello pregresso (che a sua volta aveva ricevuto le più rilevanti modifiche con la legge n. 221/2015 e con il cd decreto correttivo di cui al D.lgs. n. 56/2017), veniamo ad aspetti giuridici che mettono in evidenza talune complessità della tematica in oggetto.

La giurisprudenza ha dato un contributo alla sua disciplina giuridica, ad esempio specificando innanzitutto la distinzione tra requisiti di partecipazione, elementi essenziali dell'offerta e condizioni di esecuzione: *"i criteri ambientali minimi non possono essere qualificati in senso proprio come requisiti, né di partecipazione, né di esecuzione; non di partecipazione, dal momento che questi afferiscono al concorrente, sia in quanto operatore economico (cd. requisiti generali), sia quale imprenditore del settore (cd. requisiti speciali); i requisiti di esecuzione sono invece condizioni soggettive ed oggettive dell'appaltatore, previsti onde assicurare il puntuale adempimento di obbligazioni inerenti al contratto pubblico per cui è stata indetta gara; in tal senso, essi sono esigibili non in capo al concorrente, e quindi fin dal momento della gara, ma solo dall'appaltatore ed al momento della stipulazione, essendo solo tale soggetto colui che deve assicurare la corretta esecuzione delle prestazioni contrattuali [...]. Si è in presenza di elementi essenziali dell'offerta, ossia di caratteristiche qualitative che la norma impone debbano essere possedute dalle cose oggetto di fornitura, nel caso di specie arredi ed attrezzature che, sebbene appartenenti ad un genus, devono essere identificate, presentate e comprovate come qualitativamente idonee dal punto di vista del soddisfacimento dei criteri ambientali minimi"*²¹.

Questa differenziazione impatta anche sulla prova del possesso di determinate caratteristiche del prodotto posto che, per quanto concerne l'offerta, è necessaria la verifica in sede di valutazione (prendendo in considerazione le relative certificazioni e/o l'idoneità di altri mezzi di prova ad attestare il rispetto dei criteri ambientali); per quanto concerne le condizioni di esecuzione, vi sarà una verifica successiva alla conclusione della gara *"ascrivibile ad esigenze di economia procedimentale, diversamente costituendo un ingiustificato aggravamento del procedimento un accertamento preventivo relativo a tutti i concorrenti, nonché al rispetto del principio di proporzionalità e di favor participationis; invero, costituirebbe un onere eccessivo imporre a chi è semplice concorrente il possesso di condizioni e requisiti che si rivelerebbero privi di concreta utilità in caso di mancata aggiudicazione; in tal senso, in giurisprudenza si è ritenuto adeguato imporre al*

previgente art. 34, D. Lgs. 50/2016, in virtù del quale l'obbligo di introduzione dei CAM avrebbe dovuto applicarsi agli affidamenti di qualunque importo relativamente alle forniture, ai servizi e ai lavori riconducibili agli ambiti individuati dal Piano d'azione: il D. Lgs. 36/2023, all'art. 48, comma 4, prevede che ai contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea si applicano le disposizioni del Codice dei contratti pubblici salvo non siano derogate dalla Parte I del libro II. In assenza di una diversa previsione, si ritiene, allora, che l'obbligo di introduzione dei CAM valga altresì per i contratti di importo inferiore alle soglie stabilite dall'art. 14 del medesimo Codice".

²¹ Cfr. TAR Campania - Napoli - n. 1529/2021. Sul punto, più di recente, Consiglio di Stato, V, n. 334/2024: *"I CAM, difatti, non costituiscono requisito soggettivo di partecipazione, bensì un parametro di riferimento tecnico cui i capi devono corrispondere e qualora ciò non sia comprensibile dall'offerta tecnica e dalle schede tecniche (come nel caso di specie), l'O.E. offerente ha quantomeno l'onere di dichiarare la conformità dei beni ai suddetti criteri"*.



concorrente in fase di partecipazione il mero impegno all'acquisizione di mezzi e beni necessari per l'eventuale esecuzione del contratto".²²

Sul punto è però necessario chiarire: l'operatore economico in caso di sussistenza di specifiche tecniche concernenti il prodotto, e dunque rientranti nelle caratteristiche dell'offerta, ha l'onere di dimostrare siffatti elementi nella fase di gara, non potendo "impegnarsi" con una autocertificazione a rispettarli nell'ipotesi in cui risulti aggiudicatario²³.

22 Cfr. TAR Campania - Napoli - n. 1529/2021

23 In merito si veda TAR Lazio, I-bis, n. 9140/2021: *"quanto al momento in cui deve essere verificato il rispetto dei suddetti criteri, deve osservarsi che, con specifico riferimento ai CAM relativi alla categoria merceologica oggetto del presente giudizio, la suddetta valutazione è stata già compiuta dal decreto ministeriale 17 maggio 2018, il quale – come sopra detto – ha distintamente indicato le "Specifiche Tecniche", il cui possesso deve essere dimostrato in sede di offerta con le modalità stabilite, rispetto ai "Criteri premianti", che l'Amministrazione può prendere in considerazione ai fini dell'attribuzione di un punteggio aggiuntivo, e alle "Condizioni di esecuzione/clausole contrattuali", il cui rispetto va quindi accertato soltanto in fase esecutiva [...]. "ne consegue che sia in considerazione della lettera e dell'articolazione sistematica interna del decreto ministeriale 17 maggio 2018, sia anche in base alla formulazione del Capo IX delle Specifiche tecniche della lex specialis della procedura, non possa dubitarsi che il rispetto delle prescrizioni in esame dovesse essere comprovato in sede di gara, con le modalità specificamente prescritte, senza che tale dato possa essere posto nel nulla dalla mera circostanza che la presentazione della documentazione a comprova dei CAM non fosse specificamente riepilogata tra i documenti da produrre a pena di esclusione. Non a caso, la controinteressata si è avvalsa della possibilità di inserimento telematico di "eventuale ulteriore documentazione tecnica" proprio per la presentazione di quanto a suo avviso ritenuto utile per dimostrare il rispetto dei criteri ambientali minimi". In merito ai tempi e alla modalità di verifica del rispetto dei CAM, si veda altresì Consiglio di Stato, III, n. 397/2022: "l'analisi dei "criteri ambientali minimi" e delle modalità di verifica del relativo rispetto consente di affermare che, in linea generale, questa può collocarsi nella fase di espletamento della gara (con i connessi oneri dichiarativi e documentali in capo ai concorrenti) ovvero nella fase della esecuzione della prestazione contrattuale: tanto si evince dalla previsione, innanzi richiamata e contenuta nelle premesse dell'allegato descrittivo dell'impostazione seguita nella formulazione dei "criteri", secondo cui la «verifica» riporta, a seconda del criterio ambientale che venga in considerazione, "le informazioni e la documentazione da allegare in sede di partecipazione alla gara, i mezzi di prova richiesti, e le modalità per effettuare le verifiche in sede di esecuzione contrattuale". Ebbene, nella fattispecie in esame, una prima indicazione interpretativa, nel senso della inerenza dell'obbligo di rispetto dei criteri ambientali – e della esecuzione della relativa "verifica" – alla fase successiva all'affidamento, si evince dalla previsione, innanzi richiamata e pertinente alla gara di cui si tratta (che, come meglio si vedrà in seguito, ha ad oggetto, per la parte concernente i lavori, sia la progettazione che l'esecuzione degli stessi), secondo cui "nei casi di affidamento del servizio di progettazione, i criteri dovranno costituire parte integrante del disciplinare tecnico elaborato dalla stazione appaltante in modo da indirizzare la successiva progettazione": invero, il riferimento alla "successiva progettazione", quale sede applicativa dei criteri ambientali previamente recepiti dalla stazione appaltante in sede di elaborazione del disciplinare tecnico, induce a ritenere che è nella fase post-affidamento, comprensiva appunto della progettazione, che deve essere assicurato il rispetto di quei criteri (ed attuata la relativa "verifica").". Si veda altresì Consiglio di Stato, III, n. 9398/2023, secondo cui: "la verifica della effettiva erogazione della fornitura o servizio rispetto a quanto offerto in sede di gara, che il decreto ministeriale affida anche alla sede esecutiva del contratto stipulato tra l'operatore economico e la stazione appaltante a valle della procedura di evidenza pubblica, non consente di escludere, ma, anzi, di ritenere obbligato il controllo della conformità delle attrezzature ai CAM già nell'ambito delle attività di valutazione delle offerte. In altri termini, le due fasi rispondono a criteri diversi. In sede di gara, la valutazione della conformità ai CAM deve essere effettuata dalla*



Questo aspetto è importante al fine di non sovrapporre i profili attinenti all'offerta tecnica e quelli concernenti l'esecuzione²⁴. Così come quelli relativi ai criteri soggettivi di prequalificazione rispetto ai criteri di aggiudicazione, in merito ai quali però, il Consiglio di Stato, III, n. 1635/2019, ha messo in evidenza che: *“il principio della netta separazione tra criteri soggettivi di prequalificazione e criteri di aggiudicazione della gara deve essere interpretato cum grano salis (così, espressamente, Cons. St., sez. IV, 25 novembre 2008, n. 5808), consentendo alle stazioni appaltanti, nei casi in cui determinate caratteristiche soggettive del concorrente, in quanto direttamente riguardanti l'oggetto del contratto, possano essere valutate anche per la selezione della offerta, di prevedere nel bando di gara anche elementi di valutazione della offerta tecnica di tipo soggettivo, concernenti la specifica attitudine del concorrente. Anche l'Autorità Anticorruzione - ANAC, nelle proprie linee guida sull'offerta economicamente più vantaggiosa approvate con deliberazione n. 2/2016 evidenzia che la separazione fra requisiti di partecipazione e criteri di valutazione è ormai divenuta più labile rispetto all'impostazione tradizionale, ed in base alla delibera ANAC n. 1091/2017, resa nell'ambito di un parere precontenzioso, è possibile valorizzare la certificazione ISO 14001. Conclusivamente, anche nel caso di specie, pur non trattandosi di un appalto di servizi, non appariva illogico o illegittimo l'inserimento di un criterio di valutazione, peraltro meramente aggiuntivo e sussidiario, volto a premiare i processi aziendali dei singoli concorrenti muniti di una certificazione attestante, secondo il diritto comunitario, una maggiore attenzione all'impatto ed alla sostenibilità ambientale nella produzione e nella distribuzione del prodotto offerto in gara”*.

Commissione per verificare che l'offerta sia rispettosa della lex specialis e dei criteri ambientali, in ossequio al principio di par condicio dei partecipanti. Diverso e ulteriore (ed eventuale) è il profilo del controllo in sede esecutiva di quanto dichiarato dal soggetto aggiudicatario, atteso che in quella fase il rapporto tra stazione appaltante e impresa offerente si atteggia con una modalità prettamente privatistica e paritetica tra le parti, rispetto alla quale l'ordinamento appronta in favore dell'Amministrazione strumenti civilistici (diffida ad adempiere, risoluzione in danno) nel caso in cui il contraente sia inadempiente agli obblighi assunti con la propria offerta, che assume a tutti gli effetti i caratteri tipici di una proposta di contratto irrevocabile”.

²⁴ Che comunque permangono alla luce di quanto specificato dal già citato Consiglio di Stato, III, n. 397/2022: *“deve fin d'ora osservarsi che la suddetta precisazione, di carattere essenzialmente ricognitivo (quanto all'impostazione metodologica del documento), assume un non secondario rilievo ai fini della decisione: ciò in quanto la connessione strumentale che lega la “verifica” al possesso del requisito ambientale induce ad allineare, da un punto di vista procedurale, le due situazioni, collocandosi entro la medesima fase (sia essa quella relativa alla gara ovvero all'esecuzione della prestazione, questione che si affronterà infra), dovendo ritenersi che l'adempimento di una prescrizione ambientale sia richiesta dall'ordinamento allorché siano anche legittimamente attivabili gli strumenti per verificarne l'attuazione”*. In merito si veda altresì TAR Lazio, sentenza n. 9488/2023: *“in relazione alla non rispondenza dei macchinari offerti ai CAM (Criteri Ambientali Minimi), poi, deve essere rilevato che, dalle schede tecniche allegate all'elenco dei macchinari nonché dai manuali d'uso di ciascuno di essi, risulta che tutte le attrezzature offerte rispettano i criteri ambientali minimi. Segnatamente: sono ad alimentazione elettrica via cavo o a batteria; i relativi componenti sono tutti riciclabili, ad eccezione di alcune parti che, per la specifica funzione di uso, dovranno essere smaltite come rifiuti speciali. Peraltro, il compimento delle verifiche sulla conformità delle attrezzature ai CAM è demandato alla fase di esecuzione del contratto, essendo, peraltro, espressamente previsto che, in caso di difformità, l'aggiudicatario dovrà adeguarsi”*..



Alla luce del quadro illustrato emerge che, a onta delle “chiare” differenze teoriche, permangono profili di complessità “operativa” in merito agli aspetti di tutela ambientale per mezzo dei criteri ambientali minimi.

La complessità emerge da quanto affermato dal citato TAR Veneto, sentenza n. 329/2019: *“in primo luogo, si deve evidenziare che - in linea con il dettato della lex specialis - la controinteressata non era tenuta ad inserire, già nel contesto della propria offerta, la documentazione concernente la conformità dei prodotti offerti ai CAM. La richiesta e la presentazione successiva della documentazione necessaria, quindi, non hanno comportato violazione di alcuna previsione di gara. Né certamente la controinteressata poteva essere esclusa per non avere presentato, in sede di offerta, documentazione mai richiesta dalla legge di gara, tanto meno a pena di esclusione. In secondo luogo, occorre chiarire che tale documentazione non attiene né ai requisiti soggettivi di partecipazione alla gara, né a criteri di valutazione da utilizzare per l'affidamento dell'appalto, ma è volta solo ad attestare in modo ufficiale le caratteristiche dei prodotti già offerti dalla concorrente. L'integrazione documentale sui requisiti CAM, quindi, non determina alcuna modificazione dell'offerta presentata dalla controinteressata, ma ha una finalità meramente dimostrativa di caratteristiche possedute ab origine dai prodotti offerti, che sono rimasti invariati (cfr. Tar Trentino Alto Adige, sez. I, 16.01.2018, n. 12). L'acquisizione della documentazione in un momento successivo alla scadenza del termine di presentazione delle offerte non ha comportato, quindi, un mutamento dell'offerta, che è rimasta del tutto inalterata. Pertanto, la stessa ben poteva essere acquisita dalla Stazione appaltante anche in un momento successivo all'aggiudicazione, ovvero nella fase prodromica alla consegna dei beni e all'esecuzione del contratto, volta alla concreta e definitiva verifica della piena rispondenza dei prodotti offerti a quanto prescritto dalla gara e dalle altre disposizioni in materia di CAM”*.

Al tema è correlata anche la questione relativa al soccorso istruttorio la cui operatività è stata esclusa dalla giurisprudenza: la società *“ha prodotto il certificato di omologazione di reazione al fuoco solo a seguito di soccorso istruttorio, Invero, trattandosi di integrazione dell'offerta tecnica, vale il principio secondo cui la possibilità del soccorso istruttorio, stante l'art. 83, comma 9, del d. lgs. n. 50/2016 è circoscritto ad elementi non riguardanti l'offerta tecnica ed economica”*.²⁵

25 Cfr. TAR Toscana n. 225/2020. In merito si veda altresì Consiglio di Stato, VI, n. 2344/2019: *“l'amministrazione conferma la doverosità della produzione nonché l'effettiva carenza al riguardo dell'offerta del RTI [...] tuttavia, con l'appello, insiste nel sostenere che la omessa produzione delle dichiarazioni e certificazioni in discorso non avrebbe potuto determinarne l'esclusione, bensì l'attribuzione di un minor punteggio; in ogni caso, la mancanza si sarebbe comunque potuta sanare facendosi ricorso al soccorso istruttorio. Detta prospettazione dell'appellante non risulta condivisibile. La ricordata prescrizione di gara è chiara nel prevedere che i requisiti in questione devono sussistere, in quanto “minimi obbligatori”, e devono essere esattamente documentati. Più precisamente, già il TAR ha correttamente osservato che la legge di gara ed il questionario tecnico prevedono due differenti tipologie di “Caratteristiche ambientali”, le prime di natura obbligatoria e le seconde di natura facoltativa (tali da consentire l'assegnazione di 5 punti tecnici), concludendo che le caratteristiche di cui all'art. 23.03 rientrano nella prima categoria. Pertanto, tenuto conto che l'a.t.i. [...] non ha prodotto tutte le certificazioni e dichiarazioni necessarie per attestarne il relativo possesso, risulta corretta la conseguenza che ne trae il giudice di primo grado, secondo cui l'a.t.i. doveva essere necessariamente esclusa, in quanto non aveva rispettato le prescrizioni di gara. Come già rilevato dal TAR, non sussiste neppure la possibilità di ricorrere al soccorso istruttorio in riferimento alle carenze dell'offerta tecnica. L'art. 83, comma 9, del D. Lgs. 50/2016 delimita la procedura di soccorso istruttorio alla eventuale “mancanza, incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli*



In merito invece allo specifico richiamo ai CAM nella documentazione di gara, la giurisprudenza ritiene non sufficiente un generico richiamo alla normativa applicabile, evidenziando al contempo che: *“allorquando il bando contenga un puntuale riferimento ai decreti ministeriali (corredando la disposizione sulla sostenibilità ambientale con specifiche prescrizioni, per particolari prestazioni), l’onere di diligenza impone al concorrente di adeguare la propria offerta ai criteri ambientali minimi che la stazione appaltante non ha trascurato, e che l’operatore economico è così messo in grado di conoscere e valutare, per formulare un’offerta consapevole. In tal caso, il meccanismo di eterointegrazione opera con pienezza, corrispondendo allo spirito che informa l’intera normativa sui criteri minimi ambientali, la quale si proietta sulla diretta cogenza delle relative regole [...]. In tale contesto, apparirebbe ultroneo pretendere da parte della stazione appaltante la declinazione dei criteri ambientali minimi contenuti nella relativa normativa di legge, che si sostanzierebbe nell’obbligo meramente formale di riproduzione del suo contenuto, ogni qualvolta non sia dedotto e dimostrato che, con riferimento alla specificità dell’appalto o ad altre circostanze peculiari, una tale esigenza si imporrebbe, per l’impossibilità che il concorrente possa formulare un’offerta adeguata”*.²⁶

È necessario poi porsi un interrogativo: quali sono le conseguenze di una eventuale omissione nei documenti di gara, del richiamo agli stessi criteri ambientali minimi per categoria merceologica di cui ai decreti ministeriali attuativi del piano nazionale?

L’obbligatorietà dei CAM (l’art. 57 prevede l’inserimento *“almeno delle specifiche tecniche e delle clausole contrattuali contenute nei criteri ambientali minimi”*), implica che il mancato richiamo possa essere fonte di illegittimità della gara, posto che richiede un oggetto (e le relative offerte) non in linea con i parametri di legge.

Come affermato dal Consiglio di Stato III - sentenza n. 8773/2022: *“una volta chiarita l’ammissibilità del gravame rivolto contro un’aggiudicazione viziata dal mancato inserimento dei criteri ambientali minimi nella legge di gara, la conseguenza dell’accoglimento di tale censura è la caducazione dell’intera gara e l’integrale riedizione della stessa, emendata dal vizio in questione”*.

Nello stesso senso, si veda altresì Consiglio di Stato, III, n. 2795/2023: *“le procedure di scelta del contraente sono indette mediante bandi di gara, che, redatti in conformità di quelli tipo adottati da ANAC, devono contenere, ai sensi dell’articolo 71 del codice dei contratti pubblici, “altresì i criteri ambientali minimi di cui all’articolo 34”. In questa prospettiva, indipendentemente dalla classificazione sub A o B del modello contenuto nel decreto CAM, non residua alcun dubbio che i criteri ambientali minimi debbano ab origine essere contenuti nei bandi di gara, data la natura cogente delle disposizioni che ne impongono l’introduzione [...]. Il mancato inserimento della relativa documentazione nella documentazione di gara fin dal momento della sua indizione costituisce un obbligo indefettibile per la stazione appaltante, il cui mancato assolvimento determina l’illegittimità del bando e dell’intera*

elementi e del documento di gara unico europeo di cui all’articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all’offerta tecnica ed economica (...). La giurisprudenza (cfr. CGA, 5 novembre 2018, n. 701) ha chiarito che: *“L’istituto del soccorso istruttorio nelle gare di appalto, previsto e disciplinato dall’art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016, è di latitudine tale da far rientrare nel suo ambito operativo, ben al di là delle mere operazioni di formale completamento o chiarimento cui aveva riguardo l’art. 46 del d.lgs. n. 163/2006, le carenze di “qualsiasi elemento formale della domanda”, ossia la mancanza, incompletezza e ogni altra irregolarità, quand’anche di tipo “essenziale”, purché non involgente l’offerta economica o tecnica in sé considerata”*.

26 Cfr. TAR Campania - Napoli - sentenza n. 377/2024



procedura". Se 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 dovrebbe ottemperare²⁷).

Nella citata sentenza del TAR Veneto si fa appunto riferimento al meccanismo di eterointegrazione: "ciò è possibile in forza del meccanismo di eterointegrazione ricavabile dall'art. 1374 c.c. che recita "Il contratto obbliga le parti non solo a quanto e nel medesimo espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge, o, in mancanza, secondo gli usi e l'equità". Difatti, nel caso di specie è ravvisabile una mera lacuna nella legge di gara, dal momento che la Stazione appaltante ha ommesso di inserire la regola sul rispetto dei CAM, prevista come obbligatoria dall'ordinamento giuridico. E tale lacuna può quindi essere colmata, in via suppletiva, attraverso il meccanismo di integrazione automatica, in base alla normativa vigente in materia".

In merito, successivamente, si veda Consiglio di Stato, III, n. 397/2022: "giova precisare, che, nell'ipotesi di ommesso richiamo da parte della *lex specialis*, sono suscettibili di integrarla *ab externo*, al fine di conformarla alle disposizioni di legge sovraordinate". Insomma, la questione non è di chiara lettura, potendosi optare per il travolgimento della gara oppure - applicando il meccanismo della cogenza *ex lege* e della eterointegrazione, la gara rimane salva a condizione però, come precisato, che gli operatori economici abbiano formulato un'offerta comprensiva delle caratteristiche del prodotto, in linea quindi con i CAM.

Si pone poi la questione relativa alla "corrispondenza" della categoria merceologica; sul punto si veda quanto affermato dal già citato Consiglio di Stato, VI, n. 2344/2019: "il D.M. citato si rivolge effettivamente alla categoria degli arredi per interni. Ciò non esclude che la stazione appaltante possa introdurre nei propri bandi i CAM anche qualora non si tratti di arredi per interni (da ufficio) in senso stretto. In tal senso, l'art. 34 del D. Lgs. 50/2016, al comma 1, prevede che le stazioni appaltanti contribuiscono al conseguimento degli obiettivi ambientali previsti dal Piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica amministrazione attraverso l'inserimento, nella documentazione progettuale e di gara, almeno delle specifiche tecniche e delle clausole contrattuali contenute nel D.M. CAM."

Un ulteriore interrogativo si pone in merito ai tempi dell'impugnativa dell'operatore economico.

Applicando i principi generali a livello processuale i quali - in base alle note pronunce dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato in tema di impugnabilità dei bandi di gara, che

²⁷ Sul punto, la citata sentenza del Consiglio di Stato - n. 2795/2023, ha affermato però che: "la ratio dell'intero impianto normativo risiede nel duplice obiettivo di consentire agli operatori economici di formulare un'offerta consapevole ed adeguata sulla base di tutti gli elementi, compresi i CAM, che la stazione appaltante deve mettere a disposizione".



prevedono l'impugnabilità immediata come eccezione²⁸ - la non conformità del bando ai criteri ambientali minimi, non avendo portata escludente, non implica l'onere di immediata impugnazione.

In questo senso, il Consiglio di Stato, V - sentenza n. 972/2021 - ha appunto affermato che il vizio in oggetto: *“non è vizio tale da imporre un'immediata e tempestiva impugnazione del bando di gara, non ricadendosi nei casi eccezionali di clausole escludenti o impeditive che, sole, consentono l'immediata impugnazione della lex specialis di gara. Conseguentemente, la partecipazione alla gara in un'ipotesi del genere non può considerarsi acquiescenza alle regole di gara, essendo l'impugnazione proponibile solo all'esito della procedura e avverso l'aggiudicazione, senza che ciò possa qualificarsi come un venire contra factum proprium come invece ritenuto dal primo giudice”*.

Sarà necessario dunque impugnare l'aggiudicazione nei confronti dell'aggiudicatario che non ha rispettato i CAM (non previsti dalla documentazione di gara ma comunque obbligatori); l'operatore economico, posta la loro cogenza, potrebbe però rispettarli in sede di formulazione dell'offerta, in modo da non limitarsi a chiedere l'annullamento dell'aggiudicazione e del relativo bando, bensì al fine di essere lui stesso dichiarato aggiudicatario, in quanto l'offerta è conforme ai parametri di legge che vanno ad integrare la *lex specialis*.

Al netto delle questioni “individuali” relative ai tempi e alla strategia processuali degli operatori economici, può rilevare, più in generale, il potere dell'ANAC agire in giudizio - ex art. 220, comma 2, del nuovo Codice dei contratti pubblici *“per l'impugnazione dei bandi, degli altri atti generali e dei provvedimenti relativi a contratti di rilevante impatto, emessi da qualsiasi stazione appaltante, qualora ritenga che essi violino le norme in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture”*. Siffatta possibilità va però coordinata con la cogenza dei CAM i quali, rientrando *ex lege* nel bando e nella relativa documentazione di gara, dovrebbe determinare la non necessità di una impugnativa “generale” - in caso, appunto, di mancato richiamo ai criteri stessi.

6. Conclusioni

Il tema della tutela dell'ambiente e dello sviluppo sostenibile per mezzo della contrattualistica pubblica è di indubbio rilievo²⁹.

Si è avuto modo di mettere in evidenza, in questa analisi, l'evoluzione normativa interna, applicativa di quella europea; quest'ultima, con le numerose comunicazioni, direttive e regolamenti, colloca la tutela dell'ambiente, lo sviluppo sostenibile, la cd economia circolare, quali elementi essenziali e di impatto trasversale; dunque rilevanti (anche) nell'attività

28 Consiglio di Stato, Ad. Plen., n. 1/2003 e n. 4/2018; di recente, Consiglio di Stato, Sez. III, n. 1146/2024: *“l'onere di immediata impugnazione del bando di gara sussiste soltanto nelle eccezionali ipotesi in cui la lex specialis sia idonea a cagionare una lesione immediata e diretta della posizione dell'interessato”*.

29 A livello globale si veda l'Agenda 2030 ONU per lo sviluppo sostenibile: al punto 12.7 fa riferimento alla finalità di *“promuovere pratiche sostenibili in materia di appalti”*. Sul tema: F. FRACCHIA - P. PANTALONE, *Verso una contrattazione sostenibile e circolare secondo l'Agenda ONU (e la soppressione della raccomandazione vincolante all'esercizio dell'autotutela)*, in *Il correttivo al codice dei contratti pubblici: guida alle modifiche* (a cura di) M. A. Sandulli - M. Lipari - F. Cardarelli, Milano, 2017



contrattuale della pubblica amministrazione e, specularmente, nell'attività e nell'organizzazione imprenditoriale degli operatori economici.

La finalità di questo scritto è stata quella di sintetizzare il quadro attuale il quale, come precisato, è figlio di un lungo *excursus* normativo (europeo e nazionale) sviluppatosi negli anni, dal carattere non propriamente sistematico: non si è inserito un *corpus ad hoc* di norme, si è fatto bensì riferimento, in modo eterogeneo e *sperso*, ai cd appalti verdi.

Si è posto l'accento su alcuni profili giuridici che hanno messo in evidenza come spesso - l'aspetto teorico-normativo - debba per così dire misurarsi con talune "difficoltà operative": si veda, ad esempio, la fase di verifica del rispetto dei criteri ambientali minimi, la distinzione/commistione tra requisiti di partecipazione, criteri di valutazione dell'offerta, caratteristiche del prodotto, la stessa mancata previsione dei CAM nella documentazione di gara; profili che pongono questioni di non facile soluzione e che, purtroppo, la normativa attuale non sembra chiarire in modo efficace e netto.

In prospettiva si ritiene dunque ci siano margini di modifica delle disposizioni in tema di tutela ambientale, optando ad esempio per una disciplina più chiara in ordine ai diversi obblighi in fase di gara e di esecuzione, delle amministrazioni aggiudicatrici e, specularmente, degli operatori economici.

Lasciare il tema alla più o meno spiccata "sensibilità" delle singole stazioni appaltanti, all'iniziativa processuale dei partecipanti alla procedura di gara, all'intervento chiarificatore della giurisprudenza (che deve supplire ad ambiguità normative e amministrative in relazione alla interpretazione della documentazione di gara), potrebbe essere prospettiva non del tutto soddisfacente sotto il profilo della tutela sostanziale degli interessi di natura ambientale.

LA SPINTA EUROPEA VERSO UNA RAFFORZATA TUTELA PENALE DELLE ACQUE

Maristella Amisano

Abstract: l'acqua è elemento indispensabile per qualunque forma di vita; non stupisce, quindi, che meriti la tutela più forte che l'ordinamento possa apprestare: quella penale. Una protezione che non può limitarsi ai confini nazionali e che per questo ha sollecitato più volte le azioni della Comunità europea attraverso direttive che tendono alla armonizzazione della tutela ed alla cooperazione tra i vari Paesi dell'Unione. La più importante direttiva in materia di acque -2008/99/CE- è stata sottoposta al vaglio della Commissione europea che ha evidenziato numerosi profili di inefficienza relativa principalmente alle sanzioni insufficienti ed alla scarsa collaborazione investigativa tra Stati. Ne è nata la proposta di direttiva COM (2021) 851 *final*, oggi Direttiva n. 1203 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11/4/2024, che impone che vengano inserite varie fattispecie di reato di cui vengono anche stabiliti, entro una forbice edittale, i limiti minimi e massimi delle sanzioni. Occorre indagare quali potranno essere gli effetti di questa direttiva nell'ordinamento penale interno, che già presenta una, seppur frammentaria, normativa a tutela delle acque, che qui si tenta di ricostruire.

Abstract: water is a fundamental element for life. It's not surprising that water needs criminal prosecution and investigations. The regulation has to be international because water has no borders; for that reason there are various European directives trying to promote protection and cooperation in European community. The most important directive on water - 2008/99/EC - was submitted for review by European Commission, that emphasizes various profiles of inefficiency as well as insufficient sanctions and poor investigative collaboration between States. The proposal for a directive COM (2021) 851 *final*, now has been approved as "European Parliament legislative directive n. 1203/2024". It has the objective of including various types of crimes, for what maximum and minimum penalty limits are established. It is necessary to investigate what effects this directive will have in the internal system, which already has, although fragmentary, a regulation to protect water.

SOMMARIO: 1. L'acqua e la necessità di una tutela multiforme; 2. La nascita del diritto penale europeo e la sua importanza per la tutela penale delle acque; 3. Una nuova definizione di ambiente? 4. La tutela penale delle acque nell'ordinamento italiano, ovvero, lo stato dell'arte; 5. La tutela internazionale: le direttive; 6. Quale nuova tutela per le acque nell'ordinamento interno?



“L’acqua è archè di tutte le cose; le piante e gli animali non sono che acqua condensata e in acqua si risolveranno dopo la morte”

Talete

1. L’acqua e la necessità di una tutela multiforme

Basterebbe pensare al fatto che, a seconda dell’età e del sesso, la percentuale di acqua che compone il corpo umano oscilla dal 50 al 75% e che si può sopravvivere diversi giorni senza cibo ma dopo due giorni senza bere iniziano seri problemi di ispessimento del sangue ed affaticamento cardiaco, per comprendere l’importanza dell’acqua per la nostra vita. Persino il nostro sistema nervoso centrale è composto per l’80% di acqua¹. Non stupisce che meriti protezione e che si renda necessaria anche quella speciale tutela che solo il diritto penale può fornire per intensità e conseguenze in caso di inosservanza.

Ma l’acqua è altresì un elemento proteiforme e questo non può non riflettersi sulle modalità di tutela, che dovrebbero assumere forme diverse. Le necessità sono differenti: dal garantire la risorsa al garantire la risorsa in maniera egualitaria; dall’impedire l’inquinamento al preservare flora e fauna legate all’acqua; dal tutelare gli oceani all’impedire i conflitti politici per l’acqua². È quasi un paradosso: dal punto di vista chimico l’acqua è il composto più semplice, si ottiene da due reagenti comuni, essendo formata appena da due atomi di idrogeno connessi ad un singolo atomo di ossigeno. Tuttavia è una sostanza straordinaria³ per la sua importanza per la vita e per gli usi che ne facciamo: dal berla, al lavarci, all’usarla per cucinare, al nuotarci, al pescarci, all’utilizzarla in agricoltura o per i processi industriali o, ancora, per produrre energia. Ed è l’unica sostanza che si trova in natura in tutti e tre gli stati di aggregazione: solido, liquido e gassoso. Insomma, ci circonda nelle sue diverse forme e ci è indispensabile⁴. Proprio per queste ragioni è una risorsa globale che, come tale, deve essere trattata.

1 Sui meccanismi di funzionamento del nostro cervello e l’importanza dell’acqua si veda D. Lo Coco, *Acqua, mente e cervello*, in Quaderni di Ricerca in Didattica (Science), n. 11, 2017, p. 25 ss.

2 Sul tema: L. Mocarrelli, *L’acqua: per la storia economica di una risorsa contesa*, in Studi Storici Luigi Simeoni, vol. LXI, 2011; V. Aytar, A. Cavdar, *Il potere dell’acqua*, in Equilibri, 1/2009, pp. 49ss.; M. Deriu, *Acqua e conflitti*, Emi, 2007, secondo cui i conflitti per l’acqua di oggi non rivelano il semplice passaggio da una lotta ideologica ad una lotta sulle materie prime ma svelano una profonda crisi paradigmatica e l’emergere di un confronto tra modelli sociali e culturali diversi. Proprio perché l’acqua, a seconda del contesto, può essere trattata come merce, risorsa, elemento vitale, principio sacro, bene comune.

3 Sulla composizione dell’acqua e i suoi straordinari usi si veda M. Floriano, A. Caronia, *Acqua. Sostanza e risorsa*, in Quaderni di Ricerca in Didattica (Science), n. 11, 2017, p. 11ss.

4 Non faccio riferimento, perché ci porterebbe lontani dall’analisi giuridica, all’importanza dell’acqua nella cultura e, soprattutto, nelle religioni. Mi permetto di far cenno a P. Brüesch, *L’acqua. La sua*



Già i romani distinguevano le acque in pubbliche e private proprio perché si rendevano conto della necessità che le acque considerate pubbliche andassero a beneficio di tutti. «L'acqua, in quanto *res publica*, sfida la proprietà privata e richiede una gestione collettiva, un contratto sociale in virtù del quale regolare il conflitto tra le aspirazioni dei singoli e le esigenze della comunità»⁵. Proprio per questa ragione l'acqua è una risorsa che ha acquisito importanza crescente nel panorama delle questioni internazionali⁶. Da *Habitat for humanity-Habitat II-* del 1996 ai diversi Forum mondiali, tra cui il V ad Istanbul, il tentativo della comunità internazionale è stato quello di inserire le risorse idriche tra le priorità dell'azione comune, attraverso la collaborazione degli Stati sui problemi legati all'acqua. Intento non facile da conseguire perché, a ben riflettere, la disponibilità e l'abbondanza delle acque rappresentano uno dei requisiti chiave dello sviluppo: guarda caso, i luoghi con abbondanza d'acqua sono quelli in cui l'economia è più fiorente. Il che pone certamente un freno ad un'azione che possa dirsi davvero congiunta e quindi merita un grande sforzo da parte della comunità internazionale. Sforzo che negli ultimi tempi deve essere intensificato.

In questo “mondo fuori asse”⁷ è più volte risuonato l'allarme che l'attuale modello di crescita produca danni irreversibili. E ciò accade perché la “crescita” viene misurata in base all'aumento della produzione materiale, anziché a servizi come il tempo libero, la salute, l'istruzione⁸. È ormai chiaro che il pianeta, con le sue risorse palesemente limitate, può anche riuscire a soddisfare i bisogni dell'uomo, ma è totalmente inadatto a “saziare l'ingordigia umana”⁹. Non si tratta tanto e solo di avidità ma di una «cultura fondata su una costante voglia di novità, ossia sull'aspetto simbolico degli oggetti»¹⁰. Il che, peraltro, è indispensabile per la sopravvivenza del nostro tipo di economia che ci pungola a comprare e a spendere. Ecco che siamo arrivati ad un punto centrale: il rapporto tra l'ecologia e- nel caso specifico- la tutela dell'acqua e l'economia è molto più stretto di quanto si possa pensare.

Il concentrarsi del dibattito pubblico sul tema del Pil ci ha resi collettivamente insensibili alle derive del modello di “crescita” ereditato dalla rivoluzione industriale¹¹. Ma una buona notizia c'è: è raro che un essere umano sia permeato di un egoismo come quello attribuito

importanza nella scienza, per la natura e per la cultura, nelle religioni universali e nell'universo, ETH Zurich, 2011.

5 G. Boccaletti, *Acqua*, Mondadori, 2022, p. 1.

6 Cfr. R. Amato, *L'acqua. L'inizio di tutte le cose. Riflessioni geo-economiche*, Euno ed., 2011.

7 Z. Bauman, *Un mondo fuori asse*, Laterza, 2012.

8 Sono le parole di T. Jackson, *Prosperità senza crescita. Economia per il pianeta reale*, trad.it., Edizioni Ambiente, Milano, 2011, p. 104.

9 L. Mumford, *Notre modèle actuel de croissance crée des dommages irréversibles sur l'environnement*, Le Monde, 3/1/2011.

10 L. Mumford, *ibidem*.

11 G. Giraud, *La rivoluzione dolce della transizione ecologica. Come costruire un futuro possibile*, Libreria editrice Vaticana, 2022, p. 53.



all'*homo oeconomicus*¹², perché l'egoismo non è poi vantaggioso come si crede¹³. Evitare di inquinare, differenziare i rifiuti, ridurre la propria impronta ecologica sono azioni che derivano dal medesimo ragionamento: non si tratta di altruismo sacrificale, è interesse di ognuno agire in quel modo. Solo per restare nell'ambito delle acque, il loro innalzamento, la distruzione erosiva dei litorali, lo scioglimento dei ghiacciai, il prosciugamento dei fiumi e di alcune fonti d'acqua, lo sconvolgimento del ciclo dell'acqua sono fatti a cui occorre velocemente apprestare un rimedio.

Non si può aspettare: <<all'alba del XXI secolo, l'umanità è diventata una forza in grado di agire sul pianeta in modo così potente che alcuni hanno ribattezzato l'epoca attuale "Antropocene">>¹⁴. I risultati si sono visti, purtroppo. Resta il fatto che gli investimenti verdi oggi rendono troppo poco e per questo si fatica a trovare finanziamenti¹⁵. Occorre un'opera collettiva che elabori regole che ci facciano comprendere che l'economia solidale non è un ossimoro e che attraverso l'economia solidale si potrà attuare la transizione ecologica. Il nuovo paradigma che ci attende e che, per il vero, si impone, merita nuove regole. Necessita di nuove regole: non si può mutare un paradigma mantenendo vecchie le regole che lo governano. Dobbiamo tutti imparare di nuovo la dimensione collettiva dell'esigenza etica. Non è più sufficiente obbedire alle regole del gioco, le regole dobbiamo riscriverle. E le nuove regole devono obbligarci ad aver cura dei beni che abbiamo in comune¹⁶.

<<Dobbiamo tornare a imparare che le nostre società sono costruzioni sociali, certamente fragili, ma che proprio per questo motivo hanno bisogno di essere protette; che il diritto, le regole, le norme non sono ostacoli alle forze intrinseche necessarie alla sopravvivenza dei più forti, ma elaborazioni collettive,

12 *Homo oeconomicus* ribattezzato *Homo detritus* in quanto sono proprio i rifiuti l'essenziale di ciò che produce. Cfr. B. Monsaingeon, *Homo Detritus*, Giunti, 2019.

13 Giraud fa questo esempio: "in un treno dove regna il silenzio, se i passeggeri vogliono telefonare fanno lo sforzo di spostarsi in fondo al vagone perché sono consapevoli che se tutti parlassero a voce alta non si capirebbe nulla. Quindi la decisione di rompere il silenzio non è una deviazione vantaggiosa, se si considera la possibilità che lo facciano anche altri. G. Giraud, cit., p. 65.

14 G. Boccaletti, cit., p. VII.

15 Il gruppo di esperti internazionali presieduto da Nicholas Stern e Joseph Stiglitz che ha presentato le sue conclusioni a Berlino il 29/5/2017 ha indicato come unica soluzione la tariffazione generalizzata del carbonio. Cfr. Giraud, cit, p. 151 ss. Una soluzione non facile da far accettare a Paesi dove nell'immaginario collettivo è radicato il legame tra prosperità e fossili.

16 Un bene per l'ambiente e per le generazioni future ma anche un bene per la società: "La transizione potrebbe davvero rappresentare, almeno sino alla fine di questo secolo, il vero progetto collettivo di cui le nostre società postmoderne soffrono così crudelmente la mancanza. Un'utopia alternativa che, passando per l'attenzione ai gesti quotidiani, è in grado di rispettare la dimensione sapienziale rivelata dalla disaffezione postmoderna per i grandi programmi di azione profetica, ma un'utopia che, esigendo la collaborazione di tutti, a tutti i livelli della società, è davvero in grado di ridare significato alla comunità in quanto tale". Giraud, cit., p. 178.



storicamente definite, contingenti, che tendono a riflettere un'etica collettiva e una rappresentazione del legame sociale soggette al dibattito democratico>>>¹⁷.

Siamo arrivati al punto centrale: l'acqua è un bene che va protetto a livello globale, attraverso una legislazione omogenea, perché il bene è trasversale, globale, essenziale per la sopravvivenza del pianeta che ospita tutti noi. Una protezione che deve necessariamente assumere molte forme, così come proteiformi sono gli impieghi dell'acqua e le necessità che ogni aspetto venga tutelato. A partire dalla necessità, forse, più importante: la conservazione del bene.

2. La nascita del diritto penale europeo e la sua importanza per la tutela penale delle acque

Il diritto penale è, tra i settori di ordinamento, quello che più si presenta come "eminentemente statale ed "autarchico" nonché serrato entro i confini domestici"¹⁸. Si tratta di una caratteristica strutturale del diritto penale, imposta anche dal principio di riserva di legge. A causa di questa intrinseca caratteristica del diritto penale, che è nazionalistico e statocentrico, sino a non molti anni fa si riteneva l'incompetenza della Comunità europea in materia penale: non le era consentito emanare alcuna norma penale, tanto che la stessa dizione "diritto penale comunitario" pareva un ossimoro o un "ossimoro polisenso"¹⁹.

Opinione suffragata oltretutto da due ragioni: da un lato nei Trattati non si era pattuita l'attribuzione alla Comunità di alcuna competenza penale; dall'altro lato -come già accennato- la riserva di legge, riconoscendo il monopolio esclusivo del Parlamento in materia penale, ostacola il potere di prescrivere divieti e imporre sanzioni penali alla Comunità Europea. Si riteneva, poi, che vi fosse un deficit democratico degli organi legislativi dell'ordinamento comunitario europeo²⁰. Tuttavia, a poco a poco, si è superata l'idea di una Comunità europea solo economica e, soprattutto, si è avvertita l'esigenza di garantire standard di tutela uniformi e comuni ai diritti fondamentali.

L'evoluzione dell'unione europea si è estesa verso la creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, inaugurando nuove forme di cooperazione. Si sono creati, prima del Trattato di Lisbona, i c.d. tre pilastri: il primo costituito dalle politiche comunitarie attuate per mezzo di una cessione di sovranità dei singoli Stati a vantaggio delle istituzioni europee; il secondo basato su nuove forme di cooperazione intergovernativa in materia di politica estera e sicurezza comune; il terzo fondato sui temi della giustizia e degli affari interni, a cui si è

¹⁷ G. Giraud, cit., p. 74.

¹⁸ V. Manes, M. Caianiello, *Introduzione al diritto penale europeo. Fonti, metodi, istituti, casi*, Giappichelli, 2020, p. XII.

¹⁹ L'espressione è di A. Bernardi, *I tre volti del "diritto penale comunitario*, in AA.VV., *Possibilità e limiti di un diritto penale dell'Unione europea*, a cura di L. Picotti, Giuffrè, 1999, p. 41ss..

²⁰ L'opinione è riportata da F. Romoli, *Il nuovo volto dell'Europa dopo il Trattato di Lisbona. Un'analisi penalistica "multilivello"*, in *Archivio pen*, n. 1, 2011, 567ss.



aggiunta la cooperazione di politica giudiziaria ed in materia penale. Sono così nati beni giuridici meritevoli di tutela multilivello: nazionale e comunitaria. Accanto ai beni, per così dire, istituzionali, ovvero strettamente funzionali all'esistenza dell'Unione ed allo svolgimento dei suoi compiti, sono sorti i beni "satellite", c.d. di estensione comunitaria, che originariamente erano tutelati solo dalla legislazione nazionale e che a poco a poco si sono imposti all'attenzione dei piani di tutela comunitari. Ovviamente, la domanda di tutela di determinati beni di rilevanza comunitaria si è inevitabilmente trasformata in una richiesta di intervento effettivo e che prevede necessariamente l'intervento penale. In tutto questo processo il "bene ambiente" ha avuto importanza decisiva, in quanto si caratterizza per una significativa "bidimensionalità".

È stata avvertita la necessità di una protezione ultra-statale per alcuni beni che non possono essere limitati all'interno dei confini nazionali. Non possono e non debbono, a pena di una tutela insufficiente e non efficace. È il caso dell'ambiente e quindi delle acque: si tratta di un bene giuridico che travalica i confini e che necessita di una protezione globale. L'interesse giuridico ad una tutela efficace ed uniforme si rinviene nella comunanza dei tipi di condotte illecite che pongono in pericolo o ledono il bene giuridico tutelato. Tali condotte sono la fonte dei c.d. *spillovers* o effetti transnazionali, ovvero eventi che si riverberano all'interno dei Paesi della Comunità Europea senza che possano operare barriere politico o geografiche di sorta. Da qui la patente insufficienza dell'intervento del singolo Stato. Su questa linea, non è chi non veda che il diritto ambientale e, segnatamente, penale ambientale ha rappresentato una dimensione da subito ultranazionale ed ha spinto e favorito la normativizzazione da parte della Comunità, prima attraverso Convenzioni e decisioni-quadro, regolamenti e direttive, poi, in maniera sempre più vincolante, con l'adozione di Trattati.

Successivamente il raggiunto primato del diritto comunitario in altri settori di ordinamento ha avuto ricadute anche sul diritto penale interno. La Corte Costituzionale ha inserito le fonti comunitarie accanto a quelle nazionali, in un certo senso aggirando il problema del principio di riserva di legge dettato in materia penale. E le interferenze tra diritto comunitario prima e diritto dell'unione europea poi ed il diritto penale interno sono diventate sempre meno settoriali e sempre più generalizzate²¹. Il lungo "cammino dell'armonizzazione in materia penale" è passato da "obblighi di tutela adeguata" a "obblighi di tutela penale"²², che hanno

21 Si veda la completa opera di A. Bernardi, *L'uropeizzazione del diritto e della scienza penale*, Giappichelli, 2004. Con riferimento agli obblighi di tutela penale nello spazio giuridico dell'unione europea, si veda C. Paonessa, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Edizioni ETS, 2009

22 In tema, G. Salcuni, *L'uropeizzazione del diritto penale: problemi e prospettive*, Milano, 2011.



dato vita ad una “effettiva politica criminale europea” per contribuire ad attuare quello “spazio di libertà, sicurezza e giustizia”²³ che è uno dei fulcri del progetto europeo²⁴.

Con il Trattato di Lisbona si è attribuita all’Unione una competenza penale autonoma, secondo cui il Parlamento europeo ed il Consiglio possono stabilire norme minime relative ai reati ed alle sanzioni concernenti le gravi forme di criminalità transfrontaliera mediante l’adozione di Direttive di armonizzazione penale. Insomma, nelle sfere di criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transnazionale derivante dal carattere o dalle implicazioni di tali reati oppure ancora da una particolare necessità di combatterli su base comune, l’art. 83 TFUE attribuisce all’Unione una competenza penale autonoma. L’elencazione non è tassativa, oltre ai reati indicati²⁵ possono essere previsti altri c.d. euro-crimes. Più che opportuna, in quest’ottica, l’inclusione dei c.d. eco-crimes che, per loro stessa natura, hanno conseguenze non limitate ai confini nazionali. Il Trattato di Lisbona ha cambiato l’assetto istituzionale dell’Unione perché la legislazione penale di fonte europea -che a fatica si era fatta strada sotto la spinta degli encomiabili contributi interpretativi della Corte di Giustizia- ha acquisito una precisa base giuridica²⁶. La tradizionale suddivisione nei tre pilastri è stata abolita ed il quadro istituzionale è stato unificato.

Una forte accelerazione sul fronte degli obblighi di incriminazione di fonte comunitaria²⁷ si è avuta con la giurisprudenza della Corte di giustizia e, successivamente, con la giurisprudenza della CEDU, riferimento costante per la giurisprudenza dei tribunali domestici e per la Corte di Cassazione e quella Costituzionale²⁸. Tuttavia il riconoscimento di una competenza penale accessoria in capo all’Unione europea non elimina la necessità di passare attraverso la mediazione di una legge di attuazione interna. Ed è proprio da qui che occorre partire per comprendere la forma che l’Unione europea vuole dare alla protezione dell’acqua. Una “forma” sovranazionale che passa, però, attraverso una attuazione nazionale rispettosa

23 Sul punto si veda AA.VV., *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia. A vent’anni dal Consiglio europeo di Tampere*, a cura di A. Di Stasi, L.S. Rossi, Jovene, 2020

24 Cfr. V. Manes, M. Caianiello, cit., 18ss.

25 Tra questi: terrorismo, tratta di essere umani e sfruttamento sessuale di donne e minori, traffico di stupefacenti, traffico di armi, riciclaggio di denaro, corruzione, contraffazione dei mezzi di pagamento, criminalità informatica e criminalità organizzata.

26 Cfr. L. Siracusa, *Il transito dal diritto penale di fonte europea dalla <<vecchia>> alla <<nuova>> unione post-Lisbona*, in Riv. Trim dir. pen. Econ., n.4, 2010, p 779.

27 In tema: G. De Vero, *Gli obblighi di penalizzazione di fonte europea*, in AA.VV., *La crisi della legalità. Il “sistema vivente delle fonti penali”*, a cura di C.E. Paliero, S. Moccia, G. De Francesco, G. Insolera, R.Rampioni, L. Risicato, Napoli, 2016, p. 93 ss.

28 In tema si veda il completo ed interessante lavoro di M. Donini, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011.



dei principi interni ma anche coordinata con quella degli altri Stati membri della stessa comunità, nell'ambito di un vero e proprio "diritto penale europeo"²⁹.

Tale locuzione oggi può essere a buon diritto utilizzata per identificare non solo una materia di studio, ma soprattutto un complesso di temi e problemi che negli ultimi trent'anni, con attualità crescente, hanno attratto tanto la dottrina che la giurisprudenza³⁰. Si tratta di tutti quegli obblighi sovranazionali rivolti agli Stati membri, finalizzati ad assicurare la progressiva armonizzazione degli strumenti giuridico-penali ed a rafforzare la cooperazione giudiziaria nel contesto dell'Unione europea. In tal modo si intendono superare le asimmetrie normative e le barriere statali che impediscono di rispondere in maniera adeguata non solo alle forme di criminalità sempre più transnazionali ma anche a quelle forme criminose i cui effetti sono necessariamente transnazionali.

Occorre sovvertire il diritto penale interno per tutelare diritti che non sono locali ma fondamentali: lo sversamento di sostanze nocive in un fiume non creerà danni solo ai territori ed alle popolazioni attraversate da quel fiume. Il fiume sfocerà nel mare, dove le sostanze nocive si disperderanno ma non perderanno la loro capacità offensiva che, al contrario, assumerà una importanza sovranazionale³¹. E chiaramente non è interessata solo l'Europa, ma la tutela coordinata a livello europeo resta un primo importante passo, a cui devono accompagnarsi i Trattati internazionali con la più ampia adesione possibile dei singoli Stati. Il cambiamento più significativo per la sua capacità di incidenza deve essere quello culturale e deve essere attuato in maniera comune, sotto l'impulso -per ciò che ci riguarda più da vicino- dell'Unione europea. D'altronde l'ambiente è uno degli imperativi di protezione dell'Unione degli ultimi decenni³², frutto della nuova "etica ambientale"³³ basata sulla conservazione.

L'importanza del tema ambientale per la stessa conservazione della specie umana-e non solo- mi porta ad appoggiare una tendenza già in atto ma che ancora non è stata concretizzata in norma positiva. Se possiamo ormai asserire che esiste un diritto penale europeo che consente una tutela sovranazionale dei beni giuridici ritenuti di particolare importanza, è altrettanto corretto pensare a delitti così efferati da essere considerati crimini internazionali³⁴:

29 Il mutato sistema delle fonti ha cambiato la forma stessa dell'illecito penale: cfr. M. Donini, *Il volto attuale dell'illecito penale*, Milano, 2004.

30 Come accade per ogni cambiamento, anche l'unirsi in materia penale della fonte interna con quella sovranazionale ha creato problemi applicativi, ben descritti in V. Manes, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012.

31 In tema di mare e tutela, cfr. Bajno, Vergine, Morandi, *Modelli di incriminazione e indicazioni di riforma per la tutela del mare*, in "La tutela del mare. Contributi per una discussione", Milano, 1992, 71ss.

32 L'ambiente ha ormai rilevanza anche nei contratti pubblici. In tema si veda F.F. Guzzi, *La rilevanza ambientale nel settore dei contratti pubblici*, in *Ambientediritto*, n. 2, 2024, pp. 1ss

33 L'espressione è di R.B. Stewart, E. Gerelli, *Enciclopedia delle scienze sociali*, Treccani, 1991.

34 In senso parzialmente contrario, L. Ferrajoli, *Per una Costituzione della Terra. L'umanità al bivio*, Milano, 2022. Gli eco-reati non sarebbero ecocidi ma "crimini sistemici".



si tratta di quella categoria espressione dei *crimina o delicta iuris gentium*. In termini di contenuto, i crimini internazionali sono quelli che realizzano gravi violazioni di norme poste a salvaguardia di valori fondamentali per la comunità internazionale. Sono illeciti sovranazionali, non transnazionali. E sono illeciti a forte impatto geopolitico. Si tratta di illeciti che interessano l'intera comunità internazionale, tanto da essere soggetti al principio di universalità: possono essere perseguiti da qualsiasi Stato, a prescindere dalla sussistenza dei criteri ordinari di radicamento della giurisdizione. Emblematici i crimini di guerra, che rispondono appieno alla definizione di crimini internazionali come «gravi violazioni di regole poste a salvaguardia di principi e valori considerati essenziali dalla comunità internazionale nel suo complesso, soprattutto nel settore del diritto internazionale umanitario e del diritto internazionale dei diritti umani»³⁵. L'ambiente non è forse un valore essenziale? Non è forse uno dei diritti umani essenziali, che consente l'esplicazione di tutti gli altri? L'emergenza ambientale dovrebbe portare a cambiare il paradigma, inserendo tra i crimini internazionali anche i comportamenti più gravi in violazione dell'ambiente, che si pongono come crimini contro l'umanità, presente ma soprattutto futura³⁶. Per questo da più parti sono state avanzate proposte per inserire tra i crimini internazionali anche l'ecicidio, inteso come «atti illegali o arbitrari commessi nella consapevolezza di una sostanziale probabilità di causare un danno grave e diffuso o duraturo all'ambiente». I tempi sembrano essere maturi per un cambiamento in tal senso, tuttavia gli ecocidi restano un tema *de jure condendo*.

Cercherò ora di riannodare le fila del discorso: assodata l'importanza della acqua e della meritevolezza della tutela penale in un mondo scosso dalla questione ambientale, ho sottolineato come il principio cardine del diritto penale impermeabile a suggestioni esterne sia venuto meno ad opera dell'incidenza che le Direttive europee hanno sul nostro diritto penale interno. La parte che segue è un'analisi esclusivamente penalistica: ricostruisce la normativa in tema di acque e ne ipotizza gli effetti a seguito della recente Direttiva n. 1203 dell'11/4/2024. Non dobbiamo dimenticare, però, che il diritto penale protegge solo beni giuridici chiari ed individuabili, pertanto occorre delineare quale sia il bene giuridico da tutelare nel caso di specie.

3. Una nuova definizione di ambiente?

La protezione delle acque rientra -come già accennato- nella conservazione o, meglio, preservazione dell'ambiente, oggi obiettivo primario e necessario oggetto di sforzi comuni.

35 R. S. Aitala, *Diritto internazionale penale*, Le Monnier, 2021, p. 47.

36 Vale la pena di sottolineare che la Commissione giuridica del Ministero dell'ambiente che si è espressa sulla Proposta di Direttiva COM (2021)851 final ha espressamente dato parere favorevole all'introduzione del reato di ecicidio, per penalizzare i reati che colpiscono l'ambiente in maniera più grave.

Affermazione, questa, apparentemente superflua. Ma non in ambito penale. Perché la protezione attuata dal diritto penale non può riguardare aspetti generici: deve avere ad oggetto un valore che, pur trovando nella materia il suo sostrato, non si limita a questo.

Un esempio chiarirà meglio il concetto: nel reato di furto esiste un oggetto materiale che è la cosa rubata, ma l'oggetto giuridico tutelato dalla norma non risiede nella cosa rubata e trascende la materialità. L'oggetto giuridico del furto è la tutela della proprietà ed, in senso più lato, del patrimonio. Secondo l'evoluzione della dottrina, non è necessario che l'oggetto giuridico sia legato ad un diritto soggettivo³⁷: l'insegnamento di Carnelutti,³⁸ che riporta l'oggetto della tutela penale all'oggetto sostanziale specifico, ci consente di ricomprendervi tanto i beni individuali riconducibili ai diritti soggettivi, quanto i beni ultraindividuali, sia sociali sia istituzionali.

E se i beni istituzionali sono quelli la cui titolarità appartiene ad entità collettive dotate di un certo grado di organizzazione non solo materiale ma anche giuridica (Stato, famiglia, impresa), i beni sociali sono individuati proprio in quei valori che appartengono ad una collettività di soggetti non determinati o non determinabili: si pensi alla salubrità ambientale e, di conseguenza, alla salvaguardia delle acque. Il bene giuridico che si vuole tutelare attraverso la protezione dell'acqua è, quindi, l'ambiente.

Fino a qui sembrerebbe tutto piuttosto semplice, se non fosse che la stessa nozione di ambiente non è univoca ed ha subito importanti variazioni negli anni, culminate con una legge di riforma costituzionale. Tuttavia il bene giuridico tutelato, ovvero, nella specie, proprio l'ambiente, necessita di una chiara individuazione. È indispensabile, quindi, che sia già definito nei suoi elementi interpretativi. Resta da capire in che modo la teoria del bene giuridico possa arrivare a determinare il legislatore nella scelta dei beni da tutelare tramite la norma penale. A questa domanda può rispondere la Costituzione italiana: esistono beni costituzionalmente rilevanti, ossia riconosciuti dalla Costituzione in modo esplicito o implicito. Porre alla base della norma incriminatrice un bene giuridico di rango costituzionale consente al diritto penale di incarnare quella *extrema ratio* espressa dal principio di sussidiarietà e rispetta il rapporto di proporzione tra l'afflittività della sanzione penale e la rilevanza costituzionale del bene tutelato. E non solo. Al legislatore vengono date dalla rilevanza costituzionale del bene indicazioni vincolanti che consentono di individuare il valore da proteggere con maggiore precisione. Ecco perché la recente riforma costituzionale relativa

³⁷ È stato infatti da tempo criticato il concetto di oggetto formale del reato: "Quando nel reato non si vuol vedere altro che la contraddizione tra una condotta individuale e un imperativo giuridico indipendente dalla lesione di un bene della vita, si viene ad accentuare il lato formale del diritto e a cadere inevitabilmente in un vano e vacuo formalismo astrattista che nessun sofisma sarà mai capace di giustificare". Bettiol, *Scritti giuridici*, Padova, 1966, tomo I, p. 322.

³⁸ F. Carnelutti, *Il danno e il reato*, Padova, 1926, p. 51ss.



all'ambiente ha avuto un peso importante anche per le incriminazioni penali in materia, tanto che occorre analizzare brevemente le modifiche apportate alla Costituzione per vederne le ricadute sul bene giuridico oggetto di protezione. Per non sviare l'attenzione dal tema centrale, tratterò solo gli aspetti strettamente necessari all'indagine.

Con legge costituzionale n. 1 dell'11 febbraio 2022 sono stati modificati gli articoli 9 e 41 della Costituzione. Malgrado sia la prima volta nella storia della Repubblica che si interviene su uno dei principi fondamentali della Carta, la risonanza della riforma è stata tutto sommato limitata.

L'articolo 9, rubricato "Riconoscimento e tutela della cultura e del patrimonio storico-ambientale", è stato arricchito da un nuovo comma che ha posto, accanto alla tutela del paesaggio e del patrimonio storico-artistico, pure la tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni. Vengono tutelati altresì gli animali. Il significato della locuzione 'ambiente' è molto ampio; la scienza ecologica³⁹ la ritiene definizione onnicomprensiva, riferita a due aspetti principali: lo spazio da un lato, gli esseri viventi e le cose inanimate dall'altro. Si tratta di concetto vasto e questo aspetto ha ricadute sul diritto penale che si trova a dover tutelare un oggetto dai contorni a tratti sfumati⁴⁰. Quel che pare certo è che oggi l'ambiente è bene costituzionale autonomo⁴¹, distinto dai singoli beni che lo compongono⁴² e che fanno riferimento ora al paesaggio, ora alla salute, ora alla persona.

39 V. Cogliati Dessa, *Ambiente*, in Enc. Treccani, 2005, p.1. Sull'ambiente come bene giuridico di rilevanza costituzionale: F. Bricola, *Teoria generale del reato*, in NssDI, XIX, Torino, 1973. 16ss.; M. Donini, *L'eredità di Bricola e il costituzionalismo penale come metodo. Radici nazionali e sviluppi sovranazionali*, in Dpc, n. 2/2012, pp- 55 ss. ed anche: L. Ferrajoli, *Per una Costituzione della terra. L'umanità al buio*, Milano, 2022; S. Grassi, *Ambiente e Costituzione*, in Riv. Quadrimestrale Dir. Ambiente, 3/2017, 125 ss.

40 L'ambiente ha una valenza complessa, caratterizzata da forte interdipendenza tra i diversi elementi che vi operano, ed è formato da produttori, consumatori e decompositori. La nozione giuridica di ambiente deve necessariamente tener conto delle più recenti elaborazioni dell'ecologia e non può più limitarsi al paesaggio, che investe unicamente i rapporti tra la popolazione insediata, le sue attività ed il territorio circostante. In tal senso, A. Mazzitelli, *A proposito della riforma degli articoli 9 e 41 della Costituzione. Dallo Stato sociale allo Stato ambientale. Argomenti e prospettive*, di prossima pubblicazione negli Studi in onore di Guerino D'Ignazio. Un ringraziamento particolare all'Autore che mi ha concesso di avere il suo lavoro prima che venisse pubblicato.

41 Si veda G. Trenta, *Riflessioni sulla recente modifica degli articoli 9 e 41 Cost e la valorizzazione dell'ambiente*, in Ambiente Diritto, 4/2022; F. Cortese, *Sulla riforma degli articoli 9 e 41 Cost.: alcune osservazioni*, in Ambiente Diritto, 4/2022; L. Siracusa, *Ambiente e diritto penale: brevi riflessioni fra le modifiche agli articoli 9 e 41 Cost. e le prospettive di riforma in ambito internazionale*, in Legislazione Penale, 6/6/2023; M. Cecchetti, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtuosità (anche)innovativa e molte lacune*, in Forum di Quaderni Costituzionali, 3/2021, 288 ss.; C. Ruga Riva, *L'ambiente in Costituzione: cambia qualcosa per il penalista?* In www.sistemapenale.it, 16/2/2023, pp. 6 e 7.

42 Si veda G. De Muro, *I diritti della natura*, in Federalismi.it, 6/2022.



L'ambiente, come già ritenuto nella giurisprudenza della Corte Costituzionale sin dalla fine degli anni '70, è un bene immateriale, composito, che trascende i singoli elementi, trasversale e relazionale. Poiché l'ambiente può essere identificato nell'insieme delle condizioni indispensabili allo svolgimento della vita umana, la sua protezione è un interesse diffuso, tutelato come diritto della persona nella sua dimensione sociale.

L'art. 9 Cost., insomma, ha sancito che la tutela dell'ambiente è un diritto della persona. Nei fatti, anche prima della riforma l'ambiente era un centro di tutela, oggi, però, la copertura costituzionale è disposta a chiare lettere e stabilisce che l'ambiente non si configura come mero bene o materia competenziale (com'era nell'art. 117 Cost.) bensì come valore primario e sistemico⁴³.

La riforma, come detto, ha toccato anche l'art. 41 Cost. Si tratta di disposizione complessa, di non semplice interpretazione⁴⁴: da un lato, infatti, sancisce il principio che l'iniziativa economica privata è libera. Dall'altro, però, si affretta a stabilirne i limiti. Sono limiti che potremmo definire di due tipi: negativi quelli del II comma; positivi quelli del III comma. Infatti, il comma II pone il divieto di esercitare l'iniziativa economica in forme che si rivelino dannose per altri valori costituzionali, mentre il III comma prevede la possibilità di interventi pubblici, coperti dalla riserva di legge, volti ad indirizzare e coordinare l'attività economica verso obiettivi diversi da quelli che caratterizzano i singoli imprenditori.

Ebbene, la riforma ha inciso su entrambe le tipologie di limite. Al II comma dispone che l'iniziativa economica privata non può svolgersi in danno alla salute⁴⁵, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana e all'ambiente. La riforma ha aggiunto il limite del danno alla salute ed all'ambiente, mostrando così di intenderli come un binomio. Al III comma, accanto ai fini sociali che possono determinare i programmi ed i controlli opportuni, sono stati inseriti anche i fini ambientali.

Anche per quanto riguarda l'art. 41 Cost., non si tratta di una novità assoluta bensì del culmine di un processo iniziato dalla Corte costituzionale, che già dalla sentenza n. 127 del 7/3/1990 aveva considerato l'ambiente come limite all'art. 41 Cost. : <<il limite massimo di emissione inquinante non potrà mai superare quello ultimo assoluto ed indefettibile rappresentato dalla tollerabilità per la tutela della salute umana e dell'ambiente in cui l'uomo

43 La relazione del Senato – A.C. 3156-B - richiama, in proposito, la sentenza della Corte Cost. n. 179 del 2019, che fa riferimento ad un " processo evolutivo diretto a riconoscere una nuova relazione tra la comunità territoriale e l'ambiente che la circonda, all'interno della quale si è consolidata la consapevolezza del suolo [di questo si trattava, in quel giudizio, ndr] quale risorsa naturale ecossistemica non rinnovabile, essenziale ai fini dell'equilibrio ambientale, capace di esprimere una funzione sociale e di incorporare una pluralità di interessi e utilità collettive, anche di natura intergenerazionale".

44 Cfr. M. Luciani, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, pp. 79ss.

45 Sul punto, prima della riforma, L. Casseti, *Salute e ambiente come limiti "prioritari" alla libertà di iniziativa economica?*, in *Federalismi.it*, 2021



vive: tutela affidata al principio fondamentale di cui all'art. 32 Cost, cui lo stesso art. 41, II comma, si richiama>>. In questo senso, la riforma dell'art. 41 Cost. ha costituzionalizzato la sostenibilità⁴⁶ sotto un profilo triplice: quello della sostenibilità ambientale⁴⁷ intesa come capacità di mantenere inalterate la qualità, la riproducibilità e la disponibilità delle risorse naturali; quello della sostenibilità economica, ovvero la capacità di garantire l'efficienza economica e di generare reddito e lavoro; quella sociale, che si sostanzia nella capacità di garantire la qualità di vita e le condizioni di benessere dei cittadini legate a salute, istruzione, democrazia, partecipazione e giustizia⁴⁸.

Pare significativo che tale riforma ponga fine alla concezione meramente utilitaristica del rapporto uomo-ambiente⁴⁹. Tutte le attività umane hanno effetti diretti ed indiretti, talvolta non immediatamente misurabili, su ambiente ed ecosistemi, per questo la problematica ambientale riguarda l'intera comunità. L'ambiente, insomma, è un concetto relazionale che va considerato nel complesso dei suoi elementi: le intricate relazioni tra popolazioni umane organizzate, i fattori abiotici e biotici⁵⁰, sociali, economici, politici e i processi che si formano e agiscono sull'ambiente di vita.

La riforma degli artt. 9 e 41 Cost. assume rilievo anche attraverso il rapporto che ora lega le due norme toccate dalla legge di riforma costituzionale.

Le opinioni sono discordi: da un lato si ritiene che le modifiche all'art. 41 siano una mera conseguenza delle modifiche apportate all'art. 9; dall'altro che il fulcro della riforma stia proprio nelle modifiche che hanno toccato l'art. 41 e non certo l'articolo 9. Secondo una terza opinione, le modifiche hanno dato corpo ad una esigenza di fondo che dà per presupposta la tutela dell'ambiente ma che è ben lontana dal coincidervi: se è vero che i nuovi articoli 9 e 41 Cost. introducono nella Carta fondamentale una nuova materia -l'ambiente- è altrettanto vero che la finalità di tali modifiche non si esaurisce lì, altrimenti la sola modifica dell'art. 9 sarebbe stata sufficiente alla realizzazione dello scopo avuto di mira. Visioni diverse, così come diverse sono le reazioni alla riforma costituzionale, che non è stata apprezzata da tutti. C'è chi la ritiene

46 Cfr. M. Meli, *I nuovi principi costituzionali in materia di ambiente e sostenibilità*, in *Ambiente Diritto*, 4/2022; A. Lamberti, *Ambiente, sostenibilità e principi costituzionali: questioni aperte e prospettive alla luce della legge costituzionale n. 1 del 2022*, in *Nomos*, n.3 del 2022.

47 Sul più specifico concetto di utilità ambientale si veda D. Grifoni, *Il concetto di "utilità ambientale" nell'art. 41 Cost. Riflessioni a seguito della legge costituzionale n. 1 del 2022*, in *Legislazione ambientale*, 4/2022.

48 In tal senso D. Porena, *Il principio di sostenibilità. Contributo allo studio di un programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale*, Giappichelli, 2018, p. 69ss.: tutto ciò che è legato alle future generazioni inevitabilmente ha a che fare con la sostenibilità.

49 Si veda A. Mazzitelli, cit.

50 Per abiotici si intendono i fattori fisico-chimici; biotici, invece, sono i fattori basati sulla mutua influenza che gli esseri umani esercitano fra di loro. Si veda A. Mazzitelli, cit.



non necessaria e “posta in modo poco opportuno”⁵¹ e chi ne apprezza l’importante segnale per il “cambio di paradigma”⁵².

Qualunque sia il rilievo che si vuol attribuire alla riforma costituzionale, dal punto di vista che interessa il diritto penale la ricaduta sul bene giuridico è rilevante. Oggi l’ambiente è un interesse tutelato dalla Costituzione ed è quindi certamente meritevole, nei casi stabiliti dal legislatore, di quella tutela particolarmente forte che il diritto penale, attraverso le sue sanzioni molto afflittive, può apprestare.

4. La tutela penale delle acque nell’ordinamento italiano, ovvero, lo stato dell’arte

Il diritto penale legge la realtà: tanto più complessa, altrettanto difficile sarà fornire adeguata protezione. Come abbiamo visto nell’*incipit* del presente lavoro, l’acqua ha molti impieghi e necessita di una tutela multiforme. Il che inevitabilmente ricade sulla legislazione penale, che deve riguardare più ambiti, spesso piuttosto diversi tra loro, quanto alle possibili aggressioni. Questa è la prima endemica ragione atta a spiegare la frammentarietà della legislazione in tema e la difficile riduzione ad un quadro unitario. A questo si aggiunga che la materia ambientale è in continuo mutamento, via via la legislazione deve adeguarsi alle nuove esigenze sollecitate dalla realtà e dalle attività umane. Il che spiega anche le numerose direttive europee che tentano di sollecitare l’azione degli Stati membri, mantenendo un grado di tutela quanto più possibile uniforme.

Il risultato è che la materia è composita, le fonti normative sono diverse e quindi è particolarmente complesso addivenire ad un quadro d’insieme che presenti organicità. Le conseguenze non sono di poco conto: è indispensabile che ogni cittadino possa regolare le proprie azioni sapendo che cosa l’ordinamento gli impone di fare e che cosa gli consente di fare; per questa ragione un sistema di norme chiaro e facilmente reperibile potrà orientare meglio i comportamenti dei consociati, svolgendo bene la sua funzione. Al contrario, un sistema complesso, in cui si avvicendano le modifiche normative, renderà più difficile l’osservanza dei precetti da parte dei cittadini. Forse, per ovviare a tale problema, si potrebbe riunire l’intera materia in un codice delle acque. Ma è solo una suggestione che faciliterebbe la conoscenza della disciplina in materia di acque, che tuttavia forse condurrebbe ad una

51 Le parole sono di R. Montaldo, *La tutela costituzionale dell’ambiente nella modifica degli articoli 9 e 41 Cost.: una riforma opportuna e necessaria?*, in *Federalismi.it*, 13, 2022, p. 187ss.. si veda anche, con accenti più moderati, M. Cecchetti, *La revisione degli articoli 9 e 41 Cost. ed il valore costituzionale dell’ambiente tra rischi scongiurati, qualche virtuosità (anche innovativa) e molte lacune*, in *www. Forumcostituzionale.it*, 25/8/2021, p. 301 ss.

52 Si veda F. Fracchia, *L’ambiente nell’art. 9 della Costituzione: un approccio in “negativo”*, in *Il diritto dell’economia*, 2022. Nello stesso senso, favorevole alla riforma, I.A. Nicotra, *L’ingresso dell’ambiente in Costituzione, un segnale importante dopo il Covid*, in *Federalismi.it*, 6/2021; G. Martajo, *La riforma degli articoli 9 e 41 Cost. e la valorizzazione dell’ambiente*, in *AmbienteDiritto.it*, n.1/2022.



frammentazione della materia penale eccessiva⁵³. Ad ogni modo, necessariamente la ricostruzione della disciplina risentirà della difficoltà di riduzione ad un sistema unitario ed organico.

Basta tornare con la mente alle condizioni dei fiumi Po, Lambro, Seveso e così via negli anni '70 per comprendere l'esigenza a cui il legislatore ha voluto rispondere con la prima disciplina in materia di acque dell'ordinamento italiano: la legge n. 319 del 1976, detta Legge Merli. Si voleva apprestare un'adeguata tutela alle risorse idriche dall'inquinamento dovuto allo sversamento nelle acque di sostanze, appunto, inquinanti. Per tale ragione si è inteso punire lo scarico effettuato in assenza della necessaria autorizzazione, atta a verificare il rispetto dei limiti di tossicità delle sostanze versate nei corsi d'acqua. Il principale limite applicativo di questa normativa stava nella difficoltà di definire lo scarico. All'uopo è stata d'aiuto la Direttiva 80/778/CEE, attuata con il D.P.R. 236 del 1988, che pur disciplinava una diversa realtà fattuale, sempre in tema di acque: la qualità delle acque destinate al consumo umano. Come una sorta di *obiter dictum*, il decreto presidenziale ha fornito la definizione di scarico, favorendo l'interpretazione e quindi l'operatività della legge Merli.

Del 1982 è la legge n.979 del 31 dicembre in difesa del mare. Una normativa parallela, che sanziona lo sversamento in mare di sostanze nocive (indicate in un allegato) da parte delle navi. Si tratta pur sempre di scarico, ma non è compreso quello di rifiuti provenienti da terra a mezzo nave. Le disposizioni penali sono contenute negli articoli 15 e seguenti del Titolo IV della legge stessa. La protezione dell'ambiente marino è stata incrementata attraverso il Decreto legislativo 202 del 2007, che ha ribadito il divieto di scarico di sostanze inquinanti da parte delle navi ed ha introdotto, agli articoli 8 e 9, l'inquinamento doloso e l'inquinamento colposo: reati propri commissibili solo dal comandante della nave, dai membri dell'equipaggio, dal proprietario e dall'armatore (ovviamente, solo in caso di concorso di persone nel reato). Significativo che, oltre alle sanzioni, il decreto legislativo del 2007 abbia previsto, insieme alle pene accessorie, l'obbligo di rifusione allo Stato delle spese di pulizia delle acque e degli arenili e del risarcimento dei danni arrecati alle risorse marine.

Tornando allo scarico di sostanze inquinanti nei fiumi, si è tentato un processo di prima riorganizzazione della materia con la legge n. 36 del 5/1/1994, c.d. legge Galli, recante "Disposizioni in materia di risorse idriche", che ha tenuto conto della Direttiva CEE 91/271 in materia di trattamento delle acque reflue urbane e del Decreto lvo.n. 152 del 1999, "Disposizioni sulla tutela delle acque dall'inquinamento e recepimento della Direttiva 91/271/CEE concernente il trattamento delle acque reflue urbane e della Direttiva 91/676/CEE relativa alla protezione delle acque dall'inquinamento provocato dai nitrati provenienti dalle

53 Nell'ultimo § si vedrà altresì come le acque godano ora della stessa tutela dell'aria, del suolo, dell'ecosistema, della fauna e della flora, In tal senso, un codice delle acque non presenterebbe alcuna utilità.

fonti agricole". Di particolare importanza il decreto legislativo n. 152 del 1999, che aveva come intento quello di salvaguardare le acque superficiali, marine e sotterranee per prevenire e ridurre l'inquinamento, attuare il risanamento dei corpi idrici inquinati, conseguire un miglioramento dello stato delle acque e perseguire usi sostenibili e durevoli delle risorse idriche. Un'idea che contempla una protezione globale, non limitata all'inquinamento, che impone la riduzione in pristino e, soprattutto, contiene il principio della sostenibilità, tanto importante per preservare la risorsa. Una normativa completa, che prevedeva un sistema di sanzioni, amministrative e penali, a garanzia del suo rispetto.

Anche il problema interpretativo della definizione di scarico era, tutto sommato, ridimensionato dal fatto che il decreto individuava tre tipologie di acque reflue con diversa regolamentazione: acque industriali, acque domestiche ed acque urbane. Restava comunque la necessità di distinguere lo scarico dai rifiuti per determinare l'applicazione del decreto 152 o del decreto Ronchi relativo ai rifiuti. Dal punto di vista strettamente sanzionatorio, erano penalmente rilevanti tutte le violazioni della normativa atte ad arrecare un danno od un pericolo di danno all'ambiente, sulla scorta di due elementi fondamentali: la mancanza di autorizzazione ed il superamento dei limiti tabellari. Si trattava di reati comuni contravvenzionali. L'impianto, per molti aspetti, non è dissimile da quello oggi vigente -come vedremo. Ed è proprio in questo contesto normativo che si è inserita la Direttiva Quadro sulle acque 2000/60/CE, finalizzata alla salvaguardia della qualità ambientale, all'utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali, partendo dai principi di precauzione, prevenzione e riduzione dei danni causati dall'ambiente secondo l'idea -che poi ha avuto grande seguito- del "chi inquina paga". Una Direttiva importante ma che, come vedremo, non ha portato ai risultati attesi, tanto che è stata recentemente ripensata.

Significativa è stata l'introduzione nell'ordinamento italiano, con decreto legislativo 152 del 2006, del Testo Unico Ambientale (TUA), la cui Sezione II è dedicata alla "Tutela delle acque dall'inquinamento". L'art. 73 del decreto esprime gli obiettivi in materia di acque: prevenzione e riduzione dell'inquinamento; risanamento dei corpi idrici inquinati; miglioramento della qualità delle acque destinate a particolari usi; perseguimento di usi sostenibili e durevoli delle risorse idriche con priorità per quelle potabili; mantenimento della capacità naturale di auto-depurazione dei corpi idrici, nonché della capacità di sostenere comunità animali e vegetali ampie e ben diversificate; mitigazione degli effetti delle inondazioni e delle siccità e impedimento di un ulteriore deterioramento; protezione e miglioramento dello stato degli ecosistemi acquatici, degli ecosistemi terrestri e delle zone umide direttamente dipendenti dagli ecosistemi acquatici sotto il profilo del fabbisogno idrico. Obiettivi ambiziosi ma il cui conseguimento è assolutamente necessario.



Senza entrare troppo nel dettaglio, il TUA contempla tre categorie di acque reflue: domestiche, industriali ed urbane. Il confine tra acque reflue domestiche ed industriali⁵⁴ sta nella derivazione prevalente dal metabolismo e da attività domestiche che caratterizza quelle domestiche, appunto. Casi problematici riguardano le attività commerciali, artigianali e di servizi, in cui le acque reflue possono dirsi miste. Alle acque reflue domestiche sono equiparate (ex art. 101, VII comma) quelle che derivano da coltivazione e silvicoltura; quelle che derivano dall'allevamento del bestiame; quelle che vengono dalle imprese di cui sopra che esercitano anche la trasformazione o valorizzazione della produzione agricola; quelle provenienti da impianti di acquacoltura e piscicoltura; quelle con caratteristiche qualitative equivalenti a quelle domestiche; quelle provenienti da attività termali e quelle di vegetazione dei frantoi oleari.

Il D.P.R. n. 227 del 2011 ha assimilato, nel caso di piccole e medie imprese, in assenza di specifica disciplina regionale, alle acque reflue domestiche quelle acque che, prima di ogni trattamento depurativo, presentano le caratteristiche qualitative e quantitative di cui alla tabella 1 all. A del medesimo decreto; le acque reflue provenienti da insediamenti in cui si svolgono attività di produzione di beni e servizi i cui scarichi terminali provengono solo da servizi igienici, cucine e mense e altre acque reflue descritte in distinto allegato. Come si può notare, l'idea sembrerebbe quella di estendere il novero delle acque domestiche, per il cui sversamento non è prevista -come vedremo- sanzione penale.

Sono acque reflue urbane quelle domestiche o il miscuglio di domestiche ed industriali o meteoriche convogliate in reati fognarie provenienti da agglomerato. Per scarico⁵⁵ si intende qualsiasi immissione effettuata esclusivamente tramite un sistema stabile di collettamento⁵⁶ che collega senza soluzione di continuità il ciclo di produzione del refluo con il corpo ricevente in acque superficiali, sul suolo, nel sottosuolo e in rete fognaria, indipendentemente dalla loro natura inquinante, anche se sottoposte a preventivo trattamento di depurazione. Gli scarichi possono essere di diversi tipi: sul suolo, nel sottosuolo, nelle acque sotterranee o superficiali e possono avvenire in corpi idrici ricadenti in aree sensibili oppure in reti fognarie. Tipologie di acque reflue diverse e scarichi diversi, minuziosamente regolamentati nell'intento di perseguire le finalità indicate all'art. 73 del TUA.

54 Recente definizione di acque reflue industriali è fornita da Cass. III, 5/12/2022 n. 45900.

55 Si badi che la definizione di scarico comprende solo gli scarichi diretti e non quello indiretto, ossia quello che viene in rilievo allorché il percorso refluo subisce interruzioni dalla produzione al momento finale. In questo secondo caso si applicherà la normativa sui rifiuti. Resta escluso dalla disciplina relativa alle acque anche lo scarico occasionale ed anche qui si può applicare la normativa sui rifiuti. Il confine tra la disciplina sugli scarichi e quella sui rifiuti è sottile.

56 Su cosa debba intendersi per sistema di collettamento si veda la recente Cass. III, 10/2/2023, n. 5738.



In realtà le cose non sono semplici come sembrerebbero a prima vista: che differenza c'è tra uno scarico ed un rifiuto liquido? Le discipline sui rifiuti e sugli scarichi sono diverse, quindi è indispensabile rintracciare un discrimine certo. In materia già erano intervenute le Sezioni Unite, precisando che sono soggetti alla normativa sui rifiuti i reflui precedenti allo scarico; dallo scarico in poi, invece, si applica la disciplina, appunto, sugli scarichi. La normativa vigente ha chiarito una volta per tutte la questione: l'art. 185, II comma, TUA, lett. A) esclude l'applicabilità della regolamentazione sui rifiuti alle acque di scarico.

Insomma, un sistema complesso, ove le violazioni vengono punite. Infatti, il decreto legislativo 152 del 2006 ha creato un impianto sanzionatorio complesso, che privilegia le sanzioni amministrative. Sono previsti verifiche e controlli periodici dello stato delle acque e degli scarichi: tutte attività necessarie per l'accertamento di eventuali condotte sanzionabili. Il diritto penale resta -com'è giusto- *extrema ratio*: le sanzioni penali sono poche, tutte contenute all'art. 137 del decreto legislativo e riguardano le sole acque industriali⁵⁷.

L'art. 137, I comma, punisce l'apertura o effettuazione di nuovi scarichi di acque reflue industriali in assenza di autorizzazione o in caso di autorizzazione sospesa o revocata. Si tratta dell'apertura *ex novo* di uno scarico o lo sversamento in uno scarico già esistente ma senza autorizzazione. Secondo la *littera legis*, la norma non sarebbe applicabile all'autorizzazione scaduta. Il che ha fatto parlare⁵⁸, in caso di estensione della normativa ai casi di autorizzazione scaduta, di conflitto tra i principi di garanzia che caratterizzano il diritto penale e, nello specifico, il divieto di analogia *in malam partem* e i principi di tutela ambientale. Il II comma sanziona la medesima condotta ma relativa agli scarichi di acque reflue industriali contenenti sostanze pericolose oppure direttamente di sostanze pericolose senza l'osservanza delle prescrizioni contenute nel provvedimento di autorizzazione. È il valore limite a segnare il punto di equilibrio individuato dal legislatore tra attività imprenditoriale lecita ed illecita. Nelle intenzioni, queste soglie dovrebbero fornire all'imprenditore serenità di azione, impedendogli di inquinare oltre certi limiti creando danni irreparabili. È un reato di pericolo astratto, come avremo modo di sottolineare nel prosieguo.

L'art. 137, IV comma, sanziona la violazione delle prescrizioni concernenti l'installazione e la gestione dei controlli in automatico o l'obbligo di conservazione dei risultati degli stessi. Il V comma punisce il gestore del servizio idrico integrato che non ottempera all'obbligo di comunicazione di cui all'art. 110, III comma o non osserva le prescrizioni o i divieti di cui all'art. 110, V comma. Il comma VIII punisce il titolare dello scarico che non consente l'accesso

⁵⁷ Lo scarico di acque domestiche è illecito amministrativo. Le acque meteoriche non sono, invece, soggette al TUA, a meno che siano di dilavamento, provengano da condotte separate rispetto a quelle fognarie e non siano oggetto di specifica disciplina regionale. Si veda C. Ruga Riva, *Diritto penale dell'ambiente*, Torino, 2021, pp. 89ss.

⁵⁸ C. Ruga Riva, cit., p. 95.

agli impianti al soggetto incaricato dei controlli; il IX comma sanziona l'inottemperanza della disciplina delle regioni sulle acque meteoriche di dilavamento e delle acque di prime piogge. Il X comma sanziona l'inottemperanza al provvedimento integrativo o restrittivo degli scarichi o degli usi di acque dolci idonee alla vita dei pesci e altresì l'inottemperanza al provvedimento adottato dalla competente autorità su proposta dei deputati ai controlli. Nel comma XI è dato rilievo penale all'inosservanza dei divieti di scarico sul suolo e nelle acque sotterranee, nel comma XII all'inosservanza delle prescrizioni relative alle acque destinate alla produzione dei molluschi. Nel comma XIII è punito lo scarico nelle acque del mare da parte di navi o aeromobili⁵⁹ e l'ultimo comma punisce chiunque effettui utilizzazione agronomica di effluenti di allevamento (ad esempio, la molitura delle olive). Ci sono altre norme con rilievo penale: l'art. 139 prevede la possibilità che il patteggiamento con sospensione condizionale della pena possa essere subordinato al risarcimento del danno e all'esecuzione degli interventi di messa in sicurezza, bonifica e ripristino. L'art. 140 prevede una circostanza attenuante nel caso di integrale riparazione del danno prima del giudizio penale. Come si vede, si tratta di condotte diverse, tutte legate allo scarico di acque, alle autorizzazioni, ai controlli⁶⁰.

La natura di reato comune, suggerita dalla dizione 'chiunque' con cui inizia ogni fattispecie trae in inganno: i reati che riguardano lo sversamento di acque industriali non può essere commesso da chiunque ma solo da coloro che rivestono determinati ruoli.

Occorre fare qualche osservazione, alcune sulla politica criminale e sull'efficacia della tutela, altre sulla tecnica normativa. A parte le norme relative allo scarico di acque industriali, alle violazioni delle autorizzazioni ed ai controlli, le altre disposizioni paiono eccessivamente settoriali. Né pare che l'imponente sistema sanzionatorio, nei fatti, sia in grado di soddisfare le esigenze espresse all'art. 73 del TUA. Avvalora l'ipotesi di una tutela insufficiente anche la tecnica normativa utilizzata. I reati previsti dall'art. 137 sono contravvenzioni, ovvero reati bagatellari, puniti indifferentemente per dolo o per colpa.

59 È punito lo scarico in mare di materiali o sostanze per i quali sia imposto un divieto assoluto di sversamento. Si rinvia a norme internazionali vaghe, che costringono l'interprete ad un faticoso reperimento delle fonti, anche se la base della normativa è la Convenzione di Marpol del 1973 con il relativo protocollo del 1978, ratificato dall'Italia con L. 979/1982. Ci sono dubbi sul rispetto del principio di legalità. È prevista una clausola di esclusione della tipicità che si fonda sull'inoffensività o, a tutto concedere, sull'esiguità dell'offesa e sulla presenza di autorizzazione amministrativa che dovrebbe garantire un previo controllo sull'effettiva non pericolosità dello scarico.

60 Solo una notazione: le disposizioni del TUA non riguardano l'area lagunare di Venezia, che continua ad essere disciplinata dalla legge 171 del 1973. Va detto, però, che l'applicazione di questa legge è stata in parte paralizzata dalla previsione della sospensione dei procedimenti penali concernenti l'apertura di alcuni scarichi in assenza di autorizzazione fino alla definizione dei relativi procedimenti amministrativi ed al rilascio di eventuale autorizzazione in sanatoria che estinguerebbe il reato. Si veda L. Ramacci, *Diritto penale dell'ambiente*, La tribuna, 2017, pp. 315ss.



Molti fra i reati previsti sono norme penali in bianco, ovvero definiscono il precetto e la sanzione ma lasciano a fonti sotto ordinate la possibilità di stabilire elementi accidentali. Peccato che questi elementi accidentali, nel caso di specie, siano tutte le sostanze pericolose che possono dar luogo al reato. Non accade solo in questa materia, tuttavia i dubbi sulla mancata osservanza del principio di riserva di legge sono legittimi. Se si guarda al IV comma, che punisce la violazione delle prescrizioni concernenti l'installazione e la gestione dei controlli in automatico o l'obbligo di conservazione dei risultati degli stessi, siamo in presenza di un reato di pericolo presunto: viene preclusa al giudice ogni valutazione sulla gravità, entità e ripetitività della condotta.

Molti fra i reati in materia di acque, tra quelli già visti e altri che vedremo, sono reati di pericolo. Vale la pena di aprire un breve parentesi su tale categoria dogmatica per mettere in luce quella che appare come una contraddizione di politica criminale.

Occorre partire dal principio di offensività: un comportamento, per costituire reato, deve costituire un'aggressione (lesione o mera messa in pericolo) di un bene tutelato. Il che consente di rifiutare l'idea del reato come illecito di mera disobbedienza. L'importanza del bene giuridico, che abbiamo già avuto modo di sottolineare, ritorna come criterio per distinguere tipologie diverse di reati. Il principio di offensività impone al legislatore di formulare le norme secondo lo schema "non c'è reato senza offesa" (c.d. offensività in astratto) e all'interprete di ricostruire le fattispecie criminose secondo il modello del reato come offesa ai beni giuridici (c.d. offensività in concreto).

In ottemperanza a questo principio, il nostro ordinamento penale attribuisce rilevanza a condotte da cui discendono effetti lesivi, ma anche a quelle che si limitano a mettere in pericolo l'interesse protetto. Questi ultimi sono i reati di pericolo: c'è la mera probabilità del verificarsi di un danno, che è temuto a causa della condotta dell'agente.

I reati di pericolo stanno diventando sempre più comuni a causa della compresenza di due fattori: l'evoluzione tecnologica ha comportato l'aumento esponenziale di attività pericolose e quindi si è resa necessaria la creazione di norme volte ad evitare la trasformazione del rischio eventuale in danno; l'assunzione da parte dello Stato di compiti di natura solidaristica gli ha imposto un'anticipazione di tutela rispetto a beni di particolare rilevanza. All'interno della categoria dei reati di pericolo, esistono quelli di pericolo concreto, astratto e presunto. I reati di pericolo concreto si caratterizzano per il fatto che la loro sussistenza è subordinata all'effettiva presenza del pericolo, che è quindi elemento espresso della fattispecie e che il giudice è tenuto ad accertare in concreto.

Nei reati di pericolo astratto il pericolo è considerato implicito nella stessa condotta, tanto che risulta superfluo ogni tipo di accertamento: si ritiene che, in base alle regole di esperienza, al compimento di certe azioni si accompagni sempre l'insorgere di un pericolo. In tal caso, il giudice dovrà limitarsi ad accertare la mera conformità del caso concreto alla fattispecie



normativa perché il legislatore ha già presunto che quel comportamento metta in pericolo il bene protetto.

Nei reati di pericolo presunto il pericolo non è implicito nella condotta ma addirittura presunto *iuris et de jure*, con conseguente inammissibilità della prova contraria. Qui il pericolo è presunto dalla legge⁶¹.

Ben si comprende come l'anticipazione della tutela penale alla messa in pericolo significhi un ampliamento del penalmente rilevante, riservato alle ipotesi che si ritengono più gravi: si punisce già la messa in pericolo del bene protetto e non si aspetta che sopraggiunga la lesione, segno che quel determinato bene giuridico merita una protezione particolarmente intensa.

Tornando alle ipotesi dell'art. 137 del TUA, il fatto che alcuni dei reati previsti rientrino nella categoria dei reati di pericolo stride con la natura contravvenzionale degli stessi. Sia chiaro, non c'è nessun tipo di incompatibilità logica: il legislatore può decidere di sanzionare la mera messa in pericolo di un bene e decidere di farlo in maniera lieve, attraverso una contravvenzione. Sul piano dell'effettività, però, le contravvenzioni sono reati dalla scarsa attitudine sia sanzionatoria sia dissuasiva. Insomma, le contravvenzioni non spaventano. Delineare reati di pericolo contravvenzionali significa vanificarne, almeno in parte, l'efficacia.

In conclusione, l'impianto sanzionatorio in materia di acque delineato dal Testo Unico sull'ambiente pare confuso ed inadeguato.

Generalmente si ritiene che sia solo la Sezione II del TUA ad occuparsi delle acque, tuttavia, nell'ottica del mantenimento della risorsa idrica, vale la pena far menzione della sezione I "Norme in materia di difesa del suolo e lotta alla desertificazione". Non soltanto questa sezione fornisce importanti definizioni ma enuncia le attività conoscitive, di programmazione e di intervento con finalità di assicurare la tutela ed il risanamento del suolo e del sottosuolo, il risanamento idrogeologico del territorio tramite la prevenzione dei fenomeni di dissesto, la messa in sicurezza delle situazioni a rischio e la lotta alla desertificazione.

Importante anche la Sezione III, sulla gestione delle risorse idriche e del servizio idrico integrato, che riguarda aspetti organizzativi ma che non presenta profili penalistici.

La tutela penale delle acque non è stabilita soltanto in leggi complementari ma anche nel *corpus* del codice penale. I reati sono contenuti nel Titolo VI, "Dei delitti contro l'incolumità pubblica", al capo II, "Dei delitti di comune pericolo mediante frode". Concernono le acque gli artt. 439, 440, 442 e 452 c.p. L'art. 439 punisce l'avvelenamento di acque o di sostanze alimentari⁶². Sono le acque destinate all'alimentazione umana, anche se batteriologicamente

61 Ci sono opinioni che propendono per una bipartizione tra i reati di pericolo: concreto ed astratto. Si veda F. Mantovani, *Principi di diritto penale*, Cedam, 2007, pp. 201ss. In materia anche M. Gallo, *I reati di pericolo*, Il Foro penale, 1969, p.1 ss.

62 Art. 439: "Chiunque avvelena acque o sostanze destinate all'alimentazione, prima che siano attinte o distribuite per il consumo, è punito con la reclusione non inferiore a quindici anni.



non pure ma potenzialmente destinabili all'uso alimentare. L'art. 440⁶³ sanziona l'adulterazione o contraffazione di sostanze alimentari, ovvero le acque o sostanze destinate all'alimentazione.

La differenza tra adulterazione e avvelenamento sta nel fatto che quest'ultimo consiste nell'immissione di sostanze contaminanti per natura ed in quantità tale che la loro assunzione, pur non avendo necessariamente potenzialità letale, produce effetti tossici di notevole allarme sanitario. L'adulterazione ha, invece, un rischio sanitario di entità minore. Tutto sta nella qualità delle sostanze che sono state immesse nelle acque: se sono tossiche c'è avvelenamento, altrimenti c'è adulterazione. Affinché si realizzi il delitto di cui all'art. 440 è necessario un reale pericolo per l'incolumità pubblica, mentre il reato di cui all'art. 439 è di pericolo astratto⁶⁴.

L'art. 442 punisce il commercio di sostanze alimentari contraffatte o adulterate: chi non ha realizzato in concorso i reati di cui agli articoli 439 e 440 ma detiene per il commercio, pone in vendita o distribuisce per il consumo acque, sostanze o cose che sono state da altri avvelenate, corrotte, adulterate o contraffatte è punito. Sono tutte fattispecie sanzionate se realizzate a titolo di dolo; l'art. 452 c.p., "Delitti colposi contro la salute pubblica", sancisce la punibilità per colpa dei fatti ex articoli 439, 440 e 442 c.p.

È chiaro che le norme del codice penale coesistono con le leggi speciali, il che significa che la repressione di inquinamenti idrici meno gravi avviene attraverso la legge c.d. Merli, che si limita a richiedere la prova del superamento dei limiti tabellari, senza imporre che si realizzi un pericolo per la salute pubblica.

Altra norma spesso utilizzata a tutela delle acque è l'art. 635 c.p., che descrive il reato di danneggiamento. Norma talmente utilizzata che è stata coniata l'espressione "danneggiamento idrico" proprio per definire il danneggiamento quando realizzato in danno delle acque. Affinché si realizzi danneggiamento è necessario un durevole deterioramento delle acque, pur non essendo indispensabile che sia irreversibile. Il danno deve essere strutturale o funzionale e deve rendere necessario un intervento ripristinatorio.

Se dal fatto deriva la morte di alcuno, si applica l'ergastolo; e, nel caso di morte di più persone, si applica la pena dell'ergastolo".

63 Art. 440: " Chiunque corrompe o adultera acque o sostanze destinate all'alimentazione, prima che siano attinte o distribuite per il consumo, rendendole pericolose alla salute pubblica, è punito con la reclusione da tre a dieci anni.

La stessa pena si applica a chi contraffà, in modo pericoloso alla salute pubblica, sostanze alimentari destinate al commercio.

La pena è aumentata se sono adulterate o contraffatte sostanze medicinali".

64 Anche se una parte della dottrina lo vede come reato di pericolo concreto o, quanto meno, "reale". Cfr. D'Alessandro, *La tutela penale dell'ambiente tra passato e futuro*, in Jus, 2016, p. 94



La legge n.68 del 2015 ha modificato il codice penale introducendo il Titolo VI *bis*, “Dei delitti contro l’ambiente”, costituito dai nuovi articoli da 452 bis a 452 *quaterdecies* c.p.⁶⁵.

L’art. 452 *bis* c.p. prevede il delitto di “Inquinamento ambientale”, che punisce chi abusivamente cagiona una compromissione o un deterioramento significativi delle acque o dell’aria o di porzioni estese o significative del suolo o del sottosuolo, di un ecosistema, della biodiversità, anche agraria, della flora o della fauna. È la prima norma penale che si occupa direttamente dell’ambiente ed usa il lessico che è stato ripreso dalla legge di riforma costituzionale. Le acque rientrano tra gli oggetti materiali del reato. La norma presenta elementi di difficoltà interpretativa. In primo luogo l’attività che si svolge continuamente nell’inosservanza delle prescrizioni autorizzative deve essere abusiva. Sia la giurisprudenza⁶⁶ sia la dottrina – anche sulla scorta della Direttiva 2008/99/CE- hanno interpretato l’avverbio “abusivamente” in modo ampio, coincidente con la condotta abusiva, che comprende la violazione di leggi statali o regionali, anche non strettamente pertinenti al settore ambientale.

Più complessa la determinazione della “compromissione” e del “deterioramento”, che debbono essere “significativi” e “misurabili”.

La compromissione ed il deterioramento sono eventi alternativi, come si evince dalla disgiuntiva. Entrambi sarebbero costituiti da un’alterazione della consistenza originaria della matrice ambientale o dell’ecosistema; tuttavia nella compromissione si realizza una situazione di rischio, che potremmo definire “squilibrio funzionale”, mentre il deterioramento implica un vero e proprio decadimento della qualità di questi ultimi⁶⁷, che si pone come “squilibrio strutturale”⁶⁸. La circostanza che la compromissione o il deterioramento debbano essere “significativi e misurabili” implica un aumento del livello di lesività della condotta. Si tratta di locuzioni note alla legislazione ambientale, interpretate nel senso che ‘significativo’ è un fatto incisivo e rilevante, ‘misurabile’ è un fatto apprezzabile quantitativamente e che possieda una rilevabile oggettività. I sintagmi, ad ogni modo, non brillano per precisione e rendono difficoltosa l’interpretazione, che resta aperta a più soluzioni.

Se dal reato di inquinamento ambientale derivano, come conseguenza non voluta dal reo, la morte o una lesione personale, la fattispecie applicabile è quella delineata dall’art. 452 *ter*.

65 Legge che ha ricevuto critiche: si veda T. Padovani, *Legge sugli ecoreati, un impianto inefficace che non aiuta l’ambiente*, in Guida al diritto, 2015, n. 32, pp. 13ss.

66 Tra tutte, Cass.III, n. 18669 dell’8/1/2015; Cass. III, n. 44449 del 15/10/2013; Cass. III, n. 19018 del 20/12/2012.

67 Li interpreta come fenomeni praticamente equivalenti la Suprema Corte (Cass. III, n.46170 del 3/11/2016). Di diverso avviso la dottrina, secondo cui in tal modo si svaluta la portata della disgiuntiva: E. Lo Monte, *Art. 452 bis c.p.:la locuzione<<compromissione o deterioramento significativi e misurabili>> all’esame dei giudici di legittimità*, in Riv.Dir e Giur. Agraria alimentare e dell’ambiente, n. 6, 2016, 1ss.

68 Le espressioni sono di E. Lo Monte, cit., p. 4



L'integrità dell'ambiente è garantita dall'art. 452 *quater* che punisce il "Disastro ambientale", costituito dall'alterazione irreversibile dell'equilibrio di un ecosistema o dall'alterazione dell'equilibrio di un ecosistema la cui eliminazione risulti particolarmente onerosa e conseguibile solo con provvedimenti eccezionali, oppure dall'offesa alla pubblica incolumità in ragione della rilevanza del fatto, per l'estensione della compromissione o dei suoi effetti lesivi ovvero per il numero delle persone offese o esposte a pericolo. Qui l'oggetto materiale è un ecosistema, quindi un concetto più ampio delle acque, che possono comunque farne parte: si pensi al caso di un grande lago inquinato da cui derivi la morte di pesci, piante acquatiche, rane ed altri animali, vegetazione lacustre, fauna selvatica e così via.

L'art. 452 *quinquies* prevede la punibilità dei reati di cui agli articoli 452 *bis* e 452 *ter*, che sono commissibili solo con dolo, anche per colpa e l'art. 452 *sexies* è norma specifica, relativa al "Traffico e abbandono di materiale ad alta radioattività". Chiunque impedisce o intralcia o elude l'attività di vigilanza e controllo ambientali o ne compromette gli esiti è punito dall'art. 452 *septies*. L'art. 452 *octies* prevede le circostanze aggravanti e l'art. 452 *novies* l'aggravante ambientale.

È un sistema organico completato dall'art. 452 *decies* che prevede il ravvedimento operoso; dall'art. 452 *undecies* sulla confisca; dall'art. 452 *duodecies* sul ripristino dello stato dei luoghi; dall'importante art. 452 *terdecies* sull'omessa bonifica e dall'art. 452 *quaterdecies* che punisce le attività organizzate per traffico illecito di rifiuti.

Per quel che ci interessa e concerne la tutela delle acque, i reati del Titolo VI bis consentono la realizzazione dell'illecito anche senza la necessità che si verifichi necessariamente il pericolo per la pubblica incolumità, è sufficiente la prova di un danno significativo o una alterazione irreversibile dell'ecosistema acquatico. Il che consente di allargare l'ambito di punibilità. Punibilità che necessita della lesione all'interesse tutelato, non bastando la mera messa in pericolo.

Un'ultima notazione, tanto per complicare un quadro di tutela già complesso: l'inquinamento idrico può determinare un impatto negativo sull'assetto paesaggistico e quindi possono applicarsi anche l'art. 734 c.p. -contravvenzione relativa alla distruzione o deturpamento di bellezze naturali- nonché il codice dei beni culturali e del paesaggio. È, però, necessario che si sia determinata una alterazione dell'aspetto estetico e biologico delle acque, sebbene temporaneo.

5. La tutela internazionale: le direttive

Come già rilevato, il diritto penale interno risente sempre più di scelte compiute a livello supra-nazionale. E questo accade -com'è naturale- anche in tema di acque. Dal 1970 al 1988 si contano più di venti direttive in materia.



Di grande importanza la Direttiva n.60 del 2000, recepita in Italia con il decreto legislativo 152 del 2006, che definisce il c.d. ciclo integrato dell'acqua, stabilendo che entro il 2027 debba esserci il raggiungimento di un buono stato quantitativo di tutti i corpi idrici dell'Unione Europea.

Abbiamo già visto i significativi effetti di questa normativa nell'ordinamento italiano. La Direttiva sino ad ora più importante è la 2008/99/CE, "Norme minime comuni per la creazione di fattispecie incriminatrici". Questa normativa ha dato impulso alla riforma dei reati ambientali del codice penale. Riforma, per la verità, sollecitata anche a cagione del mutamento delle condizioni culturali relative all'ambiente. Poiché si tratta di disposizioni piuttosto risalenti, occorre vedere quali siano i risultati ottenuti da questa Direttiva, per verificarne l'adeguatezza in termini di efficacia. Per questa ragione, la Commissione europea nel 2019 ha iniziato una valutazione della direttiva del 2008, anche alla luce del *Green Deal*. La valutazione, pubblicata nell'ottobre del 2020, si è basata su quattro criteri: effettività, efficienza, coerenza e rilevanza degli obiettivi in base ai bisogni odierni. Sono stati evidenziati sei problemi principali della Direttiva del 2008. Innanzitutto lo scopo era definito in maniera complessa ed è ormai obsoleto; le definizioni risultavano poco chiare e questo aspetto si rifletteva sulle investigazioni e quindi sulla persecuzione dei reati; le sanzioni sono non effettive né dissuasive. Inoltre, la cooperazione e coordinazione transnazionali si sono rivelate insufficienti e sono risultati carenti i dati statistici sui crimini in materia ambientale, tanto da rendere debole la catena di *enforcement* dalle indagini fino al processo.

Le conclusioni della Commissione evidenziano carenze nella legislazione penale di tutti gli Stati membri in tema di acque e lacune che riguardano anche i procedimenti in corso. La Direttiva del 2008 non possiede, secondo la Commissione, sufficiente effettività: i crimini sono poco indagati e puniti e, quando lo sono, le sanzioni sono troppo basse per essere dissuasive. Ciò significa che ogni Stato membro dovrà rafforzare le incriminazioni. La Commissione ha rilevato altresì la mancanza di mezzi, conoscenze specializzate, coscienza, cooperazione, condivisione di informazioni, strategie di lotta all'inquinamento ambientale, accostamento multidisciplinare. Dal punto di vista tecnico, la materia risentirebbe di mancanza di coordinamento tra reati ed illeciti amministrativi: elemento, questo, comune all'intera materia ambientale. A seguito di tali valutazioni, la Commissione europea ha deciso di rivedere la Direttiva 2008/99/CE, sostituendola con la proposta COM (2021) 851 final, che reca i seguenti obiettivi: migliorare l'effettività delle indagini; eliminare i termini vaghi nella definizione dei reati ambientali; assicurare effettive, dissuasive e proporzionate sanzioni graduabili a seconda della gravità delle violazioni; migliorare la collaborazione investigativa e le decisioni sui crimini attraverso una raccolta più accurata di dati statistici; migliorare investigazioni e collaborazioni. La Commissione si premura di sottolineare che il diritto penale è parte di una strategia dell'Unione europea finalizzata a proteggere ed a migliorare lo stato dell'ambiente,



che è una delle priorità più importanti della Comunità europea. Il *Green Deal* e la strategia sulla biodiversità hanno selezionato un raggio di misure di protezione che si influenzano reciprocamente attraverso un approccio olistico. In quest'ottica, le misure penali debbono essere l'ultima risorsa quando tutte le altre protezioni si rivelano insufficienti. Occorre all'uopo necessariamente perfezionare la definizione di reato ambientale ed enucleare nuove categorie di fattispecie delittuose.

Le basi legali della proposta di direttiva del 2021 sono rese esplicite dalla Commissione: è l'art. 83, II comma, TFEU, che attribuisce all'Unione la competenza per stabilire regole minime di definizione dei reati e le sanzioni per armonizzare le misure. I principi da seguire sono quelli della sussidiarietà e della proporzionalità. La sussidiarietà si sostanzia nel fatto che le attività criminali ambientali sono spesso transnazionali, quindi la Proposta mira a creare una cornice legale di base comune a tutti gli Stati membri per indirizzarli a definire i principali reati ambientali. I singoli Stati, poi, attueranno autonomamente le linee della Proposta divenuta Direttiva. Quanto alla proporzionalità, l'art. 5 del TUE prevede che la revisione della Direttiva n. 99 del 2008 dovrà limitarsi a quanto necessario per adattare la legislazione alle nuove minacce all'ambiente. Il che significa che le nuove figure di reato e le relative sanzioni dovranno limitarsi a punire condotte che costituiscano serie offese al bene giuridico ambiente, nel rispetto della proporzionalità.

Si badi che la possibilità per la Commissione di presentare una propria Proposta di Direttiva al Parlamento europeo ed al Consiglio per la tutela penale di un determinato bene giuridico, così come la possibilità per l'Unione Europea di imporre agli Stati membri una certa legislazione penale deve essere giustificata e contestualizzata nell'ambito dei poteri legislativi dell'organo in questione⁶⁹. È proprio per questa ragione che la base legale per la promulgazione della futura (ed eventuale) Direttiva va ricercata nell'art. 83 del TFEU che al I comma prevede la possibilità del Parlamento europeo e del Consiglio di adottare Direttive che stabiliscano norme minime relative alla definizione di reati e sanzioni in sfere di criminalità particolarmente gravi che presentino una dimensione transnazionale, come il terrorismo, la tratta di esseri umani, lo sfruttamento sessuale, il traffico di stupefacenti e le altre macroaree individuate nel medesimo articolo. Si tratta di elenco tassativo, tuttavia il Consiglio all'unanimità lo può ampliare, previa approvazione del Parlamento europeo. Il fatto è che i crimini ambientali, benché di certo gravi e transnazionali, non sono inclusi nell'elenco. Viene in soccorso il II comma del medesimo articolo che prevede la competenza dell'Unione europea, attraverso il Parlamento, a stabilire regole minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni «nelle aree di politica europea che sono state soggette a misure di armonizzazione,

69 B. Onofri, *Proposta per una direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio sulla protezione dell'ambiente attraverso il diritto penale: nuove frontiere nella lotta ai crimini ambientali in Europa*, in *Sistema Penale*, 5/7/2022



nel caso in cui l'avvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari in materia penale degli Stati membri sia indispensabile ad assicurare l'efficace attuazione di tale area politica dell'Unione>>. Di certo la materia ambientale è stata oggetto e necessita di misure di armonizzazione, quindi la regolamentazione deve essere unitaria a livello europeo per poter garantire un'attuazione efficace della politica europea. Ecco perché la Proposta di Direttiva del 2021 mette l'accento sulla necessità di cooperazione tra Stati: solo così può essere giustificata la sua emanazione in una materia che non rientra nell'elenco di cui al I comma dell'art. 83.

Per quanto concerne la sua struttura, la Proposta di Direttiva si compone di due parti: 40 punti introduttivi e 29 articoli, che sono quelli che riguardano la protezione penale delle acque più da vicino e su cui, quindi, concentreremo di più la nostra attenzione. I primi due punti costituiscono l'ossatura della Proposta, riguardando oggetto e definizioni. Di particolare importanza le definizioni, che vogliono supplire proprio ad una delle carenze evidenziate nella Direttiva del 2008. I punti seguenti creano un vero e proprio sistema penale, definendo i soggetti attivi e passivi, la condotta, il bene giuridico, l'evento. Significativo che la Proposta riconosca che gli illeciti ambientali si caratterizzano per elevate anticipazioni della soglia di punibilità e siano, pertanto, reati di pericolo. La Proposta richiede che la punibilità sia prevista solo se sia raggiunto uno stadio di danno, o di pericolo di danno, sostanziale, tenendo conto di questi elementi: la condizione di base dell'ambiente interessato, la durata del danno (se permanente o a medio o breve termine), la severità del danno stesso, la sua diffusione e la sua reversibilità. Non vengono esclusi i reati di pericolo perché la Proposta richiede, letteralmente, che la condotta possa "probabilmente causare" un danno alla qualità del suolo, dell'acqua, dell'aria o a piante ed animali. Significativo, però, il riferimento al danno che, seppur potenziale, deve essere individuato e circostanziato. Il punto 3 menziona altresì l'elemento soggettivo, includendo espressamente la punibilità per colpa: il che è significativo perché dimostra la volontà di creare un elevato standard di protezione. Il sistema prosegue con la previsione necessaria di numerose circostanze aggravanti e poche, ma significative, attenuanti. Tra le aggravanti da prevedere, quelle da applicare qualora la condotta abbia causato una lesione grave o addirittura la morte; se siano stati cagionati una distruzione o un danno permanente all'ecosistema; se le condotte si svolgano nell'ambito di un'organizzazione criminale o che abbia coinvolto l'uso di documenti falsi; o ancora se la condotta sia stata posta in essere dal pubblico ufficiale nello svolgimento del servizio. Dovranno essere previste aggravanti anche qualora l'offesa abbia generato (o fosse destinata a generare), in modo diretto o indiretto, sostanziali benefici finanziari o abbia evitato, o fosse destinata ad evitare, costi sostanziali; qualora il reo non adempia agli obblighi riparatori; se il reo non collabora con le attività investigative ove richiesto dalla legge; se il reo ostacola le indagini o intimidisce testimoni o parti offese. Si tratta di aggravanti analoghe ad altre previste per alcuni reati in Italia: nulla che stravolga il nostro sistema, quindi, e che anzi si pone in linea con alcune scelte



dell'ordinamento interno. Per quanto concerne le attenuanti, andranno previste se il reo ripristina l'ambiente riportandolo allo stato precedente alla commissione del reato e se il reo fornisca alle autorità giudiziarie o amministrative informazioni che altrimenti non avrebbero ottenuto, aiutandole ad identificare o catturare eventuali concorrenti o a trovare prove. Si tratta di circostanze in linea con le tendenze di politica criminale, europea e non, più recenti. Il ripristino dello stato dei luoghi rientra nell'idea di utilizzare il diritto penale con efficacia dissuasiva, oltre che sanzionatoria: la tutela del bene giuridico è più forte se si può rendere meno grave la lesione, anche a scapito delle ragioni punitive. E la collaborazione è, non da ora, incentivata. Anche se gli effetti di questo principio mi paiono discutibili e di scarsa efficacia, oltre che la dimostrazione della inefficienza dei sistemi penali e di investigazione, che, per aver esito, devono fondare la loro azione sulla delazione. Ad ogni modo, non sono una novità.

La proposta di Direttiva prevede che si debba assicurare che l'istigazione, l'aiuto ed il favoreggiamento dei reati ambientali siano puniti. Il punto 5 dispone che le pene debbano essere proporzionate e dissuasive. All'uopo, per ogni categoria di reato sono stabiliti minimi e massimi edittali⁷⁰. Sono altresì previste pene accessorie quali l'obbligo di ripristinare l'ambiente in un termine perentorio; l'interdizione temporanea o permanente dell'accesso a finanziamenti pubblici, a gare, sovvenzioni o agevolazioni; l'interdizione a dirigere stabilimenti del tipo di quelli utilizzati per commettere il reato; il ritiro di permessi o autorizzazioni allo svolgimento delle attività che hanno portato alla realizzazione del reato. Ed ancora, oltre alla pubblicazione della sentenza di condanna, l'obbligo di predisporre schemi di diligenza e compliance per conformarsi agli standards ambientali. Si tratta di pene accessorie che ricordano le sanzioni previste per l'ente dal nostro decreto legislativo 231 del 2001: il principio di fondo è quello di pervenire ad una tutela dell'ambiente utilizzando il diritto penale come *extrema ratio* non solo nel caso delle violazioni più gravi ma anche qualora alle violazioni non sia seguito un comportamento fattivo che possa elidere le conseguenze del reato, ma soprattutto creare una nuova coscienza ambientale che possa evitare la futura perpetrazione di condotte che danneggino l'ambiente.

Il segmento più importante e significativo della proposta di Direttiva concerne la c.d. parte speciale, ovvero l'elencazione delle condotte illecite che i Paesi recettori dovranno inserire nell'ordinamento interno. Il che dimostra una volta di più l'importanza dell'Unione europea nella produzione del diritto penale. A meno di voler aggrapparsi al dato formale, il fatto che l'Unione europea non possa direttamente legiferare in materia penale non significa che non imponga scelte, soluzioni e strumenti. Le esigenze sono chiare: gli Stati membri devono

⁷⁰ Per i reati dolosi che provocano il decesso di persone, la pena massima deve essere di almeno 10 anni di reclusione; per i reati commessi per grave negligenza che provochino il decesso di persone, la pena massima deve essere di almeno 5 anni di reclusione; per gli altri reati dolosi, la pena massima deve essere di almeno 5 o 3 anni di reclusione.



giungere ad uno standard di protezione uniforme, soprattutto nelle materie, come l'ambiente, ove non ha alcun senso separare i confini nazionali.

Le condotte illecite che la Proposta di Direttiva impone di prevedere sono molte, alcune delle quali, però, non riguardano le acque. Mi limiterò a menzionare quelle che tutelano l'acqua e che sono la maggior parte, benché non la proteggano in maniera esclusiva ma solo unitamente all'aria ed al suolo. Vale subito la pena di notare, infatti, come le fattispecie delittuose suggerite dalla Proposta utilizzino, quasi come un mantra, la medesima espressione "aria, suolo e acqua" e si ipotizzi per la punibilità un danno reale o potenziale alle persone o "alla qualità di aria, suolo, acqua, animali o piante".

Occorrerebbe punire, ex lett.a), lo scarico, emissione o introduzione di una quantità di materiali, sostanze o reazioni ionizzanti nell'aria, suolo o acqua che causino o possano causare morte o serie lesioni alle persone oppure un danno sostanziale alla qualità di aria, suolo, acqua o animali o piante. Vedremo, nel paragrafo successivo, che impatto potrà avere questa Direttiva sull'ordinamento interno. Qui mi limito ad elencare le fattispecie necessarie, secondo la Proposta, a proteggere le acque.

La lett. b) intende punire l'immissione nel mercato di prodotti che, in violazione di una proibizione o altri requisiti, causi o possa causare morte o serie lesioni alle persone o un danno sostanziale alla qualità di aria, suolo, acque, animali o piante. Questa disposizione si lega a quella della lett.c) che sanziona la produzione o l'immissione sul mercato o l'uso di sostanze che, da sole o mischiate o contenute in altri prodotti, quando questa attività è proibita da tutta una serie di regolamenti del Parlamento europeo specificamente indicati, causi o possa causare la morte o serie lesioni alle persone o un danno sostanziale alla qualità di aria, suolo, acque, animali o piante.

Entrambe le fattispecie presuppongono che ci siano sostanze o prodotti proibiti o non realizzati in modo conforme alla normativa europea che vengano prodotti e/o messi in commercio, potendo causare le gravi conseguenze indicate nelle disposizioni che sono-come accennato- costantemente ripetute a riprova della loro centralità nel sistema normativo che la proposta di Direttiva mira a costruire.

La lett. e) punisce la raccolta, trasporto, recupero o deposito di rifiuti se si tratti di rifiuti pericolosi o altri rifiuti e la condotta causi o possa causare la morte o gravi lesioni alle persone o un danno sostanziale alla qualità di aria, suolo, acque, animali o piante.

Si tratta di norma che riguarda i rifiuti che, se non adeguatamente maneggiati, possono causare danni all'ambiente tutto e, quindi, anche alle acque. Ma non è norma a tutela specifica. Così come riguarda i rifiuti la norma della lett. f).

Tutela l'acqua e, segnatamente, il mare la norma di cui si chiede l'introduzione alla lett.h): scarico da navi di sostanze inquinanti. È una previsione che non dovrà riguardare i casi



individuali se lo scarico della nave non causa deterioramento alla qualità dell'acqua. Deve trattarsi di ripetuti casi che arrivano a determinare un vero e proprio danneggiamento.

Alla lett. i) è prevista l'introduzione di norma che punisca l'installazione, qualsivoglia operazione o lo smantellamento di una installazione in cui siano portate avanti attività pericolose o siano conservate sostanze pericolose, preparazioni inquinanti (tra quelle indicate in altre Direttive) e che causino o potrebbero causare morte o serie lesioni alle persone o un danno sostanziale alla qualità di aria, suolo, acque, animali o piante. Anche questa norma pare vicina allo smaltimento dei rifiuti, che deve avvenire in modo da non danneggiare l'ambiente. Sulla stessa linea la disposizione della lett. J), che concerne nello specifico la produzione, la lavorazione, l'utilizzo, la conservazione, il trasporto, l'importazione e l'esportazione di materiale radioattivo.

Mira alla tutela specifica delle acque la norma di cui all'art. k): estrazione di acqua di superficie o di fondale che causi o possa causare morte o serie lesioni alle persone o un danno sostanziale alla qualità di aria, suolo, acque, animali o piante.

Si tratta di condotte che, in parte, erano previste già nella Direttiva del 2008, a cui ne sono state aggiunte altre.

La Proposta di Direttiva si occupa lungamente di importanti aspetti procedurali, prevedendo lo sviluppo di strumenti preventivi e investigativi comuni. Di grande importanza l'art. 15, secondo cui gli Stati membri dovranno adottare tutte le misure necessarie a ridurre la commissione di reati ambientali, anche attraverso campagne di sensibilizzazione, informazione e programmi di ricerca. Entro un anno dall'entrata in vigore della Direttiva gli Stati membri dovranno prevedere una strategia nazionale sulla lotta al crimine ambientale, definendo, come minimo, questi elementi: obiettivi e priorità della politica nazionale in campo ambientale; ruoli e responsabilità di tutte le Autorità competenti coinvolte nella lotta a questo tipo di reati; modalità di coordinamento e cooperazione tra autorità competenti; uso della legge amministrativa e civile per affrontare le violazioni alle disposizioni della Direttiva; risorse finanziarie a supporto della necessaria specializzazione delle forme professionali; procedure e meccanismi di monitoraggio regolare e valutazione dei risultati raggiunti; assistenza della rete europea che si occupa di materie rilevanti nella lotta al crimine ambientale. Come si comprende facilmente, l'idea è quella di creare un vero e proprio sistema europeo di norme e procedure a tutela dell'ambiente. Interessante il riferimento alla necessaria specializzazione delle professioni: la protezione dell'ambiente passa anche attraverso figure professionali specifiche e con una formazione adeguata in materia, a tutti i livelli. Una tutela a tutto tondo, realizzata con piena collaborazione e coordinamento tra gli Stati membri. Ed al fine di rendere effettiva e quindi efficace la predetta tutela, la proposta di Direttiva, nella parte finale, dispone una sorta di monitoraggio europeo che dovrà avvenire attraverso la raccolta di dati statistici relativi al numero di reati ambientali denunciati, a quelli investigati, alla



lunghezza delle indagini, al numero di condanne, al numero di persone punite ed al numero delle sanzioni irrogate agli enti, alle tipologie e livelli di sanzioni che ogni Stato impone per la violazioni ambientali. La necessità è quella di ottenere un quadro complessivo della situazione giudiziaria europea in materia ambientale. Di tutto rilievo anche i termini e le modalità di attuazione della futura ed eventuale Direttiva, che denotano l'importanza annessa alla stessa: entro 18 mesi dalla sua entrata in vigore gli Stati membri dovranno adottare tutti gli atti legislativi, regolamentari ed amministrativi necessari per la sua attuazione. Sono previsti controlli annuali e ogni cinque anni occorrerà valutare l'impatto reale, effettivo, della Direttiva nei singoli Stati membri. Nella parte conclusiva, la Proposta di Direttiva spiega che i risultati attesi non possono essere misurati in termini precisi, ma che si considererà un successo se il numero di procedimenti e di condanne in materia ambientale, anche grazie alle nuove fattispecie di reato che dovranno essere introdotte, sarà aumentato del 5-7%. Ovviamente questo risultato presuppone che, nel breve termine, la Direttiva⁷¹ sia trasposta nei singoli ordinamenti e vengano previste le nuove figure di reato.

Lo Stato italiano si è espresso sulla Proposta con la relazione A9-0087/2023 "Relazione sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla tutela penale dell'ambiente, che sostituisce la direttiva 2008/99/CE". In suddetta relazione sono stati proposti molti emendamenti, la maggior parte dei quali si pongono come enunciazioni di principio volte a rafforzare la portata sistematica della direttiva. Anziché indicare solo la tutela dell'ambiente, si propone: «La tutela dell'ambiente dovrebbe essere intesa nel senso più ampio del termine, includendo tutte le risorse naturali -aria, acqua, suolo, fauna e flora selvatiche, compresi gli habitat- nonché i servizi forniti dalle risorse naturali, promuovendo misure sul piano internazionale per affrontare problemi ambientali a livello regionale o ambientale». Si intendono specificare alcuni principi, come quello secondo cui «la politica dell'unione in materia ambientale è fondata sui principi della precauzione e dell'azione preventiva, sul principio della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente, nonché sul principio "chi inquina paga"». È ribadito con forza che l'impatto della criminalità ambientale influisce anche sui diritti umani, pertanto la lotta contro la criminalità ambientale⁷² dovrebbe essere una priorità a livello dell'Unione al fine di garantire la tutela di tali diritti.

71 La Proposta si inserisce nel Green Deal, nel Biodiversity Strategy, nell'EU Action Plan Against Wildlife Trafficking, nell'UE Serious and Organized Crime Threat Assessment 2021 e nella nuova EU Strategy to Tackle Organized Crime Covering period 2021-2025,

72 Si sottolinea, infatti, come nell'arco di pochi decenni la criminalità ambientale sia diventata il quarto maggior settore criminale al mondo, con una crescita da 2 a 3 volte più rapida rispetto all'economia mondiale, ed attualmente sia lucrativa quanto il traffico di stupefacenti. Si veda la relazione A9-0087/2023.



Gli emendamenti proposti dallo Stato italiano prestano grande attenzione alle definizioni: <<Nonostante il numero crescente di reati ambientali, non esiste ancora una definizione armonizzata e accettata di reato ambientale a livello nazionale e dell'Unione. La presente direttiva mira a fornire un quadro generale, definendo un reato autonomo di criminalità ambientale, in aggiunta all'insieme comune a livello di Unione di reati ambientali specifici che sono definiti con riferimento alle violazioni della pertinente legislazione settoriale dell'Unione in materia ambientale. In linea con la legislazione vigente nei diversi sistemi nazionali di diritto penale, gli Stati membri dovrebbero configurare come reato le categorie autonome di reati ambientali>>⁷³. Nel nostro ordinamento molte condotte in materia ambientale sono già considerate reato, ciò che si desidera è un'azione comune e congiunta contro questo tipo di criminalità. Dimostrazione ne è l'emendamento 13 che auspica che si pervenga ad un codice di diritto penale dell'Unione in materia ambientale, che sarebbe necessario "in quanto la criminalità ambientale ha spesso una dimensione transfrontaliera".

Per quanto attiene nello specifico alle sanzioni, gli emendamenti richiesti riguardano la previsione di aggravanti quando i reati siano commessi da criminalità organizzata o da pubblici funzionari nell'esercizio delle loro funzioni⁷⁴. Significativo che si richieda⁷⁵ che nei casi in cui l'autore del reato non sia in grado di ripristinare l'ambiente, dovrebbero essere applicate sanzioni supplementari. È richiesta all'emendamento 31 anche la previsione di misure di prevenzione penali, che sono viste come importanti deterrenti contro i reati ambientali.

Con riferimento al vero e proprio articolato, la relazione richiede che venga specificato che il danno ambientale è un "grave danno alla salute delle persone o un danno rilevante alla qualità dell'aria, del suolo o delle acque, alla biodiversità, ai servizi e alle funzioni ecosistemici, alla fauna o alla flora, che nuoce a tutto ciò che cresce, fiorisce e vive, compreso, ma non solo, il danno di cui all'art. 2 della direttiva 2004/35/CE".

La Proposta, con le relative modifiche, è stata approvata l'11/4/2024, diventando la "Direttiva n. 1203 del Parlamento europeo e del Consiglio sulla protezione dell'ambiente attraverso il diritto penale". Il relatore Antonius Manders ha rimarcato l'importanza della lotta alla criminalità transfrontaliera e la maggior responsabilità a cui andranno incontro i dirigenti delle imprese: è giunto il momento che la lotta alla criminalità transfrontaliera assuma una dimensione europea, con sanzioni armonizzate e dissuasive che impediscano nuovi reati ambientali. La recentissima direttiva sostituisce le direttive 2008/99/CE e 2009/123/CE, il che ne sottolinea l'importanza perché si pone come il riferimento in materia ambientale. La prima parte della Direttiva ribadisce i principi che debbono ispirare le azioni a favore dell'ambiente

⁷³ Questo il testo dell'emendamento 9.

⁷⁴ È l'emendamento 15.

⁷⁵ Si veda l'emendamento 17.



e gli obiettivi che si vogliono raggiungere. Occorre garantire un elevato livello di tutela in materia ambientale fondata sui principi di precauzione, azione preventiva e correzione, nonché sul principio “chi inquina, paga”. Vengono altresì fornite utili definizioni che dovrebbero facilitare l’interpretazione e, di conseguenza, l’applicazione concreta. Il novero delle condotte che costituiscono reato ambientale deve essere aumentato, le sanzioni vanno ampliate ed inasprite. Occorre prevedere la punibilità anche per le condotte di istigazione, favoreggiamento e tentativo; debbono essere previste circostanze attenuanti ed aggravanti. Nulla di nuovo rispetto a quanto già contenuto nella proposta di Direttiva, che va nella direzione di un apparato penalistico più ampio, con sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive e di una maggior cooperazione internazionale nella protezione dell’ambiente. Anche l’articolato non presenta particolari differenze rispetto alla proposta. Le ipotesi di reato sono indicate all’art. 3 della Direttiva, che suddivide le fattispecie tra quelle commesse intenzionalmente e quelle commesse per grave negligenza, indicando così una distinzione tra quelle che, nel nostro ordinamento, definiamo condotte dolose o colpose (limitatamente alla colpa grave). Le nove ipotesi di reato previste dalla direttiva 2008/99/CE sono ora venti: la protezione delle acque è estremamente ampia poiché non costituisce più disciplina settoriale, inserendosi in un quadro più ampio di una tutela che riguarda l’aria, il suolo, le acque, l’ecosistema, la fauna e la flora. Lo avevamo già sottolineato analizzando la proposta di Direttiva: l’articolato ripete, per ogni condotta che dovrà essere sanzionata, la stessa locuzione, ovvero “che provochino o che possano provocare il decesso o lesioni gravi alle persone o danni rilevanti alla qualità dell’aria, del suolo o delle acque, a un ecosistema, alla fauna o alla flora”. Ecco che le acque, parte fondamentale dell’ambiente, ricevono una tutela più ampia: si pongono come evento -reale o potenziale- di condotte di tipo diverso. Tra queste, molte ricalcano quelle della proposta, anche se sono espresse lessicalmente in maniera diversa; ad esempio, l’art. 3 §2, lett. a) che sanziona lo scarico o emissione o introduzione di un quantitativo di materie, sostanze, energia o radiazioni ionizzanti nell’aria, nel suolo o nelle acque che provochino o possano provocare il decesso o lesioni gravi alle persone o danni rilevanti alla qualità dell’aria del suolo, delle acque, a un ecosistema, alla fauna o alla flora. Qui, rispetto alla proposta, alle condotte è stata aggiunta tra gli oggetti “l’energia”. La locuzione animali e piante è diventata “fauna o flora”; il danno, da “sostanziale” è diventato “rilevante”. È ancora presto per un commento ma, date le difficoltà interpretative già sottolineate, per esempio, con riguardo all’art. 452 bis, c.p., l’individuazione del danno rilevante si può ipotizzare che sarà oggetto di pronunce giurisprudenziali di diverso tenore. Sono state inserite, rispetto alla proposta, anche condotte diverse come le lett. d) ed e), relative rispettivamente alla fabbricazione, impiego, stoccaggio, importazione di mercurio e composti e la realizzazione di progetti senza autorizzazione. Entrambe le condotte a condizione che provochino o possano provocare il decesso o lesioni gravi alle persone o danni rilevanti alla



qualità dell'aria, del suolo o delle acque, a un ecosistema, alla fauna o alla flora. Aggiunta anche la condotta della lett. j): esercizio o chiusura di un impianto in cui è svolta un'attività pericolosa o in cui sono immagazzinate o utilizzate sostanze o miscele pericolose che rientrino nel campo di applicazione della Direttiva 2012/18/UE e che provochino o possano provocare il decesso o lesioni gravi alle persone o danni rilevanti alla qualità dell'aria, del suolo o delle acque, a un ecosistema, alla fauna o alla flora. La Direttiva segue la proposta nel richiedere un reato che punisca l'estrazione di acque superficiali o sotterranee (lett. m).

Ci sono poi, condotte inserite nella Direttiva relative ad animali, sostanze che riducono l'ozono e gas fluorurati, che non hanno, però, a che vedere con l'oggetto specifico di questa ricerca. Significativo che le fattispecie di cui alle lettere a), b), c), d) f), g), da i) a q) lettera 2 punto ii), s) e t) debbano essere punite, secondo il disposto del §4 anche se commesse per colpa grave.

Una importante novità è prevista dall'art. 3, §3, che stabilisce che i reati del §2 sono "qualificati" se le condotte provocano: "a) la distruzione di un ecosistema di dimensioni o di valore ambientale considerevoli o di un habitat all'interno di un sito protetto o danni diffusi e rilevanti, irreversibili o duraturi, a tale ecosistema o habitat; b) danni diffusi e rilevanti, irreversibili o duraturi alla qualità dell'aria, del suolo o delle acque". L'effetto di tale qualifica, che si basa su elementi che paiono caratterizzati da indeterminatezza, è quello di prevedere sanzioni più elevate.

A chiusura di questo già piuttosto ampio novero di reati, il §4 lascia agli Stati membri la facoltà di prevedere altri e diversi reati che posseggano la medesima finalità di protezione dell'ambiente, segno di una volontà forte di arginare un fenomeno dagli effetti ormai devastanti per il pianeta.

L'art. 4 impone di prevedere, per i reati dell'art. 3, anche la punibilità per le ipotesi di istigazione, favoreggiamento, concorso e tentativo: altro segnale forte di necessità di tutela, che andrà armonizzato con i principi generali dei singoli Stati recettori della Direttiva. L'art. 5 si occupa delle sanzioni per le persone fisiche, imponendo, come già fatto nella proposta, pene minime e massime. Significativo il §3 che lascia la facoltà di stabilire obblighi quali il ripristino dell'ambiente o il risarcimento del danno a fianco di sanzioni interdittive di vario genere.

Gli artt. 8 e 9 stabiliscono le circostanze aggravanti ed attenuanti. Tra le aggravanti, da notare quella che riguarda la commissione dei reati di cui all'art. 3 nel contesto di un'organizzazione criminale, frutto di emendamenti presentati alla proposta. Seguono articoli 10 (congelamento e confisca), 11 (termini di prescrizione), 12 (competenza giurisdizionale) e quelli sulla cooperazione internazionale, gli strumenti investigativi, i dati statistici e la formazione, che sono il frutto dell'analisi della Commissione che ha valutato la Direttiva del 2008 e ne ha messo in luce le inefficienze.



Di grande importanza gli artt. 6 e 7 relativi alla responsabilità delle persone giuridiche ed alle sanzioni. Inserire tali reati nel catalogo di quelli che fanno scattare la responsabilità degli enti ha un forte valore simbolico e si spera possa avere un'importanza pratica altrettanto pregnante.

6. Quale nuova tutela per le acque nell'ordinamento interno?

La direttiva n. 1203, pubblicata il 30/4/2024, entrata in vigore il ventesimo giorno dopo la pubblicazione, dà tempo agli Stati membri per conformarsi fino al 21/5/2026. Quali cambiamenti possiamo prevedere nel nostro ordinamento in tema di acque? Senza dubbio occorrerà introdurre nuove fattispecie di reato. Come abbiamo visto, l'art. 137 TUA punisce lo scarico delle acque industriali, arretrando la punibilità alla messa in pericolo dell'interesse tutelato.

La Direttiva impone di sanzionare lo scarico, emissione o introduzione di materie, sostanze, energia o radiazioni ionizzanti che provochino o possano provocare morte, serie lesioni o danni rilevanti alla qualità di aria, suolo, acque, ecosistema, fauna o flora. La Direttiva non fa menzione della distinzione tra acque industriali, domestiche ed urbane: si vuole apprestare una tutela non settoriale e più efficace: se lo scarico di acque domestiche o urbane dovesse cagionare l'evento o il pericolo di evento descritto dalla Direttiva occorrerebbe punire. È come se la Direttiva descrivesse la condotta in base all'evento e non alla categoria di acque versate. Resta il fatto che deve trattarsi di un danno rilevante. Evidentemente il legislatore italiano ha fatto la scelta di ritenere che solo lo scarico di acque industriali possedesse una potenzialità lesiva tale da meritare sanzione. Oggi è richiesta una normativa che sanzioni non solo gli scarichi ma anche l'emissione o l'introduzione di tutte le sostanze indicate dall'art. 3 della Direttiva.

La Direttiva richiede di punire l'immissione nel mercato di prodotti che violano la normativa e ledono o possono ledere il suolo, l'aria, l'acqua e così via. La normativa italiana prevede, tra i reati contro l'incolumità pubblica, l'avvelenamento o adulterazione di sostanze destinate all'alimentazione. Esistono leggi specifiche che riguardano l'utilizzo di particolari sostanze, tuttavia potrebbe essere necessario che il legislatore italiano renda più ampia la normativa per includervi i casi indicati nella proposta, che non sembrano confluire tutti nell'operatività delle norme interne.

Per quanto concerne i rifiuti, ma anche lo scarico da parte delle navi di sostanze inquinanti, la normativa interna sembrerebbe già atta a sanzionare i comportamenti indicati nella Direttiva.

Di grande importanza mi sembra la Direttiva nella parte in cui richiede l'introduzione di un reato non presente nell'ordinamento interno: l'estrazione illegale di acqua. Una fattispecie resa indispensabile dall'aggravarsi del problema dell'esaurimento delle risorse idriche che



affligge il pianeta e che è destinato ad aggravarsi a causa dei cambiamenti climatici. È la Corte dei Conti europea⁷⁶ a descrivere un quadro allarmante, in cui le misure amministrative sono inefficaci, le sanzioni irrisorie ed i controlli approssimativi e poco frequenti. Come detto nell'incipit, i molteplici utilizzi dell'acqua necessitano di una tutela multiforme, ove la preservazione della risorsa è essenziale. Importante, quindi, che negli ordinamenti penali europei venga inserita questa fattispecie.

Peraltro la prescrizione si pone in linea con un importantissimo, recente⁷⁷ trattato internazionale che riguarda la protezione degli oceani, che si affianca alla Convenzione delle Nazioni Unite sul Diritto del Mare (UNCLOS) di Montego Bay del 1982.

L'idea che anima il trattato è quella di non proteggere più soltanto le acque marine sotto il controllo degli Stati contraenti, ma di considerare la protezione del mare, anche del suo sfruttamento a fini economici, come un onere globale. Infatti, ben i 2/3 degli oceani non appartengono a nessuno Stato e, malgrado spesso si tenda a privilegiare la tutela delle zone costiere, ben più remunerative, occorre riflettere sul fatto che dagli oceani viene la maggior parte della produzione dell'ossigeno che respiriamo. Una tutela che passerebbe anche attraverso una regolamentazione dei rifiuti, che oggi creano le tristemente note isole di plastica. Un Trattato, insomma, di grande importanza teorica, la cui effettività dipenderà dalla ratifica dei singoli Stati. A mio sommo parere, l'aspetto che meriterà una particolare attenzione da parte del legislatore interno, conducendolo alla necessità di una riforma radicale, è il sistema sanzionatorio.

Come abbiamo visto, oggi le fattispecie di reato interne sono prevalentemente contravvenzionali. Sebbene la funzione general-preventiva della pena non sia mai stata negata, è indubbio che le contravvenzioni hanno una capacità dissuasiva davvero scarsa. Il che si pone in contrasto con l'obiettivo dell'efficienza del sistema ma anche con un altro aspetto: la Direttiva mostra di annettere grandissima importanza alle condotte riparatorie, segno che non si ha di mira tanto il punire determinati comportamenti, quanto pungolare ad un ripristino che riduca i danni ambientali. La capacità dissuasiva di un sistema sanzionatorio riveste quindi un'importanza particolare e non può valersi di reati solo contravvenzionali. La Direttiva, nell'indicare i minimi ed i massimi edittali in via generale per le fattispecie di cui richiede l'introduzione, fa sempre riferimento alla reclusione, quindi ad una pena che segue alla commissione di delitti e non di contravvenzioni. D'altronde, in diritto penale, la fattispecie e la relativa sanzione sono un binomio inscindibile: sanzioni sproporzionate o insufficienti rispetto alla fattispecie ne minano l'applicazione. Un sistema penale può dirsi davvero efficace

⁷⁶ Corte dei conti europea, Relazione speciale 2021, "Utilizzo idrico sostenibile in agricoltura: i fondi della PAC promuovono più verosimilmente un maggior utilizzo dell'acqua anziché una maggiore efficienza".

⁷⁷ La firma del Trattato è del 4/3/2023, l'approvazione dell'ONU del 19/6/2023.



se le condotte punite e le relative sanzioni sono proporzionate, dissuasive, eque: non bastano le sole fattispecie.

Il sistema di protezione delle acque italiano necessita, quindi, di una riforma che muti il paradigma sanzionatorio, adeguandolo alla efficacia ed alla dissuasività che la Direttiva impone.

Un ripensamento che affonda le sue radici in una riflessione sul sistema sanzionatorio in generale, che oggi pare assumere una funzione parzialmente diversa da quella che storicamente ha caratterizzato la pena. Oggi il diritto penale è sempre più simbolico ma soprattutto sempre più legato ad aspetti di prevenzione generale. Intendiamoci: la prevenzione generale è sempre stata una delle funzioni della pena. La pena è una sofferenza che, prima di essere inflitta, è minacciata e quindi agisce anche sulle intenzioni a delinquere, distogliendo la generalità dei consociati dal commettere azioni criminose per effetto dell'intimidazione generata dalla minaccia stessa⁷⁸. Tuttavia sembra che venga imposto un nuovo paradigma, ove non è tanto la pena minacciata ad essere dissuasiva, quanto l'utilizzo stesso dello strumento penale. L'ordinamento può anche rendere più lieve la sanzione penale se sono stati messi in atto comportamenti che consentano di rendere minimo il danno cagionato all'ambiente: una prevenzione insita nello strumento e non nella sanzione. Non è questo l'unico ambito in cui l'idea preventiva sta assumendo tale forma e, nel caso della Direttiva in esame, il numero 2 dei "considerando" iniziali esplicita i principi su cui deve fondarsi la politica dell'Unione in materia di protezione ambientale: precauzione, azione preventiva, correzione dei danni causati all'ambiente e "chi inquina paga". L'idea centrale non è quella della sanzione, che però deve mostrarsi effettiva ed efficace nei casi più gravi.

Un'ultima notazione. La Direttiva sembra andare nella direzione di una tutela che guarda all'ambiente inteso come bene giuridico unico, non scisso nelle sue componenti. Questa indagine intendeva verificare l'attuale regime di tutela penale delle acque, per valutarne le possibili modifiche che deriveranno dalla Direttiva. Ma quest'ultima si riferisce sempre ad aria, suolo, acque, ecosistema, fauna e flora: quello che vale per le acque vale anche per gli altri elementi. Un'idea assolutamente condivisibile, che dovrebbe spingere il nostro legislatore ad un'azione più ampia di revisione delle fattispecie che ottenga l'effetto di una protezione meno settoriale (magari anche meno specifica) ma più ampia e più aderente alla nozione di ambiente che si sta delineando nella normativa interna e sovranazionale.

⁷⁸ Si va dalla teoria della contropinta a delinquere di Romagnosi alla teoria della coazione psicologica di Feuerbach, accomunate dalla forte matrice utilitaristica della pena, che vede l'individuo come un essere calcolatore, capace di scegliere razionalmente, tra diversi modelli di comportamento, quello che implichi il minor rischio ed il maggior guadagno. Cfr. Romagnosi, *Genesi del diritto penale*, Milano, 1791, pagg.395ss.; Feuerbach, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, 1799-1800

LA VALORIZZAZIONE DEI RESIDUI DI VINIFICAZIONE TRA ISTANZE DI SOSTENIBILITÀ E DI TUTELA DELLA QUALITÀ*

Andrea Saba**

ABSTRACT [ITA]: La produzione vitivinicola genera una significativa quantità di sottoprodotti, tra cui vinacce e fecce di vino. Questo articolo analizza le implicazioni giuridiche della valorizzazione di tali sottoprodotti nell'ottica dell'economia circolare, ponendo particolare attenzione alla normativa europea e nazionale. Il contributo esamina la disciplina della valorizzazione dei sottoprodotti della vinificazione nel quadro delle istanze di sostenibilità ambientale e di tutela della competitività del settore vitivinicolo e della qualità del prodotto.

ABSTRACT [ENG]: *The wine production industry generates a significant amount of by-products, including grape pomace and wine lees. This article analyzes the legal implications of the valorization of these by-products within the framework of the circular economy, with particular attention to European and national regulations. The article examines the regulations governing the valorization of winemaking by-products in the context of environmental sustainability and the protection of the competitiveness of the wine sector and product quality.*

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. La nozione di «rifiuto» e «sottoprodotto» nella Direttiva Quadro sui Rifiuti. 3. I sottoprodotti della vinificazione nel quadro dell'Organizzazione comune dei mercati dei prodotti agricoli. 4. Le disposizioni nazionali di attuazione: l'intervento della distillazione e il ritiro sotto controllo. 5. Brevi riflessioni conclusive.

1. Premessa.

La produzione vitivinicola è tra le attività agricole più rilevanti a livello mondiale e l'Unione Europea rappresenta uno dei principali produttori, occupando quasi la metà dell'area globale dedicata alla coltivazione della vite, secondo lo *State of the World Vine and Wine Sector in 2023* dell'Organizzazione Mondiale del Vino e della Vigna. All'interno dello scenario europeo, l'Italia, insieme a Francia e Spagna, è tra i principali produttori vitivinicoli, con una superficie di 792.000 ha coltivati e una produzione di 38.2 mhl registrati nel 2023.⁷⁹ Il processo di

⁷⁹* Questa pubblicazione fa parte del Progetto PRIN2022 "Towards a sustainable agrifood system: legal tools for the development of European agrifood supply chain". Finanziato dall'Unione Europea – Next Generation EU. Il supporto per la produzione di questa pubblicazione non costituisce un'approvazione dei contenuti che riflettono esclusivamente l'opinione dell'autore.



vinificazione, in cui trovano applicazione le diverse pratiche enologiche ammissibili ai sensi del Regolamento europeo 1308/2013,⁸⁰ genera diversi residui e scarti della produzione, caratterizzati da un elevato contenuto di composti biodegradabili e solidi sospesi. Questi residui includono principalmente la vinaccia, ovvero il residuo della prima lavorazione dell'uva, formato da graspi, bucce, vinaccioli, con quantità diverse di mosto o di vino, e la feccia che è il residuo depositato dopo la fermentazione del vino ed è formata da lieviti esausti, tartrati e impurità derivate dall'uva.⁸¹ Sono numerose le progettualità di ricerca e sviluppo che hanno individuato e continuano a esplorare e testare nuovi processi di valorizzazione al fine di consentire usi innovativi di questi residui, con applicazioni anche al di fuori del settore agricolo.⁸²

Il recente Decreto n. 185138 del 30/03/2023 del Ministero dell'Agricoltura, della Sovranità Alimentare e delle Foreste, da ultimo modificato dal decreto n. 597564 del 26/10/2023, ha riportato al centro dell'attenzione le implicazioni giuridiche della valorizzazione dei residui di produzione di origine vitivinicola. Sulla scorta di tale decreto ministeriale, le Regioni italiane hanno approvato provvedimenti per promuovere l'utilizzo dei sottoprodotti, in ottica di economia circolare.⁸³ Il presente contributo intende offrire una riflessione sulle implicazioni giuridiche della valorizzazione dei residui della vinificazione nell'ottica di coniugare le istanze di sostenibilità e la tutela della qualità del vino,⁸⁴ che riemergono dalla recente riforma della

^{**} Assegnista di ricerca in Diritto Agrario presso la Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa.

Si veda OIV, *State of the World Vine and Wine Sector in 2023*, reperibile in <[www.oiv.int/sites/default/files/2024-](http://www.oiv.int/sites/default/files/2024-04/OIV_STATE_OF_THE_WORLD_VINE_AND_WINE_SECTOR_IN_2023.pdf)

[04/OIV_STATE_OF_THE_WORLD_VINE_AND_WINE_SECTOR_IN_2023.pdf](http://www.oiv.int/sites/default/files/2024-04/OIV_STATE_OF_THE_WORLD_VINE_AND_WINE_SECTOR_IN_2023.pdf)>

⁸⁰ Regolamento (UE) n. 1308/2013 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 17 dicembre 2013 recante organizzazione comune dei mercati dei prodotti agricoli e che abroga i regolamenti (CEE) n. 922/72, (CEE) n. 234/79, (CE) n. 1037/2001 e (CE) n. 1234/2007 del Consiglio (GU L 347 del 20.12.2013). Ai sensi dell'articolo 80 del Regolamento 1308/2013, per la produzione e la conservazione dei prodotti vitivinicoli di cui all'allegato VII, parte II, sono impiegate esclusivamente le pratiche enologiche autorizzate in conformità all'allegato VIII e previste dall'articolo 75, paragrafo 3, lettera g), e dall'articolo 83, paragrafi 2 e 3.

⁸¹ *Ex pluris*, si veda R. DEVESA-REY ET AL., *Valorization of winery waste vs. the costs of not recycling*, in *Waste Management*, 2011, 31, pp. 2327–2335.

⁸² Per una ricognizione generale delle progettualità sul tema, si veda O. M. PORTILLA RIVERA-M. D. SAAVEDRA LEOS-V. E. SOLIS-J. M. DOMÍNGUEZ, *Recent trends on the valorization of winemaking industry wastes*, in *Current Opinion in Green and Sustainable Chemistry*, 2021, 27, p. 415.

⁸³ A mero titolo esemplificativo, si rimanda alla Delibera 1332 del 20 novembre 2023 della Regione Toscana, alla Determinazione n. 876 del 13 ottobre 2023 della Regione Autonoma della Sardegna, alla Deliberazione XII/810 del 31/07/2023 della Regione Lombardia, alla Deliberazione n. 1310 del 30 ottobre 2023 della Regione Veneto.

⁸⁴ Il tema dell'agricoltura sostenibile è stato oggetto di un dibattito molto ampio in letteratura, si rimanda alle recenti analisi in P. LATTANZI, *La transizione verso un sistema alimentare sostenibile nel Green Deal*, in P. BORGHI – I. CANFORA – A. DI LAURO – L. RUSSO, *Trattato di diritto alimentare italiano e dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2024; E. CRISTIANI, *Quali regole per un'agricoltura sostenibile*, in S. CARMIGNANI - N. LUCIFERO, *Le regole del mercato agroalimentare tra sicurezza e concorrenza. Diritti nazionali, regole europee*



Politica Agricola Comune e, più nello specifico, dell'Organizzazione comune dei mercati per i prodotti agricoli, nella prospettiva degli obiettivi ambiziosi della Strategia europea *Dal Produttore al Consumatore*,⁸⁵ e del ruolo rinnovato delle organizzazioni di produttori nel sostenere l'introduzione di pratiche innovative rispettose dell'ambiente e capaci di contribuire all'elaborazione di iniziative di valorizzazione dei sottoprodotti.⁸⁶

2. La nozione di «rifiuto» e «sottoprodotto» nella Direttiva Quadro sui Rifiuti.

La gestione dei rifiuti rappresenta una questione di notevole complessità,⁸⁷ poiché implica la conciliazione di interessi diversificati.⁸⁸ Da un lato, si posizionano le istanze relative alla tutela ambientale e, dall'altro, quelle connesse alla tutela della concorrenza e del mercato. Entrambi sono aspetti di interesse pubblico, la cui armonizzazione rimane complessa.⁸⁹ Questa complessità è evidente sia a livello europeo che nazionale.

e convenzioni internazionali su agricoltura, alimentazione, ambiente, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020; S. MASINI, *L'officina delle cose: sulla realtà dell'impresa agricola nella transizione ecologica*, in *Riv. Dir. Agr.*, 2023, 1, 3 – 20; A. JANNARELLI, *Agricoltura sostenibile e nuova Pac: problemi e prospettive*, in *Riv. Dir. Agr.*, 2020, 1, 23 – 42.

Sul tema specifico della sostenibilità nel settore vitivinicolo, si rimanda a E. CRISTIANI, *Dal vino biologico al vino sostenibile?*, in *Diritto agroalimentare*, 2019, 3, 411-435; E. CRISTIANI, *Modelli di agricoltura "sostenibile" con particolare attenzione al settore vitivinicolo*, in *PRZEGLĄD PRAWA ROLNEGO*, 2018, 1, 133-143.

85 Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, Una strategia "Dal produttore al consumatore" per un sistema alimentare equo, sano e rispettoso dell'ambiente, COM/2020/381 final.

86 Per un inquadramento generale della Politica Agricola Comune 2023-2027, si rimanda a L. RUSSO, *La PAC dal 2023: le azioni sul primo e sul secondo pilastro*, in L. COSTATO – F. ALBISINNI, *Trattato breve di diritto agrario italiano e dell'Unione europea*, Cedam, Padova, 2024

87 La letteratura giuridica in materia di rifiuti è molto ampia. Per un approfondimento del quadro europeo, si rimanda a I. CHEYNE, *The Definition of Waste in EC Law*, in *Journal of Environmental Law*, 2002, 1, 14, p. 61; S. KINGSTON, *European Environmental Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, p. 489 ss.; E. FISHER-B. LANGE-E. SCOTFORD, *Environmental Law. Text, cases and materials*, Oxford University Press, Oxford, 2018, p. 518; J. VAN ZEBEN-A. ROWELL, *A Guide to EU Environmental Law*, University of California Press, Berkeley, 2021, p. 134.

88 Sulla complessità rilevata nel tempo per il caso in esame, si rinvia a E. LA MARCA, *Recupero energetico delle vinacce esauste e nozione di rifiuto: ancora un caso di path dependency [commento a G.I.P. Tribunale di Asti (ord.), 13 gennaio 2011 e a Corte cost. (ord.), 17 ottobre 2011, n. 276]*, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, 2011, 3, pp. 115-140. L'autore esamina l'ordinanza del 13 gennaio 2011, con il quale il G.I.P. del Tribunale di Asti ha sollevato una questione di costituzionalità riguardante l'art. 2-bis del D.L. 3 novembre 2008, n. 171 (convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della L. 30 dicembre 2008, n. 205), ipotizzando un contrasto con il diritto comunitario e, di conseguenza, con gli artt. 11 e 117 della Costituzione. Tuttavia, la Corte costituzionale ha dichiarato manifestamente inammissibile la questione, a causa dell'incompleta ricostruzione del quadro normativo rilevante da parte del giudice a quo.

89 Si rinvia a M. CAFAGNO, *Principi dell'ambiente e strumenti di tutela dell'ambiente*, Giappichelli, Torino, 2007.



La normativa quadro dell'Unione Europea sui rifiuti si propone di minimizzare gli effetti negativi della generazione e della gestione dei rifiuti sulla salute umana e sull'ambiente, riducendo l'uso delle risorse e promuovendo l'applicazione pratica della gerarchia dei rifiuti,⁹⁰ come indicato nel sesto considerando della Direttiva 2008/98/CE.⁹¹ Per introdurre il contesto, è necessario delineare alcuni punti di riferimento riguardanti la normativa vigente sui rifiuti, sia sul piano europeo che nazionale, con l'obiettivo di semplificare un quadro normativo che risulta piuttosto complesso. Per orientarsi nella disciplina applicabile ai residui della vinificazione, è essenziale fornire una panoramica generale e concisa delle nozioni di rifiuto e sottoprodotto, rilevanti per questo contesto.

L'articolo 3, comma 1, della Direttiva definisce i rifiuti come «qualsiasi sostanza od oggetto di cui il detentore si disfi o abbia l'intenzione o l'obbligo di disfarsi». Se, da un lato, emerge la connessione della sostanza o dell'oggetto con il fatto, la volontà o l'obbligo del «disfarsi», rimane fermo che la qualificazione come rifiuto deve essere basata su elementi oggettivi e non dipende da considerazioni soggettive del detentore.⁹²

90 Si rinvia a F. DE LEONARDIS, *Codice dell'ambiente e regolazione dei rifiuti nella nuova stagione dell'economia circolare*, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, 2022, 1, pp. 60-97. Si veda, inoltre, G. MARCHIANÒ, *L'economia circolare con particolare attenzione ai rifiuti urbani, ex D.L. n. 121 del 3 settembre 2020*, in *AmbienteDiritto.it*, 2022, 1, pp. 1 – 33. Si veda, inoltre, F. BRUNO, *L'economia circolare*, in L. COSTATO – F. ALBISINNI, *Trattato breve di diritto agrario italiano e dell'Unione europea*, Cedam, Padova, 2024; B. LA PORTA, *Economia circolare e produzioni agroalimentari*, in P. BORGHI – I. CANFORA – A. DI LAURO – L. RUSSO, *Trattato di diritto alimentare italiano e dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2024.

91 Direttiva 2008/98/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 novembre 2008, relativa ai rifiuti e che abroga la Direttiva 2006/12/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 5 aprile 2006 relativa ai rifiuti e la Direttiva 91/689/CEE del Consiglio, del 12 dicembre 1991, relativa ai rifiuti pericolosi.

92 Sul punto si veda la Comunicazione relativa alla Comunicazione interpretativa sui rifiuti e sui sottoprodotti, nella quale la Commissione osserva che il test sulla percezione del materiale come rifiuto «potrebbe incentivare un approccio negligente alla normativa sui rifiuti, avvantaggiando le imprese che non sono consapevoli dei loro obblighi legali o che cercano di eludere il rispetto di tali obblighi. Inoltre, poiché la nozione è estremamente soggettiva, potrebbe portare a una variazione del concetto di rifiuto da uno Stato membro all'altro». Si veda Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento Europeo relativa alla Comunicazione interpretativa sui rifiuti e sui sottoprodotti, COM(2007) 59 final, 10. Sulla questione è intervenuta più volte anche la Corte di Cassazione, si veda Cass. 8 giugno 2023, n. 24680 n 24680/2023 e Cass. Sez. 3^a, 16 novembre 2016, n.48316.



La relazione tra rifiuto e sottoprodotto è stato e continua ad essere al centro di un grande dibattito sia dottrinale,⁹³ che giurisprudenziale.⁹⁴

In base all'articolo 5 della Direttiva, una sostanza o un oggetto derivante da un processo di produzione il cui scopo primario non è la produzione di tale sostanza o oggetto può essere considerato un sottoprodotto, e non più un rifiuto, se soddisfa quattro condizioni specifiche, esplicitamente dettagliate nella normativa.

Il primo criterio richiede che l'ulteriore utilizzo della sostanza o dell'oggetto sia certo. In questa prospettiva, un residuo continua a essere considerato un rifiuto quando esiste la possibilità che il materiale non sia effettivamente utilizzabile, considerando, tra l'altro, le specifiche tecniche o l'assenza di un mercato per il materiale stesso.⁹⁵ Questo criterio è inteso a proteggere l'ambiente dalle potenziali conseguenze dell'incertezza nell'uso del residuo. Un contratto a lungo termine tra il detentore e i successivi utilizzatori può indicare la certezza dell'uso,⁹⁶ ma il valore economico del residuo da solo non è sufficiente.⁹⁷ La Commissione Europea, nella sua comunicazione interpretativa, suggerisce che i costi di trattamento dei rifiuti debbano essere considerati in questo contesto, poiché un prezzo simbolico potrebbe essere offerto per classificare il residuo come non rifiuto, permettendo un trattamento al di fuori delle strutture adeguate. Un prezzo elevato, in linea con o superiore ai prezzi di mercato, può al contrario indicare che il materiale non è un rifiuto.

Il secondo criterio riguarda la possibilità che i materiali vengano utilizzati direttamente senza ulteriori processi, eccetto le normali pratiche industriali. In alcune circostanze, questo criterio può risultare difficile da applicare.

Alcune interpretazioni precedenti della Corte di Giustizia dell'Unione Europea consideravano un ulteriore processo di recupero come prova del fatto che la sostanza o l'oggetto fosse un rifiuto fino al completamento del processo stesso.⁹⁸ Tuttavia, il riferimento

93 Si rinvia, tra gli altri, a M. ALABRESE, *Alla ricerca di una distinzione tra «rifiuto», «sottoprodotto» e «biomassa» ovvero i limiti di una questione mal posta*, in *Riv. Dir. Agr.*, 4, 2013, pp. 685-705; D. IACOVELLI, *Dal rifiuto all'End of Waste*, in *Il diritto dell'economia*, 65, 2019, pp. 193-227; F. GIAMPIETRO, *Quando un residuo produttivo va qualificato "sottoprodotto" (e non "rifiuto") secondo l'art. 5 della direttiva 2008/98/CE (Per una corretta attuazione della disciplina comunitaria)*, in *AmbienteDiritto.it*, 2010; S. MARASCIALLI, *Il sottoprodotto: la distinzione dal rifiuto e la sua lunga evoluzione concettuale*, in *Dir. e giur. agr. alim. amb.*, 2010, p. 255; A. PIEROBON, *Tra prodotti, materie prime secondarie e rifiuti (in particolare la "preparazione per il riutilizzo")*, in *Dir. e giur. agr. alim. amb.*, 2011, p. 98.

94 Tra le sentenze della Corte di Giustizia, si rimanda ai casi *Palin Granit C-9/00* e *Saetti C-235/02*. Per la giurisprudenza italiana, si rimanda in particolare a *Cass. pen. 10 maggio 2012, n. 17453* e si A. MURATORI, *Sottoprodotto: la Suprema Corte in difesa del sistema tolemaico? (nota a Cass. n. 17453/2012)*, in *Ambiente e sviluppo*, 2012, 7, p. 605.

95 *Case C-444/00 Mayer Parry (2003) ECR I-6163*.

96 *Case C-9/00 Palin Granit Oy (2002) ECR I-3*.

97 *Cases C-206/88 and 207/88, Vessoso and Zanetti (1990) ECR 1461*; *Joined cases C-304/94, C-330/94, C-342/94 & C-224/95 Tombesi (1997) ECR I-3561*

98 *Case C-114/01 AvestaPolarit Chrome Oy*.



alle normali pratiche industriali amplia la gamma di trattamenti accettabili, includendo processi come lavaggio, essiccazione e conservazione. Il terzo criterio, introdotto dall'articolo 5, comma 1, lettera c), richiede «*la sostanza sia prodotta come parte integrante di un processo di produzione*» e il cui ulteriore utilizzo, inquadrato come quarto criterio, dal medesimo articolo alla lettera d), «*l'ulteriore utilizzo è legale, ossia la sostanza o l'oggetto soddisfa, per l'utilizzo specifico, tutti i requisiti pertinenti riguardanti i prodotti e la protezione della salute e dell'ambiente e non porterà a impatti complessivi negativi sull'ambiente o la salute umana*». Da questi brevi accenni, emerge chiaramente l'importanza cruciale di questa nozione nel definire i confini tra le due categorie.

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha riconosciuto la necessità di adottare un approccio flessibile, valutando caso per caso e considerando accuratamente tutte le circostanze fattuali specifiche.⁹⁹ Inoltre, la Corte ha stabilito che, in virtù degli obiettivi perseguiti dalla Direttiva Quadro sui Rifiuti, il concetto di rifiuto non può essere interpretato in maniera restrittiva. Particolare attenzione deve essere prestata alle esclusioni elencate nell'articolo 2, che comprende elementi che, pur soddisfacendo la definizione di rifiuto, per vari motivi non sono soggetti alle disposizioni della Direttiva.

Tale quadro normativo ha trovato conferma anche nel nuovo pacchetto di riforme varato dall'Unione europea nel 2018,¹⁰⁰ e volto all'ammodernamento delle principali norme comunitarie in materia di rifiuti.¹⁰¹ Passando brevemente all'analisi dell'ordinamento interno, il Testo Unico Ambientale, introdotto com'è noto nell'anno 2006, con il d.lgs. 3 aprile n. 152, con il principale obiettivo di sistematizzare ed innovare nei contenuti la materia presa in considerazione, è stato inciso in senso modificativo dal d.lgs. 205/2010, volto a recepire la direttiva quadro sui rifiuti 98/2008/CE, e poi da ultimo con l. 3 maggio 2019, n. 37. In questa occasione, in linea con le prescrizioni europee, sono stati dapprima introdotti nella legislazione interna i criteri di priorità nella gestione dei rifiuti, di cui all'art. 179 del TUA, nonché codificato

99 Joined cases C-418/97 and C-419/97 ARCO (2000), paragrafi 36 ss; Case C-252/05 Thames Water (2007) paragrafo 28; Case C-188/07 Commune de Mesquer (2008), paragrafi 39 e 44.

100 Il riferimento è alla Direttiva 851/2018/UE (c.d. "direttiva rifiuti"); la Direttiva 852/2018/UE (c.d. "direttiva imballaggi"); la Direttiva 850/2018/UE ("direttiva discariche"); la Direttiva 849/2018/UE ("direttiva veicoli, pile e RAEE"). Queste direttive sono accompagnate dalla Comunicazione della Commissione, L'anello mancante: un piano d'azione europeo per l'economia circolare, COM/2015/0614 final.

101 Sul tema della connessione tra la normativa in materia di rifiuti e le strategie europee sull'economia circolare, si rinvia a F. DE LEONARDIS, *I rifiuti: da problema a "risorsa" nel sistema dell'economia circolare*, in G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Giappichelli, Torino, 2021, p. 324 ss.



le nozioni di sottoprodotto all'art. 183,¹⁰² a recepimento della direttiva europea.¹⁰³ È stata poi la l. 3 maggio 2019, n. 37 ad innovare maggiormente la parte IV del T.U. ambientale.

Ciò che rileva è specialmente Capo VII della l. 3 maggio 2019, n. 37, rubricato Disposizioni in materia ambientale.¹⁰⁴ Il suo art. 20 è andato infatti a modificare l'art. 185, lettera f), del TUA, che chiarisce il limite dal campo di applicazione della disciplina sui rifiuti dei materiali ricompresi in ogni materiale agricolo naturale «*non pericoloso quali, a titolo esemplificativo e non esaustivo, [...] utilizzati in agricoltura, nella silvicoltura o per la produzione di energia da tale biomassa, anche al di fuori del luogo di produzione ovvero con cessione a terzi, mediante processi o metodi che non danneggiano l'ambiente né mettono in pericolo la salute umana*». Nel contesto della definizione dei residui della vinificazione come sottoprodotti, è essenziale analizzare l'uso legale di questi residui nel quadro dell'Organizzazione comune dei mercati nel settore agricolo a livello europeo e nella sua attuazione a livello nazionale

3. I sottoprodotti della vinificazione nel quadro dell'Organizzazione comune dei mercati dei prodotti agricoli.

Per garantire la qualità dei prodotti vitivinicoli e conciliare le istanze di tutela dell'ambiente con il miglioramento delle condizioni economiche della produzione e della commercializzazione, il Regolamento 1308/2013 sull'organizzazione comune dei mercati dei prodotti agricoli introduce le condizioni che regolano l'eliminazione dei sottoprodotti della vinificazione all'interno del quadro di riferimento sulle norme sulla commercializzazione del prodotto vitivinicolo, a norma dell'articolo 75, comma 3, lettera m). E' utile ricordare, infatti, come esaurientemente riconosciuto anche dal considerando 71 al Regolamento, che «*lo scopo dell'applicazione di norme di commercializzazione è garantire l'agevole approvvigionamento del mercato con prodotti di qualità normalizzata e soddisfacente ed è importante che le norme riguardino,*

102 Si rinvia all'ampia dottrina nazionale, tra cui, si segnala *ex pluris* G. MASTRODONATO, *Nuovi modelli di economia circolare nella gestione dei rifiuti*, in A. BUONFRATE – A. URICCHIO, *Trattato breve di diritto dello sviluppo sostenibile*, Cedam, Padova, 2023; M. BENOZZO, *La tutela dall'inquinamento*, in L. COSTATO – F. ALBISINNI, *Trattato breve di diritto agrario italiano e dell'Unione europea*, Cedam, Padova, 2024; P. DELL'ANNO, *Diritto ambientale*, Cedam, Padova, 2022; P. DELL'ANNO, *Disciplina della materia dei rifiuti*, in P. DELL'ANNO-E. PICOZZA (diretto da), *Trattato di diritto dell'ambiente*, Cedam, Padova, 2013, vol. II, p. 161; G. BOTTINO-R. FEDERICI, *Rifiuti*, in M.P. CHITI-G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Giuffrè, Milano, 2007; D. ROTTGEN, *Commento alla parte quarta*, in D. ROTTGEN-A. FARÌ (a cura di), *Codice dell'ambiente commentato*, Gruppo 24 ore, 2021, p. 139 ss.

103 Per un approfondimento delle legislazioni regionali, si segnala, sebbene risalente nel tempo, V. CERULLI IRELLI-G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *La disciplina giuridica dei rifiuti in Italia*, Editoriale scientifica, Napoli, 2011.

104 Sulla materia dei rifiuti agricoli e del campo di applicazione del Codice dell'ambiente, si rinvia in particolare a M. BENOZZO, *La tutela dall'inquinamento*, in F. ALBISINNI - L. COSTATO, *Trattato breve di diritto agrario italiano e dell'unione europea*, Cedam, Padova, 2023; e M. D'ADDEZIO, *Agricoltura e Codice dell'ambiente: impatti e opportunità. Aspetti problematici in taluni ambiti disciplinari*, in *Riv. Dir. Agr.*, 2009, 2, pp. 177-200.

in particolare, [...] le restrizioni d'uso e lo smaltimento», e che puntualizza che «l'applicazione di norme di commercializzazione dei prodotti agricoli può contribuire a migliorare le condizioni economiche della produzione e della commercializzazione, nonché la qualità dei prodotti stessi. L'applicazione di tali norme risponde quindi agli interessi di produttori, commercianti e consumatori», come evidenziato dal considerando 64. Tale condizione, infatti, è da considerare in stretta connessione con le pratiche enologiche riconosciute ai sensi dell'articolo 80 del Regolamento e dettagliate poi nell'Allegato VIII dedicato alle pratiche enologiche.

In particolare, l'Allegato VIII, Parte II, sezione D, sulle restrizioni, vieta la pressatura delle fecce di vino e la rifermentazione delle vinacce, vista la scarsa qualità del vino ottenibile da tali pratiche. In particolare, il vino o qualsiasi altra bevanda destinata al consumo umano diretto - eccetto l'alcole,¹⁰⁵ alcune bevande spiritose,¹⁰⁶ e il vinello¹⁰⁷ - non deve essere prodotto da fecce di vino o vinacce. La verifica della corretta applicazione di tale divieto richiede un adeguato monitoraggio dei sottoprodotti derivanti dalla vinificazione e del loro utilizzo finale. A tal fine, il medesimo Allegato VIII, Parte II, sezione D, del Regolamento 1308/2013 prevede che debbano essere specificate, da parte degli Stati membri, le norme riguardanti la percentuale minima di alcol contenuta nei sottoprodotti dopo la pressatura delle uve. Inoltre, la disposizione impone che le condizioni per lo smaltimento obbligatorio dei sottoprodotti detenuti da qualsiasi persona fisica o giuridica o gruppi di persone sia svolta sotto la diretta supervisione delle autorità competenti degli Stati membri. Per garantire il rispetto di tale disposizione, gli Stati membri sono tenuti a stabilire, tenendo conto delle condizioni locali e tecniche, la quantità minima di alcol contenuta nelle vinacce e nelle fecce dopo la pressatura delle uve. Tuttavia, la quantità di alcol deve essere almeno pari al 5% in relazione al volume di alcol contenuto nel vino prodotto. Poiché tali condizioni sono direttamente legate al processo di vinificazione, il Regolamento include, infatti, l'obbligo di eliminazione dei sottoprodotti tra le pratiche enologiche e le restrizioni applicabili per la produzione del vino. Si delinea, quindi, un quadro giuridico dettagliato sia nella qualificazione del sottoprodotto della vinificazione che delle regole che disciplinano la sua gestione e la sua eliminazione, al fine di tutelare quei legittimi interessi di produttori, commercianti e consumatori, già

105 Si veda il Regolamento (UE) 2019/787 che all'articolo 5 definisce i requisiti dell'alcole etilico di origine agricola, come «un liquido che soddisfa i requisiti seguenti: (a) è ottenuto esclusivamente dai prodotti elencati nell'allegato I del trattato; (b) è privo di gusti rintracciabili estranei alle materie prime utilizzate nella sua produzione; (c) ha un titolo alcolometrico volumico minimo pari al 96,0 % vol.; (d) i valori massimi di impurezza non superano i valori» indicati in dettaglio.

106 In particolare, il Regolamento (UE) 2019/787 regola la produzione dell'acquavite di fecce, ovvero quella bevanda spiritosa ottenuta esclusivamente mediante distillazione a meno di 86 % vol. di fecce di vino, di fecce di birra o di fecce di frutti fermentati, e l'acquavite di vinaccia. Quest'ultima deve essere ottenuta esclusivamente da vinacce fermentate e distillate direttamente mediante vapore acqueo oppure dopo l'aggiunta di acqua.

107 Il vinello può essere utilizzato soltanto per la distillazione o per il consumo familiare del viticoltore, laddove lo Stato Membro ne autorizzi la produzione. Si veda il paragrafo C, punto 4, dell'Allegato 7, al Regolamento 1308/2013.



riconosciuto fin dai considerando al Regolamento 1308/2013. Tale quadro viene ulteriormente specificato nel Regolamento delegato 2019/934 che integra il Regolamento 1308/2013,¹⁰⁸ al fine di stabilire disposizioni attuative del divieto di sovrappressione delle uve, rimarcando la finalità di garantire la qualità dei prodotti vitivinicoli.¹⁰⁹ A norma dell'articolo 14 del Reg. 2019/934, i produttori sono obbligati al ritiro dei sottoprodotti della vinificazione o di qualsiasi altra trasformazione dell'uva sotto la supervisione delle autorità competenti degli Stati membri, nel rispetto delle prescrizioni relative alla consegna e registrazione stabilite, rispettivamente, all'articolo 9, paragrafo 1, lettera b), del Regolamento delegato 2018/273 della Commissione,¹¹⁰ e all'articolo 14, paragrafo 1, lettera b), punto vii), e all'articolo 18 del Regolamento di esecuzione (UE) 2018/274 della Commissione.¹¹¹ L'obbligo di ritiro dei sottoprodotti della vinificazione sotto la supervisione delle autorità competenti si pone come una misura che assicura un controllo rigoroso e una gestione appropriata dei residui. Il ritiro deve, infatti, avvenire senza indugio e, al più tardi, entro la fine della campagna viticola durante la quale i sottoprodotti sono stati ottenuti, secondo quanto disposto dall'articolo 14, comma 2, del Reg. 2019/934, che richiama al rispetto della tutela ambientale.

Per rispondere alle disparità strutturali fra le diverse regioni agricole, l'articolo 14, comma 3, del Reg. 2019/934, riconosce un grado di flessibilità agli Stati membri che possono definire se rendere obbligatorio il conferimento alla distillazione dei sottoprodotti della vinificazione per tutti i produttori del loro territorio o per una parte di essi, basandosi su criteri oggettivi e non discriminatori. Spetterà, comunque, agli Stati membri certificare la corretta eliminazione

108 Regolamento delegato (UE) 2019/934 della Commissione, del 12 marzo 2019, che integra il regolamento (UE) n. 1308/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio per quanto riguarda le zone viticole in cui il titolo alcolometrico può essere aumentato, le pratiche enologiche autorizzate e le restrizioni applicabili in materia di produzione e conservazione dei prodotti vitivinicoli, la percentuale minima di alcole per i sottoprodotti e la loro eliminazione, nonché la pubblicazione delle schede dell'OIV.

109 Si veda il considerando 17 al Regolamento delegato (UE) 2019/934.

110 Regolamento delegato (UE) 2018/273 della Commissione, dell'11 dicembre 2017, che integra il regolamento (UE) n. 1308/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio per quanto riguarda il sistema di autorizzazioni per gli impianti viticoli, lo schedario viticolo, i documenti di accompagnamento e la certificazione, il registro delle entrate e delle uscite, le dichiarazioni obbligatorie, le notifiche e la pubblicazione delle informazioni notificate, che integra il regolamento (UE) n. 1306/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio per quanto riguarda i pertinenti controlli e le pertinenti sanzioni, e che modifica i regolamenti (CE) n. 555/2008, (CE) n. 606/2009 e (CE) n. 607/2009 della Commissione e abroga il regolamento (CE) n. 436/2009 della Commissione e il regolamento delegato (UE) 2015/560 della Commissione.

111 Regolamento di esecuzione (UE) 2018/274 della Commissione, dell'11 dicembre 2017, recante modalità di applicazione del regolamento (UE) n. 1308/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio per quanto riguarda il sistema di autorizzazioni per gli impianti viticoli, la certificazione, il registro delle entrate e delle uscite, le dichiarazioni e le notifiche obbligatorie, e del regolamento (UE) n. 1306/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio per quanto riguarda i controlli pertinenti, e che abroga il regolamento di esecuzione (UE) 2015/561 della Commissione.



dei sottoprodotti, sia se destinate alla distillazione che ad altro uso alternativa operato sotto il controllo delle autorità incaricate dallo Stato Membro. È interessante notare come le disposizioni attuative attribuiscono, in particolare, agli Stati membri, a norma del medesimo articolo 14, comma 3, del Reg. 2019/934, la possibilità di esonerare dal ritiro dei loro sottoprodotti i piccoli produttori vitivinicoli che producono meno di 50 ettolitri di vino o di mosto. Questo suggerisce un riconoscimento alle imprese di più piccola dimensione economica, che potrebbero trovare gravosi gli obblighi altrimenti imposti. Tale disposizione prova a proporre un approccio equilibrato, che cerca di sostenere le piccole imprese, caratterizzate da piccoli quantitativi di vino prodotto nello stabilimento, pur mantenendo standard adeguati di gestione ambientale.

La corretta gestione ambientale dei sottoprodotti della vinificazione viene, infatti, anche garantita da un sistema di tracciabilità e trasparenza nelle movimentazioni dei prodotti di origine vitivinicola. Nell'ambito del Regolamento delegato 2018/273, il considerando 53 riconosce che la verifica dell'applicazione del divieto di sovrappressione delle uve «*richiede un adeguato monitoraggio dei sottoprodotti della vinificazione e del loro uso finale. A tal fine è opportuno fissare norme sulla percentuale minima di alcole contenuto nei sottoprodotti dopo la pressatura delle uve, nonché sulle condizioni dell'obbligo di smaltimento dei sottoprodotti*». Nel quadro più ampio dell'obbligo di tenuta del registro delle entrate e delle uscite definito dall'articolo 13 del Reg. 2018/274, in accordo al quale ciascun operatore deve registrare i movimenti in arrivo e in uscita presso il suo impianto, l'articolo 14 del Reg. 2018/274 include, tra i prodotti soggetti a registrazione, detenuti per qualsiasi scopo, ogni sottoprodotto della vinificazione che deve essere eliminato secondo quanto disposto dal già discusso Allegato VIII, parte II, sezione D, del Regolamento 1308/2013. La medesima disposizione richiede che venga riportata l'indicazione se si tratta di «*una consegna per la distillazione, la produzione di aceto o un uso specifico che non preveda la vinificazione*». Per quanto riguarda i dati da registrare, l'articolo 18 del Reg. 2018/274 prevede un sistema di conti separati per i sottoprodotti e richiede di indicare, per quanto riguarda il sottoprodotto eventualmente in arrivo, «*il nome e l'indirizzo del fornitore, facendo riferimento, se del caso, al documento che ha scortato il trasporto del prodotto; la quantità del prodotto; la data di entrata*» e, per quanto riguarda l'uscita, «*la quantità del prodotto; la data di utilizzazione o di uscita; se del caso, nome e indirizzo del destinatario*». Nello specifico dei sottoprodotti, l'articolo 18 al successivo comma 3 riconosce la necessità di operare una stima del quantitativo da parte dell'operatore.

Sul punto, è bene notare che il Regolamento 2018/273 all'articolo 9, comma 1, lettera b), introduce una deroga alle norme generali che disciplinano i documenti di accompagnamento per il monitoraggio e la certificazione di prodotti vitivinicoli. Per le vinacce e le fecce di vino, laddove vengano trasportate verso una distilleria, un acetificio o per altro uso che non preveda la vinificazione, non è richiesto un documento di accompagnamento, rimanendo necessaria la bolla di consegna del produttore. Laddove poi si determini che il sottoprodotto della vinificazione non rispetti, dopo la separazione dal vino e in considerazione del rapporto al volume contenuto nel vino prodotto, la percentuale minima di alcole fissata dallo Stato



membro, l'operatore sarà obbligato alla consegna di quantitativo di vino al fine di corrispondere alla quantità necessaria per ottemperare al rispetto della percentuale minima, come disposto dall'articolo 13 del Regolamento delegato 2019/934.

In maniera complementare al sistema di monitoraggio e controllo sulla gestione dei sottoprodotti, è presente una misura di sostegno alla distillazione volontaria o obbligatoria dei sottoprodotti della vinificazione, riconosciuta dal Regolamento 1308/2013, all'articolo 52, paragrafo 1. Il considerando 44 al Regolamento 1308/2013 identificava nel sostegno «una misura a disposizione degli Stati membri che desiderino avvalersi di tale strumento per garantire la qualità del vino, preservando nel contempo l'ambiente». Nell'ambito della riforma della Politica Agricola Comune per il periodo di programmazione 2023-2027, il sostegno viene soppresso con l'entrata in vigore del Regolamento 2021/2117,¹¹² venendo ora riconosciuto tra gli interventi settoriali di cui all'articolo 58, comma 1, lettera g), del Regolamento 2021/2115 recante norme sul sostegno ai piani strategici della PAC.¹¹³

Tale sostegno è inteso come una misura disponibile per gli Stati membri al fine di coniugare le istanze di tutela della qualità del vino e di protezione ambientale, essendo direttamente connesso con l'obiettivo espresso dall'articolo 57 del medesimo Regolamento 2021/2115 di «sostenere l'utilizzo dei sottoprodotti della vinificazione a fini industriali ed energetici per garantire la qualità dei vini dell'Unione proteggendo nel contempo l'ambiente». Lo stesso articolo 57 riconosce il collegamento con i due obiettivi specifici del Regolamento 2021/2115, individuati dall'articolo 6, lettere d e e, di rispettivamente «contribuire alla mitigazione dei cambiamenti climatici e all'adattamento agli stessi, anche riducendo le emissioni di gas a effetto serra e migliorando il sequestro del carbonio, nonché promuovere l'energia sostenibile» e «promuovere lo sviluppo sostenibile e un'efficiente gestione delle risorse naturali, come l'acqua, il suolo e l'aria, anche riducendo la dipendenza dalle sostanze chimiche». Sul punto interviene l'articolo 4 del Regolamento di esecuzione 2022/129,¹¹⁴ stabilendo in maniera dettagliata l'aiuto finanziario per la distillazione dei

112 Regolamento (UE) 2021/2117 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 2 dicembre 2021 che modifica i regolamenti (UE) n. 1308/2013 recante organizzazione comune dei mercati dei prodotti agricoli, (UE) n. 1151/2012 sui regimi di qualità dei prodotti agricoli e alimentari, (UE) n. 251/2014 concernente la definizione, la designazione, la presentazione, l'etichettatura e la protezione delle indicazioni geografiche dei prodotti vitivinicoli aromatizzati e (UE) n. 228/2013 recante misure specifiche nel settore dell'agricoltura a favore delle regioni ultraperiferiche dell'Unione.

113 Regolamento (UE) 2021/2115 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 2 dicembre 2021 recante norme sul sostegno ai piani strategici che gli Stati membri devono redigere nell'ambito della politica agricola comune (piani strategici della PAC) e finanziati dal Fondo europeo agricolo di garanzia (FEAGA) e dal Fondo europeo agricolo per lo sviluppo rurale (FEASR) e che abroga i regolamenti (UE) n. 1305/2013 e (UE) n. 1307/2013.

114 Regolamento di esecuzione (UE) 2022/129 della Commissione del 21 dicembre 2021 che stabilisce norme relative ai tipi di intervento riguardanti i semi oleaginosi, il cotone e i sottoprodotti della vinificazione a norma del regolamento (UE) 2021/2115 del Parlamento europeo e del Consiglio e ai requisiti in materia di informazione, pubblicità e visibilità inerenti al sostegno dell'Unione e ai piani strategici della PAC.



sottoprodotti della vinificazione. Rimanendo ferma la competenza degli Stati membri di fissare l'importo effettivo dell'aiuto da corrispondere ai distillatori, il medesimo articolo 4 determina l'importo massimo «per l'alcole greggio ottenuto dalle vinacce [in] 1,1 EUR/% volume/hl» e «per l'alcole greggio ottenuto da vino e fecce [in] 0,5 EUR/% volume/hl», all'interno del quale vengono ricompresi i costi di raccolta in maniera forfettaria.

Affinché non si verificano effetti distorsivi della concorrenza, spetta agli Stati Membri che l'alcole così ottenuto e che abbiamo beneficiato del sostegno sia utilizzato esclusivamente per scopi industriali o energetici, come disposto dall'articolo 60 del Regolamento 2021/2115.

È importante, infine, notare che il tema della valorizzazione dei sottoprodotti è ricompresa anche all'interno di un altro intervento settoriale per il settore vitivinicolo, ovvero quello dedicato sugli investimenti materiali e immateriali nell'innovazione di cui all'articolo 58, comma 1, lettera e), del Regolamento 2021/2115. La disposizione, nell'annoverare i possibili investimenti materiali e immateriali nell'innovazione consistenti nello sviluppo di prodotti innovativi, include, in maniera espressa, «i prodotti provenienti dalla vinificazione e sottoprodotti della vinificazione».

L'importanza attribuita alla gestione dei sottoprodotti, che si potrebbe qualificare come trasversale rispetto agli interventi della nuova Politica Agricola Comune, trova conferma anche rispetto ai nuovi obiettivi attribuiti alle organizzazioni di produttori,¹¹⁵ da parte della riforma del Regolamento (UE) n. 1308/2013, introdotta dal Regolamento (UE) 2021/2117.¹¹⁶ A partire dal considerando 50 del Regolamento (UE) 2021/2117, viene riconosciuto che, per contribuire al raggiungimento degli obiettivi ambientali dell'Unione europea, gli Stati membri dovrebbero poter riconoscere le organizzazioni di produttori che perseguono finalità specifiche relative, tra le altre, «alla gestione e alla valorizzazione dei sottoprodotti, dei flussi residui e dei rifiuti, in particolare per proteggere l'ambiente e stimolare la circolarità». Il Regolamento (UE)

115 Sulla disciplina giuridica complessiva delle organizzazioni di produttori, si rinvia a M. GIOIA, *Le organizzazioni dei produttori e le loro associazioni*, in F. ALBISINNI - L. COSTATO, *Trattato breve di diritto agrario italiano e dell'unione europea*, Cedam, Padova, 2023. Si veda, inoltre, I. CANFORA, *The Italian legislation on producer organisations in agriculture towards the evolution of the European framework*, in A. SUCHON, *The Legal and Economic Aspects of Associations of Agricultural Producers in Selected Countries of the World*, Adam Mickiewicz University Law Books No. 14, 2020. Per un inquadramento delle associazioni di produttori in connessione al tema della sostenibilità nella filiera vitivinicola, si veda L. COSTANTINO, *Il ruolo delle associazioni di produttori per una filiera vitivinicola sostenibile*, in G. PISCIOTTA TOSINI (a cura di), *Comunicazione di sostenibilità e blockchain. Strumenti giuridici e prospettive tecnologiche per il settore vitivinicolo*, Palermo University Press, Palermo, 2022.

116 Regolamento (UE) 2021/2117 del Parlamento europeo e del Consiglio del 2 dicembre 2021 che modifica i regolamenti (UE) n. 1308/2013 recante organizzazione comune dei mercati dei prodotti agricoli, (UE) n. 1151/2012 sui regimi di qualità dei prodotti agricoli e alimentari, (UE) n. 251/2014 concernente la definizione, la designazione, la presentazione, l'etichettatura e la protezione delle indicazioni geografiche dei prodotti vitivinicoli aromatizzati e (UE) n. 228/2013 recante misure specifiche nel settore dell'agricoltura a favore delle regioni ultraperiferiche dell'Unione. Sul punto, si rimanda a G. PISCIOTTA TOSINI, *Impresa agricola e sistema agroalimentare*, in G. PISCIOTTA TOSINI (a cura di), *Lezioni di diritto agrario contemporanea*, Giappichelli, Torino, 2023.



2021/2117 individua l'esigenza di dover riformare, ampliando, l'elenco delle finalità delle organizzazioni di produttori, individuate nell'articolo 152 del Regolamento (UE) n. 1308/2013.

La disposizione, ora riformata, include «*provvedere alla gestione e alla valorizzazione dei sottoprodotti, dei flussi residui e dei rifiuti, in particolare per tutelare la qualità delle acque, dei suoli e del paesaggio, preservare o favorire la biodiversità nonché stimolare la circolarità*». Tale ampliamento, lontana dall'essere una questione di mera aspirazione, si collega concretamente alle azioni attivabili in concreto dalle organizzazioni di produttori, tra cui le attività di ricerca applicata, la fornitura di assistenza tecnica, e non da ultimo la ricaduta per le organizzazioni interprofessionali, disciplinate dagli articoli 157 del medesimo Regolamento 1308/2013 riformato, che possono ora «*contribuire alla gestione e all'elaborazione di iniziative di valorizzazione dei sottoprodotti e alla riduzione e gestione dei rifiuti*».¹¹⁷

4. Le disposizioni nazionali di attuazione: l'intervento della distillazione e il ritiro sotto controllo.

A marzo 2023, il Ministero dell'Agricoltura, della Sovranità Alimentare e delle Foreste ha emanato il Decreto ministeriale 185138 del 30 marzo 2023 relativo alle disposizioni nazionali di attuazione del Reg. 1308/2013 per quanto riguarda l'applicazione dell'intervento della distillazione dei sottoprodotti della vinificazione, nonché le disposizioni nazionali applicative delle disposizioni previste all'art. 58, paragrafo 1, lettera g), del Reg. 2021/2115 e dagli articoli 13 e 14 del Regolamento (UE) 2019/934.

Per la corretta qualificazione dei sottoprodotti della vinificazione, il Decreto ministeriale richiama, all'articolo 6, comma 8, le disposizioni della parte quarta del Decreto legislativo n. 152/2006. Il Decreto ministeriale, all'articolo 3, individua i soggetti esonerati e si conforma alla possibilità di derogare all'obbligo della distillazione e del ritiro sotto controllo per le imprese con una ridotta dimensione economica, come riconosciuto dall'articolo 14, comma 3, del Reg. 2019/934, individuando tali soggetti negli operatori che «*effettuano una qualsiasi trasformazione delle uve fino ad un massimo di 6000 kg o che producono nei propri impianti un quantitativo di vino o di mosto fino a 50 hl*».

Nel dare attuazione alle disposizioni europee, l'articolo 6 del Decreto ministeriale 185138 del 30 marzo 2023, oltre al conferimento totale o parziale dei sottoprodotti della vinificazione a fini di distillazione e quindi la sua consegna in distilleria, dettaglia gli usi alternativi ammissibili sotto controllo. Gli usi alternativi includono, all'articolo 6, comma 1, lettera a), l'uso agronomico diretto, attraverso «*la distribuzione dei sottoprodotti nei terreni agricoli, nel limite di 3.000 kg per ettaro di superficie agricola risultante nel fascicolo aziendale, a condizione di un espresso impegno di utilizzare i sottoprodotti per uso agronomico*». Il preventivo compostaggio aziendale è un metodo riconosciuto in maniera espressa, dalla medesima disposizione, per procedere

¹¹⁷ Sul tema delle organizzazioni interprofessionali, si rimanda a L. PAOLONI, *Le regole interprofessionali per il funzionamento della filiera*, in P. BORGHI – I. CANFORA – A. DI LAURO – L. RUSSO, *Trattato di diritto alimentare italiano e dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2024;

all'eliminazione dei sottoprodotti ad uso agronomico, laddove il compostaggio abbia luogo al di fuori della cantina o dello stabilimento enologico.

L'articolo 6, nel proseguo della sua articolazione, riconosce anche un uso agronomico indiretto che qualifica con «*l'utilizzo dei sottoprodotti per la preparazione di fertilizzanti*». La disposizione include, inoltre, tra gli usi ammissibili, l'uso energetico che vede l'impiego del sottoprodotto quale biomassa da impiegare per la produzione di biogas o nell'alimentazione di impianti atti alla produzione di energia,¹¹⁸ oltretutto l'uso industriale per la produzione di materiali qualificati come «*innovativi*».

Infine, anche l'uso alimentare, farmaceutico e cosmetico rientrano tra gli usi ammissibili riconosciuti direttamente dal Decreto, che ad ogni modo rende l'elenco degli usi ammissibili non esaustivi poiché riconosce anche altri usi alternativi che richiedono una comunicazione preventiva al primo ritiro sotto controllo da effettuarsi al Ministero, al Dipartimento dell'Ispettorato centrale della tutela della qualità e della repressione frodi dei prodotti agroalimentari e alle Regioni. Considerato l'importanza sul piano commerciale dell'enocianina estratta dai sottoprodotti e dell'impiego delle vinacce per la preparazione di prodotti agroalimentari, tra cui i prodotti ortofrutticoli, i formaggi, i prodotti da forno, i salumi e, non da ultimo, l'olio di vinacciolo, il Decreto riconosce in maniera esplicita questi impieghi come uso alternativo, ai sensi dell'articolo 6, comma 2.

Secondo quanto disposto dal successivo comma 4, del medesimo articolo 6, spetta alle Regioni individuare tempi e modalità di distribuzione dei sottoprodotti. Le Regioni sono di fatto intervenute nel corso dell'anno 2023 confermando la connessione della corretta gestione dei sottoprodotti della vinificazione con la protezione ambientale e in particolare con il «*il mantenimento della fertilità e della struttura delle superfici agricole utilizzate*». Si veda, tra i vari interventi regionali, la Delibera 1332 del 20 novembre 2023 della Regione Toscana, che ha esplicitato nel punto e) il divieto di distribuzione dei sottoprodotti della vinificazione, in particolare, «*entro 5 metri di distanza dalle sponde dei corsi d'acqua [...]; per le acque marino-costiere e quelle lacuali entro 10 metri di distanza dall'inizio dell'arenile; sui terreni gelati, innevati e saturi d'acqua, con falda acquifera affiorante, con frane in atto e terreni saturi d'acqua*», e la Determinazione n. 876 del 13 ottobre 2023 della Regione Autonoma della Sardegna, che nel dettagliare l'uso agronomico indiretto nell'allegato tecnico riconosce la sua funzione nella preparazione dei fertilizzanti e richiede che il successivo spandimento avvenga «*nel rispetto dei criteri generali di utilizzazione delle risorse nutritive ed ammendanti, e deve tener conto delle caratteristiche*

118 Cfr. G. STRAMBI, *Il regime delle autorizzazioni per gli impianti di energia elettrica alimentati con biomasse agricole e forestali*, in A. ALABRESE - E. CRISTIANI - G. STRAMBI, *L'impresa agroenergetica. Il quadro istituzionale, gli strumenti, gli incentivi*, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 65-94; P. LATTANZI, *Agricoltura ed energia. L'impresa agricola nella filiera agroenergetica*, Quod Libet, Macerata, 2008; P. LATTANZI, *Agricoltura ed energia nel d.lgs. n. 28/2011*, in *Agricoltura Istituzioni Mercati*, 2012, 1, p. 29; P. LATTANZI, *Gli incentivi per le fonti energetiche rinnovabili al vaglio della Corte costituzionale*, in E. CRISTIANI - A. DI LAURO - E. SIRSI (a cura di), *Agricoltura e Costituzione. Una Costituzione per l'agricoltura. In onore di Marco Goldoni*, Pisa University Press, Pisa, 2018.



pedomorfologiche, idrologiche ed agro-ambientali del sito, nonché delle norme igienico sanitarie e di tutela ambientale».

Il ritiro sotto controllo, per dare attuazione al sistema di monitoraggio definito nel complesso quadro dei regolamenti europei, si sostanzia in una comunicazione telematica preventiva ad opera dei produttori e degli operatori della trasformazione, utilizzando le funzionalità messe a disposizione dal Sistema informativo agricolo nazionale (SIAN), secondo quanto disposto dal comma 5 dell'articolo 6 al medesimo Decreto ministeriale 185138 del 30 marzo 2023. La comunicazione, da effettuarsi entro i 4 giorni antecedenti al ritiro, dovrà essere indirizzata *«all'Ufficio territoriale dell'ICQRF competente; ai comandi territorialmente competenti del CUFAA; alle regioni»*, per queste ultime o per gli eventuali organismi da esse incaricati la comunicazione deve avvenire nell'eventualità in cui abbiano proceduto ad emanare disposizioni di controllo secondo quanto disposto dall'articolo 16 del Decreto. La comunicazione deve contenere, secondo il modello stabilito dal medesimo Decreto nel suo Allegato II, *«la natura e la quantità dei sottoprodotti; il luogo in cui sono depositati; il tipo di destinazione; il giorno e l'ora dell'inizio delle operazioni destinate a rendere inutilizzabili per il consumo umano o dell'inizio del trasporto verso lo stabilimento di utilizzazione dei sottoprodotti»*. Per garantire piena trasparenza anche durante il trasporto, quest'ultimo deve essere accompagnato da una stampa della comunicazione, esibita su richiesta delle autorità di controllo e con il numero identificativo preventivamente indicato nel Registro telematico per il settore vitivinicolo, attivato sul SIAN.

Infine, è interessante osservare come anche lo schema di sostegno dell'intervento settoriale per la distillazione dei sottoprodotti della vinificazione viene ricompreso nel Piano strategico della PAC,¹¹⁹ la cui relazione approvata il 23 novembre 2023 riconosce che *«la distillazione dei sottoprodotti, pur avendo una originaria finalità a garanzia della qualità e del contrasto alla sofisticazione della produzione vitivinicola, produce evidenti ricadute ambientali positive»*, individuando nella distillazione *«un esempio emblematico di circolarità e di bioeconomia, ecologicamente e socialmente sostenibile»*¹²⁰.

5. Brevi riflessioni conclusive.

La valorizzazione dei sottoprodotti della produzione vinicola rappresenta una frontiera innovativa e cruciale nell'ambito dell'economia circolare, con rilevanti implicazioni giuridiche. Il Reg. 1308/2013 e le sue successive integrazioni, nonché i decreti ministeriali italiani, delineano un quadro normativo complesso ma essenziale per garantire la qualità dei prodotti vitivinicoli e la protezione dell'ambiente.

119 Si rimanda alla scheda dell'intervento W004 – SOTTOPRODOTTI, reperibile in <<https://www.reterurale.it/flex/cm/pages/ServeAttachment.php/L/IT/D/7%252F0%252F7%252FD.ca9be8156db06212b212/P/BLOB%3AID%3D24603/E/pdf>>.

120 Si veda la Relazione sul piano strategico della PAC, CCI 2023IT06AFSP001, p. 336, reperibile in <https://www.reterurale.it/downloads/PSP_Italia_151120221_Def.pdf>.



La distinzione tra rifiuto e sottoprodotto, come previsto nella Direttiva Quadro sui Rifiuti e dalle disposizioni nazionali di recepimento, è punto imprescindibile per determinare le modalità corrette di gestione e valorizzazione dei residui.

Il processo di distillazione e gli usi alternativi, inclusi quelli agronomici, industriali ed energetici, rappresentano le principali vie per trasformare i sottoprodotti in risorse utili, contribuendo così alla sostenibilità del settore e assicurare un quadro di monitoraggio e controllo ispirato ad alti standard di tutela ambientale.

Le recenti riforme della Politica Agricola Comune (PAC) e dell'Organizzazione comune dei mercati (OCM) per i prodotti agricoli confermano un crescente impegno verso pratiche più sostenibili e innovative. Gli obiettivi specifici introdotti per le organizzazioni di produttori e interprofessionali sottolineano l'importanza della gestione e valorizzazione dei sottoprodotti, favorendo la ricerca e lo sviluppo di metodologie innovative. Queste organizzazioni giocano un ruolo chiave nel supportare i produttori nell'adozione di pratiche rispettose dell'ambiente, facilitando la transizione verso un modello di produzione più circolare e sostenibile. L'analisi evidenzia inoltre l'importanza di un adeguato monitoraggio e controllo nella gestione dei sottoprodotti, al fine di garantire la conformità alle disposizioni vigenti e prevenire pratiche dannose per l'ambiente.

Le disposizioni sul ritiro sotto controllo e le esenzioni per piccoli produttori rappresentano misure bilanciate per assicurare sia la sostenibilità ambientale sia la sostenibilità economica con particolare riguardo alla tutela della qualità del vino.

In conclusione, la valorizzazione dei sottoprodotti della produzione vinicola non solo risponde a esigenze ambientali e di sostenibilità, ma rappresenta anche un'opportunità per aumentare la competitività del settore, rispondendo in maniera efficace *«agli interessi di produttori, commercianti e consumatori»*, come evidenziato dal considerando 64 al Regolamento 1308/2013. Il non sempre agevole coordinamento del quadro normativo multilivello, europeo e nazionale, assegna comunque un ruolo attivo alle organizzazioni di produttori e alle organizzazioni interprofessionali, che dovranno attivarsi per facilitare l'adozione di pratiche innovative e sostenibili come elementi essenziali per il successo della transizione sostenibile del sistema agroalimentare nel suo complesso. La sfida futura sarà quella di continuare a sviluppare e implementare soluzioni che massimizzino l'utilizzo dei sottoprodotti, nello specifico quelli della vinificazione per quanto di interesse, contribuendo a ridurre l'impatto ambientale e al contempo promuovendo una crescita economica circolare nel settore vitivinicolo.



L'OBBLIGAZIONE CLIMATICA E LA NATURA DEL PNIEC NELLA REPUBBLICA ITALIANA: SONO ERETICHE LE PRETESE DI UN LEGITTIMO ADEMPIMENTO?

Antonio Mitrotti *

Sintesi. Sono eretiche le pretese di un legittimo adempimento dell'obbligazione climatica e delle (conseguenti) misure del PNIEC nell'ordinamento italiano? Pur nello sforzo di una necessaria sinteticità e di un'opportuna economicità espositiva, queste brevi riflessioni cercano di dare una risposta al quesito - scivolosissimo - secondo alcune (elementari) chiavi di lettura, metodologicamente induttive: anche alla luce delle novità segnalabili tra le pieghe argomentative di una storica sentenza del Tribunale Ordinario di Roma del 26 febbraio 2024, n. 3552. Più conosciuta come la "Sentenza Giudizio Universale".

Parole chiave: Obbligazione Climatica; PNIEC; Giudizio Universale; Legittimo Adempimento.

Abstract. *Are the claims of legitimate satisfaction of the climate obligation and the (consequent) measures of the PNIEC heretical in the Italian legal system? Despite the effort of a necessary conciseness and appropriate economy of exposition, these brief reflections attempt to give an answer to the - very slippery - question according to some (elementary) methodologically inductive interpretation keys: also considering the novelties that can be reported among the argumentative folds of a historic sentence of the Ordinary Court of Rome dated February 26th, 2024, n. 3552. Better known as the "Last Judgment Sentence".*

Key words: *Climate Bond; PNIEC; Last Judgment; Legitimate Fulfillment.*

SOMMARIO: 1. Un'introduzione basilare all'obbligazione climatica nella Repubblica italiana - 2. Spunti ricostruttivi dell'obbligazione climatica - 3. Il ruolo del diritto europeo - 4. Brevi riflessioni sulla natura giuridica del PNIEC - 5. Qualche spunto conclusivo.

1. Un'introduzione basilare all'obbligazione climatica nella Repubblica italiana



Per ragionare con attenzione sulla collocazione e la *ratio* delle misure adottate nell'ordinamento italiano per l'adempimento dell'obbligazione climatica è necessaria una breve, ma essenziale, puntualizzazione metodologica.

Che cos'è l'obbligazione climatica?

Quesito preliminare: eppure spesso dato per scontato ed assodato tra tanti giuristi¹.

Rispondere a questa domanda in termini deduttivi richiederebbe (in effetti) un impegno, estremamente, complesso: con allo sfondo il rischio di condurre (ed attrarre) l'interprete (anche il più attento) su terreni assai vischiosi, del diritto pubblico e (oltre tutto) della politica del diritto².

Più agevole sarebbe invece provare a ragionare in termini induttivi: specialmente, sulla base dei celebri casi di giustizia climatica ormai sviluppatasi (con progressiva celerità) in tutt'Europa. Basterebbe porre mente, per esempio: al caso *Urgenda* nei Paesi Bassi³, all'*Affaire*

1* Il presente contributo è destinato alla pubblicazione degli Atti del Convegno su "*Diritto e Cambiamenti Climatici: dall'«obbligazione climatica» al Climate Change Litigation*", organizzato dal CISAFA ("*Centro Interistituzionale di Studi e Alta Formazione in materia di Ambiente*") dell'Università degli Studi di Perugia e di ARPA Umbria. (**Segretario Comunale in aspettativa per Attività di Ricerca presso l'Università degli Studi di Perugia, dove è Professore a contratto di Istituzioni di Diritto Pubblico*).

Un'isolata eccezione - pionieristica - risultano gli sforzi dell'attenta dottrina più recente, in effetti ricercabile nei preziosi studi sviluppati in M. CARDUCCI, *Cambiamento climatico (diritto costituzionale)*, in R. BIFULCO - A. CELOTTO - M. OLIVETTI (a cura di), *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, Milano, Wolters Kluwer, 2021, pp. 51-74; S. BALDIN - P. VIOLA, *L'obbligazione climatica nelle aule giudiziarie. Teorie ed elementi determinanti di giustizia climatica*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, n. 3/2021, pp. 597-629; A. PISANÒ, *La responsabilità degli Stati nel contrasto al cambiamento climatico tra obbligazione climatica e diritto al clima*, in *Etica & Politica*, n. 3/2022, pp. 349-366; D. PORENA, *Giustizia climatica e responsabilità intergenerazionale*, in *Rivista AIC*, n. 3/2023, pp. 186-215; M. BUFFONI, *Obbligazione climatica e tutela dell'affidamento: una proposta (Tribunale Amministrativo di Parigi, 29 giugno 2023)*, in *Trusts e Attività Fiduciarie in Rete*, n. 1/2024, pp. 72-81.

2 «*Invero, la climatologia è quasi una scienza politica, nella misura in cui essa osserva e prognostica le incidenze "climatiche" delle deliberazioni "politiche", suggerendone non solo variazioni di azione [come avviene nei Report dell'IPCC], ma anche trasformazioni di politics*» M. CARDUCCI, *Cambiamento climatico (diritto costituzionale)*, in R. BIFULCO - A. CELOTTO - M. OLIVETTI (a cura di), *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, Milano, Wolters Kluwer, 2021, p. 51.

3 *Ex plurimis*, in dottrina si rinvia (senza alcuna pretesa di esaustività nel riferimento) alle analisi di V. JACOMETTI, *La sentenza Urgenda del 2018: prospettive di sviluppo del contenzioso climatico*, in *Rivista Giuridica dell'Ambiente*, n. 1/2019, pp. 121-139; T. SCOVAZZI, *L'interpretazione e l'applicazione "ambientalista" della Convenzione europea dei diritti umani, con particolare riguardo al caso "Urgenda"*, in *Rivista Giuridica dell'Ambiente*, n. 3/2019, pp. 619-633; T. SCOVAZZI, *La decisione finale sul caso Urgenda*, in *Rivista Giuridica dell'Ambiente*, n. 2/2020, pp. 419-421; M. MONTINI, *Verso una giustizia climatica basata sulla tutela dei diritti umani*, in *OIDU – Ordine Internazionale e Diritti Umani*, n. 3/2020, pp. 506-537; S. DOMINELLI, *Sui limiti giurisdizionali imposti all'emissione di gas serra: i giudici olandesi diventano i "front-runners" nella lotta ai cambiamenti climatici*, in *Rivista Giuridica dell'Ambiente*, n. 4/2020, pp. 749-780; F. FRANCESCHELLI, *L'evoluzione della "climate litigation" relativa alla violazione dei diritti umani*, in *I diritti dell'uomo*, n. 1/2021, pp. 37-77; I. FERLITO, *Anatomia di una rivoluzione. Giustizia climatica e metamorfosi del mondo*, in *Comparazione e Diritto civile*, n. 1/2021, pp. 305-354; G. GHINELLI, *Le condizioni dell'azione nel contenzioso*



du Siècle in Francia⁴, al caso *Neubauer* in Germania⁵, come pure all' *Affaire Climat* in Belgio⁶, fino ad arrivare alla recentissima sentenza in Italia del Tribunale Ordinario di Roma del 26 febbraio 2024, n. 3552, più nota (alle cronache) come "Giudizio Universale".

Si tratta ovviamente di casi che presentano (senz'altro) tra loro delle diversità giuridiche e degli elementi distintivi, in specie, sul piano processuale e (non di meno) sotto il profilo degli elementi sostanziali fatti valere in giudizio, per il singolo caso, ma se li approfondissimo

climatico: c'è un giudice per il clima?, in *Rivista Trimestrale di Diritto e procedura civile*, n. 4/2021, pp. 1273-1297; E. GUARNA ASSANTI, *Il ruolo innovativo del contenzioso climatico tra legittimazione ad agire e separazione dei poteri dello Stato. Riflessioni a partire dal caso Urgenda*, in *Federalismi.it*, n. 17/2021, pp. 66-93; G. VIVOLI, *L'insostenibile leggerezza degli obiettivi climatici: come gli impegni assunti dagli Stati vengono presi sul serio dai giudici*, in *AmbienteDiritto.it*, n. 1/2022, pp. 389-415.

4 *Ex multis*, in dottrina, L. DEL CORONA, *Brevi considerazioni in tema di contenzioso climatico alla luce della recente sentenza del "Tribunal administratif de Paris" sull'"Affaire du siècle"*, in *Gruppo di Pisa*, n. 1/2021, pp. 327-335; R. MAZZA, *La legittimazione ad agire delle associazioni ambientaliste a partire dall'"affaire du siècle" francese*, in *Il Diritto dell'agricoltura*, n. 2/2021, pp. 121-140; M. PROTO, *Salvare la nostra casa comune è l'"affaire du siècle"*, in *Responsabilità civile e previdenza*, n. 3/2021, pp. 1047-1059; P. PINTO, *Una via giudiziaria all'ecologia? Riflessioni sull'"Affaire du siècle" francese*, in *Il Diritto dell'agricoltura*, n. 3/2021, pp. 301-329; S. SCHMITT, *L'emersione della giustizia climatica in Francia*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, n. 4/2021, pp. 955-976.

5 Per dei preziosi approfondimenti, in dottrina, si rimanda (senza alcuna pretesa di esaustività nel riferimento) alle riflessioni di S. BALDIN - P. VIOLA, *L'obbligazione climatica nelle aule giudiziarie. Teorie ed elementi determinanti di giustizia climatica*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, n. 3/2021, pp. 597-629; A. PISANÒ, *La genesi di un nuovo diritto. Argomenti e ragioni a sostegno del diritto al clima*, in *Ars Interpretandi*, n. 2/2022, pp. 29-46; F. CITTADINO, *Neubauer et al. v. Germany: The Contribution of the "Bundesverfassungsgericht" to Climate Protection Between Innovation and Green Conservativeness*, in *Il Diritto dell'agricoltura*, n. 3/2022, pp. 420-439; G. G. PIGNATIELLO, *Costituzione ecologica e giustizia climatica. Germania e Italia nel prisma del costituzionalismo ambientale globale*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, n. 4/2022, pp. 945-971; F. GALLARATI, *Generazioni a processo: modelli teorici di responsabilità intergenerazionale alla prova del contenzioso climatico*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2/2023, pp. 159-177; E. BUONO, *Costituzionalismo ambientale europeo e doveri di solidarietà. Italia e Germania nell'Antropocene*, in *DPCE online*, n. 2/2023, pp. 465-486.

6 *Ex multis* in dottrina pare significativo rimandare in modo particolare (senza pretese di esaustività nei riferimenti) alle analisi sviluppate in M. MONTINI, *Verso una giustizia climatica basata sulla tutela dei diritti umani*, in *OIDU – Ordine Internazionale e Diritti Umani*, n. 3/2020, pp. 506-537; S. BALDIN - P. VIOLA, *L'obbligazione climatica nelle aule giudiziarie. Teorie ed elementi determinanti di giustizia climatica*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, n. 3/2021, pp. 597-629; S. BALDIN, *La sostenibilità ecologica e i principi ecogiuridici per la salvaguardia del sistema Terra*, in *Rivista di Diritti Comparati*, n. 2/2022, pp. 239-270; R. FORNASARI, *Comandare allo Stato di agire: "climate change" e responsabilità civile del potere pubblico*, in *Persona e Mercato*, n. 3/2022, pp. 480-495; P. VIOLA, *Dalla crisi socio-ecologica al cambiamento climatico antropogenico*, in *AmbienteDiritto.it*, n. 1/2023, pp. 71-98; P. VIOLA, *Ordinamenti giuridici adattivi e istanze di autonomia epistemologica: la costituzionalizzazione dell'ambiente e del clima*, in *DPCE online*, n. 2/2023, pp. 439-452; G. CONTALDI, *Aspetti problematici della giustizia climatica*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, n. 3/2023, pp. 567-578; E. PROIETTI, *Contenzioso climatico e diritti umani: nuove idee per i giuristi del futuro*, in *OIDU – Ordine Internazionale e Diritti Umani*, n. 5/2023, pp. 1109-1128.



parallelamente sarebbe davvero difficile non cogliere come da questi cinque contenziosi - emblematici - emergano alla luce significativi aspetti comuni, pressoché, induttivamente in moto verso due tendenze macroscopiche, agli occhi di qualsiasi giurista.

La prima tendenza che (con evidenza) affiora è come sia forte la percezione che l'obbligazione climatica per uno Stato tragga la propria *ratio iuris* nell'esigenza di tutela dei diritti umani: tecnicamente, a partire dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (basterebbe coglierne le ricadute applicative, in diversi casi giudiziari - anche recentissimi - con peculiare riferimento agli articoli 2 e 8 CEDU), pervenendo (con sistematicità evolutiva) ai profili intergenerazionali oggetto di regolazione nell'ambito della celeberrima Convenzione Quadro delle Nazioni Unite sui Cambiamenti Climatici del 1992, senza perciò dimenticare il successivo protocollo di Kyoto del 1997, fino ad arrivare - per altro - a quanto consacrato nel così detto "Accordo di Parigi" del 2015, di preludio a livello europeo per la genesi di una - nevralgica - disciplina nei Regolamenti UE che, proprio, nel contrasto ad i cambiamenti climatici focalizza l'indispensabile via per la tutela della salute degli uomini e più in generale della loro qualità di vita di fatto minacciata dai pericoli concreti di un vero e proprio *end game*⁷ per l'esistenza umana (basilare in quest'ottica è il Regolamento UE del 30 giugno 2021, che - infatti - istituisce e disciplina il quadro per il conseguimento della neutralità climatica).

La seconda tendenza che induttivamente può senza dubbi registrarsi dai non pochi casi del contenzioso climatico, sviluppatosi, è l'emersione di una giustizia domestica (di prima istanza) col tempo cimentata nel compito (che dovrebbe essere suo, proprio) di fornire risposte alle istanze di tutela dei diritti di ogni uomo alla vita ed alle pertinenti dimensioni (della sfera relazionale, di cura per la salute, del godimento, indiretto, di ogni altro diritto): pur nella complessità tipica di ogni sistema giuridico e di ogni - peculiare - ordinamento statale rispetto al recepimento delle fonti del diritto internazionale pattizio sul contrasto al cambiamento climatico quale via (scientificamente probata) per la tutela dei diritti dell'uomo alla vita ed alla sua salute.

Le fonti del diritto internazionale (per quel che qui interessa) hanno, infatti, disciplinato gli elementi di un'obbligazione climatica che (in verità) pone in capo agli Stati (sì) una prestazione (ma) segnata dalla problematica debolezza di un'assenza - parallela - di precisi procedimenti sanzionatori, per i casi di un inadempimento: penso per l'esattezza alla disciplina della Convenzione Quadro delle Nazioni Unite sui Cambiamenti Climatici del 1992, come pure (fra l'altro) all'"Accordo di Parigi" del 2015.

Né può dirsi un caso - accidentale - in questo senso che sulla spinta delle decisioni (talora clamorose) nella giurisprudenza domestica sia progressivamente generata col tempo una forma di positivizzazione interna ai singoli Stati della tutela dei diritti umani sottesa all'adempimento dell'obbligazione climatica.

⁷ Di recente si leggano, in particolare, le efficaci analisi offerte negli studi di M. RAVERAIRA, *L'emergenza climatica e il ruolo della scienza*, in L. CASSETTI - F. FABRIZZI - A. MORRONE - F. SAVASTANO - A. STERPA (a cura di), *Studi in memoria di Beniamino Caravita*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2024, pp. 603-621.



È questa la portata (emblematica) della seconda tendenza induttivamente registrabile da un'analisi dei, pur diversi, casi di giustizia climatica in Europa.

Con questi occhi e sotto quest'angolazione di lettura ci si aiuterebbe senz'altro a cogliere lo spirito delle disposizioni della celeberrima Legge costituzionale n. 1 dell'11 febbraio 2022: che (come è, ben, noto) ha modificato gli articoli 9 e 41 della Costituzione italiana, suscitando le divergenti letture nella dottrina (divisa) tra chi ha considerato la revisione priva di significativi effetti innovativi (per aver recepito quanto, già, si potesse ritenere maturato negli arresti giurisprudenziali italiani) e chi - all'opposto - ha tratto dalla revisione spunti di novità, benché di varia natura, nell'ordinamento repubblicano.

Ragioni di economicità espositiva precludono una compiuta analisi delle modifiche intervenute sugli articoli 9 e 41 della Carta repubblicana, a pena di esulare dal *focus* dell'obbligazione climatica e poi del PNIEC: quel che, però, non si può evitare di osservare è come il novellato articolo 9 della Costituzione abbia consacrato, in via del tutto innovativa, al livello superprimario l'esistenza cruciale delle distinzioni concettuali (seppur a tratti convergenti) tra l'ambiente, da un lato, ed il clima, dall'altro lato⁸.

Se così non fosse nel testo all'articolo 9 della Carta costituzionale non avrebbe avuto alcun senso - del resto - specificare l'impegno della Repubblica italiana alla tutela non solo dell'ambiente, ma finanche della biodiversità e - soprattutto - degli ecosistemi: «*anche nell'interesse delle future generazioni*»⁹.

⁸ «Innanzitutto, il clima è una variabile spazio-temporale della temperatura. I suoi elementi costitutivi, però, non coincidono con quelli del tempo meteorologico. Quest'ultimo riflette uno stato istantaneo dell'atmosfera, descritto secondo poche variabili estranee all'azione umana. Il clima, invece, comprende l'insieme delle condizioni medie del tempo di certe località e dell'intera Terra, in tutte le interazioni osservabili, compresa quella umana, dentro un intervallo temporale più lungo di quello meteorologico. Il suo legame con lo spazio definisce, poi, il "sistema climatico", ossia il complesso di interazioni concatenate attraverso scambi di calore, energia e materia. Il clima, quindi, non è una realtà estranea all'azione umana, in quanto l'azione umana ne è parte dentro il "sistema climatico". Tuttavia, la sua qualificazione giuridica non può essere ricondotta né a quella di ambiente, né a quella di natura né a quella di energia. È proprio la citata dimensione spazio-temporale che ne impedisce la riduzione» M. CARDUCCI, *Cambiamento climatico (diritto costituzionale)*, in R. BIFULCO - A. CELOTTO - M. OLIVETTI (a cura di), *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, Milano, Wolters Kluwer, 2021, p. 53. Più di recente risultano preziose le illuminanti riflessioni offerte negli studi di R. BIFULCO, *Ambiente e cambiamento climatico nella Costituzione italiana*, in *Rivista AIC*, n. 3/2023, pp. 132-148.

⁹ Sull'interesse delle future generazioni (nelle sue plurime sfaccettature) si rimanda *ex plurimis* in dottrina (e senza alcuna pretesa di esaustività nei riferimenti) alle preziose analisi di R. BIFULCO, *La responsabilità giuridica verso le generazioni future tra autonomia della morale e diritto naturale laico*, in *Teoria del Diritto e dello Stato*, n. 3/2002, pp. 353-373; I. NICOTRA, *Principio di prevenzione e tutela delle generazioni future nel diritto ambientale*, in *Rassegna di Diritto Pubblico Europeo*, n. 2/2003, pp. 121-135; B. CARAVITA, *Diritto dell'Ambiente*, Bologna, il Mulino, 2005, p. 31 ss.; R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Milano, Franco Angeli, 2008; M. LUCIANI, *Generazioni future, distribuzione temporale della spesa pubblica e vincoli costituzionali*, in *Diritto e Società*, n. 2/2008, pp. 145-167; F. FRACCHIA, *Lo sviluppo sostenibile. La flebile voce dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2010; I. NICOTRA, *Ambiente, sicurezza, generazioni future: i nuovi*



Ovviamente mi si potrebbe subito obiettare che da qui non dovrebbe farsi automaticamente discendere nell'ordinamento italiano un diritto al clima, laddove fra l'altro la Repubblica italiana vede l'assenza di una legge - *ad hoc* - in materia climatica, presente invece in altri Stati europei: eppure riesce di converso difficile immaginare, stesso tempo, che l'impegno costituzionale dell'Italia alla tutela dell'ambiente, delle biodiversità e degli ecosistemi - pure nell'interesse delle future generazioni - non abbia degli effetti diretti sull'esistenza dei cittadini e, in particolare, sul riconducibile diritto alla vita, alla salute ed alla vita relazionale con tutti gli altri cittadini infatti oggetto non solo di garanzie costituzionali interne ma anche di consacrazioni - espresse - nelle fonti del diritto internazionale¹⁰ ed europeo sulla materia

diritti, oggi, in *Percorsi Costituzionali*, n. 1/2010, pp. 89-116; P. MADDALENA, *L'ambiente e le sue componenti come beni comuni in proprietà collettiva della presente e delle future generazioni*, in *Diritto e Società*, n. 2/2012, pp. 337-384; S. LICCIARDELLO, *Beni pubblici e generazioni future*, in *GiustAmm.it*, n. 9/2016, pp. 1-4; S. MABELLINI, *La sostenibilità in campo ambientale e i "diritti" delle generazioni future: un'ulteriore prova delle capacità palingenetiche dell'art. 9, comma 2, Cost.*, in *Diritto e Società*, n. 2/2018, pp. 151-172; G. GEMMA, *Diritti delle generazioni future: necessità e limiti di una loro tutela giuridica*, in *Diritto e Società*, n. 3/2020, pp. 427-475; I. CIOLLI, *Diritti delle generazioni future, equità intergenerazionale e sostenibilità del debito. Riflessioni sul tema*, in *Bilancio Comunità Persona*, n. 1/2021, pp. 51-70; R. BIFULCO, *Cambiamento climatico, generazioni future (e sovranità) nella prospettiva del Tribunale costituzionale federale tedesco*, in *Rassegna di Diritto Pubblico Europeo*, n. 2/2021, pp. 421-437; A. CELOTTO, *I diritti delle generazioni future*, in *GiustAmm.it*, n. 4/2021, pp. 1-4; M. CECCHETTI, *Virtù e limiti della modifica degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *Corti Supreme e Salute*, n. 1/2022, pp. 127-154; D. PORENA, *«Anche nell'interesse delle generazioni future». Il problema dei rapporti intergenerazionali all'indomani della revisione dell'art. 9 della Costituzione*, in *Federalismi.it*, n. 15/2022, pp. 121-143; V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Libertà e Autorità. Dottrina sulle libertà. Diritti delle future generazioni*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023; P. LOMBARDI, *Ambiente e generazioni future: la dimensione temporale della solidarietà*, in *Federalismi.it*, n. 1/2023, pp. 86-103; C. TRIPODINA, *La tutela dell'ambiente nella Costituzione italiana: tra interessi delle generazioni future e responsabilità della generazione presente*, in *Rivista Quadrimestrale di Diritto dell'Ambiente*, n. 1/2023, pp. 332-349.

¹⁰ «La dipendenza dei diritti fondamentali dal CC è riconosciuta ormai da innumerevoli formanti ed è assurda a opinio iuris globale dopo il "Joint Statement on Human Rights and Climate Change" dei cinque organismi dei diritti umani dell'ONU, del 16-9-2019. Il "sistema climatico", definito dall'UNFCCC sul presupposto del clima come funzione di regolazione della vita, si impone alle relazioni giuridiche umane a mo' di regolazione sovranazionale, produttiva, di fatto, di obblighi tra gli Stati e tra le azioni umane (secondo la logica funzionale *ex facto*, rivelata, per le sovranazionalità sostitutive, nel *decisum europeo C-26-62 Van Gend & Loos*). È sempre l'UNFCCC a sancirne l'assunto, con l'utilizzo del termine «beneficio della presente e delle future generazioni»: il «beneficio» indica un'aspettativa soggettiva qualificata di «vantaggio» (parola presente, tra l'altro, nell'art. 3 dell'UNFCCC) non esclusivamente «fully mine», ma contro ogni iniziativa ostile; la congiunzione «e», riferita ai soggetti beneficiari (generazione presente/future), ne sancisce la proiezione in termini non di collisione (i diritti di oggi contro quelli di domani), ma di integrazione intertemporale. Non appare equivoca neppure l'assiologia della tutela (come scandita tra Preambolo e primi quattro articoli): non antropocentrica (tutelare solo gli esseri umani), bensì antropogena (tutelare la stabilità del "sistema climatico" attraverso le responsabilità umane sui diritti). Letture differenti condurrebbero tutte a risultati paradossali, di fatto disumani: contro il CC antropogenico non ci si potrebbe tutelare e il presente/futuro dell'umanità dipenderebbe dalla volontà insindacabile degli Stati. Significherebbe interpretare l'UNFCCC come fonte di impunità e non di responsabilità, contro ogni principio internazionale (dal "no Harm" all'art. 2 della Dich. ONU sui difensori dei diritti umani del 1999) [...] Ecco



climatica, al cui pieno rispetto (non si trascuri, affatto) la potestà legislativa in Italia è vincolata, testualmente, per effetto del primo comma all'articolo 117 della Carta repubblicana, in base a cui (lo sappiamo, bene) «*la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali*».

In tal senso finanche la mancanza di un'apposita legge sul clima non inficia nella Repubblica italiana gli effetti prodotti dal recepimento delle fonti internazionali ed europee sul clima: specie dei Regolamenti europei che, com'è noto, «*hanno le caratteristiche che sono tipiche, all'interno del nostro ordinamento, della legge. Hanno portata generale, nel senso che non si rivolgono a soggetti determinati, ma pongono norme generali e astratte; sono obbligatori in tutti i loro elementi, nel senso che non posson essere applicati solo parzialmente nei singoli Stati (salvo che non sia lo stesso regolamento a prevederlo); infine, caratteristica più importante, il regolamento UE è "direttamente applicabile in ciascuno degli Stati membri" (art. 288.2 TFUE)*»¹¹.

Dal che ci sembrerebbe difficile ignorare nell'ordinamento italiano gli effetti prodotti dal Regolamento europeo (del 30 giugno 2021) per il perseguimento della neutralità climatica: ciò a maggior ragione dopo la portata sottesa al senso spiegabile delle revisionate disposizioni agli articoli 9 e 41 della Costituzione.

Naturalmente si è del tutto consapevoli che la densità delle riflessioni offerte meriterebbe delle ulteriori sedi di approfondimento *ad hoc*: precluse a questa trattazione, specifica, per ineludibili ragioni di chiara economicità espositiva (nonché di sinteticità argomentativa).

Quel che, qui, invece si ritiene necessario focalizzare è un aspetto dirimente per i profili pubblicistici del contenzioso climatico, con progressività, emergente (con forza) all'interno della Repubblica italiana.

Perché, di solito, si è portati ad immaginare che parlare di "obbligazione climatica" voglia alludere solo in maniera a-tecnica al classico istituto dell'obbligazione, intesa, in senso civilistico.

Eppure da anni (oramai) l'obbligazione civilistica risente di concrete e notevoli applicazioni nei rapporti tra pubbliche amministrazioni e privati cittadini: alla luce dei continui sforzi di ricercata impostazione paritetica del rapporto tra potere e cittadini, tra amministrazioni ed amministrati, seppur nell'ineludibile perseguimento del principio di legalità dell'azione amministrativa e - per conseguenza - dell'interesse pubblico ivi dischiuso, che così (a ben riflettere) finisce per precludere (com'è giusto che sia) la pienezza dell'autonomia negoziale delle Amministrazioni, le quali hanno infatti, sì, capacità di agire secondo atti di natura non autoritativa e, cioè, secondo le norme del diritto privato, ma con la «*puntuale 'rispondenza'*

perché si parla ormai di diritto umano al clima stabile, sicuro, equilibrato e alle "emissioni compatibili": esso diventa la condizione operativa necessaria a mantenere effettivi nel tempo [tutti] gli altri diritti» M. CARDUCCI, *Cambiamento climatico (diritto costituzionale)*, in R. BIFULCO - A. CELOTTO - M. OLIVETTI (a cura di), *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, Milano, Wolters Kluwer, 2021, pp. 70-71.

11 R. BIN - G. PITRUZZELLA, *Diritto Costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 442.

dell'interesse pubblico ex lege fissato rispetto al 'modulo' privatistico appositamente 'prescelto' per l'esercizio dell'azione amministrativa»¹².

Dal che però non si esclude, ma si avvalorà la riferibilità dell'obbligazione in senso civilistico all'esercizio delle azioni pubbliche nei rapporti con i soggetti privati.

Né sembrerebbe peregrino immaginare che (pure) in capo all'Amministrazione Pubblica possa nascere un'obbligazione per legge: così come del resto il Codice Civile nei rapporti tra privati non esclude, infatti, prescrivendo l'articolo 1173 del Codice che «le obbligazioni derivano da contratto, da fatto illecito, o da ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico».

Tant'è che le obbligazioni nascenti direttamente da leggi ovvero, in altre parole, da «fonti innominate»¹³ del Codice Civile non sono affatto estranee alla dottrina ed alla stessa giurisprudenza che - da anni - ne riconoscono la legittimità.

Né tanto più può definirsi un mistero che con riferimento alle obbligazioni a carico dell'Amministrazione Pubblica da tempo oramai si parli - proprio - dell'esistenza di «obbligazioni pubbliche»¹⁴: sebbene (si noti, qui, con attenzione) si tratti in sostanza di (vere e

12 A. MITROTTI, 'Riserva di Amministrazione' versus 'Amministrazione per Legge'. Tendenze ed evoluzioni tra prassi politica, giurisprudenza ed una rilettura dogmatica, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 3/2020, p. 8.

13 «Ora, fra le fonti di obbligazione diverse dal contratto e dall'atto illecito debbono annoverarsi – oltre a quelle c.d. nominate [...] – anche quelle c.d. innominate: cioè, tutti quegli "accadimenti, ulteriori rispetto a quelli previsti dalla legge, che siano ritenuti idonei alla produzione di obbligazioni alla luce dei principi e dei criteri desumibili dall'ordinamento considerato nella sua interezza, complessità ed evoluzione (così, da ultimo, Cass. 16 dicembre 2015, n. 25292)» A. TORRENTE - P. SCHLESINGER, *Manuale di Diritto Privato*, Milano, Giuffrè, 2017, p. 387.

14 *Ex plurimis* in dottrina si confrontino in particolare le preziose analisi sviluppate in M. S. GIANNINI, *Le obbligazioni pubbliche*, Jandi Sapi Editori, 1964; F. G. SCOCA, *Il termine giudiziale nell'adempimento delle obbligazioni della Pubblica Amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1965; A. BARETTONI ARLERI, *Obbligazioni e obblighi pubblici e prestazioni amministrative*, Milano, Giuffrè, 1966; C. DI MAJO, *Obbligazioni pubbliche e giurisdizione*, in *Giustizia Civile*, n. 9/1970, pp. 1148-1151; G. DE FINA, *Le situazioni soggettive del privato in materia di obbligazioni pubbliche di diritto comunitario*, in *Giustizia Civile*, n. 5/1975, pp. 866-867; M. FINOCCHIARO, *In tema di interruzione della prescrizione specie con riferimento alle c.d. obbligazioni pubbliche*, in *Giustizia Civile*, n. 1/1978, p. 44; R. BETTI, *Acquisto di obbligazioni pubbliche e di altre obbligazioni esenti da imposta*, in *La Società*, n. 4/1985, pp. 429-431; P. ROSSI, *In tema di adempimento delle obbligazioni pecuniarie pubbliche*, in *Temi romana*, n. 2/1986, pp. 348-360; A. FULMINI, *Note in tema di adempimento delle obbligazioni pecuniarie delle pubbliche amministrazioni*, in *Rivista Amministrativa della Repubblica Italiana*, n. 10/1987, pp. 870-871; D. SORACE, *Gli "interessi di servizio pubblico" tra obblighi e poteri delle amministrazioni*, in *Il Foro italiano*, n. 5/1988, pp. 205-219; A. LA RANA, *La teoria delle "obbligazioni pubbliche"*, in *Nuova Rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, n. 9/1994, pp. 1133-1142; A. BENEDETTI, *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune*, Torino, Giappichelli, 1999; G. DELLA CANANEA, *Lo Stato debitore e il diritto europeo*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n. 2/2002, pp. 341-358; C. VIDETTA, *In tema di contratti e obbligazioni della pubblica amministrazione*, in *Il Foro italiano*, n. 3/2003, pp. 159-163; L. MERCATI, *Le obbligazioni pubbliche tra legge e provvedimento*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, n. 3/2003, pp. 247-254; L. IANNOTTA, *L'adozione degli atti non autoritativi secondo il diritto privato*, in *Diritto Amministrativo*, n. 2/2006, pp. 353-385; M. P. CONTINO, *Il fermo amministrativo nelle obbligazioni pubbliche: problematiche relative al riparto di giurisdizione*, in *Rivista di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e*



proprie) obbligazioni di tipo civilistico promananti da leggi, contratti o provvedimenti, segnatamente connotate da un regime privatistico ancorché (del tutto) fisiologicamente “temperato” da ogni specifica deroga legislativa, del caso, per il miglior perseguimento materiale dell’interesse pubblico (imperativo) nella causa obbligazionaria (non a caso, denominata così obbligazione pubblica).

Di talché - salvo abbagli dello scrivente - non si capisce, proprio, il perché debba considerarsi un’eresia, come pure sembrerebbe per molti, applicare l’esperienza ordinamentale delle “obbligazioni pubbliche” anche per il caso dell’obbligazione climatica: avente ad oggetto peculiari prestazioni poste in capo alla Repubblica italiana dalla “legge” ovvero (per intendersi, qui, senza alcuna ambiguità) da fonti del diritto internazionale recepite ed eseguite con legge nell’ordinamento italiano nonché - specialmente - dalle puntuali fonti europee ascrivibili alle disposizioni regolamentari dell’Unione Europea per il (consacrato) perseguimento della neutralità climatica - ovvero - *ratione materiae* oggetto di disciplina nel menzionato Regolamento UE del 30 giugno 2021 (di puntuale regolazione specifica del quadro per il conseguimento della neutralità climatica in Europa).

2. Spunti ricostruttivi dell’obbligazione climatica

Quando si parla di obbligazione (per come risalente alla tradizione civilistica, romana) in Italia si intende quel «*rapporto tra due soggetti – il soggetto passivo (c.d.) debitore ed il soggetto attivo (c.d. creditore) – in forza del quale il primo è tenuto, nei confronti del secondo, ad una determinata “prestazione” [...] Il rapporto obbligatorio dà, dunque, luogo a due posizioni correlate: alla posizione passiva (di “debito”) fa da contraltare quella attiva (di “credito”)*»¹⁵.

In particolare, a mente di quanto prescritto *ex articolo* 1174 del Codice Civile «*la prestazione che forma oggetto dell’obbligazione deve essere suscettibile di valutazione economica e deve corrispondere ad un interesse, anche non patrimoniale, del creditore*». Fra l’altro, come è ben noto, la prestazione di una obbligazione può in concreto consistere in “un dare”, in un “*facere*” oppure in un “*non facere*”.

dell’Ambiente, Vol. V/2007, pp. 1-4; V. RICCIUTO - A. NERVI, *Il contratto della Pubblica Amministrazione. Trattato di Diritto Civile del Consiglio Nazionale del Notariato, Diretto da Pietro Perlingieri*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2009; G. D. COMPORTI, *Il sindacato del giudice delle obbligazioni pubbliche*, in *Diritto processuale amministrativo*, n. 2/2010, pp. 369-428; S. ANTONIAZZI, *Obbligazioni pubbliche e giurisdizione amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2010; V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, Giappichelli, 2011; M. GNES, *I privilegi dello Stato debitore*, Milano, Giuffrè, 2012; A. BENEDETTI, *Le “gravi ragioni” legittimanti la sospensione dei provvedimenti nell’adempimento di obbligazioni pubbliche*, in *Giurisprudenza italiana*, n. 7/2013, pp. 1685-1688; N. LONGOBARDI, *I pagamenti delle Pubbliche Amministrazioni. Lo Stato debitore fra diritto comune e diritto speciale*, in *Rassegna Forense*, n. 2/2014, pp. 245-262; S. FOÀ, *I crediti delle amministrazioni pubbliche e i crediti nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Diritto ed Economia dell’Impresa*, n. 2/2016, pp. 79-87; A. NICOLUSSI, *Le obbligazioni*, Milano, Wolters Kluwer, 2021; A. NERVI, *Disciplina generale del rapporto obbligatorio e obbligazioni della Pubblica Amministrazione*, in *Rivista di Diritto Civile*, n. 1/2024, pp. 32-53.

15 A. TORRENTE - P. SCHLESINGER, *Manuale di Diritto Privato*, Milano, Giuffrè, 2017, p. 385.



Senonché la domanda che ci dovrebbe porre è: può considerarsi un'eresia immaginare che dalle fonti di diritto internazionale ed europeo sia sorta in capo alla Repubblica italiana un'obbligazione climatica?

Se ci riflettessimo si tratterebbe di un'obbligazione in cui la prestazione nei confronti dei cittadini altro non sarebbe che l'adozione di atti e provvedimenti amministrativi - tassativamente - contemplati *ex lege* (dai Regolamenti UE e le Leggi di esecuzione dei Trattati internazionali) per il contrasto ai cambiamenti climatici.

Un po' come (*mutatis mutandis*) accade già da tempo, nell'ordinamento, allorché il cittadino si trovi ad esigere nei confronti dell'Amministrazione l'adozione di un espresso provvedimento per tutte le, diverse, fattispecie previste *ex lege* dei procedimenti amministrativi ad istanza di parte (in cui le Amministrazioni "*hanno il dovere di concluderlo*" *ex articolo 2 della Legge 241/1990*), oppure ancora più in generale come accade per tutti gli altri casi aperti da un'azione avverso il silenzio inadempimento dell'Amministrazione "obbligata" a provvedere: a ben riflettere, suscettibile di ("dover") provvedere rispetto a delle tipologie di fattispecie che (invero) non sono racchiuse in un *numerus clausus* dell'ordinamento.

Laddove (occorrerebbe, qui, fare attenzione) l'articolo 31 del D. Lgs. 2 luglio 2010, n. 104, non si riferisce solamente ad un'azione esperibile avverso i casi in cui siano decorsi "infruttuosamente" i termini per la conclusione di un procedimento, ma (si badi) anche «*negli altri casi previsti dalla legge*»: com'è, senza dubbi, il Regolamento UE del 30 giugno 2021 (per il conseguimento della neutralità climatica), ma come sono - del resto - tutte le leggi che in Italia hanno ratificato e dato esecuzione alle fonti del diritto internazionale in materia di contrasto al cambiamento climatico.

Da queste fonti la Repubblica italiana assume degli obblighi non soltanto di natura politica nei confronti delle Parti Contraenti, ma in forza del primo comma *ex articolo 117* della Costituzione assume anche dei pregnanti vincoli giuridici, nell'ordinamento, nei confronti diretti di tutti i cittadini italiani: interessati all'adozione (nel Paese) degli atti e dei provvedimenti necessari ed adeguati a contrastare i cambiamenti climatici, ed i loro effetti, oggetto di disciplina delle fonti di diritto internazionale e - soprattutto - europeo che in tal senso impongono all'Amministrazione statale l'adozione di atti che (per nesso di causalità, scientificamente dimostrabile) assumono carattere di strumentalità per l'effettiva garanzia della migliore qualità di vita e di salute di ogni cittadino.

Ciò vale specialmente in relazione al contenuto vincolante - per la Repubblica italiana - dei Regolamenti europei e - per l'esattezza - del Regolamento UE per la neutralità delle emissioni climalteranti che (come in generale sottolineato dall'autorevole dottrina costituzionalistica) ha «*le caratteristiche che sono tipiche, all'interno del nostro ordinamento, della legge*»¹⁶.

Quello che (qui) si sta cercando di evidenziare è come dalla legge *sub specie* dei pertinenti Regolamenti UE - nonché delle leggi di esecuzione dei Trattati competenti - sorge in capo alla Repubblica italiana una obbligazione (climatica) avente ad oggetto una prestazione che non si

16 R. BIN - G. PITRUZZELLA, *Diritto Costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 442.



configura (per la verità) come un, mero, comportamento materiale né potrebbe considerarsi un semplice e vago impegno politico (il che) in ragione degli effetti direttamente applicabili ed obbligatori - per l'Italia - prodotti dal Regolamento UE 2021/1119. Cosicché si tratta di un'obbligazione - "pubblica" - avente ad oggetto una prestazione consistente nella doverosità di adozione (amministrativa) di atti e di provvedimenti esercizio di un potere *ex lege* imposto all'Amministrazione statale e di cui - *ex articolo 31* del D. Lgs. 104/2010 - "tutti" i cittadini interessati potrebbero chiedere l'accertamento dell'obbligo di provvedere.

In questo senso si spiegherebbe sia l'origine della fonte dell'obbligazione climatica sia - soprattutto - il suo contenuto prestazionale (nei confronti del cittadino): corrispondente ad un obbligo di provvedere, dell'Amministrazione statale, nel quadro specifico degli impegni climatici così assunti dalla Repubblica italiana secondo il rispetto del principio di legalità dell'azione amministrativa sia in senso formale che (peraltro) sostanziale.

D'altronde tutto ciò fa il paio con l'intima natura giuridica del PNIEC italiano: che qui si anticipa essere, a nostro avviso, un atto amministrativo (e non un atto politico).

In questi termini (forse eretici, agli occhi del lettore) si supererebbero le (antiche) difficoltà di quanti nel passato faticavano ad individuare, ed argomentare, chi potesse essere il soggetto attivo creditore nella, così detta, obbligazione climatica: il problema era però impostato in modo sbagliato poiché si ragionava nei termini di una obbligazione civilistica "pura", promanante da fonti civilisticamente "nominate" e, per giunta, immaginando una prestazione di tipo meramente comportamentale, per altro, connotabile di venature (con vischiosità) politiche.

Tutt'altro sarebbe invece se si ragionasse nei termini di un'obbligazione pubblica nascente da una fonte civilisticamente "innominata" (qual è la legge, *sub specie* dei Regolamenti europei nonché delle leggi di esecuzione dei Trattati competenti) ed avente ad oggetto una prestazione provvedimentale quale (cioè) esercizio di un potere imposto all'Amministrazione, per giunta, suscettibile (come - già - accade per altri casi in Italia) di un'azione di accertamento dell'obbligo di provvedere *ex articolo 31* del D. Lgs. 104/2010.

Con questi occhi, sotto quest'angolazione di lettura ermeneutica l'obbligazione climatica non dovrebbe (più) intendersi in senso a-tecnico: essa - ad oggi - verrebbe a possedere tutti gli elementi di una (vera e propria) obbligazione giuridica, in senso tecnico, in cui soggetto passivo è la Repubblica italiana tenuta, nei confronti dei cittadini (soggetti attivi), all'adozione degli atti e provvedimenti amministrativi oggetto di una disciplina legale *sub specie* delle fonti regolamentari europee e di ogni altra competente fonte di diritto internazionale che sia stata per legge recepita ed eseguita nell'ordinamento.

Probabilmente sembrerò *tranchant*, ma si tratta di argomentazioni (ci si augura, in fondo, non eretiche) frutto delle evoluzioni dei classici paradigmi giuridici, da anni diretti verso un superamento delle ataviche divisioni asfittiche nonché dei rigidi steccati disciplinari del diritto nell'ordinamento italiano: tra diritto pubblico e privato, ma anche - più banalmente - tra il diritto costituzionale ed il diritto amministrativo.



Basterebbe semplicemente pensare ad un dato sistematico a monte di ogni ragionamento spendibile: perché mentre sinora siamo stati abituati ad obbligazioni giuridiche che (in effetti) rinvenivano la propria causa nella garanzia sostanziale dei così detti “diritti di prima generazione” o, al più, in diritti di “seconda generazione” oggi l’obbligazione climatica riscontra la sua causa nella tutela di una nuova generazione di diritti (probabilmente la “quarta generazione”) nella cui lista può dirsi (in via evolutiva) positivizzato (e specificato) il diritto posto in capo ad ogni cittadino italiano di pretendere l’adozione legittima degli atti e dei provvedimenti amministrativi necessari ed adeguati al contrasto dei cambiamenti climatici e - del tutto - strumentali (con nesso di causalità scientificamente provato) alla ricollegabile garanzia del diritto alla vita ed alla salute, propria, dei cittadini interessati.

Calati in quest’ottica il riferimento fatto alla evoluzione causale di un’inedita generazione dei diritti nella “obbligazione climatica” evoca finanche il profilo intergenerazionale del diritto (inteso tanto in un senso oggettivo, quanto nella peculiare riconducibilità soggettiva): agganciandosi così alla novella consacrata di recente nell’articolo 9 della Carta costituzionale italiana.

Laddove l’interesse delle future generazioni assurge a sensibile punto di contatto causale tra l’espreso impegno costituzionalmente sancito nella revisionata disposizione *ex articolo 9* della Carta (da un lato) e la ricostruita obbligazione climatica in capo alla Repubblica italiana (dall’altro): nella comune finalità di assicurare reali garanzie di conservazione delle condizioni di vivibilità per le future generazioni.

3. Il ruolo del diritto europeo

Nel tratteggiato quadro dell’obbligazione climatica, tra le due eziologiche dimensioni giuridiche delle fonti di diritto internazionale pattizio (da una parte) e delle fonti interne di diritto costituzionale (dall’altra parte) un gravido ruolo (significativo) di progressiva “cementificazione” nell’ordinamento italiano degli elementi costitutivi dell’obbligazione climatica è stato svolto dalle fonti del diritto (così dette) «derivate» dell’Unione Europea: in particolar modo sotto il profilo di adozione delle misure di adempimento della “prestazione” oggetto dell’obbligazione climatica.

Infatti (a differenza della Convenzione Quadro delle Nazioni Unite sui Cambiamenti Climatici del 1992 e diversamente dall’Accordo di Parigi) le fonti «derivate» dell’Unione Europea hanno introdotto sia degli obiettivi determinati per adempiere all’obbligazione climatica sia forme di controllo amministrativo per la valutazione dell’adeguatezza delle misure adottate da ogni singolo Stato UE. In quest’ottica l’Unione Europea ha avuto il merito di veicolare la fisionomia contenutistica dell’obbligazione climatica già sorta con le prime fonti del diritto internazionale pattizio all’interno di ciascun Stato membro dell’Unione con la spinta (però) verso una più integrata esigenza comune e, soprattutto, tendenzialmente uniforme circa gli obiettivi da perseguire funzionalmente garantiti, in specie, da forme di un controllo amministrativo di valutazione sull’adeguatezza delle (conseguenti) misure da (“dover”) in concreto adottare in ciascuno Stato membro.



La qual cosa ha generato negli Stati membri dell'Unione e nelle rispettive amministrazioni statali un vero e proprio onere diretto all'adozione di atti pianificatori dei procedimenti per l'introduzione delle misure interne più adeguate all'adempimento dell'obbligazione climatica.

Laddove l'anello di congiunzione tra la disciplina dei Regolamenti UE e l'onere del derivante adempimento prestazionale dell'obbligazione climatica può cogliersi nel punto della (necessaria) pianificazione di un insieme coordinato di interventi al livello statale di catalizzazione di un vero e proprio «*procedimento di procedimenti*»¹⁷: funzionalmente preordinati ad introdurre in ogni specifico Stato membro UE le misure più adeguate per il territorio statale rispetto agli obiettivi comuni dell'Unione Europea (il cui spazio viene in effetti ad essere territorialmente più ampio e diversificato, anche, dal punto di vista climatico).

Pur nella comunanza di obiettivi, il diritto dell'Unione Europea e le (così dette) fonti derivate dell'Unione nonché in particolare i Regolamenti UE sono andati nella direzione di spinta progressiva dei diversi Stati membri verso un adempimento dell'obbligazione climatica in estrema sintesi consistente nell'adozione di un atto pianificatorio (funzionalmente) contraddistinguibile per le sue capacità di esprimere i margini di decisione domestica sulle misure più adatte alla peculiare "realtà" climatica di ciascuno Stato UE: secondo i basilari principi classici di proporzionalità ed efficacia e, nondimeno, di opportuna flessibilità.

Tutto ciò costituisce la base - pur sommariamente tratteggiata - per poter comprendere l'origine, la *ratio* e la natura giuridica del Piano Nazionale Integrato per l'Energia ed il Clima italiano, probabilmente assai più noto con l'acronimo di PNIEC.

4. Brevi riflessioni sulla natura giuridica del PNIEC

Il Piano Nazionale Integrato per l'Energia ed il Clima trae le proprie origini nella (celebre) disciplina del Regolamento UE 2018/1999, segnatamente, dell'11 dicembre del 2018: che ha introdotto l'obbligo per gli Stati Membri UE di presentare alla Commissione i "*Piani Nazionali Integrati per l'Energia ed il Clima*": quali misure nel contesto di puntuali obiettivi e condivisi traguardi per la *governance* europea sul clima e l'energia.

In particolare, nel preambolo del Regolamento UE 2018/1999 al punto 25 è espressamente considerato che «*I Piani Nazionali Integrati per l'Energia ed il Clima per il primo periodo (2021-2030) dovrebbero dedicare particolare attenzione agli obiettivi 2030 relativi alla riduzione delle emissioni di gas ad effetto serra, all'energia rinnovabile, all'efficienza energetica e all'interconnessione elettrica. Gli Stati membri dovrebbero mirare a garantire che i Piani Nazionali Integrati per l'Energia ed il Clima siano coerenti con gli obiettivi di sviluppo sostenibile delle Nazioni Unite e contribuiscano [così] alla loro realizzazione*».

Da qui l'articolo 3 (proprio rubricato «*Piani Nazionali Integrati per l'Energia ed il Clima*») del Regolamento UE 2018/1999 prescrive, chiaramente, che «*entro il 31 dicembre 2019, quindi entro il 1° gennaio 2029 e successivamente ogni dieci anni, ciascuno Stato membro notifica alla Commissione un Piano Nazionale Integrato per l'Energia ed il Clima*».

17 G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, Milano, Giuffrè, 1994, p. 193.



Il PNIEC è in sostanza concepito nel precipuo rispetto degli obiettivi, traguardi e contributi nazionali per le cinque dimensioni «dell'Unione dell'Energia»: ex articolo 4 del Regolamento UE 2018/1999.

Sul piano formale il PNIEC costituisce per giunta un atto adottato secondo le puntuali fasi di formazione procedimentale disciplinate - *per tabulas* - nel Regolamento UE 2018/1999: così dalla primigenia fase della consultazione pubblica, passando per le fasi di un "dialogo multilivello" sul clima e l'energia, fino alla formulazione della proposta (vera e propria) alla Commissione, cui viene attribuito (si badi, bene) il potere di raccomandazione specifica - finanche condizionante - nei confronti del contenuto del "Piano Nazionale Integrato" di ciascun Stato membro.

Quest'ultimo punto per altro è stato oggetto di una sensibile modifica stringente da parte del successivo Regolamento UE 2021/1119, segnatamente, del 30 giugno 2021: che (come più volte - qui - ricordato) ha istituito il quadro per il conseguimento della neutralità climatica (ovverosia la «Normativa Europea sul Clima») e (si faccia attenzione) ha rafforzato (ulteriormente) i poteri di raccomandazione (e controllo amministrativo) della Commissione sui Piani Nazionali integrati. Tant'è che all'articolo 7 (rubricato «Valutazione delle misure nazionali») del Regolamento UE 2021/1119 viene proprio puntualizzato che *«entro il 30 settembre 2023, e successivamente ogni cinque anni, la Commissione valuta: a) la coerenza delle misure nazionali considerate, sulla base dei piani nazionali integrati per l'energia e il clima, delle strategie nazionali a lungo termine e delle relazioni intermedie biennali presentate a norma del Regolamento (UE) 2018/1999 per il conseguimento dell'obiettivo della neutralità climatica di cui all'articolo 2, paragrafo 1, del presente regolamento; b) la coerenza delle pertinenti misure nazionali nell'assicurare i progressi in materia di adattamento di cui all'articolo 5, tenendo conto delle strategie di adattamento nazionali di cui all'articolo 5, paragrafo 4. La Commissione presenta al Parlamento europeo e al Consiglio le conclusioni di tale valutazione insieme alla relazione sullo stato dell'Unione dell'energia elaborata nel rispettivo anno civile in conformità dell'articolo 35 del regolamento (UE) 2018/1999. La Commissione, se dopo aver debitamente considerato i progressi collettivi valutati conformemente all'articolo 6, paragrafo 1, constata che le misure di uno Stato membro non sono coerenti con il conseguimento dell'obiettivo di neutralità climatica di cui all'articolo 2, paragrafo 1, o non sono coerenti nell'assicurare i progressi in materia di adattamento di cui all'articolo 5, può formulare raccomandazioni rivolte a tale Stato membro. La Commissione rende tali raccomandazioni disponibili al pubblico. Se conformemente al paragrafo 2 sono formulate raccomandazioni, si applicano i principi seguenti: a) lo Stato membro interessato, entro sei mesi dal ricevimento delle raccomandazioni, notifica alla Commissione in che modo intende tenere in debita considerazione le raccomandazioni, in uno spirito di solidarietà tra Stati membri e Unione e tra gli Stati membri; b) in seguito alla presentazione della notifica di cui alla lettera a) del presente paragrafo nella relazione intermedia nazionale integrata sull'energia e il clima trasmessa in conformità all'articolo 17 del regolamento (UE) 2018/1999 nell'anno successivo a quello in cui sono state formulate le raccomandazioni, lo Stato membro precisa in che modo ha tenuto in debita considerazione le raccomandazioni; se lo Stato membro interessato decide di non dare seguito alle raccomandazioni o a una parte considerevole delle stesse, fornisce le sue [puntuali] motivazioni alla*



Commissione; c) le raccomandazioni sono complementari alle ultime raccomandazioni specifiche per paese formulate nel contesto del semestre europeo».

In sintesi, appare di palmare evidenza il più stringente ruolo endoprocedimentale venuto ad assumere dalla fase consultiva (e di raccomandazione) della Commissione rispetto all'adozione statale di ciascun PNIEC.

Ed altrettanto evidente appare la più fitta disciplina introdotta con precisione dalla «Normativa Europea sul Clima» che col Regolamento UE 2021/1119 ha, in effetti, contemplato funzionali modifiche non solo al Regolamento UE 2018/1999, ma finanche al più risalente Regolamento CE 401/2009. Dal che balza all'occhio l'oggetto e l'ambito di applicazione del Regolamento 2021/1119 che all'articolo 1 «istituisce un quadro per la riduzione irreversibile e graduale delle emissioni antropogeniche di gas ad effetto serra [...] Il presente Regolamento stabilisce l'obiettivo vincolante della neutralità climatica nell'Unione entro il 2050, in vista dell'obiettivo a lungo termine relativo alla temperatura di cui all'articolo 2, paragrafo 1, lettera a) dell'Accordo di Parigi». In particolare, non può - affatto - passare inosservato l'articolo 2 del Regolamento UE 2021/1119 che (rubricato «Obiettivo della Neutralità Climatica») testualmente recita che «l'equilibrio tra le emissioni e gli assorbimenti di tutta l'Unione dei gas a effetto serra disciplinati dalla normativa unionale è raggiunto nell'Unione al più tardi nel 2050, così da realizzare l'azzeramento delle emissioni nette entro tale data e successivamente l'Unione mira a conseguire emissioni negative. Le Istituzioni competenti dell'Unione e gli Stati membri adottano le misure necessarie, rispettivamente, a livello unionale e nazionale, per consentire il conseguimento collettivo dell'obiettivo della neutralità climatica di cui al paragrafo 1, tenendo conto dell'importanza di promuovere sia l'equità che la solidarietà tra gli Stati membri nonché l'efficienza in termini di costi nel conseguimento di tale obiettivo».

In tutto ciò la misura (*rectius* l'atto pianificatorio) del Piano Nazionale Integrato di Energia e Clima finisce chiaramente per assumere una rilevanza sempre maggiore e (direi) pressoché cruciale nell'ambito di adempimento dell'obbligazione climatica in capo agli Stati membri UE.

Ed allora sempre, ben, consapevoli della densità dei concetti e dei temi trattati (ma nello sforzo di sintesi argomentativa in un campo di ricerca sperimentale, com'è questo, di diritto pubblico) sembra dirimente interrogarsi sul PNIEC: soprattutto sul pertinente ruolo e sulla relativa natura giuridica nell'ordinamento italiano.

Si tratta, senz'altro, del ricorso ad uno strumento di pianificazione che (per vero) il diritto dell'economia neoliberale considerava, addirittura, come strumento superato: in quanto sostituito, già da tempo, dalla regolazione del mercato (nonché dalle pertinenti funzioni esercitabili)¹⁸.

La realtà però ci dice che gli strumenti di pianificazione non sono mai andati via, nell'ordinamento, anzi essi sono tuttora consustanziali alle stesse funzioni di regolamentazione del mercato: basterebbe porre mente ai recenti effetti spiegabili dalla

¹⁸ *Ex plurimis* in dottrina pare significativo rimandare alle recenti riflessioni di S. AMOROSINO, «Neoprogrammazioni» pubbliche o private e mercati in trasformazione, in *Rivista Trimestrale di Diritto dell'Economia*, n. 4/2022, pp. 46-56.

revisione dell'articolo 41 della Costituzione, che al suo comma terzo vede rivitalizzato il ruolo delle funzioni di programmazione e pianificazione dell'attività economica, sia pubblica che privata, per altro conformate (proprio) secondo i «*fini sociali e ambientali*»¹⁹.

Ritornando al PNIEC italiano il punto è un altro: assodata la sua natura pianificatoria, ci si dovrebbe (poi) chiedere quale ruolo assuma in, specifica, relazione all'adempimento dell'obbligazione climatica posta in capo alla Repubblica italiana.

Con una *captatio benevolentiae* del lettore (che si auspica considererà la bontà, non eretica, di quanto sin qui argomentato) spero mi si concederà una risposta secca (ferma la - ovvia - riserva argomentativa).

Il PNIEC è un Piano con funzioni di atto di alta amministrazione che ciascuno Stato membro dell'Unione Europea è tenuto ad adottare in base alle prescrizioni del Regolamento UE 2018/1999 (nonché alle sue successive modificazioni): laddove (in modo particolare) è rinvenibile - nel dettaglio - la disciplina degli elementi procedurali e funzionali del PNIEC.

Guardando al Regolamento UE 2018/1999 è possibile cogliere tanto la fitta disciplina del procedimento amministrativo di formazione del PNIEC (in cui assume un pregnante ruolo consultivo la posizione della Commissione, dotata di significativi poteri di connessa raccomandazione) quanto gli aspetti funzionali che l'atto, stesso, deve pianificare in relazione alle cinque dimensioni europee della decarbonizzazione, dell'efficienza energetica, della sicurezza energetica, del mercato interno dell'energia e (quale "quinta dimensione") della ricerca, innovazione e competitività per l'energia ed il clima.

A ben vedere, le disposizioni della disciplina europea (con il particolare riferimento al Regolamento UE 2018/1999 ed alle sue successive modifiche per effetto del Regolamento UE 2021/1119) sono piuttosto fitte sia riguardo il procedimento di formazione del PNIEC sia circa i suoi puntuali contenuti pianificabili: è come se i Regolamenti UE abbiano considerato tutto

19 Sul punto, *ex multis* in dottrina, appare significativo rimandare (senza pretese di esaustività nel riferimento) alle riflessioni di R. BIFULCO, *La legge costituzionale 1/2022: problemi e prospettive*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, n. 1/2022, pp. 7-26; M. CECCHETTI, *Virtù e limiti della modifica degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *Corti Supreme e Salute*, n. 1/2022, pp. 127-154; A. LAMBERTI, *Ambiente, sostenibilità e principi costituzionali: questioni aperte e prospettive alla luce della Legge cost. 1/2022. Relazione introduttiva del Convegno Internazionale di Studi "Ambiente, Sostenibilità e Principi Costituzionali"* (Università degli Studi di Salerno - Comune di Cava de' Tirreni - 1, 2 e 3 dicembre 2022), in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 3/2022, pp. 1-22; M. CECCHETTI, *La disciplina sostanziale della tutela dell'ambiente nella Carta repubblicana: spunti per un'analisi della riforma degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, n. 4/2022, pp. 797-820; A. MITROTTI, *Territorio, interessi in contesa e modifiche agli art. 9 e 41 Cost. Prime riflessioni sul "permitting" ambientale*, in *Società e Diritti*, n. 13/2022, pp. 82-120; M. BENVENUTI, *La revisione dell'articolo 41, commi 2 e 3, della Costituzione, i suoi destinatari e i suoi interpreti*, in *Rivista AIC*, n. 2/2023, pp. 59-83; F. VARI, *La novella degli artt. 9 e 41 Cost.: spunti sistematici tra protezione dell'ambiente e limiti alla revisione costituzionale*, in *AmbienteDiritto.it*, n. 3/2023, pp. 246-256; G. BAROZZI REGGIANI, *La "funzione sociale della tutela dell'ambiente" alla luce della revisione costituzionale del 2022 e del più recente quadro giuridico europeo*, in *Federalismi.it*, n. 7/2024, pp. 47-87.



lo spazio europeo come un'unica area regionale climaticamente suscettibile di un coordinamento amministrativo tramite i Piani Nazionali «Integrati» per l'Energia ed il Clima.

Calati in quest'ottica il PNIEC al livello statale assurge ad un atto pianificatorio con peculiari funzioni di "atto di alta amministrazione": in quanto di raccordo tra (a monte) gli indirizzi normativi contemplati dai Regolamenti europei e (a valle) l'esercizio - concreto - delle funzioni amministrative di esecuzione delle misure (così) individuate nel Piano.

Il che è suffragato - formalmente - dall'elemento procedimentale attraverso cui viene posto in essere il PNIEC (oggetto di puntuale disciplina dei Regolamenti europei) ed in cui a ben riflettere la Commissione europea può esprimere (significative) raccomandazioni di ruolo coordinante nonché - sostanzialmente - uniformante e "condizionante" il contenuto di ogni PNIEC: fino ad esercitare un controllo (penetrante) sull'adeguatezza delle misure adottate nel Piano Nazionale.

La qual cosa esclude a nostro avviso la fondatezza delle teorie di chi riterrebbe il PNIEC un atto politico: che per definizione è libero nei fini e nella forma²⁰. Oltre tutto, anche il nome del

²⁰ *Ex plurimis* in dottrina si rimanda - senza pretese di esaustività nei riferimenti - alle preziose riflessioni offerte da E. SICA, *Del potere e degli atti politici*, in *Rassegna di Diritto Pubblico*, n. 3/1948, pp. 455-471; V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, Giuffrè, 1952, p. 70 ss.; P. BARILE, *Atto di governo (e atto politico)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Milano, Giuffrè, 1959, p. 220 ss.; E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, Milano, Giuffrè, 1961; M. S. GIANNINI - A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enciclopedia del Diritto*, Milano, Giuffrè, 1970, p. 289 ss.; G. CUGURRA, *Considerazioni sull'attuale sistema degli atti pubblici*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n. 1/1972, pp. 48-127; P. MADDALENA, *Per la individuazione degli atti del governo soggetti al controllo preventivo di legittimità della Corte dei Conti*, in *Consiglio di Stato*, n. 4/1974, pp. 565-574; C. DELL'ACQUA, *Atto politico ed esercizio dei poteri sovrani*, Padova, Cedam, 1983; G. SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, Milano, Giuffrè, 1984, p. 188 ss.; M. DOGLIANI, *Indirizzo politico. Riflessioni su regole e regolarità nel diritto costituzionale*, Napoli, Jovene, 1985; G. B. GARRONE, *Atto politico (disciplina amministrativa)*, in *Digesto discipline pubblicistiche*, Torino, Utet, 1987, p. 548 ss.; L. COZZOLINO, *Sulla insindacabilità degli atti parlamentari erogativi del contributo statale al finanziamento dei partiti politici*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 6/1991, pp. 4176-4190; G. FERRARA, *Gli atti costituzionali*, Torino, Giappichelli, 2000; V. FANTI, *L'atto politico nel governo degli enti locali*, in *Diritto e Processo Amministrativo*, n. 2/2008, pp. 433-520; V. CERULLI IRELLI, *Politica e amministrazione tra atti 'politici' e atti di 'alta amministrazione'*, in *Diritto Pubblico*, n. 1/2009, pp. 101-134; V. CINGANO, *I riflessi della riforma costituzionale del 2001 sulla possibilità per le Regioni e gli Enti locali di emanare atti politici: evoluzione giurisprudenziale*, in *Quaderni regionali*, n. 3/2009, pp. 815-839; R. DICKMANN, *L'atto politico questo sconosciuto*, in *www.forumcostituzionale.it*, 9 ottobre 2012; G. TROPEA, *Genealogia, comparazione e decostruzione di un problema ancora aperto: l'atto politico*, in *Diritto Amministrativo*, n. 3/2012, pp. 329-414; D. MESSINEO, *Atti politici, Stato di diritto, strumenti di verifica della giurisdizione*, in *Diritto Amministrativo*, n. 4/2013, pp. 717-748; L. BUSCEMA, *Atti politici e principio di giustiziabilità dei diritti e degli interessi*, in *Rivista AIC*, n. 1/2014, pp. 1-63; G. PIACENTE, *Atti politici e tutela giurisdizionale. L'ultimo diritto*, in *Federalismi.it*, n. 7/2015, pp. 1-14; D. PORENA, *Atti politici e prerogative del Governo in materia di confessioni religiose: note a prima lettura sulla sentenza della Corte costituzionale n. 52/2016*, in *Federalismi.it*, n. 7/2016, pp. 1-14; G. PEPE, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale tra atti politici, atti di alta amministrazione e leggi provvedimento*, in *Federalismi.it*, n. 22/2017, pp. 1-30; A. MORRONE, *Indirizzo politico e attività di governo. Tracce per un percorso*



PNIEC suggerisce testualmente elementi sulla sua natura amministrativa (e non politica): laddove il Piano è “integrato” proprio perché manifesta a nostro avviso una integrazione di tipo procedimentale tra la fase decisoria e deliberativa di ogni Stato membro UE e la fase consultiva, obbligatoria ed in sostanza vincolante, della Commissione.

Senza - però - escludere una integrazione di tipo sostanziale (e relazionale): tra gli obiettivi ed i traguardi fissati dai Regolamenti europei (da un lato) e le (concrete) misure di ogni Piano Nazionale (con plasticità e flessibilità) adattate alla realtà, di fatto, esistente in ciascuno Stato membro (dall'altro lato).

Dal che emerge - ancora - un ulteriore aspetto: di tipo funzionale.

Giacché il PNIEC sottende - senza dubbi - l'intima capacità degli Stati membri di esprimere la propria discrezionalità amministrativa nella scelta delle misure valutate come - più - adeguate ed efficaci relativamente alla “specifica” situazione climatica del territorio statale e (su di un piano formale) in relazione al più diligente adempimento della prestazione oggetto dell'obbligazione climatica. In questi termini (come finanche emerso, incidentalmente, nel dispositivo opinabile della recentissima sentenza del Tribunale Ordinario di Roma del 26 febbraio 2024, n. 3552²¹) è possibile risalire al dirimente regime processuale del PNIEC. Essendo un Piano con funzioni di atto di alta amministrazione il PNIEC dovrebbe essere (a nostro avviso) sindacabile dinanzi al Giudice Amministrativo.

Del resto, l'impugnabilità del PNIEC emerge pure tra le (note) pieghe della Sentenza Giudizio Universale: tuttavia (si badi, bene) andrebbe puntualizzato (a differenza di quanto sfuggito nel Giudizio Universale) che l'impugnabilità del Piano potrebbe essere considerata

di ricostruzione teorica, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2018, pp. 7-45; V. CAPUOZZO, *L'“atto politico” davanti alla Corte costituzionale: la tensione tra funzione di indirizzo politico e diritto d'accesso al giudice nella sent. 10 marzo 2016, n. 52*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 2/2018, pp. 1-22. Sia - altresì - consentito qui il riferimento alle analisi sviluppate in A. MITROTTI, *L'atto politico: riflessioni intorno ad un istituto in perenne 'tensione' tra scienza costituzionale ed amministrativa*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 1/2020, pp. 1-24.

²¹ Per un primo commento - a caldo - della (recente) decisione adottata dal Tribunale Ordinario di Roma, Seconda Sezione Civile, sent. del 26 febbraio 2024, n. 3552, si confrontino (in particolare) le riflessioni offerte da L. CARDELLI, *La sentenza “Giudizio Universale”: una decisione retriva*, in *laCostituzione.info*, 11 marzo 2024, agilmente reperibile nonché consultabile all'indirizzo telematico <https://www.lacostituzione.info/index.php/2024/03/11/la-sentenza-giudizio-universale-una-decisione-retriva/>; F. VANETTI, *I cambiamenti climatici tra cause civili, scelte politiche e giurisdizione amministrativa*, in *RGA online, Rivista Giuridica dell'Ambiente*, 1 aprile 2024, reperibile ed agilmente consultabile online all'indirizzo <https://rgaonline.it/giurisprudenza/i-cambiamenti-climatici-tra-cause-civili-scelte-politiche-e-giurisdizione-amministrativa/>; G. TROPEA, *Il cigno verde e la separazione dei poteri*, in *Giustizia Insieme*, 18 aprile 2024, agilmente reperibile - nonché consultabile - in rete all'indirizzo telematico <https://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-e-processo-amministrativo/3116-il-cigno-verde-e-la-separazione-dei-poteri-nota-a-sentenza-tribunale-civile-di-roma-causa-n-39415-del-2021?hitcount=0>; A. GIACCARDI, *La sentenza del caso climatico “Giudizio Universale” è nulla*, *la Costituzione.info*, 25 maggio 2024, agilmente reperibile nonché consultabile all'indirizzo telematico: <https://www.lacostituzione.info/index.php/2024/05/25/la-sentenza-del-caso-climatico-giudizio-universale-e-nulla/>.



(da un punto di vista della sua censurabilità) soltanto nelle forme del «sindacato estrinseco», proprio, di un atto di alta amministrazione ed oltre tutto (circa il profilo dell'interesse a ricorrere) unitamente all'impugnazione di un atto applicativo del Piano, stesso, solo così venendosi - infatti - a concretizzare (nell'ordinamento) una lesione attuale, specifica e concreta rispetto all'interesse (dei destinatari) ad un PNIEC legittimo²².

Se così fosse (in estrema sintesi) si dovrebbe pervenire - a rigore - nell'ammettere che il PNIEC sarebbe perciò annullabile (solo) per manifesta irragionevolezza od insussistenza dei presupposti di fatto relativi alla sua adozione: in quanto (per l'appunto) atto pianificatorio esprime le funzioni di raccordo tra (a monte) gli indirizzi normativi contemplati dai Regolamenti europei e (a valle) l'esercizio - concreto - delle funzioni amministrative di esecuzione delle misure in astratto individuate nel Piano.

All'uopo, l'adozione legittima del PNIEC andrebbe però considerata con attenzione nell'ampio contesto (inter)disciplinare di adempimento delle prestazioni dell'obbligazione climatica in capo alla Repubblica italiana e - segnatamente - alla luce fitta della disciplina dei Regolamenti UE.

È così che i tratteggiati elementi processuali del PNIEC impugnabile come un Piano con funzioni di atto di alta amministrazione andrebbero (per completezza) considerati ed analizzati in combinato disposto ai fattori tecnici necessari per l'elaborazione delle adeguate misure legittime del PNIEC: poiché in effetti il dato tecnico (indispensabile per la comprensione degli obiettivi europei e la valutazione delle misure nazionali) fa da presupposto - ineludibile - all'esercizio della discrezionalità di cui il Piano è espressione ("necessaria").

Se condivisa, quest'impostazione (forse) lascerebbe persino un margine processuale per un sindacato intrinseco - ancorché debole - del PNIEC: come, ormai, da anni il Giudice Amministrativo suole esperire dinanzi agli atti espressione di discrezionalità tecnica nell'ordinamento italiano²³.

22 Sul punto, appare illuminante il rinvio alle considerazioni in E. FOLLIERI, *I presupposti e le condizioni dell'azione*, in F. G. SCOCA (a cura di), *Giustizia Amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2013, pp. 279-291.

23 Da tempo, infatti, il Giudice Amministrativo ritiene aperti, nell'ordinamento, gli spazi per un possibile sindacato dei «profili attinenti alla attualità del parametro (tecnico) applicato dall'amministrazione ed alla [pertinente] correttezza del procedimento applicativo [...] In questo senso, dunque, si è aperta la strada al sindacato della discrezionalità tecnica non solo per i profili c.d. estrinseci, ma anche per la verifica dei profili appena richiamati (attendibilità delle operazioni tecniche, tanto sotto il profilo della correttezza, quanto in relazione al criterio prescelto ed al [suo] procedimento applicativo)» L. GIANI, *La consulenza tecnica d'ufficio*, in F. G. SCOCA (a cura di), *Giustizia Amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 390. Qui viene - fra l'altro - richiamata in nota una risalente, quanto ormai consolidata, giurisprudenza amministrativa: *ex multis*, Cons. Stato, Sez. VI, sent. 21 maggio 2008, n. 2404; T.A.R. Lombardia - Brescia, Sez. II, sent. 9 aprile 2010, n. 1532; T.A.R. Sicilia - Catania, Sez. I, sent. 23 gennaio 2009, n. 170; T.A.R. Sicilia - Catania, Sez. II, sent. 25 febbraio 2011, n. 426.

Più in generale, sui rapporti tra tecnica e diritto nell'esercizio del potere pubblico, appare significativo rimandare - *ex plurimis* - agli approfondimenti in V. BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica*



5. Qualche spunto conclusivo

Ad epilogo delle riflessioni (seppur con sinteticità tratteggiate) sulla collocazione - e la *ratio iuris* - delle misure, ritualmente, adottabili nell'ordinamento italiano per l'adempimento dell'obbligazione climatica si vuole pervenire - con circolarità - allo stesso punto in cui si era partiti per via metodologica.

Si era detto impossibile, infatti, un ragionamento in termini deduttivi (estremamente arduo e scivoloso): mentre molto più agevole sarebbe stato sviluppare delle analisi per via induttiva in ragione degli effetti prodotti dai casi del contenzioso climatico sull'esazione delle prestazioni oggetto di adempimento della pertinente obbligazione.

amministrazione, Milano, Giuffrè, 1967; G. AZZARITI, *Dalla discrezionalità al potere. La prima scienza del diritto amministrativo in Italia e le qualificazioni teoriche del potere discrezionale*, Padova, Cedam, 1989; F. SALVIA, *Attività amministrativa e discrezionalità tecnica*, in *Diritto processuale amministrativo*, n. 4/1992, pp. 685-712; L. R. PERFETTI, *Il sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica*, in *Il Foro Amministrativo*, n. 6/1997, pp. 1727-1747; D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, Cedam, 1995; F. SALMONI, *Le norme tecniche*, Milano, Giuffrè, 2001; F. FRACCHIA - C. VIDETTA, *La tecnica come potere*, in *Il Foro italiano*, n. 10/2002, pp. 493-500; G. SILVESTRI, *Scienza e coscienza: due premesse per l'indipendenza del giudice*, in *Diritto Pubblico*, n. 2/2004, pp. 411-438; A. TRAVI, *Il Giudice Amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Diritto pubblico*, n. 2/2004, pp. 439-460; A. GIUSTI, *Contributo allo studio di un concetto ancora indeterminato. La discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2007; G. D'AMICO, *Scienza e diritto nella prospettiva del giudice delle leggi*, Messina, SGB, 2008; F. VOLPE, *Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo*, in *Diritto Amministrativo*, n. 4/2008, pp. 791-837; A. FONTANA, *Il sindacato sulla discrezionalità tecnica alla luce della recente elaborazione giurisprudenziale*, in *Il Foro Amministrativo - C.d.S.*, n. 10/2011, pp. 3216-3238; G. DE ROSA, *La discrezionalità tecnica: natura e sindacabilità da parte del giudice amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, n. 2/2013, pp. 513-558; L. GALLI, *Il sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica: pienezza e bilanciamento del controllo*, in *Diritto processuale amministrativo*, n. 4/2014, pp. 1372-1405; C. CASONATO, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, in *Rivista AIC*, n. 2/2016, pp. 1-11; E. CHELI, *Scienza, Tecnica e Diritto: dal modello costituzionale agli indirizzi della giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 1/2017, pp. 1-10; A. MITROTTI, *Il vizioso circolo per le scelte di politica economica: e l'invisibile gabbia dorata delle Istituzioni politiche, tra discrezionalità tecnica "vs" discrezionalità politica*, in *Critica del Diritto*, n. 2/2017, pp. 190-198; M. CARTABIA, *Qualche riflessione di un giudice costituzionale intorno al problema dell'intreccio tra diritto, scienza e tecnologia*, in *BioLaw Journal*, n. 1/2017, pp. 9-12; A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018; A. GIUSTI, *Tramonto o attualità della discrezionalità tecnica? Riflessioni a margine di una sua recente "attenta riconsiderazione" giurisprudenziale*, in *Diritto processuale amministrativo*, n. 2/2021, pp. 335-368; V. GIUFFRIDA, *Sul trattamento giurisdizionale della discrezionalità tecnica*, in *Il Foro Amministrativo*, n. 10/2021, pp. 1478-1492; P. CARPENTIERI, *La discrezionalità tecnica ed il suo sindacato, da un punto di vista logico*, in *Diritto e Società*, n. 3/2022, pp. 489-515; E. CASTORINA, *La scienza e la tecnica di fronte alla discrezionalità politica e amministrativa: principio di "non contraddizione" e diritto alla salute*, in *AmbienteDiritto.it*, n. 2/2023, pp. 339-357; D. GRANARA, *Discrezionalità tecnica, difetto assoluto di giurisdizione e principio di effettività della tutela giurisdizionale*, in *Diritto Amministrativo*, n. 3/2023, pp. 591-620.



In questo senso originali spunti analitici potrebbero trarsi dalla recente sentenza del Tribunale Ordinario di Roma del 26 febbraio 2024, n. 3552: meglio conosciuta, tra i più, come Sentenza Giudizio Universale.

Per il vero, si tratta di una decisione caratterizzata (a nostro avviso) da più di qualche ombra, emergente, tra le pieghe argomentative a base del dispositivo statuito.

È sufficiente notare che nonostante la pronuncia dichiarati inammissibili tutte le domande introduttive per un difetto assoluto di giurisdizione (quindi per una proclamata mancanza totale nell'ordinamento di norme idonee a tutelare l'interesse dedotto in giudizio, risultando ad avviso del Tribunale inconoscibile, sia astratto che in concreto, da qualsiasi Giudice della Repubblica), al contempo è paradossale che la sentenza lasci assorbita - proprio - la domanda (subordinata) relativa al PNIEC, su cui peraltro in modo contraddittorio viene statuito che: «*il Regolamento europeo UE 2019/1999 disciplina il procedimento di formazione del Piano, lasciando agli Stati la discrezionalità nell'individuazione delle misure più idonee al raggiungimento degli obiettivi definiti a livello europeo. Le asserite carenze del Piano sotto il profilo della adeguatezza, coerenza e ragionevolezza rispetto a tali obiettivi nel nostro ordinamento sono censurabili dinanzi al Giudice Amministrativo. La questione attiene alla legittimità dell'atto amministrativo e, comunque, a comportamenti e omissioni riconducibili all'esercizio di poteri pubblici in materia di contrasto al cambiamento climatico antropogenico e quindi è afferente alla giurisdizione amministrativa generale di legittimità. In questo senso la giurisprudenza della Corte di Cassazione ha infatti statuito che rientrano nella giurisdizione amministrativa le controversie, anche di natura risarcitoria, relative a comportamenti materiali riconducibili - ancorché solo mediamente - al concreto esercizio di un potere autoritativo*»²⁴. Un punto quest'ultimo - evidentemente - nevralgico e che concorre ad evidenziare (con forza) un palese errore argomentativo della sentenza: perché se la domanda in via subordinata avesse dovuto ritenersi devolvibile alla giurisdizione del Giudice Amministrativo allora è fallace la decisione di inammissibilità delle domande per un difetto assoluto di giurisdizione, che così ha erroneamente finito per assorbire una richiesta (come quella in via subordinata) per cui - in effetti - sarebbe esistito nell'ordinamento non solo un Giudice competente, quanto finanche una disciplina normativa - *ratione materiae* - applicabile. Tutto all'opposto, insomma, di un difetto assoluto di giurisdizione.

Ma, al di là di queste non trascurabili annotazioni, procedendo con induttività possono trarsi altri gravi elementi dalla Sentenza Giudizio Universale.

Il dato implicito è il riconoscimento del PNIEC quale atto amministrativo di carattere pianificatorio: con l'esclusione (pacifica) della sua natura politica.

Eppure, il Tribunale romano cade - più volte - nell'errore di considerare come oggetto di censura «*atti, provvedimenti e comportamenti manifestamente espressivi della funzione di indirizzo politico*»²⁵. Infatti, nella Sentenza si legge che «*le censure mosse si appuntano sull'azione di indirizzo politico posta in essere dai titolari della sovranità statale in ordine alle concrete modalità con cui stanno*

24 Tribunale Ordinario di Roma, 2° Sez. Civile,, sent. del 26 febbraio 2024, n. 3552 (pag. 14 del Diritto).

25 Tribunale Ordinario di Roma, 2° Sez. Civile,, sent. del 26 febbraio 2024, n. 3552 (pag. 12 del Diritto).



contrastando il cambiamento climatico per il raggiungimento degli obiettivi individuati nell'ambito dell'ordinamento eurounitario e internazionale»²⁶. Orbene, al netto della palese contraddittorietà tra codesta interpretazione e la successiva ricostruzione del PNIEC come atto amministrativo, l'equivoco di base che emerge con prepotenza dalla Sentenza del Tribunale di Roma sta proprio nell'errata traduzione giurisprudenziale dell'obbligazione climatica posta in capo alla Repubblica italiana: non ci si dimentichi mai del classico principio «*iura novit curia*». Poiché (con qualche superficialità) la decisione cade nell'errore di trattare «una obbligazione civilistica in capo allo Stato nei confronti dei singoli»²⁷: consistente in prestazioni ascrivibili a dei comportamenti politici, come accade per il potere statale «nel legiferare e nell'adottare gli atti di indirizzo in materia di contrasto al cambiamento climatico»²⁸.

Qui si nasconde il vero corto circuito della Sentenza Giudizio Universale: anche rispetto al segno diverso registrabile nelle interpretazioni giurisprudenziali degli altri contenziosi climatici in Europa.

Perché, se il Tribunale di Roma avesse (ri)qualificato l'obbligazione climatica come una "obbligazione pubblica" originata da fonti civilisticamente "innominate" (*sub specie* dei Regolamenti europei e delle Leggi di esecuzione dei Trattati competenti) nonché avente ad oggetto una prestazione provvedimentoale quale esercizio di un potere imposto all'Amministrazione statale, allora, non si sarebbe assolutamente dichiarato il difetto assoluto di giurisdizione ma (più correttamente) un difetto "relativo" di giurisdizione.

Com'è chiaro, ci sarebbe stata una conseguente devoluzione giurisdizionale al Giudice Amministrativo: dinanzi a cui (non si trascuri affatto) sarebbe esperibile non soltanto un'azione di risarcibilità per i danni derivanti dall'accertamento delle illegittimità del PNIEC, ma (com'è verosimile) finanche la domanda di risarcimento per danni da ritardo causati dal mancato esercizio di un potere amministrativo imposto *ex lege* nonché disciplinato, nel dettaglio, dai Regolamenti UE 2018/1999 e 2021/1119 e - segnatamente - accertabile - pertanto - nell'alveo del giudizio instaurabile avverso il così detto *silenzio-inadempimento* dell'Amministrazione statale (*ex articolo* 31 e 117 del D. Lgs. n. 104/2010).

In tutto ciò non andrebbe trascurato che di fatto in un eventuale ritardo potrebbero, con ogni probabilità, pesare, anche, i tempi ulteriori causati dagli inadempimenti statali accertati con raccomandazioni della Commissione: che, in tal modo, finirebbero così per diventare (*de facto*) vere e proprie raccomandazioni vincolanti (e non più semplicemente "condizionanti") nel procedimento di formazione del PNIEC.

26 Tribunale Ordinario di Roma, 2° Sez. Civile, sent. del 26 febbraio 2024, n. 3552 (pag. 12 del Diritto).

27 Tribunale Ordinario di Roma, 2° Sez. Civile, sent. del 26 febbraio 2024, n. 3552 (pag. 10 del Diritto).

28 Tribunale Ordinario di Roma, 2° Sez. Civile, sent. del 26 febbraio 2024, n. 3552 (pag. 10 del Diritto).



RIFLESSIONI EXTRAVAGANTI SUL CODICE DEI CONTRATTI¹

Agatino Cariola

Professore Ordinario di Diritto Costituzionale nell'Università degli studi di Catania.

SOMMARIO: 1. Diritto amministrativo e processo nel settore dei contratti pubblici - 2. L'azione di rivalsa della p.a. nel nuovo codice dei contratti - 3. I blocchi di materie nelle attribuzioni giurisdizionali - 4. Il giudice amministrativo ed il risarcimento del danno - 5. I principi, in particolare quello del risultato, i prezziari ed il rispetto dei CAM - 6. Il problema della discrezionalità tecnica.

1. Diritto amministrativo e processo nel settore dei contratti pubblici

Ogni riflessione sull'azione amministrativa, a maggior ragione sui contratti pubblici, presuppone ed esige considerazioni di raggio più ampio in ordine al ruolo della p.a. e della stessa giurisdizione amministrativa.

Lo Stato e gli altri enti pubblici che agiscono sul mercato ne risultano i principali investitori: sono al tempo i soggetti regolatori delle attività economiche, e quindi - potrebbe dirsi - coloro che adottano le norme di riferimento e ne vigilano l'osservanza; ma soprattutto sono i protagonisti dell'assunzione e della distribuzione delle risorse.

¹ Testo dell'intervento svolto al *Convegno su Efficienza amministrativa ed efficienza giudiziaria al servizio delle comunità territoriali. Convegno di Studi in memoria di Francesco Rapisarda*, Catania 11-12 dicembre 2023.

Un pensiero debbo rivolgere a Franco Rapisarda.

L'ho conosciuto nel 2003 per l'insistenza di Luigi Albino Lucifora.

Franco e Luigi avevano organizzato un convegno di giorni intensi sulla tutela delle situazioni giuridiche soggettive e Luigi voleva - come vuole tuttora - che i suoi amici fossero amici anche tra loro. Franco Rapisarda è stato quindi costretto a conoscermi.

Dalla primavera del 2003 al dicembre di quell'anno avemmo una lunga frequentazione. Ho imparato da Lui uno straordinario senso della tolleranza, non solo del rispetto delle idee altrui, ma la loro valorizzazione. Franco era intellettualmente assai vivace ed interessato: era curioso rispetto ad ogni innovazione e cercava di capirne il senso. Tante volte noto trentenni vecchi, che ripetono stancamente un déjà vu. Franco Rapisarda si scommetteva ogni mattina, era giovane perché aperto alle novità di ogni giorno. Per questo non riesco a cancellare il suo numero di telefono dalla mia agenda. Mi illudo di potergli parlare ancora ogni tanto e di avere un amico in riserva.



Tanto è vero - se si consente qui una brevissima ed eccentrica notazione - una delle ragioni che oggi porta tanti studiosi a riflettere sulla crisi dello Stato è la capacità di quest'ultimo a mantenere il monopolio (non solo e non tanto della forza, ma) della capacità di regolare i rapporti economici ed, in fondo, di continuare ad essere il soggetto più "ricco". Giacché se lo Stato perdesse tale forza economica, dalla quale discendono tutti gli altri suoi poteri, sarebbe messa in pericolo o comunque sfidata la sua sovranità. Stanno a dimostrarlo i fenomeni di globalizzazione economica e di estrema difficoltà a regolarli (si pensi solo agli spostamenti di risorse decisi da investitori medio-grandi, ma anche alle condizioni di lavoro nei Paesi dai quali provengono i beni che l'Occidente utilizza, malgrado la sua pretesa di riconoscere dignità al lavoro in tutte le sue forme ed in tutti i suoi "luoghi", potrebbe dirsi). Ad essere sfidato è l'assetto democratico dello Stato costituzionale nell'esperienza che l'Occidente vorrebbe rendere modello universale, ma in termini più ampi è la sovranità intesa come *imperium* ad essere sfidata.

Ma allora parlare di diritto dei contratti pubblici, cioè di quelli in cui una delle parti è una p.a. ovvero in cui si tratta di utilizzare risorse pubbliche, significa per definizione porsi al centro dello Stato amministrativo contemporaneo. Se quest'ultimo ha ragione di esistere, lo è oggi sempre di più per il suo ruolo economico, al di là della distinzione tra *Eingriffsverwaltung* e *Leistungsverwaltung*, che è stata una specie di *refrain* delle riflessioni sul diritto amministrativo nei decenni scorsi, ma che è solo una rappresentazione delle diversità dei compiti amministrativi. Il fatto è che il diritto amministrativo è diritto dell'economia, puramente e semplicemente. E qui si tratta di valutare se possano o debbano valere per i contratti pubblici principi e regole diversi da quelli noti ed applicati al diritto privato inteso quale diritto comune a tutti gli operatori economici, soggetti pubblici compresi. In fondo, la specialità del diritto amministrativo sta tutta qui. Ma questo comporta di volta in volta di valutare la coerenza delle soluzioni in concreto adottate tra loro e rispetto al modello che si assume generale.

Certo, penso che nessuno ritenga oggi di prossimo avveramento la tesi di M.S. Giannini sulla formazione di un diritto comune con sole alcune espressioni di specialità. Il diritto amministrativo paritario secondo la lezione di Benvenuti ha trovato manifestazione, ad esempio, nella riscrittura dell'art. 1 della legge n. 241/1990, ma rimane di fatto solo un auspicio. La realtà è che, per un verso, il diritto privato comune vede tante specializzazioni (diritto dell'impresa, dei consumatori, dei creditori in crisi, ecc.). Per altro verso il diritto amministrativo si mostra assai restio ad essere ricondotto puramente e semplicemente alle regole del diritto privato. Probabilmente la storia non vede un unico percorso lineare verso il diritto comune nei rapporti tra p.a. e cittadini; forse va in maniera laica riconosciuto che ci si muove secondo la logica del pendolo con periodi storici in cui prevale la tendenza all'omogeneità ed altri in cui è netta la differenziazione dei rapporti giuridici. Ma la realtà è



che oggi il diritto amministrativo conserva un'intensa specialità anche nel campo degli interventi in economia come sono, per l'appunto, le vicende di affidamento di appalti. A siffatto esito conduce, tra l'altro ed in misura significativa, l'esistenza ed il continuo estendersi della giurisdizione amministrativa.

Anche a questo proposito è pressoché scontato rilevare che la disciplina dei contratti pubblici si accompagna a quella sul processo e sul giudice amministrativo: regolare il rapporto tra p.a. e contraenti significa anche attribuire al giudice amministrativo il compito di conoscere di siffatto rapporto ed, in definitiva, di conformarlo sin dalla sua origine con riflessi sulla sua esecuzione (artt. 121, comma 3, e 122 del d.lgs. n. 104/2010). Non a caso il d.lgs. n. 36/2023 è intervenuto sulla disciplina del processo.

Quello amministrativo non è più (o non è più solo) il giudice della funzione pubblica, ma sempre più il regolatore dei rapporti economici che vedono parti le strutture pubbliche le quali sono i maggior investitori e quindi i protagonisti assoluti del mercato, e che si portano dietro le proprie regole.

Epperò, il riferimento al diritto privato si fa istanza di coerenza dell'ordinamento. La specialità del diritto amministrativo e del suo processo è sempre da misurare alla stregua del principio di eguaglianza, che assume sì di volta in volta le forme del giudizio di razionalità, di quello di ragionevolezza, al limite quello di tollerabilità delle soluzioni adottate, che ammette regimi particolari per la p.a. e che consente decisioni diversificate, ma rimane sempre quale sollecitazione alla costruzione ordinata del sistema giuridico, di criterio di valutazione delle sue singole regole come anche della loro applicazione nelle più varie fattispecie.

Tra i presupposti dello Stato di diritto il principio di eguaglianza concerne anche l'attività pubblica, è a fondamento della responsabilità della p.a. (l'art. 28 Cost., in realtà, riguarda gli effetti della responsabilità dell'amministrazione sui suoi agenti, ma sottintende quest'ultima come anche gli artt. 24 e 113, perché far valere in giudizio un diritto soggettivo contro la p.a. significa spesso per l'appunto reclamare la reintegrazione della sfera patrimoniale lesa da un'attività illecita della stessa). Il riferimento all'art. 3 Cost. impone di giustificare non la responsabilità della p.a., ma le possibili deviazioni rispetto al modello privatistico (e sempre con l'avvertenza che anche in questo campo esistono sistemi di responsabilità diversi per i produttori, per i professionisti, per gli esercenti attività sanitaria, ecc.).

Ciò è, del resto, quanto richiesto dalla Corte di giustizia europea allorché da tanto tempo ormai ha precisato che anche la responsabilità dello Stato non può essere fatta valere a condizioni e nel rispetto di requisiti più rigorosi di quelli utilizzati nei rapporti di diritto interno, puntando l'attenzione sui principi di equivalenza e di effettività, sul punto per tutti la sentenza 26 gennaio 2010, in causa C-118/08, *Transportes Urbanos y Servicios Generales SAL*.

In altri termini, il principio di eguaglianza non esige sempre di far applicare alla p.a. le regole elaborate per altri rapporti in maniera per così dire automatica, ma rappresenta la



chiave per valutare se le soluzioni apprestate nei diversi settori dell'ordinamento siano ragionevoli e coerenti, e ciò vale sia per la fase di predisposizione delle norme che per quella della loro applicazione in un *continuum* che vede sì l'intervento di giurisdizioni diverse, ma dovrebbe essere almeno ispirato da una cultura giuridica costituzionalmente orientata, cioè rivolta a guardare con spirito critico le soluzioni apprestate dal legislatore e non solo ad applicarle.

2. L'azione di rivalsa della p.a. nel nuovo codice dei contratti

Le osservazioni precedenti non appaiono peregrine, perché sono di introduzione alla considerazione di alcuni profili problematici della disciplina introdotta dal nuovo codice dei contratti.

Il d.lgs. 36/2023, sebbene in attuazione delle medesime direttive europee che avevano al tempo ispirato la redazione del d.lgs. 50/2016, risulta formulato in maniera decisamente innovativa perché inizia con l'enunciazione di alcuni principi (art. 1-11), a cominciare da quello di risultato, i quali intendono indirizzare l'attività delle amministrazioni e quasi dar vita ad un'epoca nuova nella contrattualistica pubblica. Ed è subito da notare che tali principi più che all'amministrazione, si rivolgono al giudice di quest'ultima.

Così, per iniziare con l'analisi di taluni punti, agli artt. 5 e 117 si è codificata un'azione di rivalsa della p.a. verso l'aggiudicatario "indebito" che risulta del tutto nuova. Se si pone mente a taluni passaggi di Ap n. 20/2021, per i redattori del codice è pressoché naturale che l'azione si svolga davanti il giudice amministrativo, come poi confermato dal "ritoccato" art. 124 del codice del processo amministrativo, per il quale quel «*giudice conosce anche delle azioni risarcitorie e di quelle di rivalsa proposte dalla stazione appaltante nei confronti dell'operatore economico che, con un comportamento illecito, ha concorso a determinare un esito della gara illegittimo*».

Epperò, all'art. 117, comma 12, il codice dei contratti parla di «*indebito arricchimento*». Allora la sede giurisdizionale "naturale" ex art. 25 Cost. per la cognizione avrebbe dovuto essere quella ordinaria e qui il discorso si complica di molto.

Si assiste, infatti, all'introduzione di una nuova fattispecie di giurisdizione esclusiva: le controversie di cui all'art. 133, lett. e, n. 1, appunto quelle risarcitorie a seguito delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, si estendono anche alle azioni della p.a. verso terzi. E questo, se da un lato è un portato della giurisdizione esclusiva, per altro verso è una vera e propria innovazione sistematica che avrebbe meritato maggior risalto e non un'introduzione in modalità pressoché velata.

Che nei rapporti assegnati alla giurisdizione esclusiva - ad esempio in quelli derivanti da accordi sostitutivi del provvedimento come spesso accade in materia urbanistica - l'amministrazione abbia pretese di natura economica da esercitare nei confronti dei soggetti privati, è fattispecie che ricorre e che vede per l'appunto la cognizione del giudice



amministrativo. Lo stesso art. 118 d.lgs. n. 104/2010 è formulato in termini ampi a mezzo del rinvio alla disciplina del codice di procedura civile e l'espressione «*diritti soggettivi di natura patrimoniale*» è così comprensiva delle pretese di ordine economico in capo a tutti i soggetti del rapporto amministrativo, che la richiesta di attivazione del procedimento di ingiunzione può provenire anche dai soggetti pubblici.

Ma il codice dei contratti pubblici ha introdotto ora azioni risarcitorie e di rivalsa della stazione appaltante nei confronti dell'operatore economico che non sono proprie solo del settore degli appalti, ma potrebbero investire tutti i rapporti che vedono parte una p.a. Vicende analoghe a quelle ricorrenti nel campo degli appalti potrebbero integrarsi, ad esempio, riguardo a procedure concorsuali nel pubblico impiego (per quello che è rimasto alla giurisdizione amministrativa, art. 63 d.lgs. n. 165/2001) ed in generale nelle materie di giurisdizione esclusiva indicate dall'art. 133 cpa.

Voglio dire che la sede per introdurre tali azioni sarebbe stata quella del capo secondo del titolo terzo del codice del processo, cioè quello dedicato alle azioni esperibili avanti il giudice amministrativo (artt. 29-31).

Anche perché altrimenti lo strumento improprio per responsabilizzare il privato che adotta un comportamento illecito e contrario al dovere di correttezza rimane quello piuttosto grezzo della condanna alle spese ex art. 96 cpc per responsabilità aggravata, come fatto da Cga n. 518/2006, che ha condannato l'impresa illegittimamente aggiudicataria a risarcire i danni procurati all'operatore economico che ne avrebbe avuto diritto a conseguire e svolgere la commessa. In quell'occasione una ditta aveva ricevuto l'aggiudicazione di un servizio e lo aveva svolto sulla base di un provvedimento cautelare monocratico ottenuto in primo grado la cui esecuzione aveva prodotto una situazione irreversibile. La decisione di appello sul merito ha configurato a carico dell'impresa che aveva chiesto ed ottenuto la misura cautelare la fattispecie di responsabilità processuale aggravata ex art. 96, comma 2, cpc per aver agito senza la normale prudenza, anche se ha riconosciuto in capo a tale impresa solo una colpa lieve. La responsabilità ex art. 96 cpc ha coperto il danno emergente nell'importo dei costi sostenuti per la partecipazione alla gara e l'avvio della prestazione del servizio, ed il lucro cessante «*quantificato in misura pari al 10% del valore dell'appalto al quale va applicato il ribasso offerto*» secondo il criterio frequentemente adoperato per la liquidazione di tale posta di danno.

Quella "vecchia" sentenza è da segnalare perché ha visto il rapporto amministrativo non con due soggetti (p.a. e privato), ma almeno con tre, cioè tra quelli che si contendono il bene della vita conseguibile a mezzo dell'esercizio del potere amministrativo e che, spesso, sono gli antagonisti più motivati anche in sede processuale. Quella decisione ha riconosciuto l'esistenza di un rapporto diretto, *rectius*: conflitto, tra gli operatori economici che oltretutto risulta per intero conseguenza del passaggio tante volte e da tante parti esaltato del giudizio amministrativo dall'atto appunto al rapporto. E nel rapporto i soggetti sono spesso tre.



Ora, l'azione di rivalsa è stata canonizzata nel codice dei contratti, anche se la *sedes materiae* più propria sarebbe stata quella del processo nelle sue disposizioni di carattere generale. E per come configurata nel riscritto art. 124 cpa tale azione di rivalsa vede sempre come perno la p.a. che chiede al giudice (non si comprende se in via necessariamente riconvenzionale, per così dire, o anche in via diretta) il risarcimento del danno subito o il rimborso di quanto abbia dovuto pagare a terzi. Al contrario, essa è il naturale punto di approdo del giudizio amministrativo quale cognizione integrale del rapporto e la sua previsione può riguardare non solo il campo dei contratti, ma in generale tutti quelli di attività amministrativa.

Rimane il dubbio che siffatta azione - una sorta appunto di azione riconvenzionale della p.a. che "si è fidata" del privato e che si trova, per riprendere le parole dell'art. 96 cpc e di Cga n. 518/2006, ad aver «agito senza la normale prudenza» - sia del tutto nuova ed addirittura estranea ai principi ed ai criteri della legge delega, n. 78/2022, e che quindi la sua introduzione integri una vera e propria ipotesi di eccesso di delega.

L'azione di rivalsa pone, poi, problemi non indifferenti di concorso di colpa ex art. 1227 cc a carico della p.a. e del controinteressato (come, talvolta, del medesimo giudice amministrativo).

Ma il problema - si consenta tale espressione - che essa pone è quello che destinatario della medesima è il soggetto privato e non colui che esercita potere di natura pubblicistica.

3. I blocchi di materie nelle attribuzioni giurisdizionali

In realtà, il processo amministrativo del 2010 è ritornato al criterio di distribuzione delle attribuzioni alle diverse giurisdizioni per blocchi di materie, ignorando le note sentenze della Corte costituzionale n. 204/2004 e n. 191/2006, i quali sulla scorta di un *original intent* applicato in maniera rigida avevano bocciato quel criterio. Lo stesso ha fatto la giurisprudenza che ne è seguita, compresa quella della Corte regolatrice. Quelle sentenze del giudice costituzionale sono risultate prive di effetti pratici e pressoché *tamquam non essent*. Anzi la giurisdizione esclusiva del g.a. si è estesa e si va ampliando a campi non immaginabili al tempo di redazione della Carta costituzionale nel 1947.

Quello dei blocchi di materie è il criterio più razionale nell'assegnazione delle attribuzioni in un ordinamento che vede l'esistenza di più giurisdizioni, e che prescinde del tutto dalla dubbia distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi che risulta difficile spiegare agli studiosi di altri Paesi.

Epperò, il criterio del blocco di materie si afferma di fatto, ma sotto il versante della sistematica dogmatica si presta ancora un ipocrita ossequio alle decisioni del 2004-2006, che per l'appunto hanno fatto valere l'argomento "storico" della disciplina presupposta dal Costituente, all'insegna della *versterneirung* o pietrificazione. Soprattutto, siffatto argomento è utilizzato a segnare la giurisdizione amministrativa - *rectius* il limite cd esterno del difetto di



giurisdizione. Lo ha fatto Corte costituzionale n. 6/2018, che ha bloccato ogni processo di sviluppo nell'interpretazione-applicazione dell'art. 111 Cost. a fronte del (sempre possibile) cattivo esercizio della giurisdizione amministrativa. È noto pure che il tentativo di Cassazione nell'ordinanza 18 settembre 2020, n. 19598, di introdurre almeno un varco nell'insindacabilità di decisioni amministrativa, non è stato compreso - o è stato comunque respinto - dalla CGUE 21 dicembre 2021, in causa C-497/20, *Randstad Italia SpA*.

Ma qui sta una contraddizione profonda dell'ordinamento, giacché per un verso l'argomento storico dell'*original intent* non riesce a frenare l'estensione della giurisdizione amministrativa esclusiva a settori ignoti al Costituente del 1947 (si pensi alle controversie in materia di danno all'ambiente ovvero a quelle aventi ad oggetto atti del Coni e delle Federazioni sportive, art. 133, lett. s) e z), d.lgs. n. 104/2010; ma in realtà il vasto elenco della disposizione risulta quantitativamente stonato rispetto alla previsione dell'art. 103 Cost. che prevede la giurisdizione esclusiva in «*particolari materie indicate dalla legge*»). Poi, però, per altro verso l'*original intent* "ritorna" in modo decisamente "prepotente" nell'interpretazione dell'art. 111, u.c., Cost., limitato ad interessare profili decisamente marginali.

La recentissima Cass. 23 novembre 2023, n. 32559, manifesta almeno che un problema esiste e che vi è uno statuto unitario - per così dire - delle pronunce giurisdizionali che vale per ogni assetto giurisdizionale, una volta che oggetto di ogni giurisdizione è la tutela delle situazioni giuridiche soggettive.

Il fatto è che l'ordinamento si è andato costruendo - e vale la pena dirlo, perché lo studioso ha un obbligo di verità almeno nei confronti di se stesso - non tanto in base al (formalmente) rigettato blocco di materie, ma sul diverso criterio del soggetto parte del rapporto: insomma, è la presenza della p.a. che caratterizza di sé ogni aspetto e segna ed assegna la giurisdizione. Il g.a. è - e lo dimostra la sua intensa presenza negli apparati amministrativi - il giudice di un ordinamento amministrativo diverso dall'ordinamento generale e dove vigono regole diverse da quelle generali.

O almeno così appare. Questo lo dico subito ad evitarmi un profluvio di inevitabili critiche. Se il g.a. appare legato anche se per una minima parte alla cultura ed agli interessi dell'amministrazione, *id est* al principio di autorità; se gli operatori economici i quali trattano con la p.a. e con il suo giudice hanno la sensazione di avere a che fare con dinamiche diverse da quelle del giudizio ordinario e talvolta di difficile spiegazione, un problema - lo ripeto: anche in minima parte - si pone.

4. Il giudice amministrativo ed il risarcimento del danno

E si ritorna qui all'istituto dell'azione di risarcimento e di rivalsa nei confronti dell'indebito aggiudicatario ed ai suoi riflessi sistematici.



Il fatto è che - a mio parere - il giudice amministrativo non è mai divenuto il giudice del risarcimento. O meglio: trasportate nel campo del diritto amministrativo ed applicate dal giudice amministrativo le nozioni di danno e di responsabilità hanno applicazioni diverse da quelle consuete nel diritto civile comune.

Un esempio è dato da Cons. Stato, n. 3441/2021, che ha fatto il punto sulla questione, quasi a dare le indicazioni cui attori e - soprattutto - giudici di primo grado dovrebbero attenersi.

Secondo la giurisprudenza amministrativa quello sul danno è «*un giudizio da svolgere in applicazione della teoria condizionalistica, governata dalla regola probatoria del “più probabile che non” e temperata in applicazione dei principi della causalità adeguata. In particolare, occorre procedere ad un giudizio controfattuale, volto a stabilire “se, eliminando o, nell’illecito omissivo, aggiungendo quella determinata condotta, l’evento si sarebbe ugualmente verificato, e, una volta risolto positivamente tale scrutinio, un secondo stadio richiede di verificare, con un giudizio di prognosi ex ante, l’esistenza di condotte idonee - secondo il criterio del “più probabile che non” - a cagionare quel determinato evento. Sicché l’esito positivo del predetto giudizio - riconducibile alla teoria della causalità adeguata - accerta definitivamente l’efficienza causale dell’atto illegittimo rispetto all’evento di danno, che va esclusa qualora emergano fatti o circostanze che abbiano reso da sole impossibili il perseguimento del bene della vita determinando autonomamente l’effetto lesivo”*».

Inoltre, «*positivamente definito lo scrutinio in ordine alla causalità materiale, a fronte d’un evento dannoso causalmente riconducibile alla condotta illecita, occorre verificare la sussistenza di conseguenze dannose, da accertare secondo un (distinto) regime di causalità giuridica che ne prefigura la ristorabilità solo in quanto si atteggino, secondo un canone di normalità e adeguatezza causale, ad esito immediato e diretto della lesione del bene della vita ai sensi degli artt. 1223 e 2056 Cod. civ. (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 4 agosto 2015, n. 3854). Peraltro, ove non sia possibile accertare con certezza la spettanza in capo al ricorrente del bene della vita ambito, il danno patrimoniale potrebbe, comunque, liquidarsi ricorrendo alla tecnica risarcitoria della chance, previo accertamento di una “probabilità seria e concreta” o anche “elevata probabilità” di conseguire il bene della vita sperato, atteso che “al di sotto di tale livello, dove c’è la “mera possibilità”, vi è solo un ipotetico danno non meritevole di reintegrazione poiché in pratica nemmeno distinguibile dalla lesione di una mera aspettativa di fatto” (Consiglio di Stato Sez. V, 15 novembre 2019, n. 7845)*».

È vero che il criterio del “più probabile che non” è accolto dalla giurisprudenza civile: Cass. 18 novembre 2022, n. 34087; Cass. 2 settembre 2022, n. 25884; Cass. 29 aprile 2022, n. 13512; Cass. 29 marzo 2022, n. 10050. Epperò, la stessa giurisprudenza applica il criterio con tutti i temperamenti del caso, soprattutto a mezzo della distribuzione tra le parti degli oneri probatori, ad esempio Cass. 13 giugno 2023, n. 16900, e Cass. 3 marzo 2023, n. 6386, sulla responsabilità per infezioni nosocomiali delle strutture sanitarie.

La realtà è che il giudice amministrativo allorquando ha a che fare con le fattispecie di danno ha elaborato criteri di liquidazione di tipo forfettario, che per un verso si allontanano



dal principio di personalizzazione del danno, che è nato nell'ambito della responsabilità medica, ma è un vero e proprio principio generale della responsabilità civile, Cass. 7 luglio 2023, n. 26140; Cass. 22 marzo 2023, n. 8265; Cass. 17 maggio 2022, n. 15733; per altro verso mutuano ed adottano a proposito del risarcimento moduli tipici di vicende indennitarie.

E rimane poi il grosso problema della prova che rappresenta spesso per il ricorrente una *probatio diabolica*, per oneri particolarmente gravosi.

Così, per Cg n. 841/2021, : «*in linea di massima, in caso di mancata aggiudicazione della gara, il risarcimento del danno conseguente al lucro cessante si identifica con il c.d. interesse positivo, che comprende sia il mancato profitto, che l'impresa avrebbe ricavato dall'esecuzione dell'appalto, sia il danno c.d. curricolare, ovvero il pregiudizio subito dall'impresa a causa del mancato arricchimento del curriculum e dell'immagine professionale per non poter indicare in esso l'avvenuta esecuzione dell'appalto (cfr. sentenza Ad. Plenaria Cons. Stato n. 2 del 2017)*». Ma «*il danneggiato, ai sensi dell'art. 124 c.p.a., deve fornire la prova dell'an e del quantum del danno che assume di avere sofferto*». E per questo, sulle orme di AP n. 2/2017, ha riconosciuto che «*il mancato utile spetta nella misura integrale, in caso di annullamento dell'aggiudicazione impugnata e di certezza dell'aggiudicazione in favore del ricorrente, solo se questi dimostri di non aver utilizzato o potuto altrimenti utilizzare maestranze e mezzi, in quanto tenuti a disposizione in vista della commessa. In difetto di tale dimostrazione, può presumersi che l'impresa abbia riutilizzato mezzi e manodopera per altre prestazioni, ovvero che avrebbe potuto riutilizzare, usando l'ordinaria diligenza dovuta al fine di concorrere all'aggravamento del danno, a titolo di aliunde perceptum vel percipiendum. In sintesi, ai fini della sussistenza dell'aliunde perceptum, può essere invocato il meccanismo della presunzione semplice*». La stessa sentenza non ha riconosciuto il cd danno curricolare «*in quanto la parte non ha offerto una prova rigorosa e puntuale del nocumento che asserisce di aver subito in termini di mancato arricchimento del proprio curriculum professionale*». Insomma, nelle applicazioni pratiche l'onere probatorio a carico dell'operatore economico svilisce il riconoscimento del principio generale.

Ma il vero problema è di ordine sistematico: i criteri di riconoscimento della responsabilità e di liquidazione del danno non possono non essere comuni per tutti gli operatori, atteso che, come ricordato, il fondamento della responsabilità della p.a. non è altro che il principio di eguaglianza dell'art. 3 Cost.

Inoltre, alla nozione di giudice naturale ex art. 25 Cost. va dato un contenuto sostanziale che non lo riduca al sinonimo di precostituito per legge. È naturale il giudice che è competente a conoscere di situazioni sostanziali.

Ma allora il legislatore non può prevedere che vi siano due giudici competenti sul danno e che un decidente intervenga allorché uno dei soggetti coinvolti è una p.a.

Non si tratta solo dell'utilizzazione dei criteri di riconoscimento e di liquidazione del danno, i quali oggi possono essere omogenei e domani diversificati. In fondo, questa occasione è una contingenza o addirittura un accidente, come lo definirebbe il Don Ferrante del capitolo



XXXVII de *I Promessi Sposi*. Il punto critico è che vi possano essere due assetti giurisdizionali che conoscano della stessa materia, la responsabilità civile, in base all'unico fattore di distinzione che la p.a. sia parte del rapporto.

A mio parere tale esito contrasta con la *ratio* sottesa agli artt. 103 e 111, u.c., Cost. Se si muove dall'idea che la Costituzione avrebbe presupposto e sancito per sempre il riparto esistente nel 1947, l'attribuzione al g.a. della cognizione sul danno porta alla istituzione di due giudici competenti a fare la stessa cosa e toglie all'attribuzione della Cassazione le vicende di responsabilità in cui è coinvolta una p.a. Se l'art. 111 consacra la funzione nomofilattica della Cassazione nell'applicazione della legge, non vedo come tutta una parte della cognizione sulla responsabilità civile possa essergli sottratta solo perché il danneggiante è una p.a.

L'azione di risarcimento e di rivalsa della p.a. ora introdotta nei confronti dell'operatore economico privato complica in maniera intensa la questione, perché si contempla ora l'ipotesi che la p.a. sia il soggetto danneggiato: ma allora il danneggiante soggetto privato è chiamato a rispondere davanti altro assetto giurisdizionale e si vede impossibilitato ad adire il giudice delle nomofilomachia (che di colpo non vale per le fattispecie di responsabilità solo perché uno dei soggetti è una p.a.).

Insomma, si è venuto costruendo un sistema contraddittorio che alla fine contraddice e l'art. 103 Cost. (l'estensione delle «*particolari materie*» a così tanti settori fa fare alla giurisdizione esclusiva un salto di quantità che giunge a vanificare la prescrizione costituzionale) e l'art. 111, perché sottrae alla Cassazione la funzione nomofilattica che è anch'essa presupposta e riconosciuta nel testo costituzionale.

Al massimo, e lo si dice per stimolo, nelle vicende in cui si tratta di responsabilità della p.a. non può valere l'esclusione dell'art. 111, u.c., Cost. e quindi - ancora una volta a parti invertite - che il cittadino "si rassegni". In queste ipotesi «*i motivi inerenti alla giurisdizione*» dovrebbero comprendere anche la corretta applicazione delle regole civilistiche sulla responsabilità da parte del giudice amministrativo.

Questo mi pare il modo di ragionare per principi, come fa ora il nuovo codice.

5. I principi, in particolare quello del risultato, i prezzari ed il rispetto dei CAM

Appunto, i principi.

Quelli di risultato, di concorrenza, di fiducia, di accesso al mercato, di buona fede e tutela dell'affidamento, di solidarietà e di sussidiarietà orizzontale, di auto-organizzazione amministrativa, di autonomia contrattuale con il connesso divieto di prestazioni a titolo gratuito, di conservazione dell'equilibrio contrattuale, di tassatività delle cause di esclusione e di tutela dei lavoratori a mezzo dell'applicazione dei contratti collettivi nazionali, a rigore sono tutti principi già presenti da tempo nel nostro ordinamento, sia perché derivati da veri e propri principi costituzionali - *in primis* quello di buon andamento ex art. 97 Cost. non a caso



citato nell'art. 1 d.lgs. n. 36/2023 -; sia perché per espressa previsione della delega (art. 1 l. 21 giugno 2022, n. 78) compito del codice è (stato) quello di adeguare la disciplina sui contratti pubblici «al diritto europeo e ai principi espressi dalla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori, interne e sovranazionali, e di razionalizzare, riordinare e semplificare la disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture». Un'opera di codificazione.

Insomma, tali principi non dovrebbero essere affatto innovativi, ma da tempo presenti nel nostro ordinamento e purtroppo talvolta trascurati: anzi se si prende sul serio il criterio della legge delega, lo stesso d.lgs. n. 36/2023 dovrebbe ascriversi al *genus* dei decreti correttivi adottati per far fronte agli inconvenienti della prassi amministrativa e delle applicazioni giurisprudenziali.

I principi citati saranno idonei a modificare l'attuale assetto?

Quello più a rischio appare essere sotto tanti versanti, infatti, il principio del risultato. La domanda che tutti si pongono in questo momento è se esso farà effettivamente conseguire efficienza alla p.a. ed a che prezzo.

Se, insomma, una volta espresso in termini così alti, il risultato sia il *moloch* all'altare del quale sacrificare la stessa legalità e, più a monte, condizioni di effettiva concorrenza tra gli operatori economici nell'accesso al particolare mercato delle gare pubbliche: si faccia l'opera e si presti il servizio, chiunque lo faccia, salvo poi a sfiancare l'operatore economico ingiustamente escluso in impossibili oneri probatori.

Oppure, al contrario ci si può interrogare se la proclamazione del principio non modificherà affatto l'attuale modo di procedere delle pp.aa. e dei giudici amministrativi.

Sotto questo riguardo faccio due esempi che ogni operatore economico conosce.

Il primo è quello dell'indizione di una gara per lavori secondo il prezzario più aggiornato. È ovvio che ciò sia applicazione del valore del buon andamento, giacché altrimenti l'opera non potrebbe nemmeno realizzarsi. Citazioni giurisprudenziali sul punto sarebbero superflue, cfr. comunque Tar Catania n. 3693/2021.

Eppure, vi è da chiedersi che senso ha annullare una gara in sede giurisdizionale perché la si è redatta sulla base di un prezzario sostituito poi da uno che ha aumentato i prezzi del 5-6%, a fronte di un ribasso sulle opere pubbliche che in Sicilia vede raggiungere percentuali del 15 ed addirittura del 25%. È significativo che la più recente giurisprudenza abbia abbandonato criteri di tipo meccanicistico per dare concreto rilievo alla dinamica economica: ne è un esempio CdS n. 9126/2023 che ha ricordato, per l'appunto, che «i suddetti prezzari - che, peraltro, hanno principalmente la funzione di fornire riferimenti alla stazione appaltante per la determinazione dei costi in relazione agli atti e documenti della procedura, ex art. 23, comma 16, d.lgs. n. 50 del 2016 - non hanno carattere vincolante per l'impresa, né impediscono alla stessa di prevedere prezzi più bassi



(cfr. Cons. Stato, V, 20 giugno 2022, n. 5021; III, 20 novembre 2019, n. 7927); tanto più in un contesto in cui alcuno specifico riferimento la *lex specialis* rivolgeva al detto prezzario».

L'altro esempio è quello dei CAM. A questo proposito, invece, esiste una giurisprudenza formalistica che riduce la contrattualistica pubblica ad un anacronistico rispetto di formule. I criteri ambientali minimi sono i requisiti che servizi e prodotti debbono avere per essere prestati e commercializzati in Europa. È vero che sono definiti da un provvedimento amministrativo, ma alla stessa stregua del marchio "CE" che insiste su tanti prodotti che utilizziamo in maniera massiccia, è vero pure che un bene non realizzato secondo quei criteri non è di fatto commerciabile di modo che, decorso qualche tempo, non è nemmeno prodotto.

Soprattutto, dovrebbe essere ovvio che la prestazione di servizi e/o l'utilizzazione di beni conformi ai CAM riguarda l'esecuzione del contratto; in sede di gara basta indicare l'obbligo di rispetto dei CAM, atteso che non può non lasciarsi all'operatore economico la libertà di sostituire i prodotti indicati in sede di offerta, di modo che richiedere la presentazione della scheda di un prodotto che poi non sarà utilizzato è assolutamente formalistico. Eppure, sul punto la giurisprudenza amministrativa mostra una rigidità che risulta del tutto incomprensibile ed impossibile da spiegare agli operatori economici.

Se Tar Lazio n. 9488/2023 ha con equilibrio affermato tali verità (ed il termine non sia considerato ultroneo), CdS n. 9398/2024 ha subito riformato la sentenza, facendo applicazione della tralatizia regola che l'adempimento dei CAM deve essere provato fin dalla fase di presentazione a pena di esclusione. È da notare che CdS n. 9398/2023 è intervenuta dopo il d.lgs. n. 36/2023, cioè dopo l'introduzione esplicita del principio del risultato: dimostrazione che l'entrata in vigore del nuovo codice non ha affatto innovato gli orientamenti giurisprudenziali, specie se si considera - come qui sostenuto - che tali principi non sono affatto nuovi, ma da tempo presenti nell'ordinamento e taluni addirittura frutto di principi costituzionali e del buon senso.

Insomma, la giurisprudenza amministrativa a volte adotta un rigore formalistico che sembra proprio di altri periodi storici. Sempre sui CAM può essere ricordato Cga n. 495/2022 che ha imposto la soluzione più formale e, quindi, conformista ed ha annullato un'aggiudicazione perché l'offerta - oltretutto più conveniente per la p.a. - non conteneva tutte le schede dei prodotti da utilizzare, e malgrado sempre si riconoscesse la possibilità di cambiare i prodotti durante l'esecuzione del servizio. La stessa sentenza non ha ammesso il soccorso istruttorio che pure avrebbe permesso di sanare eventuali vizi.

Eppure, la normazione europea, cioè la Direttiva 2014-24-UE, non sembra obbligare gli Stati a prevedere la presentazione della documentazione comprovante il rispetto dei CAM quale requisito di partecipazione, insuscettibile di essere soddisfatto nemmeno con il soccorso istruttorio, e non piuttosto quale obbligo da adempiere durante l'esecuzione del rapporto contrattuale.



Per questo va rimproverato a Cga n. 495/2022, seguita da Cga n. 239/2023, la pigrizia (cfr. Lc 18,1-8) di Cga n. 495/2022, seguito da Cga n. 239/2023, di non aver sollevato la questione di pregiudizialità eurounitaria ex art. 267 TFUE e di interrogare il Tribunale di Lussemburgo se il rispetto dei CAM vale nella fase esecutiva o deve rimanere un orpello formalistico da far valere per escludere offerte in fase di presentazione e con l'esito di limitare la partecipazione alle gare. L'orientamento giurisprudenziale del Consiglio di Stato non sembra aver altra base se non la conferma di un precedente che non viene rimesso in discussione.

Cass. n. 29105/2023 non ha potuto che ribadire ancora una volta che la mancata sollevazione della questione di pregiudizialità euronunitaria non è questione di limite cd esterno alla giurisdizione.

Di nuovo si perviene al problema dell'efficacia dei principi del codice.

Che «*il principio del risultato costituisce criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto*» è affermazione del tutto condivisibile. Semmai dispiace che tante volte si sia discostati da siffatto criterio.

Che lo stesso sia poi criterio di valutazione della responsabilità dirigenziale e per l'assegnazione degli incentivi è auspicio che - a parte la *sedes materiae*: è più argomento del testo unico pubblico impiego che non del codice dei contratti, sebbene poi trovi ulteriore disciplina nell'art. 45 - riguarda l'organizzazione amministrativa e non tanto gli operatori economici.

Il problema è la sindacabilità di questo principio e, quindi, il suo carattere *justiciable*.

6. Il problema della discrezionalità tecnica

Qui si perviene a toccare un'ambiguità del ruolo - ancora una volta - del giudice amministrativo in ordine a tutte le manifestazioni di potere che sono espressioni di cd discrezionalità tecnica.

Nel 1985 Ottaviano individuava nella circostanza che una decisione era assegnata all'organizzazione amministrativa, e quindi sulla base di una conformazione esclusiva della stessa e non fungibile con altre, il fondamento della limitazione del sindacato giurisdizionale sull'esercizio della discrezionalità tecnica. La tesi ha trovato espressione nella decisione dell'AP n. 18/2018, sulla composizione delle commissioni di esami per l'abilitazione alla professione forense allorquando si è riconosciuta l'infungibilità dei commissari ciascuno portatore di un sapere particolare.

Nel 1985, però, le funzioni amministrative riconducibili alla discrezionalità tecnica erano ancora poche. Una volta che tutto il settore dell'economia è transitato nella cognizione del g.a., può ancora sostenersi che le valutazioni amministrative (ad esempio in tema di valutazione delle offerte e della possibile anomalia) sono esclusive ed infungibili e, quindi, di fatto insindacabili se non nei limiti della manifesta irragionevolezza ed arbitrarietà?



La giurisprudenza riporta anche a questo riguardo formule piuttosto tratlative: «secondo i consolidati principi affermati da questo Consiglio di Stato, l'apprezzamento delle offerte e l'attribuzione alle stesse del punteggio rientra nella sfera della valutazione tecnico-discrezionale della commissione, insindacabile in sede giurisdizionale se non manifestamente irragionevole, illogica, arbitraria o fondata su un altrettanto palese e manifesto travisamento dei fatti (inter multis, cfr. Cons. Stato, V, 24 maggio 2022, n. 4112; 12 novembre 2020, n. 6969; 20 ottobre 2020, n. 6335; IV, 22 giugno 2020, n. 3970; 18 novembre 2021, n. 7715; III, 9 giugno 2020, n. 3694; 21 novembre 2018, n. 6572; V, 25 marzo 2021, n. 2524; 20 febbraio 2020, n. 1292; 8 gennaio 2019, n. 173; 22 ottobre 2018, n. 6026; 15 marzo 2016, n. 1027; 11 dicembre 2015, n. 5655)», così ancora la citata sentenza CdS 20 ottobre 2023, n. 9126.

Invero, per gli operatori il campo è minato dalla più assoluta incertezza.

Da una parte, infatti, si assiste ad un *self-restraint* del g.a. che rifiuta di sindacare le scelte della stazione appaltante; dall'altra si constata altre volte un attivismo giudiziale che dispone verificazioni sulla sostenibilità economica dell'offerta e, quindi, sulla sua anomalia, cfr. ad esempio CdS 7 dicembre 2023, n. 10629, una vicenda in cui la verifica disposta in grado di appello ha portato a confermare la sentenza di primo grado.

Invero, per ogni operatore è pressoché impossibile prevedere in anticipo la soluzione che sarà adottata.

Come notato, il principio del risultato applicato dalla parte dell'amministrazione potrebbe portare ad esiti assolutamente ingiusti, ossia a salvaguardare sempre e comunque la soluzione predisposta perché così è più facile iniziare quantomeno a realizzare l'opera o prestare il servizio.

Il fatto è che i principi espressi dal Codice potrebbero essere intesi alla stregua di clausole generali che ampliano la sfera amministrativa e "codificano" la *judicial deference*.

Se fosse così, e lo dico provocatoriamente, tanto vale ripetere ancora con Mancini che bisogna "rassegnarsi".

La mia opinione è che il giudizio tecnico non è (più) espressione di una sfera riservata della p.a. e che, quindi, può essere rifatto da chi - anche tra i tecnici non appartenenti ai ruoli della p.a. - possiede le medesime competenze. E ciò vale anche per un eventuale organo collegiale composto da tecnici di diversa estrazione/ titolari di saperi diversi. Tale dinamica potrebbe definirsi di socializzazione della discrezionalità tecnica, in coerenza con la ricordata impostazione di Giannini e in continuità con il tentativo almeno di guardare al diritto amministrativo dall'ottica del diritto comune e generale.

Viene qui in rilievo l'ulteriore elemento della disponibilità della prova: che ad ogni contestazione dell'esito amministrativo, si dia luogo all'accertamento istruttorio è certo un'aberrazione, anche perché di fatto i tempi dell'istruttoria processuale rallenterebbero l'attività amministrativa. Ma si avverte pure che lo squilibrio tra le parti vale tutto contro la parte privata, *id est* l'operatore economico che lamenta l'esclusione e/o un'ingiusta



valutazione. La giurisprudenza civile ha da tempo lavorato in materia a mezzo della distribuzione tra le parti dell'onere della prova sulla base del criterio di vicinanza e di altri criteri legati appunto alla disponibilità della prova medesima.

Piacerebbe una giurisprudenza amministrativa che, invece di dichiarare subito i suoi limiti, prendesse sul serio il principio del risultato, e valorizzasse ad esempio gli oneri di allegazione del ricorrente e della stessa p.a., socializzando il processo amministrativo e quindi affidando verificazioni e consulenze anche a liberi professionisti. Non è che l'ingresso di consulenti tecnici provenienti dal mondo delle professioni di colpo risolverebbe i problemi dell'istruttoria nelle vicende di appalti pubblici. Il problema che talvolta si pone è quello di assicurare per gli esperti una cultura della legalità che li porti a pronunciarsi sulle domande delle parti e sulle questioni poste nel contraddittorio piuttosto che sostenere posizioni personali.

Riprendendo le osservazioni iniziali sul ruolo del giudice amministrativo quale giudice dei rapporti economici in cui è parte una p.a., il fatto è che la decisione economica - ché tale alla fine risulta essere la sentenza del g.a. - non può non essere adottata che alla fine di un procedimento che veda la presenza dei soggetti economici le cui relazioni si svolgono su un piano di parità. L'esperimento di istruttoria per decidere sull'ammissibilità e/o l'anomalia delle offerte risponde alla logica di arricchire le conoscenze del giudice, ma anche a quella di far comprendere ed accettare dalle parti l'esito della controversia. Lo svolgimento di istruttoria da parte di tecnici esperti dei mercati di riferimento rafforza la legittimazione della decisione e la fa accogliere dagli operatori economici, oltre ad istruirli sulle buone pratiche da seguire nella conduzione dell'attività d'impresa.

SPUNTI SULLA RISERVA DI OPERAZIONE AMMINISTRATIVA.

Domenico D'Orsogna

Prof. Ord. di Diritto Amministrativo Dip. di Giurispr. - Univ. degli Studi di Sassari.

Abstract L'articolo ha ad oggetto il tema della «riserva di procedimento amministrativo» ed evidenzia un profilo rimasto del tutto in ombra nell'ambito del cospicuo dibattito dottrinario stimolato dai più recenti orientamenti della Corte costituzionale: tutte le fattispecie che hanno originato le pronunce della Corte sono fattispecie caratterizzate da un elevato livello di complessità. Esse coinvolgono una massa rilevante di interessi pubblici e una pluralità di poteri, procedimenti e amministrazioni, da convogliare in processi decisionali complessi. La Corte Costituzionale ricorre pertanto a una sinecdoche laddove si riferisce alla parte (il procedimento) per indicare invece il tutto: l'operazione amministrativa.

The article focuses on the subject of the "reservation of administrative proceedings" and highlights a profile that has remained completely in the shadows in the context of the conspicuous doctrinal debate stimulated by the most recent orientations of the Constitutional Court: all the cases that have given rise to the Court's pronouncements are cases characterised by a high level of complexity. They involve a significant mass of public interests and a plurality of powers, procedures and administrations, to be channelled into complex decision-making processes. The Constitutional Court therefore uses a synecdoche where it refers to the part (the procedure) to indicate instead the whole: the administrative operation.



Con alcune recenti pronunce (sentenze nn. 69/2018¹, 28/2019², 116/2020³, 121/2022⁴, n. 186/2022⁵) la Corte costituzionale - come é noto - ha preso posizione sulla «riserva di procedimento amministrativo»⁶, nel tentativo di delimitare uno spazio proprio, costituzionalmente riservato, all'agire amministrativo.

Il procedimento amministrativo é stato dalla Corte individuato quale strumento (di garanzia, di efficienza, di controllo giurisdizionale) da cui non si può prescindere tutte le volte in cui occorre acquisire, ponderare e confrontare interessi in conflitto. In altre parole, quando occorre esercitare un potere discrezionale per individuare la regola del caso concreto dinanzi a situazioni di vita ogni volta differenti, l'articolazione procedimentale é ritenuta dalla Corte

1 Nella sentenza n. 69 del 5 aprile 2018 il giudice delle leggi ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di una legge regionale veneta in materia di impianti energetici per violazione dell'art. 117, co. 3 Cost.; e questo perché la suddetta legge, «nello stabilire in via generale, senza istruttoria e valutazione in concreto dei luoghi in sede procedimentale, distanze minime per la collocazione degli impianti non previste dalla disciplina statale, non garantisce il rispetto di questi principi fondamentali e non permette un'adeguata tutela dei molteplici e rilevanti interessi coinvolti» (così Punto 6.2 della parte motiva in diritto).

2 Nella sentenza n. 28 del 28 febbraio 2019 – la Corte ha affrontato il problema di una legge regionale abruzzese che aveva adeguato il piano regionale per gestire i rifiuti attraverso lo strumento legislativo al posto di quello procedimentale. La sentenza ha precisato che non è consentito al legislatore regionale di sostituirsi alla sua amministrazione territoriale nel compimento di un'attività che la legge statale riserva alla sfera amministrativa; e ciò in quanto il «passaggio dal provvedere in via amministrativa alla forma di legge è più consono alle ipotesi in cui la funzione amministrativa impatta su assetti della vita associata, per i quali viene avvertita una particolare esigenza di protezione di interessi primari». (Punto 2.3 della parte motiva in diritto).

3 Con sentenza n. 116 del 23 giugno 2020 la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di una norma statale che aveva approvato (o meglio: legiferato) i contenuti di un programma di interventi economici straordinari in favore del servizio sanitario della regione Molise. Nel dichiarare incostituzionale la legge-provvedimento la Corte ha preso le mosse dal «ruolo svolto dal procedimento amministrativo nell'amministrazione partecipativa disegnata dalla legge 7 agosto 1990, n. 241» come «luogo elettivo di composizione degli interessi» (Punto 6.1 della parte motiva in diritto).

4 Le conclusioni raggiunte nelle tre precedenti sentenze sono state tutte confermate con la pronuncia n. 121 del 13 maggio 2022 che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di una norma regionale lucana che – in contrasto con l'art. 117, co. 3 Cost., con la normativa di settore europea e col piano d'indirizzo energetico regionale – aveva introdotto requisiti tecnici più severi e inderogabili per il rilascio delle autorizzazioni ad aprire impianti fotovoltaici ed eolici di grandi dimensioni. Secondo la Corte tali previsioni implicherebbero una «cristallizzazione per legge di requisiti, che comprime la valutazione in concreto riservata al procedimento autorizzativo, in aperto contrasto con i principi fondamentali della materia» (energetica). Ma soprattutto «non rispettano la riserva di procedimento amministrativo e la relativa istruttoria, finalizzate a comporre gli interessi pubblici coinvolti e a garantire loro una corretta valorizzazione».

5 Corte costituzionale 25 luglio 2022, n. 186, in *Giornale di Dir. Amm.* con nota di A. Sau, *L'irragionevolezza delle leggi provvedimento: la riserva di amministrazione c'è ma non si vede*.

6 In tema già S. Spuntarelli, *L'amministrazione per legge*, Milano, 2007 e D. Vaiano, *La riserva di funzione amministrativa*, Milano, 1996.



un passaggio «*ineliminabile*»⁷, quale garanzia che l'attività amministrativa volgerà al suo fine naturale: la cura dell'interesse pubblico.

Le pronunce citate hanno suscitato un ampio dibattito e stimolato la produzione di un cospicuo numero di commenti e contributi di approfondimento, portando nuova luce e rinnovati interesse ed attualità⁸ sui temi della "riserva di procedimento" e della "riserva di amministrazione", sul quale la Corte non ha peraltro preso posizione⁹.

E' rimasto invece completamente in ombra un profilo ulteriore e diverso, che va oltre (ed é sotteso a) le formule linguistiche utilizzate dalla Corte.

E' bene muovere da una constatazione: tutte le fattispecie da cui la Corte ha preso le mosse per pronunciarsi sono fattispecie caratterizzate da un elevato livello di complessità (delle situazioni problematiche da disciplinare in concreto): localizzazione e realizzazione di impianti energetici; pianificazione di sistemi regionali di smaltimento dei rifiuti; programmazione di interventi economici straordinari a favore del sistema sanitario regionale; procedure di autorizzazione di opere di particolare complessità quali impianti fotovoltaici ed eolici di grande dimensione. Tutte fattispecie, cioè, che coinvolgono una massa rilevante di interessi pubblici e -elemento decisivo - una pluralità di poteri, procedimenti, amministrazioni, da convogliare e raccordare in processi decisionali complessi unificati dal perseguimento di risultati unitari: operazioni amministrative.

La Corte Costituzionale esige, a ben vedere, che non sia pretermessa la «*procedura amministrativa*» richiesta dal caso: il processo decisionale adeguato. Ricorre pertanto a una *sinceddoche* laddove si riferisce alla parte (il procedimento) per indicare il tutto (l'operazione).

Nelle fattispecie indicate l'operazione giuridica è unitaria, ma i procedimenti necessari per compierla sono eterogenei e rientrano nella competenza di enti e organi diversi. Ad assumere

7 Così G. Morbidelli, *Note sulla riserva di procedimento amministrativo*, in *Studi in memoria di Franco Piga*, I, Milano, 1992, 694; ma in questi termini già M. Nigro, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966, 186 ss.

8 Già a partire dalla sentenza 2 marzo 1962, n. 13, punto 3 della parte in diritto (con nota di V. Crisafulli, *Principio di legalità e "giusto procedimento"*, in *Giur. cost.*, 1, 1966, 130 ss.), infatti, la Corte costituzionale aveva avuto modo di rilevare che «*quando il legislatore dispone che si apportino limitazioni ai diritti dei cittadini, la regola che il legislatore normalmente segue è quella di enunciare delle ipotesi astratte, predisponendo un procedimento amministrativo attraverso il quale gli organi competenti provvedano ad imporre concretamente tali limiti, dopo avere fatto gli opportuni accertamenti, con la collaborazione, ove occorra, di altri organi pubblici, e dopo avere messo i privati interessati in condizioni di esporre le proprie ragioni sia a tutela del proprio interesse, sia a titolo di collaborazione nell'interesse pubblico*».

9 B.G. Di Mauro, *Una nuova stagione per le leggi provvedimento? Le leggi provvedimento nel panorama sociale e giuridico italiano dalla prospettiva dei diritti: dall'erosione del sindacato stretto di costituzionalità alla slatentizzazione della riserva di amministrazione*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2, 2021, 310 ss.; F. Ferrari, *Riserva di amministrazione o giudizio comparativo tra atti? Sul rapporto tra leggi-provvedimento regionali e atti amministrativi*, in *Le Regioni*, 3, 2020, 474; A. Mitrotti, *'Riserva di Amministrazione' versus 'Amministrazione per Legge'. Tendenze ed evoluzioni tra prassi politica, giurisprudenza ed una rilettura dogmatica*, in *Nomos*, 3, 2020, 18; F. Cortese, *Sulla riserva preferenziale di procedimento come strumento di garanzia*, in *Le Regioni*, 4, 2018, 759 ss.



rilievo giuridico unitario è l'insieme di tutte le attività (anche se collocate topograficamente in procedimenti distinti) necessarie a risolvere un problema amministrativo unitario e a conseguire un unico risultato e la loro connessione sistemica. Ed è in questo senso che la funzione amministrativa assume carattere complesso¹⁰, perché serve a ricompattare sul piano operativo il pluralismo degli enti pubblici e la frammentazione delle competenze. Nella dimensione dell'operazione amministrativa trova svolgimento il fenomeno, giuridicamente rilevante nella sua globalità, della collaborazione giuridica di più figure giuridiche soggettive alla dinamica di produzione di diritto amministrativo¹¹. In essa si realizza quell'obiettivo unificazione relazionale e teleologica di atti e di figure soggettive che razionalizza l'agire amministrativo secondo il principio del buon andamento e comprova come nell'amministrazione contemporanea l'unità vada ricercata sul piano concreto dell'attività e dei risultati giuridici (valutabili in termini di assetti di interessi) cui essa mira¹²: dalla riserva di procedimento alla riserva di operazione amministrativa.

10 Cfr. Per tutti, da ultimo, A Zito, *La funzione amministrativa nella riflessione giuridica: una nozione meramente descrittiva o connotativa?*, in *Ceridap*, 2/2024.

11 Sul principio di collaborazione cfr. i chiarimenti offerti nello studio di D'Angelo, *Pluralismo degli enti pubblici e collaborazione procedimentale. Per una rilettura delle relazioni organizzative nell'amministrazione*, Torino, 2022

12 La figura dell'operazione amministrativa è ampiamente accolta dalla più recente dottrina sia quale figura di qualificazione di carattere generale sia quale nozione di diritto positivo: cfr. D. D'Orsogna, *Coalescenze della funzione amministrativa*, in *Ceridap* 2/2024, ove è contenuta anche una rassegna aggiornata della bibliografia in tema. Nella manualistica cfr. per tutti F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, VII edizione, Torino, 2021. La nozione risulta accolta anche da parte della giurisprudenza amministrativa: cfr. Cons. St., Sez. III, n. 02866 del 26 marzo 2024.



SULLA SOSTENIBILE LEGGEREZZA GIURIDICA DELL'AGENDA 2030 IN TEMPO DI PERMACRISI

Marcella Distefano*

Abstract [It]: L'Agenda delle Nazioni Unite sullo sviluppo sostenibile rappresenta uno strumento normativo tra i più noti nel panorama culturale contemporaneo. Interrogarsi sulla sua valenza, a distanza di anni dalla sua adozione, significa ripercorrere non solo il dibattito dottrinale sul valore delle fonti *soft* nel diritto internazionale contemporaneo, ma altresì immaginare le prospettive future del diritto internazionale *hard* della sostenibilità, nonostante lo stato di crisi permanente in cui esso sarà destinato ad operare. L'A. sostiene la resilienza giuridica dell'Agenda, evidenziando come il carattere leggero dello strumento non inficia la sostenibilità della sua portata normativa.

Abstract [En]: *The United Nations Agenda on Sustainable Development is one of the most well-known regulatory instruments on the contemporary cultural scene. Questioning its value, years after its adoption, means retracing not only the doctrinal debate on the value of soft sources in contemporary international law, but also imagine the prospects of international sustainability law, despite the state of permanent crisis in which it is destined to operate. The Author supports the legal resilience of the Agenda 2030, pointing out that the lightweight nature of the instrument does not affect the sustainability of its normative value.*

SOMMARIO: 1. L'Agenda 2030 e la permacrisi. - 2. Il dibattito dottrinale sul *soft law* nel diritto internazionale tra vecchi e nuovi paradigmi. - 3. Il valore normativo dell'Agenda 2030. - 4. Prospettive di sviluppo progressivo del diritto internazionale *hard* della sostenibilità.

1. L'Agenda 2030 e la permacrisi.

L'Agenda delle Nazioni Unite sullo Sviluppo Sostenibile del 2015 - meglio nota come Agenda 2030 - richiamata correntemente in ogni iniziativa umana, sia essa politica, scientifica, economica, sociale, religiosa, finanziaria ed usata come fosse un *brand* da tutelare o, in alcuni casi, da ostentare, ha acquisito nel linguaggio culturale contemporaneo un rilievo ormai imprescindibile.

Non è questa la sede, e non ho certamente io le competenze per farlo, ma è sotto gli occhi di tutti la pervasività dei suoi obiettivi che in modo indivisibile, trasversale, interdisciplinare collegano lo sviluppo delle attività umane in ogni loro manifestazione, dalle arti figurative al cinema, dalla letteratura al design, dalla medicina al terzo settore, dalla fisica alla robotica,



secondo una visione comune di sostenibilità sociale, culturale ed ambientale nei rapporti intergenerazionali che ne evidenzia il tratto distintivo¹.

Mentre ci troviamo a metà del guado, provando a fare un bilancio costi-benefici, e prendendo come principale parametro la riduzione delle disuguaglianze strutturali tra popoli nell'accesso al godimento dei c.d. nuovi beni (bio-economici, ambientali, culturali e digitali), nei pensieri di tutti noi riecheggiano gli echi di opposti sentimenti: di gioia rara per alcuni *exploits*, di speranza per la buona riuscita di molte iniziative, di preoccupazione rispetto alla provvisorietà dei risultati fin qui raggiunti, di sgomento in alcuni frangenti, quale quello attuale, di fronte all'ennesima tragedia umanitaria, al punto che prendiamo contezza *obtorto collo* della quasi ineluttabilità di un ennesimo rinvio nella realizzazione di molti suoi obiettivi².

Invero, quando l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite l'adottò nel 2015, vi si leggeva una visione differente rispetto a quella promossa dagli Obiettivi del Millennio, focalizzata su un concetto, appunto, di sostenibilità più adatto alle sfide del presente. Mentre i *Millennial Goals* immaginavano ancora la costruzione di un Nuovo Mondo, che voleva lasciarsi

1 * Professore associato confermato nell'Università degli Studi di Messina

La specificità dell'Agenda 2030 sta nell'aver coniugato lo sviluppo economico in chiave di sostenibilità non solo ambientale ma altresì culturale e sociale, secondo un approccio olistico. Il testo della Risoluzione (A/RES/70/1) adottata in occasione del *Summit* delle Nazioni Unite del 25-27 settembre 2015 sullo sviluppo sostenibile è facilmente reperibile sul web. Risulta improponibile fornire in poche righe la mole di contributi scientifici che si occupano del principio dello sviluppo sostenibile, anche solo nell'ambito degli studi di diritto internazionale. Si rammenta soltanto che il concetto di "Sviluppo Sostenibile" venne coniato ed usato nel celebre Rapporto "Our Common Future" delle Nazioni Unite del 20 marzo 1987, noto come *Rapporto Brundtland*, che sviluppava e rielaborava quanto emerso già in occasione della Conferenza di Stoccolma del 1972 (su cui di recente A. CRESCENZI, G. TAMBURELLI (a cura di), *50 anni dalla Conferenza di Stoccolma, Un diritto internazionale dell'ambiente in regressione?*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022) e che, da allora, la natura poliedrica e marcatamente funzionale del principio stesso, ripreso e proclamato in numerosi strumenti internazionali, rifiuta di essere incasellata in una specifica o angusta sotto-disciplina del sapere, ma, al contrario, si alimenta continuamente di "nuovi" saperi. Come piccola bussola in ambito internazionalistico per avviarsi a percorsi di approfondimento, già esplorati in parte, vedi i contributi contenuti negli atti di alcuni convegni SIDI (Società Italiana di Diritto internazionale e dell'Unione Europea). Mi riferisco, in particolare e senza pretesa di esaustività, ai preziosi volumi curati da: P. FOIS, *Il principio dello sviluppo sostenibile nel diritto internazionale ed europeo dell'ambiente, si globali e interessi particolari*, (XI Convegno - Alghero 2006), Napoli, Editoriale Scientifica, 2017; L. PINESCHI, *La tutela della salute nel diritto internazionale ed europeo tra interessi globali e particolari*, (XXI Convegno - Parma 2016); S. CAFARO, *Beni e valori comuni nelle dimensioni internazionale e sovranazionale*, (XXV Convegno - Lecce 2021), Napoli, Editoriale Scientifica, 2022 e M. FRULLI, *L'interesse delle generazioni future nel diritto internazionale e dell'Unione Europea*, (XXVI Convegno - Firenze 2022), Napoli, Editoriale Scientifica, 2023.

2 Sullo stato di realizzazione dei singoli obiettivi consulta la pagina dedicata: *Global Sustainable Development Report (GSDR) 2023 | Department of Economic and Social Affairs (un.org)*. Per un'analisi dettagliata dei singoli obiettivi vedi, da ultimo, I. BANTEKAS, F. SEATZU (eds.), K. AKESTORIDI (assistant editor), *The UN Sustainable Development Goals: A Commentary*, Oxford, OUP, 2023 e, con specifico riferimento all'attuazione dell'Agenda 2030 in Europa, cfr. L. PACE, *Quo vadis Europa? Le Sfide dell'Unione Europea nel tempo delle crisi. Una riflessione multidisciplinare*, Roma, Edizioni Efestò, 2023.



definitivamente alle spalle le scorie della lunga contrapposizione tra i due blocchi (sovietico ed occidentale), l'Agenda 2030 in modo molto più pragmatico metteva in piedi un programma dettagliato di azioni concrete (169), incentrate su alcune parole-chiave: la persona, il pianeta, la prosperità, la pace e il partenariato, secondo una logica di tutela circolare³.

Agenda molto ambiziosa, dunque, quella del 2015, ma altresì dinamica nell'approccio, che ha permesso di superare l'utopia della risoluzione *tout court* dei problemi del pianeta per approdare ad una prospettiva di mitigazione degli effetti negativi provocati dall'azione umana sull'ecosistema naturale e di progressivo adattamento al mutato contesto geopolitico, sociale, economico e climatico⁴.

Come si evince anche dai termini appena richiamati, anch'essi divenuti ormai di uso corrente, mitigazione e adattamento su tutti, si è preferito un approccio *soft oriented* che ci rivela le due caratteristiche giuridiche principali dell'Agenda 2030, *leggerezza* e *sostenibilità*, nonostante le molte crisi in atto. In effetti, la specificità del tempo in cui viviamo (la c.d. permacrisi)⁵ in cui le crisi, umanitarie, climatiche, migratorie, pandemiche, economiche,

3 Secondo quanto riportato da un articolo apparso su *Nature* il 13 settembre 2023, gli unici 3 sotto-obiettivi in linea con quelli preventivati sarebbero quelli relativi ai *targets* 9, 11 e 17, rispettivamente industria, innovazione e infrastrutture, comunità e città sostenibili e sulla partnerships per gli obiettivi (*What scientists need to do to accelerate progress on the SDGs (nature.com)*). Anche in Europa la stessa fase di transizione ecologica e digitale voluta con il piano di investimenti del *Next Generation EU* (ed in Italia con il PNRR) dopo la fine della crisi pandemica rischia di subire pesanti rallentamenti e continui rimaneggiamenti, sia per la difficoltà dei singoli Stati di realizzare nei tempi previsti i *targets* di condizionalità previsti e di restituire i fondi avuti a prestito, sia per le conseguenze indotte dalle molteplici crisi in atto. Per una critica puntuale sui limiti strutturali del piano di investimenti europeo anche in relazione alla realizzazione del principio di solidarietà intergenerazionale vedi G. CONTALDI, *Il Programma Next Generation EU e le future generazioni*, in M. FRULLI (a cura di), *L'interesse delle generazioni future* cit., p. 333 ss.

4 A livello interno l'adozione dell'Agenda 2030 è stata preceduta di un anno dalla riforma *bipartisan* del sistema italiano della cooperazione allo sviluppo e seguita dalla epocale modifica dell'art. 9 della Costituzione. In particolare, la legge 125 del 2014 ("Disciplina generale sulla cooperazione internazionale per lo sviluppo") ha coronato un lungo lavoro di ammodernamento del sistema italiano della cooperazione allo sviluppo, da cui è derivato il cambio di nome del MAE (Ministero degli Affari Esteri) in MAECI (Ministero degli Affari Esteri e della Cooperazione Internazionale). Per una chiara ricostruzione del sistema della cooperazione italiana prima dell'avvento della c.d. *globalizzazione imperante*, fatto coincidere *grosso modo* con la nascita dell'Organizzazione Mondiale del Commercio nel 1995, vedi, per tutti, ELENA CALANDRI, *Prima della globalizzazione. L'Italia, la cooperazione allo sviluppo e la guerra fredda 1955-1995*, Padova, Cedam, 2013. Sulle potenzialità infinite della legge molto ancora va fatto: sia consentito in questa sede ricordare l'enorme impulso che il sistema universitario italiano dovrebbe dare come soggetto attuatore della cooperazione allo sviluppo. Su questo tema vedi, ad esempio, le iniziative promosse dalla rete CUCS (Coordinamento Universitario della Cooperazione allo Sviluppo): <https://retecucs.it/>.

5 Il linguaggio, per sua natura incapace alla staticità, nel corso della storia si trasforma costantemente. Così parole antiche assumono nuovi significati, adattandosi alle nuove epoche storiche, e nuovi termini o costrutti, anch'essi originatisi da nuove esigenze sociolinguistiche, vedono la luce. Nella Treccani *online* il vocabolo *permacrisi* viene definito come «una condizione di crisi permanente, caratterizzata dal



sociali, politiche, sembrano non avere fine, susseguendosi ad una rapidità tale che la risposta, in prevalenza di tipo emergenziale, approntata dal diritto internazionale, dal diritto dell'Unione europea o dai diritti interni, ancorché necessaria, si presenta inadeguata, aggiunge un ulteriore tassello al nostro puzzle, che induce ad interrogarci principalmente sulla capacità di resilienza giuridica dell'Agenda.

La permacrisi alimenta le debolezze intrinseche (del diritto internazionale nel suo complesso e) di un atto *soft* come l'Agenda 2030, soprattutto con riguardo alla sua effettività ed alla sua capacità di incidere realmente sulle scelte politiche degli Stati e degli altri *stakeholders*, ma ci sprona altresì a ribadire la sua importanza e la sua visione strategica, in una dialettica letteralmente paradossale. In particolare, dopo la fine della pandemia da Covid-19, prima la guerra russo-ucraina, adesso il conflitto Hamas-Israele stanno monopolizzando l'attenzione degli attori internazionali al punto da oscurare la portata epocale dell'Agenda 2030, fornendo continui pretesti o alibi per rinviarne la realizzazione.

Va da sé poi che la gestione delle tante crisi o situazioni emergenziali rischia di alimentare a sua volta una spirale negativa a lungo termine, contribuendo a determinare uno stato di vulnerabilità strutturale e progressivo, in una sola parola "permanente", tale da minare quel collante condiviso di valori che proprio l'Agenda 2030 aveva inteso promuovere e declinare in molte sfumature di azione, più nello specifico per il tramite di alcuni principi generali emergenti nel panorama internazionale, quali l'equità e la solidarietà intergenerazionale.

Pertanto, al mutare permanente del contesto in cui la risposta normativa va a collocarsi, la decisione giudiziale viene ascritta, l'iniziativa diplomatica viene promossa, può uno strumento così *soft* continuare a resistere (*rectius*, permanere)?

2. Il dibattito dottrinale sul *soft law* nel diritto internazionale tra vecchi e nuovi paradigmi.

Per rispondere a questo interrogativo, ricostruiamo, molto brevemente, il dibattito dottrinale sulla valenza del diritto *soft* nell'ordinamento giuridico internazionale.

Sul piano della normatività, la singolare tensione tra coloro che postulano e difendono l'approccio positivistico allo studio delle fonti del diritto internazionale e quanti, invece, ne sottolineano anche la dimensione sociologica, intrinsecamente legata ai continui mutamenti della vita di relazione internazionale e della sua *governance*, è sempre stata viva⁶.

susseguirsi e sovrapporsi di situazioni d'emergenza». Una parola composta, dunque, che ha trovato spazio inizialmente nel linguaggio economico inglese (*permacrisis*) a partire dalla fine del secolo scorso, per essere indicato dal COLLINS nel 2022 come il vocabolo dell'anno. Si tratta di un anglo-greco-latinismo perché di nascita inglese, ma a sua volta tratto da termini greci e latini: dal greco "Krisis" che significa "scelta, giudizio", inteso in medicina come la "fase critica di una malattia", e dal latino "permanent", dal verbo permanere "rimanere a lungo". Il neologismo che ne è scaturito lega, in modo ossimorico, l'uno e l'altro termine: una crisi di solito è congiunturale, occasionale, eccezionale, mentre il suo perdurare sembra trasformarla in uno stato di normalità. In realtà, seguendo il significato originario del termine "krisis" occorrerebbe operare delle scelte in chiave di sostenibilità che siano conformi, come chiariremo meglio nel testo, al diritto internazionale vigente.

⁶ Storicamente ci riferiamo alla reazione di P. WEIL, *Vers une normativité relative en droit international*, in *Revue générale de droit international public*, 1982, pp. 5-47, rispetto alla possibilità di graduare la portata



Di conseguenza, rispetto e nel rispetto delle posizioni di quanti hanno perseverato nel difendere l'approccio positivista⁷, non sono mancate voci dissonanti che, coerentemente con quanto già sostenuto in passato, hanno rilevato come il ricorso al *soft law* in alcuni casi sembri una strada obbligata, di cui il diritto *hard* non può fare a meno⁸.

In realtà, il tentativo di dominare un fenomeno di per sé fluido, cangiante e indefinibile come quello del diritto "soffice"⁹, è oramai superato anche dalla manualistica del nuovo

normativa di alcune regole internazionali, segnalata da numerosi autori, tra cui R. J. DUPUY, *Droit déclaratoire et droit programmatore: de la coutume sauvage à la "Soft Law"*, in *L'élaboration du droit international public*, Colloque de la Société Française pour le Droit International, Paris, 1975, pp. 132-148; O. SCHACHTER, *The Twilight Existence of Non-Binding International Agreements*, in *American Journal of International Law*, 1977, pp. 296-304; I. SEIDL-HOHENVELDERN, *International Economic "Soft Law"*, in *Recueil des Cours*, 1979, vol. II, pp. 173-225 e R. BAXTER, *International Law in 'Her Infinite Variety'*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, 1980, pp. 549-566. Questa reazione aveva a sua volta, innescato un "controcanto" da parte di altri autori, tra cui A. PELLET, *Le bon droit et l'ivraie: plaidoyer pour l'ivraie*, in *Mélanges Chaumont*, Pedone, Paris, 1984, pp. 59-69 e G. ABI-SAAB, *Éloge du «droit assourdi»: quelques réflexions sur le rôle de la soft law en droit international contemporain*, in *Hommage à François Rigaux*, Bruylant, Bruxelles, 1993, pp. 137-144 ed una sorta di approccio specializzato al tema: vedi, tra gli altri, C. CHINKIN, *The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, 1989, pp. 850-866; P. M. DUPUY, *Soft Law and International Law of the Environment*, in *Michigan Journal of International Law*, 1991, pp. 420-435; lo stesso A. PELLET, *Contre la tyrannie de la ligne droite. Aspects de la formation des normes en droit international de l'économie et du développement*, in CONSTANTOPOULOS D. S. (dir.), *Sources of International Law*, Thessalonique, 1992, pp. 287-355; F. TULKENS, S. VAN DROOGHENS BROECK, F. KRENC, *La Soft Law et la Cour européenne des droits de l'homme. Questions de légitimité et de méthode*, in I. HACHEZ et a. (dir.), *Les sources du droit revisitées. Normes internationales et constitutionnelles*, Limal, Anthémis, 2012, vol. I, pp. 381- 431 ; A. BJORKLUND, A. REINISCH, *International Investment Law and Soft Law*, Elgar, Cheltenham-Northampton, 2012.

7 Cfr., tra gli altri, J. KLABBERS, *The redundancy of soft law*, in *Nordic Journal of International Law*, 1996, p. 181: «within the binary mode, law can be more or less specific, more or less exact, more or less determinate, more or less wide in scope, more or less pressing, more or less serious, more or less far-reaching; the only thing it cannot be is more or less binding»; R. IDA, *Formation des normes internationales dans un monde en mutation. Critique de la notion de soft law*, in D. BARDONNET et a., *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement. Mélanges Michel Virally*, Pedone, Paris, 1991, pp. 333-340.

8 Vedi A. PELLET, *Les raisons du développement du soft law en droit international: choix ou nécessité ?* in P. DEUMIER, J.-M. SOREL (dir.), *Regards croisés sur la soft law en droit interne, européen et international*, LGDJ/Lextenso, Paris, 2018, p.189.

9 Cfr. A. BOYLE, *Some Reflections on the Relationship of Treaties and Soft Law*, 1999, in *International and Comparative Law Quarterly*, pp. 901-913; D. SHELTON (ed.), *Commitment e Compliance. The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*, Oxford-New York, 2000; D. THÜRER, *Soft Law*, in *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. 4, 2000, pp. 452-460; J. SALMON, *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 1039; A. BOYLE, C. CHINKIN, *The Making of International Law*, Oxford-New York, OUP, 2007, p. 212; H. ASCENCIO, *La soft law, nouvel objet ou nouvel intérêt? Le point de vue d'un internationaliste*, in P. DEUMIER, J.-M. SOREL, *Regards croisés sur la soft law cit.*, pp. 91-101.



millennio, che lo considera, pur nelle molteplici sfumature d'opinione, un patrimonio comune degli studi contemporanei¹⁰.

Da tale patrimonio di idee, emergono i tratti salienti degli atti *soft* che riguardano, in senso stretto, il loro valore normativo¹¹ e, in senso lato, il tema della *governance*¹².

Così, sul piano dello sviluppo progressivo del diritto internazionale generale gli strumenti *soft* aiutano a ricostruire il contenuto di una regola consuetudinaria già esistente, a cristallizzarne una in via di formazione, ad anticiparne la nascita, grazie alla rilevazione dell'*opinio juris* ad essi sottesa.

10 Rispetto alle edizioni più risalenti, pressoché tutti i manuali, ancorché con notazioni differenti, dedicano pagine e riflessioni al fenomeno del diritto *soft*. Vedi, tra i tanti che ho potuto consultare, T. TREVES, *Diritto internazionale. Problemi fondamentali*, Milano, Giuffrè Editore, 2005, pp. 262-267; T. SCOVAZZI (a cura di), *Corso di Diritto Internazionale*, vol. 2, Giuffrè Editore, Milano, 2006, p. 184; P. DAILLIER, M. FORTEAU, A. PELLET, *Droit international public*, L.G.D.J., Paris, 2009, pp. 422-431; P.M. DUPUY, Y. KERBRAT, *Droit international public*, Dalloz, Paris, 2010, pp. 423-435; A. TANZI, *Introduzione al diritto internazionale contemporaneo*, Cedam, Padova, 2010, pp. 163-191; A. BOYLE, *Soft Law in International Law Making*, in MALCOM D. EVANS, *International Law*, 5th edn, OUP. Oxford, 2014, pp. 129-137; MALCOM N. SHAW, *International Law*, 8th edn, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, pp. 87-88; S. MARCHISIO, *Corso di diritto internazionale*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 159; F. SALERNO, *Diritto internazionale. Principi e norme*, Wolters Kluwer, Milano, 2017, p. 125 e 165; B. CONFORTI (a cura di M. IOVANE), *Diritto internazionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, p. 46, pp. 184-186; D. CARREAU, F. MARRELLA, *Diritto internazionale*, Giuffrè editore, Milano, 2018, pp. 209-221; A. ORAKHELASHVILI (ed.), *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 8th edn, Routledge, London, 2019, pp. 48-49; A. CASSESE (a cura di M. FRULLI), *Diritto internazionale*, Il Mulino, Bologna, 2021, p. 322; A. GIOIA, *Diritto internazionale*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2022, pp. 16-17; C. FOCARELLI, *Diritto internazionale*, Wolters Kluwer Cedam, 2021, pp. 249; E. CANNIZZARO, *Diritto internazionale*, Giappichelli, Torino, 2023, pp. 209-211, 216-217; N. RONZITTI, *Diritto internazionale*, Torino, Giappichelli, 2023, p. 213.

11 Vedi la stimolante analisi interdisciplinare del fenomeno "soft law" da parte della dottrina francese, come tema generale che abbraccia le fonti del diritto nelle diverse dimensioni internazionale, europea e interna. Essa ha preso spunto dalle decisioni del Conseil d'État francese che hanno vagliato la legittimità di comunicati-stampa e prese di posizione dell'AMF (Autorité des Marchés Financiers) e dell'Autorità per la concorrenza sulla pericolosità di alcuni investimenti proposti da due società, nei casi *Fairvesta* and *Numericable* (21 mars 2016) nel volume diretto da P. DEUMIER, J.-M. SOREL, *Regards croisés sur la soft law* cit. In particolare, in Francia nel quadro delle ricerche che tendono oggi a rivisitare la teoria delle fonti del diritto, animando un nutrito dibattito dottrinale sul concetto di normatività (see THIBIERGE C. et a., *La force normative. Naissance d'un concept*, LGDJ-Bruylant, 2009; ID., *La densification normative. Découverte d'un processus*, LGDJ-Bruylant, 2014) e sul rapporto tra fonti internazionali, europee e interne (vedi l'articolato studio in quattro volumi di I. HACHEZ et a. (dir.), *Les sources du droit revisitées*, Limal, Anthémis, 2013), si riscontra una maggiore attenzione sull'uso di strumenti *soft*. Vedi anche il Rapporto del Conseil d'État francese del 2013 (*Le droit souple. Étude annuelle 2013*, La Documentation française, Paris).

12 Nella dottrina italiana vedi anche M. DISTEFANO, *Origini e funzioni del soft law in diritto internazionale*, in *Lavoro e diritto*, 2003, pp. 17-35 e E. TRAMONTANA, *Il soft law e la resilienza del diritto internazionale*, in *Ars Interpretandi*, 2017, pp. 43-66.



Rispetto, invece, alle regole pattizie essi fungono da strumento preparatorio di trattati internazionali¹³, ma soprattutto da formidabile supporto interpretativo che, a vario titolo (contestuale, sistematico, evolutivo) aiuta nel processo di ricostruzione della norma concreta. Norma che il giudice, ma anche gli altri operatori del diritto, useranno per dirimere le controversie, risolvere i dubbi applicativi, individuare gli eventuali profili di responsabilità internazionale degli Stati, di *liability* e di *accountability* dei diversi attori coinvolti¹⁴.

Con riferimento a quest'ultimo profilo, la tendenza a preferire *soft procedures* di implementazione degli impegni assunti, senza pregiudicare la valenza sempre centrale dei sistemi giurisdizionali, appare diffusa, specialmente in materia ambientale¹⁵.

13 Ricordiamo che l'Agenda 2030 ha preceduto, seppur di pochi mesi, l'adozione dell'Accordo di Parigi sul clima, che ha subito, come noto, alti e bassi in sede di partecipazione ed attuazione a causa del comportamento latamente schizofrenico di alcuni Stati. Sulla necessità di assicurarne una pronta attuazione vedi l'Esortazione Apostolica "LAUDATE DEUM" di Papa Francesco.

14 Vedi F. LATTY, *De la tendresse dans le monde des juges. La soft law devant les juridictions internationales*, in P. DEUMIER, J.-M. SOREL (dir.), *Regards croisés sur la soft law cit.*, pp. 387-401; F. MARTUCCI, *La Soft Law dans la structure constitutionnelle de l'Union, une lecture contentieuse*, *ibidem*, pp. 155-175. Nella diversa prospettiva internazionalprivatistica vedi P. FRANZINA, *Il contenzioso civile transnazionale sulla corporate accountability*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2022, p. 828. Vedi, ad esempio, il tentativo del Consiglio dei diritti umani di definire un insieme di Principi-Guida sull'impatto e sul ruolo delle imprese nella tutela dei diritti umani, inclusi quelli ambientali (HUMAN RIGHTS COUNCIL, *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations 'Protect, Respect and Remedy' Framework*, UN Doc. A/HRC/17/31, 21 March 2011) e la proposta di Direttiva europea sulla *Due Diligence* in corso di approvazione in ambito UE. Su questi ultimi sviluppi vedi, tra gli altri, M. FASCIGLIONE, *I Principi guida su imprese e diritti umani*, Roma, CNR edizioni, 2020; E. TRAMONTANA, *Multi-Stakeholder Initiatives and New Models of Co-Regulation in the Field of Business and Human Rights*, in M. BUSCEMI, N. LAZZERINI, L. MAGI, D. RUSSO (eds.), *Legal Sources in Business and Human Rights: Evolving Dynamics in International and European Law*, Leiden, Brill | Nijhoff, 2020, pp. 145-170; A. BONFANTI, M. FASCIGLIONE, *La futura direttiva europea sulla corporate sustainability due diligence: un'introduzione*, in *DUDI*, 2023, pp. 655-659 e successivi contributi.

15 Vedi, tra gli altri, M. FITZMAURICE, C. REDGWELL, *Environmental Non-compliance Procedures and International Law*, in *Netherlands International Law Review*, 2000, pp. 35-65; U. BEYERLIN, PT STOLL, R. WOLFRUM (eds.), *Ensuring Compliance with Multilateral Environmental Agreements: A Dialogue Between Practitioners and Academia*, Brill-Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2006; T. TREVES et al. (eds.), *Non-Compliance Procedures and Mechanisms and the Effectiveness of International Environmental Agreements*, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2009; E. FASOLI, A. MCGLONE, *The Non-Compliance Mechanism Under the Aarhus Convention as 'Soft' Enforcement of International Environmental Law: Not So Soft After All!*, in *Netherlands International Law Review*, 2018, pp. 27-53. Si pensi al riferimento agli standard definiti da organismi di carattere tecnico nella giurisprudenza della CIG [ICJ Reports, *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening)*, Judgment of 31 March 2014, par. 46-47, 83 e 144] e in dottrina C. RAGNI, *Scienza, diritto e giustizia internazionale*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2020] e, nel contenzioso climatico contemporaneo (vedi, tra i moltissimi contributi sul tema, M. F. CAVALCANTI, *Fonti del diritto e cambiamento climatico: il ruolo dei dati tecnico-scientifici nella giustizia climatica in Europa*, in *QDPE*, 2022, pp. 329-343).



Per altro verso, come sopra accennato, il *droit mou* nascendo per lo più dai lavori delle organizzazioni intergovernative piuttosto che dalla singola iniziativa di Stati, come sperimentazione quotidiana delle relazioni istituzionalizzate tra i diversi attori della scena internazionale, inclusa la società civile, ha acceso i riflettori sul tema della *governance*, sia con riferimento alla funzione delle organizzazioni intergovernative a carattere universale e regionale, sia in ragione della partecipazione di *Non-State Actors* ai processi di creazione e redazione di standard tecnici e codici di condotta, a cui nel tempo si tenta di attribuire un carattere di conformità alle regole giuridiche¹⁶.

3. Il valore normativo dell'Agenda 2030.

Ora, rispetto alla complessità delle questioni sollevate dal dibattito dottrinale sull'emersione del *corpus soft* del diritto internazionale, l'Agenda 2030, come atto normativo non vincolante, sembra coglierne molteplici aspetti. In primo luogo, benché il ricorso ad uno strumento *soft* paventi sempre un possibile rischio di destrutturazione formale delle tradizionali fonti giuridiche internazionali,¹⁷ non è detto che ciò debba intendersi come un fattore necessariamente disgregante in senso sostanziale del portato normativo dell'Agenda 2030. La sua indubbia cifra giuridica, oggi come allora, risulta dalla solidità di alcuni principi ordinatori del diritto internazionale vigente che le fanno da supporto e al contempo dall'emersione di nuovi principi giuridici che la proiettano nel futuro (equità e solidarietà

16 Il dialogo tra culture e tradizioni giuridiche differenti che ne deriva si alimenta in prevalenza di atti *soft*, che sembrano, in prima battuta, interlocutori ma che, in realtà, contribuiscono a formare una base normativa e un linguaggio comune (H. RUIZ FABRI, L. GRADONI (sous la direction de), *La circulation des concepts juridiques: le droit international de l'environnement entre mondialisation et fragmentation*, Paris, Société de législation comparée, 2009) su cui intavolare negoziati per la stesura di trattati (vedi i casi di talune Dichiarazioni di principi dell'Assemblea Generale ONU) o per certificarne l'esito: si pensi, ad esempio, alla tecnica normativa dei *Global Compact* (sui rifugiati e sulla migrazione) e, proprio in materia ambientale, alla recente proposta francese di un *Global Compact per l'ambiente*. Con riferimento in generale al ruolo delle IO cfr, tra gli altri, R. VIRZO, *The Proliferation of Institutional Acts of International Organizations. A Proposal for Their Classification*, in R. VIRZO, I. INGRAVALLO (eds.), *Evolutions in the Law of International Organizations*, Brill/Nijhoff, Leiden, 2015, pp. 292-323, spec. 303-307. Sul ruolo della società civile vedi, invece, tra tanti S. SZUREK, *La société civile internationale et l'élaboration du droit international*, in H. GHERARI, S. SZUREK, H. VEDRINE (dir.), *L'émergence de la société civile internationale. Vers la privatisation du droit international?* Pedone, Paris, 2003, pp. 49-75; P.M. DUPUY, L. VIERUCCI (eds.), *NGOs in International Law*, Cheltenham, UK • Northampton, MA, USA, Edward Elgar, 2008; J. D'ASPREMONT (ed.), *Participants in the International Legal System. Multiple Perspectives on Non-state Actors in International Law*, Routledge, London/New York, 2011; C. PITEA, *Diritto internazionale e democrazia ambientale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2013.

17 Cfr. J. D'ASPREMONT, *La déformalisation dans la théorie des sources du droit international*, in I. HACHEZ et a. (dir.), *Les sources du droit revisitées. Normes internationales et constitutionnelles*, Limal, Anthémis, 2013, p. 265; R. MEHDI, *La soft law devant les juges européens. Se saisir de l'insaisissable*, in P. DEUMIER, J.-M. SOREL, *Regards croisés sur la soft law cit.*, p. 372.



intergenerazionale)¹⁸ e che la dottrina, soprattutto quella delle nuove generazioni di studiosi, non manca di aggiornare e promuovere continuamente.

Questi principi spaziano: dal divieto dell'uso della forza nelle relazioni internazionali alla soluzione pacifica delle controversie, nonostante i numerosi conflitti in atto e in un'ottica di umanizzazione degli stessi¹⁹; dal principio di autodeterminazione dei popoli alla sovranità permanente di uno Stato sulle proprie risorse naturali, rispetto al fallimento della *globalizzazione imperante* ed alle nuove forme di colonialismo, realizzate soprattutto attraverso uno sviluppo poco regolamentato degli investimenti diretti esteri²⁰; dalla tutela dei diritti

18 Vedi da ultimo le chiare riflessioni sulla valenza di tali principi di A. GIANELLI, *La tutela delle future generazioni nel diritto internazionale: regola, principio o valore?* in M. FRULLI (a cura di), *L'interesse delle generazioni future* cit., p. 19 ss.

19 Cfr., da ultimo, con riferimento al conflitto Hamas-Israele M. LONGOBARDO, *Brevi riflessioni sull'uso della forza nella recente escalation del conflitto israelo-palestinese*, in *SIDI Blog*, 15 ottobre 2023 (data a cui è aggiornato il presente contributo) e, più ampiamente, *The Use of Armed Force in Occupied Territory*, Cambridge, CUP, 2018. Sull'umanizzazione dei conflitti in generale vedi, tra gli altri, K. Mujezinovic Larsen et als, (eds), *Searching for a 'Principle of Humanity' in International Humanitarian Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013; A. Zimmermann, R. Geiss, S. Haumer (eds), *Humanizing the Laws of War: The Red Cross and the Development of International Humanitarian Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017; C. Paulussen, M. Scheinin (eds), *Human Dignity and Human Security in Times of Terrorism*, Springer, The Hague, 2020; D. Mauri, *Autonomous Weapons Systems and the Protection of the Human Person. An International Law Analysis*, Edward Elgar, Cheltenham – Northampton, 2022; S. Gholiagha, *The Humanisation of Global Politics: International Criminal Law, the Responsibility to Protect, and Drones*, Cambridge University Press, Cambridge, 2022.

20 Sul tema vedi, tra i tanti, V. ZAMBRANO, *Il principio di sovranità permanente dei popoli sulle risorse naturali tra vecchie e nuove violazioni*, Giuffrè, Milano, 2009; E. TRAMONTANA, *The Contribution of the Inter-American Human Rights Bodies to Evolving International Law on Indigenous Rights over Lands and Natural Resources*, in *International Journal on Minority and Group Rights*, 2010, pp. 241-263; S. LIBERTI, *Land Grabbing. Come il mercato delle terre crea il nuovo colonialismo*, Roma, Edizioni minimum fax, 2011; A. BONFANTI, *Imprese multinazionali, diritti umani e ambiente. Profili di diritto internazionale pubblico e privato*, Milano, Giuffrè Editore, 2012; i contributi contenuti in M. DISTEFANO (a cura di), *Il principio di autodeterminazione dei popoli alla prova del nuovo millennio*, Padova, Cedam Woulters Kluwer, 2014; F. VIOLI, *Land Grabbing e sovranità territoriale: spunti critici di riflessione*, in A. DI STEFANO (a cura di), *Un diritto senza terra, Atti e contributi del X Incontro di Studio fra i giovani cultori delle materie internazionalistiche Catania, 24-25 gennaio 2013*, Torino, Giappichelli Editore, 2015; ID., *The Practice of Land Grabbing and Its Compatibility with the Exercise of Territorial Sovereignty*, in F. ROMANIN JACUR, A. BONFANTI, F. SEATZU (eds.), *Natural Resources Grabbing: An International Law Perspective*, Leiden, The Netherlands: Brill Nijhoff, 2016, pp. 15-37; N. PERRONE, *The International Investment Regime and Local Populations: Are the Weakest Voices Unheard?* in *Transnational Legal Theory* 7, 2016, pp. 383-405; L. COTULA, *Reconsidering sovereignty, ownership and consent in natural resource contracts: from concepts to practice*, in M. BUNGENBERG et al. (eds.), *European Yearbook of International Economic Law*, 2018. Cham: Springer, pp. 143-174; S. DI BENEDETTO, *Sovranità dello Stato sulle risorse naturali e tutela degli equilibri ecologici*, Torino, Giappichelli Editore, 2018; A. ARCURI, *The Great Asymmetry and the Rule of Law in International Investment Arbitration*, in L. SACHS, L. JOHNSON, J. COLEMAN (eds.), *Yearbook on International Investment Law and Policy*, Chapter 22, Oxford, OUP, 2019; F. VIOLI, F. MONTANARO, *The Remains of the Day: The International Economic Order in the Era of Disintegration*, in



umani fondamentali, *in primis* la dignità umana, alla speciale protezione riservata a particolari categorie di soggetti, secondo quel concetto di vulnerabilità decisamente in voga negli ultimi anni²¹; dai grandi accordi-quadro sulla tutela ambientale fino al riconoscimento, forse ancora embrionale, dei diritti delle generazioni future di fronte all’impatto dei cambiamenti climatici e della rivoluzione digitale²².

È, poi, un dato incontrovertibile il fatto che l’agenda politica degli Stati ad essa si informa, l’attività legislativa multilivello ad essa si ispira, la prassi giurisprudenziale, intesa in senso lato, da essa è sempre più condizionata, nonostante la *leggerezza* del contenitore giuridico: l’adozione all’unanimità dagli allora 193 Stati membri delle Nazioni Unite della Risoluzione che la enuncia ne aveva indubbiamente preannunciato la valenza epocale²³.

Journal of International Economic Law, 2020, pp. 299-322; K. BHATT, *Concessionaires, Financiers and Communities: Implementing Indigenous Peoples’ Rights to Land in Transnational Development Projects*, Cambridge, CUP, 2020; L. COTULA, *(Dis)integration in Global Resource Governance: Extractivism, Human Rights, and Investment Treaties*, in *Journal of International Economic Law* 23, 2020, pp. 431-454; J. LANDER, *Transnational Law and State Transformation: The Case of Extractive Development in Mongolia*, Abingdon: Routledge, 2020; L. GRADONI, L. PASQUET, *Voice under Domination: Notes on the Making and Significance of the United Nations Declaration on the Rights of Peasants*, in *European Journal of International Law*, 2022, p. 39 ss.; D. PACIULO, *La promozione dello sviluppo sostenibile negli accordi internazionali sugli investimenti esteri*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023.

21 Cfr. F. IPPOLITO, *Understanding Vulnerability in International Human Rights Law*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020; V. LORUBBIO, M. G. BERNARDINI (a cura di), *Diritti umani e condizioni di vulnerabilità*, Trento, Edizioni Centro Studi Erickson, 2023; A. DI STASI, R. CADIN, A. IERMANO, V. ZAMBRANO, *Donne migranti e violenza di genere nel contesto giuridico internazionale ed europeo/Migrant Women and Gender-Based Violence in the International and European Legal Framework*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023. Sul valore dei principi generali vedi, tra i tanti contributi, A. BIANCHI, *Principi di diritto, modalità funzionale e relatività normativa: il concetto di precauzione*, in A. BIANCHI, M. GESTRI (a cura di), *Il principio precauzionale nel diritto internazionale e comunitario*, Milano. Dott. A. Giuffrè Editore, 2006, p. 429 ss. e la stimolante analisi di M. GERVASI, *Equità intergenerazionale, tutela dei diritti umani e protezione dell’ambiente nel contenzioso climatico*, in M. FRULLI (a cura di), *L’interesse delle generazioni future* cit., p. 297 ss. Sul contenzioso climatico strategico vedi, tra i tanti, M. TORRE-SCHAUB, *Les dynamiques du contentieux climatique. Usage et Mobilisations du droit*, Paris, Mare & Martin, 2021; M. MARCHEGIANI, *L’incidenza della nozione di vulnerabilità sullo sviluppo del diritto internazionale in tema di cambiamenti climatici*, Torino, Giappichelli Editore, 2023, cui si rimanda anche per ulteriori riferimenti bibliografici.

22 Cfr. M. KAMTO, *La mise en oeuvre du droit de l’environnement: forces et faiblesses des cadres institutionnels*, in *Revue Africaine de Droit de l’Environnement*, 2014, p. 29 ss.; F. ZORZI GIUSTINIANI, *International Law in Disaster Scenarios. Applicable Rules and Principles*, Springer, 2021; M. GERVASI, *Prevention of Environmental Harm under General International Law: An Alternative Reconstruction*, Napoli/Baden Baden, 2021; E. A. ROSSI, *La sharing economy nel diritto internazionale privato europeo*, Torino, Giappichelli Editore, 2020; F. FERRI, *Il bilanciamento dei diritti fondamentali nel mercato unico digitale-e-Book*, Torino, Giappichelli Editore, 2022; L. SCAFFIDI RUNCHELLA, *Il GDPR e la tutela del titolare dei dati personali fra public e private enforcement nelle ipotesi di trattamento transfrontaliero*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 15(2), 2023, pp. 898-919.

23 La Corte Internazionale di Giustizia ha spesso ribadito il valore normativo delle risoluzioni dell’Assemblea Generale ONU (cfr. ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*



Non una mancanza di contenuto, dunque, essendo l'Agenda 2030 resiliente, e nemmeno di contenitore, dato che il suo atto fondativo, pur essendo una semplice risoluzione dell'AG, rappresenta un atto ricognitivo del diritto vigente e di sviluppo progressivo dello stesso. Quello che, semmai, sembra mancare oggi è il coraggio di una prospettiva di azione politica di lungo periodo, essendosi gli Stati ripiegati su sé stessi in nuovi e spregiudicati atteggiamenti protezionistici, in alcuni casi ed entro certi limiti "sinceramente" identitari, in altri pericolosamente populistici o addirittura nazionalistici. Sembriamo essere ritornati indietro nel tempo quando lo Stato-nazione rivendicava il diritto di muovere guerra, gli Stati economicamente più avanzati si spartivano territori e risorse tracciando semplici linee su cartine geografiche ed il trattamento riservato all'individuo (o a gruppi di individui appartenenti ad una minoranza) era rimesso *in toto* ai desiderata del sovrano di turno. Insomma, la preistoria del diritto internazionale.

4. Prospettive di sviluppo progressivo del diritto internazionale *hard* della sostenibilità.

Difendere l'Agenda e il suo modo di essere rappresenta una via possibile e quanto mai attuale in questo stato di crisi permanente: la versatilità dei suoi dettami, l'agilità con cui può essere declinata piuttosto che l'imperatività del suo essere sembrano ancora oggi mantenerne il valore e custodirne la prospettiva di azione. Come chiara dottrina ha mirabilmente sintetizzato mai come in questo periodo storico il diritto si fa prudente, «le commandement fait place à la recommandation, la raison d'autorité à l'autorité des raisons, la règle devient persuasive au lieu d'être impérative»²⁴.

L'Agenda 2030 va, dunque, preservata perché ha prodotto (e continua a produrre) effetti normativi sul piano "relazionale" del diritto internazionale, sia nelle forme che sovrintendono alla coesistenza, alla cooperazione e all'integrazione dei diversi attori internazionali (*governance*), sia nelle maglie di formazione e interazione osmotica dei regimi giuridici esistenti.

Nel primo senso è evidente che da essa e dal suo portato normativo derivano gli sviluppi pattizi e le recenti proposte di riforma promosse dall'ONU (tra le altre quella di revisione del sistema finanziario internazionale, FMI e Banca Mondiale *in primis*) in vista dei prossimi appuntamenti multilaterali, proposte che sembrano presagire nuovi modelli di multilateralismo in ottica preventiva e trasformativa piuttosto che riparativa delle crisi in atto.

(*Nicaragua v. USA*), ICJ Reports, 1986, par. 188-194, par. 202-209; ICJ, *Advisory Opinion on Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago From Mauritius in 1965*, 25 February 2019, parr. 150-155). In dottrina vedi, per tutti, B. CONFORTI, *La funzione dell'accordo nel Sistema delle Nazioni Unite*, Padova, Cedam, 1968; G. ARANGIO-RUIZ, *The Normative Role of the General Assembly of the United Nations and the Development of Principles of Friendly Relations*, in *Recueil des Cours*, 1972, vol. III, p. 431; S. M. SCHWEBEL, *The Effect of Resolutions of the UN General Assembly on Customary International Law*, in *A.S.I.L. Proceedings*, 1979, p. 301; INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL, *The Elaboration of General Multilateral Conventions And of Non-contractual Instruments Having a Normative Function or Objective*, Session of Cairo, 1987.

24 Cfr. A. PELLET, *Les raisons du développement du soft law en droit international: choix ou nécessité?* in P. DEUMIER, J.M. SOREL (dir.), *Regards croisés sur la soft law* cit., p. 189.



Nel secondo senso, l'Agenda funge da mirabile collante interpretativo tra regimi speciali del diritto internazionale, quali il diritto internazionale dei diritti umani, il diritto del commercio internazionale, il diritto internazionale degli investimenti e il diritto internazionale dell'ambiente, similmente ad altre Risoluzioni²⁵, favorendo la ricostruzione in chiave sistematico-evolutiva degli obblighi internazionali vigenti (secondo quello che in gergo tecnico è noto come *One Health Approach*).

In attesa di ulteriori atti *soft*, tra cui i due attesissimi pareri della Corte Internazionale di Giustizia e del Tribunale Internazionale del diritto del mare, sulla ricognizione dello stato dell'arte del diritto internazionale dell'ambiente in tema di obblighi internazionali derivanti dall'impatto dei cambiamenti climatici²⁶, si mantiene anche in sede giurisprudenziale la tendenza a richiamarla costantemente nell'ottica dello sviluppo progressivo di un diritto internazionale *hard* della sostenibilità. In quest'ottica si collocano le proposte di nuovi trattati ambientali sull'Alto Mare, sull'eliminazione della plastica, sulla disinformazione a cui i diversi organi dell'ONU stanno lavorando²⁷.

25 Sulla convergenza tra regimi normativi vedi anche la storica Risoluzione dell'Assemblea Generale ONU che definisce il diritto umano ad un ambiente pulito, sano e sostenibile (A/RES/76/300, 1 August 2022).

26 Con risoluzione del 29 marzo 2023 l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite (doc. A/RES/77/276, *Request for an advisory opinion of the International Court of Justice on the obligations of States in respect of climate change*) ha sottoposto alla CIG una richiesta di parere ponendo le seguenti questioni giuridiche: «Do countries have an obligation to protect our climate for the well-being of people living today? What about the well-being of those not yet born? If countries harm the climate system and vulnerable states, what might be the legal consequences under international law?». Il Tribunale Internazionale del diritto del mare aveva ricevuto una richiesta simile il 12 dicembre 2022. In quest'ultimo caso un gruppo di piccole isole, minacciate nella loro esistenza e sopravvivenza dall'innalzamento dei livelli del mare a causa dei cambiamenti climatici, ha posto i seguenti quesiti: «What are the specific obligations of State Parties to the United Nations Convention on the Law of the Sea (the "UNCLOS"), including under Part XII: (a) to prevent, reduce and control pollution of the marine environment in relation to the deleterious effects that result or are likely to result from climate change, including through ocean warming and sea level rise, and ocean acidification, which are caused by anthropogenic greenhouse gas emissions into the atmosphere? (b) to protect and preserve the marine environment in relation to climate change impacts, including ocean warming and sea level rise, and ocean acidification?». In attesa della loro emanazione preme ribadire che il carattere *soft* dei pareri non rappresenterà di per sé un ostacolo alla progressiva definizione degli obblighi *hard*, conformemente a quanto avvenuto in passato per altre materie.

27 Sullo stato di avanzamento delle proposte di riforma del sistema ONU promosse dal Segretario Generale A. Guterres consulta la pagina: <https://reform.un.org/news/secretary-generals-development-system-reform-initiative>.



SUSTAINABILITY IN THE FUNDAMENTAL CHARTS, WITH A FOCUS ON ITALY¹

Daniele Porena

Full Professor of Public Law Università degli Studi di Perugia

Abstract (It): Il contributo è finalizzato ad offrire una rapida panoramica sui processi di costituzionalizzazione del principio di sostenibilità. A questo proposito, dopo un primo inquadramento generale del principio, e dopo un rapido esame casistico dei riferimenti contenuti in alcuni importanti testi costituzionali, l'analisi si rivolge alla costituzionalizzazione del principio in Italia, avvenuta prima con la l. cost. n. 1/2012 (di revisione degli artt. 81 e 97 Cost.) e, successivamente, con la l. cost. n. 1/2022, con la quale è stato aggiunto il nuovo terzo comma dell'art. 9 Cost.

Abstract (En): *The contribution is aimed at offering a quick overview of the processes of constitutionalization of the principle of sustainability. In this regard, after an initial general framework of the principle, and after a quick case study of the references contained in some important constitutional texts, the analysis turns to the constitutionalization of the principle in Italy, which first occurred with the modification of the articles 81 and 97 of the Constitution and, subsequently, with the addition of the new third paragraph of the art. 9 of the Constitution.*

SOMMARIO: 1. Introduction. 2. On the concept of sustainability. 3. Some examples of sustainability and future generations clauses. 4. Sustainability in the Italian Constitution. 5. Sustainability between principles and rules.

1 Forthcoming in A. Bartolacelli (ed.), *The Prism of Sustainability*, Editoriale Scientifica, Naples. Part of the studies that led to this report were carried out for the purpose of the publication of D. PORENA, *Il principio di sostenibilità. Contributo allo studio di un programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale*, Torino, 2018; D. PORENA, «Anche nell'interesse delle generazioni future». *Il problema dei rapporti intergenerazionali all'indomani della revisione dell'art. 9 della Costituzione*, in *Federalismi.it*, n. 15/2022, pp. 121-143; D. PORENA, *On the concept of sustainability and future generations. A brief constitutional overview*, in *Revista Brasileira de Direito*, Vol. 18, n. 1, 2022.



1. Introduction

The title of my report entails an explanation on how the concept of sustainability has been implemented in the last 30-40 years in the various constitutions and especially in the Italian Constitution.

However, before making a brief comparison that comprises the most significant examples that regard this matter, we need to spend a few minutes on the concept itself of sustainability². This we must do in order to grasp its exact scope and also to be able to understand its relationships with the related legal issues, aimed at the protection of future generations.

After having examined the context of the constitutions of other States through some significant examples, I will examine, more in detail, the issue of sustainability in the Italian constitution, also in light of its recent revision.

Finally, I will try to draw some conclusions on the ways in which the principle of sustainability is affirmed, in general, within the context of the most recent constitutional trends.

2. On the concept of sustainability

As is well known, the first definition of the concept of sustainability dates back to 1987 and owes its conception to the Brundtland Report.

More specifically, it is the document entitled “Our common future” that proposes the definition, according to which development is deemed sustainable only when it satisfies the needs of present generations without compromising similar needs of future generations³.

² In particular, on the principle of sustainable development see, among others B. BOCZEC, *International Law*. Lanham, Maryland, 2005, p. 219; M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente*. Torino, 2007, p. 61; B. CARAVITA, *Diritto dell'ambiente*, Bologna, 2005, p. 75; P. DELL'ANNO, *Principi del diritto ambientale europeo e nazionale*, Milano, 2004, p. 75; P. DIMAN, I principi della tutela ambientale, in G. DI PLINIO, *Principi di diritto ambientale*. Milano, 2008; p. 53; L. KRAMER, *Manuale di diritto comunitario dell'ambiente*, Milano, 2002, p. 71; V. PEPE, *Lo sviluppo sostenibile tra governo dell'economia e profili costituzionali*, Piacenza, 2002; M. POLITI, *Tutela dell'ambiente e «sviluppo sostenibile». Profili e prospettive di evoluzione nel diritto internazionale alla luce della Conferenza di Rio de Janeiro*, in G. BARILE, *Scritti in memoria di P. Barile*. Padova, 1995, p. 464; D. PORENA, *La protezione dell'Ambiente tra Costituzione italiana e Costituzione globale*, Torino, 2009; D. PORENA, *Il principio di sostenibilità. Contributo allo studio di un programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale*, Torino, 2018; F. SALVIA, *Ambiente e sviluppo sostenibile*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 1998, p. 235.

³ The document “Our Common Future” was drawn up by the World Commission on Environment and Development, chaired by Gro Harlem Brundtland and published on March 20, 1987. The document elaborates on the definition of sustainable development that has become a standard, also offering a description of its main components. For example, the document proposes the idea that sustainable development is closely connected to population growth and that, therefore, the goal is more easily



The concept of sustainability was therefore born within the framework of international environmental law⁴.

However, over the years, the concept of sustainability has demonstrated a considerable expansive potential. In particular nowadays, its economic and social dimensions have found progressive affirmation, alongside the environmental dimension of sustainability⁵.

In practical terms, the issue of sustainability has come to impact the organization and functioning of most of the social infrastructures set up by legal systems: from health care

achievable when demographic quantities stabilize at levels that are consistent with the productive capacity of the ecosystem.

4 The principle of sustainability, as well as the related duty to protect future generations, is now widespread, being present in a plurality of international law acts. In particular, the principle in question has now established itself in all of its various dimensions: political, social, economic and environmental. The constant reference to the principle of sustainability is a factor that appears to be decisive in attributing a customary quality to it, in the framework of internal relations within the international community. On this aspect, see L. PINESCHI, *Tutela dell'ambiente e assistenza allo sviluppo: Dalla Conferenza di Stoccolma (1972) alla Conferenza di Rio (1992)*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 1994, p. 145, according to which the principles affirmed at the Stockholm Conference «hanno acquisito carattere di norme consuetudinarie di diritto internazionale». See also R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Milano, 2008, p. 113. For G. ZICCARDI CAPALDO, *Diritto globale: il nuovo diritto internazionale*, Milano, 2010, p. 57, «uno dei modi di formazione delle norme consuetudinarie consiste nella trasformazione di norme originariamente pattizie in norme generali. In tal caso, la *diuturnitas*, piuttosto che dai comportamenti degli Stati, si ricava da accordi internazionali che uniformemente (nel tempo) regolano una certa materia».

5 As known, the principle of sustainability was born in the field of environmental juridical elaboration. However, over time, it has extended its range of action to include economic and social factors. On an economic level, sustainability aims to guarantee, among other things, the best living conditions by promoting the stability of social systems and of the labor market. On a social level, the principle of sustainability is aimed at providing each and every individual with the best conditions for an effective participation in the community and, therefore, is aimed at providing safety, education, healthcare and democratic participation. With regard to the environmental sphere, the principle of sustainability is mainly oriented towards guaranteeing the protection of future generations through the conservation of natural resources. On this aspect, see M. MONTINI, *Profili di diritto internazionale*, in P. Dell'Anno – E. Picozza, *Trattato di diritto dell'ambiente*, Vol. 1, Padova, 2012, p. 40: the concept of sustainable development has been reviewed and integrated «dalle disposizioni contenute nella Dichiarazione politica del vertice di Johannesburg, nel 2002. In tale contesto, venne infatti ribadito e sottolineato che il principio dello sviluppo sostenibile si basa su tre pilastri interdipendenti che si supportano vicendevolmente, costituiti dallo sviluppo economico, dallo sviluppo sociale e dalla protezione ambientale. Tale concezione tripartita dello sviluppo sostenibile tende a superare la tradizionale dicotomia tra ambiente e sviluppo, recuperando una maggiore centralità per le esigenze sociali, accanto a quelle ambientali ed economiche». As noted by A. SASSU, *Sviluppo economico e tecnologie per un futuro sostenibile*, in AA.VV., *Economia, ambiente e sviluppo sostenibile*, Milano, 2015, p. 106, by social sustainability we mean «la capacità di assicurare il benessere umano nelle diverse dimensioni della sicurezza, della salute e dell'istruzione. Include l'equità, la partecipazione, l'identità culturale e la stabilità istituzionale».



systems⁶ to social security systems⁷, from public finances⁸ to the planning of economic development⁹.

6 There are many factors contributing to the progressive weakening of the outlook related to the sustainability of healthcare systems. Among others, the progressive aging of the population as well as the goals progressively achieved by technological innovation, the related increase in the costs of services and, again, the progressive prevalence of chronic-degenerative pathologies in the variation of epidemiological dynamics. The strong innovations introduced in healthcare systems has contributed, over time, to the desirable goal of increasing life expectancy. Obviously, this has been matched by the significant aging of the population which, in Western countries, is also partly caused by lower birth rates.

7 On 8 June 2013, the Hygiene and Health Commission of the Italian Senate approved the proposal to carry out a survey on the sustainability of the National Health Service: this, with particular reference to the principles of universality, solidarity and equity that characterize it. The economic and juridical doctrine has devoted extensive in-depth analysis to this topic. Among these, see G. ABIO-H. BORIITI-C. PATXOT, *El impaccio intergeneracional de la reforma de las pensiones en Espana: un enfoque de Contabilidad Generacional*, in *Cuadernos Económicos del JCE*, n.65, 1999, p. 101-116; H. BONIN, J. GIL, C. PATXOT, *Beyond the Toledo Agreement: The Intergenerational Impact of the Spanish Pension Reform*, in *Spanish Economic Review*, Alemanha, v. 3, p. 111-130; 2001; J. COSTA-FONT, C. PATXOT, *The Intergenerational Impact of Long-term Care Financing Alternatives in Spain*, in *The Geneva Papers of Risk and Insurance: Issues and Practice*, Oxford, n. 4, v. 29, p. 599-619, 2004, p. 599. C. HAGIST-N. KLUSEN-A. PIATE-B. RAFFELHUSCHEN, *Social Health Insurance – the Major Driver of Unsustainable Fiscal Policy?*, in *CESifo, Working Paper*, n. 1574, 2005, pp.1-46; H. V. KIL-DEMOES-T. CHRISTIANSEN-D. GYRD-HANSEN-I.S. KRISTIANSEN-M. ANDERSEN, *The Impact of Population Ageing on Future Danish Drug Expenditure*, in *Health Policy*, 2006, 75, p. 298; A. MAHAL-P. BERMAN, *Health Expenditures and the Elderly: A Survey of Issues in Forecasting, Methods Used, and Relevance for Developing Countries*, *Research Paper*, in *The global burden of disease 2000 in ageing populations Project. Harvard Burden of Disease Univ.*, n. 1, 2003, pp.1-40; C. NEILL, L. GROOM, A. J. AVERY, D. BOOT, K. THORNHILL, *Age and proximity to death as predictors of GP care costs: Results from a study of nursing home patients*, in *Health Economics*, n. 9, p. 733, 2001; C. CARDONER, J. G. TRANSFI, *La revisión de la ley de reforma del sistema de la seguridad social: una aproximación de contabilidad generacional*. in *Hacienda Pública Espanola*, Barcelona, 2000; Z. YANG, E. NORTON, S. STEAMS, *Longevity and Health Care Expenditures: The Real Reasons Older People Spend More*, in *The Journals of Gerontology, Series B, Psychological Sciences and Social Sciences*, Oxford, n. 58, p. 2, 2003. P. ZWEIFEL, S. FELDER, A. WERBLOW, *Population Ageing and Health Care Expenditure: New Evidence on the Red Herring*, in *The Geneva Papers of Risk and Insurance – Issues and Practice*, Geneva, n. 29, p. 625 – 652, 2004.

8 On this topic, see L. BARTOLUCCI, *La sostenibilità del debito pubblico in Costituzione. Procedure euro-nazionali di bilancio e responsabilità verso le generazioni future*, Padova, 2020.

9 It is common knowledge that the principle of sustainability was originally conceptualized within the context of economic development prospects. In this regard, it is specifically within the relationship between environment and economic development that we are witnessing one of the most classic constitutional balancing operations. On this matter, see L. CASSETTI, *Riformare l'art. 41 della Costituzione: alla ricerca di "nuovi" equilibri tra iniziativa economica privata e ambiente?* in *Federalismi.it*, n. 4/2022, p. 200, which underlines how, well before the revision of the art. 41, paragraphs 2 and 3 of the Constitution, were already available «esempi nella giurisprudenza costituzionale di applicazioni



In all the large systemic sectors required to ensure prospects of durability, in recent years the need to guarantee their sustainability has also emerged.

The already mentioned expansive capacity of the principle, widely traceable in numerous constitutional texts, has led the legal doctrine to identify the concept of sustainability as a post-national paradigm, capable of republicanizing globalization¹⁰.

Again, also in order to keep this reasoning even more up to date, the word sustainability is among the most mentioned in the context of the Next Generation Eu program¹¹.

In conclusion, the ethical force encompassed within the concept of sustainability – that is connected, essentially, to that of preservation for future generations - seems to have affirmed itself in more generalized and progressively higher terms.

Going back, for a moment, to the definition offered by the already mentioned Brundtland Report, the intergenerational projection assumed by the concept of sustainability seems to emerge very clearly.

It appears to me that the principle of sustainability represents a practical application of the philosophical-legal concern for future generations¹².

concrete del bilanciamento tra interventi pubblici di regolazione/programmazione pubblica (...) e protezione dell'ambiente».

10 See P. M. CRUZ, Z. BODNAR, *Globalização, Transnacionalidade e sustentabilidade*. Itajaí, 2012, p. 41 and P. M. CRUZ, Z. BODNAR, *O novo paradigma do direito na pós modernidade*, in *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, Porto Alegre, n. 1, v. 3, p. 75-83, 2011, who argue that «a partir desse contexto de insuficiência da liberdade, enquanto paradigma do direito moderno para enfrentamento dos novos riscos globais, o que se propõe é análise da sustentabilidade enquanto novo paradigma indutor do direito na pós-modernidade em coabitação com a liberdade».

11 Furthermore, art. 2 of the Treaty on European Union, as amended by the Amsterdam Treaty, states that «The Union shall establish an internal market. It shall work for the sustainable development of Europe based on balanced economic growth and price stability, a highly competitive social market economy, aiming at full employment and social progress, and a high level of protection and improvement of the quality of the environment. It shall promote scientific and technological advance». More recently, the principle of sustainable development was enunciated in the European Landscape Convention (Florence, 2004). This Convention, in art. 1 and art. 5, states that in relation to the social, economic and environmental development processes that are the cause of landscape transformations, all interventions aimed at these transformations must be adopted in accordance with the principle of sustainable development. On this topic, see D. SORACE, *Paesaggio e paesaggi della Convenzione europea*, in G. F. CARTEI, *Convenzione europea del paesaggio e governo del territorio*, Bologna, 2008, p. 22-23. On the principle of sustainability in the context of the European integration process, see M. FRANCAVIGLIA, *Le ricadute costituzionali del principio di sostenibilità a dieci anni dal Trattato di Lisbona. Spunti ricostruttivi alla luce della giurisprudenza europea e costituzionale*, in *Federalismi.it*, n. 19/2020.

12 On the idea that the principle of sustainable development works in two perspectives, both inter-generational and intra-generational, see P. DELL'ANNO, *Principi del diritto ambientale europeo e nazionale*. Milano, 2004, p. 74; of the same opinion E. FRUMENTO, *Lo stato ambientale e le generazioni future: per una tutela del diritto fondamentale dell'ambiente*, in *AmbienteDiritto.it*. In addition, see also M. GESTRI, M. Ambiente (dir. int.), in S. CASSESE, *Diz. dir. pubbl.* Milano, 2006, p. 220.



Rights and interests of future generations or, looking from another perspective, responsibility towards future generations represent, in fact, the fundamental values within which a debate on the concept of sustainability may take place¹³.

Therefore, the comparison between the different constitutional systems, to be complete, must not only include the clauses on sustainability, but also the rules and principles that are set out with reference to future generations.

In fact, the broadening of the debate on the principle of sustainability from only environmental issues to social and economic ones, has the potential to incorporate most of the directions in which future generations will realize themselves.

Therefore, the debate on future generations is increasingly equivalent to that on sustainability. We will now try to make a quick comparison between some examples of sustainability and future generations clauses included in different constitutions.

3. Some examples of sustainability and future generations clauses

The abundance of references mentioned in the different constitutional texts, as well as the short space at our disposal, requires me to select, among the numerous examples, those that I deem most significant.

A very challenging reference to the theme of future generations is contained in art. 11 of the Japanese Constitution, which states the principle according to which «the fundamental human rights, guaranteed to the people by this Constitution, are recognized to both the people and future generations as eternal and inviolable rights»¹⁴.

13 Among the most debated problems in legal philosophy is whether or not and how to “legalize” the relationship between already existing individuals and future ones. This, in particular, considering that the latter are devoid not only of legal subjectivity but also of identity. The theme is addressed, in particular, by D. PARFIT, *Reasons and Persons*. Oxford, 1984. p. 351: «if we choose High rather than Low Consumption, the standard of living will be higher over the next century (...). Given the effects of (...) such policies on the details of our lives, different marriages would increasingly be made. More simply, even the same marriages, the children would increasingly be conceived at different times (...) this would in fact to make them different children. (...) Return next to the moral question. If we chose high consumption, the quality of live will be lower more then a century from now. But the particular people who will then live would never have existed if instead we have chosen low consumption. Is our choice on high consumption worse for this people? Only if it is against their interest to have been born (...) we can suppose that it would not go as far as this. We can conclude that if we choose high consumption, our choice will be worse for no one». See also G. KEIJZERS, *Business, Government and Sustainable Development*, London, 2005, p. 57, who argues that «when the planet is plundered and thus provides future generations with an existence that is extraordinarily sparing, but which they nevertheless consider worth living, then, in Parfit’s opinion, no harm, according to utilitarian reasoning has been done. The alternative is that they would not exist at all – an alternative that they would not prefer».

14 Following to the urgency of the need to proclaim the beginning of a new era, after the end of the Second World War, the principle assumed a particular relevance and scope. In particular, it not only



A very articulated development devoted to the concept of sustainability and future generations is included in art. 27 of the 1976 Constitution of Cuba, which states that «the state protects the environment and natural resources of the country. It recognizes their close connection with a sustainable economic and social development, to make human life more rational and to ensure the survival, well-being and security of current and future generations».

The French *Charte de l'environnement* identifies, among the purposes of its provisions, that «to ensure sustainable development, choices made to meet the needs of the present must not compromise the ability of future generations to satisfy their own needs»¹⁵.

The principle enunciated by art. 20a of the *Grundgesetz* must also be mentioned.

It states that «it is the duty of the State, also with regard to its responsibilities toward future generations, to protect the natural foundations of life»¹⁶.

The Constitution of the United States, as is very well known, does not contain direct sustainability clauses, however the "We the people" contained in the Preamble somehow includes the goal of promoting the general well-being as well as safeguarding the benefits of freedom, for us and for posterity¹⁷.

More technical references to the principle of sustainability also appear in a significant number of constitutions.

According to a research carried out by Tania Groppi, in 2016 there were already 54 constitutions that contained the words "sustainability" or "sustainable"¹⁸.

Among these and to ensure a full breadth of perspective, we must also mention the Belgian constitution, whose art. 7 bis refers to a «sustainable development in its social, economic and environmental aspects».

makes a significant reference to future generations, but also has the merit of affirming the eternal, universal and inviolable significance of fundamental rights.

15 In general, from the reference to humanity as a whole to the conditions for the evolution of mankind, from sustainability to the needs of future generations, the entire lexicon of the intergenerational theme has been acquired - through the *Charte de l'environnement* - within the "block" of French constitutionality.

16 The principle in question makes a significant reference to posterity but it does not limit its range of action to the environmental dimension. There is no doubt that environmental issues find accommodation within the "natural foundations of life". However, the principle seems to include, among others, the right to health, the protection of conception as well as the set of fundamental juridical positions connected to existence.

17 The Preamble of the American Constitution, and its inclination towards natural law, makes a clear reference to posterity. In fact, the general aims of the constitutional pact are specifically assured to the latter. In general, the Preamble shows a marked tendency in favor of a distinctly "timeless dimension" of fundamental rights. Again, the reference to posterity strengthens the claim to durability of the Constitution: this, also by "entrenching" future generations behind the defenses erected by the Constitution.

18 See T. GROPPI, *Sostenibilità e costituzioni: lo Stato costituzionale alla prova del futuro*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1, 2016.



Moreover, the Portuguese Constitution makes a direct reference to the principle of sustainable development in art. 66, according to which the State is burdened with a series of duties aimed at «guaranteeing the right to the environment, within the context of sustainable development».

The reference to sustainability, with reference to public finances, is also contained, among others, in the Spanish Constitution: art. 135 contains a reference to the economic and social sustainability of the State¹⁹ and, as we will see more in detail shortly, in articles 81 and 97 of the Italian Constitution.

As mentioned before, there are nowadays dozens of constitutions that include the concept of sustainability in its various forms, so that it would be impossible and in this short time to present with an exhaustive list.

4. Sustainability in the Italian Constitution

The title of my report also includes, as anticipated, a focus on the main related instances included in the Italian Constitution.

In this regard, the principle of sustainability appeared for the first time with the constitutional reform of 2012²⁰.

19 In particular, paragraph 4 of the art. 135 provides that «The limits of the structural deficit and of the volume of public debt can be exceeded only in the event of natural catastrophes, economic recession or extraordinary emergency situations which escape the control of the State and which seriously jeopardize the financial situation or the economic or social sustainability of the state, declared by an absolute majority vote of the members of the Congress of Deputies».

20 On the constitutional reform of 2012, among others, see M. BERGO, *Pareggio di bilancio "all'italiana": qualche riflessione a margine della legge 24 dicembre 2012, n. 243 attuativa della riforma costituzionale più silenziosa degli ultimi tempi*, in *www.federalismi.it*, 2013; R. BIFULCO, *Jefferson, Madison e il momento costituzionale dell'Unione. A proposito della riforma costituzionale sull'equilibrio di bilancio*, in *www.rivistaaic.it*, n. 2/2012; A. BRANCASI, *La nuova regola costituzionale del pareggio di bilancio: effetti sui rapporti Parlamento-Governo e sugli indirizzi delle politiche sociali. Il caso italiano*, in *Rivista telematica dell'Associazione "Gruppo di Pisa"*, 2012; P. CANAPARO, *La legge costituzionale n. 1 del 2012: la riforma dell'articolo 81, il pareggio di bilancio ed il nuovo impianto costituzionale in materia di finanza pubblica*, in *www.federalismi.it*, 2012; M. CECCHETTI, *Legge costituzionale n. 1 del 2012 e Titolo V della seconda parte della Costituzione: profili di controriforma dell'autonomia regionale e locale*, in *www.federalismi.it*, 2012; T. F. GIUPPONI, *Il principio costituzionale dell'equilibrio di bilancio e la sua attuazione*, in *Le Regioni*, n. 1, 2014; N. LUPO, *La revisione costituzionale della disciplina di bilancio e il sistema delle fonti*, in *Il Filangieri, Quaderno 2011, 2012*; N. LUPO, *Costituzione europea, pareggio di bilancio ed equità tra le generazioni. Notazioni sparse*, in *www.amministrazioneincammino.luiss.it*, 25.10.2011; D. MORGANTE, *La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio*, in *www.federalismi.it*, 2012; A. MORRONE, *Pareggio di bilancio e stato costituzionale*, in *www.rivistaaic.it*, 2014; G. M. SALERNO, *Equilibrio di bilancio, coordinamento finanziario e autonomie territoriali*, in *Costituzione e pareggio di bilancio, Il Filangieri, Quaderno 2011, 2012*; C. TUCCIARELLI, *Pareggio di bilancio e federalismo fiscale*, in *Quaderni costituzionali*, 2012.



The progressive and serious deterioration of macroeconomic conditions, recorded in recent years not only in Italy, has emphasized the weak prospects that national finances possess in terms of sustainability²¹. In particular, the economic crisis has greatly contributed to both the internal and international debate on the specificities, in terms of sustainability, of the public financial situation.

Based on the provisions of the new art. 81 of the Italian Constitution, the content of the budget law, the fundamental rules and the criteria aimed at ensuring the sustainability of the debt of public administrations, must be established by law and approved by an absolute majority of the members of each Chamber.

Art. 97 of the Constitution, on the other hand, establishes, in its re-edited first paragraph, that all public administrations, in line with the European Union legal system, must ensure the balance between budgets and the sustainability of the public debt.

As is known, these provisions constitute the transposition of the commitments undertaken with the signing of the “Treaty on stability, coordination and governance in the economic and monetary union” (so-called Fiscal Compact), especially in art. 3 that states the obligation, for signatory countries, to balance their budgets.

The scope of these recent innovations, in their systematic and combined meaning, consequently calls for the need for the financial performance of public administrations to be assessed also in terms of future sustainability.

The close correlation between the principle of financial sustainability of public spending and that of the protection of the interests of future generations has likewise recently found confirmation in the jurisprudence of the Constitutional Court.

The implementation of the new principles - the Court observed - and, more specifically, with reference to the sustainability of the public debt, implies a responsibility which, in implementation of the “founding” principles of solidarity and equality, is not only a duty that must be carried out by institutions but also by each and every citizen, thereby including future generations²².

21 See R. BIFULCO, A. D’ALOIA, *Le generazioni future come nuovo paradigma del diritto costituzionale*. in R. BIFULCO, A. D’ALOIA, *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Napoli, 2008, who argue that «un debito eccessivo ed incontrollato, nel momento in cui scarica irresponsabilmente oneri economici sulle generazioni successive, sottraendo alla loro discrezionalità decisionale enormi flussi finanziari (...), finisce col rappresentare una sorta di tassazione iniqua, perché “without representation” (...), e perché sganciata da qualsiasi presupposto di responsabilità».

22 Increasing attention to future generations is a trend that has established itself over time within constitutional jurisprudence. See, in particular, Corte cost., sent. n. 88/2014, where the Court stated that the implementation of the principle of public debt sustainability «implica una responsabilità che, in attuazione di quelli «fondanti» di solidarietà e di eguaglianza, non è solo delle istituzioni ma anche di ciascun cittadino nei confronti degli altri, ivi compresi quelli delle generazioni future». More recently,



The concept of sustainability has now been relocated, in the Italian Constitution, to its theoretical place of origin, that is to say environmental protection. Specifically, thanks to the amendment introduced in art. 9 of the Constitution, the Italian Republic is now required to protect “the environment, biodiversity and the ecosystems, also in the interest of future generations”²³.

the Constitutional Court (ruling n. 18/2019) observed that «l’equità intergenerazionale comporta, [...] la necessità di non gravare in modo sproporzionato sulle opportunità di crescita delle generazioni future, garantendo loro risorse sufficienti per un equilibrato sviluppo. È evidente che, nel caso della norma in esame, l’indebitamento e il deficit strutturale operano simbioticamente a favore di un pernicioso allargamento della spesa corrente. E, d’altronde, la regola aurea contenuta nell’art. 119, sesto comma, Cost. dimostra come l’indebitamento debba essere finalizzato e riservato unicamente agli investimenti in modo da determinare un tendenziale equilibrio tra la dimensione dei suoi costi e i benefici recati nel tempo alle collettività amministrate». With ruling no. 115/2020, the Constitutional Court has highlighted that the constitutional perimeter drawn by the provisions «consiste nella funzionalità della procedura a ridurre il deficit fino ad azzerarlo nel tempo prescritto. Ciò mediante la scansione del percorso attraverso i risultati conseguiti nei singoli esercizi attinenti al piano e la definizione di una proporzione accettabile dei sacrifici imposti alle future generazioni di amministrati affinché l’oneroso rientro dal disavanzo sia comunque compensato dal traguardo dell’equilibrio, presupposto necessario per la sana amministrazione». Again, with the sentence 228/2021, the Court highlighted that «la dichiarata connotazione dei domini collettivi come «comproprietà intergenerazionale» (art. 1, comma 1, lettera c, della legge n. 168 del 2017) mostra una chiara proiezione diacronica affinché l’ambiente e il paesaggio siano garantiti anche alle future generazioni».

23 On the reform of art. 9 of the Italian Constitution, see R. BIFULCO, *Prmissime riflessioni intorno alla l. cost. 1/2022 in materia di tutela dell’ambiente*, in *Federalismi.it*, n. 11/2022; L. CASSETTI, *Riformare l’art. 41 della Costituzione: alla ricerca di “nuovi” equilibri tra iniziativa economica privata e ambiente?*, in *Federalismi.it*, n. 4/2022, pp. 188 e ss.; M. CECCHETTI, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell’ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtuosità (anche) innovativa e molte lacune*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 3/2021, pp. 286 e ss.; Id., *Virtù e limiti della modifica degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *Corti supreme e salute*, n. 1/2022, pp. 127 e ss.; G. DI PLINIO, *L’insostenibile evanescenza della costituzionalizzazione dell’ambiente*, in *Federalismi.it*, 23 giugno 2021; R. FATTIBENE, *Una lettura ecocentrica del novellato articolo 9 della Costituzione*, in *Nomos*, n. 3/2022; F. FRACCHIA, *L’ambiente nell’art. 9 della Costituzione: un approccio in “negativo”*, in *Il diritto dell’economia*, n. 1/2022, pp. 15 e ss.; T.E. FROSINI, *La Costituzione in senso ambientale. Una critica*, in *Federalismi.it*, 23 giugno 2021; Y. GUERRA – R. MAZZA, *La proposta di modifica degli articoli 9 e 41 Cost.: una prima lettura*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 4/2021, pp. 110 e ss.; R. MONTALDO, *La tutela costituzionale dell’ambiente nella modifica degli artt. 9 e 41 Cost.: una riforma opportuna e necessaria?*, in *Federalismi.it*, n. 13/2022, pp. 187 e ss.; A. MORRONE, *La Costituzione del lavoro e dell’ambiente. Per un nuovo contratto sociale*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, n. 4/2022, pp. 513 e ss.; I.A. NICOTRA, *L’ingresso dell’ambiente in Costituzione, un segnale importante dopo il Covid*, in *Federalismi.it*, 23 giugno 2021; F. RESCIGNO, *Quale riforma per l’articolo 9*, in *Federalismi.it*, 23.6.2021; L. SALVEMINI, *Dal cambiamento climatico alla modifica della Costituzione: i passi per la tutela del futuro (non solo nostro)*, in *Federalismi.it*, n. 20/2021, p. 63 e ss. Finally, allow me to recall D. PORENA, *Sull’opportunità di un’espressa costituzionalizzazione dell’Ambiente e dei principi che ne guidano la protezione. Osservazioni intorno alle proposte di modifica dell’articolo 9 della Carta presentate nel corso della XVIII legislatura*, in *Federalismi.it*, n. 14/2020, p. 312 e ss.



As can be inferred, the constitutional legislator has renounced making an express statement on the principle of sustainability, preferring to address the broader concept of future generations instead.

This choice was probably based on the decision to exclude an extensive listing of the set of principles regulating environmental protection from the provision. However, the direct reference to future generations, that the Constitution recognizes as having a real interest²⁴, captures the deepest core of the concept of sustainability²⁵.

In fact, the principle of sustainability asks for an intergenerational balancing technique between the needs, rights and interests of the different generations as well as requiring each generation to set aside a fair amount of potential opportunities in favor of the following ones.

The safeguarding of the interest of future generations indeed assumes a relationship with present generations. Therefore, it seems to me that the reference to future generations includes the very concept and definition of sustainability.

5. Sustainability between principles and rules

As we are reaching the conclusion of my report, I will now try to present a brief reasoning on the ways in which the principle of sustainability asserts itself in contemporary constitutions.

The principle of sustainability is often criticized, the main critique being the excessively evanescent nature of the concept of sustainability, that is said to undermine the normativity of its content.

In my opinion, this criticism does not properly take into account the well-known constitutional and legal-philosophical debate that has been carried on for some decades with regard to the distinction between rules and principles.

It seems to me that the distinction between principles and rules plays a decisive role in understanding the legal phenomenon.

24 In other constitutions, the issue of future generations has not been introduced in terms of the rights that they could claim but, rather, in terms of the duties on the present generations that weigh in their favor. The deontic ethics of duties and responsibilities, as reconstructed by Hans Jonas, or even the idea of a "just saving", as expressed by John Rawls, among others, seems in fact to find confirmation in some constitutional provisions, such as that of the Grundgesetz, aimed at establishing a general duty of responsibility on those currently present but in favor of future generations.

25 As recently observed by R. BIFULCO, *Prmissime riflessioni intorno alla l. cost. 1/2022 in materia di tutela dell'ambiente*, in *Federalismi.it*, 6.4.2022, p. 8, «la costituzionalizzazione delle generazioni future recupera implicitamente tutto l'acquis legato alla sostenibilità, stabilendosi che l'uso delle risorse deve tener conto anche di chi viene dopo di noi. E questo non è un principio scontato all'interno di una costituzione che nasce, come ho già ricordato, in un contesto di economia industriale orientata alla crescita».



In extreme synthesis, rules and principles both belong to the categories of the normative phenomenon, but with some fundamental distinctions.

First of all, we must consider the degree of generalization, which is higher in the case of principles that are called to guide the development of legal systems along a large variety of fields.

Furthermore, principles constitute the reasons behind the rules: the normative scope of the principles is aimed, in a nutshell, at the construction of the rules, whereas the latter are aimed at the actual discipline of conduct.

From here, following the reasoning of Robert Alexy²⁶, the fundamental difference between principles and rules appears to be the following: the latter are “all or nothing” provisions, requiring to be thoroughly followed.

Instead, principles constitute “optimization provisions”, that is to say guidelines in this case that there are not final and that need to be implemented to the highest possible extent on the basis of both real and juridical possibilities.

The limit of the juridical possibilities in implementing the aforementioned principles is then represented, as is known, by their relationship with other, and potentially colliding, principles of equal rank.

Lastly, the conflict between principles raises the issue of their respective weight and must be resolved through the mechanism of balancing.

The quick reference we made to the on-going debate on the distinction between rules and principles can support a conclusion in favor of the full normativity of the concept of sustainability as a principle.

I really don't think we can doubt the generality and breadth of the principle of sustainability, especially given the extent of the issues pertaining sustainability.

And there are no doubts, in my opinion, that the principle of sustainability is aimed, among other things, at inspiring the practical regulatory discipline of the vast systemic sectors that I have just briefly mentioned.

The concept of sustainability would therefore identify a principle, with a very high axiological content, aimed at preserving the fundamental rights as well as the essential needs of future generations. As such, the principle of sustainability cannot escape the balancing mechanics existing between fundamental principles²⁷.

26 See R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main, 1994.

27 With regard to the provisions that make a reference to future generations in various constitutions, this topic has been introduced by R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Milano, 2008, p. 127, who observes that «la presenza di riferimenti alle generazioni future all'interno di disposizioni costituzionali che mirano alla disciplina di un oggetto



THE RISK-BASED-APPROACH IN DIGITAL DIMENSION AND “MOBILE SECTOR” (LIABILITIES AND AWARENESS OF A DATA CONTROLLER)

Manlio d’Agostino Panebianco

(BASC - Università Milano Bicocca)

Abstract: Digital Dimension, Cyber-security and Data processing have in common the risk management approach methodology: on the one hand, the evolution of ICT technology and, on the other hand, some legislation about financial and public services, recall the need to observe - in a critical and analytical way - the choice to concentrate many functions of daily life on a single mobile device. these considerations must, in fact, also be read in light of the legislation on the protection of personal data (GDPR, in particular), declined in relation to the principle of accountability, privacy-by-design and risk management methodologies.

Keywords: #risk-management #concentration #mobile-device #GDPR #privacy-by-design # cyber-security

1. Introduction; 2. Information and data: the Risk Based Approach (Data-RBA); 2.1. A qualitative and quantitative approach for a risk-assessment; 3. The risk of “concentration”; 3.1. The risk of concentration: on mobile devices; 3.2. The right to an alternative; 3.3. A dual approach; 4. Conclusions and follow-up.

1. Introduction

The considerations on which it is intended to dwell concern the awareness and responsibility of giving a correct technical guideline to those decision-makers in approaching to mobile device (and generally to digital dimension) and to risk management, and in particular recalling the need for a double perspective: not only technical (*i.e.*, of the provider), but also of the user.

Therefore, before getting into the merits of some delicate aspects which are the heart of this contribution, it is important and essential to make a brief - but necessary - premise.

The focus of this contribution is not to question (nor is it the author's will to do so) the freedom and natural technological evolution that increasingly leads to a *digitization* and *dematerialization* of activities. So, without any prejudice, it worth making some considerations

determinato rafforza l'obbligo dei destinatari di quella disposizione di tener conto, nel momento del bilanciamento, degli interessi degli uomini che verranno».



on emerging issues, trying to find some technical, social and legal compliance approaches to better correctly face arising risks, that seems to be in several case under-evaluated.

First of all, to maintain an *anthropocentric approach*, in which the tools are at the service of the human person, and not the other way around. Then, to have a *holistic approach*²⁸, in which all aspects and factors are considered (grading and differentiating them, in the short-, medium- and long-term), especially when risks derive from these, which in particular nowadays seem under-estimated.

Therefore, the objective of this contribution is not to make a utopian critique of the orientation of some strategies already in place, but to stimulate a debate in the scientific community (both juridical and political, as well as technical) to improve the system, through dynamic/ongoing analysis of the situation.

Moreover.

Until a few years ago, when it was necessary to identify and address issues and problems related to information systems, we spoke generically of “IT risk”. Today, international studies and surveys incorporate those “concerns” that highlight greater *complexity*, declining the different dimensions in which it can manifest itself.

In this sense, it is appropriate to recall the “*Global Risk Report*”²⁹ of the World Economic Forum from which it is clear that in addition to socio-economic, geopolitical and environmental factors mainly linked to the current context, they assume - and will continue to assume in the coming years - growing importance related to *data security, cyber-security, digitization*, the use of technology and innovation in general, both in terms of impact and probability of occurrence.

Methodologically, the choice made is to analyse and take as an example some *best practices* from different contexts and fields³⁰: a multidisciplinary approach (that mainly reflects even the features of modern life) that allows to enhance knowledge, know-how and methods of approach, which have been successful previously, and which are known, in doctrine and literature.

The impact of new digital technologies on business models requires serious and careful reflection of a strategic nature on risk governance and opportunities associated with the

28 M. d’Agostino Panebianco, *L’Holistic Complexity Approach*, in riv. *Statistica e Società*, 2019.

29 The Global Risks Report explores some of the most severe risks we may face over the next decade, against a backdrop of rapid technological change, economic uncertainty, a warming planet and conflict. See World Economic Forum, *The Global Risks Report 2024*, January 2024, ISBN: 978-2-940631-64-3, available at <https://www.weforum.org/publications/global-risks-report-2024/>.

30 In several cases, the banking and financial field have been recalled, since that sector has a strong and detailed regulation, both at international and domestic level.



phenomenon of “*digital transformation*” which, if not appropriately addressed, could generate serious (and sometimes, extreme) consequences³¹.

In this context, a specific focus should be done on the issue of “*concentration*” – in the form of a broad aspect of *risk management* (i.e., referring to information, customers, suppliers, and/or a variety of different technologies, etc.)³² - which does not in itself represent a novelty; however, it is necessary to highlight how in this global context in which Information and Communication Technologies (ICT) play a predominant role, it transversally influences all social, economic and legal effects.

Therefore, in this context, it is necessary to reflect on the relative importance that must be given, in order to adjust the approach proactively, and not to suffer the expected negative effects, in the near future.

2. Information and data: the Risk Based Approach (Data-RBA).

In the “*digital dimension*”³³, it is relevant to refer particularly to *data processing*, in which it is adequate to notice that personal-data-processing is one of the main fields of application, but not the unique. In this context, it is proper to highlight the different meaning between *information* and *data*, and then of *personal data*.

According to Baškarada and Koronios³⁴ the concept of “*information*” can take on the meaning, referring to different authors, such as:

«*data which adds value to the understanding of a subject (Chaffey and Wood, 2005, p. 233)*»;

or even, «*data that have been shaped into a form that is meaningful and useful to human beings (Laudon and Laudon, 2006, p. 13)*»;

and more, «*an aggregation of data that makes decision making easier (Atwad and Ghaziri, 2004, p. 36)*».

31 See Assirevi, *L'evoluzione della governance dei rischi di information technology - Modelli di governo da considerare per un efficace gestione dei rischi legati alla tecnologia*, Milan, May 2023, p.3

32 See A. Mantelero, *Big Data: I rischi della concentrazione del potere informativo digitale e gli strumenti di controllo*, in *Rivista Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2012, p.138

33 Reference is made to the 3 dimensions (real, digital and virtual) on which each person, nowadays, expresses himself and relates in the social context. In this sense, see, Floridi identifies in the “*infosphere*” that space which *de facto* includes the real and digital dimensions, without no solution of continuity between the two: see L. Floridi, *Pensare l'infosfera, la filosofia come design concettuale*, Raffaello Cortina Ed., 2020.

34 S. Baškarada, A. Koronios, *Data, Information, Knowledge, Wisdom (DIKW): A Semiotic Theoretical and Empirical Exploration of the Hierarchy and its Quality Dimension*, *Australasian Journal of Information Systems*, Vol. 18, n.1, 2013, p. 7



On the contrary, in principle, the “data” can be defined as a raw element, which requires further contextualization elements to take on a semantic value or concrete application. Still referring to Baškarada and Koronios³⁵, therefore, it could be defined as:

«data has no meaning or value because it is without context and interpretation (Jessup and Valacich, 2003, Bocij et al., 2003, Groff and Jones, 2003)»;

or even, «data are discrete, objective facts or observations, which are unorganised and unprocessed, and do not convey any specific meaning (Awad and Ghaziri, 2004, Chaffey and Wood, 2005, Pearlson and Saunders, 2004, Bocij et al., 2003)»;

and more, «data items are an elementary and recorded description of things, events, activities and transactions (Laudon and Laudon, 2006, Turban et al., 2005, Boddy et al., 2005)».

It is evident and clear that in the “information society”, these two different elements have a complementary role and coexist, in a context of interchange and continuous interaction: furthermore, it is possible to observe on a daily basis both the growth in the volume of information and data, and the growing need to find ways of using it, with the creation of added value.

This circumstance led to the birth of the term “Big Data”, i.e., the set of a mass - often not better quantifiable although significant - of information and data characterized by being “raw”, therefore often not easily usable and usable due to an application and/or objective.

In this context, «the evolution of Artificial Intelligence and Machine Learning techniques (which developed in parallel with that of ICT, with increasingly frequent interactions) has triggered a process of “added value” use of Big-Data, giving life to the so-called “Smart Data”». ³⁶ This latter one, can be classified as aggregate and refined data - deriving from processing and profiling processes - which allow “prompt” usability for predefined purposes, therefore with a clear added value, compared to Big Data.

In this context, it is appropriate to refer to GDPR³⁷ at article 4.1, where ‘personal data’ assumes the meaning of «any information relating to an identified or identifiable natural person (‘data subject’); an identifiable natural person is one who can be identified, directly or indirectly, in particular by reference to an identifier such as a name, an identification number, location data, an online identifier or to one or more factors specific to the physical, physiological, genetic, mental, economic, cultural or social identity of that natural person». As a matter of facts, the process of transforming “Big (personal) Data” into “Smart (personal) Data” could be traced back to the use of artificial intelligence techniques, which result in a *profiling process*, which according to GDPR, is «any

35 S. Baškarada, A. Koronios, *Data, Information, Knowledge, Wisdom (DIKW): A Semiotic Theoretical and Empirical Exploration of the Hierarchy and its Quality Dimension*, Australasian Journal of Information Systems, Vol. 18, n.1, 2013, p. 7

36 M. d’Agostino Panebianco, *Il “dato”: bene immateriale con un proprio valore intrinseco*, in *AmbienteDiritto.it*, n.2, 2023, pp.177-178

37 REGULATION (EU) 2016/679 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation)



form of automated processing of personal data consisting of the use of personal data to evaluate certain personal aspects relating to a natural person, in particular to analyse or predict aspects concerning that natural person's performance at work, economic situation, health, personal preferences, interests, reliability, behaviour, location or movements»³⁸.

The above, recalls the need for Supranational Authorities to allow natural evolution (technological, social, economic), as well as the consequent free circulation of data and information, although balancing it with the ever-increasing need to protect the fundamental rights and freedoms of the human person (and so of *data subjects*). From which derive, on the one hand, the “*principle of accountability*”³⁹; and, on the other, the risk-based approach.

It is worth remembering how some aspects (for example, related to *risk-management* and/or *security strategies*) dictated by the current and binding provisions on the matter (for example in the personal data protection, the GDPR), can have a positive scope and impact even in contexts of “non-personal-data”, but which in any case have an equally significant added and strategic value (for example, related to company secrecy, intellectual property, patenting, etc.).

In this context, it is adequate to highlight the meaning of “risk”, such referring to the possibility that the result (of any operation carried out by a person, natural or otherwise) is different from that expected *ex ante*: if we usually refer to risks with a negative meaning, it is equally true that there is the possibility⁴⁰ that the emerging result could also be positive⁴¹.

On the other hand, in order to measure the possible different result, which may come out from an activity or occurrence, usually we refer to “*risk exposure*”. In business field, risk exposure is often used to rank the probability of different types of variations (gain or losses), defining both the quantitative and qualitative nature, and to determining whether the quoted variations⁴² are acceptable or unacceptable.

The accountability can be described and declined as a «*dynamic and ongoing responsibility which, in a “top-down” process, actively involves all the other people - natural and otherwise - involved in various capacities in the processing processes, starting first and foremost with the Data Controller, and falling on everyone the lower and operational levels (from the DPO, to the various managers and “in charge”, both internal and external)*»⁴³. While, in this field, the risk-based approach is properly described in the “*Guidelines 4/2019 on Article 25 Data Protection by Design and by Default*”⁴⁴ of the European Data Protection Board (EDPB).

38 See GDPR, article 4.4

39 See GDPR, article 6.2

40 It happens often in the financial field.

41 In this circumstance, it is possible to classify it as “*speculative*”.

42 Especially and mainly referring to losses.

43 See M. d’Agostino Panebianco, *Vivere nella dimensione digitale*, Themis ed., 2022, II ed.

44 See European Data Protection Board (EDPB), *Guidelines 4/2019 on Article 25 Data Protection by Design and by Default*, Version 2.0, Adopted on 20 October 2020



These guidelines aim to highlight the importance of Data-Controllers⁴⁵ and Data-Processors⁴⁶ responsibility in implementing the GDPR obligations when designing personal data processing operations, *inter alia*, giving examples and indications on how performing the risk analysis (in compliance with Articles 25); so each Controller - declining the principle of *accountability*, since the early stage of projecting, designing, and planning the data processing – can correctly identify the risks to the rights of data subjects, and consequently determining and implementing appropriate measures to effectively mitigate the identified risks, providing an effective guidance “on how to assess data protection risks and how to carry out a data protection risk assessment”.

As a matter of facts, the EDPB highlights that «*a systematic and thorough evaluation of the processing is crucial when doing risk assessments*»⁴⁷.

The following considerations and reflections, regarding a specific risk, should be contextualized and interpreted in light of this framework⁴⁸.

2.1. A qualitative and quantitative approach for a risk-assessment

From a risk management perspective, it is proper to recall the so called “*theory of black swan*”⁴⁹ (which indeed is actually a metaphor) that refers to those events considered impossible to occur or, so rare that it was not possible to predict in advance (i.e., *unexpected event*).

It is proper to highlight that several times, events are recognizable as “*possible to occur*” (i.e. “*expected events*”), only after they have occurred, since analysts trace their characteristics back to circumstances that were in fact known, although statistically “small” in quantitative terms.

As a matter of facts, «*Taleb refers to a black swan as an event with the following three attributes. Firstly, it is an outlier, as it lies outside the realm of regular expectations, because nothing in the past can convincingly point to its possibility. Secondly, it carries an extreme impact. Thirdly, in spite of its outlier status, human nature makes us concoct explanations for its occurrence after the fact, making it*

45 According to GDPR article 4 (7) ‘controller’ means *the natural or legal person, public authority, agency or other body which, alone or jointly with others, determines the purposes and means of the processing of personal data; where the purposes and means of such processing are determined by Union or Member State law, the controller or the specific criteria for its nomination may be provided for by Union or Member State law.*

46 According to GDPR article 4 (8) ‘processor’ means *a natural or legal person, public authority, agency or other body which processes personal data on behalf of the Controller.*

47 European Data Protection Board (EDPB), *Guidelines 4/2019 on Article 25 Data Protection by Design and by Default*, Version 2.0, Adopted on 20 October 2020, p.10

48 From the reading and declination of the GDPR and the aforementioned EDPB-Guidelines, it emerges more and more clearly that an evident and obvious error in approach can arise if this matter is considered to fall within the exclusive field of the legal sphere. On the contrary, the risk-based approach clearly highlights how the legal-compliance component is obviously important, but not exclusive: in this sense, the interactions between decisions of socio-economic impact, organizational and ICT aspects come into play, but also and above all the ability to achieve an adequate level of (a) management control and (b) compliance, both (b1) formal and above all (b2) substantial.

49 See N. Taleb, *The Black Swan: The Impact of the Highly Improbable*, New York, 2010.



explainable and predictable»⁵⁰. Therefore, it is possible to state that the classification of an event in a “black swan” is strongly related, alternatively or jointly:

- a) to the lack of consideration of previous events with such characteristics;
- b) to the presumption that the low probability cannot cause significant effects and/or impacts.

For this reason, in a Risk Assessment context⁵¹, it is appropriate to combine and decline the “*Black Swan theory*” together with the “*Pareto principle*”⁵², which represents a non-linear interaction: it asserts that for any given event, the 80% of effects is the result from 20% of all causes, meaning that a small cause, might have a significantly large(r) impact.

Therefore, when outlining a *scenario*, it is important to consider all the possible events to be represented, classifying them in two different ways: those that are well known (both in quantitative and qualitative terms), because they happened in the past; but equally those which, although they have a low probability of occurrence (quantitative aspect), can generate significant effects (qualitative aspect).

3. The risk of “*concentration*”

In literature - in particular in the banking field - the risk of *concentration* can be described as the one arising from the concentration to a single (a) counterparty, (b) sector or (c) country, and/or (d) deriving from those factors that have the same characteristics such as to (e) give rise to the same potential negative effect.

If, on the one hand, in doctrine this kind of risk is mainly taken in consideration and analysed in the banking/financial field, on the other hand, it is also true that there is a strong (and inseparably) relation between the evolution of the *financial market* and *Information and Communication Technologies* (so called, *Fintech*).

Therefore, the reasoning proposed in this contribution begins right from the original field of application (*i.e.*, the financial one), although its evolution will tend to consider this only as the “starting point”, to deepen the issue of concentration risk in the field ICT, also considering other applications, both of a social, economic and relational nature.

Indeed, in risk management, it is true that risks might be assessed in different fields, through similar approaches, according to typical features.

50 T. Aven, *On the meaning of a black swan in a risk context*, in *Safety Science*, n.57, 2013, p.44

51 This has to be considered, both generally speaking in the field of Risk Management, and particularly when considering a Privacy Risk Assessment conduct by the Data Controller and/or Data Processor, as required by the accountability principle stated by GDPR, and as provided by EDPB, Supervisory Authorities and National Data Protection Authorities, in their guidelines.

52 This is also known as “Pareto’s 80:20 Rule”, taking its name from Vilfredo Pareto, one of the most important Italian economists who lived between XIX and XX Century. According to this rule, for many phenomena only 20% of the causes generates the 80% of the consequences. See P. Rogers, A. Salla, *ABCs of Z/OS System Programming*, IBM Redbooks, 2010, Vol. 11, p.169.



Many authors highlighted that the speed of technology evolution led to an underestimation of this kind of risk in many fields: for example, «*the case of Bitcoin shows that the risk of concentration must not be ignored. [...] If one player controls the majority of computing power, it could start reversing new transactions, double-spend coins, and systematically destroy trust in the cryptocurrency*»⁵³. This position, moreover, how this risk is strictly related not only to economic and financial aspects, but also – and probably mainly, at nowadays – to technologies ones, due to limited adopted solutions.

As a matter of facts, according to this affirmation, it is possible to introduce another ratio between the “*risk concentration*” and “*lack of substitutability*”, analysing this issue from the perspective of systemic risks: «*risk is concentrated in a number of financial market infrastructures and systemically important financial institutions. But systemic risk can also arise from technical and IT concentration, including from operating systems and programs, cloud servers, and electronic network hubs. These “single points of failure” are especially important for the proper functioning of the financial system, as disruptions immediately affect large parts of the financial economy*»⁵⁴.

Moreover, in a *strategic*⁵⁵ approach, it is important to observe how modern companies increasingly resort to the form of outsourcing as a way to make costs variable, and above all to obtain a higher quality level of the individual services.

This usual and widespread managerial choice translates - in the *short* and *medium* term - into an optimization of resources; although in the *long* term, it could be transformed and manifested into a *strategic risk*, such as the loss of an important know-how, in less control in the execution of processes, but also (and perhaps, above all) in the concentration of core processes within a few companies.

The European Banking Authority (EBA)⁵⁶ in the final report on ICT and security risk management⁵⁷ states that ICT systems form the backbone of almost all banking processes and distribution channels, but they also support the automated controls environment on which

53 C. Stoll, L. Klaassen, U. Gellersdörfer, *The Carbon Footprint of Bitcoin*, MIT Center for Energy and Environmental Policy Research, 2018, p.11

54 L. Kaffenberger, E Kopp, *Cyber Risk Scenarios, the Financial System, and Systemic Risk Assessment*, Carnegie Endowment for International Peace, 2019, p.6

55 The word *Strategy* derives from ancient greek στρατηγός, *stratēgós*, a word composed of two terms: στρατός, *stratós* (i.e., army); and ἄγω, *ágō*, (i.e., to lead). Nowadays, according to Cambridge Dictionary, it can be defined as a long-range plan for achieving something or reaching a goal, or the skill of making such plans. In Business Management and or Project Management, (a) Strategy is usually represented as the element of long-term planning, with its own and related goals, and ways to achieve them: within it, both (b) Tactics (i.e., those medium terms’ actions and decisions aimed at achieving specific goals, and accomplishing tasks to support a strategy); and (c) Operations (the third component that complements strategy and tactics) are defined.

56 The EBA is an independent EU Authority which works to ensure effective and consistent prudential regulation and supervision across the European banking sector.

57 See *EBA Guidelines on ICT and security risk management*, 2019, p.30



core banking data are based, and the related technological innovation plays a crucial role, becoming more and more the source of competitive advantage.

As well, the EBA among the various risks that it identifies as essential to take into consideration, detects «*the increasing reliance on third parties for ICT services and products, often in the form of diverse packaged solutions and resulting in manifold dependencies and potential constraints and concentration risks*».

In this context, at least, two reflections are appropriate.

3.1. The risk of concentration: on mobile devices

First of all, on the risk of concentrating all the authorization and authentication systems of the modern citizen on a single mobile device: as a matter of facts, the most spread system is the “two-factor” or “multi-factor” authentication based on both (a) static login credentials⁵⁸ and (b) a dynamic one generated by the connection between a mobile device and a remote server.

The so called PSD2 regulations⁵⁹ brought, *inter alia*, a great innovation in terms of security in remote payment transactions, introducing the so-called Strong Customer Authentication (SCA)⁶⁰: the operative and technological application of the security measures listed in the EU Regulations have been mainly introduced by installing each bank app in a smart-mobile device, starting from the assumption that the same is always with the legitimate account holder.

While on the one hand, it is acceptable that each person has his or her own mobile device (as if it were an extension of one's body), it is equally true that risks, often underestimated, derive from this.

The risk of concentration related to mobile device⁶¹ is not theoretical, since (for example) one the most widespread and rapidly growing fraudulent techniques is the SIM swapping⁶², a technique to get control of a phone number, that allows hackers to take advantage of two-factor authentication to gain access to your bank accounts, social media accounts, etc.

58 *i.e.*, Id and password and/or PIN (personal identification number)

59 Directive (EU) 2015/2366 of the European Parliament and of the Council of 25 November 2015 on payment services in the internal market, amending Directives 2002/65/EC, 2009/110/EC and 2013/36/EU and Regulation (EU) No 1093/2010, and repealing Directive 2007/64/EC.

60 which is an authentication based on the use of two or more elements categorised as knowledge (something only the user knows), possession (something only the user possesses) and inherence (something the user is) that are independent, in that the breach of one does not compromise the reliability of the others, and is designed in such a way as to protect the confidentiality of the authentication data;

61 For example, smartphones

62 also known as SIM-splitting, SIM-jacking, or SIM-hijacking



This circumstance, moreover, could configure not only the characteristics of the accident, but also those of the “personal data breach”⁶³, to be managed according and referring to GDPR guidelines.

It means that the exposure to concentration risk becomes the primary source of credential theft risk, significantly reducing (if not even nullifying) the cybersecurity measures adopted.

From a technical point of view, concentrating most⁶⁴ of the main daily activities on just *one device*, it should be considered that exposure to “*digital risks*”⁶⁵ increases significantly: therefore, during the assessment it should be appropriate to collect information and evaluate the potential scenarios deriving from their interactions⁶⁶.

For example, referring to the “*Technology Risk*”, the strategic nature of technology in any public and/or entrepreneurial activity has the possible interruption of services⁶⁷ as its weak point.

Recalling the “*Third party*”⁶⁸ risk, it has to be highlighted that many entities (both public and private) adopted some spread social media as the main channel of communications, not considering that these are projected and introduced in the market for a different aim than being used as a public and “social blackboard”.

One of the most important considerations should be taken into account - at least from a legal and risk management perspective - concerns the investigation and the definition of liabilities in case (for example) of a (temporary) crash-down of service/app that interrupt the continuity of a related public/private service.

For example, for those entities which chose⁶⁹ some social media to communicate with their own users, without considering the purpose of the tool itself: these, in fact, have no contractual

63 Referring to GDPR article 4(12) ‘personal data breach’ means *a breach of security leading to the accidental or unlawful destruction, loss, alteration, unauthorised disclosure of, or access to, personal data transmitted, stored or otherwise processed.*

64 even, not to say, to concentrate “all of”.

65 In the perimeter of “digital risks” are included several ones, such as Cybersecurity, Workforce, Cloud, Compliance, Third Party, Technology, Automation, Resiliency, Data Privacy, Social Engineering, etc.

66 It should be noted that, in a correct approach the risk assessment should be conducted using the Holistic Complexity methodology, and not only cause-effect one. For details on this matter, A. Capoluongo (eds), *Smart Cities tra Intelligenza Artificiale, Videosorveglianza e Data Protection*, Edizioni Giuridiche Simone, 2023, pp.157-168.

67 such as the potential unavailability of critical systems due to power failures, disruption of the backbone lines on which the data travel; electromagnetic disturbances, deriving from changed geophysical conditions, etc.

68 According to GDPR article 4(10) ‘third party’ means a natural or legal person, public authority, agency or body other than the data subject, controller, processor and persons who, under the direct authority of the controller or processor, are authorised to process personal data. In the field of data protection, according to GDPR, several times requires the formal appointment as External Data Processor, since this latter one processes personal *data* only on behalf of the Data Controller.

69 It is appropriate to recall the principle of the responsibility *in eligendo*.



“working” purpose, but only the creation, maintenance and exchange of relationships on a personal level, without any express guarantee (at least for the users) of *business continuity*.

Therefore, from a technical perspective, any under-evaluation of these sort of circumstances (beyond the fact that it is now a habit in daily practice) should be considered as a serious error of (under)evaluation when conducting the risk assessment. Then, it should be appropriate to exploit what the liabilities and who is responsible in such a case (*i.e.*, of a crash-down).

In this context, it is adequate to shortly recall even to “*resiliency*”, which refers to the risk of a negative event following the adoption of a new technology and the difficulty of minimizing the damage caused. This type of risk has to do with the availability of business operations, and is mostly concerned with business continuity.

Resilience is defined, *inter alia*, as «*the ability of a system, community or society exposed to hazards to resist, absorb, accommodate, adapt to, transform and recover from the effects of a hazard in a timely and efficient manner, including through the preservation and restoration of its essential basic structures and functions through risk management*»⁷⁰.

Therefore, when recalling and referring to “*resilience*”, it is actually proper to adopt that methodology - in a framework of *business continuity* - that allows to operate effectively and efficiently, even in critical circumstances, based on the ability to plan *ex ante* an expected flexibility. As a matter of facts, in making a scenario, it is possible to “draw” some possible ranges of circumstances, but not to “predict” the exact sequence of different expected steps of a specific situation⁷¹.

So, “*resilience*” should be interpreted as the possible and different approaches allowed to manage the critical expected situation: a sort of “*margin for maneuver*”.

In case of the absence of such expected flexibility, the Entity (*i.e.*, the Data Controller and/or Processor) is exposing itself to the “*risk of resilience*”, *i.e.*, the “*ongoing inability*” to adapt and react positively to the critical circumstance it is facing.

In the context of ICT, a possible prevention and mitigation measure to the “*risk of resilience*”, could be the implementation of an integrate business continuity and disaster recovery plan, assuring that alternative technological and organisational solutions are (in advance) analysed, planned and then performed within the emergency plan.

3.2. The right to an alternative

The second issue concerns⁷² the constitutional legitimacy of obliging a citizen to have a mobile device, which requires at least an initial investment⁷³ and recurring costs⁷⁴.

70 Definition given by United Nation Office for Disaster Risk Reduction, UNDRR.

71 It is important to remember the meaning of risk, risk-exposure, and probability of occurrence.

72 at least theoretically.

73 For example, purchase of the device

74 *i.e.*, subscription to the telephone network, electricity, etc.



This consideration should not be seen only from the point of view of an overall and global digitization, but rather from that of a shift (from the supplier to the customer) in management costs.

In several cases of digital divide and modern social exclusions forms⁷⁵, the lack of *substitutability* (and the consequent concentration risk) offers another perspective to be exploited, to better understand the perimeter of this issue.

An example can help to better understand this issue: in Italy, due to physical security measures in order to face and reduce the risk of robbery, bank's entrances are equipped with compasses with metal detectors. These cannot be used by people with certain types of physical disabilities, and so in order to prevent them from finding themselves in an "embarrassment" situation, banks have provided for a "lateral" access which allows them to access, after using an intercom connected to the staff inside the branch. This solution, *inter alia*, should be framed in the context of *security-by-design* and *privacy-by-design*⁷⁶, as a form of conjugation of the *principle of accountability*⁷⁷.

This simple (but effective) example describes the "right to an alternative", *i.e.*, a different way that allows not to violate other fundamental rights and freedoms.

In a dual perspective (both of risk management and legal protection of human rights) it therefore seems necessary that any "by-design" process should take into consideration the various alternatives, both to avoid a specific *risk of concentration*⁷⁸, and to guarantee the correct exercise of individual freedoms and fundamental rights.

3.3. A dual approach

Probably, in the light of the quoted issues and the evolving dynamic situation, a new more complex approach is required: considering that there is a convergence and coexistence of two different fields (the legal and the risk management one), the "risk assessment" should be influenced and characterized by the "balancing of interests".

According to Blaauw-Wolff, this latter one can assume different meanings, depending on the circumstances. Mainly the process of balancing the interest can be referred to the «*weighing up of competing basic constitutional values. It implies that one interest or right takes precedence over another and that the preference afforded that particular interest or right renders the other one as subordinate to the one taking priority. This approach threatens the inner cohesion of the Constitution's*

75 Related to and deriving from poverty, difficulties to access to digital devices, smart cities, low level of education, etc.

76 *i.e.*, integration during its own lifecycle, from the early design stages to implementation, usage and ending of the processes.

77 Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation), Article 5.2

78 which moreover would be a source of further risks.



founding principles, and does not promote equal respect for all the fundamental rights»⁷⁹. As well, «it might refer to the approach of attaining a harmonious concretisation or practical concordance of competing provisions»⁸⁰.

Moreover, it should be added that some authors argue that – in the perimeter of what can be defined “sociological jurisprudence” - there is an important (and sometimes, it is prevalent) judicial “balancing” approach that became what «one scholar calls it one of the “most distinctive features of modern judicial practice” »⁸¹.

On the other hand, the *risk assessment* is a process of identification of potential adverse effects resulting from exposure of different kinds hazards: the risks involved may be expressed in quantitative or in qualitative terms: «the fact that exposure to many potential hazards can occur simultaneously and in varying degrees dictates that the risk assessment process is complex»⁸².

4. Conclusions and follow-up

The evaluation of the “*risk of concentration*” (especially, in *mobile* sector) should be lead taking in consideration both the most traditional aspects (such as economics ones), but also those related to an exposure to a negative impact deriving from an expected reduction of fundamental freedoms and/or rights.

As a matter of facts, it could become very dangerous in not having a supranational political and ethical approach, letting both economic interests and ITC evolution lead this process, without a clear framework.

Indeed, if the market, *lato sensu*, reaches a very widespread level of pervasiveness in the distribution of such applications, it would be very complex and difficult (if not downright, impossible) to subsequently be able to take a step back (in the case of conscious, but belated, understanding of this issue).

79 H. Mostert, *Liberty, Social Responsibility and Fairness in the context of Constitutional property protection and regulation*, in H. Botha, A. van der Walt, J. van der Walt (eds), *Rights and Democracy in a transformative Constitution*, Sun Press, 2003 p. 153

80 *ibidem*

81 G.F. Intocchia, *Reassessing Judicial Capacity to Resolve Complex Questions of Social Policy*, in *Journal of Legal Studies*, United States Air Force Academy, Department of Law, vol.11, 2001, p.141

82 Risk Assessment, United States. Environmental Protection Agency. Office of International Activities, 1992, p.3

TUTELA DELL'AMBIENTE, AREE PROTETTE E GOVERNO DEL TERRITORIO: SPUNTI COMPARATISTICI E PROSPETTIVE DOPO LA MODIFICA DELL'ART. 9 COST.*

Ignazio Spadaro**

Abstract [ITA]: L'articolo prospetta una parziale rilettura dell'odierno riparto verticale delle competenze in tema di ambiente, sulla base delle modifiche apportate all'art. 9 Cost. dalla legge costituzionale n. 1/2022, per poi verificarne la sostenibilità sia alla luce della vigente disciplina interna sulle aree naturali protette, sia dell'esperienza maturata, nella medesima materia, in seno all'ordinamento spagnolo. Infine, ci si interroga sull'effettiva capacità delle Regioni italiane a farsi carico della tutela degli ecosistemi, stante la concorrenza di alcuni fattori che sembrano, invece, ostacolarla.

Parole chiave: articolo 9 Cost. - protezione dell'ambiente - governo del territorio - regionalismo - Spagna

Abstract [ENG]: The essay proposes a partial reinterpretation of the current division of regulatory competences in the field of the environment, on the basis of the changes made to Article 9 Const. by Constitutional Law no. 1/2022. Then, it checks the appropriateness of this thesis both in the light of the current internal regulation on protected natural areas, as well as the experience gained within the Spanish legal system. Finally, the real ability of the Italian Regions to take charge of the protection of ecosystem is questioned, owing also to some factors seemingly hindering that.

Key words: Article 9 Const. - environmental protection - territorial governance - regionalism - Spain

SOMMARIO: 1. La legge costituzionale n. 1/2022 nel quadro delle recenti tendenze verso un *global environmental constitutionalism*. – 2. L'evoluzione del riparto delle competenze normative in tema di ambiente. – 3. *Segue*. La svolta ri-accentratrice del 2001. – 4. Il ruolo delle Autonomie territoriali nella legislazione sulle aree naturali protette. – 5. *Segue*. Le ragioni di un anacronismo. – 6. Gli spunti offerti dal “nuovo” art. 9 Cost. sul riparto verticale delle competenze in materia ambientale. – A) L'ambiente come patrimonio della «Repubblica». – B) Dal «pluralismo ambientale» al pluralismo istituzionale. – 7. Prospettive di rinnovata partecipazione regionale alla tutela dell'ambiente – 8. Il «governo del territorio» come spazio privilegiato di partecipazione regionale alla tutela dell'ambiente. – 9. Alcune conferme dall'esperienza spagnola. Premessa metodologica. – 10. *Segue*. La «*protección del medio ambiente*» come competenza comunitaria. – 11. *Segue*. Gli intrecci tra tutela ambientale e «*ordenación del territorio*». – 12. *Segue*. Comunità Autonome ed esperienze di pianificazione territoriale “ecologicamente orientata”. – 13. Considerazioni di sintesi ed ulteriori riscontri sul piano interno. – 14. Luci ed ombre sull'effettiva capacità delle Regioni italiane di contribuire alla tutela dell'ambiente.



1. La legge costituzionale n. 1/2022 nel quadro delle recenti tendenze verso un «*global environmental constitutionalism*».

Nel febbraio 2022 il Parlamento italiano ha modificato, per la prima volta, una delle disposizioni che esprimono i principi fondamentali della Costituzione, aggiungendo un terzo comma all'articolo 9¹. Per effetto di tale novella la «Repubblica», alla quale il Costituente aveva già affidato la promozione della «cultura» e della «ricerca scientifica e tecnica» (comma 1), nonché la tutela del «paesaggio» e del «patrimonio storico e artistico della Nazione» (comma 2), assume ora l'impegno di preservare «l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni»². Inoltre, è stata introdotta una riserva di legge statale concernente «i modi e le forme di tutela degli animali».

Ulteriori modifiche hanno riguardato l'art. 41 Cost.: nel testo del comma 1, ai beni giuridici già suscettibili di entrare in bilanciamento con la libertà d'iniziativa economica privata, ossia l'«utilità sociale», la «sicurezza», la «libertà» e la «dignità umana», sono stati aggiunti la «salute» e l'«ambiente», mentre al comma 2 si è introdotta la possibilità, per i pubblici poteri, di indirizzare e coordinare l'economia per fini non più soltanto «sociali», ma anche «ambientali».

Per effetto di tali novelle, anche quella italiana sembra essere ascrivibile, oramai, al paradigma delle cd. «*environmental Constitutions*», che nel panorama comparatistico ha oramai

1* Testo, rivisto e corredato di note, dell'intervento svolto nella IV Conferenza annuale della sezione italiana dell'*International Society of Public Law*, dal titolo «Politica e Istituzioni tra trasformazioni e riforme» (Università «Bocconi» - Milano, 13-14 ottobre 2023). Il lavoro fa parte di un numero speciale della Rivista, concepito nell'ambito del progetto di ricerca «Il Governo dei Parchi siciliani tra riforme legislative, modifiche costituzionali ed attuazione del PNRR: prospettive di diritto regionale, europeo e comparato» presso l'Università degli Studi di Catania, Dipartimento di Giurisprudenza (responsabile: dott. Giuliano Vosa). Le pubblicazioni fanno seguito agli interventi presentati nel corso di alcuni *panels* tematici su «Aree protette all'indomani della riforma costituzionale» organizzati nel quadro del medesimo progetto di ricerca e svoltisi durante la Conferenza sopra citata.

** Assegnista di ricerca in Diritto pubblico comparato nell'Università degli studi di Catania.

Il testo definitivo della legge costituzionale 11 febbraio 2022, n. 1, nasce dall'unificazione di ben diciotto proposte, depositate da parlamentari di pressoché tutti gli schieramenti (AA.CC. 15, 143, 240, 2124, 2150, 2174, 2315, 2838, 2914, 3181; AA.SS. 83, 212, 938, 1203, 1532, 1627, 1632, 2160). Sulle origini della riforma v. per tutti, favorevolmente, M. D'AMICO, *Commissione Affari Costituzionali, Senato della Repubblica Audizione sui Disegni di legge costituzionale nn. 83 e connessi (14 novembre 2019)*, in *Oss. AIC*, n. 4/2019, p. 94 ss.

2 Sulle molteplici implicazioni del riferimento alle generazioni future si rinvia all'ampia rassegna dottrinale «I diritti delle nuove generazioni nel nuovo art. 9 Cost.», pubblicata dal Servizio Studi della Corte costituzionale il 23 giugno 2023 (accessibile da www.cortecostituzionale.it), ed a F. CIRILLO, *L'interesse delle future generazioni: ragionamenti fallaci e interpretazioni sostenibili*, in *AmbienteDiritto*, n. 2/2023, p. 13 ss., che propone un raffronto con l'ordinamento tedesco; più in generale, cfr. già R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Milano, Giuffrè, 2008, *passim*.



acquisito una chiara fisionomia ed è, anzi, divenuto dominante³. Com'è noto, l'acuirsi del cambiamento climatico e dei disastrosi fenomeni da esso provocati, come la desertificazione, l'innalzamento degli oceani o la verifica di eventi meteorologici estremi, sta determinando una rinnovata presa di coscienza dei «limiti della Terra»⁴, ed è sempre più diffusa la consapevolezza dell'insostenibilità, sociale ed economica, dell'odierno sistema produttivo, imperniato sullo sfruttamento massiccio ed indiscriminato delle risorse naturali. La questione ambientale⁵, grazie anche al moltiplicarsi di iniziative di protesta e sensibilizzazione di grande impatto mediatico, si sta quindi imponendo al centro del dibattito politico, sia all'interno dei singoli Paesi che a livello internazionale.

Le avanguardie normative di tale rivolgimento hanno fatto la propria comparsa in America Latina, per via dell'accresciuto peso politico-elettorale delle popolazioni indigene, un tempo discriminate, e della conseguente valorizzazione del relativo bagaglio culturale, ispirato proprio ad una spiccata sensibilità per la conservazione della natura. Non a caso, è proprio la Costituzione ecuadoregna ad aver fatto propria, sin dal 2008, una delle declinazioni più estreme di eco-centrismo, spingendosi a qualificare «la natura» come soggetto giuridico titolare di diritti (art. 10) ed inaugurando, così, un filone che è stato successivamente ripreso, in varia misura, da numerosi altri ordinamenti⁶.

Va detto che, rispetto a simili approdi, quelli raggiunti dall'ordinamento italiano nel 2022 paiono più modesti. Cionondimeno, affermare che legge costituzionale n. 1/2022 abbia operato un mero «*maquillage* normativo»⁷, come ha sostenuto parte della dottrina, non sembra del tutto

3 Sul tema v. in generale L. COLLINS, *The Ecological Constitution*, Londra - New York, Routledge, 2021, p. 18 ss., e J. MAY - E. DALY, *Global Judicial Handbook on Environmental Constitutionalism*, Nairobi, UNEP, 2019³, p. 19 ss., cui *adde*, anche per alcuni riferimenti giurisprudenziali, S. ATAPATTU, *Environmental justice, climate justice and constitutionalism*, in J. JARIA-MANZANO - S. BORRÀS (a cura di), *Research Handbook on Global Climate Constitutionalism*, Cheltenham - Northampton, Elgar, 2019, p. 207 ss., e G. SANTINI, *Costituzione e ambiente: la riforma degli artt. 9 e 41 Cost.*, in *Forum Quad. Cost. Rass.*, n. 2/2021, p. 476 ss. Il cd. «costituzionalismo ambientale» è, tuttavia, un campo ancora relativamente inesplorato, al punto che non vi è accordo, tra i giuristi, neppure sulla sua esatta definizione concettuale, come puntualmente osservato da A. PRATAP SINGH, *Towards 'the environmental state': revelations from a design-oriented enquiry of environmental constitutionalism*, in *Environ. L. Rev.*, n. 2/2023, p. 127.

4 Su questo concetto v. i corposi richiami operati da M. PIERRI, *Il limite antropocentrico dello sviluppo sostenibile nella prospettiva del personalismo costituzionale*, in *Riv. quadrim. dir. pubbl. amb.*, n. 2/2022, p. 253, nt. 80.

5 Sugli «interrogativi» che gli odierni rivolgimenti ambientali e climatici pongono, in particolare, al costituzionalista v. S. GRASSI, *Ambiente e Costituzione*, in *Riv. quadrim. dir. amb.*, n. 3/2017, pp. 6-7

6 Molteplici riferimenti in D. FUSCHI, *Rights of nature in the Constitutions of Ecuador and Bolivia*, in *Ambientediritto*, n. 2/2023, p. 2 ss., e B. RICHARDSON - N. HAMASKI, *Rights of Nature Versus Conventional Nature Conservation: International Lessons from Australia's Tarkine Wilderness*, in *Environ. Pol'y & L.*, n. 51 (2021), p. 161 ss., cui cfr. La trattazione monografica di S. BALDIN, *Il Buen Vivir nel costituzionalismo andino. Profili comparativi*, Torino, Giappichelli, 2019, p. 23 ss.

7 C. SARTORETTI, *La riforma costituzionale "dell'ambiente": un profilo critico*, in *Riv. giur. edilizia*, n. 2/2022, p. 133; analogamente C. DE FIORES, *Le insidie di una revisione pleonastica. Brevi note su ambiente e*



fondato. E infatti, se da un canto è vero che la modifica degli artt. 9 e 41 Cost. trae spunto da orientamenti già sedimentati, circa la levatura superprimaria del bene “ambiente” e l’esistenza di un diritto fondamentale alla relativa salubrità⁸, resta il fatto che la messa per iscritto di un principio non può mai dirsi irrilevante, in quanto lo sottrae, ad esempio, al rischio di *revirements* giurisprudenziali, conferendo ad esso una certa stabilità⁹. A ciò si aggiunga, nel caso di specie, il carattere inedito di alcuni riferimenti testuali, quali la «biodiversità», l’«interesse delle future generazioni», la «tutela degli animali»¹⁰. Novità sulle quali, infatti, i costituzionalisti hanno subito avvertito la necessità di interrogarsi, dando vita ad un dibattito che è tuttora assai ampio¹¹.

In questa sede ci si soffermerà su un aspetto ancora poco indagato in dottrina, ossia l’incidenza del “nuovo” art. 9 Cost. sul riparto delle competenze in materia di ambiente. A tal fine, sembra utile muovere da una ricostruzione delle disposizioni costituzionali e degli orientamenti interpretativi succedutisi nel corso degli anni, per poi raffrontarli con una legislazione di settore, quella sulle aree naturali protette, che ancor più di altre, come si vedrà meglio a breve, richiede un “dialogo” aperto tra i diversi livelli di governo.

2. L’evoluzione del riparto delle competenze normative in tema di ambiente.

Com’è noto, l’art. 117 Cost., nel testo risultante dalla riforma del 2001, riserva al legislatore statale la «tutela dell’ambiente [e] dell’ecosistema» (comma 2, lett. s), lasciando ai Consigli regionali la mera «valorizzazione» dei beni ambientali entro «principi» fissati, anch’essi, da atti normativi di fonte statale (comma 3). Tali previsioni si applicano anche alle Regioni speciali, in quanto delineano «forme di autonomia più ampie» di quelle contemplate dai rispettivi Statuti (art. 10 legge cost. n. 3/2001). È vero, infatti, che questi ultimi sottopongono la “tutela del paesaggio”, quale parte della materia “ambiente”¹², a competenza concorrente o,

Costituzione, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2021, p. 149 ss. *Contra v.*, però, M. BENVENUTI, *La revisione dell’articolo 41, commi 2 e 3, della Costituzione, i suoi destinatari e i suoi interpreti*, in *Riv. AIC*, n. 2/2023, pp. 66-67, il quale rimarca che l’«innovatività» sarebbe intrinseca insita nel concetto stesso di «giuridicità». 8 C. cost., sentenza 7 ottobre 2003, n. 307, § 8. *Contra v.* però A. SIMONCINI - E. LONGO, *Art. 32*, in R. BIFULCO - A. CELOTTO - M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario*, cit., vol. I, p. 661 ss., e D. AMIRANTE, *Profili di diritto costituzionale*, cit., p. 243 ss., ed ulteriori Autori ivi citati.

9 Lo rileva M. CECCHETTI, *La disciplina sostanziale della tutela dell’ambiente nella Carta repubblicana: spunti per un’analisi della riforma degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *Istituzioni del Federalismo*, n. 4/2022, p. 799, cui cfr. già S. RODOTÀ, *Relazione introduttiva*, in P. PERLINGIERI (a cura di), *Il danno ambientale con riferimento alla responsabilità civile*, Napoli, ESI, 1991, pp. 12-13.

10 V., anche per i ricchi riferimenti dottrinali, M. PIERRI, *Il limite antropocentrico*, cit., p. 282 ss.

11 Al riguardo si segnalano sin d’ora gli Atti del Seminario AIC “La cultura dell’ambiente nell’evoluzione costituzionale”, pubblicati in *Riv. AIC*, n. 3/2023; AA.VV., *La riforma costituzionale in materia di tutela dell’ambiente*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022; D. DI PAOLA - G. TRENTA (a cura di), *La valorizzazione costituzionale dell’ambiente. Articoli 9 e 41 Costituzione*, Tortorici, AmbienteDiritto.it, 2023.

12 Deve segnalarsi, benché sembri ancora minoritaria, la tesi secondo cui proprio il “nuovo” art. 9 Cost. implicherebbe una netta separazione concettuale tra «paesaggio» e «ambiente»: v. E. PARISI, *I moderni caratteri del concetto giuridico di paesaggio*, in *Federalismi*, n. 17/2023, p. 185 ss.



addirittura, esclusivamente regionale¹³, ma tale riserva incontra un limite nelle clausole statutarie che fanno salva la competenza dello Stato sulle «grandi riforme economico-sociali». Clausole che, per di più, la Consulta tende ad interpretare estensivamente, determinando, di fatto, la sistematica prevalenza della normativa statale¹⁴.

È interessante richiamare che nel 2001, all'indomani della riforma, l'odierna formula dell'art. 117 Cost. lasciò perplessi quanti vi ravvisarono un arretramento di quegli spazi di autonomia che le Regioni avevano, invece, progressivamente acquisito fino a quel momento¹⁵. Nel testo originario, infatti, la materia "ambiente" non era presa in considerazione, con la conseguenza, forse neppure del tutto ponderata, di rimetterne allo Stato l'intera disciplina¹⁶, se non addirittura di far dubitare della relativa configurabilità come autonomo titolo competenziale¹⁷. Cionondimeno, col tempo la Corte costituzionale avrebbe finito per riconoscere ai Consigli regionali i medesimi spazi d'intervento di cui essi già disponevano nelle materie di competenza concorrente, ritenendo che alcune di esse dovessero interpretarsi

13 Per la prima ipotesi v. l'art. 6, n. 3) St. Friuli-Venezia Giulia, che in talune materie conferisce alla Regione la facoltà di «adeguare alle sue particolari esigenze le disposizioni delle leggi della Repubblica emanando norme di integrazione e di attuazione». Competenza esclusiva è riconosciuta, invece, dall'art. 14, co. 1, lett. n) St. Sicilia e l'art. 2, lett. q) St. Valle d'Aosta, cui *adde*, ancora, l'art. 8, co. 1, n. 6) St. Trentino-Alto Adige per le Province di Trento e Bolzano.

14 V., *ex permultis*, la sentenza 22 luglio 2021, n. 160, § 2.2.3, ed ulteriori rinvii. È significativo che il limite *de quo* sia sempre stato giudicato applicabile anche alla Sicilia, nonostante l'art. 14 del relativo Statuto contenga una formula parzialmente diversa, che menziona le sole «riforme agrarie e industriali deliberate dalla Costituente del popolo italiano».

15 Un'inversione di rotta addirittura «sconcertante» secondo G. COCCO, *La legislazione in tema di ambiente è ad una svolta?*, in *RGA*, n. 3-4/2002, p. 419, cui cfr. l'«allarmismo» dottrinale addotto (ma apparentemente non condiviso) da D. AMIRANTE, *Profili di diritto costituzionale dell'ambiente*, in P. DELL'ANNO - E. PICOZZA (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, vol. I, Padova, Cedam, 2012, pp. 239-240, p. 260.

16 Cfr. D. AMIRANTE, *op. cit.*, pp. 239-240, secondo il quale il silenzio dei Costituenti, più che veicolare una precisa scelta politica, tradisse solo la «scarsa sensibilità giuridica dell'epoca per i problemi ambientali».

17 Al riguardo, è doveroso richiamare M. S. GIANNINI, *Diritto dell'ambiente e del patrimonio naturale e culturale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1971, p. 1124 ss., secondo cui il vocabolo poteva intendersi, a seconda del contesto normativo, in tre accezioni distinte (insieme di elementi paesaggistici e culturali, contrasto all'inquinamento, unione di urbanistica e governo del territorio). Per una panoramica delle diverse teorie giuridiche dell'ambiente proposte in dottrina si rinvia a B. CARAVITA - A. MORRONE, *Ambiente e Costituzione*, in AA.VV., *Diritto dell'ambiente*, Bologna, Il Mulino, 2016, p. 21 ss.



estensivamente (agricoltura, foreste)¹⁸ o, comunque, che fossero in «collegamento funzionale» con la «protezione ambientale»¹⁹.

Fu proprio tale afflato filo-autonomista a spingere il Parlamento verso una ri-allocazione delle funzioni amministrative sempre più sensibile al principio di sussidiarietà. Infatti, mentre nel 1972, nel trasferire alle Regioni competenze in materia ittica, venatoria ed agro-forestale, lo Stato aveva trattenuto quelle su «protezione della natura» e «parchi nazionali»²⁰, solo quattro anni più tardi tali sub-materie “migrarono” anch’esse nella sfera regionale, in quanto «organicamente» connesse all’agricoltura e, soprattutto, all’urbanistica²¹. Nel medesimo solco si sarebbero posti, più tardi, anche gli artt. 68, 69 e 70 del decreto legislativo n. 112/1998, cui si deve la pressoché piena “regionalizzazione” di tutti gli interventi in materia ambientale ed il residuo, in capo alle Amministrazioni centrali, dei soli compiti di supporto o legati ad interessi geograficamente infrazionabili²².

La dottrina partecipò attivamente a tale processo, sostenendo lo sforzo, operato dalla Consulta a partire già dalla seconda metà degli anni Ottanta²³, di ricostruire la tutela dell’ambiente alla stregua di un «valore costituzionale», come tale logicamente «trasversale» rispetto ai confini tracciati dall’art. 117 Cost.²⁴. E tuttavia, si trattava di un’impalcatura inevitabilmente precaria, perché priva di riferimenti espressi sul piano esegetico. A riprova, basti considerare come la riconduzione del concetto di ambiente a quello di “paesaggio”, addotta per i siti di particolare pregio estetico già nel 1959²⁵, se per un verso consentì alla Corte

18 In questo senso C. cost., sentenza 12 maggio 1977, n. 72; ma cfr. C. cost., sentenza 14 luglio 1976, n. 175, § 2, che già aveva evidenziato le «inevitabili interferenze» tra «ambiente» e «urbanistica», quantomeno in corrispondenza della disciplina delle riserve naturali. Sul tema v. più approfonditamente M. CECCHETTI, *Principi costituzionali per la tutela dell’ambiente*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 290 ss.

19 In questi termini la sentenza 22 maggio 1987, n. 183, § 2, che menziona l’urbanistica e tutte «quelle [materie] che riguardano comunque il territorio». In dottrina v. per tutti M. COLUCCI, *Nota a Corte costituzionale n. 183/1987*, in *RGA*, 1987, p. 313 ss.

20 Così l’art. 4 DPR 15 gennaio 1972, n. 11, rispettivamente alle lettere h) e s), che facevano salvi solo «gli interventi regionali non contrastanti con quelli dello Stato».

21 V. gli artt. 66 e 83 DPR 24 luglio 1977, n. 616. Su questa fase v. A. VUOLO, *L’ambiente e il problematico assetto delle competenze tra Stato e Regioni*, in *Nomos*, n. 3/2021, p. 2 ss.

22 Ad esempio, assicurare l’attuazione omogenea del diritto internazionale e comunitario; la tutela dell’ecosistema marino e delle specie in via di estinzione; la fissazione, per determinate tipologie di attività umane, di standard territorialmente uniformi di salubrità e sicurezza.

23 V. la sentenza 15 maggio 1987, n. 167, § 5.2, cui cfr. analogamente C. cost., sentenze 30 giugno 1988, n. 744, § 3, e 15 novembre 1988, n. 1031, § 5.1. In dottrina, v. D. BORGONOVO RE, *Riserve marine, conflitto di competenze e tautologia dell’interesse nazionale*, in *Reg.*, n. 1/1990, p. 306 ss.

24 V. in particolare G. MORBIDELLI, *Il regime amministrativo speciale dell’ambiente*, in AA.VV., *Scritti in onore di Alberto Predieri*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1996, p. 1141.

25 Cfr. già C. cost., sentenza 19 dicembre 1959, n. 65, che invece aveva collocato nell’alveo dell’art. 9 Cost. le sole «bellezze naturali», in conformità ad un orientamento dottrinale che sarebbe, poi, stato sistematizzato solo da A. M. SANDULLI, *Scritti in memoria di Antonino Giuffrè*, vol. III, Milano, Giuffrè,



di riconoscere alla protezione della natura il rango di interesse «primario ed assoluto», in quanto presidiato da uno dei Principi fondamentali della Costituzione²⁶, paradossalmente pose le condizioni per un abbassamento del livello sostanziale della tutela del patrimonio *stricto sensu* “ambientale”. Alcuni anni più tardi, infatti, proprio su queste basi si sarebbe fondata la tesi secondo cui debbono considerarsi “paesaggistici” e, quindi, meritevoli di protezione non solo gli elementi geomorfologici e florofaunistici, ma anche quelli di origine antropica, benché perturbativi dei primi²⁷. Secondo questa impostazione, rispetterebbe l'imperativo costituzionale di proteggere l'«ambiente» (inteso come «paesaggio») il restauro di stabilimenti industriali dismessi o, financo, la realizzazione di ampliamenti urbanistici, purché operati in modo rispettoso del «valore estetico-culturale» del territorio²⁸. Al contrario, sarebbe quantomeno problematica la costruzione di impianti eolici e di qualsiasi altra opera volta alla produzione di energia “pulita”, se sgradevole sotto il profilo estetico²⁹.

Quanto appena richiamato spiegherebbe perché in seguito sia la Corte costituzionale che, soprattutto, la Corte di Cassazione abbiano adottato una prospettiva in parte diversa, agganciando la tutela dell'ambiente – ove l'oggetto del giudizio lo consente – anche a disposizioni poste a tutela di diritti individuali, *in primis* quello alla salute (art. 32 Cost.)³⁰. Del

1967, p. 893 ss. Sul nesso tra tale opzione interpretativa e la cd. «teoria della pietrificazione» del paesaggio, di matrice tedesca, v. B. CARAVITA - A. MORRONE, *L'ambiente e i suoi confini*, in AA.VV., *Diritto dell'ambiente*, cit., pp. 41-42.

26 In questi termini, *ex multis*, la sentenza 30 dicembre 1987, n. 641, § 2.2, XIII cpv., anche nella nota di B. CARAVITA, *Il danno ambientale tra Corte dei conti, legislatore e Corte costituzionale*, in RGA, n. 1/1988, p. 93 ss.

27 V. la sentenza 27 giugno 1986, n. 151, § 4, cui cfr. C. cost. 30 maggio 2008, n. 180, anche nelle considerazioni di F. ALBANESE, *La tutela del paesaggio contro la tutela dei parchi*, in *Lexambiente*, marzo 2024. La tesi del «paesaggio» come «forma» assunta dal territorio, anche per effetto delle trasformazioni impresse dalle «comunità che lo abitano», era stata addotta già da A. PREDIERI, *Significato della norma costituzionale sulla tutela del paesaggio*, in ID., *Urbanistica, Tutela del paesaggio, Espropriazioni*, Milano, Giuffrè, 1969, p. 3 ss.

28 C. cost., sentenza n. 151/1986, *loc. cit.*

29 Cfr., anche per ulteriori riferimenti, G. ROSSI, *La “materializzazione” dell'interesse all'ambiente*, in ID. (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Torino, Giappichelli, 2017⁴, p. 27; da ultimo, TAR Molise, sentenza 20 dicembre 2023, n. 346.

30 V., rispettivamente, C. cost., sentenza 28 maggio 1987, n. 210, § 4.5, e Cass. civ. (S.U.), sentenza 6 ottobre 1979, n. 5172, e peraltro sulla scorta di quanto già autorevolmente osservato da C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, vol. II, Padova, Cedam, 1976, p. 1134. Sugli sviluppi successivi v. S. PAJNO - V. PUCCI, *Il diritto “fondamentale” alla salute nei procedimenti di valutazione ambientale*, in *Federalismi*, n. 27/2020, p. 143 ss., cui cfr. però la mancata “svolta” eurounitaria di CGUE (GS), sentenza 22 dicembre 2022, § 34 ss., causa C-61/21, JP (anche nella nota di M. FISICARO, *Norme intese a conferire diritti ai singoli e tutela risarcitoria di interessi diffusi: una riflessione a margine della sentenza JP c Ministre de la Transition écologique*, in *Eur. Papers*, n. 1/2023, p. 132 ss.) e da ultimo, sull'inammissibilità del cd. contenzioso climatico nell'ordinamento italiano Trib. civ. Roma, sentenza 26 febbraio 2024. Su quest'ultima pronuncia v. almeno L. CARDELLI, *La sentenza “Giudizio Universale”: una decisione retriva*, in



resto, già sul finire degli anni Settanta del secolo scorso anche il legislatore ordinario è sembrato muoversi in quest'ottica, riconoscendo che la tutela della «salute fisica e psichica» implica la «promozione e la salvaguardia della salubrità [...] dell'ambiente naturale di vita e di lavoro» (art. 2, co. 1, n. 5), legge n. 833/1978), ed analoga sensibilità traspare anche dalla giurisprudenza di Strasburgo, seppur, forse, con maggior attenzione per la regolarità «procedurale» dei bilanciamenti di interessi che per i relativi esiti³¹.

3. Segue. La svolta ri-accentratrice del 2001.

All'indomani dell'entrata in vigore del "nuovo" art. 117 Cost. la sentenza della Corte costituzionale n. 407/2002 negò che l'inserimento di ambiente ed ecosistema tra le materie di competenza statale esclusiva ne avesse travolto la pregressa «trasversal[ità]»³². Al contempo, essa circoscrisse l'intervento dei Consigli regionali entro i limiti di quanto necessario alla cura di interessi distinti («funzionalmente collegati», «ulteriori») rispetto a quelli *stricto sensu* ambientali, il cui «carattere unitario» ne giustificava, invece, la riserva «[a]llo Stato» (§ 33.2, II cpv.). Tale ricostruzione pose le basi per un lungo periodo di «instabile ambiguità» nel modo d'intendere il riparto di competenze in materia³³, con progressivo avanzamento della concezione "materiale" dell'ambiente, risaltante dalla lettera dell'art. 117 Cost., rispetto a quella "valoriale", aperta alla condivisione³⁴. Invero, quest'ultima non è stata formalmente abbandonata, figurando anche in pronunce recenti³⁵, ma ciò non ha impedito un complessivo

www.lacostituzione.info, marzo 2024, e cfr. già I. BRUNO, *La causa «Giudizio Universale». Quattro test costituzionali sui poteri del giudice adito*, in *Federalismi*, n. 18/2022, p. 33 ss.

31 Lo osserva, nel quadro di nutriti rinvii giurisprudenziali, D. SICLARI, *La tutela del diritto ad un ambiente salubre tra attività prestazionale dell'Amministrazione e vincoli di bilancio*, in *Nomos*, n. 3/2017, p. 6. Sul tema v. più di recente A. GALANTI, *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sulla tutela dell'ambiente: approdi, prospettive e portata precettiva*, in *RGA online*, aprile 2022, § 1 ss.

32 Sentenza 26 luglio 2002, n. 407, § 33.2, I cpv. Su questa fondamentale pronuncia v. almeno M. CECCHETTI, *Legislazione statale e legislazione regionale per la tutela dell'ambiente: niente di nuovo dopo la riforma costituzionale del Titolo V, Reg.*, n. 1/2003, p. 318 ss., e S. MANGIAMELI, *Sull'arte di definire le materie dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, *ibid.*, p. 337 ss., cui adde, ancora a distanza di qualche anno, G. D'ALFONSO, *La tutela dell'ambiente quale «valore costituzionalmente primario» prima e dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, in F. LUCARELLI (a cura di), *Ambiente, territorio e beni culturali nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, ESI, 2006, p. 3 ss.

33 N. PIGNATELLI, *La dimensione ambientale nel più recente contenzioso costituzionale Stato-Regioni: profili processuali e sostanziali*, in *Federalismi*, n. 13/2023, p. 285, cui cfr. analogamente la «fortissima dose di ambiguità» lamentata da P. CARETTI - V. BONCINELLI, *La tutela dell'ambiente negli sviluppi della giurisprudenza costituzionale pre e post-riforma del Titolo V*, in *Giur. cost.*, n. 6/2009, p. 5191.

34 Lo rileva, con particolare riferimento ad alcune pronunce del 2008, R. BIFULCO, *Una rassegna della giurisprudenza costituzionale in materia di tutela dell'ambiente*, in *Corti supr. e salute*, n. 2/2019, p. 309. Secondo parte della dottrina, le due «visioni» dell'ambiente non sarebbero in conflitto: v. G. VIVOLI, *La modifica degli artt. 9 e 41 della Costituzione: una svolta storica per l'ambiente o «molto rumore per nulla»?», in *Queste Istituz.*, n. 1/2022, p. 21, ed ulteriori rinvii.*

35 V. *ex multis* C. cost., sentenza 20 luglio 2021, n. 158, § 4.2, cui cfr. tuttavia la «difficoltà» a «conciliar[le]» evidenziata da C. Sartoretti, *La tutela dell'ambiente nella giurisprudenza costituzionale: un*



declino dell'autonomia regionale in tale ambito, se non a fronte dell'art. 117, co. 2 Cost. (che la escluderebbe del tutto), quantomeno rispetto al periodo ante-Riforma. Emblematica di tale evoluzione fu la sentenza n. 367/2007, con cui la Consulta capovolse la lettura data fino a quel momento all'art. 9 Cost., affermando che il riferimento al «paesaggio», ivi contenuto, proprio perché attestava l'importanza dell'ambiente per l'intera comunità nazionale, giustificava la prevalenza della legislazione statale volta a preservarlo nei confronti di ogni norma regionale vertente su materie concorrenti o, persino, residuali³⁶.

È significativo che nella giurisprudenza costituzionale dell'ultimo ventennio l'ambiente abbia perso la propria natura di «bene immateriale»³⁷, divenendo, piuttosto, un «bene della vita, materiale e complesso»³⁸. Se ne è consumato, così, un sostanziale distacco dallo Stato-ordinamento, comprensivo degli enti territoriali³⁹, a favore dello Stato-persona, che infatti – richiamando alcune pronunce – rimane l'unico soggetto costituzionalmente legittimato a sollecitarne il ripristino, ove danneggiato⁴⁰, ed a regolarne l'utilizzo⁴¹. Per contro, alle Regioni rimane la possibilità di legiferare solo su singoli «componenti o aspetti» del bene in esame, e comunque solo per la cura di interessi «diversi» dalla relativa conservazione⁴², che le leggi regionali possono tutt'al più «lambire» come «effetto indiretto e marginale»⁴³.

Più in dettaglio, spetta allo Stato la fissazione di standard uniformi di tutela ambientale, che ciascuna Regione resta, poi, libera di derogare *in melius*⁴⁴. Tale regola subisce, tuttavia,

problema concettuale non risolto?, in L. CUOCOLO - E. MOSTACCI (a cura di), *Il riparto di competenze tra Stato e Regioni. Vent'anni di giurisprudenza costituzionale sul Titolo V*, Pisa, Pacini, 2023, p. 192.

36 Sentenza 7 novembre 2007, n. 367, § 7.1, annotata da D. TRAINA, *Il paesaggio come valore assoluto*, in *Giur. cost.*, n. 6/2007, p. 4075 ss. La Corte menziona, in particolare, la competenza concorrente in materia di «governo del territorio» e «valorizzazione dei beni culturali e ambientali» (IV e V cpvv.).

37 C. cost., sentenza 30 dicembre 1987, n. 641, § 2.2; ordinanza 12 aprile 1990, n. 195

38 V. in particolare la sentenza 14 novembre 2007, n. 378, § 4, I cpv., anche nella nota di F. BAILO, *Rifiuti e conservazione degli habitat naturali: una riconferma (ma non troppo!) della giurisprudenza costituzionale in materia ambientale*, in *Giur. it.*, n. 7/2008, p. 1631 ss.

39 Cfr. C. cost., sentenza n. 641/1987, cit., XIII cpv., e ordinanza 12 aprile 1990, n. 195.

40 In questo senso C. cost., sentenza 1° giugno 2016, n. 126, § 5.1 ss., che infatti giudica compatibile con la Costituzione l'accentramento della legittimazione ad agire per il risarcimento del danno ambientale al solo Ministero (art. 311 cod. amb.) e la soppressione di quella precedentemente riconosciuta dall'art. 18 legge 8 luglio 1986, n. 349, agli enti territoriali interessati. Sul tema v. per tutti M. BETZU - S. ARU, *Il risarcimento del danno ambientale tra esigenze unitarie e interessi territoriali*, in *Giur. cost.*, n. 4/2016, p. 1520 ss.; tra i civilisti, U. SALANITRO, *Il danno ambientale tra interessi collettivi e interessi individuali*, *ibid.*, n. 1/2018, p. 246 ss.

41 C. cost., sentenza n. 378/2007, cit., § 4, IV cpv.; più di recente, cfr. C. cost., sentenza 7 ottobre 2021, n. 189, § 5.2.

42 Sentenza n. 378/2007, cit., § 4, VI cpv.

43 Sentenza 18 giugno 2008, n. 214, § 3; l'orientamento si è definitivamente consolidato a partire dalla successiva sentenza 5 marzo 2009, n. 61, § 4.

44 V., tra le altre, C. cost., sentenze 31 ottobre 2012, n. 244, § 3, e 10 aprile 2014, n. 86, § 3, cui *adde*, più di recente, le sentenze 17 febbraio 2021, n. 21, § 4.1, e 5 maggio 2021, n. 86, § 8, II cpv.



molteplici eccezioni. Anzitutto, la competenza regionale, sia essa concorrente o residuale, resta paralizzata tutte le volte in cui l'oggetto della disciplina rientri «all'interno dell'ambiente come bene unitario», p. es. in tema di pesca, smaltimento dei rifiuti ed aree protette⁴⁵. Ciò vale, peraltro, anche per le Regioni a Statuto speciale, posto che la Corte tende ad interpretare gli standard ambientali come espressione di «riforme economico-sociali», in grado di limitare la potestà legislativa cd. primaria di cui godono tali Enti⁴⁶. Anche in tali materie opera, inoltre, il meccanismo della cd. attrazione in sussidiarietà, di cui il legislatore statale si è avvalso per monopolizzare, di fatto, un settore di competenza concorrente e ad alto impatto ambientale, qual è quello dell'«energia», con particolare riferimento a ricerca e trasporto degli idrocarburi⁴⁷.

Ed ancora, l'intervento dei Consigli regionali resta escluso, anche in senso migliorativo, quando ciò pregiudicherebbe il «punto di equilibrio» individuato dal Parlamento nel bilanciare la salubrità dell'ambiente con ogni altro interesse, pur se afferente a materie elencate nel terzo o nel quarto comma dell'art. 117 Cost., alla luce del «preminente interesse nazionale» all'«unitarietà» e all'«omogeneità» dell'ordinamento in determinati ambiti⁴⁸. In queste ipotesi, parte della dottrina ha ravvisato una «palese violazione della parità delle armi» tra i due livelli di governo, posto che di fatto si riconosce ad uno di essi, quello statale, «i confini competenziali» dell'altro⁴⁹.

Più in generale, a marcare la distanza dalla situazione di “sostanziale concorrenza” di competenze maturata prima della Riforma⁵⁰ vi è il fatto che in materia ambientale – sempre secondo gli odierni orientamenti della Corte – le Regioni non possono né riprodurre

45 Per una nutrita rassegna delle pronunce che esprimono tale orientamento, a far data, almeno, dalla nota sentenza 6 aprile 2005, n. 135, § 3.2, si rinvia a R. BIFULCO, *Una rassegna*, cit., p. 310, da cui è tratto il passo richiamato nel testo. Il medesimo A. evidenzia, peraltro, c

46 Cfr. C. cost., sentenza 2013, n. 238, § 2.1.1, annotata da R. TUMBILOLO, *Tutela dei beni ambientali e riparto di competenze tra Stato e Regioni a statuto speciale*, in RGA, n. 1/2014, p. 39 ss., cui cfr., in tema di paesaggio, la sentenza 2020, n. 130, § 3.3, con nota di A. PERINI, *Una pronuncia per tornare a riflettere sul regime giuridico dei centri storici*, in Reg., n. 3/2021, p. 659 ss.

47 V. ad esempio, seppur formalmente risolutiva di un conflitto di attribuzione, la sentenza 14 luglio 2017, n. 198, anche nel commento di P. COLASANTE, *La giurisprudenza costituzionale e il “labirinto” del riparto delle competenze in materia di idrocarburi*, in Oss. cost., n. 6/2019, p. 193 ss. Com'è noto, il cd. principio di trascinamento delle competenze, frutto di un'interpretazione sistematica degli artt. 117 e 118 Cost., risale a C. cost., sentenza 1° ottobre 2003, n. 303.

48 C. cost., sentenze 29 gennaio 2005, n. 62, § 16, III cpv., e n. 307/2003, cit., § 7, II cpv., concernenti, rispettivamente, smaltimento dei rifiuti pericolosi e impianti di radiocomunicazione. Più di recente v. anche la sentenza 15 maggio 2020, n. 88, § 4.2., III cpv., con nota di G. D'AMICO, *Livelli più elevati di tutela o punto di equilibrio?*, in Reg., n. 1-2/2021, p. 327 ss.

49 N. PIGNATELLI, *La dimensione ambientale*, cit., p. 286.

50 In questo senso ancora R. BIFULCO, *Una rassegna*, cit. p. 310, con precipuo riferimento al divieto di legislazione regionale suppletiva (v. subito nel testo).



disposizioni statali né, tantomeno, supplirle in via provvisoria, quand'anche mancanti o lacunose⁵¹.

Il quadro che ne deriva, benché sufficientemente definito sul piano delle enunciazioni di principio e, quindi, in astratto, in concreto finisce per essere gravato da una «continua incertezza sistemica» e da ripetute «oscillazioni»⁵², con riguardo sia per l'effettiva esercitabilità della competenza sui singoli profili ambientali (principio di prevalenza, trascinamento “verso l'alto” per sussidiarietà), sia per la derogabilità (o meno) della disciplina statale, la cui natura di «punto di equilibrio» dipende da valutazioni eminentemente politiche, sottratte allo stesso sindacato di costituzionalità⁵³. In dottrina, anche alla luce delle ultime *Relazioni annuali sulla giurisprudenza costituzionale* pubblicate dalla Corte, l'impressione che se ne ricava è, comunque, piuttosto chiara, nel senso di una certa «pervasività della competenza legislativa statale rispetto all'autonomia legislativa regionale»⁵⁴, in ragione sia dell'alta percentuale di accoglimento delle questioni di legittimità sollevate dal Governo nella materia *de qua* (61% nel quinquennio 2015-2020), sia della «tendenza espansiva della Corte a riconoscere *standard* [ambientali] non derogabili (neppure) *in melius*»⁵⁵.

La medesima tendenza al ri-accentramento dei poteri di decisione normativa sull'ambiente si rinviene anche nello specifico settore delle aree protette, che la giurisprudenza costituzionale ascrive, pacificamente, alla competenza esclusiva dello Stato⁵⁶. Tuttavia, ai fini di queste considerazioni va osservato che l'evoluzione registrata da tale disciplina presenta alcune vistose sfasature rispetto all'evoluzione del riparto *ex art.* 117 Cost., come si avrà modo di chiarire nei paragrafi che seguono.

4. Il ruolo delle Autonomie territoriali nella legislazione sulle aree naturali protette.

51 V. rispettivamente C. cost., sentenze 2014, n. 259, § 3.3 (con precipuo riferimento ai beni culturali), e 15 aprile 2019, n. 86, § 2.7.1 ss., con nota di C. PELLEGRINO, *Ambiente ed Energia: la Corte costituzionale conferma i suoi orientamenti e il suo ruolo di supplenza ermeneutica*, in *Forum Quad. Cost. Rass.*, n. 7/2019, p. 1 ss.

52 In questi termini, rispettivamente, N. PIGNATELLI, *La dimensione ambientale*, cit., p. 185, e L. SANCILIO, *Il riparto di competenze legislative e di funzioni amministrative tra Stato e Regioni in materia di tutela dell'Ambiente*, in *AmbienteDiritto.it*, n. 4/2023, p. 16, la quale ultima, pur astenendosi da posizioni particolarmente critiche, osserva che «in ogni sua sentenza, la Corte costituzionale predilige l'aspetto oggettivistico della materia, piuttosto che quello finalistico, o viceversa, a seconda del caso concreto».

53 Com'è noto, per consolidata giurisprudenza la Corte costituzionale può sanzionare l'eventuale irragionevolezza delle norme sottoposte al suo vaglio solo quando essa è «manifesta», lasciando per ciò stesso residuare un certo grado di incertezza: v., *ex multis*, C. cost., sentenza 11 gennaio 2023, n. 40, § 5.2, anche nella nota di F. BRANCA, *Sentenza n. 185 del 2021 e sentenza n. 40 del 2023: identici principi e applicazioni opposte*, in *Giur. cost.*, n. 3/2023, p. 1425 ss.

54 N. PIGNATELLI, *La dimensione ambientale*, cit., p. 280, cui si rinvia anche per una sintesi degli ultimi dati a partire dal 2011 (*ibid.*, p. 278 ss.). Nello stesso senso L. SANCILIO, *Il riparto di competenze*, cit., p. 8

55 Ancora N. PIGNATELLI, *op. cit.*, p. 280 e p. 287.

56 V. in particolare la sentenza 6 giugno 2010, n. 193, § 2, cui cfr., con riferimento alle Autonomie speciali, la sentenza 11 maggio 2017, n. 103, § 4.



Il Titolo I della legge n. 394/1991, che riunisce i «Principi generali» della legislazione sulle aree naturali protette, rispecchia l’iniziale atteggiamento di apertura verso l’autonomia regionale già poc’anzi riscontrato. Ad esempio, esso incoraggia il ricorso a «forme di cooperazione e di intesa» verticali (art. 1, co. 5), con particolare riguardo per i patti territoriali e gli accordi di programma, promossi e finanziati a livello ministeriale (art. 1-bis)⁵⁷. Coerentemente, l’art. 2, nel definire le diverse tipologie di aree (parchi naturali, riserve naturali, aree marine), non solo prevede l’esistenza di zone di rilievo naturalistico locale, demandandone l’individuazione alle singole Regioni, ma stabilisce che persino «la classificazione e l’istituzione» di quelle statali debbano farsi «d’intesa» con le Regioni interessate (comma 7)⁵⁸. Ed ancora, una volta deliberata l’istituzione di una riserva o di un parco, lo Stato è tenuto ad interpellare le Regioni sulla relativa perimetrazione, mediante proposta di intesa o richiesta di parere, a seconda che si tratti di Enti ad autonomia speciale oppure ordinaria (artt. 8 e 18)⁵⁹. Anche i confini delle aree marine possono essere tracciati congiuntamente dai due livelli di governo, con «accordi generali» (art. 18, co. 1-bis).

Infine, è indicativo di una certa sensibilità per le ragioni dell’autonomia il fatto che nel 1997 la soppressione dell’allora Comitato per le aree naturali protette, organo essenzialmente interministeriale, ha coinciso col trasferimento delle relative funzioni programmatiche alla Conferenza Stato-Regioni⁶⁰.

Rispetto a queste previsioni, risalenti per lo più al testo originario, quelle successive appaiono distoniche, essendo, in effetti, il risultato di modifiche che ne hanno alterato profondamente la *ratio*. Ad esempio, mentre all’inizio ciascuna Regione poteva negoziare con lo Stato la nomina dei presidenti dei Parchi ricadenti nel proprio territorio, a partire dal 2020 essa può solo scegliere all’interno di una rosa di tre candidati predisposta dal Ministro dell’Ambiente. Qualora la scelta non venga effettuata entro un mese, p. es. per la mancata unanimità dei Governi regionali interpellati, il Ministro può procedere a propria discrezione, «sentite le Commissioni parlamentari competenti» (art. 9)⁶¹. Resta, quindi, esclusa la proponibilità di eventuali candidati alternativi, che in origine il Ministro era, invece, tenuto a considerare in forza del principio di leale collaborazione. Invero, tale *vulnus* all’autonomia

57 Sui primi, cui gli enti territoriali possono fare ricorso per agevolare l’attuazione di «programm[i] di interventi caratterizzat[i] da specifici obiettivi di promozione dello sviluppo locale» (art. 2, co. 203 legge 23 dicembre 1996, n. 662), v. per tutti A. CARIOLA, *I patti territoriali*, in *Oss. fonti*, 1998, p. 311 ss., e L. LANZONI, *La funzione costituzionale dei patti territoriali*, in *AmbienteDiritto.it*, 2009, § 1 ss., oltre all’ampia trattazione di R. CUONZO, *La programmazione negoziata nell’ordinamento giuridico*, Padova, Cedam, 2007, p. 213 ss.

58 In precedenza era previsto il coinvolgimento delle sole Regioni speciali e delle Province autonome, ai sensi del co. 6.

59 Per la perimetrazione delle aree marine l’art. 18, co. 1-bis, introdotto nel 2001, contempla inoltre la possibilità di stipulare appositi «accordi generali» tra Regioni e Ministero.

60 V. l’art. 7, co. 1 decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281.

61 Cfr. le modifiche apportate dall’art. 55 decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, come a sua volta emendato, in sede di conversione, dalla legge 11 settembre 2020, n. 120.



regionale non può considerarsi sanato dal coinvolgimento delle Camere, sia per la consonanza politica che fisiologicamente esiste tra maggioranza parlamentare ed Esecutivo, sia, soprattutto, perché nessuna di esse è rappresentativa di interessi territoriali.

Sempre con riferimento all'Ente Parco, l'art. 10 prevede che Regioni ed enti locali designino la metà dei membri del Consiglio direttivo, mentre debbano essere «sentite» sulla scelta degli altri. Tuttavia, nel 2020 è stato introdotto un termine di trenta giorni, scaduto il quale il Ministro può procedere unilateralmente alle proprie nomine. Qualora, poi, l'organo non si riunisca entro quarantacinque giorni, i relativi poteri vengono esercitati per sei mesi dal solo Presidente, che, come rilevato, è di scelta sostanzialmente ministeriale (art. 9, co. 4). Altra novella ha riguardato le ipotesi di ritardo nell'adozione Regolamento o del Piano di gestione del parco, così come quella di contrasti tra Regioni ed Ente Parco sull'elaborazione del Piano pluriennale economico e sociale. In entrambi i casi, infatti, detti documenti possono ora essere adottati in via sostitutiva – rispettivamente – dal Ministro (artt. 11, co. 1 e 12, co. 4) e dal Consiglio dei ministri (art. 14, co. 3)⁶². Lo Statuto dell'Ente è approvato con decreto ministeriale su proposta del Consiglio direttivo, mentre in passato si richiedeva il raggiungimento di accordi con le Regioni (art. 9, co. 8-bis).

La medesima disciplina si applica, in linea di principio, anche alle aree marine, dalla cui gestione gli enti territoriali possono, però, essere esclusi del tutto, su decisione del Governo (art. 20)⁶³.

5. *Segue. Le ragioni di un anacronismo.*

Da quanto appena richiamato emerge chiaramente come la disciplina delle aree protette di rilievo nazionale sia rimasta improntata ad una concezione dell'ambiente come competenza concorrente ancora per molti anni dopo la formale “statalizzazione” della stessa nel nuovo testo dell'art. 117 Cost. ed il successivo, graduale *revirement* della giurisprudenza costituzionale. Per contro, puntuali contrazioni dell'autonomia regionale si erano registrate già negli anni Novanta del secolo scorso, quindi ben prima della Riforma.

Ora, l'ipotesi che tali sfasature temporali siano addebitabili a mera trascuratezza da parte del legislatore, che pure potrebbe formularsi, è contraddetta dal fatto che le novelle non si sono limitate ad un mero recepimento del testo costituzionale. A ben vedere, nel 2020 il Parlamento ha, sì, ridotto il “peso” di Regioni ed enti locali sulla gestione di parchi e riserve, ma non lo ha azzerato, benché a rigore ciò sarebbe stato coerente col carattere esclusivo della competenza statale *ex art. 117, co. 2, lett. s) Cost.* Inoltre, nella medesima circostanza sono state tenute ferme

62 Disposizioni modificate, anch'esse, nel 2020. Va rimarcato che l'art. 11, co. 6 abilita il Ministro ad approvare definitivamente il Regolamento, già deliberato dall'Ente, decorsi tre mesi dalla proposta di intesa con le Regioni interessate, quand'anche la stessa non sia stata raggiunta.

63 In tal caso, a norma dell'art. 19 l'area è affidata all'apposito Ispettorato del Ministero dell'Ambiente, ad una Capitaneria di porto o a soggetti privati. L'unica eccezione è prevista dal comma 2 del medesimo articolo, il quale stabilisce che «qualora un'area marina protetta sia istituita in acque confinanti con un'area protetta terrestre, la gestione è attribuita al soggetto competente per quest'ultima».



sia le enunciazioni di principio pro-decentramento, contenute nel Titolo I della legge, sia la stessa figura giuridica dell'area protetta regionale, residuandosi, così, alle Regioni spazi d'intervento ben più ampi di quelli che implicherebbe la mera «valorizzazione dei beni ambientali», ex art. 117, co. 3 Cost.⁶⁴. Emblematico, a quest'ultimo riguardo, l'art. 32, co. 1 della legge, che ancora consente a Giunte e Consigli regionali di regolare lo svolgimento di molteplici attività antropiche nelle cd. «aree contigue», ove ciò sia necessario per la «conservazione» del patrimonio geo-floro-faunistico custodito in una riserva (o parco) pur di competenza statale.

Alla base di siffatta cautela da parte del legislatore possono ravvisarsi due fattori. Da un lato, l'esigenza di non disperdere quell'ampio bagaglio organizzativo ed esperienziale che le Autonomie hanno, oramai, maturato in decenni di federalismo amministrativo «ambientale» e sussidiarietà⁶⁵. Dall'altro, la consapevolezza che il nuovo testo dell'art. 117 Cost., pur riservando la «tutela dell'ambiente [e] dell'ecosistema» allo Stato, ha attribuito alle Regioni taluni ambiti contigui ad essa. Si pensi alle ricadute che la creazione di una riserva naturale può avere sulle attività agricole, industriali e turistiche, nonché, più in generale, sulle dinamiche di sviluppo economico, occupazionale ed infrastrutturale delle zone circostanti, incidendo, così, su materie di indubbia competenza regionale, sia concorrente che esclusiva⁶⁶.

Senza contare i nessi, davvero inestricabili, che si configurano tra la «tutela» dell'«ambiente» (statale) e la «valorizzazione» dei «beni ambientali» (regionale)⁶⁷, ed ancora, tra la prima e la «tutela della salute», l'«alimentazione», la «protezione civile», il «governo del territorio», di cui all'art. 117, co. 3 Cost.

In definitiva, va preso atto che la materia *de qua* presenta un'intrinseca resilienza, per così dire, rispetto ad ogni tentativo di accentramento delle competenze, persino se operato a livello

64 Per una ricostruzione dell'odierno panorama legislativo in chiave comparata si rinvia a P. BRAMBILLA, *I parchi naturali regionali in Italia*, in *RGA online*, n. 3-4/2019, p. 6 ss.

65 V. *supra*, § 2. Sul cd. federalismo ambientale v. in particolare, nel quadro di considerazioni più ampie, D. DE GRAZIA, *La disciplina multilivello della tutela ambientale e l'allocatione delle funzioni amministrative*, in *Federalismi*, n. 13/2023, p. 315 ss.

66 Cfr. in particolare i riferimenti operati dall'art. 117, co. 3 Cost. a «tutela e sicurezza del lavoro», «porti e aeroporti civili», «grandi reti di trasporto e di navigazione», produzione, «trasporto e distribuzione nazionale dell'energia», «casse di risparmio, casse rurali, aziende di credito a carattere regionale», «enti di credito fondiario e agrario a carattere regionale». Agricoltura, turismo e allevamento sembrano riconducibili, invece, al comma successivo.

67 In dottrina, la distinzione concettuale tra «ambiente» e «beni ambientali» (questi ultimi, concernenti «le sole bellezze di pregio estetico» ossia propriamente «paesaggistiche») è marcata da A. VUOLO, *L'ambiente*, cit., p. 4 ss., cui cfr. già L. CARBONE, *Ambiente, paesaggio e beni culturali e ambientali*, in *Federalismi*, n. 19/2004, p. 11. Si segnala, tuttavia, la tesi di G. M. FLICK, *L'archeologia "pubblica": ovvero come attuare concretamente l'articolo 9 della Costituzione*, in *Riv. AIC*, n. 4/2015, p. 8, secondo la quale l'interprete si trova nella «impossibilità di distinguere le due competenze, poiché da un lato non c'è tutela senza valorizzazione, dall'altro lato la valorizzazione è il miglior modo di attuare la tutela», sicché la scissione operata dall'art. 117 Cost. avrebbe generato «una prateria senza confini precisi, dove imperversano la "cavalleria" e gli "indiani"» (metafora, rispettivamente, dello Stato e delle Regioni).



superprimario⁶⁸. Sicché, non pare azzardato affermare che nell'ordinamento costituzionale italiano coesistono due modelli di governo dell'ambiente, tra loro antitetici: uno accentrato, insito nella competenza residuale dello Stato risultante dal "vecchio" art. 117 Cost. e, oggi, dalla lettera del comma 2, lett. s) della medesima disposizione; un altro di carattere, invece, decentrato, che dottrina e giurisprudenza tendono a desumere da un'interpretazione sistematica dell'art. 117 Cost. con gli artt. 9 e 32 Cost. e che, per tal via, "vive" da tempo sul piano della Costituzione materiale. Le modifiche apportate nel 2022 all'art. 9 Cost. sembrano aver definitivamente consolidato proprio questo secondo paradigma, ponendo, al contempo, le premesse per una sua più compiuta armonizzazione col primo.

6. Gli spunti offerti dal "nuovo" art. 9 Cost. sul riparto verticale delle competenze in materia ambientale.

Come già accennato all'inizio di queste considerazioni, la legge costituzionale n. 1/2022 ha introdotto due concetti costituzionalmente inediti: l'imputazione "repubblicana" della tutela dell'ambiente, in precedenza circoscritta al solo «paesaggio», ed il carattere "plurale" del patrimonio naturale della Nazione.

Entrambi sembrano offrire validi spunti di riflessione per provare a ridurre, almeno, il margine di incertezza che si è poc'anzi rilevato nel riparto di competenze sulla materia in esame.

A) L'ambiente come patrimonio della «Repubblica».

Nel testo originario dell'art. 114 Cost. «la Repubblica si ripart[iva] in Regioni, Province e Comuni». L'omessa menzione dell'ente territoriale per eccellenza, lo Stato, si spiegava con la circostanza che nell'ottica dei Costituenti esso rappresentava il "tutto", di cui le autonomie erano, per l'appunto, delle "parti". Non a caso, tra il primo e le seconde vi era un rapporto che non sarebbe eccessivo ricostruire in termini di supremazia-soggezione: si pensi al controllo parlamentare di merito sulle leggi regionali, nonché al fatto che gli Statuti regionali ordinari erano pubblicati in Gazzetta Ufficiale come allegati di leggi statali⁶⁹. Per contro, la legge costituzionale n. 3/2001, rendendo lo «Stato» soltanto uno tra i molteplici enti che concorrono a costituire la «Repubblica», ha enfatizzato il rapporto di alterità esistente tra queste due figure⁷⁰.

Sicché, elementari esigenze di coerenza sistematica inducono a ritenere che ogni qual volta la Costituzione attribuisca un determinato compito alla «Repubblica», come fa appunto

⁶⁸ Cfr. l'«impossibilità sistemica di separare ciò che è inseparabile», enfatizzata da N. PIGNATELLI, *La dimensione ambientale*, cit., p. 287.

⁶⁹ V., rispettivamente, l'art. 127, co. 4 Cost. e l'art. 123 Cost., nel testo originario.

⁷⁰ Per approfondimenti sul nuovo testo dell'art. 114 Cost., ed in particolare sul cd. principio di equiordinazione degli enti territoriali da esso introdotto, si rinvia a G. DEMURO, *Art. 114*, in R. BIFULCO - A. CELOTTO - M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. I, Milano, Utet Giuridica, 2006, p. 2168 ss.



l'odierno art. 9, co. 3 Cost. per la tutela dell'ambiente, al relativo assolvimento debbono ritenersi vincolati tutti i livelli di governo, ivi compreso quello regionale⁷¹. Conferme in questo senso si ricavano anche dai lavori preparatori. In Assemblea costituente, infatti, in un primo momento si era proposto di riservare la tutela del «patrimonio artistico e storico della Nazione» allo «Stato», col preciso intento di sottrarla alle istituende Regioni, verso cui larga parte dell'Emiciclo nutriva una certa diffidenza⁷². Tanto è vero che fu proprio l'affievolirsi di tale sentimento, dopo gli accorati interventi degli onorevoli Micheli e Lussu, a determinare la sostituzione del vocabolo con «Repubblica». Identica sorte toccò, a distanza di poche sedute, alla «tutela del paesaggio», la quale, rimasta per un certo tempo «statale», divenne anch'essa «repubblicana» per effetto dell'accresciuto favore per il decentramento politico⁷³.

Infine, con riferimento allo stesso comma 3 dell'art. 9 Cost., spunti ulteriori potrebbero provenire anche dalla nuova riserva di legge statale su «modi e [...] forme di tutela degli animali». Parte della dottrina ha sostenuto che tale inciso non introduce un titolo competenziale ulteriore rispetto a quelli già elencati nell'art. 117, co. 2 Cost., in quanto ciò sarebbe eccentrico rispetto alla rubrica di questa prima parte della Costituzione, riservata a norme di principio⁷⁴, ed inoltre contrasterebbe con la decisione, da parte del Parlamento, di non modificare direttamente il testo dell'art. 117 Cost., come pure era stato proposto⁷⁵.

Invero, tale ricostruzione non è del tutto pacifica⁷⁶; tuttavia, ove la si condivida può trarsene la conferma, seppur indiretta, di quanto si è poc'anzi osservato circa la *ratio* filo-autonomista della novella. E infatti, se la tutela degli animali non costituisce una materia a sé ed è,

71 In questa precisa ottica si collocano, sembra, TAR Lazio, sentenza 13 giugno 2022, n. 7779, e soprattutto TAR Veneto, ordinanza 18 luglio 2022, n. 1170, puntualmente richiamata da V. DE SANTIS, *La Costituzione della transizione ecologica. Considerazioni intorno al novellato art. 41 della Costituzione*, in *Nomos*, n. 1/2023, p. 4.

72 Sul tema cfr. ampiamente T. CERRUTI, *Regioni e indirizzo politico: un itinerario tormentato. Le scelte in materia di istruzione e assistenza sociale*, Napoli - Torino, ESI - Università di Torino, 2020, p. 11 ss.

73 I Costituenti avevano ben chiara la differenza intercorrente tra Stato-persona e Stato-ordinamento, come evidenziato da F. MERUSI, *Art. 9*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, vol. I, Bologna - Roma, Zanichelli - Soc. ed. Foro Italiano, 1975, p. 456, cui si rinvia anche per puntuali riferimenti ai lavori preparatori.

74 Lo osservano D. CERINI - E. LAMARQUE, *La tutela degli animali nel nuovo articolo 9 della Costituzione*, in *Federalismi*, n. 24/2023, p. 59 ss., cui cfr. le analoghe considerazioni svolte già da A.-O. COZZI, *La modifica degli artt. 9 e 41 Cost. in tema di ambiente: spunti dal dibattito francese sulla Carta dell'ambiente del 2004 tra diritti e principi*, in *DPCE online*, n. 4/2021, p. 3401.

75 Cfr. D. CERINI - E. LAMARQUE, *op. cit.*, p. 49 ss.

76 Cfr., seppur a fronte di forti perplessità, M. CECCHETTI, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtuosità (anche) innovativa e molte lacune*, in *Forum Quad. Cost. Rass.*, n. 3/2021, p. 304, adesivamente ripreso da M. OLIVI, *L'art. 9 della Costituzione e la tutela degli animali selvatici*, in *Ambientediritto*, n. 4/2022, p. 12; ed ancora adde G. MARAZZITA, *La riforma degli articoli 9 e 41 della Costituzione anche nel rapporto fra Stato e Regioni*, in *Istituz. del Federalismo*, n. 4/2022, p. 895, e D. VITALE, *Tutela degli animali e riforma costituzionale. Fondamenti ideologici e prospettive evolutive per una impostazione «eco-personalista»*, in *Ambientediritto*, n. 1/2023, p. 35.



comunque, di competenza statale, ne deriva che essa deve potersi ricondurre ad almeno una delle “etichette” elencate all’art. 117, co. 2 Cost. Ragionando in questi termini, ed una volta esclusi i quattro lemmi afferenti a concetti che la lettera dell’art. 9 Cost. tiene distinti («cultura», «paesaggio», «ambiente», «ecosistema»), il campo sembra restringersi a due soli: «giurisdizione» e «ordinamento [...] penale» (comma 2, lett. l). Del resto, dal 2004 il Codice penale sanziona già diverse fattispecie lesive del benessere degli animali (art. 544-bis ss.), il cui novero, proprio sulla base del nuovo dettato costituzionale, potrebbe, ora, essere ampliato⁷⁷. Sicché, se l’unica volta in cui l’art. 9, co. 3 Cost. utilizza la parola «Stato» lo fa per riservare a quest’ultimo la possibilità di intervenire in una sfera, quella penalistica, che è pacificamente estranea alla competenza delle Regioni, frenando così le interferenze che esse avrebbero potuto essere tentate di esercitarvi proprio in virtù della trasversalità degli interessi in gioco⁷⁸, a contrario le proposizioni impositive di obblighi in capo alla «Repubblica» possono ragionevolmente riferirsi non solo allo Stato, ma anche agli altri enti territoriali.

B) Dal «pluralismo ambientale» al pluralismo istituzionale.

La legge costituzionale n. 1/2022 ha introdotto nel testo dell’art. 9 Cost. anche i vocaboli «biodiversità» ed «ecosistemi». Ai fini di queste riflessioni, il primo rileva già per il suo significato intrinseco, che evoca la molteplicità delle specie e delle forme di vita originatesi per effetto dei noti processi darwiniani di adattamento e specializzazione. Del secondo va, invece, evidenziata la declinazione al plurale, a fronte del più comune singolare «ecosistema» già utilizzato, invece, nel testo dell’art. 117, co. 2, lett. s) Cost.⁷⁹

Nel complesso, entrambi i sostantivi sembrano esprimere l’idea che l’ambiente, ancorché possa fondatamente ricostruirsi come bene giuridico «unitario» a fini, ad esempio, processuali o di riparto delle competenze⁸⁰, dal punto di vista materiale si compone di una pluralità di elementi, animati e non, dai cui delicati equilibri dipende la relativa conservazione⁸¹. In questa

77 Ad esempio, mutando il bene giuridico protetto: non più il solo «sentimento per gli animali», frutto di una concezione ancora antropocentrica, bensì la loro stessa dignità di esseri senzienti. Del pari, potrebbe proporsi l’espunzione della «crudeltà» dagli elementi costitutivi (*id est*, limitativi) delle fattispecie di uccisione e maltrattamento (artt. 544 bis, 544 ter c.p.), ovvero l’abbassamento della soglia di sofferenza che può infliggersi agli animali utilizzati in «spettacoli e manifestazioni» (arg. ex art. 544 quater c.p., che oggi punisce solo chi sottoponga gli stessi a «sevizie» o «strazio»)

78 Non si tratta di un’ipotesi di scuola: cfr. il caso giudicato da C. cost., sentenza 15 giugno 2023, n. 121, § 5.1 ss., che ha dichiarato l’incostituzionalità della legge siciliana 3 agosto 2022, n. 15 (*Norme per la tutela degli animali e la prevenzione del randagismo*), nelle parti in cui essa finiva per apprestare un articolato sistema di sanzioni amministrative incidente sulla «sfera di operatività della norma penale».

79 Si propone in questa sede un’interpretazione utile del testo risultante dalla novella, a prescindere dall’ipotesi, pur ventilata in dottrina, che esso possa essere frutto di un mero difetto di coordinamento con l’art. 117 Cost.: cfr. M. CECCHETTI, *La revisione*, cit., p. 301, e G. VIVOLI, *La modifica*, cit., p. 27.

80 V. testualmente C. cost., sentenza 4 gennaio 2024, n. 2, § 3.2, ed ulteriori rinvii.

81 Cfr. G. VOSA, *La tutela dell’ambiente “bene materiale complesso unitario” fra Stato e autonomie territoriali: appunti per una riflessione*, in *Federalismi*, n. 19/2017, p. 22 ss.



prospettiva, del resto, si colloca da tempo anche la legislazione europea, sin dalla Direttiva *Habitat* del 1992⁸², il cui testo è ricco di riferimenti alla varietà degli «*habitat* naturali e seminaturali», all'esigenza di calibrare le scelte di governo per tener conto del diverso grado di vulnerabilità adattativa di ciascuna specie, nonché alla necessità di intervenire mediante azioni mirate, distinte e coordinate, a livello sia centrale (statale, europeo) che periferico (regionale, provinciale, comunale).

Anche sotto tale profilo, emerge l'opportunità di una stretta cooperazione "verticale", anzitutto sul piano legislativo. Vi è, quindi, un «pluralismo ambientale», frutto dell'intrinseca eterogeneità del bene giuridico considerato e della molteplicità degli interessi ad esso sottesi⁸³, la cui corretta gestione presuppone, a sua volta, un pluralismo "istituzionale", ossia lo sforzo congiunto e coordinato di una pluralità di Enti territoriali. Peraltro, a ben vedere non si tratta neppure di un approccio inedito, posto che esso rispecchia la lettura dell'art. 9 Cost. già a suo tempo adottata dalla Corte costituzionale con riferimento alla tutela del «paesaggio».

7. Prospettive di rinnovata partecipazione regionale alla tutela dell'ambiente.

Naturalmente, i passaggi del "nuovo" art. 9 Cost. appena presi in esame non autorizzano, di per sé, interpretazioni abrogatrici dell'art. 117 Cost. Sotto questo profilo va, quindi, condivisa la tesi, formulata già con riferimento al testo originario dell'art. 9 Cost., secondo cui il mero utilizzo del vocabolo «Repubblica» come soggetto di una proposizione costituzionale non costituisce di per sé «positivo riconoscimento di attribuzioni a soggetti diversi dallo Stato centrale»⁸⁴. E tuttavia, se l'odierno terzo comma dell'articolo 9 non compie alcuna «precisa intestazione di competenze e di ruoli»⁸⁵ a ben vedere è così – secondo la lettura che qui si predilige – proprio perché trattasi di una disposizione di principio, posta in quella parte della Costituzione che, anche per l'assenza di un preambolo, opera non tanto quale fonte di precetti giuridici puntuali, quanto piuttosto come «tavola dei valori»⁸⁶. Sicché, non sarebbe eccessivo

82 Direttiva 92/43/CEE, adottata dal Consiglio il 21 maggio 1992, cui cfr. più di recente la direttiva 2004/35/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 aprile 2004, sulla riparazione del danno ambientale, ed il regolamento (UE) 2021/1119 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 giugno 2021, sul contrasto ai cambiamenti climatici.

83 Cfr., anche testualmente, E. SCOTTI, *Semplificazioni ambientali tra politica e caos: la VIA e i procedimenti unificati*, in *Riv. giur. edilizia*, n. 5/2018, p. 359 ss.

84 Lo osserva M. CECCHETTI, *Art. 9*, in R. BIFULCO - A. CELOTTO - M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario*, cit., vol. I, p. 232, cui cfr. la censura mossa ai Costituenti da F. MERUSI, *Art. 9*, cit., p. 457, per aver assegnato a Stato ed Autonomie un «compito comune» senza, però, disciplinare il «modo» in cui esso avrebbe dovuto essere svolto.

85 In questi termini, sempre con riferimento al testo precedente alla legge costituzionale n. 1/2022, M. CECCHETTI, *loc. ult. cit.*

86 La locuzione è stata recentemente utilizzata da A. RUGGERI, *I principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale tra interpretazioni storicamente orientate e revisioni a finalità espansiva*, in *Cons. online*, n. 2/2022, ntt. 26 e 37, il quale, pur guardando all'intera Carta costituzionale, sembra enfatizzare il ruolo svolto, per l'appunto, dai «Principi fondamentali» (*ibid.*, p. 181 ss.).



riconoscere all'articolo una funzione quantomeno orientatrice della lettura di quelle altre disposizioni, come l'art. 117, che occupano la Parte II del Testo e che sono deputate, esse sì, ad una prima attuazione dei valori costituzionali mediante previsioni di carattere organizzativo⁸⁷.

Al di là delle ragioni politiche alla base della novella, invero piuttosto diversificate⁸⁸, può affermarsi che l'esigenza di una compartecipazione delle Regioni alle politiche di tutela ambientale, a lungo avvertita dalla Corte costituzionale e dallo stesso legislatore ordinario⁸⁹, trova finalmente nell'art. 9, co. 3 Cost. precisi appigli testuali. Ne derivano tre importanti indicazioni sul piano ermeneutico. La prima è che la competenza esclusiva su «ambiente» ed «ecosistema» contenuta nell'art. 117, co. 2, lett. s) Cost. andrebbe intesa in senso restrittivo, in modo da lasciare spazio, per così dire, ad interventi delle Regioni sulle materie «contigue», senza quelle sovrapposizioni che – come evidenziato – sono oggi risolte dalla giurisprudenza costituzionale in senso per lo più favorevole al legislatore statale. Per contro, e di conseguenza, il lemma «valorizzazione dei beni [...] ambientali» e tutti quelli che rinviano a materie concorrenti o residuali (regionali)⁹⁰ andrebbero interpretati estensivamente. In terzo luogo, sembrano esservi le condizioni affinché il Parlamento ricorra all'attrazione in sussidiarietà «verso l'alto» ed alla fissazione di «punti di equilibrio», non derogabili (neppure) *in melius*, solo come *extrema ratio*, in quanto la relativa natura di «vincolo assoluto, rigido», «neutralizza[tore]» di qualsiasi competenza legislativa regionale opererebbe, essa stessa, in deroga alla «regola» della condivisione degli interventi, fissata dal «nuovo» art. 9 Cost. Quest'ultima osservazione sembra di particolare rilievo anche nella prospettiva di un sindacato di costituzionalità su eventuali leggi statali «accentratrici».

Ovviamente, affinché questi criteri possano trovare applicazione è necessario che almeno una materia di competenza regionale sia riscontrabile nel caso concreto. Ad esempio, la regolamentazione delle soglie quali-quantitative delle emissioni elettromagnetiche, se riferita ad aree boschive o, comunque, non antropizzate, difficilmente sfugge alla competenza statale sulla conservazione dell'«ecosistema»⁹¹. Al contrario, nelle aree urbane la lettura poc'anzi prospettata potrebbe consentire deroghe da parte della legislazione regionale, in forza della competenza concorrente sulla «tutela della salute» (e, quindi, anche nei limiti di eventuali leggi cornice).

87 Sul nesso, ma anche sulla netta distinzione concettuale, tra norme di principio e norme di organizzazione v. approfonditamente A. BALDASSARRE, *Interpretazione e argomentazione nel diritto costituzionale*, in *Costituzionalismo*, n. 2/2007, p. 6 ss.

88 Cfr. la ricostruzione che ne fa A. LAURO, *Dalla tutela ambientale in Costituzione alla responsabilità politica (anche) verso le future generazioni? Detti e non-detti di un principio di origine giurisprudenziale*, in *BioLaw J.*, n. 2/2022, p. 134 ss., oltre a quanto già sinteticamente richiamato *supra*, § 1.

89 Cfr. *supra*, §§ 2 e 4.

90 V. il corposo elenco già prospettato *supra*, § 5, testo e nt. 66, oltre all'esempio operato di seguito.

91 Cfr., seppur isolata, la distinzione concettuale tra «ambiente» ed «ecosistema» elaborata da C. cost., sentenza 23 gennaio 2009, n. 12, § 2.3, VI cpv., anche nella nota di A. MAESTRONI, *Intesa e leale collaborazione tra Stato e Regioni nell'istituzione dei parchi nazionali: la Consulta contiene al ribasso le pretese della Regione Sicilia*, in *RGA*, n. 3/2009, p. 489 ss.



Inoltre, poiché l'art. 9, co. 3 Cost. indica alla Repubblica (quindi, anche alle Regioni) che lo scopo da perseguire è la «tutela» di ambiente, biodiversità ed ecosistemi, dovrebbe tenersi fermo l'odierno orientamento della giurisprudenza costituzionale, che subordina l'intervento dei Consigli regionali su queste materie alla condizione che esso innalzi i livelli di protezione. Resta, quindi, escluso in radice un esercizio "al ribasso" della ritrovata autonomia, che non potrebbe fondare, ad esempio, sanatorie edilizie o ulteriore consumo di suolo in aree di elevato pregio naturalistico, come invece è, talora, avvenuto in passato.

In ogni caso, eventuali interferenze del legislatore regionale con quanto deciso dal Parlamento in materia propriamente ambientale dovrebbero essere ragionevoli, ossia proporzionate e rispondenti ad interessi territorialmente differenziati. Diversamente, infatti, si finirebbe per attribuire ai Consigli un indebito potere di "revisione" su valutazioni politico-normative già operate dalle Camere. Tuttavia, nella prospettiva di queste considerazioni può ipotizzarsi che le medesime condizioni dovrebbero essere osservate anche dalle leggi statali che ri-accentrassero la disciplina di determinati settori, a tutela di interessi nazionali geograficamente infrazionabili (p. es. in materia di approvvigionamento energetico)⁹².

Alcune pronunce della Corte costituzionale, seppur emanate sotto la precedente formulazione dell'art. 9 Cost., sembrano già offrire spunti in tal senso. Ad esempio, la sentenza n. 198/2018 ha avallato l'accentramento delle procedure di VIA in alcuni settori (grandi snodi marittimi ed aerei, nucleare, idrocarburi, produzione e trasporto di elettricità ad alto voltaggio), ritenendolo non irragionevole a causa dell'importanza strategica di tali opere per il Paese⁹³. Se ne può dedurre che, qualora si fosse trattato di opere di rilevanza territorialmente più circoscritta, la competenza (in questo caso, amministrativa) non avrebbe potuto essere sottratta alle Regioni. Più di recente, la sentenza n. 76/2021 ha rigettato una questione di costituzionalità sollevata contro una legge valdostana che, nel riprodurre il divieto codicistico di trasferimento dei rifiuti extra-regione al di fuori «accordi regionali o internazionali» (art. 182, co. 3 cod. amb.), lo aveva limitato alle sole ipotesi in cui mancassero «accordi di programma» ex art. 34 TUEL⁹⁴. Secondo la Corte, a "salvare" la legittimità di tale previsione sarebbe proprio l'esistenza di un «ragionevole interesse» della comunità locale a modulare l'applicazione della normativa statale, adattandola alle specificità del proprio territorio (nel

92 Sulla «dimensione territoriale degli interessi» quale criterio di riparto sostanziale tra competenze statali e regionali v. già Per approfondimenti su tale filone giurisprudenziale v. almeno A. COLAVECCHIO, *La tutela dell'ambiente fra Stato e Regioni: l'ordine delle competenze nel prisma della giurisprudenza costituzionale*, in F. GABRIELE - A. NICO (a cura di), *La tutela multilivello dell'ambiente*, Bari, Cacucci, 2005, p. 72 ss.

93 Sentenza 14 novembre 2018, n. 198, § 12.3, avente ad oggetto l'art.7-bis cod. amb., introdotto nel 2017. Sulla pronuncia v. per tutti M. CECCHETTI, *La riforma dei procedimenti di valutazione d'impatto ambientale tra d.lgs. n. 104 del 2017 e Corte costituzionale n. 198 del 2018*, in *Federalismi*, n. 1/2019, p. 6 ss.

94 Sentenza 21 aprile 2021, n. 76, § 8.1, che pure riserva a tale passaggio una motivazione particolarmente stringata. Restano, quindi, escluse le ulteriori forme di intesa interregionale tipizzate dall'art. 2, co. 203 della legge 23 dicembre 1996, n. 662.



caso di specie, preservare la salubrità di boschi, falde acquifere *etc.*). Per contro, la medesima decisione ha annullato ulteriori disposizioni che, ponendo limiti eccessivi alla movimentazione dei rifiuti in entrata, finiva per isolare la Regione dal sistema «a rete», scelto dal legislatore statale⁹⁵.

In senso limitativo dell'autonomia regionale va considerata l'esistenza di politiche che necessitano di essere applicate su ambiti geografici ampi, affinché possano raggiungere il proprio scopo e giustificare, così, l'eventuale sacrificio di libertà individuali. Basti pensare all'irragionevolezza di una norma regionale che vietasse lo scarico di determinati liquami nei corsi d'acqua, con conseguente aggravio economico per le imprese, qualora detti fiumi giungessero già gravemente inquinati dai territori limitrofi.

Il livello di governo locale sembra meno adatto di quello statale anche ove il concetto di "ampiezza" della programmazione si interpreti in senso non spaziale, bensì cronologico. Per chiarire quanto appena affermato, occorre considerare che le popolazioni mutano di continuo, sia per il fisiologico ricambio delle generazioni, sia per il susseguirsi di flussi migratori⁹⁶. È, quindi, inevitabile che in ogni momento storico vi sia un certo numero di persone che subiscono le scelte di governanti alla cui elezione esse non hanno avuto modo di partecipare. Ora, l'entità dei mutamenti registrati da ciascuna popolazione in un dato periodo di tempo tende ad essere inversamente proporzionale all'estensione del territorio considerato: un certo numero di nascite, ad esempio, integra una variazione demografica diversa, in termini percentili, a seconda che lo si rapporti al totale dei residenti in una cittadina o a quelli di una metropoli, fin quasi ad azzerarsi se lo si compara al dato nazionale. Ne deriva che, anche sotto questo profilo, sono gli organi di governo statali, dotati di una rappresentatività maggiore e maggiormente stabile nel tempo, a dover compiere le scelte destinate ad incidere sulla conservazione dell'ambiente, specie se ne implicino peggioramenti o trasformazioni definitive o, comunque, reversibili solo in periodi di tempo assai lunghi. Si pensi alla deforestazione, all'imbrigliamento dei corsi d'acqua, allo stoccaggio dei rifiuti pericolosi, al consumo di grandi estensioni di suolo⁹⁷. In quest'ottica, il nuovo richiamo all'«interesse delle generazioni future» potrebbe assumersi, anch'esso, come limite alla flessibilità del riparto di competenze derivante dall'intercorsa "repubblicizzazione" della tutela ambientale.

In definitiva, ed in sintesi, quella che sembra profilarsi dopo la modifica dell'art. 9 Cost. è una stagione di rinnovata partecipazione delle Regioni all'elaborazione ed alla concreta implementazione delle politiche ambientali, ma non un ritorno a quella "concorrenzialità di fatto" che – come si è avuto modo di evidenziare – per molti anni ha ispirato la giurisprudenza

⁹⁵ *Ibid.*, § 8.2.2, che pure afferma la piena legittimità costituzionale dell'obiettivo perseguito dalla legge impugnata (la disincentivazione dei conferimenti in discarica). Cfr. in dottrina L. CONTE, *Trattamento dei rifiuti e ruolo delle Regioni: quando è "vietato vietare?"*, in *Forum Quad. Cost. Rass.*, n. 4/2021, p. 150 ss.

⁹⁶ Sul tema v. ampiamente E. PUGLIESE, *Migrazioni internazionali e migrazioni interne*, in AA.VV., *L'Italia e le sue Regioni*, vol. IV, Roma, Treccani, 2015, p. 325 ss.

⁹⁷ Su questo tema, invero meritevole di ben più ampia trattazione, si rinvia a P. PIRAS, *Politiche locali*, in M. CABIDDU (a cura di), *Diritto del governo del territorio*, Torino, Giappichelli, 2020³, p. 65 ss.



costituzionale in materia. Al contrario, si apre una strada del tutto nuova: Giunte e Consigli regionali si riappropriano di buona parte degli spazi d'intervento formalmente perduti nel 2001, e solo in minima misura già "restituiti" dalla Consulta nell'ultimo ventennio. Tale recupero, però, è subordinato alla condizione che essi siano impiegati in modo proficuo, elaborando, cioè, politiche più efficaci e coerenti di quelle statali rispetto all'obiettivo costituzionale della salubrità ambientale, mentre è (*rectius*, resta) esclusa in radice la possibilità di attuare politiche "egoiste", che tutelino il territorio scaricando sul resto del Paese le proprie esternalità negative (si pensi, di nuovo, al tentativo valdostano di scollegarsi dalla rete nazionale di smaltimento degli RSU, sanzionato dalla Corte costituzionale).

8. Il «governo del territorio» come spazio privilegiato di partecipazione regionale alla tutela dell'ambiente.

Scorrendo l'elenco dei titoli di competenza concorrente che, secondo la ricostruzione poc'anzi prospettata, possono giustificare l'incidenza di atti normativi regionali sulla tutela dell'ambiente, particolare rilievo può riconoscersi al «governo del territorio».

Invero, già dal punto di vista semantico i confini tra «governo del territorio» e «tutela dell'ambiente» sono sempre stati piuttosto sfocati⁹⁸. Benché la locuzione figurì nel testo dell'art. 117 Cost. solo dal 2001, in realtà essa era stata impiegata dai giuristi sin dagli anni Settanta⁹⁹ per indicare l'accezione sempre più ampia in cui aveva finito per essere utilizzata una terza "etichetta" ancora, ossia l'«urbanistica»¹⁰⁰.

In un primo momento, l'urbanistica rinviava alle sole competenze sull'«incremento edilizio», secondo quanto disposto dall'art. 1 della legge n. 1150/1942 e da ulteriori atti normativi risalenti già all'epoca sabauda¹⁰¹. Ad un certo punto, però, parte della dottrina iniziò

98 Lo osserva, da ultimo, N. PIGNATELLI, *La dimensione ambientale nel più recente contenzioso costituzionale Stato-Regioni: profili processuali e sostanziali*, in *Federalismi*, n. 23/2022, p. 270 ss., che già a suo tempo aveva argomentato la «inutilità – *rectius*, impossibilità – di una delimitazione astratta» ed «unitaria» della materia (ID., *Il «governo del territorio» nella giurisprudenza costituzionale: la recessività della materia*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 67).

99 V. diffusamente, tra gli altri, G. MORBIDELLI, *La disciplina del territorio tra Stato e Regioni*, Milano, Giuffrè, 1974, e M. SERNINI, *Il governo del territorio*, Milano, Giuffrè, 1979, cui cfr. già AA.VV., *La Regione e il governo del territorio*, Milano, Giuffrè, 1972, *passim*, che pure registra la prevalenza dell'analoga locuzione «politica del territorio».

100 Cfr. il vocabolo «panurbanistica», coniato già da B. CARAVITA - A. MORRONE, *L'ambiente e i suoi confini: urbanistica, paesaggio, sanità, biotecnologie*, in B. CARAVITA (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Bologna, Il Mulino, 2001, p. 47. Per una ricostruzione analitica dei singoli passaggi evolutivi v. ancora N. PIGNATELLI, *Il «governo del territorio»*, cit., p. 1 ss.

101 Più precisamente l'«edilizia», concernente le sole «disposizioni fondamentali in ordine alle modalità esecutive delle costruzioni» a fini igienico-sanitari e di sicurezza (G. VIGNOCCHI, *Regolamenti edilizi*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XIII, Torino, Giappichelli, 1997, p. 64 ss.), era stata disciplinata, in massima parte, dalla legge n. 3702/1859, poi inclusa nell'Allegato A alla legge 20 marzo 1865, n. 2248. Ad essa si affiancò, dunque, la già cit. *Legge urbanistica* del 17 agosto 1942, n. 1150, che all'art. 4 annoverava per l'appunto «[l]e norme sull'attività costruttiva edilizia» tra gli strumenti attuativi della «disciplina urbanistica».



a ritenere tale definizione troppo restrittiva, specie dopo che, nel biennio 1967-1968, alcuni interventi legislativi avevano attenuato l'originaria distinzione amministrativistica tra aree propriamente "urbane" ed aree rurali, espandendo anche a queste ultime un istituto, la pianificazione territoriale, che per più di un secolo era stato, invece, riservato alle prime¹⁰².

Di lì a poco sarebbe stato, comunque, lo stesso Governo ad ampliare una volta per tutte i confini della materia: l'art. 80 DPR n. 616/1977 stabilì che «le funzioni amministrative relative alla materia "urbanistica"» dovevano abbracciare ogni aspetto concernente l'«uso del territorio», ossia «tutti gli aspetti conoscitivi, normativi e gestionali riguardanti le operazioni di salvaguardia e di trasformazione del suolo», nonché «la protezione dell'ambiente». Se ne deduce che il governo del territorio, quale "erede" o, meglio, quale nuovo modo di intendere la "vecchia" urbanistica¹⁰³, detiene già, all'interno del proprio corredo genetico, il problema dell'equilibrio tra antropizzazione e conservazione delle risorse naturali, che poi costituisce il nucleo duro della questione ambientale.

Del resto, ciò è coerente con la definizione che, ancora nel 2003, ne ha dato la Consulta, quale competenza a disciplinare «in linea di principio, tutto ciò che attiene all'uso del territorio e alla localizzazione di impianti e attività»¹⁰⁴. Ed è stato sempre il Giudice delle leggi ad affermare più volte che tra la «funzione» di governo del territorio, inteso dai Giudici come sinonimo di «urbanistica», e la tutela dell'ambiente esiste un preciso rapporto di genere a specie¹⁰⁵. Rapporto sulla cui esatta fisionomia, invero, la sopravvenuta menzione dell'ambiente come materia a sé solleva forse incertezze, ma che non può neppure negarsi del tutto: come attenta dottrina ebbe modo di osservare all'indomani dell'entrata in vigore dell'odierno Titolo V, il «governo del territorio», pur approdando in Costituzione solo nel 2001, «non nasce dal nulla», bensì «si afferma all'interno delle vicende dell'urbanistica», rispecchiandone l'evoluzione dall'«urbanistica-centro abitato» all'«urbanistica-uso territorio», fino all'«urbanistica-ambiente»¹⁰⁶. In questa prospettiva, che sembra condivisibile, l'inserimento

102 Cfr. l'art. 1 della legge 19 novembre 1968, n. 1187, modificativo della disciplina del «piano regolatore generale», già introdotta nel testo degli artt. 8, co. 1 e 31 legge n. 1150/1942, cit., dagli artt. 1 e 10 della legge 6 agosto 1967, n. 765 (cd. Legge ponte). In dottrina v. per tutti A. ROMANO, nota editoriale a C. cost., sentenza 24 luglio 1972, n. 141, in *Reg.*, n. 1/1973, p. 99.

103 Cfr. C. cost., sentenze 1° ottobre 2003, n. 303, § 11.1, e, più di recente, 21 ottobre 2022, n. 217, § 5. Nel medesimo ordine di idee, in dottrina, P. STELLA RICHTER, *Diritto urbanistico*, Milano, Giuffrè, 2022⁷, p. 7 ss., cui *adde*, anche per alcuni accenni storico-comparatistici, G. FERRARI, *L'urbanistica tra Stato, Regioni ed enti locali*, in AA.VV., *Dall'urbanistica al governo del territorio*, Milano, Giuffrè, 2020, p. 36 ss.

104 Sentenza n. 307/2003, cit., § 5, cui cfr. Q. CAMERLENGO, *Il nuovo assetto costituzionale delle funzioni legislative tra equilibri intangibili e legalità sostanziale*, in *Reg.*, n. 2-3/2004, p. 623 ss. Sulla giurisprudenza costituzionale concernente contenuto della materia de qua e «intrecci» con le altre v. l'accurata rassegna di M. CARRER, *Il governo del territorio*, in L. CUOCOLO - E. MOSTACCI (a cura di), *Il riparto di competenze*, cit., p. 128 ss.

105 V., in particolare, la sentenza 7 ottobre 1999, n. 389, § 9.

106 In questi termini E. FERRARI, *I Comuni e l'Urbanistica*, in AA.VV., *Il governo del territorio*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 129, adesivamente ripreso da N. PIGNATELLI, *Il «governo del territorio»*, cit., p. 50.



della locuzione «governo del territorio», distinta da «tutela dell’ambiente», ha solo risposto alla volontà di ripristinare quella corrispondenza tra significante e significato che col DPR 616/1977 era venuta meno, allorché si era forzato, per l’appunto, nell’urbanistica l’intero «uso del territorio». Del resto, tale esigenza era stata avvertita da tempo anche da alcuni legislatori regionali¹⁰⁷.

Occorre, infine, considerare che l’esistenza di uno stretto legame tra pianificazione territoriale e salubrità dell’ambiente, oltre ad essere stata evidenziata già dai primi commentatori della Riforma del 2001¹⁰⁸, è ribadita anche in svariati documenti di *soft law* approvati dal Consiglio d’Europa¹⁰⁹ e, più di recente, dall’Unione europea¹¹⁰.

Può, quindi, auspicarsi un allentamento del rigore con cui la stessa Corte costituzionale si è, talora, sforzata di tenere distinti i due ambiti. Ciò è avvenuto sulla base del cd. criterio «funzionale», avuto riguardo, cioè, per gli «interessi pubblici sottesi allo svolgimento della specifica attività oggetto di regolazione¹¹¹. Così, ad esempio, la disciplina su stoccaggio e smaltimento dei rifiuti, poiché mira a prevenire i danni derivanti dalla dispersione degli stessi nell’ambiente, è stata ricondotta all’art. 117, co. 2, lett. s) Cost., mentre la «localizzazione» degli impianti di trattamento o recupero afferisce al governo del territorio¹¹². Tuttavia, qualora interventi in materia propriamente ambientale siano «atti a condizionare in modo rilevante lo stato e lo sviluppo di singole aree», ostacolandone di fatto la pianificazione e la fruizione da parte delle comunità locali in maniera duratura, essi debbono adottarsi con «opportune forme di collaborazione»¹¹³. Si tratta, a ben vedere, di una formula poco felice, perché suscettibile di creare una sorta di “zona grigia”, potenzialmente gravida di conflitti tra diversi livelli di governo, senza alcuna garanzia per la tutela delle popolazioni. Potrebbe essere meglio, quindi, estendere in via interpretativa i confini della materia, valorizzandone l’aggancio concettuale

107 Cfr. l’intitolazione delle leggi regionali che, negli anni Novanta, fornirono la base giuridica all’esercizio dei poteri amministrativi “devoluti” in Toscana (legge 16 gennaio 1995, n. 5: «*Norme per il governo del territorio*»), Basilicata (legge 11 agosto 1999, n. 23: «*Tutela, governo ed uso del territorio*») e Lazio (legge 22 dicembre 1999, n. 38: «*Norme sul governo del territorio*»), cui cfr. i dubbi sulla pertinenza della rubrica dell’art. 80 DPR n. 616/1977, cit., addotti da M. NIGRO, *L’assetto del territorio fra Stato e Regioni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, p. 345.

108 M. CECCHETTI, *Riforma del Titolo V della Costituzione e sistema delle fonti: problemi e prospettive nella materia “tutela dell’ambiente e dell’ecosistema”*, in *Federalismi*, giugno 2002, n. p. 7.

109 V. la *Carta europea dell’assetto territoriale*, adottata dalla Conferenza dei Ministri per la pianificazione territoriale e regionale del Consiglio d’Europa nel maggio 1983 (c.d. *Torremolinas Charter*).

110 V. da ultimo l’*Agenda Territoriale 2030*, adottata dai Ministri per la pianificazione territoriale, lo sviluppo e la coesione territoriale dell’UE il 1° dicembre 2020, e la comunicazione della Commissione europea COM(2019) 640 final del 11 dicembre 2019, recante il cd. *Green Deal europeo*.

111 Cfr. C. cost., sentenza 14 ottobre 2005, n. 383, § 12, IV cpv., e, mutando ciò che è da mutare, anche la sentenza 13 luglio 2011, n. 208, § 7.

112 C. cost., sentenza 4 dicembre 2009, n. 314, § 2.2., III cpv.

113 C. cost., sentenza n. 62/2005, cit., § 16. Per approfondimenti si rinvia a M. MENGOZZI, *Il “Governo del territorio” e la sua intersezione strutturale con la “tutela dell’ambiente”: linee di continuità e di evoluzione*, in *Federalismi*, n. 15/2017, p. 14 ss.



all'«uso» delle risorse e consentendo p. es. la previsione di misure limitative delle emissioni impattanti sulla salubrità delle aree limitrofe (metalli pesanti, percolato).

Del pari, andrebbe accantonata quella «recessività» che, in modo non sempre coerente con le proprie stesse enunciazioni di principio, la Corte ha talora attribuito alla materia *de qua* rispetto ad altri titoli competenziali¹¹⁴. Peraltro, non mancano precedenti in cui il Giudice delle leggi si sia già mostrato incline a ricondurre al governo del territorio fattispecie apparentemente estranee ad esso, come p. es. nei settori dell'edilizia sanitaria e popolare, della riqualificazione urbana, dei condoni edilizi, della fruizione delle risorse idriche, degli impianti di gestione dei rifiuti, delle bonifiche, della realizzazione di infrastrutture di rilievo locale¹¹⁵, della produzione di energia solare¹¹⁶, della concessione di permessi di costruire in aree a rischio di spopolamento¹¹⁷. In tutte queste ipotesi la Corte ha, quindi, ammesso la legittimazione di ciascuna Regione a compiere valutazioni proprie, sull'*an* o, più spesso, sulle modalità e sull'intensità dello sfruttamento dei rispettivi ambienti naturali¹¹⁸, con contestuale "arretramento" di altri lemmi (ivi compresa la «tutela dell'ambiente») che avrebbero finito per privilegiare, invece, il legislatore statale.

9. Alcune conferme dall'esperienza spagnola. Premessa metodologica.

L'esperienza maturata in seno ad un regionalismo ancora più "spinto", quale è quello spagnolo, conferma come un riparto delle competenze sull'ambiente che sia abbastanza flessibile da consentire la partecipazione degli Enti sub-statali, specie per quelle politiche che ricadono nel "governo del territorio", possa avere risultati positivi, rivelandosi funzionale alla massimizzazione delle tutele ed al ragionevole bilanciamento dei molteplici interessi in gioco.

Com'è noto, le *Comunidades Autónomas*, al pari delle Regioni italiane, godono di potestà sia legislativa che regolamentare, sulla base di elenchi di materie che comprendono, anch'essi, sia la «*protección del medio ambiente*» (art. 148 Cost.), sia l'«*ordenación del territorio*» (art. 149). Invero, la previsione che la tutela ambientale è obiettivo dell'intera «Repubblica», di cui all'odierno art. 9 Cost. it., ricorda da vicino quanto stabilito dall'art. 45, co. 2 Cost. sp., ossia che «l'utilizzo

114 N. PIGNATELLI, *Il «governo del territorio»*, cit., p. 202, cui si rinvia anche per quadro d'insieme su tali orientamenti.

115 V. i nutriti riferimenti giurisprudenziali operati da N. PIGNATELLI, *Il «governo del territorio»*, cit., pp. 79-80.

116 Sentenza 30 luglio 2021, n. 177, § 3.3, la quale ha annullato l'art. 2, co. 1, della legge regionale toscana 7 giugno 2020, n. 82, solo in quanto i limiti che essa stessa opponeva all'installazione di impianti di potenza superiore agli 8000 kw avrebbero dovuto porsi, invece, con atti successivi, di natura amministrativa.

117 Sentenza 20 dicembre 2019, n. 281 § 2.2.

118 Cfr., anche per ulteriori rinvii, la sentenza 28 febbraio 2022, n. 45, la quale, pur dichiarando incostituzionale la legge molisana soggetta al suo vaglio, conferma la centralità del piano paesaggistico regionale quale «strumento di ricognizione del territorio [...] non solo ai fini della salvaguardia e valorizzazione dei beni paesaggistici, ma anche nell'ottica dello sviluppo sostenibile e dell'uso consapevole del suolo» (§ 4.1, I cpv.).



razionale di tutte le risorse naturali al fine di [...] difendere e risanare l'ambiente» grava su ogni «Autorità», indipendentemente dal livello di governo (statale, regionale, locale) cui essa appartenga¹¹⁹. Peraltro, tale lettura è coerente sia col comma 1 della medesima disposizione, che definisce il godimento «di un ambiente adatto allo sviluppo della persona» come diritto assoluto, al cui soddisfacimento sono quindi tenuti tutti gli Enti pubblici, sia con la consolidata giurisprudenza del Tribunale costituzionale, secondo la quale la disposizione vincola qualunque esercizio di *publica potestas* (quindi, anche se da parte non statale)¹²⁰.

Risalta, invero, una differenza di carattere terminologico. Il Testo spagnolo, infatti, allude al patrimonio naturale con un'unica locuzione, «*medio ambiente*». Quello italiano, invece, affianca «ambiente» ed «ecosistema», configurando così due materie distinte, concernenti, la prima, la conservazione dell'*habitat* umano, e la seconda la preservazione degli elementi naturali in quanto tali¹²¹. Tuttavia, ai fini di queste considerazioni tale scarto non sembra decisivo, sia perché l'art. 117 Cost. it. attribuisce entrambe le materie entrambe alla competenza del medesimo legislatore (quello statale), sia, soprattutto, per la reciproca interdipendenza che esiste tra uomo e natura. Così, ad esempio, anche a voler ricondurre l'istituzione delle aree protette alla sola «tutela dell'ecosistema», è indubbio che essa sia una misura anche «ambientale», in quanto impattante sulla qualità della vita delle popolazioni locali (e non solo)¹²².

10. Segue. La «protección del medio ambiente» come competenza sostanzialmente comunitaria.

È interessante osservare che buona parte degli spazi d'intervento di cui quotidianamente fruiscono le *Comunidades Autónomas* in tema di ambiente non riposa su previsioni costituzionali espresse, bensì su consolidate prassi interpretative. A rigore, infatti, l'art. 148, co. 1, n. 9 Cost. stabilisce che alle Comunità di nuova costituzione possano attribuirsi solo

119 In questo senso v., tra gli altri, M. FERNÁNDEZ SALMERÓN - B. SORO MATEO, *La articulación del ordenamiento jurídico ambiental en el estado autonómico*, Barcellona, Atelier, 2002, p. 99 ss., e, sembra, F. VELASCO CABALLERO, *Artículo 45*, in M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER - M. E. CASAS BAAMONDE (a cura di), *Comentarios a la Constitución Española*, vol. I, Madrid, BOE, 2018, p. 1371. Quest'ultimo A., aderendo all'insegnamento di *Trib. const.*, sentenza 23 maggio 2002, n. 126, FJ 2, osserva che il «*principio rector*» consacrato nell'art. 45 Cost. «*no hay atribución competencial específica, sino solo un deber finalista que guía el ejercicio de competencias propias*».

120 V. la sentenza 14 marzo 2000, n. 73, FF.JJ. 12 e 13, successivamente ripresa dalla sentenza 5 novembre 2015, n. 233, FJ 2.

121 Cfr. la giurisprudenza costituzionale già richiamata *supra*, nt. 91. Sul tema v. da ultimo le articolate considerazioni di M. MONTEDURO, *La tutela della vita come matrice fondamentale della tutela dell'ambiente (in senso lato e in senso stretto)*, in *Riv. quadrim. dir. amb.*, n. 1/2022, p. 446 ss.

122 Così, *ex aliis*, C. cost., sentenza 8 febbraio 2019, n. 16, nel quadro di una giurisprudenza costituzionale tuttavia costellata da reiterati «ripensamenti e svolte», come puntualmente rilevato da G. SALERNO, *La tutela dell'ambiente e dell'ecosistema nella prospettiva del regionalismo differenziato*, in *Corti supr. salute*, n. 2/2019, p. 390.



competenze «di gestione», cioè amministrative¹²³, mentre l'art. 149, co. 1, n. 23 Cost. consente a quelle dotate di autonomia maggiore la sola adozione di «norme di protezione addizionale», per di più entro principi sanciti dal Parlamento.

Senonché, l'art. 148 è, oggi, sostanzialmente inoperante, poiché tutte le Comunità esistenti hanno oramai raggiunto l'autonomia cd. di secondo livello, mentre l'art. 149 è oggetto di una lettura restrittiva. Il Tribunale costituzionale, infatti, è fermo nell'affermare che nella materia *de qua* le *leyes básicas* non assolvono ad una funzione propriamente uniformatrice, bensì debbono fissare standard di tutela minimi, che ciascuna Comunità è libera di derogare *in melius*¹²⁴; salva soltanto, secondo parte della dottrina, la necessità che tale sacrificio dell'«unità dell'indirizzo politico» sia giustificato da «circostanze», «bisogni» o «presupposti fattuali» oggettivi, propri di ciascun territorio¹²⁵. Analogamente, benché la maggioranza degli interpreti riconosca all'art. 45 Cost., già poc'anzi richiamato, un effetto ampliativo della sfera d'intervento statale, e benché, soprattutto, la giurisprudenza costituzionale rinvenga in tale disposizione una nozione di "ambiente" semanticamente più estesa di quella utilizzata dagli artt. 148 e 149 Cost.¹²⁶, è pacifico che tale "super-competenza" delle *Cortes Generales* sia solo residuale. Essa, cioè, sarebbe stata prevista al solo scopo di colmare possibili lacune, visto il carattere differenziato e frammentario delle competenze comunitarie, e quindi cederebbe dinanzi a previsioni statutarie che riservino determinati oggetti di normazione al livello di governo inferiore¹²⁷.

A partire dai primi anni Duemila, è proprio verso siffatta «blindatura» delle competenze delle Comunità che si è indirizzata – tra le altre cose – la revisione di quasi tutti gli Statuti allora in vigore¹²⁸. Benché motivata più dall'insofferenza verso le tendenze ri-accentratrici

123 Per approfondimenti v. L. CASADO CASADO, *La recentralización*, cit., p. 140 ss.

124 *Trib. Const.*, sentenza 19 ottobre 1989, n. 170, FJ 2, cui cfr. in dottrina J. AGUDO GONZÁLEZ, *Las competencias de la Comunidad Europea en materia medioambiental y su incidencia en el ejercicio de las competencias en el ámbito interno*, in *Rev. Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, n. 172 (1999), p. 153, nt. 28, che distingue nettamente l'introduzione di nuove norme di protezione dall'ordinario «svolgimento» di indirizzo normativi statali, cui le Comunità sono solitamente chiamate in presenza di *leyes básicas*.

125 T. QUINTANA LÓPEZ, *La distribución de competencias en la protección del medio ambiente. Referencia especial a las actividades mineras*, in *Rev. Estud. Admin. Local y Autonómica*, n. 235-236 (1987), p. 545.

126 In questo senso, da ultimo, *Trib. Const.*, sentenza 17 marzo 2016, n. 53, FJ 2.a), cui cfr. già, in dottrina, J. JARÍA I MANZANO, *El concepto constitucional de medi ambient*, Reus, Cambra de la Propietat Urbana de Reus i Comarques, 2006, *passim*.

127 Cfr. ampiamente, anche per i ricchi rinvii dottrinali, L. CASADO CASADO, *La recentralización*, cit., p. 109 ss.

128 Sull'avvento dei cd. Statuti di terza generazione v. per tutti J. F. LÓPEZ AGUILAR - R. GARCÍA MAHAMUT, *El nuevo Estatuto de autonomía de Canarias: «tercera generación», hecho diferencial y nuevo sistema electoral*, in *Rev. Esp. Derecho Const.*, n. 115/2019, p. 16 ss. Di "blindatura" scrive, tra gli altri, S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*, vol. IX, Madrid, BOE, 2015, p. 66 ss.



manifestate dal Governo che da un effettivo intensificarsi della coscienza ecologica¹²⁹, l'avvento di disposizioni statutarie particolarmente dettagliate ha posto i rispettivi organi legislativi nella condizione di approcciarsi alla questione ambientale in modo ben più analitico di quanto non avesse fatto, in passato, il Parlamento. Si è, così, superato il generico riferimento costituzionale alla «protezione dell'ambiente»¹³⁰, attingendosi all'oramai ampio dibattito internazionale ed europeo sul cd. «sviluppo sostenibile»¹³¹. Le nuove formule statutarie impongono spesso ai rispettivi legislatori di intervenire su questioni specifiche, come il cambiamento climatico, l'inquinamento idrico, atmosferico, del suolo e del sottosuolo, ovvero, ancora, l'effetto serra. In alcuni casi, esse contengono persino indicazioni sulla concreta definizione dell'indirizzo politico (tutela e promozione della biodiversità, applicazione del principio di prevenzione, risparmio energetico)¹³².

Uno degli ambiti in cui la legislazione sub-statale è più fitta è proprio quello delle aree naturali protette. Esse sono solitamente di competenza ripartita¹³³ e, più di rado, in quella comunitaria¹³⁴. Al riguardo, particolare interesse riveste la previsione contenuta nell'art. 154 St. Canarie, a norma della quale, ferma la competenza esclusiva delle Isole su parchi e riserve, la relativa creazione è rimessa a quanto deliberato da una Commissione paritetica Stato-Comunità.

11. *Segue. Gli intrecci tra tutela ambientale e «ordenación del territorio».*

129 Sul tema v. ampiamente, con riguardo all'atteggiamento "centripeto" assunto da Madrid a partire già dalla fine degli anni Novanta e del relativo avallo da parte del Tribunale costituzionale, L. CASADO CASADO, *La recentralización*, cit., rispettivamente a p. 40 ss. e p. 374 ss.

130 Uniche eccezioni la Cantabria, la Galizia e i Paesi Baschi, come risalta dall'art. 25, n. 7, dall'art. 27, n. 30 e dall'art. 11, co. 1, lett a) dei rispettivi Statuti, che ancora riportano la medesima locuzione utilizzata dal Costituente.

131 V. per tutti L. PINESCHI, *I principi del diritto internazionale dell'ambiente: dal divieto di inquinamento transfrontaliero alla tutela dell'ambiente come common concern*, in P. DELL'ANNO - E. PICOZZA (a cura di), *Trattato*, cit., p.121 ss.; più di recente, in prospettiva interna, R. BIFULCO, *Le Regioni e la sfida della sostenibilità*, in R. TONIATTI (a cura di), *Le relazioni fra autonomie speciali e Regioni ordinarie in un contesto di centralismo asimmetrico: le complessità di una dialettica (1970-2020)*, Trento, Università di Trento, 2022, p. 230 ss.

132 Cfr. rispettivamente, senza pretesa di esaustività, l'art. 70, co. 1, n. 35 St. Castiglia e Leon, l'art. 37, n. 15 St. Canarie e l'art. 9, n. 33 St. Estremadura; l'art. 71, co. 1, n. 7 St. Castiglia e Leon, l'art. 11, n. 5 St. Asturie e l'art. 27, n. 7 St. Madrid; l'art. 144, co. 1, lett. i) St. Catalogna; l'art. 144, co. 1, lett. c) St. Catalogna e l'art. 17, co. 2 St. Valencia; l'art. 144, co. 1, lett. f) St. Catalogna; l'art. 18, co. 1 St. Aragona. Per completezza andrebbero, inoltre, richiamati l'art. 22, co. 1, n. 1 e l'art. 5, co. 2, lett. e) degli Statuti delle Città autonome di Ceuta e Melilla, sostanzialmente equiparate alle Comunità.

133 Artt. 50, co. 1, lett. d) St. Navarra; 32, n. 2 St. Castiglia-La Mancia; 11, n. 2 St. Murcia; 9, n. 1 St. La Rioja; 11, n. 1 St. Asturie; 30, n. 46 St. Baleari; 27, n. 9 St. Madrid; 57, co. 1, lett. e) St. Andalusia; 119, co. 2 St. Catalogna.

134 Artt. 71, n. 21 St. Aragona; 49, n. 10 St. Valencia; 9, n. 33 St. Estremadura (quest'ultimo, limitatamente alle riserve istituite dalla Comunità).



Sempre in parallelo a quanto si è prospettato con riferimento all'Italia, può segnalarsi che dottrina e giurisprudenza spagnole tendono a valorizzare l'esistenza di addentellati tra la tutela dell'ambiente e svariati altri titoli competenziali, desumendone ulteriori "spazi" di autonomia¹³⁵. Alcune di queste materie sono propriamente "correlate" con l'ambiente («governo del territorio», «urbanistica», «edilizia», «turismo», «sport», «tempo libero», «ricerca», «sanità», «miniere», «fonti energetiche», «attività culturali», «opere pubbliche e infrastrutture»), mentre altre investono profili specifici del medesimo bene giuridico, implicando valutazioni su modalità e intensità della relativa conservazione. È il caso, ad esempio, di «agricoltura», «pesca», «allevamento», «risorse idriche», «aree montane», «boschi», «illuminazione costiera» (si pensi al cd. inquinamento luminoso).

In particolare, e per riprendere così un tema su cui ci si è già soffermati, l'«ordenación del territorio» (art. 148, co. 1, n. 3 Cost.) viene abitualmente ricondotta non soltanto alla razionale destinazione dei suoli, bensì anche alla «protección de la naturaleza», la quale ne costituirebbe, anzi, il «núcleo esencial»¹³⁶. Persino quei giuristi che, aderendo all'orientamento più consolidato del Tribunale costituzionale¹³⁷, insistono sulla necessità di tenere distinte le due "etichette", convengono sul fatto che la «componente ambientale» svolga un «ruolo chiave» all'interno di ogni pianificazione territoriale, per la semplice ragione che nessuna comunità umana può svilupparsi in un ambiente insalubre o, comunque, senza una «gestione responsabile delle risorse naturali»¹³⁸. Tali affermazioni sono tanto più pregnanti in quanto proprio il nesso con la protezione dell'ambiente sembra l'unico fattore comune alle pur molteplici definizioni di «ordenación del territorio» tuttora discusse in dottrina¹³⁹. Esse, inoltre, trovano conferma nel diritto positivo: gli artt. 17 ss. della *ley de bases* n. 42/2007, infatti, nel prescrivere a ciascuna Comunità di adottare un proprio *Plan de ordenación de los recursos naturales* (PORN), pone quest'ultimo in stretta correlazione con i piani di «organizzazione territoriale», mediante un obbligo conformativo¹⁴⁰.

135 Per approfondimenti si rinvia a v. I. SANTAMARÍA VÁZQUEZ, *El fracking en España. Régimen jurídico y evolución de la jurisprudencia constitucional*, 2019, p. 6 ss., accessibile da www.comunidad.madrid.es.

136 In questi termini P. ESCRIBANO COLLADO, *Comunidades Autónomas y ordenación del territorio*, in *Admin. Andal.* n. 3/1990, p. 49, che colloca nel medesimo contenuto minimo anche la «regulación del suelo rustico», la «previsión de obras públicas» e l'«urbanismo» (in senso lato, per distinguerlo dall'identico titolo competenziale menzionato nell'art. 148, co. 1, n. 3 Cost.).

137 A far data, almeno, dalla sentenza 10 febbraio 1994, n. 36, FJ 3, cui cfr. più di recente la sentenza 14 aprile 2016, n. 73, FJ 8.

138 E. RANDO BURGOS, *La atención al medio ambiente desde la ordenación del territorio: una visión general desde el marco legislativo autonómico*, in *Actual. Juríd. Amb.*, n. 81 (2018), p. 4.

139 Per una panoramica, che spazia dalla tesi dell'ordenación del territorio come sinonimo di "urbanistica" a quella che vi include ogni profilo connesso alla «utilización del espacio físico» e al «bienestar» dei cittadini, v. E. BELDA PÉREZ-PEDRERO, *El uso del concepto «territorio» en la Constitución y en la jurisprudencia del Tribunal constitucional*, in *Rev. Estud. Políticos*, n. 116 (2002), pp. 254-255.

140 Più precisamente, ai sensi degli artt. 17 ss. della cit. legge 13 dicembre 2007, n. 42, del *Patrimonio Natural y de la Biodiversidad*, i Piani debbono essere elaborati ed approvati nel rispetto di alcune norme

Le diverse modalità in cui tali disposizioni hanno trovato attuazione nei singoli ordinamenti comunitari meritano di essere brevemente esaminate, poiché confermano la possibilità di una reciproca integrazione tra politiche ambientali e pianificatorie. In prospettiva *de iure condendo*, esse potrebbero, quindi, rappresentare un utile modello di riferimento anche per il regionalismo italiano.

12. *Segue. Comunità Autonome ed esperienze di pianificazione territoriale “ecologicamente orientata”.*

Nel corso degli ultimi quindici anni, le Comunità autonome hanno fatto un uso piuttosto diversificato dei *PORN*, attribuendo ad essi molteplici denominazioni e combinandoli con svariati altri strumenti. In sintesi, possono individuarsi quattro modelli di regolazione¹⁴¹.

Un primo modello, ancora minoritario, si riviene nelle Isole Canarie e si basa sull’inquadramento di pianificazione ambientale e pianificazione territoriale come declinazioni di una medesima funzione di governo. L’art. 83 della legge canaria n. 4/2017¹⁴², infatti, stabilisce che all’adozione di Piani distinti *ratione materiae* si affianchi quella di «strumenti di organizzazione generale», chiamati a disciplinare congiuntamente sia lo sfruttamento delle «risorse naturali», sia quello «del territorio». Una distinzione, invero, piuttosto infelice sul piano terminologico, che tuttavia elementi di contesto consentono di ricondurre alla già esaminata giustapposizione tra «protezione dell’ambiente» e «governo del territorio». La medesima disposizione, infatti, riproducendo la norma statale, prevede che in caso di antinomie le determinazioni «ambientali» prevalgono su quelle «territoriali ed urbanistiche».

Maggiormente diffusa è la tendenza a porre l’accento sulla funzione di *ordenación*, ritenendo però che essa già racchiuda in sé quella di *protección*. Ciò avviene, ad esempio, nel Principato delle Asturie, dove il *Plan de ordenación de los recursos naturales* si affianca ad altri piani (*in primis*, quelli urbanistici) secondo criteri di specialità e differenziazione (art. 25 d. lgs. 1/2004), ed inoltre le valutazioni d’impatto ambientale sono inquadrate tra gli «strumenti complementari per l’organizzazione del territorio» (art. 60, co. 4 decr. 28/2007)¹⁴³.

di principio dettate dallo stesso legislatore statale e, dunque, uguali per tutte le Comunità. Per approfondimenti v. E. RANDO BURGOS, *La atención al medio ambiente*, cit., p. 13 ss.

141 Ai fini di queste riflessioni sembra utile riprendere, a grandi linee, la classificazione proposta da E. RANDO BURGOS, *La atención al medio ambiente*, cit., p. 21 ss., rinviando alla medesima A. per una più ampia rassegna delle ulteriori tassonomie proposte in dottrina (*ibid.*, p. 18 ss.).

142 Legge del 13 luglio 2017, *del Suelo y de los Espacios Naturales Protegidos de Canarias* (in sigla: *LSENC*). Essa ha dato svolgimento all’introduzione di un «*único sistema integrado y jerarquizado*», operata già nel testo originario dell’art. 9, co. 2 decreto legislativo 8 maggio 2000, n. 1 (*Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y de Espacios Naturales de Canarias*). In dottrina v. ampiamente A. JIMÉNEZ JAÉN, *Derecho y políticas ambientales en Canarias*, in *Rev. catalana de dret amb.*, n. 2/2017, p. 16 ss.

143 Ci si riferisce, nell’ordine, al decreto legislativo del 22 aprile 2004 e al decreto 4 dicembre 2007, che disciplina l’attuazione del primo a livello regolamentare. Enfasi aggiunta nel testo.



Una variante di questo secondo modello si riscontra in quelle Comunità che rimandano la pianificazione delle misure di tutela ambientale alla programmazione «di settore», concernente, per l'appunto, i singoli ambiti economico-produttivi. Ne deriva un accentuato grado di dettaglio, che per essere proficuo rende di fatto indispensabile la partecipazione delle comunità locali. Paradigmatico, al riguardo, l'art. 21 d. lgs. 2/2015 dell'Aragona, che classifica i *PORN* come sub-categoria delle *Directrices de ordenación territorial*, rimettendovi considerazioni sull'incidenza ecologica di «determinate» attività, economiche o amministrative (apertura di nuovi stabilimenti industriali, concessione di permessi venatori in aree specifiche *etc.*)¹⁴⁴.

Altre Comunità ancora, infine, non includono i *PORN* tra gli strumenti di governo del territorio, ma al contempo hanno adottato schemi simili a quelli appena considerati. Ad esempio, la *Directriz de protección del suelo no urbanizable* di La Rioja, benché sia strumento di carattere formalmente «urbanistico-territoriale», tra i propri obiettivi contempla proprio «la protezione [...] degli spazi naturali» (art. 26 legge n. 5/2006). Analogamente, a norma degli artt. 16 ss. della legge valenziana n. 4/2004 i *Planes de acción territorial*, oltre a curare lo sviluppo economico e preservare il patrimonio storico-archeologico della Comunità, debbono provvedere alla conservazione, alla bonifica ed al miglioramento della qualità dell'ambiente e delle acque. Tanto è vero che, pur restando separati dai Piani «ambientali» in senso stretto, essi sono comunque tenuti a coprire per intero la «rete delle aree naturali protette».

13. Considerazioni di sintesi ed ulteriori riscontri sul piano interno.

In sintesi, può senz'altro ribadirsi che la legge costituzionale n. 1/2022 induce ad una rilettura del riparto verticale delle competenze in materia ambientale. In particolare, essa crea i presupposti per una sistematica valorizzazione delle competenze regionali, in tutti i casi in cui esse siano esercitate per accrescere il livello di tutela, ed entro il limite rappresentato da valutazioni di respiro necessariamente più ampio, che continuano ad essere riservate al Parlamento.

La comparazione ha confermato la concreta praticabilità di tale approccio. Anzi, si è constatato che proprio ponendo l'accento sui nessi tra tutela ambientale ed altre materie, a cominciare dal governo del territorio, si può propiziare l'elaborazione di risposte normative organiche e, quindi, potenzialmente più efficaci, nel quadro di una proficua integrazione delle scelte politico-amministrative tra i diversi livelli di governo. D'altronde, in passato sia la dottrina che la Corte costituzionale italiane si sono già mostrate inclini alla sottoposizione dell'ambiente ad un regime di concorrenzialità *de facto*, seppur sulla base di ricostruzioni che, all'epoca, risultarono incerte sul piano esegetico e, non a caso, furono, poi, abbandonate

144 L'atto normativo richiamato nel testo è stato emanato il 17 novembre 2015. Le *directrices especiales* vi figurano come una delle due possibili «modalidades» delle *directrices de ordenación*, accanto a quelle *zonales*; è, inoltre, prevista l'adozione di uno strumento di portata ancora più ampia, la «*Estrategia de ordenación del territorio*».

(ambiente come oggetto di un diritto individuale) o, comunque, ridimensionate (ambiente come “valore”, come “non-materia”)¹⁴⁵.

A fronte del graduale accentramento della tutela dell’ambiente registratosi nell’ultimo ventennio¹⁴⁶, la lettura che qui si propone avrebbe il pregio di portare a compimento, nella materia *de qua*, quella promozione delle autonomie territoriali che ha ispirato la riforma del 2001. Inoltre, la circostanza che tale obiettivo possa raggiungersi in prospettiva *de iure condito*, ossia mediante un’interpretazione sistematica delle disposizioni già in vigore (artt. 9 e 117 Cost.), consente di evitare le incognite insite in un’eventuale “regionalizzazione” espressa delle competenze ambientali attraverso lo strumento dell’autonomia differenziata (art. 116, co. 3 Cost.), come pure è stato proposto in dottrina¹⁴⁷.

Nel 2008 l’inopportunità di una gestione interamente accentrata delle politiche ambientali è stata riconosciuta dallo stesso Parlamento, che all’art. 3-quinquies, co. 3 cod. amb. ha impegnato lo Stato ad astenersi dal regolare direttamente le «questioni involgenti interessi ambientali» ogni qual volta «gli obiettivi dell’azione [...] possano essere sufficientemente realizzati dai livelli territoriali inferiori di governo»¹⁴⁸. Benché tale statuizione, essendo contenuta in una norma di rango primario, non sia vincolante per le Camere, essa opera comunque sul piano ermeneutico, perché obbliga l’interprete a privilegiare, in caso di dubbio, l’applicazione della regolazione regionale.

Più in generale, la tesi della massima partecipazione possibile delle Regioni alla salvaguardia dell’ambiente ben si accorda con la particolare importanza che i siti naturali talora rivestono per le popolazioni locali dal punto di vista economico e cultural-identitario, fino a legittimare pretese civilistiche ad imputazione propriamente collettiva. Ci si riferisce all’antico istituto degli usi civici, il cui esercizio è indissolubilmente legato all’integrità degli *habitat*. Istituto che, nel 2017, il legislatore ha persino inteso rivitalizzare con riferimento alla sub-categoria dei «domini collettivi», riconoscendo questi ultimi, per l’appunto, «elementi

145 Su tali ricostruzioni v. per tutti C. CHIARIELLO, *Ambiente (diritto all’)*, in R. BIFULCO - A. CELOTTO - M. OLIVETTI (a cura di), *Dig. disc. pubbl. Agg.*, vol. VII, Milano, Utet Giuridica, 2017, p. 22 ss.

146 Come, peraltro, già a suo tempo pronosticato già in sede parlamentare: cfr. A.S., *Resoconto stenografico della 957ª seduta pubblica (pomerid.)*, 15 novembre 2000, spec. gli interventi dei senatori Rotelli, Castelli e D’Onofrio (p. 45 ss.), e A.C., *Resoconto stenografico della Seduta n. 774 del 20/9/2000*, spec. l’intervento dell’on. Migliori (pp. 59-60). Anche S. GRASSI, *Ambiente e Costituzione*, cit., p. 25, lamenta che la riscrittura del riparto di competenze nella materia *de qua* sarebbe avvenuto «senza una particolare consapevolezza, se non quella di accogliere quanto suggerito dai parlamentari che rappresentavano le posizioni delle associazioni ambientaliste, ed i cui voti erano decisivi».

147 V. in particolare S. GRASSI, *Ambiente e Costituzione*, cit., p. 35, cui cfr. tuttavia le cautele manifestate da G. MOSCHELLA, *La tutela costituzionale dell’ambiente nella riforma degli articoli 9 e 41 della Costituzione: uno sguardo al ruolo delle Regioni e alle prospettive di attuazione del regionalismo differenziato*, in *Dir. reg.*, n. 2/2023, p. 655 ss., e A. CROSETTI, *I rischi dell’autonomia differenziata nel governo del territorio: il caso dei beni forestali*, in *Riv. giur. edilizia*, n. 4/2023, p. 193 ss.

148 La disposizione è stata introdotta dal decreto legislativo 16 gennaio 2008, n. 4, e poi modificata nel 2010.



fondamentali per la vita e lo sviluppo delle collettività locali» e «strumenti primari per assicurare la conservazione e la valorizzazione del patrimonio naturale nazionale»¹⁴⁹. Si sono, così, recepiti gli auspici della Consulta, secondo cui «la conservazione degli usi civici», malgrado i limiti che essi oppongono all'esercizio della libertà d'iniziativa economica in forma individuale, si giustificerebbe proprio «nella misura in cui essa contribuisce alla salvaguardia dell'ambiente e del paesaggio»¹⁵⁰.

È vero che tale giurisprudenza, ravvisando nella conservazione degli usi un «interesse unitario della comunità nazionale»¹⁵¹, ha finito per comprimere gli spazi della legislazione regionale in materia. E tuttavia, pare significativo che nel 2022 la Corte costituzionale abbia annullato una legge calabrese che predisponesse procedure semplificate per la liquidazione degli usi civici non già per incompetenza *ratione materiae*, bensì per contrasto con la *ratio* dalla norma statale derogata (la tutela degli ambienti naturali)¹⁵². Resta, quindi, lecito domandarsi cosa avrebbe statuito la Corte, ove il Consiglio regionale avesse adottato una disciplina più restrittiva, prevedendo p. es. approfondite valutazioni d'impatto ambientale, oneri documentali *etc.* Del resto, la medesima pronuncia rimarca la necessità costituzionale che il legislatore tenga conto dell'«intrecciarsi» di ambiente e paesaggio «con le tradizioni antropologiche e culturali associate ai luoghi»¹⁵³.

In una prospettiva analoga si sono poste, nel 2011, anche le Sezioni Unite della Cassazione, laddove esse hanno affermato che per accertare il regime giuridico degli spazi naturali (nel caso di specie, le valli da pesca venete) il giudice deve tener conto anzitutto dell'attitudine dell'area a soddisfare i bisogni della comunità locale, specie se storicamente consolidata¹⁵⁴.

14. Luci ed ombre sull'effettiva capacità delle Regioni italiane di contribuire alla tutela dell'ambiente.

149 Art. 2, co. 1, lett. a) e b), legge 20 novembre 2017, n. 168. Sulla distinzione richiamata nel testo, che riposa peraltro su un bagaglio dottrinale estremamente stratificato e, a tratti, persino sfocato, sia consentito rinviare a M. RUOTOLO, *Gli effetti della decisione di incostituzionalità sulla circolazione immobiliare. Il caso degli usi civici*, in *Riv. AIC*, n. 1/2023, p. 82 ss., e S. ORRÙ, *Usi civici*, in *Dig. disc. priv. Agg.*, vol. XI, 2018, p. 479 ss., laddove è lo stesso art. 1, co. 1 della Legge a porre la stessa quale norma attuativa – tra gli altri – dell'art. 9 Cost., come puntualmente rilevato da A. LAURO, *Dalla tutela ambientale*, cit., p. 136, nt. 35.

150 In questi termini la sentenza 2 dicembre 2021, n. 228, § 4.1, con nota di F. POLITI, *La Corte delinea il regime costituzionale e civilistico dei domini collettivi e definisce la portata della legge n. 168 del 2017*, in *Giur. cost.*, n. 6/2021, p. 2546 ss.

151 Così già la sentenza 20 febbraio 1995, n. 46, § 3.2 (enfasi aggiunte).

152 V. la sentenza 28 novembre 2022, n. 236, § 6, anche nel commento di F. POLITI, *La Corte costituzionale restringe ulteriormente gli spazi del legislatore regionale in materia di usi civici*, in *Giur. cost.*, n. 6/2022, p. 2659 ss.

153 *Ibid.*, § 5.1.2, cui cfr. ancora C. cost., sentenza 15 giugno 2023, n. 119, § 8.1 ss.

154 Cass. civ., S.U., sentenze 14 febbraio 2011, n. 3665, e n. 3813, cui cfr. approfonditamente R. LOMBARDI, *Ambiente e mercato: note minime per una nuova prospettiva d'indagine sui beni comuni*, in R. FERRARA - M. SANDULLI (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, vol. I, Milano, Giuffrè, 2014, p. 77 ss.



Prima di concludere, sembrano ancora opportune alcune considerazioni. Una volta ammesso che la legge costituzionale n. 1/2022 apra ad una parziale ri-espansione dell'autonomia regionale, resta da chiedersi se le Regioni italiane sapranno effettivamente avvalersene. In linea di principio, è ragionevole attendersi che i noti meccanismi di responsabilità politico-elettorale siano di stimolo, per gli organi di governo regionali, più di quanto non riescano ad esserlo nei confronti di quelli centrali, caratterizzati da una maggiore "lontananza", anche fisica, dai cittadini¹⁵⁵. Inoltre, l'ordinamento consegna alla cd. società civile strumenti abbastanza incisivi per il superamento di ritardi e inadempienze politico-amministrative. Basti pensare, oltre, ovviamente, alla libertà di organizzare manifestazioni di protesta, campagne di stampa *etc.*, alla legittimazione riconosciuta alle associazioni ambientaliste per quanto concerne l'impugnazione degli atti amministrativi pregiudizievoli per l'ambiente, che la giurisprudenza interpreta peraltro in termini estensivi¹⁵⁶. A tali associazioni, in quanto portatrici di interessi diffusi, è dato partecipare ai procedimenti concernenti l'ambiente mediante «memorie scritte o documenti» (artt. 9 e 10 legge n. 241/1990), con specifico riguardo per la fase di «dibattito pubblico» sulla realizzazione di opere impattanti «sull'ambiente e sul territorio» (art. 40 cod. app.), e possono altresì chiedere che l'istruttoria su un dato provvedimento di VIA si svolga nelle forme dell'«inchiesta pubblica» (art. 24-bis, co. 2 cod. amb.). Ed ancora, tutti i cittadini hanno il diritto di accedere, anche individualmente, alle informazioni in possesso delle Pubbliche Amministrazioni in materia, nonché di presentare ad esse osservazioni su «piani» e «programmi» aventi «impatti significativi sull'ambiente», come previsto da molteplici disposizioni del Codice dell'ambiente e, a livello internazionale, dalla Convenzione di Aarhus¹⁵⁷.

155 Sul punto sia consentito rinviare, seppur con riferimento ad altra materia, a I. SPADARO, *Decentramento politico e pandemia: spunti per un "regionalismo dell'emergenza"*, in *Riv. AIC*, n. 4/2022, pp. 155-156.

156 Per effetto di tale *favor* giurisprudenziale, possono oggi ricorrere anche le associazioni non iscritte nell'apposito elenco ministeriale, purché il giudice ne accerti il soddisfacimento di taluni requisiti (in sintesi: *vicinitas*, non occasionalità, rappresentatività). Cfr. l'art. 18, co. 5 legge n. 349/1986, e Cons. St. (AP), sentenza 20 febbraio 2020, n. 6; in dottrina, G. MANNUCCI, *Legittimazione e interesse a ricorrere delle associazioni ambientaliste*, in *Federalismi*, n. 13/2023, p. 394 ss., che ricostruisce lo stato dell'arte anche alla luce dell'intercorsa modifica dell'art. 9 Cost.

157 V. in particolare, in tema di VIA, VAS, PUA, PAUR e AIA, gli artt. 12, 14, 19, 24, 26-bis, 27, 27-bis e 29-quater cod. amb., nonché gli artt. 4 ss. della *Convenzione sull'accesso alle informazioni, la partecipazione dei cittadini e l'accesso alla giustizia in materia ambientale* (1990), esecutiva in Italia con legge 16 marzo 2001, n. 108. A livello eurounitario la stessa ha trovato attuazione, da ultimo, nel regolamento (CE) n. 1367/2006, cui cfr. CGUE (GC), sentenza 8 novembre 2022, causa C-873/19, *Réception des véhicules à moteur*, annotata da L. MORAMARCO, *La disapplicazione eccentrica del diritto nazionale per contrasto con la Convenzione di Aarhus*, in *Resp. civ. prev.*, n. 2/2023, p. 39 ss. In generale, sul «principio della partecipazione [dei privati] alle decisioni ambientali» v. R. LEONARDI, *La tutela dell'interesse ambientale, tra procedimenti, dissensi e silenzi*, Torino, Giappichelli, 2020, p. 64 ss., ed ulteriori rinvii, mentre sull'incisività dei vincoli internazionali in materia v. S. PITTO, *Da Aarhus a Escazú e oltre. La lunga marcia*



Se si guarda alla prassi, tuttavia, lo scenario appare in chiaroscuro. In passato, alcune Regioni si sono effettivamente mostrate capaci di sperimentare soluzioni innovative ed efficaci, poi mutate dal legislatore nazionale. Ciò è avvenuto p. es. nel caso della Legge Merli sul contrasto all'inquinamento idrico, che nel 1976 si ispirò ad una legge lombarda approvata due anni prima¹⁵⁸, e per l'introduzione di cautele ecologiche nel settore minerario, inizialmente adottate solo da Lombardia e Veneto¹⁵⁹.

Per contro, l'ultima *Relazione sullo stato di attuazione della legge n. 394/1991*, pubblicata nel 2020, delinea un quadro poco edificante¹⁶⁰. Essa riporta, infatti, numerosi episodi in cui sia l'istituzione di nuovi parchi e riserve, sia la regolare gestione di quelli già esistenti hanno incontrato ostacoli in atteggiamenti inerti, dilatori o, comunque, poco collaborativi da parte degli Enti territoriali, spesso persino in difetto apparenti motivazioni¹⁶¹. In tutti questi casi, è stato infine lo Stato a doversi fare parte diligente, mediante sollecitazioni, commissariamenti o la convocazione di riunioni tecniche, ed è solo tale azione di *pressing* politico-istituzionale che ha consentito di preservare aree di acclarato pregio naturalistico che, altrimenti, sarebbero state compromesse.

Ed ancora, nel dicembre 2023 ha suscitato perplessità, anche presso molti giuristi, la decisione del Consiglio regionale abruzzese di ridurre drasticamente i confini di una nota riserva naturale, approvata come emendamento ad una legge di stabilità e senza alcuna preventiva consultazione degli Enti territoriali interessati¹⁶².

Il nodo forse più problematico risiede nel fatto che negli ultimi anni buona parte dei disegni di legge regionali in materia di ambiente è apparsa tesa ad assecondare meri sentimenti campanilistici o di diffidenza verso la realizzazione di specifiche opere, quand'anche privi di fondamento sul piano scientifico¹⁶³. Tuttavia, già nel breve termine siffatte distorsioni

della democrazia ambientale, in S. LANNI (a cura di), *Sostenibilità globale e culture giuridiche comparate*, Torino, Giappichelli, 2022, p. 31 ss.

158 Il riferimento è, rispettivamente, alla legge 10 maggio 1976, n. 319, ed alla legge regionale 19 agosto 1974, n. 48, la cui legittimità costituzionale fu "salvata" da C. cost., sentenza 21 luglio 1983, n. 225, § 4, proprio sulla base del fatto che il Consiglio lombardo era stato «pressoché costretto» ad intervenire dall'inadempienza delle Camere.

159 Legge reg. Veneto 17 aprile 1975, n. 36 (oggi abrogata), e legge reg. Lombardia 14 giugno 1975, n. 92, cui si deve l'introduzione di un analogo sistema autorizzatorio nel regio decreto 29 luglio 1927, n. 1443 (cd. Legge mineraria). In dottrina v. per tutti M. VACCARELLA, *La disciplina delle attività estrattive nell'amministrazione del territorio*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 40 ss.

160 Relativa al periodo 2017-2019. Ai sensi dell'art. 33 legge n. 394/1991 tale documento, indirizzato alle Camere, dovrebbe avere cadenza annuale, ma la relativa elaborazione, affidata al Ministero dell'Ambiente, registra da sempre ritardi e discontinuità.

161 Cfr. le vicende relative alle ben nove aree di pregio richiamate *ibid.*, p. 9 ss.

162 V. le diverse censure sollevate nel documento "*Sei ragioni giuridiche per riflettere sulla ripermetrazione ex lege in senso riduttivo della riserva regionale guidata 'Borsacchio'*", 8 gennaio 2024, accessibile da www.unidav.it (primo firmatario: prof. G. DI PLINIO).

163 Ciò è avvenuto con particolare frequenza dei settori dello smaltimento dei rifiuti e degli impianti di telecomunicazione, su cui v. almeno L. CONTE, *Trattamento dei rifiuti e ruolo delle Regioni: quando è "vietato*



potrebbero quantomeno rarefarsi per effetto della tendenza della legislazione statale, puntualmente avallata dalla Corte costituzionale¹⁶⁴, a riservare le principali scelte pianificatorie ad atti di rango regolamentare (delibere di Giunta, decreti assessoriali), i quali – com'è noto – a differenza di quelli legislativi necessitano di adeguata motivazione. Ciò pare senz'altro apprezzabile, anche se deve auspicarsi che il contenuto di tali atti sia comunque preventivamente discusso in Consiglio, così da garantire un adeguato tasso di pubblicità e di trasparenza, oltre, ovviamente, al coinvolgimento delle opposizioni.

Non vanno, infine, ignorate le questioni legate all'ancora imperfetta attuazione di federalismo fiscale e perequazione territoriale, che continua a penalizzare gli enti sub-statali limitandone la capacità finanziaria e, quindi, anche l'attività di programmazione politica¹⁶⁵.

Anche su questo versante si registrano, comunque, segnali incoraggianti. Nel 2021 il Governo ha, infatti, assunto precisi impegni verso l'Unione europea all'interno del *Piano nazionale di ripresa e resilienza*¹⁶⁶, per adempiere ai quali nell'agosto 2023 ha ottenuto un'apposita delega legislativa, da esercitarsi entro due anni¹⁶⁷. Lo stesso slittamento del termine già precedentemente previsto per la completa attuazione dell'art. 119 Cost., dal 2023 al 2026¹⁶⁸, può interpretarsi come indice di sano realismo, nell'ottica di un fattivo re-inserimento di questi temi tra le priorità dell'agenda politica e parlamentare.

vietare?", in *Forum Quad. Cost. Rass.*, n. 4/2021, p. 150 ss. Per contro, sembra condivisibile la tesi di M. CECCHETTI, *Diritto ambientale e conoscenze scientifiche*, cit., p. 21, secondo il quale «nel campo della tutela ambientale», ancor più che in altri, «il rapporto tra politica/azione pubblica, da un lato, e scienza/tecnica, dall'altro, costituisce un binomio inscindibile».

164 Sentenza 25 luglio 2022, n. 191, annotata da G. IOANNIDES, *La competenza statale in materia ambientale come garanzia del riequilibrio socio-economico tra territori*, in *Giur. cost.*, n. 5/2022, p. 2380 ss., cui cfr., in prospettiva più ampia, G. VIVOLI, *Tutela dell'ambiente e gestione dei rifiuti: la Corte costituzionale tra "materia naturalmente trasversale", disposizioni regionali programmatiche e riserva di amministrazione*, in *Federalismi*, n. 31/2022, p. 181 ss.

165 Sul tema v. di recente M. BERGO, *L'autonomia di entrata dei Comuni e gli strumenti perequativi: un dramma in tre atti*, in *Riv. C. Conti*, n. 1/2023, p. 6 ss., e G. TIEGHI, *Repubblica delle autonomie o Repubblica "spaesata"? Federalismo, fiscalità e l'Italian case-law tra Stato e Regioni*, in *Federalismi*, n. 5/2023, p. 106 ss.

166 V. *l'Allegato riveduto della decisione di esecuzione del Consiglio relativa all'approvazione della valutazione del piano per la ripresa e la resilienza dell'Italia*, 10160/21 ADD 1 REV 2, 8 luglio 2021, p. 9.

167 V. gli artt. 1, 13 e 14 della legge 9 agosto 2023, n. 111.

168 V. l'art. 1, co. 788, lett. a) della legge 29 dicembre 2022, n. 197, modificativo *in parte qua* dell'art. 2, co. 1 decreto legislativo 6 maggio 2011, n. 68. Il termine iniziale, già più volte prorogato, era fissato al 2013.



UNA “NUOVA” INTERPRETAZIONE ESTENSIVA DEI MOTIVI INERENTI ALLA GIURISDIZIONE (A PROPOSITO DI CASS., SEZ. UN., 23 NOVEMBRE 2023, N. 32559).

Anna Maria Liscio

Abstract. Il contributo analizza la sentenza delle Sezioni Unite n. 32559 del 23 novembre 2023 che ha cassato, con rinvio al Consiglio di Stato per diniego di giurisdizione, la pronuncia n. 18 del 2021 dell’Adunanza Plenaria sulle proroghe *ex lege* delle concessioni demaniali marittime. Si evidenzia come l’aver qualificato l’estromissione degli intervenienti come una questione di giurisdizione abbia consentito alla Suprema Corte sia di ampliare il novero delle situazioni legittimanti l’intervento nel processo amministrativo, sia di sindacare le modalità di esercizio della funzione giurisdizionale, in contrasto con l’art. 111, co. 8, Cost.

Abstract. The paper analyzes the ruling of the United Sections No. 32559 of November 23, 2023, which annulled, with referral to the Council of State for denial of jurisdiction, the Plenary Council’s ruling No. 18 of 2021 concerning the automatic extensions of maritime state concessions. It is highlighted how qualifying the exclusion of the interveners as a question of jurisdiction allowed the Supreme Court both to expand the range of situations legitimizing intervention in the administrative process and to review the way jurisdiction is exercised, contrary to Article 111, co. 8, Const.

SOMMARIO: 1. Premessa: le ragioni di interesse della sentenza n. 32559 del 2023. - 2. I motivi di ricorso in Cassazione degli intervenienti. - 3.1. L’esame delle questioni preliminari: la legittimazione a impugnare. - 3.2. L’ammissibilità del ricorso in Cassazione avverso tutti i provvedimenti in forma di sentenza. - 4. L’illegittima estromissione degli enti esponenziali e l’eccesso di potere giurisdizionale dell’Adunanza Plenaria. - 5. Alcune considerazioni sulla legittimazione a intervenire e sul diniego di giurisdizione. - 6. Conclusioni.

1. Premessa: le ragioni di interesse della sentenza n. 32559 del 2023



La sentenza n. 32559 del 23 novembre 2023 delle Sezioni Unite della Cassazione ha annullato con rinvio al Consiglio di Stato per diniego di giurisdizione la pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 18 del 2021¹ in materia di concessioni demaniali marittime.

La decisione interessa soprattutto per le statuizioni riguardanti la legittimazione a intervenire nel processo amministrativo e il sindacato sulle sentenze del Consiglio di Stato, mentre incide limitatamente sulla annosa questione delle concessioni balneari, poiché - oltre a rimanere impregiudicata l'efficacia della sentenza n. 17 del 2021 - sono state assorbite le censure relative al supposto sconfinamento della Plenaria nel potere legislativo. Si può, quindi, ritenere che i

1 Cons. Stato, Ad. Plen., 9 novembre 2021, n. 18. Sulle sentenze gemelle la dottrina è molto ampia. Senza pretesa di esaustività: il fascicolo monotematico *La proroga delle "concessioni balneari" alla luce delle sentenze 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza Plenaria*, in *Dir. soc.*, 3, 2021 con scritti di M.A. Sandulli, F. Ferraro, G. Morbidelli, M. Gola, R. Dipace, M. Calabrò, E. Lamarque, R. Rolli - D. Sammarro, E. Zampetti, G. Iacovone, M. Ragusa, P. Otranto, B. Caravita di Toritto e G. Carlomagno; A. DE SIANO, *Stravaganze giurisprudenziali. A proposito dell'atto amministrativo (a margine di adunanza plenaria, 9 novembre 2021, nn. 17 e 18)*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 2022, pp. 823 ss.; A. POLICE-A.M. CHIARELLO, *Le concessioni demaniali marittime: dalle sentenze dell'Adunanza Plenaria al percorso di riforma. Punti critici e spunti di riflessione*, in *www.amministrativamente.com*, 2, 2022, pp. 47 ss.; A. GIANNELLI-G. TROPEA, *Il funzionalismo creativo dell'adunanza plenaria in tema di concessioni demaniali marittime e l'esigenza del katékon*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 5-6, 2021, pp. 723 ss.; A. GIANNACCARI, *À la guerre comme à la guerre. Concessioni demaniali marittime, Adunanza plenaria e procedure selettive (al 2023?)*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 3, 2021, pp. 581 ss.; A. COSSIRI, *L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato si pronuncia sulle concessioni demaniali a scopo turistico-ricreativo. Note a prima lettura*, in *Dir. pubbl. eur. rassegna online*, 2, 2021, pp. 232 ss.; E. CANNIZZARO, *Demanio marittimo. Effetti in malam partem di direttive europee? In margine alle sentenze 17 e 18/2021 dell'Ad. Plen. del Consiglio di Stato*, in *www.giustiziainsieme.it*, 30 dicembre 2021; A. MONICA, *Il futuro prossimo delle "concessioni balneari" dopo il Consiglio di Stato: nihil medium est?*, in *CERIDAP*, 1, 2022, pp. 64 ss.; M.T. STILE, *L'intervento nomofilattico del Consiglio di Stato sulle concessioni demaniali marittime tra diritto dell'Unione e normativa nazionale de iure condendo*, in *Nomos*, 1, 2022, pp. 1 ss.; A. LENTO, *La disciplina delle concessioni demaniali marittime alla luce della giurisprudenza nazionale ed eurounitaria*, in *Rivista di Diritto ed Economia dei Comuni*, 3, 2023, pp. 139 ss. Sull'argomento sia consentito anche un richiamo a A.M. LISCIO, *Il ruolo dell'esecutivo nell'incerto futuro delle concessioni demaniali marittime*, in *www.federalismi.it*, 7, 2023, pp. 81 ss.

Più in generale sul tema delle concessioni balneari: A. LUCARELLI-B. DE MARIA-M.C. GIRARDI (a cura di), *Governo e gestione delle concessioni demaniali marittime. Principi costituzionali, beni pubblici e concorrenza tra ordinamento europeo e ordinamento interno*, II, Napoli, 2023; A. LUCARELLI-B. DE MARIA-M.C. GIRARDI (a cura di), *Governo e gestione delle concessioni demaniali marittime. Principi costituzionali, beni pubblici e concorrenza tra ordinamento europeo e ordinamento interno*, I, Napoli, 2021; A. COSSIRI (a cura di), *Coste e diritti. Alla ricerca di soluzioni per le concessioni balneari*, Macerata, 2022; S. BERTUZZI-G. COTTARELLI-C. CUSUMANO, *Concessioni demaniali marittime*, Santarcangelo di Romagna, 2022; M. TIMO, *Le concessioni balneari alla ricerca di una disciplina fra normativa e giurisprudenza*, Torino, 2020; A. GIANNELLI, *Concessioni di beni e concorrenza. Contributo in tema di compatibilità tra logica pro-concorrenziale e principi di diritto interno in tema di gestione dei beni pubblici*, Napoli, 2018; B. CARAVITA-G. CARLOMAGNO, *La proroga ex lege delle concessioni demaniali marittime. Tra tutela della concorrenza ed economia sociale di mercato. Una prospettiva di riforma*, in *www.federalismi.it*, 20, 2021; E. FOLLIERI, *Il punto sulle "concessioni balneari"*, in *www.giustamm.it*, 2, 2024.



principi di diritto pronunciati nel novembre del 2021 non siano affatto superati e che, anzi, siano destinati – come già avviene² - ad essere ancora applicati dalla giurisprudenza amministrativa.

2. I motivi di ricorso in Cassazione degli intervenienti

A seguito dell'adozione delle sentenze gemelle dell'Adunanza Plenaria, il Sindacato Italiano Balneari (SIB) ai sensi dell'art. 111, co. 8, Cost., proponeva ricorso in cassazione avverso la pronuncia n. 18 del 2021, al quale aderivano incidentalmente anche l'Associazione Nazionale Approdi e Porti Turistici (ASSONAT) e la Regione Abruzzo.

Con la prima doglianza il SIB censurava la declaratoria di inammissibilità dell'intervento proposto in sede plenaria a sostegno delle ragioni dell'originario ricorrente, titolare di una concessione demaniale marittima. Ad avviso del sindacato, l'estromissione dell'interveniente dal giudizio, in assenza di un esame dello statuto associativo, avrebbe configurato un illegittimo diniego di giurisdizione.

In secondo luogo, si denunciava l'illegittimità costituzionale dell'art. 99, co. 2, c.p.a. nella misura in cui tale disposizione consente al Presidente del Consiglio di Stato di selezionare arbitrariamente e di deferire alla Plenaria uno tra i numerosi ricorsi pendenti aventi ad oggetto la medesima questione di massima importanza e di scegliere così anche le parti abilitate a intervenire in sede nomofilattica. Il ricorrente lamentava, pertanto, che la facoltà di intervenire in giudizio fosse stata riconosciuta solo alle associazioni già parti in una delle due controversie rimesse al Supremo Consesso.

Con i successivi motivi, l'ente contestava l'omesso rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia e l'invasione nelle funzioni della Consulta, la quale avrebbe dovuto pronunciarsi circa la legittimità costituzionale delle norme processuali che impongono la disapplicazione delle disposizioni che prorogano l'efficacia delle concessioni balneari.

Parimenti, anche ASSONAT e Regione Abruzzo lamentavano che l'estromissione dal giudizio avrebbe irragionevolmente leso il loro diritto di difesa. In particolare, l'interesse della Regione a intervenire derivava dagli effetti orientativi che i principi stabiliti in sede nomofilattica producono sull'attività amministrativa, soprattutto con riguardo all'obbligo della pubblica amministrazione di disapplicare la normativa nazionale in contrasto con il diritto comunitario. Infine, tutti i ricorrenti denunciavano l'eccesso di potere giurisdizionale del Consiglio di Stato, il quale, stabilendo sia una data di scadenza delle concessioni demaniali marittime, sia i

² Cons. Stato, Sez. VI, 27 dicembre 2023, n. 11200 che, in applicazione dei principi enunciati dalla sentenza n. 17 del 2021 dell'Adunanza plenaria, ha considerato *tamquam non esset* la proroga della concessione demaniale marittima disposta dal Comune di Amalfi. In questo senso anche T.A.R. Lazio, Roma, Sez. V *ter*, 15 dicembre 2023, n. 19051; T.A.R. Campania, Salerno, Sez. III, 22 marzo 2024, n. 703



principi per lo svolgimento delle gare, avrebbe indebitamente esercitato poteri legislativi e amministrativi, in violazione dei limiti esterni della giurisdizione.

3.1. L'esame delle questioni preliminari: la legittimazione a impugnare.

La sentenza n. 32559 del 2023 procede, anzitutto, con l'esame delle questioni preliminari. La prima attiene alla legittimazione dell'interveniente adesivo dipendente a proporre autonomamente ricorso per cassazione.

Nel giudizio di appello dinanzi alla Plenaria, infatti, il sindacato italiano balneari aveva spiegato intervento adesivo a sostegno delle ragioni del Sig. Caretto, titolare di una concessione balneare e ricorrente in primo grado contro il Comune di Lecce. Tuttavia, mentre il concessionario faceva acquiescenza alla sentenza a lui sfavorevole, l'interveniente proponeva ricorso per cassazione. Pertanto, le Sezioni Unite hanno dovuto preliminarmente verificare che il SIB fosse legittimato a impugnare autonomamente la sentenza n. 18 del 2021. La consolidata giurisprudenza della Cassazione esclude l'esistenza di un'autonoma legittimazione dell'interventore a proporre gravame qualora la parte adiuvata non abbia impugnato o abbia fatto acquiescenza alla sentenza sfavorevole. Tale regola, però, incontra una deroga quando «l'impugnazione sia limitata alle questioni specificamente attinenti alla qualificazione dell'intervento»³. Questo principio di origine giurisprudenziale, valido per l'appello (art. 102 c.p.a.), è stato ritenuto applicabile anche alle sentenze impugnate ai sensi dell'art. 111, co. 8, Cost. e costituisce il corollario del carattere dipendente dell'interesse dell'interventore nel giudizio principale.

La legittimazione del sindacato a proporre ricorso per cassazione, dunque, è stata riconosciuta proprio in virtù di un interesse direttamente riferibile alla sua posizione di interveniente, cioè l'asserita illegittima estromissione dal giudizio.

A conferma dell'ammissibilità del ricorso milita la constatazione della Suprema Corte secondo cui il sindacato balneari, l'ASSONAT e la Regione Abruzzo sarebbero intervenuti nel giudizio di appello nella qualità «di enti esponenziali di interessi collettivi, qualificati e istituzionali, senza ampliare il *thema decidendum* della causa, a tutela anche di diritti propri e autonomi, direttamente azionabili, connessi per l'oggetto e il titolo e finalisticamente convergenti con il diritto individuale della parte adiuvata».

3.2. L'ammissibilità del ricorso in Cassazione avverso tutti i provvedimenti in forma di sentenza

Chiarita la legittimazione a impugnare degli intervenienti, la seconda questione preliminare riguarda l'ammissibilità del ricorso per cassazione avverso una sentenza dell'Adunanza

³ Cass., Sez. I, 6 febbraio 2018, n. 2818.



Plenaria che ha pronunciato i principi di diritto, restituendo gli atti alla sezione rimettente per ogni ulteriore statuizione.

Ad avviso del Comune di Lecce, sulla scorta di un precedente delle Sezioni Unite⁴, il ricorso avverso la sentenza n. 18 del 2021 è inammissibile in quanto la sentenza del Consiglio di Stato che si limita a sancire un principio di diritto non ha valenza decisoria e, dunque, non è impugnabile per cassazione. Secondo tale orientamento, a seguito della rimessione degli atti, la decisione nomofilattica non acquisisce autorità di cosa giudicata poiché il giudizio in appello è ancora *in fieri*. Il vincolo di giudicato sorgerebbe esclusivamente per le sentenze che definiscono - anche parzialmente - una controversia, mentre l'enunciazione dei principi di diritto costituirebbe un'attività solo strumentale alla decisione. L'impugnazione, quindi, ad avviso della resistente, è inammissibile perché la sentenza è priva dei caratteri di decisorietà e definitività.

La Suprema Corte, tuttavia, disattende il precedente indirizzo e precisa che il carattere di "decisorietà", che si sostanzia nella capacità di incidere su diritti soggettivi, ai sensi dell'art. 111, co. 8, è necessario solo per i provvedimenti giudiziari non in forma di sentenza. Si tratterebbe, pertanto, di un requisito residuale che opera solo per provvedimenti diversi dalle sentenze, le quali, invece, sono sempre ricorribili per cassazione⁵. Ne consegue che il ricorso promosso dal sindacato balneari è ammissibile in quanto ha ad oggetto una sentenza della quale non rileva che si sia limitata a statuire la regola di diritto.

Inoltre, aggiungono i giudici, risulterebbe illogico escludere dal controllo della Cassazione proprio le sentenze del vertice giurisdizionale amministrativo che sono le uniche «suscettibili di arrecare un *vulnus* all'integrità delle attribuzioni degli altri poteri».

Le Sezioni Unite dichiarano così la sindacabilità incondizionata di ogni sentenza, a prescindere da uno scrutinio sulla portata decisoria perché sottrarre al sindacato di legittimità alcune pronunce della Plenaria significherebbe compromettere le attribuzioni degli altri poteri dello Stato.

Il Giudice della giurisdizione, dunque, ha adottato un parametro formale in base al quale la denominazione di sentenza è condizione sufficiente della ricorribilità per cassazione, mentre il controllo contenutistico va effettuato solo per verificare che gli altri provvedimenti siano decisori.

4 Cass., Sez. Un., 30 ottobre 2019, n. 27842.

5 Non condivide questo indirizzo S. SPUNTARELLI, *Forma di sentenza e ricorribilità in Cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione*, in *CERIDAP*, 1, 2024, p. 142, la quale ritiene che, in considerazione del doppio ruolo della Plenaria di giudice dell'appello e di giudice della nomofilachia, ammettere la ricorribilità per cassazione dei principi di diritto «è come affermare che risulta sottoposto al controllo della Cassazione il modo in cui viene esercitato il controllo nomofilattico dall'organo di vertice della giurisdizione speciale, quando si sia risolto in concreto nel negare erroneamente tutele alla situazione giuridica azionata».



Stando alla lettera della legge, se è vero che l'art. 111, u.c., Cost. ammette l'impugnazione contro le «decisioni» del Consiglio di Stato, l'art. 110 c.p.a., disciplinando i motivi di ricorso per cassazione, fa riferimento alle «sentenze» del Consiglio di Stato e, in tal senso, sembra avallare l'argomentazione delle Sezioni Unite.

Tuttavia, l'adozione di tale criterio formale non risulta convincente e, anzi, appare come un maldestro tentativo di aggirare il parametro della decisorietà.

Ai fini dell'impugnabilità, infatti, non rileva il *nomen iuris*, ma il contenuto del provvedimento. Si ritiene, pertanto, che possono essere oggetto di appello tutte le decisioni che, indipendentemente dalla loro qualificazione in termini di sentenza, presentino un contenuto decisorio. Ne consegue che l'appellabilità è esclusa per le decisioni che, ancorché denominate sentenze, non abbiano natura decisoria⁶. L'impugnabilità, quindi, è tradizionalmente collegata a tale carattere del provvedimento al fine di valorizzarne la sua rilevanza sostanziale.

A sostegno della propria argomentazione, inoltre, la Suprema Corte riprende le conclusioni del Procuratore generale secondo cui la vincolatività del principio di diritto verrebbe fortemente ridimensionata se si attribuisse alle sentenze della Plenaria il valore di meri pareri rivolti alla sezione rimettente. Il vincolo, invece, sarebbe ben più intenso proprio perché la sezione ha l'obbligo di applicarlo, salvo decida di discostarsene, rinviando nuovamente al giudice della nomofilachia con ordinanza motivata.

Non è però certo che una sentenza che rimetta alla sezione la definizione del giudizio sia effettivamente definitiva e decisoria. La sentenza n. 18 del 2021, per quanto abbia un innegabile rilievo nomofilattico, non può ritenersi definitiva perché non conclude la vicenda processuale. Le sentenze non definitive sono impugnabili solo qualora abbiano carattere decisorio che non va confuso con il valore nomofilattico, come invece sembra emergere dalla sentenza in commento.

Limitandosi a stabilire i principi di diritto, il Supremo consesso affida alla sezione l'onere di applicarli, con facoltà di non condividerli (mediante ordinanza motivata)⁷ ed anche il compito

6 A. ZITO, *L'appello*, in F.G. COCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2023, p. 483.

7 Sul tema E. FOLLIERI, *Nomofilachia e certezza del diritto, con particolare riferimento al Consiglio di Stato*, in *Ars Interpretandi*, 2015, pp. 111 ss.; ID., *La nomofilachia del Consiglio di Stato*, in *www.giustamm.it*, 5, 2015, il quale sostiene che il terzo comma dell'art. 99 c.p.a. obbliga la sezione a non adottare una decisione contrastante con un principio enunciato dall'Adunanza plenaria. La sezione deve adeguarsi al precedente e quando dissenta non può decidere diversamente, ma deve rimettere la questione con ordinanza al supremo consesso, esplicitando le ragioni di non condivisione del principio. La differente soluzione viene solo manifestata e proposta, in quanto l'eventuale mutamento del principio è comunque una decisione rimessa alla Plenaria. La funzione nomofilattica, quindi, viene rafforzata dall'art. 99, co. 3, c.p.a. perché munisce di una particolare forza formale le pronunce del supremo consesso che non hanno più il medesimo valore di una qualsiasi decisione di una sezione semplice. Cfr. V. FANTI, *Le impugnazioni*, in P.M. VIPIANA-V. FANTI-M. TRIMARCHI, *Giustizia Amministrativa*, Padova, 2019, pp. 414-415, secondo cui l'art. 99, co. 3, c.p.a. pone un vincolo solo processuale e negativo per cui se una sezione



di decidere sugli altri motivi. Ne consegue che la pronuncia della Plenaria non solo non definisce il giudizio, ma pone un vincolo al precedente solo processuale e negativo.

Nella richiamata pronuncia del 2019⁸, le Sezioni Unite avevano chiarito come «la nozione di decisorietà implica un'operazione di riconduzione di una *regula iuris* al caso concreto, all'esito di un'attività *lato sensu* interpretativa, qual è quella che dev'essere svolta dal giudice remittente, il quale sia chiamato ad applicare nel caso concreto il principio di diritto enunciato dall'Adunanza Plenaria, risultando tale attività di contestualizzazione incoercibilmente connaturata a qualunque attività decisionale». L'attività di contestualizzazione e di sussunzione è, quindi, intrinseca all'art. 99, co. 4, c.p.a., che rimette al supremo consesso l'opzione fra l'integrale definizione del ricorso e l'enunciazione della *regula iuris* che sarà applicata dai giudici ai quali sono restituiti gli atti⁹. Nell'ipotesi delle concessioni balneari la definizione della controversia è avvenuta solo a seguito del rinvio alla sezione semplice.

Pertanto, l'approccio formalistico che prescinde dal carattere decisorio del provvedimento appare poco persuasivo. Allo stato, infatti, sono senza dubbio decisorie soltanto le sentenze che definiscono il giudizio di appello con l'accoglimento o il rigetto dell'impugnazione e dettano la regola del caso concreto¹⁰. Per superare il precedente orientamento le Sezioni unite avrebbero dovuto chiarire la natura decisoria della pronuncia cassata; in alternativa, per ammettere il ricorso sarebbe bastato evidenziare la decisorietà del capo che ha statuito l'inammissibilità degli interventi¹¹.

In conclusione, se da un lato, appare condivisibile l'intento di ampliare il controllo per motivi di giurisdizione a tutte le pronunce della Plenaria, che è anche la sede dove più spesso si verificano sconfinamenti, dall'altro, il rischio è che interpretazioni dinamiche delle questioni

semplice non condivide il principio affermato dal Supremo Consesso, deve «investire della questione l'Adunanza plenaria, attraverso un'ordinanza interlocutoria, che se da un lato ha il contenuto di una *dissenting opinion*, dall'altro appare funzionale ad una *anticipatory overruling*, che permetta alla stessa Adunanza plenaria di rimuovere il precedente che ha creato il vincolo in discussione».

Più approfonditamente sul principio dello *stare decisis* derivante dalle sentenze del Supremo consesso: E. FOLLIERI, *L'adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, in E. FOLLIERI-A. BARONE (a cura di), *I principi vincolanti dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato sul Codice del processo amministrativo (2010-2015)*, Padova, 2015, pp. 25 ss.; ID., *L'introduzione del principio dello stare decisis nell'ordinamento italiano, con particolare riferimento alle sentenze dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2012, pp. 1237 ss.; ID., *Rimedi avverso la violazione dell'art. 99, terzo comma, del codice del processo amministrativo*, in *www.giustamm.it*, 2013.

8 Cfr. Cass., Sez. Un., 30 ottobre 2019, n. 27842.

9 In questo senso anche Cons. Stato, Ad. Plen., 23 febbraio 2018, n. 2, in cui si precisa che «ai principi di diritto enunciati dall'Adunanza Plenaria ai sensi dell'art. 99, comma 4, c.p.a. non può essere riconosciuta l'autorità della cosa giudicata».

10 Cfr. Cass., Sez. Un., 30 ottobre 2019, n. 27842.

11 M.A. SANDULLI, *Introduzione al numero speciale sulle "concessioni balneari" alla luce delle sentenze nn. 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza Plenaria*, cit., p. 344.



di giurisdizioni esponcano tutte le sentenze del Consiglio di Stato all'annullamento delle Sezioni Unite, con un impatto significativo sul rapporto tra i vertici della giustizia civile e amministrativa.

4. L'illegittima estromissione degli enti esponenziali e l'eccesso di potere giurisdizionale dell'Adunanza Plenaria

Per quanto concerne i motivi di ricorso, la sentenza n. 32559 del 2023 ha accolto la prima censura relativa all'estromissione dal giudizio dei ricorrenti e ha assorbito tutte le altre doglianze.

L'adunanza Plenaria motivava l'inammissibilità degli interventi spiegati a seguito del deferimento da parte del Presidente del Consiglio di Stato sulla base di tre argomenti.

Il primo atteneva all'assenza delle condizioni che legittimano l'intervento in giudizio. I giudici di Palazzo Spada avevano infatti ribadito che gli enti esponenziali possono intervenire qualora «la questione dibattuta attenga in via immediata al perimetro delle finalità statutarie dell'associazione e, cioè, che la produzione degli effetti del provvedimento controverso si risolva in una lesione diretta del suo scopo istituzionale, e non della mera sommatoria degli interessi imputabili ai singoli associati». L'intervento, quindi, non era ritenuto ammissibile in quanto il provvedimento di diniego di proroga impugnato ledeva esclusivamente gli interessi del concessionario, senza riverberarsi in via diretta e immediata sulle finalità istituzionali delle associazioni.

Il secondo argomento si appuntava sull'irrilevanza, ai fini della legittimazione a intervenire, di un interesse al precedente giurisprudenziale. Si affermava, infatti, che non è sufficiente a consentire l'intervento la sola circostanza che l'interveniente sia parte in un'altra causa in cui venga in rilievo la medesima questione di diritto del giudizio nel quale intende intervenire. La Plenaria, pertanto, ha escluso che l'analogia della *quaestio iuris* legittimi l'intervento, in ragione sia della oggettiva diversità di *petitum* e di *causa petendi* dei due processi, sia poiché l'enunciazione dei principi di diritto «produce effetti non attuali e meramente eventuali sulla sfera giuridica dei concessionari, il che non può ritenersi sufficiente a radicare la legittimazione all'intervento, che [...] non può essere sorretto dalla necessità di sostenere una tesi di diritto e, quindi, da mere ed astratte finalità di giustizia». Qualora si ammettesse la facoltà di spiegare intervento volontario a fronte della sola comunanza di ragioni giuridiche nei giudizi si introdurrebbe nel processo amministrativo una nozione di interesse svincolata dalla tipica valenza endoprocedurale, cioè scissa dall'oggetto specifico del giudizio cui l'intervento si riferisce¹².

12 In questi termini si era pronunciato Cons. Stato, Ad. Plen., 3 luglio 2017, n. 3.



Infine, riprendendo quanto già statuito nella sentenza n. 23 del 2016, il Supremo Consesso ha precisato che sarebbe irragionevole demandare ad un giudice diverso da quello naturale il compito di verificare in concreto l'effettività dell'interesse all'intervento e la rilevanza della questione ai fini del giudizio *a quo*, in assenza di un adeguato quadro conoscitivo di carattere processuale. In altri termini, i giudici hanno ritenuto che la valutazione circa l'ammissibilità degli interventi trova la sua più corretta collocazione dinanzi alla sezione rimettente, la quale dispone di un adeguato quadro conoscitivo per poter valutare la sussistenza delle condizioni per intervenire.

Ripercorso l'iter motivazionale del Collegio amministrativo, le Sezioni Unite preliminarmente definiscono se la comune doglianza dei ricorrenti sia inquadrabile come *error in procedendo*, non suscettibile di controllo di legittimità, o come motivo di giurisdizione.

La Suprema Corte sostiene che non si tratti di un *error in procedendo*, ma di un diniego o rifiuto di giurisdizione poiché la sentenza ha negato alle associazioni e alla Regione Abruzzo la legittimazione ad intervenire nel giudizio non in ragione di impedimenti processuali, ma sulla base di valutazioni che disconoscono, in astratto, la titolarità agli enti di posizioni soggettive differenziate qualificabili come interessi legittimi.

Nella sentenza si precisa, quindi, che sussiste un collegamento diretto tra la legittimazione ad agire e la situazione giuridica fatta valere in giudizio, tale per cui la titolarità di un interesse legittimo comporta la legittimazione ad agire. Da tali considerazioni le Sezioni Unite deducono che la sussistenza o meno di un interesse legittimo azionabile dinanzi al giudice amministrativo configura una questione di giurisdizione, in quanto attiene ai limiti esterni delle attribuzioni del giudice. Ed allora - scrive la Cassazione - «se la posizione soggettiva fatta valere ha consistenza di interesse legittimo, il giudice amministrativo, essendo fornito della giurisdizione, è tenuto ad esercitarla, incorrendo altrimenti in diniego o rifiuto della giurisdizione». Il diniego di giurisdizione, dunque, si verifica nel momento in cui la sentenza neghi la tutelabilità delle situazioni giuridiche azionate.

Sulla scorta della giurisprudenza dell'Adunanza Plenaria circa i presupposti per la tutela giurisdizionale degli interessi legittimi collettivi, la Suprema Corte conclude che, senza compiere alcuna valutazione in concreto degli statuti associativi, la sentenza n. 18 del 2021 avrebbe irragionevolmente negato la tutela giurisdizionale ai ricorrenti. Tale rifiuto ha così precluso l'accertamento sia dell'attinenza della questione controversa con le finalità istituzionali degli enti esponenziali, sia la verifica che l'intervento spiegato fosse orientato alla tutela di un interesse comune a tutti gli iscritti.

La Cassazione precisa, inoltre, che l'interesse legittimo azionato dai ricorrenti è quello collettivo, attinente in via immediata al perimetro delle loro finalità statutarie, direttamente lese dalla produzione degli effetti del provvedimento controverso.



Infine, viene accolta anche la doglianza della Regione Abruzzo che lamentava l'esclusione dal giudizio in assenza di una specifica valutazione della sua posizione. La giurisprudenza amministrativa – ad avviso delle Sezioni Unite – ha ormai valorizzato il ruolo degli enti territoriali come soggetti esponenziali degli interessi della collettività di riferimento, giungendo a riconoscere un'ampia legittimazione a partecipare al processo amministrativo. Pertanto, l'estromissione dal giudizio configura un illegittimo diniego di giurisdizione.

In conclusione, la sentenza n. 32559 del 2023 ha statuito che, in assenza di un esame degli statuti, ovvero di una valutazione della rappresentatività, la declaratoria di inammissibilità degli interventi spiegati da enti portatori di un interesse collettivo o da un ente territoriale costituisce "motivo inerente alla giurisdizione", sotto forma di diniego, censurabile ai sensi dell'art. 111, co. 8, Cost.

5. Alcune considerazioni sulla legittimazione a intervenire e sul diniego di giurisdizione

A partire dalle argomentazioni dei due vertici giurisdizionali si rendono opportune alcune riflessioni sulla legittimazione ad intervenire *ad opponendum* degli enti ricorrenti.

Ad avviso delle Sezioni Unite, la sentenza cassata avrebbe negato la tutelabilità della posizione giuridica dei ricorrenti degradandola da interesse legittimo a interesse di mero fatto. A ben vedere, l'Adunanza Plenaria ha escluso la sussistenza della legittimazione ad intervenire sul rilievo che fosse carente un interesse anche indiretto all'annullamento del provvedimento impugnato.

Ai sensi dell'art. 97 c.p.a., nel giudizio di impugnazione può intervenire «chi vi ha interesse», con atto da notificare a tutte le parti. Per individuare le situazioni legittimanti l'intervento dinanzi al Consiglio di Stato, la giurisprudenza rinvia alle soluzioni accolte per il giudizio di primo grado. Si richiede, quindi, un interesse che va individuato sulla base degli effetti indiretti del provvedimento impugnato¹³. Rispetto all'oggetto della controversia l'interveniente mira a ottenere un vantaggio mediato o riflesso dall'accoglimento o rigetto del

13 M. CLARICH, *Manuale di giustizia amministrativa*, Bologna, 2021, p. 153. In materia di intervento, si veda *amplius* V.M. SESSA, *Intervento in causa e trasformazioni del processo amministrativo*, Napoli, 2012; S. VINCRE, *L'intervento in appello. Profili generali: un confronto tra processo civile e processo amministrativo*, in M. Ramajoli-R.Villata (a cura di), *L'intervento nel processo amministrativo*, Torino, 2023, pp. 157 ss.; L. BERTONAZZI, *L'intervento in appello*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2023, pp. 258 ss. e in M. Ramajoli-R.Villata (a cura di), *op. cit.*, pp. 189 ss.; A. CHIZZINI, *L'intervento nella dinamica del processo amministrativo. Profili generali*, in *Dir. proc. amm.*, 3, 2023, pp. 460 ss. e in M. Ramajoli-R.VILLATA (a cura di), *op. cit.*, pp. 1 ss.; G. TROPEA, *L'intervento volontario nel processo amministrativo di primo grado*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2023, pp. 3 ss. e in M. Ramajoli-R.Villata (a cura di), *op. cit.*, pp. 39 ss.; G. VERDE, *Riflessioni di un anticoncettualista sulle parti del processo dinanzi al giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2023, pp. 201 ss. e in M. Ramajoli-R.Villata (a cura di), *op. cit.*, pp. 261 ss.; R. MANFRELOTTI, *Le posizioni soggettive quiescenti: contributo alla teoria generale dell'intervento adesivo nel processo*, in *Il processo*, 2021, pp. 231 ss.



ricorso, in quanto la sua posizione non è immediatamente lesa dal provvedimento contestato né può essere direttamente pregiudicata dalla sentenza di accoglimento¹⁴.

Nel giudizio deferito alla Plenaria, il diniego di proroga della concessione demaniale marittima ledeva esclusivamente il concessionario ricorrente senza arrecare alcun pregiudizio alle finalità statutarie delle associazioni. Correttamente il Supremo Consesso amministrativo ha osservato che l'interesse collettivo che radica l'intervento in giudizio «deve identificarsi con l'interesse di tutti gli appartenenti alla categoria unitariamente considerata». L'annullamento del provvedimento contestato, invece, avrebbe avvantaggiato solo il titolare della concessione, mentre nessun beneficio, pur indiretto, avrebbero ricavato le associazioni balneari. Gli iscritti aspiravano esclusivamente ad ottenere un precedente favorevole in grado di orientare le successive decisioni in controversie riguardanti la medesima *quaestio iuris*. Difatti, sia il SIB che ASSONAT chiedevano di intervenire solo a seguito della rimessione d'ufficio alla Plenaria, a conferma di come l'interesse associativo derivasse dall'enunciazione dei principi di diritto, non dal diniego di proroga.

Tale lettura è avvalorata dalla precisazione delle Sezioni Unite secondo cui l'interesse degli enti a partecipare al giudizio sarebbe «asceso al massimo grado» a seguito del deferimento d'ufficio del Presidente del Consiglio di Stato di questioni di particolare importanza per le associazioni balneari. E che, quindi, l'aver escluso i ricorrenti dal giudizio nel quale sarebbero stati enunciati principi sostanzialmente normativi e vincolanti per i giudici e anche per la pubblica amministrazione è sintomo di diniego di giurisdizione.

L'Adunanza Plenaria, dunque, ha correttamente escluso che l'interesse al precedente giurisprudenziale fosse idoneo a radicare la legittimazione a intervenire¹⁵, qualificandolo come interesse di mero fatto¹⁶. Per legittimare un intervento *ad opponendum* non è infatti sufficiente

14 M. TRIMARCHI, *Il giudizio di primo grado*, in *Giustizia Amministrativa*, cit., p. 312.

15 Condividono tale posizione A. GIANNELLI-G. TROPEA, *Il funzionalismo creativo dell'adunanza plenaria*, cit., p. 733, i quali ritengono si tratti «di una statuizione corretta e condivisibile, che si inserisce nel solco della tradizionale giurisdizione amministrativa intesa come soggettiva e di parti, e si pone in linea con l'idea che l'intervento possa essere proposto solo da un soggetto titolare di una posizione giuridica collegata o dipendente da quella del ricorrente in via principale. Inoltre, la posizione in questione appare più conforme all'art. 99 c.p.a., il cui ultimo comma, pur ampliando l'intervento nomofilattico nell'interesse della legge, lo riserva alla Sezione e sottolinea che esso non può avere effetti sul provvedimento». Sull'interesse al precedente nomofilattico si veda anche G. TROPEA, *L'intervento volontario*, cit., pp. 26 ss.

16 Già M. NIGRO, *L'intervento volontario nel processo amministrativo*, in *Jus*, 3-4, 1963, p. 381 qualificava l'interesse al precedente come interesse di mero fatto, inidoneo a legittimare un intervento adesivo, in quanto non fondato sulla medesima situazione giuridica prodotta dall'atto amministrativo impugnato, ma collegato a quest'ultima solo da un nesso soggettivo. Di questo avviso, più di recente, anche A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2014, 236; V.M. SESSA, *op. cit.*, 58.



allegare di essere parte in un altro processo nel quale è posta la medesima questione giuridica¹⁷ e, quindi, aver interesse all'enunciazione di una regola di diritto significativa anche in un'altra controversia. Non possono, infatti, avere ingresso nel giudizio amministrativo anche interessi di mero fatto, privi di qualificazione giuridica¹⁸.

Inoltre, l'interesse a intervenire deve essere - oltre che indiretto - anche attuale, vale a dire collegato ad esigenze presenti, non future ed ipotetiche¹⁹. In altri termini, l'interveniente deve potersi avvantaggiare delle conseguenze dell'accoglimento o del rigetto del ricorso, senza che siano necessari altri presupposti o eventi condizionanti²⁰. Nel caso di specie, invece, la soluzione delle questioni di diritto - come rilevato dalla sentenza n. 18 del 2021 - avrebbe prodotto effetti solo eventuali sulla sfera giuridica delle associazioni balneari, collegati al valore nomofilattico. Difatti, la pronuncia della Plenaria avrebbe leso le posizioni giuridiche degli associati solo nell'ipotesi in cui fosse stata incardinata una controversia nella quale il giudice avesse applicato i principi delle sentenze gemelle, senza rimettere la questione con ordinanza motivata, e sempre che, *medio tempore*, non fosse intervenuta una riforma legislativa delle concessioni demaniali marittime.

Annullando la sentenza, invece, le Sezioni Unite hanno fornito una lettura estensiva della legittimazione a intervenire degli enti esponenziali. Scrive la Cassazione che, secondo quanto affermato dalla giurisprudenza amministrativa²¹, per ammettere l'intervento in appello sarebbe sufficiente un interesse non identico a quello che legittimerebbe la proposizione del ricorso. Ma l'alterità non è una condizione sufficiente della legittimazione, poiché è altresì necessario che tale interesse abbia una consistenza giuridica, derivante dagli effetti indiretti e attuali della conservazione o dell'eliminazione del provvedimento contestato. Prescindere da questo presupposto significa ampliare la legittimazione a intervenire, tanto da ricomprendervi anche interessi di mero fatto, con il rischio di renderli indifferenziabili dall'interesse di tutti i consociati alla legittimità dell'azione amministrativa²².

Ad ogni modo, tali valutazioni non competono alle Sezioni Unite perché attengono alle modalità di esercizio della funzione giurisdizionale. Considerare l'estromissione come una questione di giurisdizione piuttosto che come *error in procedendo* ha consentito alla Corte di dichiarare il diniego di giurisdizione e, dunque, di annullare la sentenza dell'Adunanza plenaria.

17 In questo senso anche Cons. Stato, Ad. Plen., 4 novembre 2016, n. 23; Cons. Stato, Ad. Plen., 2 aprile 2020, n. 10.

18 A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., p. 235.

19 M. NIGRO, *op. cit.*, p. 384.

20 M. NIGRO, *op. cit.*, p. 385.

21 Cfr. Cons. Stato, sez. II, 17 novembre 2022, n. 10142; Cons. Stato, Ad. Plen., 30 agosto 2018, n. 13.

22 R. MANFRELLOTTI, *op. cit.*, p. 251.



Il sindacato previsto dall'art. 111, co. 8, Cost., tuttavia, è circoscritto alle violazioni dei limiti «esterni» della giurisdizione amministrativa con conseguente inammissibilità del ricorso in cassazione con cui si denunci un cattivo esercizio da parte del Consiglio di Stato della propria giurisdizione, trattandosi in tal caso di un vizio che, essendo riferibile all'esplicazione interna del potere giurisdizionale conferito dalla legge al giudice amministrativo non può essere dedotto dinanzi alla Cassazione²³. Ne consegue che il sindacato di legittimità non comprende il controllo sui i.c.dd. limiti interni, vale a dire sulle norme che danno contenuto alla funzione giurisdizionale, prescrivendo modalità e forme con cui deve essere esercitata²⁴ e la cui inosservanza determina *errores in iudicando* o *errores in procedendo*. Dunque, i vizi nell'applicazione delle norme sostanziali o processuali sono insindacabili ai sensi dell'art. 111, u.c., Cost.

Nella sentenza n. 18 del 2021, l'estromissione degli intervenienti, qualora illegittima, non avrebbe configurato «un aprioristico diniego di giustizia», ma un *error in procedendo*. Per valutare l'ammissibilità degli interventi, i giudici hanno dovuto compiere una verifica sulla sussistenza delle condizioni di legittimazione che, corretta o sbagliata che sia, spetta esclusivamente al giudice amministrativo. Un accertamento negativo non si risolve in un arretramento della giurisdizione, ma al massimo in una violazione o falsa applicazione di norme e principi processuali insindacabile dalle Sezioni Unite.

Sul punto, la motivazione della Cassazione si limita solo a chiarire che l'estromissione dal giudizio non è avvenuta per impedimenti processuali (ad esempio, la fase in cui sono stati proposti gli interventi o il grado di rappresentatività delle associazioni), ma per aver negato la titolarità di un interesse legittimo degli enti.

Tuttavia, stabilire se ci si trovi in presenza di una situazione soggettiva tutelabile come interesse legittimo non compete al giudice della giurisdizione, ma al giudice amministrativo cui è affidata la tutela degli interessi legittimi²⁵. La qualificazione della situazione soggettiva come interesse legittimo (tutelabile dinanzi al giudice amministrativo) o come interesse di

23 In questi termini V. FANTI, *La «rivoluzione» operata dalla Corte di Cassazione sulla giurisdizione del giudice amministrativo in tema di pregiudiziale amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2007, p. 176.

24 E.N. FRAGALE, *Il controllo della corte di cassazione sulle sentenze del consiglio di stato: aggiornare o superare la teoria dello sconfinamento in danno di altri poteri?*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2023, pp. 327-328. Sul tema si veda anche A. PANZAROLA, *Il controllo della Corte di cassazione sui limiti della giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2, 2018, p. 609; A. CASSATELLA, *L'eccesso di potere giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 2018, pp. 635 ss.

25 Sull'estraneità dai motivi di giurisdizione delle valutazioni riguardanti l'esistenza o meno di un interesse legittimo, V. CAIANIELLO, *Il limite esterno della giurisdizione amministrativa ed i poteri della Cassazione*, in *Il processo amministrativo. Scritti in onore di Giovanni Miele*, Milano, 1979, pp. 84 ss.



mero fatto è una questione di merito che attiene all'interpretazione delle norme²⁶, riservata al giudice amministrativo. Il mancato esercizio della potestà giurisdizionale rispetto ad una posizione giuridica meritevole di tutela è una questione sindacabile dalla Cassazione, mentre la qualificazione come interesse semplice o legittimo è una questione di merito che esula dal rimedio previsto dall'art. 111. Ne consegue che è il Consiglio di Stato a dover accertare se l'interesse delle associazioni e della Regione Abruzzo sia tutelabile come interesse legittimo o se si tratti di un interesse inidoneo a radicare la legittimazione all'intervento.

La distinzione tra arretramento nella *potestas iudicandi* e cattivo esercizio della giurisdizione è determinante ai fini della sindacabilità della sentenza. La Cassazione avrebbe dovuto motivare con maggiore rigore l'insussistenza di un *error in procedendo*, ma la sua attenzione è invece del tutto concentrata sull'ampliamento dei motivi inerenti alla giurisdizione per ricomprendervi anche i vizi *in procedendo* o *in iudicando*, sebbene tale interpretazione evolutiva sia stata già censurata dalla Corte costituzionale che l'ha ritenuta incompatibile con la lettera e lo spirito dell'art. 111²⁷. Proprio la sentenza n. 6 del 2018 ha precisato che nel controllo di giurisdizione non rientrano neppure le sentenze abnormi o radicali o le ipotesi di stravolgimento delle norme di riferimento, poiché «attribuire rilevanza al dato qualitativo della gravità del vizio è, sul piano teorico, incompatibile con la definizione degli ambiti di competenza e, sul piano fattuale, foriero di incertezze, in quanto affidato a valutazioni contingenti e soggettive». Dunque, anche qualora l'estromissione configuri un errore processuale abnorme non sarebbe censurabile dalle Sezioni Unite in quanto attiene all'esercizio della giurisdizione amministrativa.

In conclusione, ammettere il sindacato - come nel caso di specie - significherebbe consentire alla Suprema Corte di interpretare qualunque statuizione di inammissibilità di una domanda come un rifiuto di esercitare la giurisdizione²⁸ e di definire quali siano le posizioni giuridiche meritevoli di tutela dinanzi al giudice amministrativo. Ciò è ovviamente in contrasto con la natura dell'art. 111 che dispone un sindacato sull'esistenza e non sulle modalità di esercizio della giurisdizione. Occorre, quindi, che il controllo delle Sezioni Unite resti rigorosamente

26 M. MAZZAMUTO, *L'eccesso di potere giurisdizionale del giudice della giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 2012, p. 1711.

27 Cfr. Corte cost., 18 gennaio 2018, n. 6. Per un commento: A. TRAVI, *Un intervento della Corte costituzionale sulla concezione 'funzionale' delle questioni di giurisdizione accolta dalla Corte di cassazione*, in *Dir. proc. amm.*, 3, 2018, pp. 1111 ss.; A. POLICE, F. CHIRICO, *I «soli motivi inerenti la giurisdizione» nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Il processo*, 1, 2019, pp. 113 ss.; M. MAZZAMUTO, *Il giudice delle leggi conferma il pluralismo delle giurisdizioni*, in *Giur. it.*, 2018, pp. 707 ss.; G. TROPEA, *Aree di non sindacabilità e principio di giustiziabilità dell'azione amministrativa*, in *Dir. cost.*, 2018, pp. 129 ss.

28 A. TRAVI, *Un intervento della Corte costituzionale sulla concezione 'funzionale'*, cit., p. 1124.



circoscritto entro i limiti prescritti dalla Costituzione, superati i quali si finirebbe per violare quelle stesse regole di riparto che si intende salvaguardare²⁹.

6. Conclusioni

Con l'annullamento della sentenza n. 18 del 2021 in materia di proroghe *ex lege* delle concessioni balneari, la Cassazione si inserisce in un mosaico di pronunce dei giudici nazionali e comunitari³⁰, di interventi della Commissione europea³¹, dell'autorità garante della concorrenza³² e, da ultimo, anche del Presidente della Repubblica³³. È, però, un tassello che non appare convincente, in quanto per annullare una sentenza della Plenaria dagli effetti giuridici e socioeconomici dirompenti sarebbe stato necessario un *iter* motivazionale più solido che giustificasse l'intervento a tutela dei confini giurisdizionali.

Nella prospettiva dei ricorrenti, denunciare l'estromissione del giudizio rappresentava l'unica censura in grado di sottoporre il ricorso alle Sezioni Unite e consentire un sindacato sullo

29 A. POLICE, F. CHIRICO, *I «soli motivi inerenti la giurisdizione»*, cit., p. 120.

30 In particolare, Corte giust. UE, 20 aprile 2023, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (Commune de Ginosa)*, in C-348/22, su cui G. ARMAO, *Concessioni demaniali marittime e diritto eurounitario: la fine del “tempo delle more”*, in *Nuove Autonomie*, 1, 2023, pp. 74 ss.; C. CURTI GIALDINO, *La sentenza della Corte di giustizia europea del 20 aprile 2023 in tema di concessioni balneari: spunti critici e proposte per chiudere una storia infinita*, in *Oidu*, 3, 2023, pp. 455 ss.; G. GRECO, *La Corte di giustizia ritorna sulle concessioni balneari precisandone le condizioni: problemi superati e problemi ancora aperti in sede di applicazione nazionale del diritto UE*, in *www.federalismi.it*, 13, 2023, pp. 126 ss.; C. VOLPE, *Concessioni demaniali marittime: un'ulteriore puntata di una storia infinita*, in *www.giustamm.it*, 27 aprile 2023. Sia consentito il rinvio anche a A.M. LISCIO, *Repetita iuvant: è obbligatoria una procedura concorrenziale per l'affidamento delle concessioni demaniali marittime (nota a CGUE C-348/22 del 20 aprile 2023)*, in *www.giustamm.it*, 6, 2023, pp. 1 ss.

31 Cfr. il parere motivato della Commissione europea del 16 novembre 2023, che segue alla lettera di messa in mora del 3 dicembre 2020, con cui sono stati contestati i lavori del Tavolo tecnico, istituito dal Governo italiano, perché la percentuale del 33% di occupazione della costa sarebbe stata calcolata rispetto al totale dell'area demaniale, solo “al netto di aree militari e secretate”. Ad avviso della Commissione, «il calcolo di tale percentuale non sembra assumere come base di riferimento le aree demaniali effettivamente ed attualmente “disponibili” in capo ai comuni per i servizi di ‘concessione balneare’». Ad ogni modo, si chiarisce che anche in presenza di un sottoinsieme di casi in cui l'art. 12 della Direttiva Bolkestein non si potesse ritenere applicabile, per assenza del requisito della scarsità della risorsa, l'obbligo di procedure concorrenziali deriva dall'applicazione dell'art. 49 TFUE.

32 Da ultimo AGCM, AS1893, *Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza anno 2023*.

33 A seguito dell'approvazione della l. n. 14 del 24 febbraio 2023, di conversione del c.d. “decreto milleproroghe” (d.l. n. 198/2022) che ha disposto la proroga dell'efficacia della concessioni balneari dal 31 dicembre 2024 al 31 dicembre 2025, il Capo dello Stato, con una lettera indirizzata al Presidente del Consiglio e ai Presidenti di Camera e Senato, ha dichiarato che relativamente alle «modifiche approvate in materia di concessioni demaniali, è evidente che i profili di incompatibilità con il diritto europeo e con decisioni giurisdizionali definitive accrescono l'incertezza del quadro normativo e rendono indispensabili, a breve, ulteriori iniziative di Governo e Parlamento».



sconfinamento nei poteri legislativi. Il giudice amministrativo, infatti, era intervenuto in supplenza del Parlamento³⁴, definendo i principi per lo svolgimento delle procedure concorrenziali e stabilendo arbitrariamente la data di scadenza delle concessioni. Lo straripamento, quindi, si manifestava in maniera più evidente rispetto all'arretramento ed avrebbe legittimato l'annullamento della sentenza a salvaguardia della separazione di poteri. Tuttavia, dopo aver accolto la doglianza relativa all'estromissione, la Cassazione ha assorbito tutti gli altri motivi, poiché il ricorso non era stato proposto dal ricorrente principale, ma dagli intervenienti, i quali non sono legittimati a dedurre autonomamente le questioni che attengono al merito della controversia³⁵. Così, a fronte di un annullamento per un aspetto processuale marginale e meno significativo per la materia delle concessioni demaniali marittime, sono rimaste incensurate le scelte di natura politica compiute dalla Plenaria.

Ora, il Consiglio di Stato sarà chiamato a pronunciarsi nuovamente, anche alla luce delle sopravvenienze legislative, «avendo il Parlamento e il Governo esercitato, successivamente alla sentenza impugnata, i poteri normativi loro spettanti». È una precisazione sottile quella della Cassazione, ma che sembra ammonire i giudici amministrativi al rispetto delle proprie attribuzioni.

Ad ogni modo, è improbabile che il Consiglio di Stato, anche a seguito degli interventi degli enti esponenziali, muti il proprio orientamento già espresso a novembre del 2021, in quanto trascorsi più di due anni il legislatore è intervenuto solo prorogando al 2025 l'efficacia delle concessioni in attesa di una normativa che disciplini le procedure di gara.

34 Di questo avviso M.A. SANDULLI, *Introduzione al numero speciale sulle "concessioni balneari" alla luce delle sentenze nn. 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza Plenaria*, cit., p. 354; A. GIANNELLI, G. TROPEA, *Il funzionalismo creativo dell'adunanza plenaria*, cit., p. 760; A. DE SIANO, *op.cit.*, p. 849.

35 E. FOLLIERI, *Il punto sulle "concessioni balneari"*, cit., p. 8.



UNIVERSALE, PARTICOLARE: LA MATERNITÀ SURROGATA TRA AMORE “SENZA CONFINI” E NECESSARI LIMITI DI LEGGE.

Maria Antonella Pasculli

Professoressa aggregata di Diritto penale, abilitata alle funzioni di professore di seconda fascia, Università degli Studi di Bari Aldo Moro

Abstract (It): L'articolo in questione nasce da una ponderata riflessione -per certi versi- trasversale (penale, civile, internazionale) sull'evoluzione della disciplina relativa alla maternità surrogata, di cui alla legge n.4/2004 ed i suoi recenti sviluppi in tema di *possibile* applicazione di giurisdizione penale universale. Il lavoro elabora ed approfondisce i profili critici, emersi in sede di audizione presso la Commissione Giustizia cui l'autrice ha partecipato, conferenti le scelte normative dei disegni di legge presentati, da adottare nell'esegesi costitutiva di una possibile ipotesi di responsabilità penale universale. Tuttavia, un'ipotesi costruttiva di reato *universale* per il divieto di maternità surrogata all'estero necessiterebbe di una strutturazione normativa della fattispecie, sia sotto il versante della extraterritorialità della legge penale italiana, sia in relazione alla prospettiva della “neo” offensività giuridica, con riverberi oltremodo rilevanti per l'area transitoria di applicazione.

Abstract (En): According to law n. 40/2004 about Gestational surrogacy, the present research will focus on recent parliamentary debate in order to reform the so-called Surrogate Motherhood. Several parliamentary initiatives suggest to legislate on extraterritorial application of Law 40/2004, meaning that law can apply to all States outside of Italy, or, as a last resort, on Universal jurisdiction of Law 40/2004, considering the so-called Surrogate Motherhood as universal crime for Italian Criminal System. This special “crime” would require a summary of doctrinal/dogmatic guidelines to address all under-investigated profiles, as well as universal jurisdiction, legal asset, transitional provisions.

SOMMARIO: 1. Dall'inizio alla fine: le premesse essenziali sulla legge n.40/2004; le ultime decisioni in sede parlamentare, in particolare il DDL S 475. - 1.1. Le condotte incriminate e l'evidente difetto di interminatezza. - 2. Osservazioni in tema di extraterritorialità della legge penale italiana e maternità surrogata all'estero: effetti sostanziali di espansione normativa e non. - 2.1. La doppia incriminazione tra legalità e colpevolezza. - 2.2. Le indicazioni della giurisprudenza. - 3. Perché estendere la fattispecie *ex art. 12, comma 6, l. 40/2004* al di là del territorio dello Stato. Personali considerazioni. - 4. La via della Costituzione tra aperture ideologiche e chiusure pratiche. - 5. Offensività delle fattispecie. - 6. Il particolare per l'Universale. L'universale per il Particolare. Suggestioni conclusive.

1. Dall'inizio alla fine: le premesse essenziali sulla legge 40/2004; le ultime decisioni in sede



parlamentare, in particolare il DDL S 475¹.

Le premesse argomentative in tema di “maternità surrogata” e varianti nel merito si collocano nell’alveo della complessità *etico*-giuridica che - da sempre- ha segnato le discussioni, la “nascita”, l’emanazione del provvedimento relativo alla legge n.40/2004². Alla svolta dei suoi ventanni, l’articolato normativo, in specie, la sua estensibilità applicativa ha prodotto insoliti risvolti penalistici di matrice internazionale e/o universale, a seguito della diffusività estrema della pratica in Stati meno “religiosi” e più avvezzi a forme allargate di maternità/paternità e famiglia, rispetto allo standard italiano³. Prova ne sono la molteplice produzione giurisprudenziale interna ed europea⁴, di cui *ultra*, nonché i recenti dibattiti parlamentari sulla rilevanza universale del “crimine”, in dirittura di arrivo verso - quanto meno - critiche chiusure della pratica/delle pratiche medicalmente assistite *aliunde* ed ovunque diffuse⁵.

1 Il presente contributo costituisce il testo, ampliato e corredato di note, delle considerazioni, esposte in sede di audizione in Commissione giustizia della Camera dei deputati in data 26 aprile 2023.

2 Cfr. Legge 19 febbraio 2004, n. 40, *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita.*, in *Gazzetta Uff.*, Serie Generale n.45, 24 febbraio 2004. In tema di maternità surrogata l’analisi rimanda alle letture monografiche di A. GRASSO, *Maternità surrogata altruistica e tecniche di costituzione dello status*, Giappichelli, Torino, 2022; F. ANGELINI, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità. La legge n. 40 del 2004 e la sua applicazione fra volontà ed esigenze di giustizia*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020; M., CAIELLI, B. PEZZINI, A. SCHILLACI (a cura di), *Riproduzione e relazioni, La maternità surrogata al centro della questione di genere*, CIRSD, Centro Interdisciplinare di Ricerche e Studi delle Donne e di Genere dell’Università degli Studi di Torino, Torino, 2019; V. TIGANO, *I limiti dell’intervento penale nel settore dei diritti riproduttivi. Modelli di bilanciamento tra tutela del minore e libertà civili nella P.M.A.*, Giappichelli, Torino, 2019; A.VESTO, *La maternità tra regole, divieti e plurigenitorialità. Fecondazione assistita, maternità surrogata, parto anonimo*, Giappichelli, Torino, 2018; A. FERRATO, *La tutela penale del diritto a nascere*, CEDAM, Padova, 2017; A. VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi, prassi*, Giappichelli, Torino, 2012. Si vedano anche i lavori di E. DOLCINI, *La procreazione medicalmente assistita: profili penalistici*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo, Trattato di biodiritto*, II, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 1537 ss.; S. PECORA, F. VETTORI, M. CINGOLANI, *Il sistema sanzionatorio della legge 19 febbraio 2004, n. 40. Aspetti giuridici e medico-legali*, in *Riv. it. med. leg.*, 2006, pp. 1084 ss.; M. DOVA, *Maternità surrogata e diritto penale*, *ivi*, 2015, pp. 917 ss. Non da meno F. MANTOVANI, *Le nuove frontiere della bioetica*, in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 1999, online. Più specificamente in ordine alla applicazione extraterritoriale della legge n. 40, T. TRINCHERA, *Limiti spaziali all’applicazione della legge penale italiana e maternità surrogata all’estero*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, pp. 1391 ss.; D.PULITANÒ, *Surrogazione di maternità all’estero. Problemi penalistici*, in *Cass. pen.*, 2017, pp. 1367 ss.

3 Cfr. A. D’ANGELO, *La famiglia nel XX secolo: il fenomeno delle famiglie ricomposte*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, p. 13. La diversificazione del modello familiare tradizionale porta con sé un fenomeno ormai consolidato nel panorama giuridico contemporaneo, traducibile nell’attestarsi a livello europeo ed extraeuropeo di una nuova forma di genitorialità sociale, per certi versi equiparata alla tradizionale genitorialità biologica.

4 *Ex pluris*, P. SANFILIPPO, *La riscrittura giurisprudenziale della legge n. 40/2004: un caso singolare di eterogenesi dei fini*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 851 ss.; DOLCINI, *La lunga marcia della fecondazione assistita: la legge 40/2004 tra Corte costituzionale, Corte EDU e giudice ordinario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 428 ss.

5 Cfr. da ultimo, a seguito della votazione presso la Camera dei deputati in data 26 luglio 2023, con 166 voti a favore, 109 contrari, 4 astenuti, l’iter parlamentare del disegno di legge C.887, che ha assorbito le



L'articolo 12, comma 6 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, stabilisce che «chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro». Nel *Far West* della sterilità o della infertilità umana, dalle soluzioni *fantasiose* ai problemi riproduttivi *ante lege* - dalla filiera procreatica alle "mamme/nonne", a titolo esemplificativo - si segnala l'essenza della fattispecie relativa alla surrogazione di maternità - Procreazione Medicalmente Assistita (PMA) - come confine normativo agli "assalti" scientifici (o pseudo tali)⁶, per una maternità *sine limite legis, aetatis, generis*, presentando contenuti piuttosto equilibrati, dalle precipue caratteristiche giuridiche⁷.

versioni alternative C.342, C.1026, è passato al Senato in data 3 agosto 2023. In tal sede sono in esame DDL S. 824, di iniziativa parlamentare (on Varchi)- *Modifica all'articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, in materia di perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all'estero da cittadino italiano*, dal titolo breve *Norme in materia di contrasto alla surrogazione di maternità*, composto da un solo articolo, di cui al Dossier del 14 gennaio 2024. Si legga in parallelo il DDL S 475, dal titolo *Norme in materia di contrasto alla surrogazione di maternità*, d'iniziativa dei senatori d'iniziativa dei senatori Romeo più altri, presentato in data 19 gennaio 2023. Antecedentemente per una ricostruzione dell'iter parlamentare delle varie iniziative vedi i Dossier *Documentazione per l'esame di Progetti di legge Perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all'estero da cittadino italiano AA.C. 306 e 2599*, n. 347, Camera dei Deputati, 22 settembre 2020; *Documentazione per l'esame di Progetti di legge Perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all'estero AA.C. 342 e 887* n. 76, Camera dei Deputati, 22 marzo 2023. Sulle criticità dei passaggi parlamentari relativi alle distinte varianti della modifica relativa all'art. 12, comma 6 l. n.40/2004, VALLINI, *Surrogazione di normatività. L'impianto dello sterile delitto di "gestazione per altri" in argomentazioni privatistiche*, in *disCrimen*, 15 ottobre 2020; M. PELISSERO, *Surrogazione di maternità: la pretesa di un diritto punitivo universale. Osservazioni sulle proposte di legge n. 2599 (Carfagna) e 306 (Meloni)*, Camera dei deputati, in *Sistema penale*, 29 giugno 2021; recentemente G. LOSAPPIO, *Maternità surrogata tra condotte off shore e diritto penale off limit*, *ivi*, maggio 2023; A. MANNA, *Rilievi critici sulla penale rilevanza tout court della maternità surrogata e sulle proposte governative di qualificarla come "reato universale"*, *ivi*, 18 luglio 2023; ID., *Brevi riflessioni de iure condendo sulla penale rilevanza della maternità surrogata*, in *disCrimen*, 23 marzo 2023. Sotto il profilo costituzionale M. D'AMICO, *Il "reato universale" di maternità surrogata nei progetti di legge all'esame del Parlamento*, in *AIC, Osservatorio costituzionale*, 1 agosto 2023. In relazione alle possibili modifiche sistemiche, TIGANO, *Prospettive di riforma dei reati in materia di procreazione medicalmente assistita alla luce delle proposte del Gruppo di ricerca per la riforma dei reati contro la persona*, in *Arch.pen.*, 2022, n.3, online.

6 Vedi di recente anche P. DE GIOIA CARABELLESE, C. DELLA GIUSTINA, *La crioconservazione umana verso il mercato non-regolamentato della vita. una analisi giuridica ed "economica" fra Italia e sistema legislativo britannico*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone* (II), fasc.4, 2022, pp. 1792 ss.

7 Per una ricostruzione semantica del concetto sono state utilizzate diverse definizioni: maternità surrogata, contratto di maternità, utero in affitto, gestazione per altri, accordi di riproduzione, dono del grembo. Anche in tale settore - come è noto- da sempre il linguaggio gioca un ruolo determinante nella concettualizzazione della surrogazione di maternità. Dire "gestazione per altri" è tutt'altra cosa che dire "utero in affitto". Legare il concetto di affitto alla procreazione porta con sé l'idea, infatti, dell'oggetto e del commercio, mentre la definizione 'per altri' ci indirizza verso la variante *buonista*, che rende questa condizione non solo evolutivamente accettabile, ma anche -per certi versi - oltremodo ammissibile, emotivamente credibile. In questo contesto, pertanto, si è ritenuto opportuno utilizzare l'espressione *de qua*, che è la più diffusa e ha trovato origine dal caso 'Baby M.' sottoposto alla Corte Superiore del New



Il passaggio al Senato ha consentito di ampliare le prospettive di modifica della disciplina relativa alla maternità surrogata nel DDL S 475, dove l'articolato proposto in sede di discussione accoglie le risoluzioni europee del 5 aprile 2011, sul quadro politico dell'Unione europea in materia di lotta alla violenza contro le donne; del 17 dicembre 2015, sulla relazione annuale sui diritti umani e la democrazia nel mondo nel 2014, dove al paragrafo 115 si «condanna la pratica della surrogazione, che compromette la dignità umana della donna dal momento che il suo corpo e le sue funzioni riproduttive sono usati come una merce; ritiene che la pratica della gestazione surrogata che prevede lo sfruttamento riproduttivo e l'uso del corpo umano per un ritorno economico o di altro genere, in particolare nel caso delle donne vulnerabili nei Paesi in via di sviluppo, debba essere proibita e trattata come questione urgente negli strumenti per i diritti umani»; del 13 dicembre 2016, sulla situazione dei diritti fondamentali nell'Unione europea nel 2015, dove al paragrafo 82 si «condanna qualsiasi forma di maternità surrogata a fini commerciali»; del 12 dicembre 2018, sulla relazione annuale sui diritti umani e la democrazia nel mondo nel 2017, dove al paragrafo 48 si chiede nuovamente di «far fronte alle violazioni dei diritti umani correlate alla gravidanza surrogata»; infine, più recentemente, al paragrafo 9 della risoluzione del 26 novembre 2020, sulla situazione dei diritti fondamentali nell'Unione europea - relazione annuale 2018-2019, dove si condannano fermamente tutte le forme di violenza, tra cui la maternità surrogata forzata; e del 17 febbraio 2022, su diritti umani e democrazia nel mondo - relazione annuale 2021, che al paragrafo 60, «condanna la pratica commerciale della maternità surrogata, un fenomeno globale che espone le donne di tutto il mondo allo sfruttamento e alla tratta di esseri umani prendendo di mira, nel contempo, soprattutto le donne finanziariamente e socialmente vulnerabili; evidenzia il suo grave impatto sulle donne, sui loro diritti e sulla loro salute e uguaglianza di genere, e sottolinea le sue implicazioni transfrontaliere; chiede un quadro giuridico europeo per affrontare le conseguenze negative della maternità surrogata a fini commerciali»⁸.

Il testo DDL S 475, inoltre, si presenta maggiormente strutturato rispetto al DDL S. 824, di iniziativa parlamentare, introducendo all'art. 1. una *essenziale* definizione di maternità surrogata quale «pratica riproduttiva mediante la quale gli adulti ottengono prole, delegando la

Jersey . Cfr. sulle varie accezioni terminologiche vedi anche V. CIANCIOLO, *L'adozione dei bambini arcobaleno e l'ordine pubblico internazionale. Tanto tuonò che piovve! Nota a Cassazione Civile, Sez. Unite, 8 maggio 2019 n. 12193*, in *Osservatorio sul diritto di famiglia, Diritto e processo*, 1/2019, pp. 56 ss. Nello specifico sul caso "Baby M", ovvero il rifiuto di consegnare la neonata e la successiva fuga della madre surrogata, nonostate stipula di formale contratto, in cui essa stessa si impegnava, una volta fecondata artificialmente con il seme del marito della coppia sterile, in primo luogo a condurre a termine la gravidanza ed a consegnare il nascituro, subito dopo il parto, rinunciando formalmente ai propri diritti di genitrice con l'accettazione che sul certificato di nascita apparisse il nome del padre biologico, la sentenza, pubblicata in *Family Law*, 1985, p. 191, trova il suo fondamento esclusivamente nell'interesse della bambina. L'*High Court of Justice*, infatti, non ha considerato affatto la vicenda relativa all'accordo di gestazione. La sentenza è stata commentata da G. PONZANELLI, *Il Caso Baby M., la "surrogate mother" e il diritto italiano* in *Foro it.*, 1988, IV, p. 97. In generale LOSAPPIO, *Voce Procreazione assistita*, in F.C.PALAZZO, C.E.PALIERO, (a cura di) *Commentario Breve alle Leggi penali complementari*, II ed., CEDAM, Padova, 2007, pp. 2051 ss.

⁸ Vedi fascicolo *iter* atto Senato 475 sul sito del Senato.



gravidanza e il parto a una donna esterna alla coppia, che si impegna a consegnare loro il nascituro», ben declinando all'art. 2 una serie di "principi e finalità", indirizzati «alla tutela dell'interesse prioritario del minore» e della «dignità della donna», - come espressamente indicato nella sentenza n. 272/2017 Corte cost., costituzionalmente orientati in teoria e in pratica ex artt. 2, 3, 29, 30, 31 e 32 Cost. ed, infine, rispettosi delle indicazioni internazionali di cui alle risoluzioni europee *supra* richiamate, nonché alle convenzioni internazionali in tema⁹. Il disegno dal titolo *Norme in materia di contrasto alla surrogazione di maternità* si chiude all'art. 3 con una sorta di ulteriore pan-penalizzazione, espressa da proposta inclusiva della fattispecie ex 600-*quinquies*.1.c.p., *Surrogazione di maternità*, che ricalca al primo comma la formulazione normativa ex art. 12 comma 6 l. 40, stabilendo al secondo comma l'espressa perseguibilità del reato se commesso in tutto o in parte all'estero ex art. 604 c.p. La disposizione presenta anche due commi afferenti alle modalità processuali con espresso riferimento al pubblico ministero, che formula l'imputazione ai sensi dell'articolo 405 del codice di procedura penale, al presidente del competente tribunale per i minorenni per ogni valutazione di competenza al fine della adottabilità del nato da maternità surrogata (comma 3); nonché alla imputazione di *alterazione di stato* ex art. 567 c.p., incombente sul pubblico ufficiale, che annoti nei registri dello stato civile il nato da maternità surrogata (comma 4).

1.1. Le condotte incriminate e l'evidente difetto di interminatezza.

La surrogazione di maternità si attesta come un delitto "comune", non riferendosi a soggetti dotati di speciali qualificazioni giuridiche ed eludendo - a priori - relazioni affettive di fatto o in diritto¹⁰. Per la qualifica di soggetti attivi del reato nessuna rilevanza penale, infatti, incombe sull'individuo che richiama o pratica la surrogazione in qualità di *single* o inserito in una realtà di coppia legale o fattuale e/o, nello specifico, se si tratti di una coppia eterosessuale o omosessuale. L'evoluzione socio-relazionale, come processo di trasformazione reale della "fenomenologia" di coppia, unitamente all'ampia valenza del principio di uguaglianza, comporterebbe afflitti discriminatori, qualora si conferisse predominanza all'orientamento sessuale di taluni soggetti rispetto al bene giuridico protetto dalla norma, quale la dignità della persona umana, nella manifestazione specifica dell'interesse del nascituro. Fino a prova contraria un elemento estraneo al diritto penale non potrebbe mai incidere sulla tutela degli interessi protetti dalla

9 Cfr. Convenzione sulla eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna, ratificata ai sensi della legge 14 marzo 1985, n. 132, nonché alla Convenzione sui diritti del fanciullo, ratificata ai sensi della legge 27 maggio 1991, n. 176, e alla Convenzione supplementare relativa all'abolizione della schiavitù, della tratta degli schiavi e delle istituzioni e pratiche analoghe alla schiavitù, ratificata ai sensi della legge 20 dicembre 1957, n. 1304.

10 Se si accogliesse una matrice restrittiva della soggettività attiva, autori del reato sarebbero solo gli operatori sanitari - dal primario all'ultimo paramedico di struttura medica coinvolta. Ciò agevolerebbe l'individuazione di chi effettivamente realizza le pratiche di fecondazione medicalmente assistita, ma renderebbe complessa l'interpretazione esegetica del costruito normativo, legato al "chiunque". Nel dettaglio della ricostruzione della *matrix* relativa alla genitorialità si legga con attenzione E. GIACOBBE, *Due non è uguale a uno più uno. Bigenitorialità e rapporti omoparentali*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone* (II), fasc.1, 2019, pp. 233 ss.



norma, soprattutto se di rango costituzionale¹¹.

La strutturazione dai penali intenti - nonostante tutto - quale delitto “di pura condotta”, integrato per il solo fatto di realizzare, organizzare o pubblicizzare la maternità surrogata, non essendo necessario, ai fini sanzionatori, che la maternità sia portata a compimento con il parto, né che il/i bambini nati siano assegnato/consegnati di fatto o di diritto ai committenti, si configura a condotte alternative. Tre, nello specifico, anche se sia sufficiente il verificarsi di una soltanto al fine della consumazione del reato. Nel tracciare le linee criminogene della maternità *dissociata*, dai bordi offensivi “sfilacciati”, corrosa da una inteterminatezza congenita¹², risulta pertanto determinante l’*input* legislativo rivolto ad una definizione possibile (come all’art. 1 DDL S 475), ma certa, in cui identificare - sotto il profilo della *precisa* tassatività - che cosa significhi maternità surrogata e, di conseguenza, perchè venga punita secondo la disciplina del diritto penale (vedi *supra* possibile introduzione dell’art. 600 *quinquies* 1.c.p.).

La prima possibile condotta, rappresentata dalla realizzazione di pratiche di surrogazione di maternità, ossia condurre una gestazione per conto di un terzo, con l’impegno di consegnare

11 Cfr. GIACOBBE, *Due non è uguale a uno più uno. Bigenitorialità e rapporti omoparentali*, cit., con maggiori dettagli sulla bigenitorialità - tradizionale e non tradizionale ex l. 40/2004, per cui nel rispetto del diritto civile - passato indenne tra le varie riforme «in linea tendenziale il bambino ha una madre ed un padre, o, ancora meglio, ha quella madre e quel padre, e, nella fisiologia del rapporto genitoriale, questa duplicità di figure genitoriali corrisponde a ciò che, oggi, si definisce *the best interest of the child*. (uno più uno), mentre la bigenitorialità è concetto che non può essere adattato alle coppie omosessuali. La “genitorialità” nelle coppie *same sex* implica sempre e necessariamente la presenza di un terzo soggetto: a due donne deve aggiungersi un uomo, a due uomini deve aggiungersi - quanto meno - una donna (uno più uno più uno) (pp.237-239, *passim*). Inoltre, La fecondazione eterologa non cambia i numeri: sempre 1 padre (*numquam* genitore in tal caso) + 1 madre *semper certa*. Ai sensi dell’art. 5 l. 40/2004, infatti, possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita - oggi anche eterologa - solo coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi. Nelle coppie *same sex*, per contro, le figure genitoriali solo fittiziamente sono 2, in realtà sono 1 - 1 + 1, il cui risultato, matematicamente parlando, in tutta evidenza non può essere uguale a 1 + 1. La omogenitorialità, allora, per definizione lede il migliore interesse del minore, di qualsivoglia minore, perché ab origine lo priva o della mamma o del papà, ledendo il suo diritto fondamentale alla doppia figura genitoriale (240-2, *passim*)». Vedi anche S. MESSINA, *Il riconoscimento della famiglia omogenitoriale spetta al legislatore*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone* (II), fasc.4, 2021, pp. 1541 ss. (Nota a Corte Costituzionale, 4 novembre 2020, n.230).

12 Il richiamo è a VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi, prassi*, cit., 5, pp. 139 ss. Sulla dissociazione di maternità vedi anche TIGANO, nella trattazione monografica *I limiti dell’intervento penale nel settore dei diritti riproduttivi*, cit., p. 348, nota 3, che illustra le pratiche *naturali* (ben)conosciute, già presso diverse culture antiche, come quella ebraica. «L’Antico Testamento, oltre ad attestare forme arcaiche di adozione, come quella di Mosé da parte di Bithia, figlia del faraone, fa dei cenni a pratiche “naturali” di surrogazione di maternità, come nel caso di Sara che convinse Abramo a concepire un figlio con la propria schiava, o di Giacobbe che concepì due figli con la schiava della moglie Rachele». Lo stesso dicasi in ordine all’indeterminatezza dell’espressione, 350 ss.



il nato al terzo stesso (o altro soggetto dal medesimo indicato nella contrattazione formale)¹³. La condotta *de qua* si caratterizza attraverso un duplice passaggio esecutivo: la conduzione della gestazione da parte di una donna (scelta, coivolta); l'impegno della stessa a consegnare il neonato al soggetto - di differente caratura -, per conto del quale ha portato avanti la gestazione, privandosi di tutti o alcuni diritti ordinariamente riconosciuti alla partoriente. La variabile delittuosa si traduce in quel fenomeno di sostituzione, che della surrogazione costituisce etimologicamente parte¹⁴.

La condotta risulta tipicamente integrata mediante l'utilizzo di tecniche mediche (fecondazione artificiale dell'ovulo della gestante con il gamete del committente o di un terzo, impianto nella gestante di un ovulo del committente o di un terzo). Trattandosi, tuttavia, di un reato a forma libera - per espressa indicazione normativa - non deve escludersi che la surrogazione possa essere realizzata tramite condotte per così dire *naturali* anche da un punto di vista criminologico, laddove sussista l'impegno a consegnare il nato a un terzo, che lo ha commissionato (leggasi traffico di minori) o eventualmente allo stesso genitore biologico, privandosi dei

13 VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito*, cit., pp.142 ss. sul tentativo di ricostruire una fattispecie indeterminata.

14 C. VARANO, *La maternità surrogata e l'interesse del minore: problemi e prospettive nazionali e transnazionali*, in *Famiglia e diritto* 8-9/2017, pp. 825 ss. La "maternità per sostituzione" è una particolare tecnica di Procreazione Medicalmente Assistita (PMA), attraverso cui le donne si prestano ad intraprendere e portare a termine una gravidanza, per partorire un figlio non per sé, ma per altri. Diverse, invece, sono le modalità con cui si può realizzare un progetto di filiazione tramite la maternità surrogata. Nello specifico, la madre surrogata può impegnarsi a svolgere sia il solo ruolo di gestante (c.d. "madre incubatrice"), quando l'embrione annidato nel suo utero è formato da materiale genetico (seme e ovocita) fornito dai committenti o da donatori/donatrici estranei, sia il ruolo completo di generatrice (c.d. "madre vicaria"), quando oltre alla gestazione è anche donatrice dell'ovocita. «La varietà delle forme con cui in concreto può avvenire la surroga materna da luogo ad una serie di scenari con gradi crescenti di complessità. Infatti, mentre nelle ipotesi di madre incubatrice la donna committente che ha fornito l'ovocita può comunque essere qualificata come "madre genetica", nei casi di madre vicaria la sola madre naturale è quella che, accettando l'inseminazione, ha contemporaneamente fornito il proprio gamete e portato avanti la gravidanza. La situazione si complica ulteriormente quando l'ovocita fecondato appartenga a una terza donna che ne abbia fatto donazione, poiché in tal caso emergono addirittura tre possibili distinte figure materne: la madre committente, quella gestazionale o partoriente e quella genetica, ossia la madre cui appartiene il materiale genetico. Si noti, poi, che in ognuno di questi scenari è possibile che l'uomo committente sia il padre genetico del bambino, qualora abbia fornito lui il gamete, ma può darsi pure l'ipotesi, ancor più complessa, nella quale neppure il seme maschile provenga dalla coppia committente». Così C.A. VALENZA, *L'itinerario italiano della maternità surrogata nel quadro di una giurisprudenza evolutiva: linee di una soluzione*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana* No 17 bis, dicembre 2022, pp. 756 ss. Vedi anche A.SPENA, *Una storia semplice? Surrogazioni, alterazioni, falsificazioni*, in *Riv. it. med. leg.*, 4/2015, pp. 1539 ss., secondo cui i tre momenti delineati - quello della pattuizione, quello dell'esecuzione della metodica procreativa, e quello della consegna del bambino - concorrono tutti a definire la pratica in questione: «Realizzare una surrogazione di maternità significa dunque, non già soltanto eseguire l'intervento medico pur necessario alla fecondazione della madre surrogata, ma compiere altresì tutte quelle altre attività (dal previo accordo alla successiva consegna) senza le quali lo stesso intervento medico avrebbe un senso completamente diverso» (p. 1548).



diritti che l'ordinamento di regola riconosce alle partorienti¹⁵.

Le ultime, citate, penalistiche declinazioni del delitto di surrogazione di maternità colgono un rapporto di specialità reciproca rispetto ai delitti in materia di affidamenti illeciti dei minori (artt. 71 ss. della l. n. 184/1983), trovando la propria specificità nell'essere l'affidamento illecito a un terzo programmato fin da prima della nascita e risultando, dunque, le altre fattispecie applicabili agli affidamenti illeciti decisi dopo il parto¹⁶. Non rileva, a tal fine, la circostanza che la consegna del nato possa eventualmente avvenire a una certa distanza di tempo dopo la nascita, al fine di consentire alla madre surrogante l'allattamento del nato, pur essendo l'impegno alla consegna programmato fin da prima della nascita.

Il reato di surrogazione di maternità concorre, inoltre, con quello di alterazione di stato, laddove la vicenda non venga esattamente dichiarata in sede di formazione di atto di nascita (art. 567, comma 2 c.p.)¹⁷, come nelle ultime evoluzioni normative in corso di discussione al Senato.

La fattispecie incriminatrice non conferisce alcuna rilevanza al fatto che l'impegno della gestante a consegnare il nato al committente o a un terzo avvenga a titolo oneroso o non oneroso: il carattere commerciale o meno della surrogazione di maternità risulta, quindi, del tutto irrilevante ai fini dell'integrazione della fattispecie di reato. Il maggior disvalore connesso ai casi di impegno prestato a titolo commerciale (utero in affitto) sarà - al massimo - determinante in sede di graduazione della pena: a tal riguardo, nessuna distinzione sussiste tra i casi in cui il carattere commerciale dell'impegno abbia luogo per effetto di un rapporto sinallagmatico (corrispettivo per la gestione condotta per conto del terzo) oppure di rimborso delle spese (che, peraltro, al corrispettivo di regola si avvicina e deve ritenersi fiscalmente trattabile in modo identico)¹⁸. La formulazione in termini di rimborso spese di fatto potrebbe considerarsi come

15 VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito*, cit., p. 143, *passim*, la "surrogazione di maternità", unico elemento costitutivo di fattispecie, può essere infatti inteso in modo ampio o in senso stretto, totale o parziale: «la "surrogazione di maternità" è la concreta esecuzione della pratica? In tal caso quando si perfeziona con l'istaurarsi della gravidanza, con la nascita, con la consegna del neonato, oppure con la stipula del contratto di surroga della maternità?». Vedi anche TIGANO, *I limiti dell'intervento penale nel settore dei diritti riproduttivi*, cit., nell'interpretazione esegetica del concetto di surrogazione di maternità, 360 ss., e sui presupposti incriminanti della cessione, pp. 383 ss.

16 Cfr. VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito*, cit., p. 144; TIGANO, *I limiti dell'intervento penale nel settore dei diritti riproduttivi*, cit., p. 384, nota 69.

17 Sui rilievi critici sulla punibilità dell'alterazione di stato civile del minore partorito all'estero da madre surrogata, TIGANO, *I limiti dell'intervento penale nel settore dei diritti riproduttivi*, cit., pp. 405 ss. Da ultimo, M. R. BIANCA, *Le Sezioni Unite e i figli nati da maternità surrogata: una decisione di sistema. Ancora qualche riflessione sul principio di effettività nel diritto di famiglia*, in *giustiziaisieme.it*, 2023.

18 Cfr. si legga l'evoluzione giurisprudenziale sulla Nullità del contratto di maternità per contrarietà a norme imperative e ai boni mores, nonché i profili relativi alla Legittimità dell'accordo di maternità surrogata in assenza di corrispettivo, con conseguente Meritevolezza degli interessi perseguiti dalle parti, analizzata da A. GATTO, *Surrogazione di maternità e diritto del minore al rispetto della propria vita privata e familiare*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone* (II), fasc.3, 2015, pp. 1091 ss. Vedi anche VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito*, cit., p. 147 sulla non necessaria distinzione tra commercializzazione di gameti ed embrioni



fenomeno spia di trattative economiche più onerose e più degradanti della prestazione *surrogatoria*. Il riferimento - di cui *ultra-* è alle cosiddette agenzie di intermediazione, che, pur formalmente rivolte alla tutela degli interessi in gioco, celano speculazioni ad ampio spettro nei confronti soprattutto dei “soggetti deboli” - vittime del reato a tutti gli effetti -, quali le giovani madri di paesi non europei, a bassa valutazione della prestazione effettuata o da effettuare.

Tale prima situazione - esponenzialmente *delittuosa*¹⁹ - rimanda alla seconda condotta di cui al divieto di surrogazione di maternità, rappresentata dalla realizzazione di atti volti a rendere concretamente possibile un fatto di surrogazione di maternità, come, ad esempio, il mettere/mantenere in contatto la gestante con il committente o l’adoprarsi per conferire profili di vincolo giuridico all’impegno della gestante di consegnare il nato al terzo/ai terzi. Anche in questo caso, il carattere commerciale o meno, occasionale o professionale, dell’organizzazione di pratiche di surrogazione di maternità risulta del tutto irrilevante ai fini dell’integrazione della fattispecie di reato, che in tutti i casi sarà consumato.

La *climax* - discendente - della terza ipotesi, non di meno criminosa, consiste nella divulgazione al pubblico di informazioni circa la possibilità di organizzare un fatto concreto di surrogazione di maternità, come, ad esempio, segnalando al pubblico la presenza di agenzie che gestiscano attività di intermediazione tra soggetti interessati a commissionare la maternità e soggetti interessati a condurre una gestazione per conto di terzi, nonché di agenzie che realizzano le pratiche mediche a tal fine necessarie²⁰.

Le variabili della fattispecie rendono limitante la soglia di anticipazione della tutela *ex art.* 56 c.p. Nella stessa maniera in cui risulti indeterminato il momento iniziale e/o costitutivo del reato relativo al divieto di pratica di surrogazione della maternità, ci chiediamo come sia possibile asserire con certezza -giuridica- quando vengano posti in essere atti idonei e diretti in modo non equivoco a compiere le condotte incriminate *ex art.* 12, comma 6, l. 40, anche se la surrogazione non viene conclusivamente effettuata, oppure quando la sua organizzazione non venga portata a termine ed, infine, la pubblicità non sia divulgata. Indispensabile in tal senso un distinguo ulteriore tra l’ideazione connessa alla pratica di surrogazione di maternità e il progetto *condiviso* di surrogazione di maternità²¹.

Nel primo caso, infatti, il semplice accordo può risultare insufficiente sotto il profilo della idoneità ed univocità per ciò che concerne le fasi iniziali della procedura, che non intaccano in alcun modo l’esecuzione medica dell’impianto, della gestazione, del parto, della consegna ai

e gli scopi solidaristici della “prestatrice d’utero”; *ultra* sulla *ratio* della incriminazione *ex art.* 12, comma 6, l. 40, pp. 152 ss.

19 Sul carattere necessariamente plurisoggettivo della fattispecie, TIGANO, *I limiti dell’intervento penale nel settore dei diritti riproduttivi*, cit. pp. 386 ss.

20 «Maggiori difficoltà esegetiche si riscontrano in relazione al delitto di pubblicizzazione, ove, in mancanza di una clausola che specifichi se vada punita la pubblicizzazione “della richiesta” o “dell’offerta” della surrogazione di maternità, all’interprete non resta che interpretare l’oggetto della condotta come alternativamente riferibile alla disponibilità della madre biologica o a quella della madre sociale». TIGANO, *I limiti dell’intervento penale nel settore dei diritti riproduttivi*, cit., p. 388.

21 VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito*, cit., p. 144; TIGANO, *I limiti dell’intervento penale nel settore dei diritti riproduttivi*, cit., pp. 386-7.



genitori committenti del neonato. Nel secondo caso, viceversa, la direzione finalistica dell'accordo si concretizza nei contenuti e nelle modalità esecutive delle pratiche surrogatorie, con espressa indicazione delle prestazioni e dei termini delle stesse, per cui appare proponibile una soglia di anticipazione della tutela nella forma del tentativo (compiuto/incompiuto), qualora si pongano in essere atti diretti in modo non equivoco alle pratiche di commercializzazione o meno surrogatorie della maternità ai sensi della prima variabile criminosa. Lo stesso dicasi quanto all'organizzare o pubblicizzare tale pratiche. L'iter criminoso deve comprendere un progetto da spiegarsi *in itinere*, non una condotta *sic et simpliciter*, per cui -pur se difficilmente dimostrabile - non è escludibile a priori una forma tentata.

L'indeterminatezza della fattispecie riverbera i suoi effetti moltiplicatori sui soggetti coinvolti - non sempre facilmente individuabili - nella realizzazione delle pratiche di maternità surrogate dalle molteplici manifestazioni. Tutti i soggetti coinvolti nella realizzazione, organizzazione o pubblicizzazione della surrogazione, a qualsiasi titolo, si presentano di fatto come concorrenti nel reato e come tali risultano punibili, in base ai generali principi del concorso *eventuale*, a condizione che sussista l'elemento soggettivo del dolo, ossia della consapevolezza e volontà di realizzare, organizzare o pubblicizzare una surrogazione di maternità, nello specifico «l'esecuzione di un condiviso disegno di surrogazione»²².

In particolare, nei casi della prima condotta (realizzazione della surrogazione di maternità), concorrono certamente nel reato il committente della maternità surrogata e la donna che mette a disposizione il suo corpo per condurre la gestazione con l'impegno di privarsi di tutti o alcuni diritti regolarmente spettanti alla partoriente²³. Potranno, inoltre risultare punibili, qualora consapevoli che la propria opera si inserisca in un contesto di surrogazione di maternità: l'eventuale professionista che compia la fecondazione artificiale dell'ovulo della gestante o che impianti nella gestante l'ovulo proveniente da un terzo; il terzo destinatario del bambino, lad-

22 VALLINI, *Ibidem*, pp. 144-5; DOLCINI, *La procreazione medicalmente assistita: profili penalistici*, cit., p. 1553. Vedi inoltre A. CORDIANO, *Alcune riflessioni a margine di un caso di surrogacy colposa. Il concetto di genitorialità sociale e le regole vigenti*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone* (II), fasc.2, 2017, pp. 472 ss., in specie § 4.

23 «A seconda delle tecniche utilizzate, la donna si impegna a svolgere: solo il ruolo di gestante (madre incubatrice), dato che l'embrione annidato nel suo utero è formato da materiale genetico (seme e ovocita) fornito dai committenti o da donatori/donatrici estranei; il ruolo completo di generatrice (madre vicaria), dato che oltre alla gestazione è anche donatrice dell'ovocita. Se nella fattispecie della madre incubatrice la donna committente che ha fornito l'ovocita può essere qualificata come la 'madre genetica', nella fattispecie della madre vicaria è la donna che ha accettato l'inseminazione a essere la sola madre naturale del nato, perché essa ha contemporaneamente fornito il proprio gamete e portato avanti la gravidanza. Una circostanza che può essere comune alle due situazioni è che l'uomo committente sia il padre genetico del bambino, qualora abbia lui fornito il gamete. In ogni caso le motivazioni di un tale accordo sono generalmente due: di lucro o meramente altruistiche, a seconda che vi sia o non vi sia un corrispettivo in denaro». Così L. D'AVACK, *La maternità surrogata: un divieto "inefficace"*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone* (II), fasc.1, 2017, pp. 139 ss.



dove diverso dal committente, quando consapevole che la surrogazione sia stata commissio-
nata nel suo interesse²⁴.

La configurabilità del concorso anche a titolo omissivo, da parte dei soggetti su cui eventual-
mente incomba un obbligo giuridico di garanzia che il bene giuridico protetto non venga
leso, lascia molte questioni sospese, soprattutto per il moltiplicarsi delle eventuali posizioni di
protezione nella realizzazione o meno del progetto condiviso di maternità²⁵. Si pensi, in parti-
colare, ai responsabili delle cliniche ove vengano praticati atti funzionali alla surrogazione di
maternità ovvero ai soggetti investiti dall'ordinamento dall'obbligo di verifica sulle pubblicità
e sugli eventi promozionali che si svolgono sul loro territorio, ove necessario autorizzandoli.

2. Osservazioni in tema di extraterritorialità della legge penale italiana e maternità surro- gata all'estero: effetti sostanziali di espansione normativa e non.

In sede di discussione parlamentare presso la Camera dei Deputati²⁶, le tre proposte *ab initio*

24 «Posto che i protocolli di PMA si caratterizzano per una pluralità di fasi spesso distanti nel tempo,
coinvolgenti talora soggetti differenti, di variabile gravosità e dagli esiti non tutti prevedibili, con
necessità di adeguamento *in itinere* del trattamento, opportunamente il legislatore richiede che il dialogo
con il medico si prolunghi e si ripeta durante ognuna di queste fasi. D'altronde i genitori, anche nei casi
ordinari, possono effettivamente comprendere e valutare i contenuti delle procedure mediche cui
saranno sottoposti non *ex ante* («dovrebbero prima prendere un paio di lauree») ma solo via via che i
passaggi si fanno attuali e le loro implicazioni sensibilmente percettibili». VALLINI, *Illecito concepimento e
valore del concepito*, cit., pp. 161 ss.

25 Non è semplice considerare l'ammissibilità per omesso impedimento dell'evento *ex artt.* 110, 40
comma 2 c.p. Nella elaborata disquisizione di VALLINI, *op.loc.cit.*, p. 164, in ordine all'acquisizione o meno
del consenso informato nell'ambito della struttura sanitaria, da parte del medico coinvolto ed interessato,
(e considerata la facoltà del medico di non procedere), distingue i profili civilistici e penalistici del "*non
facere*" giuridico. «Ove il consenso informato sia stato correttamente acquisito, come in rapporto a
qualsiasi altra relazione terapeutica sorge l'obbligo (di garanzia), per il medico, di procedere
nell'attuazione della tecnica, fermo restando il già segnalato onere di mantenere vivo il colloquio
informativo. È dunque in linea di principio illecita - ad es. come illecito civile- la sospensione del
trattamento nonostante il perdurante affidamento del paziente. In termini penalistici, posto che una
posizione di protezione non può essere unilateralmente dismessa, il fatto, sussistendone tutti i requisiti,
potrebbe qualificarsi come "abbandono di persona incapace" *ex art.* 591 c.p. L'omissione potrebbe altresì
rilevare ai sensi dell'art. 40, ult. co., c.p. nel combinato disposto con le disposizioni incriminatrici delle
lesioni o dell'omicidio, nel caso in cui essa comporti il mancato im- pedimento degli eventi tipici». *Ultra*,
pp. 223-25.

26 Cfr. la proposta A.C. n. 1026 (Lupi et al.); 1.2. La proposta A.C. n. 887 (Varchi et al.); 1.3. La proposta
A. C. 342 (Candiani et al.). Proposta A. C. n. 1026. Art. 1. Al comma 6 dell'articolo 12 della legge 19
febbraio 2004, n. 40, è aggiunto, in fine, il seguente periodo: « Le pene stabilite dal presente comma per
la surrogazione di maternità si applicano altresì quando il fatto è commesso all'estero da cittadino
italiano».; Proposta A.C. n. 887. 1. Al comma 6 dell'articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, è
aggiunto, in fine, il seguente periodo: «Le pene stabilite dal presente comma si applicano anche se il
fatto è commesso all'estero». Proposta A.C. 342. 1. Dopo il comma 6 dell'articolo 12 della legge 19
febbraio 2004, n. 40, è inserito il seguente: « 6-bis. Al fine di ostacolare qualunque pratica che possa
configurarsi come traffico commerciale di bambini, è vietato accedere alla surrogazione di maternità



presentate si caratterizzano per omogeneità di struttura (un solo articolo), parzialmente divergente, con l'introduzione di specifico comma *bis* dalle note caratterizzanti di fattispecie penale, sia sotto il profilo oggettivo, sia sul versante più specificatamente soggettivo. Tralasciando in questa sede le implicazioni etico-filosofiche, evolutive-sociali, sociologiche-esistenziali - pur altamente rilevanti -, e soffermandoci - se è possibile - esclusivamente sulle questioni giuridiche, connesse all'estensione dei limiti di applicazione della legge penale italiana ai fatti commessi all'estero in relazione alle fattispecie di surrogazione di maternità e alla commercializzazione di bambini, si rilevano le dovute differenze contestuali.

La prime due ipotesi si differenziano anche in relazione ai soggetti destinatari dell'estensione possibile della giurisdizione - penale - italiana, perché la proposta A. C. n. 1026 è riferita ai soli cittadini, mentre la proposta A.C. n. 887 include anche agli stranieri. Quanto alla proposta A.C. n. 342 si pone l'ulteriore questione della tipizzazione di nuovo reato, quale pratica di procreazione medicalmente assistita - leggi surrogazione di maternità -, configurabile come traffico commerciale di bambini, traslitterazione in senso penalistico della locuzione "turismo procreativo", ai fini dell'offensività, dell'anticipazione della tutela, del fine specifico (o dolo specifico) di "trafficare" con gameti, embrioni ed esseri umani.

In relazione all'elemento comune delle tre proposte di legge ci soffermiamo sui criteri presenti nel nostro codice che ci consentono di applicare la legge penale italiana a fatti commessi all'estero, ovvero gli artt. 7, 8, 9, 10 c.p.²⁷.

L'art. 7 c.p. punisce incondizionatamente una serie articolata di crimini anche se commessi all'estero, senza l'aggancio territoriale, normativamente richiesto dal codice *ex art. 6 c.p.*, senza, cioè, che sia necessaria la presenza del reo in Italia o senza il concorso di alcuna causa di procedibilità. Trattasi di ipotesi differenziate di delitti a tutela di interessi direttamente riconducibili allo Stato, quali le fattispecie contenute nel Titolo I Libro II c.p. (delitti contro la personalità dello Stato, o di contraffazione di sigillo, falso nummario o delitti commessi da pubblici ufficiali o a servizio dello Stato, abusando dei propri poteri o violando doveri confacenti le loro funzioni), sino, per concludere, alle disposizioni concernenti il n. 5 dell'art. 7 c. p., quali i crimini previsti da speciali disposizioni di legge o da convenzioni internazionali (come, ad esempio, l'art. 604 c.p., così come modificato dall'art. 10, legge n. 269/1998, a giustificare l'intervento penale all'estero in tema di turismo sessuale in danno di minori, con l'estensione della punibilità nel caso di delitto commesso da straniero in danno a cittadino straniero per effetto della previsione dell'art. 10, comma 2 c.p.).

Se si volesse applicare la disposizione dell'art. 7 c.p. a garantire una portata universale del modello di responsabilizzazione, occorrerebbe meglio individuare nel dettaglio della norma da introdurre elementi specializzanti la fattispecie di divieto di maternità surrogata, enfatizzando i profili di commercializzazione del corpo umano, dell'essere umano, della umana civiltà, e dunque, punire in tal senso chi realizzi all'estero una pratica del genere, servendosi di

all'estero. Al cittadino italiano che ricorre alla surrogazione di maternità all'estero si applicano le pene previste al comma 6». Cfr. G.L.GATTA, *Surrogazione di maternità come "reato universale"? A proposito di tre proposte di legge all'esame del Parlamento*, in *Sistema penale*, 2 Maggio 2023.

27 Volendo il nostro Artt. 7, 8,9,10 c.p. , in T. PADOVANI (a cura di), *Codice penale*, VII ed., Giuffrè, Milano, 2019, pp. 98 ss.



donne in condizioni di estrema difficoltà economica - come in certe aree geopolitiche ben localizzate - dietro il pagamento di una somma - irrisoria o non irrisoria che sia - traendo benefici personali dallo sfruttamento indiscriminato di essere umani in difficoltà, senza tener conto in questo caso degli effetti anche mortali che una gravidanza surrogata (o non) possa comportare.

A tal fine, dunque, la proposta A.C. 342 potrebbe meglio rispondere a questa esigenza, sviccerando in termini più propriamente giuridici la locuzione “traffico commerciale di bambini”, oppure riscrivendo sotto altri profili di tassatività e determinatezza la condotta incriminata di cui all’art. 12, comma 6, anche ai fini di cui *ultra* di maggiore offensività normativa.

Le altre due proposte - più scarse - potrebbero essere inquadrate nella normativa generale degli artt. 9, 10 c.p., ovvero i delitti comuni commessi all’estero che sono puniti secondo la legge italiana alle condizioni previste dall’art. 9 c.p., se autore del reato è un cittadino italiano, o dall’art. 10 c.p., se autore del reato è uno straniero. In questo caso sono punibili *ex art.* 9 c.p., i cittadini italiani, che abbiano commesso un delitto comune all’estero e vengano poi a trovarsi in territorio italiano, (che commettano all’estero un delitto di certa gravità in danno allo Stato o a cittadino italiano, oppure a danno delle Comunità europee, di Stato estero o di straniero, su richiesta del Ministro di giustizia, previa presenza in territorio italiano, ed in caso di mancata estradizione)²⁸. Sono assimilabili a tali ipotesi generali proprio i casi di coppie che, a fronte del divieto di maternità surrogata, si rechino all’estero per effettuale la pratica nelle variabili e varianti mediche del caso e poi tornino in Italia con il figlio generato dalla madre surrogata, quali genitori d’intenzione. L’ipotesi normo-spaziale dell’art. 9 c.p. si ispira al principio di personalità attiva, con indicazione sostanziale dei soggetti attivi del reato, ed afferisce unicamente ai delitti puniti con sanzione detentiva²⁹.

28 In tema sempre valido, F. DEAN, *Norma penale e territorio. Gli elementi di territorialità in relazione alla struttura del reato*, Giuffrè, Milano, 1963, in specie pp. 45 ss., pp. 59 ss. Nell’interpretazione delle disposizioni gli artt. 9 e 10 c.p. «garantiscono la giurisdizione italiana, fungono da criteri di competenza e cioè la presenza del colpevole nel territorio e la valutazione ministeriale d’opportunità (richiesta). Se gli artt. 7 ed 8 c.p. stabiliscono l’efficacia extraterritoriale di disposizioni penali che, quanto al loro contenuto, difettano d’universalità, gli artt. 9 e 10 c.p. affermano, più in generale, l’ illimitata validità rispetto al luogo della maggior parte delle norme penali, quale che sia il loro contenuto». L’efficacia extraterritoriale della legge penale italiana, stabilita dagli articoli 9 e 10 c.p., trova fondamento nella maggiore gravità del reato, commesso rispettivamente dal cittadino e dallo straniero. Queste norme, quindi, oltre che portata universale, hanno anche contenuto universale, perché risultano tendenzialmente dirette alle tutela di beni universali (valori umani) e cioè a beni che, almeno in linea di massima, sono offesi o posti in pericolo soltanto dalle manifestazioni criminose di maggiore gravità (46, nota 29 bis). Sul punto di più recente vedi anche A. DI MARTINO, *La frontiera e il diritto penale. Natura e contesto delle norme di “diritto penale transnazionale”*, Giappichelli, Torino, pp. 2 ss.; D. MICHELETTI, *Reato e Territorio*, in *Criminalia*, 2009, pp. 565 ss.

29 Inoltre, DEAN, *Norma penale e territorio*, cit., 86 ss. rileva il distinguo semantico tra il grafema “obbliga” di cui all’art. 3 c.p. e l’espressione “punisce” presente negli artt. 9,10 c.p. (ma anche 6, 7 c.p.), cui corrispondono situazioni controverse, concordi nel sottolineare la differente natura della situazione giuridica in tal modo individuata. In particolar modo, riflettono - con riguardo ai destinatari della norma penale - la scomposizione ideale della norma penale stessa in precetto e sanzione. Alla nota 18 bis viene



Come già sostenuto da autorevole dottrina sul punto³⁰, è necessario chiedersi chi siano i soggetti attivi del reato: se è certo che vadano inclusi coloro che, a vario titolo, sono coinvolti nell'organizzazione della complessa procedura (ossia i gestori della clinica ed il personale, medico ed amministrativo), i dubbi hanno investito i committenti, il cui coinvolgimento sul piano della responsabilità penale è il presupposto da cui partono entrambe le proposte di legge³¹.

Anche in questo caso per ammettere l'applicabilità della norma generale *ex art. 9 c.p.* occorrerebbe specificare chi siano gli autori del reato (eventualmente mutare il profilo dell'autore del reato da comune a proprio) e distinguere tra i soggetti attivi del reato i genitori d'intenzione, la madre surrogata, il medico che effettua la pratica medicalmente assistita, personale medico in generale con la reclusione e la struttura sanitaria - in qualità di persona giuridica - o gli operatori amministrativi - soggetti in posizione apicale e non - con la pena pecuniaria. In entrambi i casi occorrerebbe un intervento legislativo tipizzante.

2.1. La doppia incriminazione tra legalità e colpevolezza.

È stato ampiamente discusso in dottrina e in giurisprudenza se l'applicabilità della legge penale italiana ai delitti comuni commessi all'estero dal cittadino *ex art. 9 c.p.* (ed anche in riferimento ai delitti comuni commessi all'estero dallo straniero *ex art. 10 c.p.*) sia subordinata al requisito della doppia incriminazione, inteso come previsione del fatto/reato sia secondo la legge italiana, sia secondo la legge dello Stato dove la fattispecie sia stata realizzata nel rispetto della legalità formale o della colpevolezza³². In ipotesi di maternità surrogata *ex art. 12*, comma

analizzata la posizione contraria di I. CARACCIOLI, *L'incriminazione da parte dello Stato straniero dei delitti commessi all'estero e il principio di stretta legalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1962, pp. 973 ss., in specie 993-4, che considera equivalenti le due espressioni. «Nella teoria generale, infatti, si distingue chiaramente tra «obbligatorietà della legge penale» e «punibilità secondo la legge penale». In difetto dell'obbligatorietà risulta vano, per verità, porre il problema della punibilità, ma è altrettanto certo che, accertata l'obbligatorietà, non è affatto scontato che consegua la punibilità. Questa riflessione appare sufficiente per sottolineare l'importanza della distinzione, dalla quale non si può prescindere in moltissimi casi, compreso quello in esame (art. 3/artt.9-10c.p.). Una conclusione diversa sarebbe ipotizzabile, soltanto sulla premessa che il precetto penale si rivolga esclusivamente al giudice».

³⁰ PELISSERO, *Surrogazione di maternità: la pretesa di un potere punitivo universale*, in F. PESCE (a cura di) *La surrogazione di maternità nel prisma del diritto*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022, pp. 139 ss.

³¹ Cfr. SPENA, *Una storia semplice? Surrogazioni, alterazioni, falsificazioni*, cit., pp. 1550 ss.

³² La giurisprudenza, Cass., Sez. V, 5 aprile 2016, n. 13525, ha riconosciuto l'errore inevitabile sulla legge penale di cui alla disposizione dell'art. 9 c.p.. Vedi *contra* Cass., Sez. I, 17 settembre 2002, n. 38401, in *Foro it.*, 2003, II, c. 317, secondo cui in tema di reati commessi all'estero, al di fuori dei casi tassativamente indicati all'art. 7 c.p., è condizione indispensabile per il perseguimento dei reati commessi all'estero dallo straniero che questi risultino punibili come illeciti penali, oltre che dalla legge penale italiana, anche dall'ordinamento del luogo dove sono stati consumati, sia pure con *nomen iuris* e pene differenti (in applicazione di tale principio la Corte ha annullato senza rinvio il provvedimento coercitivo impugnato riguardante la cessione di armi da guerra avvenuta esclusivamente in territorio estero in violazione dell'embargo stabilito da risoluzioni dell'Onu, non tradottesi peraltro all'interno dell'ordinamento italiano in norme vincolanti). Cfr. in dottrina VALLINI, *La schiava di Abramo, il giudizio di Salomone e una clinica di Kiev: contorni sociali, penali e geografici della gestazione per altri*, in *Dir.pen.processo*, 2017, pp. 899 ss. Sulla doppia incriminazione su entrambi i principi, di legalità e di



6, l. n. 40/2004, essendo un reato comune punito con la pena inferiore nel minimo a tre anni di reclusione, la punibilità in Italia è subordinata alle condizioni indicate dall'art. 9 c. 1 e 2 c.p. (la presenza del reo e la richiesta del Ministro della giustizia). Tale fattispecie incriminatrice, dunque, può trovare applicazione a condizione che chi realizza il trattamento di procreazione medicalmente assistita, vietato dalla legge italiana, si trovi sul territorio dello Stato al momento dell'esercizio dell'azione penale e a condizione che il Ministro della giustizia abbia avanzato richiesta perché si proceda per tale delitto nel caso concreto³³.

La Cassazione ha rilevato l'esistenza di un contrasto sia dottrinale che giurisprudenziale intorno al requisito della doppia incriminazione³⁴. Tale situazione di incertezza interpretativa determina — secondo la giurisprudenza richiamata — un errore inevitabile sulla portata applicativa dell'art. 9 c.p. e sulla perseguibilità del reato comune commesso all'estero dal cittadino italiano. Oggetto dell'errore incolpevole sarebbe proprio la disposizione che detta le condizioni per l'applicazione della legge penale italiana ai delitti comuni commessi dal cittadino all'estero ex art. 9 c.p., nella misura in cui lascia irrisolta la questione se sia necessaria o meno la previsione del fatto come reato anche secondo la legge dello Stato straniero nel quale è stato commesso il fatto, tenuto conto anche delle indicazioni contraddittorie ricavabili sul punto dalla giurisprudenza. La Corte richiama a sostegno della propria decisione, da un lato, la sentenza della Corte costituzionale n. 364/1988, che ha tracciato i criteri per individuare l'errore inevitabile sul precetto penale, e, dall'altro, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, che ricava dall'art. 7 C.E.D.U. il principio secondo cui il precetto penale deve essere accessibile e le sue conseguenze sanzionatorie prevedibili da ciascun individuo, sulla base di una valutazione da compiersi tenendo conto non solo della disposizione legislativa, ma anche della giu-

colpevolezza, MARINUCCI - DOLCINI - GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2020, p. 164; MANNA, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 137. Nello specifico TRINCHERA, *Limiti spaziali all'applicazione della legge penale italiana e maternità surrogata all'estero*, cit., pp. 1415 ss. In senso contrario alla necessità del requisito della doppia incriminazione, SPENA, *Una storia semplice? Surrogazioni, alterazioni, falsificazioni*, cit., p. 1556 ss.; A. PAGLIARO, *Legge penale nello spazio*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973, pp. 1054 ss, in specie p. 1059.

33 Cfr. DEAN, *op.loc.cit.*, pp. 305-7; MICHELETTI, *Reato e Territorio*, cit., pp. 577.

34 Cfr. Cass.pen., sez. V, 5 aprile 2016, n. 13525, in *Dir. pen. e processo*, 2016, pp. 1085 ss., con nota di A. MADEO, *La Cassazione interviene sulla rilevanza penale della surrogazione di maternità*. Vedi anche sulla Rilevanza penale della realizzazione della maternità surrogata all'estero: l'apporto della sentenza della Corte di cassazione n. 13525/2016 in relazione alla scusabilità dell'errore sull'ambito applicativo dell'art. 9 c.p., TIGANO, *I limiti dell'intervento penale nel settore dei diritti riproduttivi*, cit., p. 395 ss. La repressione penale nel nostro ordinamento si è, dunque, mossa verso due diverse fattispecie incriminatrici: la "falsa dichiarazione sull'identità", ex art. 495 c.p. e l'"alterazione di stato", ex art. 567 c.p., come espressamente richiamato nell'ultimo DDL S, di cui al §1. Le direttrici giurisprudenziali in materia si collocano tra l'orientamento più rigoroso - sotto il profilo della punibilità (e non da meno della fattispecie tipica) -, relativamente alla condotta dei genitori "committenti", quale delitto di alterazione di stato, la posizione intermedia applicabile- sempre ai genitori committenti- ex art. 495 c.p., sino ad un *tertium datum* - poco crebile, per la verità -che escluderebbe l'antigiuridicità del fatto, inquadrandolo come ipotesi "falso innocuo".



risprudenza nazionale che ne ha precisato il significato al momento della sua concreta applicazione³⁵. Se, pertanto, il principio di legalità non richiede la doppia incriminazione, il principio di colpevolezza imporrebbe quanto meno di verificare che l'autore del reato - cittadino o straniero - sapesse o potesse sapere che il fatto realizzato al di fuori del territorio nazionale sia punito secondo la legge italiana³⁶.

La non punibilità del cittadino (o dello straniero) che commetta all'estero un fatto di reato, quando quel fatto non è punito come tale anche secondo la legge del Paese straniero nel quale è stato commesso, risponde in definitiva ad un'aspettativa sociale di cui il legislatore non può non tenere conto nel fissare i limiti di applicazione extraterritoriale della propria legge penale. In un'ottica di corretta politica criminale, la doppia incriminazione sarebbe un principio generale dell'ordinamento che non trova però un esplicito riconoscimento nella Costituzione³⁷. Per-

35 La sentenza, Cass., Sez. V, 5 aprile 2016, n. 13525, è chiara. «In tema di delitti commessi all'estero, secondo le norme del caso, la qualificazione delle fattispecie penali deve avvenire esclusivamente alla stregua della legge penale italiana, a nulla rilevando che l'ordinamento dello Stato nel cui territorio il fatto è stato commesso non preveda una persecuzione penale dello stesso fatto (Sez. 2, n. 2860 del 06/12/1991 - dep. 16/03/1992, Buquicchio, Rv. 189895); in altre si è ritenuto che, in tema di reati commessi all'estero, al di fuori dei casi tassativamente indicati all'art. 7 cod. pen., è condizione indispensabile per il perseguimento dei reati commessi all'estero dallo straniero che questi risultino punibili come illeciti penali, oltre che dalla legge penale italiana, anche dall'ordinamento del luogo dove sono stati consumati, ancorché con nomen iuris e pene diversi (Sez. 1, n. 38401 del 17/09/2002, Minin, Rv. 222924). In tale contesto, il problema in esame assume sicuro rilievo, ai fini della consapevolezza della penale perseguibilità della condotta (Corte cost., 24/03/1988, n. 364), in quanto l'errore investe la portata applicativa del menzionato art. 9. La pronuncia appena citata, nel tracciare i parametri di individuazione della inevitabilità dell'errore, opera un significativo riferimento anzitutto ai criteri (c.d.oggettivi puri), secondo i quali l'errore sul precetto è inevitabile nei casi d'impossibilità di conoscenza della legge penale da parte d'ogni consociato, aggiungendo che tali casi attengono, per lo più, alla (oggettiva) mancanza di riconoscibilità della disposizione normativa (ad es. assoluta oscurità del testo legislativo) oppure alle incertezze di interpretazione giurisprudenziale».

36 La Cassazione rileva l'infondatezza della parte del ricorso centrata sulla violazione del divieto di maternità surrogata previsto dalla legge n. 40/2004, dal momento che l'atto è stato compiuto all'estero: «Occorre, infatti, considerare che, al di là delle contrapposizioni dottrinali, è controversa anche presso la giurisprudenza la questione se, per punire secondo la legge italiana il reato commesso all'estero, sia necessario che si tratti di fatto previsto come reato anche nello stato in cui fu commesso». Si veda anche Cass.pen., sez.III, 21 febbraio 2021, n. 5298, in *Dejure*, per cui il reato di fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo di cui all'art. 12, comma 6, l. 19/2/2004, n. 40, commesso all'estero, si consuma nel luogo in cui si sottoscrive il contratto di maternità surrogata e col compimento della gestazione per conto di altri, che si conclude con la nascita del figlio, non avendo rilevanza penale, ai fini dell'applicazione della legge italiana, le condotte iniziali volte ad acquisire informazioni sulla fattibilità della pratica, anche se poste in essere in territorio italiano. In ogni caso, l'azione penale esercitata - nel caso di reato commesso interamente all'estero - non può essere utilmente proseguita se manca la richiesta del Ministro della Giustizia di cui all' art. 9, comma 2 c.p .

37 Ritorna in tal senso il distiguo tra obbligatorietà e punibilità della legge penale italiana tracciato da Dean (vedi *supra*). Inoltre, «le sanzioni previste dalla legge n. 40/2004 non possono essere applicate nel



tanto, non commette alcun illecito penale la coppia che si rechi all'estero per tentare la procreazione assistita se nel Paese in questione la pratica sia legale³⁸.

2.2. Le indicazioni della giurisprudenza.

Nel corso degli anni il giudicante ha "picconato" la struttura originaria della l. 40/2004, chiarendo - ma non del tutto - situazioni ibride o contraddittorie connesse alla maternità surrogata e i suoi limiti penali e non³⁹. Con la sentenza del 10 giugno 2014 n. 162 la Corte costituzionale ha ritenuto di dover dichiarare «l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, comma 3, della legge n. 40 del 2004, nella parte in cui stabilisce il divieto del ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, qualora sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili, nonché dell'art. 9, commi 1 e 3, limitatamente alle parole "in violazione del divieto di cui all'art. 4, comma 3", e dell'art. 12, comma 1,

caso in cui la surrogazione di maternità avvenga in uno Stato estero che non pone alcun divieto al ricorso a tale tecnica di procreazione medicalmente assistita, perché manca il requisito - implicito nella disciplina di cui all'art. 9 c.p. - della doppia incriminazione». Così TRINCHERA, *Limiti spaziali all'applicazione della legge penale italiana e maternità surrogata all'estero*, cit.

38 Leggi TIGANO, *op.loc.cit.*, p. 402, *passim*, secondo cui «il cittadino potrebbe fare affidamento sull'esclusione della propria punibilità sulla base della legittima convinzione che l'art. 9 c.p. possa operare soltanto in presenza della doppia incriminazione del fatto. L'assenza di colpevolezza, quindi, sarebbe determinata non dalla circostanza, in sé considerata, che il cittadino italiano agente all'estero sappia che il fatto non costituisca reato in base alla *lex loci*, ma dalla convinzione di non ricadere entro l'ambito applicativo dell'art. 9 c.p., in assenza della contestuale incriminazione del fatto sia nel suo ordinamento nazionale, sia in quello in cui il fatto è stato realizzato. Un qualunque giudice ordinario che venga chiamato a decidere sulla rilevanza penale di simili casi di *law shopping*, anche laddove ritenga che il requisito di doppia punibilità non debba operare per i reati commessi all'estero dal cittadino italiano, potrebbe quindi ritenere che vada comunque esclusa la colpevolezza dello stesso per errore inevitabile, e quindi scusabile, sull'art. 9 c.p.». Vedi anche PELISSERO, *Surrogazione di maternità: la pretesa di un potere punitivo universale*, cit., pp. 34 -37 sulle ragioni di irragionevolezza della proposta estensiva. Alcuni Paesi, infatti, hanno adottato legislazioni di tipo permissivo, seppur differenzialmente modulate a seconda che consentano la GPA cosiddetta «gratuita o altruistica» o quella «commerciale». A titolo esemplificativo ma non esaustivo, tra i Paesi che consentono la GPA gratuita si possono ricordare il Belgio, l'Australia, il Regno Unito, i Paesi Bassi, la Danimarca, l'Ungheria, l'Irlanda, l'Australia, il Canada, gli Stati Uniti (soltanto alcuni Stati, come lo Stato di New York, il New Jersey, New Mexico, Virginia e Washington), la Grecia. Permettono, invece, il ricorso alla GPA commerciale la Russia, l'Ucraina, la Georgia, l'Armenia, Cipro, l'India, la California, la Florida, l'Illinois, il Texas e il Massachusetts. I dati sono stati reperiti all'indirizzo www.internazionale.it/notizie/2016/03/03/maternità-surrogata-dove-regole (ultima consultazione 04/03/2019). Sul punto cfr. R. LA RUSSA, A. CAMPOLONGO, R.V. VIOLA, V. GATTO, M. SCOPETTI, A. SANTURRO, C. DI LASCIO, E. TURILLAZZI, P. FRATI, *Le pratiche di maternità surrogata nel mondo: analisi comparatistica tra legislazioni proibizioniste e liberali*, in *Responsabilità civile e Previdenza*, fascicolo n. 2/2017, pp. 683 ss.). Altri Paesi, come l'Italia, vietano tanto la GPA gratuita quanto quella commerciale (Francia, Italia, Spagna e Polonia).

39 S. TONIOLO, *Il diritto alla genitorialità nella sentenza della Corte costituzionale che cancella il divieto di fecondazione eterologa: profili irrisolti e possibili soluzioni*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, fasc.4, 2014, pp. 1123 ss., nello specifico § 5.



di detta legge»⁴⁰.

La Corte ha osservato, infatti, che «deve anzitutto essere ribadito che la scelta di tale coppia di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche dei figli costituisce espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi, libertà che, come questa Corte ha affermato, sia pure ad altri fini ed in un ambito diverso, è riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 Cost., poiché concerne la sfera privata e familiare. Conseguentemente, le limitazioni di tale libertà, ed, in particolare, un divieto assoluto imposto al suo esercizio, devono essere ragionevolmente e congruamente giustificate dall'impossibilità di tutelare altrimenti interessi di pari rango (sentenza n. 332 del 2000)»⁴¹.

La determinazione di avere o meno un figlio, anche per la coppia assolutamente sterile o infertile, concernendo la sfera più intima ed intangibile della persona umana, non può che essere limitata dalla legge, qualora non vulneri altri valori costituzionali, e ciò anche quando sia esercitata mediante la scelta di ricorrere a questo scopo alla tecnica di PMA di tipo eterologo, perché anch'essa attiene a questa sfera⁴².

40 Corte Cost., 10 giugno 2014, n. 162, in *Corr. giur.*, 2014, fasc. 8-9, pp. 1062 ss., con nota di G. FERRANDO, *La riproduzione assistita nuovamente al vaglio della Corte costituzionale. L'illegittimità del divieto di fecondazione "eterologa"*, 1068 ss.; riportata anche in *Famiglia e diritto*, 2014, fasc. 8-9, pp. 753 ss., con nota di V. CARBONE, *Sterilità della coppia. Fecondazione eterologa anche in Italia*, 761 ss.; nonché in *Foro it.*, 2014, I, fasc. 9, cc. 2324 ss., con nota di G. CASABURI, *"Requiem" (gioiosa) per il divieto di procreazione medicalmente assistita eterologa: l'agonia della l. n. 40/04*, cc. 2343 ss. Vedi inoltre il caso dei coniugi Costa e Pavan che diede avvio al percorso giurisprudenziale, relativo alla sostanziale disapplicazione giurisprudenziale del divieto introdotto nell'ordinamento dal legislatore italiano, il cui esito ha condotto alla sentenza Corte cost. 5 giugno 2015, n. 96, che ha dichiarato l'illegittimità della normativa nazionale sulla pma nella parte in cui non consente «il ricorso alle tecniche di procreazione assistita alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili, rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, comma 1, lettera b)» della legge in materia di interruzione volontaria di gravidanza. Cfr. S. PENASA, *La sentenza n. 96 del 2015 della Corte costituzionale: l'insostenibile debolezza della legge 40*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3/2015, pp. 755 ss.; C. TRIPODINA, *Le parole non dette. In lode alla sentenza 96/2015 in materia di fecondazione assistita e diagnosi preimpianto per coppie fertili portatrici di malattia genetica*, in *costituzionalismo.it*, 2015.

41 DOLCINI, *La legge sulla procreazione assistita dieci anni dopo: la metamorfosi continua*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, pp. 1669 ss.; FERRANDO, *Autonomia delle persone e intervento pubblico nella riproduzione assistita. Illegittimo il divieto di fecondazione eterologa*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, II, pp. 393 ss.; A. MUSUMECI, *"La fine è nota". Osservazioni a prima lettura alla sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale sul divieto di fecondazione eterologa*, in *AIC, Osservatorio Costituzionale* luglio 2014; E. LA ROSA, *Il divieto "irragionevole" di fecondazione eterologa e la legittimità dell'intervento punitivo in materie eticamente sensibili*, in *Giur. it.*, 2014, pp. 2827 ss. S. CACACE, *Le diverse facce della genitorialità e un unico interesse, quello del minore. così vicini ad un cortocircuito giuridico*, in *Riv.it.med.leg.*, 3/2016, pp. 916 ss.

42 «Il concepimento mediante pratiche di PMA non violerebbe il diritto del concepito al riconoscimento formale e sostanziale di un proprio *status filiationis*, «elemento costitutivo dell'identità personale», congruamente tutelato anche in caso di fecondazione eterologa, in considerazione dell'assunzione dei pertinenti obblighi da parte dei genitori biologici e non genetici. La citata sentenza della Grande Camera della Corte di Strasburgo avrebbe, inoltre, confermato la riconducibilità del diritto in esame all'art. 8 della CEDU e, in definitiva, il diritto di identità e di autodeterminazione della coppia in ordine alla propria genitorialità sarebbe leso dal divieto di accesso ad un certo tipo di fecondazione anche quando,



In tal senso va ricordato che la giurisprudenza costituzionale ha sottolineato come la legge n. 40 sia, appunto, preordinata alla «tutela delle esigenze di procreazione», da contemperare con ulteriori valori costituzionali, senza, peraltro, che sia stata riconosciuta a nessuno di essi una tutela assoluta, imponendosi un ragionevole bilanciamento tra gli stessi (sentenza n. 151 del 2009)⁴³. In tal senso la Costituzione non pone una nozione di famiglia inscindibilmente correlata alla presenza di figli (Corte cost. sentenze n. 189/1991, n. 123/1990)⁴⁴.

Il progetto di formazione di una famiglia caratterizzata dalla presenza di figli, anche indipendentemente dal dato genetico, è peraltro - già - favorevolmente considerata dall'ordinamento giuridico italiano, in applicazione di principi costituzionali, attraverso la regolamentazione dell'istituto dell'adozione⁴⁵. L'ambizione ideale dell'adozione mira prevalentemente a

come nella specie, essa sia indispensabile» . Così Corte cost. n. 162/2014, cit. Interessante a riguardo la ricostruzione del concetto di identità personale di M. TAMPIERI, *L'identità personale: il nostro documento esistenziale*, in *Europa e Diritto Privato*, fasc.4, 2019, pp. 1195 ss.

43 Cfr. Corte cost., 8 maggio 2009, n. 151, in *biodiritto.org*. «La previsione della creazione di un numero di embrioni non superiore a tre, in assenza di ogni considerazione delle condizioni soggettive della donna che di volta in volta si sottopone alla procedura di procreazione medicalmente assistita, si pone, in definitiva, in contrasto con l'art. 3 Cost., riguardato sotto il duplice profilo del principio di ragionevolezza e di quello di uguaglianza, in quanto il legislatore riserva il medesimo trattamento a situazioni dissimili; nonchè con l'art. 32 Cost., per il pregiudizio alla salute della donna – ed eventualmente, come si è visto, del feto – ad esso connesso. Deve, pertanto, dichiararsi la illegittimità costituzionale dell'art. 14, comma 2, della legge n. 40 del 2004 limitatamente alle parole «ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre». L'intervento demolitorio mantiene, così, salvo il principio secondo cui le tecniche di produzione non devono creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario, secondo accertamenti demandati, nella fattispecie concreta, al medico, ma esclude la previsione dell'obbligo di un unico e contemporaneo impianto e del numero massimo di embrioni da impiantare, con ciò eliminando sia la irragionevolezza di un trattamento identico di fattispecie diverse, sia la necessità, per la donna, di sottoporsi eventualmente ad altra stimolazione ovarica, con possibile lesione del suo diritto alla salute» .

44 Cfr. A. FEDERICO, *Il divieto di maternità surrogata e il superiore interesse del minore*, in *Giustizia Civile*, fasc.4, 2020, pp. 647 ss.; D'AVACK, *La maternità surrogata: un divieto "inefficace"*, cit., pp. 142 ss.

45 Sul concetto ampio di adozione cfr. E. BILOTTI, *Convivenze, unioni civili, genitorialità, adozioni*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone* (II), fasc.3, 2017, pp. 870 ss. Nello specifico della relazione tra adozione e divieto di maternità surrogata, § 8. Il problema assume evidentemente tutt' altro significato nelle coppie formate da persone dello stesso sesso. Infatti, a parte i casi marginali di figli nati da precedenti relazioni con partner di sesso differente, l'adozione del figlio del partner dello stesso sesso rappresenta in genere un mezzo per dare definitiva attuazione sotto il profilo giuridico-formale a un "progetto condiviso di genitorialità" che non può prescindere dal ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita vietate dalla legge italiana: la prestazione di una madre surrogata (eventualmente col ricorso anche a un'ulteriore donna "donatrice" del gamete femminile) o la fecondazione eterologa col ricorso a un terzo "donatore" del gamete maschile (ed eventualmente anche con gestazione a carico della donna che non abbia fornito il materiale genetico per l' inseminazione). «È noto, infatti, che mentre la surrogazione di maternità è tuttora vietata in ogni caso (art. 12, comma 6, l. 40/2004), il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, a seguito dell'abrogazione del divieto originariamente previsto dall'art. 4, comma 3, l. 40/2004 ad opera della sent. n. 162/2014 della Corte costituzionale, è ora consentito « esclusivamente in riferimento al caso in cui sia stata accertata l'esistenza di una patologia che sia causa



garantire una famiglia ai minori, così come sostenuto dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 11 del 1981⁴⁶ e rende, comunque, evidente che il dato della provenienza genetica non costituisce un imprescindibile requisito della famiglia stessa. La sentenza pone, altresì, in evidenza come «la tecnica in esame che va rigorosamente circoscritta alla donazione di gameti e tenuta distinta da ulteriori e diverse metodiche, quali la cosiddetta “surrogazione di maternità”, espressamente vietata dall'art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004, con prescrizione non censurata e che in nessun modo ed in nessun punto è incisa dalla presente pronuncia, conservando, quindi, perdurante validità ed efficacia)»⁴⁷.

La Corte Costituzionale ha - altresì - precisato che resta in ogni caso fermo il divieto relativo alla surrogazione di maternità di cui al comma 6 dell'art. 12. La Cassazione penale a seguire non ha abrogato il reato, ma nel rispetto della direttiva 2004/23/CE, ne ha sancito i caratteri di volontarietà e gratuità della donazione, aprendo al concetto basilare di qualsivoglia assenza di finalità lucrativa per la surrogazione di maternità⁴⁸.

In tal senso l'idealismo intrinseco dell'adozione ben si concilierebbe con le forme gratuite e tutelate di surrogazione di maternità. Ben altro mondo rispetto alla locuzione dell'art. 12 comma 6 l. 40/2004 e alle sue deviazioni extraterritoriali, a pagamento, a sfruttamento, a negazione della tutela di madri e bambini surrogati. Nella *lunga marcia* evolutiva della giurisprudenza costituzionale⁴⁹, occorre considerare i passaggi effettuati dalla Corte europea dei diritti

irreversibile di sterilità o infertilità assolute » e comunque solo alle « coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi ». È significativo, del resto, che il recente fermento che si è registrato in giurisprudenza sul tema dell'adozione del figlio del convivente è stato generato quasi unicamente da casi di coppie formate da persone dello stesso sesso ».

46 La sentenza *de qua* è leggibile in *giurcost.org*.

47 TONIOLO, *Identità personale, maternità surrogata e superiore interesse del minore nella più recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Dir. umani e dir. internaz.*, 2015, fasc. 9, pp. 208 ss.; GATTO, *Surrogazione di maternità e diritto del minore al rispetto della propria vita privata e familiare*, cit., p. 1099.

48 Cfr. Cass. pen. sez. III, 19 agosto 2019, n.36221, leggibile in *Dejure*, ha affermato il seguente principio di diritto: la L. n. 40 del 2004, art. 12, comma 6, all'esito della pronuncia della Corte costituzionale n. 162 del 2014, punisce chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza l'acquisizione di gameti in violazione dei principi di volontarietà e gratuità della donazione. «A delineare il perimetro della fattispecie penale di commercializzazione di gameti, non si possa prescindere dai principi espressi dalla Direttiva del Consiglio d'Europa di “volontarietà” e “gratuità” della donazione, principi che concorrono a delineare l'area della rilevanza penale delle condotte di commercializzazione vietate dall'art. 12, comma 6, nel caso di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo (che necessita di donazione e trasferimento di gameti), nel senso che l'area della rilevanza penale deve essere individuata in quelle condotte, realizzate in qualunque forma, dirette ad immettere nel mercato (commercializzare) i gameti in violazione dei principi di volontarietà e gratuità della donazione. In tale ambito rientrano nella condotta di commercializzazione anche quelle condotte di reclutamento di donatori/donatrici dietro la prospettiva/corresponsione di una remunerazione, chiaramente dirette alla immissione nel mercato dei gameti, in vista della procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo».

49 VESTO, *La maternità surrogata: Cassazione e Cedu a confronto*, in *Famiglia e diritto*, 2015, fasc. 3, pp. 306 ss., in specie 311-312; S. AGOSTA, *La maternità surrogata e la Corte costituzionale (a proposito di obiter dicta da prendere sul serio)*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2018, <http://www.osservatoriosullefonti.it>.



dell'Uomo relativamente alla complessità dell'applicazione del divieto di maternità surrogata nella pluridimensionalità dei rami del diritto civile e penale. La maggiore questione sollevata a livello europeo nasce dalla necessità di riconoscere giuridicamente la "nascita" del /i neonato/i, a seguito di procreazione medicalmente assistita effettuata all'estero, nello Stato dei genitori d'intenzione o nello spazio giuridico europeo "di rientro".

Le sentenze della Corte eur. Dir. Uomo, Sez. V, 26 giugno 2014, *Menesson c. Francia*, ric. n. 65192/2011, e Corte eur. Dir. Uomo, sez. V, 26 giugno 2014, *Labassee c. Francia*, ric. n. 65941/1, affrontano, infatti, la liceità o meno della trascrizione di atti stranieri, volta a riconoscere l'esistenza di fattispecie riconducibili alla maternità surrogata, vietata in alcuni Stati, come Francia e Italia⁵⁰. Due famiglie francesi, a causa della sterilità congenita delle moglie, decidevano di sottoporsi al trattamento di maternità surrogata negli Stati Uniti, utilizzando lo sperma dei mariti. Il successo dell'impianto e la conseguente nascita dei figli condusse alla pronuncia di sentenze, da parte dello Stato della California, che stabilirono - evidenziandone la presenza - il legame di genitorialità fra i genitori committenti e i bambini. Tornati in Francia, la prima coppia si vide riconosciuto subito l'inserimento dei certificati nei registri dello stato civile, con successivo annullamento a seguito di ricorso formale del pubblico ministero, mentre alla seconda coppia la registrazione veniva negata sin dall'inizio, determinando sì situazioni parallele, ma con effetti risolutivi contraddittori. La Corte di Strasburgo affermò in particolare che vi era stata violazione del diritto al rispetto della vita privata dei figli (in ottemperanza appunto, dell'art. 8 Cedu) da parte delle autorità francesi, nell'impedire a tali soggetti di vedere riconosciuto il loro diritto all'identità personale e nel non consentire che il legame di filiazione venisse accertato concretamente.

Sulla scia del tracciato segnato dall'esegesi dell'art. 8 CEDU, sul diritto ad avere una propria vita privata e familiare, particolare rilievo ha assunto in tema il caso *Paradiso e Campanelli c. Italia*⁵¹. I ricorrenti, dopo aver tentato invano di ottenere una gravidanza mediante la fecondazione in vitro, optavano per un contratto di maternità surrogata in Russia, ove tale pratica era

50 Cfr. le Sentenze gemelle 26 giugno 2014 ric. n. 65192/11 (*Menesson c. Francia*) e n. 65941/11 (*Labassee c. Francia*), in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 1, 1122 - 1132. Per una riflessione in tema v. TRINCHERA, *Viola l'art. 8 della CEDU lo Stato che non riconosce il rapporto di filiazione costituito all'estero ricorrendo alla surrogazione di maternità*, in *Dir. pen. contemp.*, 6 luglio 2014; sulla *rilevanza penale delle false dichiarazioni successive alla legale formazione dell'atto all'estero: astratta applicabilità dell'art. 495 c.p. e soluzioni assolutorie fondate sulle sentenze Menesson e Labassee c. Francia*, vedi anche TIGANO, *op.loc.cit.*, pp. 462 ss. Entrambi i casi riguardavano il rifiuto da parte dello Stato francese di riconoscere i certificati di nascita di minori nate in California da madre surrogata e da genitori intenzionali francesi. Nell'analizzare il caso, se da un lato la Corte ha riconosciuto un margine di apprezzamento allo Stato nel regolare la gestazione per altri, potendola sanzionare, dall'altro lato ha ritenuto che tale margine non potesse avere portata illimitata. Esso, infatti, si deve restringere qualora si violi non tanto la vita privata dei genitori, quanto piuttosto la vita privata del minore, ledendo il suo diritto all'identità personale. I provvedimenti delle autorità francesi avevano ecceduto il loro margine di apprezzamento, dal momento che non avevano riconosciuto (almeno) il legame con il genitore biologico, pregiudicando così l'interesse superiore del minore.

51 Nella pronuncia *Paradiso e Campanelli c. Italia*, la Grande Camera ha escluso che sussistesse una «vita familiare» tra i genitori intenzionali e un minore nato all'estero mediante surrogazione di



consentita. Una volta nato il bambino all'inizio del 2011, i coniugi, tornati in Italia, si videro

maternità, e poi allontanato dalla coppia dalle autorità italiane. La Corte ha ritenuto che l'assenza di legami biologici tra il minore e gli aspiranti genitori, la breve durata della relazione con il minore e l'incertezza dei legami dal punto di vista giuridico giustificassero l'inquadramento della vicenda in termini di ingerenza nella vita privata – e non familiare – dei genitori intenzionali. I giudici hanno, peraltro, ritenuto che detta ingerenza fosse proporzionata, ritenendo sufficienti i motivi addotti dalle autorità interne per disporre l'allontanamento del bambino dalla coppia, incentrati sulla situazione del minore e sull'illegalità della condotta dei genitori intenzionali, che erano ricorsi a una pratica – la surrogazione di maternità – vietata e penalmente sanzionata nell'ordinamento italiano. Cfr. L. TOMASI, *La famiglia nella Convenzione europea dei diritti umani: gli artt. 8 e 14 Cedu*, in *Questione Giustizia*, online; C. MASCIOTTA, *La Grand Chambre pone un freno alla forza espansiva della "vita familiare": uno stop all'attivismo giudiziario in tema di maternità surrogata nel caso Paradiso e Campanelli contro Italia*, in *AIC, Osservatorio costituzionale*, n. 2/2017, online. Nell'ottica del *best interest of child* cfr. le riflessioni di M. BERTOLINO, *I diritti dei minori fra delicati bilanciamenti penali e garanzie costituzionali*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, fasc.1, 2018, pp. 21 ss., in specie pp. 38-9, *passim*. Gli sviluppi successivi in materia di procreazione assistita, in particolare eterologa e di utero in affitto, c.d. maternità surrogata, hanno segnato un'ulteriore evoluzione nell'interpretazione dell'art. 567, co. 2. sotto il profilo del bene giuridico tutelato. Sulla questione della riconducibilità alla disposizione del co. 2 delle dichiarazioni di genitorialità di bambini nati all'estero, grazie a tecniche di fecondazione eterologa e di surrogazione di maternità, fatte all'autorità italiana competente da parte dei genitori committenti la gravidanza, è in corso un ricco e complesso dibattito, dottrinale e giurisprudenziale. Di esso, ai nostri fini, preme rilevare che negli ultimi approdi della giurisprudenza emerge con chiarezza la preferenza per il *favor minoris* rispetto al *favor veritatis*. Più esattamente, la questione che si è posta nel confronto con casi delicati e problematici, è se ritenere che «l'interesse del minore sia subordinato all'affermazione della "verità biologica della procreazione", fino a coincidervi interamente; o se al contrario, in analogia con gli orientamenti di fondo della giurisprudenza costituzionale sulla disciplina civilistica in tema di azioni di stato, sia il c.d. bene verità a trovare nell'interesse concreto del minore il proprio limite, in un quadro di sfondo che mostra la sempre più spiccata tendenza verso la "considerazione della famiglia in termini di comunità di affetti, più che di derivazione biologica e di generazione in senso fisico"». Nel quadro legislativo attuale, il concetto di discendenza non ha, dunque, riguardo soltanto ad un fatto genetico, ma assume una connotazione giuridico-sociale, dal momento che, oltre al legame biologico fra genitore e figlio, viene conferita dignità anche ad un legame di genitorialità in assenza di una relazione genetica, in quanto conseguente al ricorso alle tecniche di fecondazione artificiale (omologa o eterologa). Il nostro ordinamento riconosce dunque, in parallelo al concetto di genitorialità biologica, anche un concetto di genitorialità legale». Poste queste premesse, con riferimento alla maternità surrogata e alla possibilità di trascrivere nei registri di stato civile italiani l'atto di nascita di un bambino nato all'estero con tale tecnica, come figlio proprio di coloro che si sono avvalsi di essa, la Cassazione richiama anche la Corte europea dei diritti dell'uomo, che in proposito, pur attribuendo un ampio margine di apprezzamento ai singoli Stati, li ha invitati al riconoscimento del rapporto di filiazione quando almeno uno dei committenti sia anche genitore biologico. In caso contrario, potrebbe ravvisarsi una violazione dell'art. 8 della CEDU, in particolare sotto il profilo del diritto all'identità personale e al rispetto della vita privata del minore (Caso Paradiso Campanelli). E la Cassazione conclude che i certificati di nascita, che vengono presentati alla competente autorità italiana, relativi a bambini nati all'estero grazie alla maternità surrogata « non integrano una "falsa" certificazione o attestazione, là dove risultano, di contro, legittimi secondo la *lex loci*».



negare la registrazione dell'atto di nascita presso il Comune di residenza, perché il Consolato italiano a Mosca aveva informato sia il Tribunale per i minorenni competente, sia il Ministero degli Affari Esteri, oltre al Comune stesso, che il documento attestante la nascita del bambino non menzionava il fatto che egli fosse nato mediante surrogazione di maternità. Di conseguenza, veniva formalizzata nei loro confronti un'accusa penale per false dichiarazioni nello stato civile⁵². La Corte europea diritti dell'uomo, sez. *Grand chambre* (con sentenza del 24 gennaio 2017, n. 25358) - ha ritenuto, inoltre, legittimo il mancato riconoscimento in Italia del legame genitoriale col figlio nato per mezzo di maternità surrogata, commissionata all'estero.

L'allontanamento del bambino dai genitori che hanno fatto ricorso alla maternità surrogata all'estero è una misura conforme alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Ad affermarlo sono i giudici di Strasburgo che hanno dato ragione all'Italia, legittimando la negazione al riconoscimento del legame genitoriale col figlio nato per effetto di maternità surrogata all'estero, vietata in Italia per effetto del disposto art. 12, comma 6, l.40. Nel caso di specie, si trattava di una coppia di cittadini italiani che, dopo aver optato per la maternità surrogata in Russia, dove la pratica è ammessa, non era riuscita a ottenere la trascrizione dell'atto di nascita nell'ufficio di stato civile, nei confronti dei quali era stato aperto un procedimento penale per alterazione dello stato civile. La Corte enfatizza - da un punto di vista argomentativo - la questione dell'allontanamento, della breve durata del rapporto tra genitori e neonato ed, infine, la stessa incertezza del vincolo sotto il profilo giuridico conseguente, ammettendo che non ci sono le condizioni per configurare un diritto alla vita familiare, anche perché il rapporto non costituiva una famiglia *de facto*⁵³.

52 Sui passaggi del caso Paradiso e Campanelli c. Italia, cfr. C. HONORATI, *Paradiso e Campanelli c. Italia, atto secondo: la Corte EDU definisce la nozione di «vita familiare» e ribalta la sentenza precedente*, in *forumcostituzionale.it* (2 marzo 2017), online. *Ex pluris* sulla sentenza del 27 Gennaio 2015, Corte europea dei diritti umani, Paradiso and Campanelli v. Italy, ricorso n. 25358/12, CASABURI, *La corte europea dei diritti dell'uomo e il divieto italiano (e non solo) di maternità surrogata: una occasione mancata*, in *Foro it.*, n. 3/2015, c.123 ss.; M. DISTEFANO, *Maternità surrogata ed interesse superiore del minore: una lettura internazionalprivatistica su un difficile "puzzle" da ricomporre*, in *GenIUS*, n. 1/2015, online; M. WINKLER, *Senza identità: il caso "Paradiso e Campanelli c. Italia"*, *ivi*, 2015; L. POLI, *Maternità surrogata e diritti umani: una pratica controversa che necessita di una regolamentazione internazionale?*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, n. 3/2015.

53 Corte europea diritti dell'uomo, sez. *Grand chambre*, 24 gennaio 2017, n. 25358, in *Guida al diritto*, 2017, 8, 28. Nonostante la pronuncia in primo istanza della II sezione avesse rilevato la violazione dell'art. 8 della Convenzione, pur nell'impossibilità del rientro del minore nella casa dal momento che ormai aveva stabilito un rapporto con i genitori adottivi, la *Grand Chambre* ha ribaltato tale orientamento. Secondo i giudici, infatti, non si è posta alcuna violazione della vita privata e familiare poiché non era presente alcun legame biologico tra i genitori intenzionali e il minore. Inoltre, la relazione affettiva, nata da condotta illecita, era durata un breve lasso di tempo. Per questi motivi il provvedimento di allontanamento è stato considerato proporzionato e non è stata rilevata alcuna violazione della vita privata e familiare. Cfr. G. MINGARDO, *Approdi e partenze: lo stato della gestazione per altri e la prospettiva futura*, in *AIC, Rivista* n. 4/2021, online; VARANO, *op.loc.cit.*, pp. 832-3; O. FERACI, *Maternità surrogata conclusa all'estero e Convenzione europea dei diritti dell'uomo: riflessioni a margine della sentenza Paradiso e Campanelli c. Italia*, in *Cuadernos de derecho transnacional*, 2015, pp. 420 ss; G. M. FLICK, *Diritto ad avere un genitore e/o diritto ad essere un genitore: una riflessione introduttiva*, in *AIC, Rivista* n. 1/2017, online;



A seguire, inoltre, con la sentenza 14 dicembre 2021 (causa C-490/20 PPU, Pancharevo, ECLI:EU:C:2021:1008)⁵⁴, la grande sezione della Corte di giustizia ha stabilito che il diritto dell'Unione Europea impone agli Stati membri di riconoscere il certificato di nascita emesso dalle autorità di uno Stato membro in favore di una minore nata in tale Stato, tramite fecondazione eterologa, da una coppia femminile dello stesso sesso, al fine di consentire alla bambina di esercitare, con ciascuna delle due madri, il diritto di circolazione e soggiorno nel territorio europeo connesso al suo *status* di cittadina dell'Unione. A tale scopo, le autorità dello Stato membro di cittadinanza sono tenute a rilasciare, come richiesto dalla direttiva 2004/38, una carta di identità o un passaporto in favore della minore, nel quale siano iscritte le due donne in qualità di madri, senza tuttavia che ciò richieda la previa emissione di un nuovo atto di nascita da parte delle autorità dello Stato membro interessato.

I riverberi costituzionali ed europei moltiplicano i loro effetti in ambito civilistico anche

CASABURI, *La Corte europea cambia opinione: l'allontanamento di un bambino nato da maternità surrogata e in violazione delle disposizioni italiane sull'adozione internazionale non viola l'art. 8 Cedu* (Nota a Corte eur. diritti dell'uomo 24 gennaio 2017, D.P.), in *Foro it.*, 2017, cc. 117 ss. Da ultimo, G. CIARLARIELLO, A. A. CAMPOLONGO, M. DI SANZO, R. LA RUSSA, A. SANTURRO, V. LOVOI, P. FRATI, *La maternità surrogata: evoluzione giurisprudenziale italiana ed europea*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone* (II), fasc.4, 2016, pp. 1117 ss.; K. TRILHA SCHAPPO, *La maternità surrogata nel 2020: evoluzione del quadro normativo e sfide rimanenti*, in *GenIUS*, n. 1/2020, online.

⁵⁴ Cfr. FERACI, *Il riconoscimento « funzionalmente orientato » dello status di un minore nato da due madri nello spazio giudiziario europeo: una lettura internazionalprivatistica della sentenza Pancharevo*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, fasc.2, 2022, pp. 564 ss. La sentenza in esame segna il primo passo verso la regolamentazione europea della genitorialità delle famiglie arcobaleno aventi un carattere transfrontaliero e ricadenti nel campo di applicazione del diritto dell'Unione. Nel contesto intraeuropeo il crescente numero di contenziosi legati al mancato riconoscimento del rapporto genitoriale in favore di persone dello stesso sesso è del resto confermato dalla pendenza di un ulteriore rinvio pregiudiziale di interpretazione (causa C-2/21, Rzecznik Praw Obywatelskich) concernente il mancato riconoscimento in Polonia di un certificato di nascita spagnolo relativo a un minore nato in Spagna da due donne. «L'obbligo di riconoscimento dello *status filiationis* gravante su tutti gli Stati membri è infatti meramente funzionale all'esercizio di un diritto fondamentale sancito dal diritto dell'Unione Europea, come sottolinea ripetutamente la Corte di giustizia (sentenza Pancharevo, punti 49, 52, 56 e 57), ma non incide sul riconoscimento in uno Stato membro degli effetti giuridici relativi al contenuto di un documento pubblico che attesti il rapporto di filiazione e sia stato rilasciato in un altro Stato membro (quali quelli concernenti l'affidamento, la sicurezza sociale, le questioni successorie, nonché tutti i profili attinenti ai compiti parentali che necessitano della prova dello *status* di genitore: l'iscrizione del figlio a scuola, le decisioni mediche o di carattere amministrativo da adottare per conto di un minore): «tale obbligo [di riconoscere il rapporto di filiazione tra tale minore e ciascuna di queste due persone nell'ambito dell'esercizio, da parte del medesimo, dei suoi diritti a titolo dell'art. 21 TFUE e degli atti di diritto derivato ai medesimi connessi] non impone allo Stato membro [...] di riconoscere, a fini diversi dall'esercizio dei diritti che a tale minore derivano dal diritto dell'Unione, il rapporto di filiazione tra tale minore e le persone indicate come genitori di quest'ultimo nell'atto di nascita emesso dalle autorità dello Stato membro ospitante » (sentenza Pancharevo, punto 57 (574).



sotto il profilo della “la relazionalità della persona umana”⁵⁵.

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la sentenza n. 12193/2019 hanno affermato che il divieto di maternità surrogata di cui all’art. 12 c. 6 della legge n. 40/2004, in quanto espressivo di un superiore principio di ordine pubblico, osta al riconoscimento dell’efficacia di un provvedimento giurisdizionale straniero, con il quale si accerti il rapporto di filiazione tra minore nato in seguito a maternità surrogata e genitore di intenzione (ossia il genitore non biologico)⁵⁶. Per effetto di tale importante precedente la Cassazione civile sez. I - 29/04/2020, con l’ordinanza n. 8325 - ha previsto il divieto di trascrizione nell’atto anagrafico del minore del genitore d’intenzione non biologico⁵⁷, sollevando la questione di legittimità costituzionale dell’articolo 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004, degli articoli 18 del d.P.R. n. 396 del 2000, e 64, comma 1, lettera g), della legge n. 218 del 1995, nella parte in cui non consentono, secondo la interpretazione attuale del diritto vivente, che possa essere riconosciuto e dichiarato esecutivo, per contrasto con l’ordine pubblico, il provvedimento giudiziario straniero relativo all’inserimento nell’atto di stato civile di un minore procreato con le modalità della gestazione per altri (altrimenti detta maternità surrogata) del cosiddetto genitore d’intenzione non biologico, per contrasto con gli articoli 2, 3, 30, 31, 117, comma 1, della Costituzione, quest’ultimo in relazione agli articoli 8 della Convenzione europea per la Protezione dei Diritti Umani e delle Libertà Fondamentali, 2, 3, 7, 8, 9 e 18 della Convenzione 20 novembre 1989 delle Nazioni Unite sui diritti dei minori ratificata in Italia con legge n. 176 del 27 maggio 1991 e dell’articolo 24 della Carta dei Diritti fondamentali dell’Unione europea. La Cassazione civile ha sino ad oggi negato la trascrizione in Italia dell’atto di nascita da maternità surrogata redatto all’estero, per contrarietà all’ordine pubblico⁵⁸.

55 Cfr. P. GIANNITI, *Il faticoso procedere della persona umana tra i crinali della storia*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone* (II), fasc.3, 1 2021, pp. 1243 ss., in specie 1256.

56 Cass. civ., sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193, in *Dejure*. Quanto al concetto di “ordine pubblico”, nella sentenza si afferma che si tratta « dei principi fondamentali della nostra Costituzione e di quelli consacrati nelle fonti internazionali e sovranazionali, ma anche del modo in cui gli stessi si sono incarnati nella disciplina ordinaria dei singoli istituti, nonché dell’interpretazione fornita dalla giurisprudenza costituzionale ed ordinaria » (§ 12.3). Il contenuto è stato ribadito dalla sentenza n. 38162 del 30 dicembre 2022, in cui la Suprema Corte di Cassazione a Sezione Unite Civili è tornata ad occuparsi del riconoscimento del provvedimento straniero che attesta il rapporto filiale tra il cd. genitore d’intenzione e il bambino nato da maternità surrogata. Si conferma il diniego alla possibilità di delibazione di un provvedimento straniero che attesta il rapporto di filiazione con il cd. ‘genitore d’intenzione’ di un bambino nato da maternità surrogata. Per l’effetto, è esclusa l’automatica trascrivibilità del provvedimento giudiziario straniero che attribuisce la genitorialità legale non solo al padre biologico, ma anche al partner di quest’ultimo che, seppur condividendo il progetto procreativo, non ha fornito alcun apporto genetico al bambino.

57 Cass. I sez. civ., ordinanza del 29 aprile 2020, n. 8325. Cfr. F. FERRARI, *La legge “presa sul serio”*. Sulla q.l.c. sollevata dalla Cassazione in tema di maternità surrogata e ordine pubblico internazionale (ord. 8325/2020), in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 2, 2020, pp. 533 ss.

58 Cfr. vedi *ultra* C. cost. n. 272 del 2017, § 4.2. secondo cui la maternità surrogata offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane», nonché C. cost. n. 162 del 2014, § 9. Sui caratteri di innovatività della pronuncia, TRIPODINA, *C’era una volta l’ordine pubblico*.



Il Tribunale di Bari si è recentemente pronunciato sul non accoglimento della richiesta di cancellazione del nominativo della c.d. madre intenzionale dalla trascrizione dell'atto di nascita «Non può essere accolta, infatti, la richiesta di cancellazione del nominativo della c.d. madre intenzionale dalla trascrizione dell'atto di nascita. Invero, dall'atto di nascita della minore, trascritto su richiesta di entrambi i genitori (la madre biologica e la madre c.d. intenzionale), risulta indubitabile che quest'ultimi abbiano condiviso il progetto genitoriale e abbiano svolto il ruolo di madre instaurando un consolidato rapporto con la minore»⁵⁹.

3. Perché estendere la fattispecie ex art. 12, comma 6, l. 40/2004 al di là del territorio dello Stato. *Personalì considerazioni.*

Qualora con gli opportuni accorgimenti del caso si estendesse la responsabilità penale per il compimento delle pratiche di maternità surrogata commesse all'estero, rimane opportuno interrogarci sulla *ratio* di tale portabilità extraterritoriale. Ragioni contrarie all'ipotesi espansiva sono già state correttamente formulate da dottrina sul punto, individuando nel paternalismo di uno stato ideologicamente orientato a tutelare la moralità dei cittadini, *in primis*; a seguire nella distonia punitiva tra detenzione e pena pecuniaria ai sensi dell'art. 12, comma 6, l. 40 /2004, per cui, essendo il disvalore dei reati che offendono i beni personali definiti dalla gravità della pena detentiva, l'applicazione dell'art. 9 c.p. si presenterebbe sproporzionata (ed irragionevole) a tale scopo. Infine, ragione contraria si coglie nella distonia rispetto al tracciato delle Sezioni Unite della Cassazione Civile, e della stessa Corte costituzionale per la tutela dei profili civilistici, inscindibilmente legati alla tutela dell'interesse del minore e non del diritto

L'assottigliamento del concetto di "ordine pubblico internazionale" come varco per la realizzazione dell'"incoercibile diritto" di diventare genitori (ovvero, di microscopi e di telescopi), in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale, Jovene, Napoli, 2017, pp. 121 ss.; FERACI, Ordine pubblico e riconoscimento in Italia dello "status" di figlio "nato da due madri" all'estero: considerazioni critiche sulla sentenza della Corte di Cassazione n. 19599/2016, in Riv. dir. int., fasc. 1, 2017, in particolare p. 171 ss. Tuttavia, l'affievolimento dell'ordine pubblico quale barriera protettiva dell'ordinamento interno, verso una concezione rivolta a garantire la tutela 'multilivello' dei diritti fondamentali dell'uomo, si intravede già in sentenze della Corte di cassazione: Cass. civ. n. 2788 del 1995. Cfr. F. SALERNO, La costituzionalizzazione dell'ordine pubblico, in Riv. dir. int. priv. proc., fasc. 2, 2018, pp. 268 ss.

59 Cfr. Trib. Bari, I sez.civ., 7 settembre 2022, Decreto di rigetto n. 19667/2022, in *biodiritto.org*. «Sulla scorta dei rilievi sollevati dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 33/2021, ritiene il Collegio che una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 8 l. n. 40/2004, in assenza dell'auspicato intervento del legislatore, imponga la conferma della trascrizione dell'atto di nascita originario della minore nella sua integrità, con indicazione di entrambe le donne quali suoi genitori, non essendovi stata alcuna concreta lesione della dignità della gestante che possa prevalere sulla tutela dei diritti del nato, mentre deve essere tutelato l'interesse della minore, dalla nascita inserita nel nucleo familiare formato da entrambe le madri, che deve poter fruire del diritto di essere mantenuta, istruita, educata ed assistita moralmente, come recita l'art. 147 c.c., da entrambe le persone che considera di fatto suoi genitori e che hanno concorso alla sua nascita sulla scorta di un progetto genitoriale condiviso» (vedi *ultra*).



alla genitorialità⁶⁰.

Lo Stato italiano, infatti, con la proposta di legge n. 2881 presentata alla Camera dei Deputati, il 19 giugno 2002, durante la XIV legislatura, d’iniziativa dei deputati Bulgarelli e altri, Norme per l’attuazione degli obblighi dell’Italia in tema di repressione universale dei crimini di diritto internazionale, al cui articolo 1 è prevista la Giurisdizione universale, «in attuazione degli obblighi derivanti dall’adesione dell’Italia alle Convenzioni internazionali firmate a Ginevra il 12 agosto 1949, rese esecutive dalla legge 27 ottobre 1951 n. 1739, al I e II Protocollo addizionale alle medesime Convenzioni, adottati a Ginevra l’8 giugno 1977, resi esecutivi dalla legge 11 dicembre 1985, n. 762, e allo Statuto istitutivo della Corte penale internazionale, adottato a Roma il 17 luglio 1998, reso esecutivo dalla legge 12 luglio 1999, n. 232, è punito secondo la legge italiana, ai sensi dell’art. 7 del codice penale, il cittadino o lo straniero che commetta in territorio estero taluno dei seguenti crimini di diritto internazionale: a) crimini di genocidio; b) crimini contro l’umanità; c) crimini di guerra», con specificazione all’art. 2 dei fatti ricompresi nella giurisdizione universale. La proposta di legge non ha avuto il seguito sperato.

Se si (ri)proponesse un costrutto normativo rivolto ad un modello universale di validità della legge penale nello spazio, ci sarebbero gli strumenti operativi giusti per definire quella lista di fatti (di reato) cui sarebbe applicabile la giurisdizione penale universale.

Se si riproponesse un costrutto normativo più rispettoso della tassatività e determinatezza della fattispecie *ex art. 12, comma 6, l. 40/2004*, indicando in senso giuridico -metodologicamente corretto - le “distonie” che aprono al mercato delle gravidanze e allo sfruttamento della dignità della donna, dei bambini e della umanità tutta, specie nelle nazioni più povere - e ricattabili - dove la regolamentazione della gestazione per altri non è disciplinata in modo da evitare possibili forme di abuso, si potrebbe pensare ed applicare la legge penale anche all’estero. In forza dei principi generali stabiliti dal codice penale italiano, il reato in questione è punibile quando le condotte incriminate siano in tutto o in parte commesse sul territorio italiano, ossia quando almeno un fatto concreto, che entra a comporre la condotta, ha avuto luogo sul territorio nazionale. Per effetto della normativa vigente, ad esempio, dovranno ritenersi punibili secondo la legge italiana le condotte, in cui in Italia ha luogo l’accordo di conduzione della gestazione per conto di un terzo, la fecondazione della gestante surrogata, una parte della gestazione, la consegna del nato al destinatario, una parte dell’organizzazione di un fatto di surrogazione, ovvero la pubblicità della possibilità di realizzare fatti di surrogazione⁶¹. Un taglio di lettura determinante in senso universale dovrebbe riversarsi sui contenuti

60 In una intervista rilasciata per il quotidiano La Stampa sono state espresse le personali riserve - sia concettuali che linguistiche - sul progetto di un “reato universale” per il divieto di maternità surrogata. Cfr. in ordine alla possibilità espansiva del concetto di giurisdizione penale universale, sia consentito il riferimento al Nostro *Studio sulla giurisdizione penale universale*, CEDAM, Padova, 2013, trattazione monografica in tema di universalità della giurisdizione che attinge le fonti e i casi nazionali ed internazionali per una ricostruzione ideologica e dogmatica del principio e della definibilità (essenza) di “reato” universale.

61 In questa prospettiva, dovrebbe ritenersi punibile secondo la legge italiana anche il soggetto che dall’Italia si è posto in contatto con una clinica al fine di realizzare una pratica di maternità surrogata. Invero, prendere contatto con la struttura sanitaria presso cui condurre un concreto intervento di



dei valori in gioco e da rispettare, ribadendo -sulla scia della giurisprudenza indicata- la necessità di un intervento legislativo più efficace e massivo in tal senso.

4. La via della Costituzione tra aperture ideologiche e chiusure pratiche.

Alla luce della speciale importanza del bene giuridico protetto, la sanzione penale del divieto di maternità surrogata deve ritenersi, non soltanto compatibile con la Costituzione, ma costituzionalmente “coniugata” nel rispetto di valori essenziali, relazionati al momento/momenti storici di confronto. In distinte occasioni la Corte Costituzionale ha affermato che la pratica della maternità surrogata «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane»⁶².

Le indicazioni segnate dalla Corte Cost., sentenza n. 79/2022, Corte Cost., sentenza n.

surrogazione costituisce, obiettivamente, l'avvio di quella condotta di organizzazione di un evento di surrogazione autonomamente previsto e punito dalla seconda fattispecie dell'art. 12, comma 6 della legge n. 40/2004. Né dovrebbe ritenersi ostare a tale conclusione la soluzione fornita da Cass. pen., sez. III, n. 5198/2021, poiché emerge dagli atti che, in tal caso, l'imputazione era stata formulata unicamente in relazione alla “realizzazione” della surrogazione, in base alla prima fattispecie, e non anche alla “organizzazione”, in base alla seconda, o comunque in base al tentativo, così risultando precluso alla Cassazione di pronunciarsi *funditus* sul problema per ragioni di carattere processuale. Se tali risultano le conseguenze del principio generale previsto dall'articolo 3, comma 1 e dall'articolo 6 del codice penale, nondimeno il codice penale stabilisce numerose ipotesi in cui, a motivo del particolare disvalore del fatto, esso viene punito anche quando il fatto incriminato viene integralmente compiuto al di fuori del territorio nazionale, ma possa comunque dirsi avere un legame giuridicamente apprezzabile con lo stesso. Si parla tradizionalmente, in tal caso, di “reati universali”, secondo i principi dell'articolo 3, comma 2 e degli articoli 7 e seguenti del codice penale. In particolare, l'art. 7, comma 1, n. 5 del codice penale stabilisce, in via residuale, che può essere punito secondo la legge chi compie in territorio estero “ogni altro reato per il quale speciali disposizioni di legge o convenzioni internazionali stabiliscono l'applicabilità della legge penale italiana”. Tali indicazioni, in particolare, sono contenute nella proposta di legge A.C. 887, presentata da parte dell'On. Maria Carolina Varchi, il cui testo, a seguito dell'approvazione in Commissione Giustizia della Camera, recita quanto segue: “Se i fatti di cui al periodo precedente sono commessi all'estero, il cittadino italiano è punito secondo la legge italiana”. Il collegamento con il territorio dello Stato, in particolare, è stato razionalmente individuato nell'aver il fatto commesso all'estero coinvolto cittadini italiani.

⁶² Per un *imprinting* etico e filosofico, non da meno giuridico, cfr. GIANNITI, *Il faticoso procedere della persona umana tra i crinali della storia*, cit., pp. 1243 ss., che ricalibra il concetto di “persona umana” tra dignità, genoma e relazionalità, per un recupero consapevole del significato di persona, tenendo conto dei più recenti portati della genetica, ma con occhio alla migliore tradizione giuridica di Gaio, che in 2.242 qualifica il *postumus alienus* come incerta persona in ragione dello *ius naturae*, nonché di Tertulliano, cui rimanda il felice aforisma: “*Homo est et qui est futurus: etiam fructus omnis iam in semine est*” (Apologeticum IX, 8) e alla giurisprudenza europea della Corte di giustizia, con la sentenza 18 ottobre 2011, per cui bisogna avere il coraggio di riconoscere che, quanto meno a partire dalla formazione del genoma, si è di fronte ad un essere umano personale (pp. 1258-9, note 61,62, *passim*).



33/2021, Corte Cost., sentenza n. 272/2017⁶³, quali valori previsti dalla Costituzione in sè, rimodulano il particolare profilo dell'*ordine pubblico internazionale*, ossia le strutture fondamentali di uno Stato che lo identificano nei rapporti con gli altri ordinamenti e che non possono essere negati neppure nei rapporti aventi rilevanza transnazionale alla luce di una diversa qualificazione degli interessi emergenti in gioco: a partire dalla dignità femminile delle madri fino alle migliori pratiche in onore di neonati e bambini sia in contesti di genitorialità - per così dire - *naturale*, sia in contesti di definita genitorialità sociale. Se l'*ordine pubblico internazionale*, pertanto, costituisce il limite al riconoscimento di atti e discipline straniere, tuttavia, da tempo la giurisprudenza, sia interna che europea, ne ha modificato l'operatività sia al fine di garantire una maggiore apertura degli ordinamenti, sia all'evoluzione di concetti sino a quel momento non sviscerati - come la maternità surrogata. In tale breve - pur complesso - *excursus* emergono rilievi tematici concernenti la *voluntas* legislativa di estendere gli effetti della universalità - non della giurisdizione - bensì del delitto in sé. L'*ordine pubblico internazionale*, infatti, «sottolinea il carattere universale di principi comuni a molte nazioni di civiltà affini, intesi alla tutela di diritti fondamentali dell'uomo, spesso solennemente sanciti da dichiarazioni e convenzioni internazionali»⁶⁴. Sin dalla sentenza n. 189 del 1981⁶⁵, infatti, le Sezioni Unite della Corte di

63 F. NOVELLO, *Adozione "mite" e legame parentale: l'intervento della Corte costituzionale*, in *Giustizia Civile.com*, fasc.6, 2022. La Corte costituzionale nell'argomentare la sua decisione richiama espressamente Cass. 22 giugno 2016, n. 12962, in *Fam. e dir.*, 2016, pp.1025 ss.; Cass., sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193, *ivi*, 2019, 653 ss.; Corte cost. 9 marzo 2021, nn. 32 e 33, *ivi*, 2021, pp. 680 ss., pp. 684 ss. Corte costituzionale, 23 febbraio 2022, n. 79, in *G.U., I serie speciale*, 30 marzo 2022, n. 13, in *Questione giustizia*, con commento di G. FERRANDO, *Adozione in casi particolari e rapporti di parentela. Cambia qualcosa per i figli nati da maternità surrogata?*; in *Osservatorio AIC*, 2022, con nota di M.C. ERRIGO, *Garantire le relazioni familiari. La decisione della Corte costituzionale n. 79/2022*; *La Consulta indica al legislatore l'agenda della riforma*; in *Giustizia civile*, 2022, con commento di G. PACINI, *L'estensione dei legami di parentela tra adottato in casi particolari e parenti dell'adottante, alla luce della decisione della Corte costituzionale*; L. SPOLETINI, *Bambini adottati: il diritto alla parentela con la famiglia dell'adottante*, in *Riv. dir. famiglia successioni*, 2022, p. 105.

64 Cfr. i principi di ordine pubblico internazionale sono stati individuati e definiti come «i principi fondamentali dell'ordinamento riconosciuti dal legislatore come condizioni necessarie per l'esistenza della società» (Cass. 23 gennaio 1980, n. 543, in *Foro it.*, 1980, I, 2221).

65 Cass. civ., Sezioni Unite, 8 gennaio 1981, n. 189, in *Riv. inter. priv. proc.*, 1981, pp. 767 ss. Seguendo l'orientamento della giurisprudenza dell'epoca, occorre tener conto della «distinzione tra ordine pubblico interno ed ordine pubblico internazionale, entrambi contemplati dall'art. 31 disp. prel. (abrogato) Altro risultato, sul quale sostanzialmente converge l'opinione comune, è che l'ordine pubblico interno rileva come limite all'autonomia, privata e comunque nell'ambito del sistema giuridico nazionale, mentre l'ordine pubblico internazionale rileva come limite alle norme straniere efficaci nel nostro ordinamento in virtù di una disposizione di diritto internazionale privato. Una disposizione di quest'ultimo tipo sarebbe, infatti, svuotata praticamente di contenuto se la legge straniera cui fa riferimento (specie in determinate materie, come quella della famiglia, così caratterizzate da principi invalicabili etico-giuridici del nostro ordinamento) fosse limitata da tutte le norme nazionali qualificabili di ordine pubblico interno. Pertanto, se ad un rapporto va applicata la legge straniera in virtù di una norma di diritto internazionale privato, la mera difformità di detta legge da norme qualificabili di ordine



cassazione hanno introdotto la distinzione tra principi di ordine pubblico che caratterizzano «la comunità nazionale in un determinato periodo storico», da un lato, e «principi comuni a molte nazioni di civiltà affine, intesi a tutela dei diritti fondamentali dell'uomo», dall'altro. Quanto alla più recente giurisprudenza, assumono rilievo specialmente due pronunce del Giudice di legittimità che hanno ridefinito i contorni del limite di ordine pubblico in due direzioni opposte: la sentenza n. 24001/2014⁶⁶, da una parte, e la n. 19599/2016⁶⁷, dall'altra.

Nella sentenza n. 24001/2014, l'ordine pubblico internazionale è definito come «il limite che l'ordinamento nazionale pone all'ingresso di norme e provvedimenti stranieri, a protezione della sua coerenza interna» e, secondo la Cassazione, ai sensi degli artt. 11 e 117, co. 1 Cost., deve essere interpretato «nella sua completezza ossia includendovi principi, regole ed obblighi di origine internazionale o sovranazionale»⁶⁸.

Tra questi valori, rientra quello di protezione della dignità della persona umana, in base al

pubblico interno non è sufficiente a limitare quella applicabilità con l'automatica sostituzione della legge italiana, ove non risultino violati i principi di ordine pubblico internazionale» (790).

66 Cass. civ., sez.I, sentenza 26 settembre 2014, n. 24001, leggibile online, Sul divieto di riconoscimento nello Stato italiano di ipotesi di maternità surrogata per contrasto il contrasto con l'ordine pubblico italiano, essendo vietata la pratica *de qua* dalla legge 40/2004. «Il divieto di pratiche di surrogazione di maternità è certamente di ordine pubblico, come già suggerisce la previsione della sanzione penale, di regola posta appunto a presidio di beni giuridici fondamentali. Vengono qui in rilievo la dignità umana – costituzionalmente tutelata – della gestante e l'istituto dell'adozione, governato da regola particolari poste a tutela di tutti gli interessati, in primo luogo dei minori», *passim*. Il divieto non sarebbe, dunque, contrario alla tutela del superiore interesse del minore che risulterebbe in realtà ragionevolmente tutelato dalla scelta legislativa di sottrarre la realizzazione di una genitorialità disgiunta dal legame biologico al semplice accordo delle parti e inquadrandolo, invece, nel quadro normativo che disciplina l'istituto dell'adozione.

67 Cass. civ., sez. I, 30 settembre 2016, n. 19599, leggibile online. La sentenza, nella trattazione approfondita della distinzione tra ordine pubblico interno e ordine pubblico internazionale, relativamente alla richiesta di trascrizione di atto di nascita di minore, nato dal matrimonio *same sex*, mediante procreazione medicalmente assistita, negata dall'ufficio di Stato civile di Torino, per violazione dell'ordine pubblico, afferma il seguente principio di diritto: «il giudice italiano, chiamato a valutare la compatibilità con l'ordine pubblico dell'atto di stato civile straniero (nella specie, dell'atto di nascita), i cui effetti si chiede di riconoscere in Italia, a norma della L. n. 218 del 1995, artt. 16, 64 e 65, e D.P.R. n. 396 del 2000, art. 18, deve verificare non già se l'atto straniero applichi una disciplina della materia conforme o difforme rispetto ad una o più norme interne (seppure imperative o inderogabili), ma se esso contrasti con le esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, desumibili dalla Carta costituzionale, dai Trattati fondativi e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, nonché dalla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo. Si tratta, in particolare, della tutela dell'interesse superiore del minore, anche sotto il profilo della sua identità personale e sociale, e in generale del diritto delle persone di autodeterminarsi e di formare una famiglia, valori questi già presenti nella Carta costituzionale (artt. 2, 3, 31 e 32 Cost.) e la cui tutela è rafforzata dalle fonti sovranazionali che concorrono alla formazione dei principi di ordine pubblico internazionale».

68 Cfr. sul confronto tra le due pronunce della Cassazione civile in ordine alla diversa qualificazione dell'ordine pubblico internazionale legge S. CECCHINI, *Il divieto di maternità surrogata osservato da una prospettiva costituzionale*, in *Biodiritto*, 2019, online.



disposto dell'articolo 2 della Costituzione. Le modalità con cui il valore della dignità della vita umana viene protetto, venendo a configurare in concreto l'ordine pubblico internazionale dello Stato, hanno alla base le norme con cui il legislatore attua il valore stesso e, tra queste, particolare valore assumono quelle in materia di diritto penale con riferimento alla l.40/2004.

Come *supra* affermato dalla giurisprudenza delle Sezioni Unite della Cassazione civile (Cass. civ., SS.UU., n. 12193/2019) sul superamento di una concezione ristretta di tale "bene giuridico", l'ordine pubblico internazionale è rappresentato dai «principi fondamentali della nostra Costituzione e di quelli consacrati nelle fonti internazionali e sovranazionali, ma anche del modo in cui gli stessi si sono incarnati nella disciplina ordinaria dei singoli istituti, nonché dell'interpretazione fornita dalla giurisprudenza costituzionale ed ordinaria, la cui opera di sintesi e ricomposizione dà forma a quel diritto vivente dal quale non può prescindere nella ricostruzione delle nozioni di ordine pubblico, quale insieme dei valori fondanti dell'ordinamento in un determinato momento storico»⁶⁹.

Per questa ragione, il divieto di surrogazione di maternità ai sensi dell'art. 12, comma 6 della legge n. 40/2004 rientra nell'ordine pubblico internazionale dell'Italia. Tale conclusione costituisce diritto vivente consolidato, ulteriormente ribadito dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione nel 2022⁷⁰. Gli interventi della Cassazione civile sotto il profilo della violazione (aperta o chiusa) dell'ordine pubblico internazionale aprono la strada a percorsi alternativi alla violazione delle norme penali *ex l.* 40/2004.

Al mancato riconoscimento delle decisioni straniere, che assegnino la potestà genitoriale a

69 Per un commento a Cass. civ. Sez. Unite, Sent., 8 maggio 2019, n. 12193, CIANCIOLO, *L'adozione dei bambini arcobaleno e l'ordine pubblico internazionale*, cit., pp. 62-3. «Le Sezioni Unite con riferimento al concetto di ordine pubblico internazionale, precisano come debba considerarsi superata quella ristretta concezione che voleva quale parametro di compatibilità non solo i valori espressi nella Costituzione, ma anche quei principi che informano l'ordinamento in un dato momento storico ed espressi in norme inderogabili, quali la necessaria differenza di sesso per contrarre matrimonio o per diventare genitori. Si tratta, ad avviso della Corte, di un concetto di ordine pubblico obsoleto, ancorato ad un concetto di difesa, chiuso all'ingresso di norme ritenute contrastanti con la normativa interna, al contrario di quanto avviene oggi dove il concetto di "ordine pubblico internazionale" ha un ruolo di valutazione della tollerabilità dei valori tutelati dalle norme fondamentali con quelli riconosciuti a livello internazionale di cui si invoca la diffusione e l'armonizzazione. In altri termini, per ordine pubblico internazionale devono intendersi tutti quei valori condivisi dalla comunità internazionale che rispondono all'esigenza di carattere universale di tutela dei diritti fondamentali».

70 Cfr. Cass. civ., SS.UU., n. 38162/2022, vedi *supra* nota 56. In particolare, le Sezioni Unite hanno avuto modo di ribadire che l'eventuale carattere non commerciale della surrogazione non determina il venir meno della sua contrarietà all'ordine pubblico: «non è consentito all'interprete ritagliare dalla fattispecie normativa, per escluderle dal raggio di operatività dell'ordine pubblico internazionale, forme di surrogazione che, sebbene in Italia vietate, non sarebbero in grado di vulnerare, per le modalità della condotta o per gli scopi perseguiti, il nucleo essenziale del bene giuridico protetto. Non è pertanto consentito al giudice, in sede di interpretazione, escludere la lesività della dignità della persona umana e, con essa, il contrasto con l'ordine pubblico internazionale, laddove la pratica della surrogazione della maternità sia il frutto di una scelta libera e consapevole della donna, indipendente da contropartite economiche e revocabile sino alla nascita del bambino».



soggetti coinvolti in vicende di surrogazione di maternità, infatti, consegue l'applicazione degli istituti previsti dal diritto interno (dall'adozione in casi speciali in particolari alla dichiarazione dello stato di adottabilità)⁷¹. Tuttavia, "ottenere" un bambino/un neonato sulla base di prassi, che l'ordinamento ritiene lesive della dignità della persona umana, dovrà essere valutato in merito all'idoneità di un soggetto ad assumere la potestà genitoriale nell'eventuale ambito di procedimenti di adozione in casi speciale, ovvero all'idoneità di un soggetto a mantenere la potestà genitoriale, quando si tratti di genitore biologico nell'ambito di una vicenda di surrogazione di maternità⁷². Il passaggio ultroneo di tutela di valori umani ad *imprinting* - nel contempo nazionale ed internazionale - conduce necessariamente alla tipizzazione costituzionale della dignità della persona umana⁷³. La Corte Costituzionale⁷⁴ - da subito- definisce "intollerabile" il dispregio per la dignità della persona umana che, secondo l'ordinamento, è

71 NOVELLO, *Adozione "mite" e legame parentale: l'intervento della Corte costituzionale*, cit., *passim*. Poiché la pratica della maternità surrogata, quali che siano le modalità della condotta e gli scopi perseguiti, offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane, non è automaticamente trascrivibile il provvedimento giudiziario straniero, e a fortiori l'originario atto di nascita, che indichi quale genitore del bambino il genitore d'intenzione, che insieme al padre biologico ne ha voluto la nascita ricorrendo alla surrogazione nel Paese estero, sia pure in conformità della *lex loci*. «Nondimeno, anche il bambino nato da maternità surrogata ha un diritto fondamentale al riconoscimento, anche giuridico, del legame sorto in forza del rapporto affettivo instaurato e vissuto con colui che ha condiviso il disegno genitoriale. L'ineludibile esigenza di assicurare al bambino nato da maternità surrogata gli stessi diritti degli altri bambini nati in condizioni diverse è garantita attraverso l'adozione in casi particolari, ai sensi dell'art. 44, comma 1, lett. d), l. n. 184 del 1983. Allo stato dell'evoluzione dell'ordinamento, l'adozione rappresenta lo strumento che consente di dare riconoscimento giuridico, con il conseguimento dello *status* di figlio, al legame di fatto con il partner del genitore genetico che ha condiviso il disegno procreativo e ha concorso nel prendersi cura del bambino sin dal momento della nascita» (Vedi inoltre Cassazione civile sez. un. - 30/12/2022, n. 38162).

72 La circostanza che l'ordinamento italiano non riconosca le decisioni giudiziarie o amministrative di Stati stranieri è compatibile con il diritto internazionale, posto che nessun trattato internazionale sottoscritto dall'Italia, nè tanto meno il diritto internazionale consuetudinario, richiedono di considerare legale la surrogazione di maternità e di riconoscere le conseguenze giuridiche che essa mira a produrre nell'ordinamento. Cfr. A. RENDA, *La surrogazione di maternità ed il diritto della famiglia al bivio*, in *Europa e Diritto Privato*, fasc.2, 2015, pp. 415 ss.

73 Corte cost., sentenza 18 dicembre 2017, n. 272, in *Giur. cost.*, fasc. n. 6/2017, pp. 2990 ss. con commento di S. NICCOLAI, *La regola di giudizio. Un invito della Corte a riflettere sui limiti del volontarismo*; A. SCHILLACI, *Oltre la "rigida alternativa" tra vero e falso: identità personale, verità biologica e interesse del minore nella sentenza n. 272/2017 della Corte costituzionale*, *ivi*, 1/2018, pp.385 ss.

74 Nel percorso *a contrarii* vedi Corte cost., n. 79/2022; Corte cost., n. 33/2021; Corte cost., n. 272/2017. Cfr. E. LAMARQUE, G. MINGARDO, *Gestazione per altri e best interests of the child. La prospettiva della Corte costituzionale italiana*, in F. PESCE (a cura di) *La surrogazione di maternità nel prisma del diritto*, cit., pp. 123 ss., in specie § 2 sul significato costituzionale del migliore interesse del minore; A. MARTONE, *La maternità surrogata: ordine pubblico e best interest of the child (art. 8 CEDU)*, in A. DI STASI (a cura di), *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2010-2015)*, Vicenza, 2016, pp.717 ss.; TIGANO, *Il delitto di surrogazione di maternità come limite di ordine pubblico al riconoscimento dei provvedimenti stranieri in materia di status filiationis*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, fasc.3, 2021, pp. 1043 ss. (Nota a Corte Costituzionale, 9 marzo 2021,



espresso dal divieto di maternità surrogata. A detta del giudicante la dignità della persona rientra per natura tra gli elementi da considerare al fine di valutare l'idoneità di un soggetto, valore di dignità lesa, ricorrendo alla pratica criminosa *ex art. 12, comma 6 l.40*, e, di conseguenza, impossibilitato a garantire l'equilibrata crescita di un minore, che nella tutela e protezione della dignità umana deve avere il proprio fondamento e il proprio fine educativo.

La Corte costituzionale è stata chiamata, in altre due occasioni, a verificare la costituzionalità delle norme, che impediscono al partner del genitore biologico del minore concepito con metodiche di procreazione medicalmente assistita (P.M.A.) — che abbia legittimamente manifestato all'estero il proprio consenso all'applicazione delle pratiche —, di acquisirne la genitorialità legale.

Con la prima sentenza, la n. 32 del 2021, la Consulta si è pronunciata sulla legittimità delle norme di cui agli artt. 8 e 9 della legge 40, nella parte in cui, «sistematicamente interpretate», non consentono alla madre “intenzionale” di ottenere l'iscrizione anagrafica del rapporto di genitorialità nei confronti del minore nato in Italia a seguito della sottoposizione della propria partner alla fecondazione eterologa in un Paese straniero. Con la sentenza n. 33/2021, la Corte ha esaminato le norme generali in materia di trascrizione, che, secondo il diritto vivente, opporrebbero un limite di ordine pubblico al riconoscimento in Italia dei provvedimenti stranieri attestanti il legame di filiazione tra il minore partorito da una madre surrogata e il partner del padre genetico.

Le due pronunce, da una parte, hanno dichiarato inammissibili le questioni sollevate dai giudici rimettenti, dall'altra, hanno a chiare lettere invocato l'intervento del legislatore al fine di rimodulare le previsioni normative in materia di riconoscimento e di adozione, e di garantire al minore la certezza del suo *status filiationis*.

La Corte costituzionale con la sentenza 28 marzo 2022, n. 79 si pone in linea con la giurisprudenza di legittimità, affermando che «si esclude che una valutazione negativa circa la sussistenza del requisito dell'interesse del minore possa fondarsi esclusivamente sull'orientamento sessuale del richiedente l'adozione e del suo partner, non incidendo l'orientamento sessuale della coppia sull'idoneità dell'individuo all'assunzione della responsabilità genitoriale», ribadendo, però, «le ragioni del divieto di surrogazione di maternità, che “offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane” (sent. n. 272/2017⁷⁵ e, da ultimo, sent. n. 33/2021⁷⁶), assecondando un'inaccettabile mercificazione del corpo, spesso

n.33); FERRANDO, *Il diritto dei figli di due mamme o di due papà ad avere due genitori. Un primo commento alle sentenze della Corte Costituzionale n. 32 e 33 del 2021*, in *Gustiziainsieme.it*, 2021, online.

⁷⁵ Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272, § 4.2.

⁷⁶ Così TIGANO, *Il delitto di surrogazione di maternità come limite di ordine pubblico al riconoscimento dei provvedimenti stranieri in materia di status filiationis*, cit., p. 1048. Lo sbarramento deriverebbe dalla circostanza che il divieto previsto dall'art. 12, comma 6, della legge 40 — la cui inosservanza (anche se in territorio straniero, ove il fatto non costituisca reato) rappresenta il presupposto della formazione di un provvedimento regolarmente attestante una verità legale avulsa dalla verità biologica — andrebbe qualificato come «principio di ordine pubblico in quanto posto a tutela di valori fondamentali, tra cui segnatamente la dignità umana della gestante» (Corte cost., n. 33/2021, § 5.1.).



a scapito delle donne maggiormente vulnerabili sul piano economico e sociale»⁷⁷.

Il Giudice delle leggi è, altresì, consapevole del fatto che lo sforzo di arginare tale pratica – che secondo la Corte «richiede impegni anche a livello internazionale» – frutto del c.d. fenomeno del “turismo procreativo” (spinto dall’intento di ottenere all’estero, nel rispetto della *lex loci*, ciò che in Italia è vietato), «non consente di ignorare la realtà di minori che vivono di fatto in una relazione affettiva con il partner del genitore biologico»⁷⁸: la Corte ritiene che l’adozione in casi particolari dimostra una precipua vocazione a tutelare l’interesse del minore a mantenere relazioni affettive già di fatto instaurate e consolidate in quanto presuppone un giudizio sul miglior interesse del minore e un accertamento sull’idoneità dell’adottante, benché offra allo stesso una tutela non ancora adeguata ai principi costituzionali e sovranazionali.

Il diritto all’identità personale, come diritto alla tutela di una certa immagine sociale, è collegato allo *status familiae* del figlio o del coniuge nella famiglia, società naturale, che assume sempre di più la connotazione di prima comunità di affetti ove si delinea l’identità e si sviluppa la personalità dei singoli membri i cui interessi individuali ricevono una sempre maggiore valorizzazione soprattutto in relazione ai figli⁷⁹. Sulla condizione dei figli e sull’unicità del loro status giova ricordare il d.lgs. 28-12-2013, n. 154 e la l. 10-12-2012, n. 219 che ha sostituito l’art. 74 c.c. sulla parentela disponendo l’inserimento dei figli nelle reti di parentela dei genitori a prescindere dal loro matrimonio, ed ha sostituito l’art. 258, co. 1, c.c., ai sensi del quale il riconoscimento produce effetti anche riguardo ai parenti del genitore da cui fu fatto. Dalle norme deriva, tra l’altro, la considerazione dell’interesse dei figli come preminente. L’identità personale di figlio, specie se minore, è legata anche alla conoscenza delle proprie origini, dunque alla verità biologica relativa alla maternità o alla paternità che va bilanciata con l’interesse superiore del minore al suo sviluppo psicologico, affettivo, educativo e sociale e ai legami all’interno della famiglia nella quale vive. Dal punto di vista affettivo e sociale tali rapporti possono avere una valenza superiore rispetto al legame biologico. In questo senso l’orientamento giurisprudenziale prevalente sostiene l’immanenza dell’interesse morale e materiale del minore nell’ambito delle azioni volte all’accertamento della verità della procreazione e quindi la necessità di un’adeguata comparazione tra gli interessi sottesi e le conseguenze che da tale accertamento possano derivare sulla posizione giuridica del minore che

77 Cfr. NOVELLO, *Adozione “mite” e legame parentale: l’intervento della Corte costituzionale*, cit., *passim*. Con la pronuncia in commento la Corte costituzionale ha accolto la questione di legittimità costituzionale dell’art. 55 l. adozione (che fa espressamente riferimento agli artt. 299,300 e 304 c.c.), nella parte in cui, mediante rinvio all’art. 300, comma 2, c.c., prevede che l’adozione non induce alcun rapporto civile tra l’adottato e i parenti dell’adottante, ravvisando la contrarietà al principio di uguaglianza della privazione dei figli adottati mediante adozione “mite” dei legami parentali di cui all’art. 74 c.c. e di cui godono invece i figli nati sia in costanza sia fuori dal matrimonio.

78 Corte cost., n. 33/2021, § 5.4. Questo passaggio della sentenza, pur in considerazione della circostanza che la maternità surrogata sia una pratica penalmente sanzionata e apertamente condannata dalle Sezioni Unite e dalla stessa Corte costituzionale (sent. 18 dicembre 2017, n. 272, cit.), evidenzia come le questioni ad essa sottoposte “sono però focalizzate sugli interessi del bambino nei suoi rapporti con la coppia che ha sin dall’inizio condiviso il percorso che ha condotto al suo concepimento e alla sua nascita. VALENZA, *op.loc.cit.*, p. 789.

79 RENDA, *La surrogazione di maternità ed il diritto della famiglia al bivio*, cit., pp. 419-20.



proprio nella sfera affettiva trova il fondamento dell'autodeterminazione⁸⁰.

In tale valutazione, rimessa al giudice, rientreranno pertanto tutti gli aspetti che concorrono a definire l'identità del minore. Secondo la Corte di cassazione sussiste il diritto del figlio, anche dopo la morte della madre, di conoscere le proprie origini biologiche per il sostanziale venir meno delle ragioni di protezione dell'identità della madre che non ha voluto essere nominata nella dichiarazione di nascita come prevede l'art. 30, co. 1, del d.p.r. 3-11-2000, n. 396. La conoscenza delle proprie origini materne e paterne oltre ad essere un diritto del minore è destinata inevitabilmente ad incidere sulla sua vita e sulla sua identità, ne deriva il pregiudizio che può derivare al figlio a causa del mancato riconoscimento o di un riconoscimento consapevolmente falso⁸¹.

5. Offensività delle fattispecie.

Il divieto di surrogazione di maternità, ai sensi dell'art. 12, comma 6, l. n. 40, è penalmente sanzionato. Tale pratica, tuttavia, è consentita in altri Stati europei ed extraeuropei, ingenerando un fenomeno migratorio in continua ascesa, che vede cittadini e coppie italiane partire per le mete garantite al raggiungimento del risultato precluso sul territorio nazionale, e tornare con un certificato attestante, a seconda dei casi, l'attribuzione della "genitorialità sociale" o ad uno o ad entrambi i componenti della coppia committente. Le variabili della surrogazione di maternità hanno sollevato - come si è visto - una importante serie di questioni rilevanti sotto il profilo civilistico, quale soprattutto quello della trascrivibilità, o meno, nei nostri registri di

80 Rilevante a tal fine il distinguo tra l'espressione '*best interest*' rispetto a '*best interests*' del minore. Cfr. LAMARQUE, MINGARDO, *Gestazione per altri e best interests of the child. La prospettiva della Corte costituzionale italiana*, cit., pp. 129-30. «La variante plurale/ista sostenuta dalla Corte costituzionale, con la sentenza n. 33, compie una meritoria opera pedagogica nei confronti dei molti giudici, operatori del settore minorile e commentatori che purtroppo ancora oggi trovano molto comodo usare il principio del preminente, o superiore, interesse del minore come uno *slogan*, e continuano ad appellarsi a una astratta, automatica e tirannica prevalenza dell'interesse del minore su ogni altro bene, interesse o diritto in gioco per sottrarsi all'onere di una motivazione approfondita e rigorosa delle proprie scelte. Quando si afferma, erroneamente, che secondo il principio dei *best interests* il bene del bambino deve automaticamente prevalere sempre e comunque su ogni altra considerazione, infatti, si autorizza l'interprete a omettere o a relegare in secondo piano, nella motivazione del proprio provvedimento, gli altri elementi che pure egli forse ha valutato per giungere alla soluzione finale. L'effetto perverso di questo atteggiamento può essere duplice. Se il bilanciamento dell'interesse del minore, nella situazione concreta in cui egli si trova, con altri interessi e diritti è stato comunque correttamente effettuato, si rischia che dalla motivazione del provvedimento non emergano i beni che sono stati bilanciati e i motivi reali della decisione; mentre se il bilanciamento non è stato corretto, o addirittura se l'interprete ha voluto tutelare interessi diversi e opposti a quelli del minore, l'erroneità di questa operazione resta coperta dall'immotivato, apodittico, assorbente richiamo al principio del superiore interesse del minore come fondamento della decisione».

81 K. MASCIA, *Maternità surrogata: è irragionevole riconoscere il rapporto di genitorialità in capo al genitore biologico e non a quello di 'intenzione'*, (Nota a Cassazione civile, 21 gennaio 2022, n.1842, sez. I), in *Diritto & Giustizia*, fasc.16, 2022, p. 4.



stato civile di tali atti di nascita, validamente formati all'estero che i nostri giudici si sono dovuti misurare, in mancanza di una apposita normativa, con il divieto di maternità surrogata e con le problematiche che ne derivano e «che attengono sia ai possibili conflitti di maternità quanto e soprattutto alla necessaria determinazione dello *status* del figlio nato da gestazione per conto di altri», fino ai riverberi penalistici del reato di alterazione di stato *ex art.* 567, comma 2 c.p. e delle false comunicazioni a pubblico ufficiale *ex art.* 495, comma 2 n. 1 c.p.

L'atto di disposizione del corpo umano è illecito, qualora sia contrario alla legge o all'ordine pubblico *ex art.* 5 c.c. Colmando i *gap* del contesto evolutivo-storico in ordine ad un "diritto di essere madre senza gravidanza" - non solo attraverso l'adozione - il diritto deve collocare normativamente (stabilendo dei limiti negativi e positivi di fattispecie da un punto di vista esclusivamente penalistico) "una madre genetica che mette a disposizione l'ovocita" e "una madre gestante che accoglie l'embrione" in una sorta di negozio atipico a titolo gratuito (secondo la normativa civilistica), con connessa abdicazione del ruolo parentale della madre surrogata. Una così dettagliata chiarificazione del negozio giuridico sottinteso al rapporto futuribile tra genitori d'intenzione e genitori biologici e/o di gestazione escluderebbe le ipotesi lecite di "surrogazione di maternità" a titolo gratuito, medicalmente controllato, senza *escamotages* di turismo procreativo all'estero o peggio di sfruttamento umano e/o minorile dal quadro normativo della legge 40/2004.

Ne conseguirebbe - come sta avvenendo- la possibile liceità della trascrizione degli atti stranieri di riconoscimento della maternità surrogata ai sensi dell'art. 8 CEDU, dell'art. 24 della Carta europea dei diritti dell'uomo, dell'art. 3, § 1, della Convenzione dei diritti del fanciullo con tutte le obiezioni del caso - come già fatto dalla Cassazione francese, per cui se si trascrivessero gli atti di nascita prodotti all'estero si finirebbe per riconoscere effetti giuridici al contratto di maternità surrogata, vietato *in loco*.

Qualche osservazione si impone doverosamente in tema di offensività della fattispecie anche nelle prospettive futuribili di estensione extraterritoriale. In un importante lavoro sull'argomento con riferimento alla tutela della dignità della gestante, quale possibile bene giuridico da tutelare, autorevole dottrina affronta il tema, nella considerazione che la fattispecie di realizzazione della surrogazione di maternità incrimini il medico che applichi la P.M.A. a una donna diversa da colei che intenda assumere la genitorialità sociale del nato. Il reato di cui all'art. 12, comma 6, in tal senso, rientrerebbe tra gli "illeciti di concepimento", volti a impedire una gestazione e una nascita ritenute inopportune»⁸².

Altra variabile di valore persegue la finalità di evitare lo sfruttamento di un individuo, con contestuale offesa alla sua personalità individuale. Tale profilo coprirebbe le aree di sgarnita tutela della madre surrogata in casi di strumentalizzazione di una sua condizione di vulnerabilità fisica, psichica od economica, escludendo i casi - rarissimi- possibili di donna in salute che si offra di condurre la gravidanza spontaneamente e per ragioni puramente solidaristiche.

Il valore della persona come bene giuridico da tutelare deve fare riferimento all'uso di metodi coercitivi, alle prestazioni "squilibrare" di denaro, al perseguimento di fini di lucro da

82 Cfr. VALLINI, *Illecito concepimento*, cit. Vedi anche TIGANO, *Prospettive di riforma dei reati in materia di procreazione medicalmente assistita alla luce delle proposte del Gruppo di ricerca per la riforma dei reati contro la persona*, cit.



parte del soggetto agente, declinando il delitto nel fenomeno concreto delle ipotesi di costrizione o di mercificazione della reclutata gestante/madre surrogata. Sulla stessa scia bene protetto potrebbe includere la salute della gestante, sottoposta alla PMA, qualora sopravvengano o sussistano a monte patologie gravi che possano nuocere alla donna e ai bambini. Situazione più complessa attiene le questioni etico morali giuridiche, connesse alla considerazione di assenza di coniugio o di rapporti omogenitoriali o genitoriali *same sex*, su cui non occorre - per il momento - prendere posizione.

E' difficile, pertanto, individuare un punto di equilibrio dei diritti di ciascun soggetto coinvolto nella pratica di surrogazione di maternità *ex art. 5 l. 40/2004*. Altrettanto complessa è proprio la definizione della fattispecie penale.

A parere di chi scrive l'intervento del legislatore del 2004 meriterebbe un *restyling* giuridico proprio nella formulazione del divieto/precepto penale. E le proposte di legge da esaminare dovrebbero approfondire il profilo della tipicità ed offensività dell'art. 12, comma 6, per porre fine ad un "*far west/noland*" della tutela dell'embrione e della salute della donna. La descrizione del fatto incriminato nella l. 40/2004 da sempre - infatti - presenta termini "fluttuanti", di dubbia collocazione finalistica (di scopo) se a titolo gratuito o dietro pagamento. Senza considerare che la donna che aspira a diventare madre non ha alcun legame biologico col concepito. Ne consegue un evidente difetto di precisione/tassatività per chi realizza/segue/attua la maternità surrogata, chi la organizza, chi la pubblicizza. La mancanza di determinatezza deriva per un verso dal ricorso all'espressione "surrogazione di maternità" ad identificare l'unico elemento costitutivo della fattispecie, senza specificare nel merito la complessità della pratica, (numerosità e varietà dei fenomeni a essa riconducibili), per altro verso da condotte criminose generiche, dettate da verba neutrali. Dall'art. 12, co. 6, l. n. 40/2004 non emerge chiaramente né quale tipologia di maternità surrogata il legislatore intenda vietare (solo la surrogazione parziale, solo quella totale oppure entrambe), né cosa si intenda per "realizzazione" della medesima. L'attenzione dell'interprete va spostata sul piano della tutela dell'interesse del nato alla certezza dei rapporti familiari, suscettibili di essere alterati una volta che la partoriente lo ceda all'aspirante madre sociale

6. Il particolare per l'Universale. L'universale per il Particolare. Suggestioni conclusive.

Nella concettualizzazione del significato di maternità surrogata -dato primario nell'esegesi delle proposte di legge e delle parziali soluzioni giurisprudenziali - è definibile in senso prospettivo una evidente polarizzazione tra l'idea di "amore universale", che trascende i limiti umani, giuridici, sessuali, di luogo e di tempo⁸³, per focalizzare una visione senza eguali, - che unisce padre, madre e prole, e nello specifico, madre e figli, senza il bisogno di un cordone ombelicale reale/di un contatto fisico-sessuale/di promesse indimenticabili, pronte ad infran-

⁸³ Sia consentito il richiamo paradossale al concetto di "immacolata concezione", riportato da Luca nel Nuovo Testamento (Lc., 1, 27-35, («Come avverrà questo, poiché non conosco uomo?»)). Il concepimento della vergine Maria, cui fu annunciata la nascita di Gesù, al sesto mese, dall'Arcangelo Gabriele è l'emblema dell'amore divino, su cui si incentra la religione cristiana, espressione della spiritualità massima.



gersi al primo ostacolo del quotidiano. La maternità surrogata è amore universale, che si manifesta nelle forme medico scientifiche dell'inseminazione artificiale, della procreazione medicalmente assistita, non solo omologa, con elementi biologici provenienti dalla coppia stessa, ma anche eterologa.

Ma la maternità surrogata è anche particolare, quel dettaglio specifico -ultra rilevante- che si trasforma nella trascrizione dell'atto di nascita del neonato negli uffici del registro civile per definirne identità, tutela, diritti.

In questa *mesotes*⁸⁴ il punto di equilibrio dei diritti/doveri, delle relative posizioni giuridiche è tracciato dalla legge n. 40/2004. Proprio nella valorizzazione simbolica dell'art. 12 comma 6 - alla discussione parlamentare del caso - concludo agganciandomi alla secolare trasposizione aritotelica di universale/particolare. La maternità surrogata tra universale e particolare corrisponde a due diverse messe a fuoco dell'osservatore/giurista. E' una scelta universalistica quella di abbattere i vincoli limitanti nello sforzo di far (ri)acquistare alle coppie impossibilitate (*same sex*), sterili, non fertili, dignità genitoriale - sia pure *dissociata* - enfatizzando le somiglianze, piuttosto che le differenze con la maternità *ordinaria*⁸⁵.

Riconoscere tale maternità, tuttavia, significa conferire quella grandezza, univocità e verità che solo l'universale conosce e abbraccia, escludendo prototipi alterati di commercializzazione, sfruttamento, sottovalutazione dei profili futuribili del/i concepiti, divisi da territori e legge diverse. Categorizzando la maternità surrogata tra universale e particolare, si propone - anche alla discussione parlamentare - una duplicità di modello di analisi, un modello pluriforme che può essere applicato ad aree del reale umano/genitoriale non ancora esplorate. Se le indagini giuridico-normative si rendono necessarie è perché il numero dei casi sottoposto all'attenzione dei giudicanti e dell'opinione pubblica si rileva imponente⁸⁶. La maternità surrogata copre posizioni che potremmo definire miste, attraverso un modello di intellegibilità astratta - ma definita e definibile, come la legge (oltremodo necessaria) e un modello di percezione concreta, ma indefinito e/o indefinibile, come l'amore di un genitore per il proprio figlio.

84 SANFILIPPO, *La riscrittura giurisprudenziale della legge n. 40/2004: un caso singolare di eterogenesi dei fini*, cit., 855.

85 Cfr. Sull'uniformità del linguaggio reale e legale cfr. P. ZATTI, *Maternità e surrogazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2000, pp. 195-196: «il concetto di madre e di maternità nel linguaggio comune non presentava ambiguità; e come avviene quando un concetto, e soprattutto il suo significato, trovano radici nell'esperienza comune e non hanno bisogno di precisazione, il linguaggio giuridico assorbe termini e significato del (e dal) linguaggio corrente».

86 Da ultimo, ma non ultimo la sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (Corte EDU, n. 239 del 31 agosto 2023), che ha condannato l'Italia per il mancato riconoscimento del rapporto di filiazione tra il padre biologico e una bambina nata nel 2019 in Ucraina tramite GPA. La pronuncia si segnala in quanto pone un argine a un'interpretazione eccessivamente restrittiva - fino al punto di divenire lesiva dei diritti del minore - data da uffici dell'anagrafe e tribunali nazionali alla giurisprudenza della Corte di Cassazione in tema di maternità surrogata.



INTERESSI PROTETTI E DISCIPLINA DEL TRATTAMENTO DI DATI PERSONALI PER FINALITÀ DI PUBBLICO INTERESSE IN MATERIA AMBIENTALE NELL'AZIONE DELL'AUTORITÀ GARANTE NAZIONALE

Ilaria Genuessi

Abstract: [ITA] Il contributo prende in esame la tematica del trattamento dei dati personali, con particolare riferimento all'attività dei soggetti pubblici e, dunque, al trattamento per finalità di pubblico interesse, esaminando anzitutto le modifiche e le innovazioni alla disciplina recate dal Reg. UE n. 2016/679/UE, così come dalla normativa interna di aggiornamento al Codice della protezione dei dati personali, principalmente nell'ottica della responsabilizzazione del Titolare del trattamento. Nel saggio si intende, in particolar modo, porre in evidenza come la disciplina del trattamento dei dati personali, laddove si operi nel perseguimento dell'interesse pubblico, non possa essere equiparata a quella concernente il trattamento ad opera di soggetti privati, specialmente con riguardo al c.d. principio di minimizzazione. Parte della trattazione è dedicata all'analisi in chiave critica di provvedimenti del Garante nazionale della protezione dei dati personali afferenti alla materia ambientale; dalla suddetta disamina emerge un'impostazione restrittiva del Garante nell'interpretazione della normativa vigente, la quale porta con sé, su un piano fattuale, l'effettiva e sproporzionata tutela da ultima accordata, nel bilanciamento degli interessi in gioco, ad interessi non meritevoli di tutela, ovvero propri di soggetti che abbiano adottato un comportamento *contra legem*, così come una sostanziale "travalicazione" del potere della medesima Autorità Garante nazionale che si concretizza nel pregnante sindacato circa la stessa liceità e la necessità del trattamento posto in essere dall'amministrazione.

[ENG] *The contribution examines the issue of the processing of personal data, with particular reference to the activity of public entities and, therefore, to the processing for purposes of public interest, examining first of all the changes and innovations to the regulations brought about by EU Regulation no. 2016/679/EU, as well as the internal legislation updating the Personal Data Protection Code, mainly with a view to making the Data Controller responsible. The essay intends, in particular, to highlight how the regulation of the processing of personal data, where it is operated in the pursuit of the public interest, cannot be equated with that concerning the processing by private subjects, especially with regard to the minimization principle. Part of the discussion is dedicated to the critical analysis of provisions of the National Guarantor for the protection of personal data relating to environmental matters; from the aforementioned examination, emerges a restrictive approach from the National Guarantor in the interpretation of the current legislation, which brings with it, on a factual level, the effective and disproportionate protection ultimately granted, in the balancing of the interests at stake, to interests not worthy of protection, i.e. of subjects who have adopted contra legem behaviour, as well as a substantial "overstepping" of the power of the same Guarantor Authority which takes the form of a meaningful review regarding the very lawfulness and necessity of the treatment implemented by the administration.*



SOMMARIO: 1. Cenni introduttivi. – 2. La disciplina generale, europea e nazionale, in materia di protezione dei dati personali. – 2.1. Il Regolamento UE n. 2016/679/UE alla luce del “nuovo” principio di responsabilizzazione del Titolare: principi, condizioni del trattamento e categorie di dati personali. – 2.2. La disciplina nazionale: le modifiche e integrazioni al Codice della protezione dei dati personali. – 3. L’esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all’esercizio di pubblici poteri come base giuridica di per sé valida per il trattamento dei dati comuni o ordinari. – 4. Le declinazioni del principio di minimizzazione. – 5. Il mutamento di indirizzo rispetto alla base giuridica del trattamento nella disciplina interna: il d.l. n. 139/2021. – 6. L’interpretazione restrittiva dell’Autorità Garante nazionale: il caso paradigmatico del trattamento dati per l’accertamento di illeciti in materia ambientale. – 7. Considerazioni conclusive.

1. Cenni introduttivi

La materia della protezione dei dati personali appare caratterizzata da una composita disciplina, contraddistinta da una pluralità di fonti, oltre che di attori a vari livelli¹. Nel predetto intricato sistemato normativo multilivello, un ruolo di primo piano è certamente ricoperto dal legislatore europeo, principalmente alla luce delle previsioni di cui al Regolamento UE n. 679/2016, c.d. GDPR. Il quadro è completato dalla normativa nazionale che detta ulteriori specificazioni rispetto alla disciplina eurounitaria, talvolta quasi travalicando gli intenti del legislatore d’oltralpe e così anche, in particolar modo, per quel che concerne le disposizioni circa il trattamento dei dati personali per finalità di pubblico interesse, come si avrà modo di chiarire in seguito².

In senso generale, seppure il Regolamento (UE) 2016/679 si sia posto l’obiettivo di limitare le differenze legislative fra Paesi membri, favorendo una più ampia e libera circolazione dei dati personali nel mercato interno, nella consapevolezza circa la stretta interazione della materia in esame con settori di competenza normativa statale, la struttura dello stesso Regolamento è

1 Di “normazione multilivello” si parla nello specifico in G. ORSONI - E. D’ORLANDO, *Nuove prospettive dell’amministrazione digitale: Open Data e algoritmi*, in *Istituzioni del Federalismo*, n. 3/2019, p. 593. V. sul punto anche G. FINOCCHIARO, *Art 1. Oggetto e finalità*, in R. D’ORAZIO, G. FINOCCHIARO, O. POLLICINO, G. RESTA (a cura di), *Codice della privacy e data protection*, Milano, 2021, laddove si pone in luce come in materia sia presente ad oggi, a livello normativo, “un quadro composito costituito da molteplici livelli normativi e paranormativi, di *hard law* e *soft law* (...) un sistema quindi in costruzione, un sistema ad alta complessità, un sistema in cui la stessa parola base, *privacy*, può assumere molteplici significati”.

2 Il GDPR, in questo senso, è connotato da una certa flessibilità, che si concretizza nella possibilità per i singoli Stati membri di integrare taluni aspetti della disciplina, declinando i medesimi in maniera specifica per il singolo Stato.



inevitabilmente molto complessa ed il testo, in tal senso, racchiude numerosi rinvii alle fonti nazionali per l'attuazione della disciplina di dettaglio³.

In altri termini, si coglie la consapevolezza del legislatore eurounitario circa l'evidente correlazione della materia oggetto del regolamento di cui trattasi con settori di competenza normativa statale: la fonte europea sovente chiama in causa il legislatore nazionale, affinché quest'ultimo, in taluni casi, renda effettive e applicabili le norme regolamentari ed in altri, invece, valuti liberamente sia l'*an* che il *quomodo* di un provvedimento⁴.

2. La disciplina generale, europea e nazionale, in materia di protezione dei dati personali

2.1 Il Regolamento UE n. 2016/679/UE alla luce del "nuovo" principio di responsabilizzazione del Titolare: principi, condizioni del trattamento e categorie di dati personali

In ambito europeo, come accennato, compendio di riferimento nella materia è rappresentato dal Regolamento UE n. 2016/679/UE (*General Data Protection Regulation*, o GDPR) adottato dal Parlamento e dal Consiglio europeo nel 2016 ed entrato definitivamente in vigore il 25 maggio del 2018⁵, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati, il quale si è collocato nel solco delle previsioni dettate sul piano eurounitario dalla antecedente Direttiva 95/46/CE del 1995, abrogandola.

Il nuovo testo regolamentare, in particolare, muovendo le premesse dalla predetta Direttiva del 1995, nonché dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (C.G.U.E.) consolidatasi in materia di regime di protezione dei dati, individua tra le sue funzioni quella di disciplinare la stessa significativa espansione delle operazioni di trattamento dei dati personali connesse allo sviluppo di tecnologie sempre più evolute e incisive.

In tal senso, nell'ambito delle premesse del suddetto Regolamento, si esplicita la necessità dell'adozione di una disciplina organica e armonizzata della materia, tanto più necessaria in relazione al sempre più rilevante impiego dei c.d. *big data* e così all'esigenza, che dal loro

3 Si v. in tema P. PASSAGLIA, *Il sistema delle fonti normative in materia di tutela dei dati personali*, in V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, Giappichelli, 2019, p. 85 e ss.; A. PISAPIA, *La tutela multilivello garantita ai dati personali nell'ordinamento europeo*, in *Federalismi.it*, 31 gennaio 2018.

4 Cfr., in partic., sul punto P. AQUILANTI, *Prefazione*, in L. CALIFANO - C. COLAPIETRO (a cura di), *Innovazione tecnologica e valore della persona. Il diritto alla protezione dei dati personali nel Regolamento UE 2016/679*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, p. XIX.

5 Regolamento UE generale sulla protezione dei dati personali n. 679/2016 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016. Cfr. tra gli altri, in argomento: AA.VV., *Codice della privacy e data protection*, a cura di G. RESTA, Milano, 2021; L. CALIFANO, *Il Regolamento UE 2016/679 e la costruzione di un modello uniforme di diritto europeo alla riservatezza e alla protezione dei dati personali*, in L. CALIFANO - C. COLAPIETRO (a cura di), *Innovazione tecnologica e valore della persona*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017; G. FINOCCHIARO, *Introduzione al regolamento europeo sulla protezione dei dati personali*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, 4 ss.



trattamento, non derivino pregiudizi per i singoli, con specifico riguardo al diritto alla riservatezza dei flussi di dati oggetto di trattamento⁶.

Il testo di cui trattasi si caratterizza, inoltre, per la grande rilevanza attribuita al principio di responsabilizzazione, o *accountability* (cfr., in particolare, l'art. 5 del GDPR), che caratterizza ed informa la nuova normativa europea sulla protezione dei dati personali, imponendo l'adozione di un approccio di tutela ai dati in questione basato proprio sulla gestione del rischio⁷. In quest'ottica, pertanto, la disciplina in parola non prevede più soltanto precise prescrizioni alla cui mancata applicazione consegua una sanzione, ma individua specifici obiettivi da realizzare, secondo modalità determinate caso per caso dal medesimo titolare del trattamento ed oggetto di successiva valutazione da parte dell'autorità di controllo, oltre che del giudice⁸.

Nel dettaglio, tale principio di *accountability*, nella materia in esame, impone ai soggetti titolari delle operazioni di trattamento dei dati l'adozione di specifiche misure di precauzione, quali l'adozione di uno modello organizzativo, inteso come efficace strumento di responsabilizzazione, ovvero la predisposizione di idonee misure di protezione dei dati personali ulteriori rispetto a quelle previste dalla normativa vigente. Il principio in parola rappresenta il nucleo della disciplina eurounitaria di riforma in materia di trattamento dei dati personali, focalizzata sulla tutela dei diritti della persona e secondo un cambio di paradigma normativo incentrato sulla individuazione di metodi efficaci al fine di minimizzare i rischi derivanti dalle operazioni di trattamento dei dati personali.

Tali metodi sono ricondotti, come accennato, ad una valutazione rimessa allo stesso titolare del trattamento chiamato, in relazione alla singola fattispecie, ad assumere determinazioni legittime e rispettose dei principi, dunque, nel quadro di una disciplina che non detta più

6 V., tra gli altri, L. CASINI, *Lo Stato nell'era di Google*, Milano, 2020; M. FALCONE, *Big Data e pubbliche amministrazioni: nuove prospettive per la funzione conoscitiva pubblica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2017, pp. 608 ss.; G. CARULLO, *Big Data e pubblica amministrazione nell'era delle banche dati interconnesse*, in *Conc. merc.*, 1, 2016, pp. 181 ss.

7 All'art. 5 del GDPR, in particolare, si ravvisano principi che orientano le operazioni di trattamento e che impongono l'adozione di specifiche misure di responsabilizzazione affinché i dati personali siano: trattati in modo lecito, corretto e trasparente nei confronti dell'interessato ("*liceità, correttezza e trasparenza*"); raccolti per finalità determinate, esplicite e legittime, e successivamente trattati in modo che non sia incompatibile con tali finalità ("*limitazione della finalità*"); adeguati, pertinenti e limitati a quanto necessario rispetto alle finalità per le quali sono trattati ("*minimizzazione dei dati*"); esatti e, se necessario, aggiornati; devono essere adottate tutte le misure ragionevoli per cancellare o rettificare tempestivamente i dati inesatti rispetto alle finalità per le quali sono trattati ("*esattezza*"); conservati in una forma che consenta l'identificazione degli interessati per un arco di tempo non superiore al conseguimento delle finalità per i quali sono trattati; i dati personali possono essere conservati per periodi più lunghi a condizione che siano trattati esclusivamente a fini di archiviazione nel pubblico interesse, di ricerca scientifica o storica o a fini statistici ("*limitazione della conservazione*"); trattati in maniera da garantire un'adeguata sicurezza dei dati personali, compresa la protezione, mediante misure tecniche e organizzative adeguate, da trattamenti non autorizzati o illeciti e dalla perdita, dalla distruzione o da danni accidentali ("*integrità e riservatezza*").

8 Cfr. in argomento P. STANZIONE, *GDPR e tutela della vita democratica*, in *Foro it.*, 2022, 147, 2, pp. 90-96.



prescrizioni estremamente dettagliate, ma richiede al titolare del trattamento tale sforzo di determinazione, caso per caso, delle concrete modalità di attuazione dei principi sanciti nel GDPR mediante declinazione delle opportune forme di tutela delle posizioni sostanziali interessate dalle operazioni di trattamento proprio in ottica di responsabilizzazione. Si colloca così, in altri termini, in capo al titolare ed al responsabile del trattamento, l'obbligo di garantire, ed in seconda battuta altresì di dimostrare, che le operazioni di trattamento dei dati effettuate siano conformi alle previsioni del suddetto Regolamento⁹.

Peraltro, la novità sul piano della disciplina risiede, non tanto nell'individuazione del titolare del trattamento quale responsabile della conformità delle operazioni di trattamento alla disciplina GDPR, quanto, piuttosto, nell'obbligo in capo al titolare medesimo e, in alcuni casi, al responsabile del trattamento, di dover "dimostrare" la conformità delle misure messe in atto rispetto al c.d. principio di "minimizzazione dei rischi". Come a dire che, in un contesto di prassi in materia di trattamento dei dati che si evolvono e prendono piede con grande rapidità ed in Paesi (quali gli Stati membri dell'UE) che già vantano conoscenze ed esperienze significative nell'applicazione delle normative e dei principi sulla protezione dei dati, si rende oggi necessario un approccio che evidenzia la responsabilità e la responsabilizzazione di coloro che si occupano del trattamento dei dati.

Il Regolamento prevede, inoltre, nel quadro della valorizzazione del principio di responsabilizzazione predetto, la nomina di un responsabile della protezione dei dati (c.d. "RPD" o "DPO"), inteso quale strumento di garanzia delle finalità previste dal GDPR e quale figura che deve occuparsi prevalentemente di informare e fornire consulenza circa la corretta applicazione della normativa in materia, curando con particolare attenzione l'elemento della formazione del personale.

In tal senso, alla luce del principio di responsabilizzazione, le funzioni del RPD sono volte a garantire: la conformità delle operazioni di trattamento ai principi di liceità, correttezza e trasparenza; l'identificazione precisa e circostanziata delle finalità del trattamento; la minimizzazione dei dati trattati (che devono essere adeguati, pertinenti e limitati); l'esattezza (incluso lo stesso aggiornamento) dei dati trattati; la limitazione della conservazione dei dati, allo scopo di assicurare integrità, riservatezza e sicurezza.

Dall'impianto generale del GDPR si coglie un'attenzione per la protezione dei dati personali che, come accennato, si sostanzia nel nuovo compendio normativo nell'aspetto della responsabilizzazione del trattamento dei dati, sotto molteplici profili ed in relazione ad una serie di adempimenti previsti in norme, generali e specifiche, in capo al medesimo, strettamente correlati all'obbligo di dimostrazione della conformità del trattamento al Regolamento, quali: l'istituzione e le operazioni di tenuta del registro dei trattamenti di dati personali; la conduzione di un'analisi complessiva di tali trattamenti; la valutazione dei rischi per i diritti e le libertà delle persone fisiche derivanti da tali trattamenti e la verifica della adozione di misure idonee a minimizzarne il contenuto; l'effettuazione di approfondite e specifiche valutazioni di impatto sulla protezione dei dati in rapporto a trattamenti per i quali l'attività di evidenzia un "rischio elevato"; l'applicazione dei principi di protezione dei dati sin

⁹ Si v., in merito, in particolare, l'art. 24, par. I, del GDPR.



dalla fase di progettazione e per impostazione predefinita con riguardo a tutti i trattamenti di dati personali; gli stessi obblighi di notifica delle violazioni di dati personali.

Le suddette previsioni, peraltro, sono ritenute ancor più vincolanti laddove oggetto di trattamento siano particolari categorie di dati, così in particolare i c.d. "dati sensibili" previsti dall'art. 9 del GDPR (su cui si v. più nel dettaglio il § seguente), ovvero nel caso di trattamenti che presentino un rischio elevato per i diritti e le libertà delle persone fisiche, e che dunque, per tale ragione, richiedono una valutazione d'impatto specifica sulla protezione dei dati, così come disciplinata nell'ambito dell'art. 35 dello stesso Regolamento¹⁰.

La medesima nuova figura del Responsabile per la Protezione dei Dati (c.d. *Data Protection Officer – D.P.O.*), di cui agli artt. 37-39 del GDPR, si ritiene possa essere inquadrata quale ulteriore misura di attuazione del suddetto principio di *accountability*. In tal senso, con riferimento agli enti e le imprese che trattano in gran quantità particolari categorie di dati personali, la designazione di tale figura pare un obbligo, prima ancora che un'opportunità.

L'art. 37, dedicato alla designazione del Responsabile della Protezione dei Dati (R.P.D. o D.P.O.), infatti, stabilisce al paragrafo 1 che il titolare del trattamento e il responsabile del trattamento designano sistematicamente un responsabile della protezione dei dati ogniqualvolta, tra le altre fattispecie, il trattamento sia effettuato da un'autorità pubblica o da un organismo pubblico, eccettuate le autorità giurisdizionali laddove esercitino le loro funzioni¹¹.

Parimenti, in ottica di responsabilizzazione, si colloca la misura di cui all'art. 30 del GDPR concernente il Registro delle attività di trattamento¹², il quale occorre dimostri come e in che

10 Ai sensi dell'art. 35, in dettaglio, laddove un tipo di trattamento – considerati l'aspetto dell'uso di nuove tecnologie, la natura, l'oggetto, il contesto e le finalità del trattamento – possa presentare un rischio elevato per i diritti e le libertà delle persone fisiche, si prevede che il titolare del trattamento effettui, prima di procedere al trattamento, una valutazione dell'impatto dei trattamenti previsti sulla protezione dei dati personali. Una singola valutazione può esaminare un insieme di trattamenti simili che presentano rischi elevati analoghi. Nello specifico, così come chiarito al par. 3 della previsione, la valutazione d'impatto sulla protezione dei dati di cui al par. 1 è richiesta in particolare nei casi seguenti: a) nell'ipotesi della valutazione sistematica e globale di aspetti personali relativi a persone fisiche, basata su un trattamento automatizzato, compresa la profilazione, e sulla quale si fondano decisioni che abbiano effetti giuridici o incidano in modo analogo significativamente su dette persone fisiche; b) laddove si espletino un trattamento, su larga scala, di categorie particolari di dati personali di cui all'articolo 9, paragrafo 1, o di dati relativi a condanne penali e a reati di cui all'articolo 10; c) in caso di sorveglianza sistematica su larga scala di una zona accessibile al pubblico. Si v. altresì, in argomento, i Considerando nn. 84, 89-93, 95 del GDPR.

11 Le altre ipotesi riguardano i casi in cui: le attività principali del titolare del trattamento o del responsabile del trattamento consistono in trattamenti che, per loro natura, ambito di applicazione e/o finalità, richiedono il monitoraggio regolare e sistematico degli interessati su larga scala" (lett. b); ovvero "le attività principali del titolare del trattamento o del responsabile del trattamento consistono nel trattamento, su larga scala, di categorie particolari di dati personali di cui all'articolo 9 o di dati relativi a condanne penali e a reati di cui all'articolo 10." (lett. c).

12 L'art. 30 dispone che ogni Titolare del trattamento e, ove applicabile, il suo rappresentante tengano un registro delle attività di trattamento svolte sotto la propria responsabilità, contenente una serie di informazioni dettagliate nel medesimo articolo.



modo si sia realizzata una piena conformità rispetto a quanto stabilito dal Regolamento sia in materia di obblighi generali che specifici (cfr. il Cons. 82). Il Regolamento impone altresì ai titolari, con l'aiuto dei R.P.D., di analizzare i trattamenti svolti e, ove necessario, di renderli conformi al Regolamento stesso, indicando nel suddetto Registro attività di analisi e misure correttive adottate.

Ebbene, nell'ordinamento interno, rispetto alle modalità di tenuta, conservazione e aggiornamento del Registro di cui trattasi, occorre dare atto delle previsioni adottate dal Garante per la protezione dei dati personali, secondo cui il Registro in parola *“costituisce uno dei principali elementi di accountability del titolare, in quanto strumento idoneo a fornire un quadro aggiornato dei trattamenti in essere nella propria organizzazione, indispensabile per ogni attività di valutazione o analisi del rischio e dunque preliminare rispetto a tali attività”*¹³. In aggiunta specifiche

13 Cfr. sul punto le FAQ in merito disponibili sul sito internet dell'Autorità Garante al link <https://www.garanteprivacy.it/homel/faq/registro-delle-attivita-di-trattamento>. Nello specifico, con riferimento alle singole voci dettagliate dall'art. 30 del GDPR, il Garante sul fronte nazionale ha precisato che: *“(a) nel campo “finalità del trattamento” oltre alla precipua indicazione delle stesse, distinta per tipologie di trattamento (es. trattamento dei dati dei dipendenti per la gestione del rapporto di lavoro; trattamento dei dati di contatto dei fornitori per la gestione degli ordini), sarebbe opportuno indicare anche la base giuridica dello stesso [...] Sempre con riferimento alla base giuridica, sarebbe parimenti opportuno: in caso di trattamenti di “categorie di particolari dati”, indicare una delle condizioni di cui all'art. 9, par. 2, del RGPD; in caso di trattamenti di dati relativi a condanne penali e reati, riportare la specifica normativa (nazionale o dell'Unione europea) che ne autorizza il trattamento ai sensi dell'art. 10 del RGPD); (b) nel campo “descrizione delle categorie di interessati e delle categorie di dati personali” andranno specificate sia le tipologie di interessati (es. clienti, fornitori, dipendenti) sia quelle di dati personali oggetto di trattamento (es. dati anagrafici, sanitari, dati biometrici, dati genetici, dati relativi a condanne penali o reati, ecc.); (d) nel campo “trasferimenti di dati personali verso un paese terzo o un'organizzazione internazionale” andrà riportata l'informazione relativa ai suddetti trasferimenti unitamente all'indicazione relativa al Paese/i terzo/i cui i dati sono trasferiti e alle “garanzie” adottate ai sensi del capo V del RGPD (es. decisioni di adeguatezza, norme vincolanti d'impresa, clausole contrattuali tipo, ecc.); (e) nel campo “termini ultimi previsti per la cancellazione delle diverse categorie di dati” dovranno essere individuati i tempi di cancellazione per tipologia e finalità di trattamento (ad. es. “in caso di rapporto contrattuale i dati saranno conservati per 10 anni dall'ultima registrazione – v. art. 2220 del codice civile”). Ad ogni modo, ove non sia possibile stabilire a priori un termine massimo, i tempi di conservazione potranno essere specificati mediante il riferimento a criteri (es. norme di legge, prassi settoriali) indicativi degli stessi (es. “in caso di contenzioso, i dati saranno cancellati al termine dello stesso”); (f) nel campo “descrizione generale delle misure di sicurezza” andranno indicate le misure tecnico-organizzative adottate dal titolare ai sensi dell'art. 32 del RGPD tenendo presente che l'elenco ivi riportato costituisce una lista aperta e non esaustiva, essendo rimessa al titolare la valutazione finale relativa al livello di sicurezza adeguato, caso per caso, ai rischi presentati dalle attività di trattamento concretamente poste in essere. Tale lista ha di per sé un carattere dinamico (e non più statico come l'Allegato B del d.lgs. 196/2003) dovendosi continuamente confrontare con gli sviluppi della tecnologia e l'insorgere di nuovi rischi. Le misure di sicurezza possono essere descritte in forma riassuntiva e sintetica, o comunque idonea a dare un quadro generale e complessivo di tali misure in relazione alle attività di trattamento svolte, con possibilità di fare rinvio per una valutazione più dettagliata a documenti esterni di carattere generale (es. procedure organizzative interne; security policy ecc.)”. L'Autorità Garante ha infine aggiunto che “può essere riportata nel registro qualsiasi altra informazione che il titolare o il responsabile ritengano utile indicare (ed es. le modalità di raccolta del consenso, le eventuali valutazioni di impatto effettuate, l'indicazione di eventuali “referenti interni” individuati dal titolare in merito ad alcune tipologie di trattamento ecc.)”, e che “il registro può essere*



previsioni del GDPR impongono al titolare del trattamento gli obblighi: di “tenere conto” dei rischi inerenti alle operazioni di trattamento effettuate; di attuare “misure tecniche ed organizzative adeguate” al fine di minimizzare tali rischi, nonché quello di “dimostrare che il trattamento sia effettuato conformemente al Regolamento”, ossia di effettuare una valutazione dei rischi e di adottare misure adeguate a tali rischi¹⁴. Laddove la valutazione del rischio di cui sopra dimostri la probabilità di un rischio elevato per i diritti e le libertà della persona fisica, il titolare ha inoltre l’obbligo, prima del trattamento, di effettuare una valutazione di impatto dei trattamenti previsti sulla protezione dei dati (DPIA), documentando tale valutazione.

In capo al Titolare del trattamento si colloca l’obbligo generale di utilizzo della “Protezione dei dati fin dalla progettazione e protezione per impostazione predefinita” (*Data Protection-by-Design and-Default*), sia nella fase di progettazione che di esecuzione delle attività di trattamento (art. 25 GDPR) e sempre il Titolare occorre dimostri l’ottemperanza rispetto a tali previsioni; in proposito uno specifico meccanismo di certificazione (marchio di qualità della protezione dei dati) può essere utilizzato quale “elemento” di dimostrazione della conformità.

Occorre altresì che il Titolare documenti nel dettaglio qualsiasi violazione dei dati personali (violazione della sicurezza dei dati), così come i provvedimenti adottati per porvi rimedio e notifichi le violazioni alle competenti Autorità di controllo entro 72 ore (art. 33 GDPR). Gli stessi interessati devono essere informati della violazione, anche se meno dettagliatamente e solo qualora la violazione “sia suscettibile di presentare un elevato rischio per i diritti e le libertà delle persone fisiche” (art. 34).

Si ravvisano poi specifiche previsioni con riguardo alle fattispecie in cui due o più Titolari del trattamento determinino congiuntamente le finalità e i mezzi del trattamento, quali contitolari dello stesso. In quanto tali, i soggetti sopra individuati “determinano in modo trasparente, (...) le rispettive responsabilità in merito all’osservanza degli obblighi derivanti dal Regolamento” sotto forma di “accordo interno” che occorre rifletta “adeguatamente i rispettivi ruoli e i rapporti dei contitolari con gli interessati”. Ritenuto che, in concreto, le Autorità di controllo potranno verificare l’osservanza delle norme stabilite, l’accordo di cui trattasi si ritiene debba essere messo per iscritto, ovvero in un formato elettronico comparabile ed attendibile (art. 26).

Il Regolamento ha ad oggetto la protezione del dato personale definito, nell’ambito dell’art. 4 par. 1, come qualsiasi informazione riguardante una persona fisica identificata o identificabile (“interessato”). La medesima disposizione chiarisce come si consideri “identificabile” la persona fisica che può essere individuata, direttamente o indirettamente, con particolare riferimento a un identificativo quale il nome, dati relativi all’ubicazione, uno o più elementi caratteristici della sua identità fisica, fisiologica, genetica, psichica, economica, culturale o sociale. Posta tale definizione generale, tuttavia, il medesimo GDPR identifica specifiche categorie di dati personali, oggetto di disposizioni peculiari e ulteriori, in quanto ritenuti meritevoli di particolare protezione.

compilato sia in formato cartaceo che elettronico ma deve in ogni caso recare, in maniera verificabile, la data della sua prima istituzione (o la data della prima creazione di ogni singola scheda per tipologia di trattamento) unitamente a quella dell’ultimo aggiornamento”.

14 V. in tal senso, specialmente, gli artt. 24 e 32 del GDPR.



In tal senso, all'art. 4 si dettano i seguenti dati:

- «*dati genetici*» quali dati personali relativi alle caratteristiche genetiche ereditarie o acquisite di una persona fisica che forniscono informazioni univoche sulla fisiologia o sulla salute di detta persona fisica, e che risultano in particolare dall'analisi di un campione biologico della persona fisica in questione¹⁵;

- «*dati biometrici*» ottenuti da un trattamento tecnico specifico relativi alle caratteristiche fisiche, fisiologiche o comportamentali di una persona fisica che ne consentono o confermano l'identificazione univoca, quali l'immagine facciale o i dati dattiloscopici¹⁶;

- «*dati relativi alla salute*» attinenti alla salute fisica o mentale di una persona fisica, compresa la prestazione di servizi di assistenza sanitaria, che rivelano informazioni relative al suo stato di salute¹⁷.

Di seguito l'art. 9 disciplina nello specifico il trattamento delle suddette categorie particolari di dati personali, vietando in senso generale, al paragrafo 1, il trattamento dei dati "che rivelino l'origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, o l'appartenenza sindacale, nonché trattare dati genetici, dati biometrici intesi a identificare in modo univoco una persona fisica, dati relativi alla salute o alla vita sessuale o all'orientamento sessuale della persona". Tale disposizione, pertanto, si pone quale punto di riferimento al fine della ricostruzione di quella specifica categoria di dati che la previgente normativa qualificava come "dati sensibili"¹⁸.

Il paragrafo 2 della stessa disposizione, tuttavia, introduce una serie di eccezioni, al ricorrere delle quali il trattamento di tali dati può ritenersi consentito. In particolare, alla lettera a) si stabilisce che il divieto di trattamento non si applica se "l'interessato ha prestato il proprio consenso esplicito al trattamento di tali dati personali per una o più finalità specifiche, salvo nei casi in cui il diritto dell'Unione o degli Stati membri dispone che l'interessato non possa revocare il divieto di cui al paragrafo 1" e, alle successive lettere da b) a j), enumera i casi in cui il trattamento di tali particolari categorie di dati possa, in tutto od in parte, essere realizzato, anche in assenza del consenso dell'interessato, ovvero senza il rispetto delle condizioni poste dalla predetta lettera a)¹⁹.

¹⁵ Cfr. art. 4, par. 1, n. 13, oltre che il Cons. n. 34.

¹⁶ Art. 4, par. 1, n. 14 e Cons. n. 51.

¹⁷ Art. 4, par. 1, n. 15 e Cons. n. 35.

¹⁸ Così, in particolare, sul piano interno, l'art. 26 del d.lgs. n.196/2003, abrogato a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 101/2018, operava un riferimento alla categoria dei c.d. "dati sensibili" riconducibili ai dati disciplinati ad oggi nell'ambito degli artt. 9 e 10 del GDPR.

¹⁹ In tal senso, rappresentano un'esplicita eccezione al divieto di trattamento i casi in cui: b) il trattamento è necessario per assolvere gli obblighi ed esercitare i diritti specifici del titolare del trattamento o dell'interessato in materia di diritto del lavoro e della sicurezza sociale e protezione sociale, nella misura in cui sia autorizzato dal diritto dell'Unione o degli Stati membri o da un contratto collettivo ai sensi del diritto degli Stati membri, in presenza di garanzie appropriate per i diritti fondamentali e gli interessi dell'interessato; c) il trattamento è necessario per tutelare un interesse vitale dell'interessato o di un'altra persona fisica qualora l'interessato si trovi nell'incapacità fisica o giuridica di prestare il proprio consenso; d) il trattamento è effettuato, nell'ambito delle sue legittime attività e con adeguate garanzie, da una fondazione, associazione o altro organismo senza scopo di lucro che persegue finalità politiche, filosofiche, religiose o sindacali, a condizione che il trattamento riguardi



Il paragrafo 2 lett. g), annovera poi, tra le altre ipotesi, il caso del “*trattamento necessario per motivi di interesse pubblico rilevante*”, consentito sulla base del diritto dell’Unione o degli Stati membri, laddove proporzionato alla finalità perseguita, nel rispetto dell’essenza del diritto alla protezione dei dati e in presenza della predisposizione di misure appropriate e specifiche al fine della tutela dell’interessato²⁰.

Previsione questa specificamente riferita al trattamento necessario per motivi di interesse pubblico rilevante recepita, di seguito, nella normativa sul piano interno all’art. 2-*sexies* del Codice, proprio relativo alle operazioni di trattamento dei dati in questione ammesse purché sussista un interesse pubblico rilevante²¹.

unicamente i membri, gli ex membri o le persone che hanno regolari contatti con la fondazione, l’associazione o l’organismo a motivo delle sue finalità e che i dati personali non siano comunicati all’esterno senza il consenso dell’interessato; e) il trattamento riguarda dati personali resi manifestamente pubblici dall’interessato; f) il trattamento è necessario per accertare, esercitare o difendere un diritto in sede giudiziaria o ogniqualvolta le autorità giurisdizionali esercitano le loro funzioni giurisdizionali; g) il trattamento è necessario per motivi di interesse pubblico rilevante sulla base del diritto dell’Unione o degli Stati membri, che deve essere proporzionato alla finalità perseguita, rispettare l’essenza del diritto alla protezione dei dati e prevedere misure appropriate e specifiche per tutelare i diritti fondamentali e gli interessi dell’interessato; h) il trattamento è necessario per finalità di medicina preventiva o di medicina del lavoro, valutazione della capacità lavorativa del dipendente, diagnosi, assistenza o terapia sanitaria o sociale ovvero gestione dei sistemi e servizi sanitari o sociali sulla base del diritto dell’Unione o degli Stati membri o conformemente al contratto con un professionista della sanità, fatte salve le condizioni e le garanzie di cui al paragrafo 3; i) il trattamento è necessario per motivi di interesse pubblico nel settore della sanità pubblica, quali la protezione da gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero o la garanzia di parametri elevati di qualità e sicurezza dell’assistenza sanitaria e dei medicinali e dei dispositivi medici, sulla base del diritto dell’Unione o degli Stati membri che prevede misure appropriate e specifiche per tutelare i diritti e le libertà dell’interessato, in particolare il segreto professionale; j) il trattamento è necessario a fini di archiviazione nel pubblico interesse, di ricerca scientifica o storica o a fini statistici in conformità dell’articolo 89, paragrafo 1, sulla base del diritto dell’Unione o nazionale, che è proporzionato alla finalità perseguita, rispetta l’essenza del diritto alla protezione dei dati e prevede misure appropriate e specifiche per tutelare i diritti fondamentali e gli interessi dell’interessato.

20 Su cui si v. anche i Cons. nn. 55-56.

21 È proprio il 2° comma della disposizione in esame a stabilire che “*fermo quanto previsto dal comma 1, si considera rilevante l’interesse pubblico relativo a trattamenti effettuati da soggetti che svolgono compiti di interesse pubblico o connessi all’esercizio di pubblici poteri nelle seguenti materie: a) accesso a documenti amministrativi e accesso civico; b) tenuta degli atti e dei registri dello stato civile, delle anagrafi della popolazione residente in Italia e dei cittadini italiani residenti all’estero, e delle liste elettorali, nonché rilascio di documenti di riconoscimento o di viaggio o cambiamento delle generalità; c) tenuta di registri pubblici relativi a beni immobili o mobili; d) tenuta dell’anagrafe nazionale degli abilitati alla guida e dell’archivio nazionale dei veicoli; e) cittadinanza, immigrazione, asilo, condizione dello straniero e del profugo, stato di rifugiato; f) elettorato attivo e passivo ed esercizio di altri diritti politici, protezione diplomatica e consolare, nonché documentazione delle attività istituzionali di organi pubblici, con particolare riguardo alla redazione di verbali e resoconti dell’attività di assemblee rappresentative, commissioni e di altri organi collegiali o assembleari; g) esercizio del mandato degli organi rappresentativi, ivi compresa la loro sospensione o il loro scioglimento, nonché l’accertamento delle cause di ineleggibilità, incompatibilità o di decadenza, ovvero di rimozione o sospensione da cariche pubbliche; h)*



Sempre con riferimento al trattamento di dati genetici, dati biometrici o dati relativi alla salute, il paragrafo 4 dell'art. 9 GDPR apre alla possibilità che i singoli Stati membri possano mantenere o introdurre ulteriori condizioni, così come limitazioni, al trattamento delle suddette speciali categorie di dati²². Proprio in tal senso si segnala quanto disposto sul punto dal legislatore italiano, il quale, all'art. 2-septies, ha difatti introdotto un'ulteriore condizionamento, prevedendo per i trattamenti che abbiano ad oggetto tali categorie di dati, oltre ai presupposti già individuati dall'art. 9 del Regolamento europeo, l'ulteriore necessità della conformità alle misure disposte dal Garante per la protezione dei dati, da adottarsi secondo le previsioni descritte nell'ambito del medesimo art. 2-septies. In aggiunta, il comma 8 del medesimo articolo, peraltro in continuità con quanto disponeva l'abrogato art. 26 nel senso del divieto di diffusione dei dati idonei a rivelare lo stato di salute, stabilisce

svolgimento delle funzioni di controllo, indirizzo politico, inchiesta parlamentare o sindacato ispettivo e l'accesso a documenti riconosciuto dalla legge e dai regolamenti degli organi interessati per esclusive finalità direttamente connesse all'espletamento di un mandato elettivo; i) attività dei soggetti pubblici dirette all'applicazione, anche tramite i loro concessionari, delle disposizioni in materia tributaria e doganale, comprese quelle di prevenzione e contrasto all'evasione fiscale; (18) l) attività di controllo e ispettive; m) concessione, liquidazione, modifica e revoca di benefici economici, agevolazioni, elargizioni, altri emolumenti e abilitazioni; n) conferimento di onorificenze e ricompense, riconoscimento della personalità giuridica di associazioni, fondazioni ed enti, anche di culto, accertamento dei requisiti di onorabilità e di professionalità per le nomine, per i profili di competenza del soggetto pubblico, ad uffici anche di culto e a cariche direttive di persone giuridiche, imprese e di istituzioni scolastiche non statali, nonché rilascio e revoca di autorizzazioni o abilitazioni, concessione di patrocini, patronati e premi di rappresentanza, adesione a comitati d'onore e ammissione a cerimonie ed incontri istituzionali; o) rapporti tra i soggetti pubblici e gli enti del terzo settore; p) obiezione di coscienza; q) attività sanzionatorie e di tutela in sede amministrativa o giudiziaria; r) rapporti istituzionali con enti di culto, confessioni religiose e comunità religiose; s) attività socio-assistenziali a tutela dei minori e soggetti bisognosi, non autosufficienti e incapaci; t) attività amministrative e certificatorie correlate a quelle di diagnosi, assistenza o terapia sanitaria o sociale, ivi incluse quelle correlate ai trapianti d'organo e di tessuti nonché alle trasfusioni di sangue umano; u) compiti del servizio sanitario nazionale e dei soggetti operanti in ambito sanitario, nonché compiti di igiene e sicurezza sui luoghi di lavoro e sicurezza e salute della popolazione, protezione civile, salvaguardia della vita e incolumità fisica; v) programmazione, gestione, controllo e valutazione dell'assistenza sanitaria, ivi incluse l'instaurazione, la gestione, la pianificazione e il controllo dei rapporti tra l'amministrazione ed i soggetti accreditati o convenzionati con il servizio sanitario nazionale; z) vigilanza sulle sperimentazioni, farmacovigilanza, autorizzazione all'immissione in commercio e all'importazione di medicinali e di altri prodotti di rilevanza sanitaria; aa) tutela sociale della maternità ed interruzione volontaria della gravidanza, dipendenze, assistenza, integrazione sociale e diritti dei disabili; bb) istruzione e formazione in ambito scolastico, professionale, superiore o universitario; cc) trattamenti effettuati a fini di archiviazione nel pubblico interesse o di ricerca storica, concernenti la conservazione, l'ordinamento e la comunicazione dei documenti detenuti negli archivi di Stato negli archivi storici degli enti pubblici, o in archivi privati dichiarati di interesse storico particolarmente importante, per fini di ricerca scientifica, nonché per fini statistici da parte di soggetti che fanno parte del sistema statistico nazionale (Sistan); dd) instaurazione, gestione ed estinzione, di rapporti di lavoro di qualunque tipo, anche non retribuito o onorario, e di altre forme di impiego, materia sindacale, occupazione e collocamento obbligatorio, previdenza e assistenza, tutela delle minoranze e pari opportunità nell'ambito dei rapporti di lavoro, adempimento degli obblighi retributivi, fiscali e contabili, igiene e sicurezza del lavoro o di sicurezza o salute della popolazione, accertamento della responsabilità civile, disciplinare e contabile, attività ispettiva".

22 V. anche i Considerando nn. 8, 10, 41, 45, 53 GDPR.



inequivocabilmente che i dati genetici, biometrici o relativi alla salute non possano essere diffusi. Da ultimo, il GDPR opera un riferimento, all'art. 10, ai dati personali relativi a condanne penali e reati, quale ultima categoria di dati espressamente considerata nello specifico²³, dettando una disciplina ricalcata sul piano interno all'art. 2-*octies* del d.lgs. n.196/2003 così come modificato, ove si trova scritto che, fatto salvo quanto previsto dal d.lgs. 18 maggio 2018, n. 51²⁴, il trattamento di tali dati, che non avvenga sotto il controllo dell'autorità pubblica, è consentito solo ove autorizzato da una norma di legge o, nei casi previsti dalla legge, di regolamento, in presenza dunque di garanzie appropriate per i diritti e le libertà degli interessati. A tale previsione seguono poi una serie di ulteriori disposizioni volte ad autorizzare il trattamento di tali dati laddove previsto da una norma di legge ovvero, nei casi previsti dalla legge, di regolamento.

Ai fini della trattazione in esame un aspetto fondamentale pare quello sviluppato nell'ambito dell'art. 6 del GDPR concernente le condizioni di liceità delle operazioni di trattamento, laddove si esplicita che quest'ultimo è da ritenersi lecito solo se, e nella misura in cui, l'interessato abbia espresso il suo consenso libero e informato per una o più specifiche finalità (lett. a); ovvero il trattamento sia necessario:

- b) all'esecuzione di un contratto di cui l'interessato è parte o all'esecuzione di misure precontrattuali adottate su richiesta dello stesso;
- c) per adempiere un obbligo legale al quale è soggetto il titolare del trattamento;
- d) per la salvaguardia degli interessi vitali dell'interessato o di un'altra persona fisica;
- e) per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento;
- f) per il perseguimento del legittimo interesse del titolare del trattamento o di terzi, a condizione che nel bilanciamento di interessi non prevalgano gli interessi o i diritti e le libertà fondamentali dell'interessato richiedono l'adozione di misure di protezione dei dati personali.

La medesima previsione, in altri termini, si occupa specificamente di individuare la base giuridica sulla quale possano legittimamente fondarsi le operazioni di trattamento di dati personali, ricomprendendo, tra le altre ipotesi, operazioni di trattamento connesso allo svolgimento di compiti di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri (par. 1, lett. e)), nonché necessario per l'adempimento di un obbligo legale al quale è soggetto il titolare del trattamento (par. 1, lett. c)).

23 L'art. 10 dispone testualmente che *"il trattamento dei dati personali relativi alle condanne penali e ai reati o a connesse misure di sicurezza sulla base dell'articolo 6, paragrafo 1, deve avvenire soltanto sotto il controllo dell'autorità pubblica o se il trattamento è autorizzato dal diritto dell'Unione o degli Stati membri che preveda garanzie appropriate per i diritti e le libertà degli interessati. Un eventuale registro completo delle condanne penali deve essere tenuto soltanto sotto il controllo dell'autorità pubblica"*.

24 Provvedimento normativo adottato in attuazione della direttiva (UE) 2016/680 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativa alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, nonché alla libera circolazione di tali dati.

La base giuridica può essere individuata dalle fonti del diritto dell'Unione Europea, nonché, dal diritto dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento²⁵.

Il medesimo art. 6 par. 4, specifica poi che ove il trattamento per una finalità diversa da quella per la quale i dati personali sono stati raccolti non sia basato sul consenso dell'interessato o su un atto legislativo dell'Unione o degli Stati membri che costituisca una misura necessaria e proporzionata in una società democratica per la salvaguardia degli obiettivi di cui all'art. 23, par. 1, al fine di verificare se il trattamento per un'altra finalità sia compatibile con la finalità per la quale i dati personali sono stati inizialmente raccolti, il titolare del trattamento debba tener conto, di una serie di aspetti tra cui: ogni nesso tra le finalità per cui i dati personali sono stati raccolti e le finalità dell'ulteriore trattamento previsto; il contesto in cui i dati personali sono stati raccolti, in particolare relativamente alla relazione tra l'interessato e il titolare del trattamento; la natura dei dati personali, specialmente se siano trattate categorie particolari di dati personali ai sensi dell'articolo 9, oppure se siano trattati dati relativi a condanne penali e a reati ai sensi dell'articolo 10; le possibili conseguenze dell'ulteriore trattamento previsto per gli interessati; l'esistenza di garanzie adeguate, che possono comprendere la cifratura o la pseudonimizzazione²⁶.

Occorre pertanto sin d'ora porre in evidenza, con specifico riferimento al tema della base giuridica del trattamento, l'elemento di novità introdotto dal punto di vista soggettivo, secondo cui non opera più una distinzione tra amministrazioni pubbliche ed enti pubblici istituzionali, da un lato e enti pubblici economici, dall'altro, distinzione peraltro invece presente nel vecchio Codice della privacy sul piano nazionale, ove solo l'ente pubblico economico era assimilato agli enti privati²⁷.

25 Il par. 3 dell'art. 6 aggiunge che *“la finalità del trattamento è determinata in tale base giuridica o, per quanto riguarda il trattamento di cui al paragrafo 1, lettera e), è necessaria per l'esecuzione di un compito svolto nel pubblico interesse o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento. Tale base giuridica potrebbe contenere disposizioni specifiche per adeguare l'applicazione delle norme del presente regolamento, tra cui: le condizioni generali relative alla liceità del trattamento da parte del titolare del trattamento; le tipologie di dati oggetto del trattamento; gli interessati; i soggetti cui possono essere comunicati i dati personali e le finalità per cui sono comunicati; le limitazioni della finalità, i periodi di conservazione e le operazioni e procedure di trattamento, comprese le misure atte a garantire un trattamento lecito e corretto, quali quelle per altre specifiche situazioni di trattamento di cui al capo IX. Il diritto dell'Unione o degli Stati membri persegue un obiettivo di interesse pubblico ed è proporzionato all'obiettivo legittimo perseguito”*.

26 Cfr. in partic., in merito, il Cons. n. 26 del Regolamento e l'art. 32, par. 1, lett. a), ove si cita la *“pseudonimizzazione”* tra le possibili misure tecniche volte a garantire un livello di sicurezza adeguato al rischio; cfr. Garante, provv. 27 gennaio 2021, n. 34, doc. web n. 9549165. La stessa Corte di giustizia dell'Unione europea ha puntualizzato che *“dall'articolo 4, punto 5, del [Regolamento], in combinato disposto con tale considerando 26 di tale Regolamento, risulta che i dati personali che sono stati soltanto oggetto di pseudonimizzazione e che potrebbero essere attribuiti a una persona fisica mediante l'utilizzo di informazioni supplementari devono essere considerati informazioni su una persona fisica identificabile, ai quali si applicano i principi relativi alla protezione dei dati”* (cfr. CGUE, C-683/21, Nacionalinis visuomenės sveikatos centras, 5 dicembre 2023).

27 V. D. GIORIO, *Il GDPR negli enti pubblici fra opportunità e difficoltà operative*, in *Cyberspazio e diritto*, 2018, 19, pp. 141-158.



Il Regolamento europeo in questione, in altri termini, individua una base giuridica rispetto all'attività espletata nel pubblico interesse, ancorché perseguita e attuata da soggetti che abbiano una natura giuridica privatistica. Concezione ripresa sul piano interno e che si trova evidenziata nell'ambito della Relazione illustrativa al d.lgs. n. 101/2018, dalla quale emerge che le regole riguardanti la base giuridica del trattamento, quali condizioni di liceità del medesimo, riguardano il tipo di attività e non i soggetti che le compiono, ciò soprattutto rispetto alle attività di trattamento riconducibili alla definizione di pubblico interesse e all'esercizio di pubblici poteri. Con la conseguenza per cui anche un soggetto privato che svolge attività nell'interesse pubblico sarà assoggettato alla medesima base giuridica cui è ricondotto l'ente pubblico istituzionale, allorquando venga in essere un'attività di trattamento riconducibile alla definizione di pubblico interesse e all'esercizio di pubblici poteri²⁸.

2.2 La disciplina nazionale: le modifiche e integrazioni al Codice della protezione dei dati personali

Sotto il profilo dello strumento regolatorio, l'adozione di un regolamento in luogo della previgente Direttiva 95/46/CE ha concretizzato la volontà del legislatore sovranazionale di dettare una disciplina sostanzialmente omogenea in materia di trattamento, ma anche di libera circolazione, di dati personali, rispondendo alla necessità di determinare un'uniformazione della disciplina dei diversi Stati membri sull'argomento, riducendo i margini di evidente differenziazione lasciati in precedenza da uno strumento quale la direttiva²⁹. In tale senso, il Considerando n. 9 del GDPR, dopo aver fatto presente come la direttiva 95/46/CE non avesse impedito la frammentazione applicativa nella materia della protezione dei dati personali, pone in evidenza come «*la compresenza di diversi livelli di [...] protezione dei dati personali [...] negli Stati membri può ostacolare la libera circolazione dei dati personali all'interno dell'Unione*».

Come noto, il regolamento europeo rappresenta una fonte che, a differenza della direttiva, non richiede l'adozione di una espressa normativa nazionale di recepimento da parte dei singoli Stati membri. Tuttavia, al fine di armonizzare la disciplina interna con quella adottata a livello sovranazionale, il legislatore italiano ha adottato il d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101, in attuazione della legge di delegazione europea del 25 ottobre 2017, n. 163³⁰. Le previsioni del

28 In argomento si v. A. BARTOLINI – A. GIUSTI, *Finalità di rilevante interesse pubblico e particolari contrassegni*, in V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO (a cura di), *Il codice del trattamento dei dati personali*, Torino, 2007, pp. 379 ss.; G. ABBAMONTE, *La funzione amministrativa tra riservatezza e trasparenza*, in AA.VV., *L'amministrazione pubblica tra riservatezza e trasparenza. Atti del XXXV Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Milano, 1991, pp. 7 ss.

29 V. sul tema F. PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Dalla Direttiva 95/46 al nuovo Regolamento europeo*, vol. 1, Torino, Giappichelli, 2016; ID. *La protezione dei dati personali dalla direttiva al nuovo Regolamento: una sfida per le Autorità di controllo e una difesa per la libertà dei moderni*, in G. BUSIA, L. LIGUORI, O. POLLICINO (a cura di), *Le nuove frontiere della privacy nelle tecnologie digitali: bilanci e prospettive*, Napoli, 2016, 47-74.

30 In tal senso il par. 2 dell'art. 6 GDPR dispone che «*Gli Stati membri possono mantenere o introdurre disposizioni più specifiche per adeguare l'applicazione delle norme del presente regolamento con riguardo al trattamento, in conformità del paragrafo 1, lettere c) ed e), determinando con maggiore precisione requisiti specifici*



GDPR sono pertanto state recepite nell'ordinamento giuridico interno mediante il d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101, che ha innovato, modificandolo, il noto d.lgs. n. 196/2003 recante "*Codice in materia di protezione dei dati personali, recante disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento nazionale al regolamento (UE) n. 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016*" (d'ora in avanti, "*il Codice*")³¹.

La struttura della prima parte del Codice in materia di protezione dei dati personali, per effetto delle modifiche apportate d.lgs. n. 101/2018, è così organizzata:

Capo I - Oggetto, finalità e Autorità di controllo; Capo II – Principi; Capo III - Disposizioni in materia di diritti dell'interessato; Capo IV - Disposizioni relative al titolare del trattamento e al responsabile del trattamento.

Il Capo I esplicita che il trattamento dei dati personali è disciplinato dal GDPR e dal Codice e che la funzione di quest'ultimo è, appunto, quella di adeguare le disposizioni nazionali al Regolamento UE. In particolare, l'art. 1 del d.lgs. n. 196/2003 stabilisce che "*il trattamento dei dati personali avviene secondo le norme del regolamento (UE) 2016/679 e del presente Codice, nel rispetto della dignità umana e dei diritti fondamentali della persona*". Si aggiunge all'art. 2-bis che l'Autorità di controllo Nazionale – prevista per ciascuno dei Paesi membri UE – è rappresentata dal preesistente *Garante per la protezione dei dati personali*, di seguito "*Garante*"³².

Il Capo II è nello specifico dedicato ai principi della protezione dei dati, con particolare riferimento:

- i) al trattamento dei dati personali effettuato per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri (art. 2-ter);
- ii) all'introduzione di regole deontologiche in relazione a determinate tipologie di trattamento (art. 2-quater);

per il trattamento e altre misure atte a garantire un trattamento lecito e corretto anche per le altre specifiche situazioni di trattamento di cui al capo IX".

31 In argomento, si v. tra gli altri, in dottrina, S. MESSINA, *L'adeguamento della normativa nazionale al Regolamento*, in V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, Giappichelli, 2019, p. 119 e ss.; G. NUCCI, *GDPR: struttura e contenuti del D.Lgs. n. 101/2018*, in *Azienditalia (Online)*, 2018, 25, pp. 1237-1246; M. CASTELLANETA, *L'incidenza del regolamento GDPR sul quadro normativo esistente*, in *Notariato*, 2018, 3, pp. 259-265.

32 Nell'ambito europeo, invece, quali autorità di controllo si annoverano il *Garante europeo della protezione dei dati* (GEPD), autorità di controllo indipendente il cui ruolo consiste nel garantire che le istituzioni e gli organi dell'UE adempiano ai loro obblighi in materia di protezione dei dati, dunque avente essenzialmente funzioni di controllo, consultazione e cooperazione e il *Comitato europeo per la protezione dei dati* (EDPB), denominato in precedenza "Gruppo dell'articolo 29", avente lo status di organismo dell'UE dotato di personalità giuridica e che dispone di un segretariato indipendente, composto altresì da rappresentanti delle autorità di controllo nazionali, del GEPD e della Commissione. L'EDPB dispone di ampi poteri allo scopo di risolvere le controversie tra le autorità di vigilanza nazionali e svolge altresì attività di consulenza e orientamento in merito ai concetti chiave dell'RGPD e circa la direttiva sull'applicazione della legge sulla protezione dei dati. Si v. in dottrina A. SIMONATI, *Il Garante Europeo della protezione dei dati personali come A.D.R.*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 6/2016, pp. 1653-1688.



iii) alle modalità di acquisizione del consenso dei minori in relazione all'offerta diretta dei servizi della società dell'informazione (art. 2-*quinquies*);

iv) al trattamento di categorie particolari di dati personali necessario per motivi di interesse pubblico rilevante (art. 2-*sexies*);

v) al trattamento delle particolari categorie di dati per motivi di interesse pubblico rilevante, con riferimento ai quali l'art. 2-*sexies* individua 25 differenti finalità e modalità di trattamento, oltre a quelle relative a dati genetici, biometrici e relativi alla salute, per le quali sono previste ulteriori e specifiche misure di tutela anche da parte del Garante per la protezione dei dati personali (art. 2-*septies*);

vi) al trattamento di dati relativi a condanne penali e reati per i quali viene prevista anche l'adozione di misure di garanzia da parte del Ministero della Giustizia, sentito il Garante (art. 2-*octies*);

vii) ai dati personali oggetto di trattamento da parte dalla Presidenza della Repubblica, dal Parlamento e dalla Corte costituzionale (art. 2-*novies*);

viii) all'inutilizzabilità dei dati personali trattati illegittimamente (art. 2-*decies*).

Il Capo III concerne i diritti dell'interessato al trattamento. Nello specifico sono individuati sei casi di limitazione ai diritti dell'interessato (art. 2-*undecies*) in particolare: a) in materia di disciplina anti-riciclaggio; b) per le vittime di richieste estorsive; c) per l'attività di Commissioni parlamentari d'inchiesta; d) per finalità inerenti alla politica monetaria e valutaria, al sistema dei pagamenti, al controllo degli intermediari e dei mercati creditizi e finanziari, nonché alla tutela della loro stabilità; e) per le investigazioni difensive o per l'esercizio di un diritto in sede giudiziaria; f) per l'identità del dipendente che segnala l'illecito di cui sia venuto a conoscenza in ragione del proprio ufficio (c.d. *whistleblowing*).

Inoltre, l'art. 2-*duodecies* estende le limitazioni ai trattamenti svolti per ragioni di giustizia, definiti come quelli connessi "*alla trattazione giudiziaria di affari e di controversie, i trattamenti effettuati in materia di trattamento giuridico ed economico del personale di magistratura, nonché i trattamenti svolti nell'ambito delle attività ispettive su uffici giudiziari*".

Infine, sono specificamente disciplinate le modalità del trattamento e dei diritti dell'interessato concernenti persone decedute (art. 2-*terdecies*).

Il Capo IV reca disposizioni relative alle figure soggettive del Titolare e del Responsabile del trattamento, oltre che all'incaricato allo svolgimento di specifici compiti e funzioni (art. 2-*quaterdecies*), non espressamente menzionato con il nome di "incaricato" anche nell'ambito del GDPR, laddove si opera un riferimento alle "*persone autorizzate al trattamento dei dati personali*" (art. 28, paragrafo 3, lett. b) e a "*chiunque*" agisca sotto l'autorità del Titolare o del Responsabile del trattamento (art. 29).

Viene inoltre recepita dal Codice la "nuova" figura del Responsabile della protezione dei dati (c.d. *Data Protection Officer – D.P.O.*), specificandosi espressamente come lo stesso sia il referente anche in relazione ai trattamenti effettuati dalle autorità giudiziarie nell'esercizio delle loro funzioni (art. 2-*sexiesdecies*).

Il d.l. 8 ottobre 2021, n. 139, conv. con modif. dalla l. 3 dicembre 2021, n. 205, di seguito, è intervenuto abrogando l'art. 2-*quinquiesdecies* con riferimento ai trattamenti svolti per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico che possano presentare elevati rischi, per i



quali secondo la disciplina previgente era espressamente attribuita al Garante per la protezione dei dati personali una potestà regolamentare all'adozione di specifiche misure di garanzia della posizione dell'interessato che il titolare del trattamento era tenuto ad impiegare.

La Parte II del Codice (già "Disposizioni relative a specifici settori"), è oggi espressamente rubricata "*Disposizioni specifiche per i trattamenti necessari per adempiere ad un obbligo legale o per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri nonché disposizioni per i trattamenti di cui al capo IX del Regolamento*". Tale parte presenta un indubbio rilievo ai fini della presente trattazione, come si avrà modo di esporre più ampiamente nel prosieguo della presente trattazione, per quanto specificamente concerne la base giuridica delle operazioni di trattamento. In dettaglio, sono dettate disposizioni riferite a specifiche situazioni, richiamate nel Capo IX del GDPR, con riguardo ai trattamenti di dati personali per fini di sicurezza nazionale o difesa, oltre che per quanto specificamente concerne la disciplina del trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali. A tal riguardo, la disciplina nazionale opera un rinvio anche al d.lgs. 18 maggio 2018 n. 51, con cui è stata attuata a livello interno la direttiva (UE) 2016/680, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016.

L'adeguamento al GDPR viene attuato, inoltre, anche con la previsione di atti regolamentari generali da emanare a cura del Presidente del Consiglio dei Ministri su proposta delle autorità di volta in volta interessate (ad esempio del Ministero della difesa per i trattamenti per fini di sicurezza nazionale o difesa), nonché mediante l'ampio ricorso a regole deontologiche già promosse dal Garante dei dati personali la cui violazione, secondo il comma 4 del nuovo art. 2-*quater* del Codice, è causa di illegittimità dei trattamenti³³.

In merito alla finalità dei trattamenti vengono introdotte disposizioni di particolare rilievo, al fine di garantire la tutela degli interessi contrapposti, come nel caso:

- del diritto di accesso civico, per il quale i presupposti, le modalità e i limiti per il suo esercizio restano disciplinati dal d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33³⁴. Al riguardo le esigenze di

33 Si tratta, in particolare, delle operazioni di trattamento dei dati personali provenienti da archivi, registri, elenchi, atti o documenti tenuti da soggetti pubblici (art. 61 del Codice), relativi ad attività di studio e ricerca (art. 100 del Codice), a fini di archiviazione nel pubblico interesse o di ricerca storica (art. 102 del Codice), per la consultazione di documenti conservati in archivi (art. 103 del Codice), per scopi statistici o scientifici (art. 106 del Codice), per il consenso dell'interessato al trattamento di dati sensibili e giudiziari (art. 107 del Codice), da parte di soggetti che fanno parte del Sistema statistico nazionale (art. 108 del Codice), nell'ambito del rapporto di lavoro (art. 111 del Codice), riferiti ad attività giornalistiche e ad altre manifestazioni del pensiero (art. 139 del Codice).

34 Cfr. l'art. 5, comma 1, lett. a), n. 3) del d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33. V. altresì le relative Linee guida ANAC adottate d'intesa con il Garante per la protezione dei dati personali sul punto. Di norma, ai sensi di tale previsione, la soddisfazione dell'interesse alla conoscenza, in presenza di qualsiasi confliggente interesse pubblico o privato, è subordinata ad una valutazione dell'amministrazione, quale esercizio di discrezionalità pura, circa la presenza di un pregiudizio concreto e, dunque, nel senso della ponderazione in concreto tra gli interessi che vengono in rilievo in quella fattispecie. Cfr. anche Garante Privacy, Parere su istanza di accesso civico, 3 ottobre 2022, doc. web n. 9860423 e Parere sempre in merito ad istanza di accesso civico del 13 aprile 2023, doc. web 9888170.



contemperamento degli opposti interessi in gioco riguardano il rapporto tra libertà di informazione e protezione dei dati personali. L'art. 5-bis, comma 2, lett. a), d.lgs. n. 33/2013, come noto, prevede, infatti, che la richiesta di accesso vada rifiutata "se il diniego è necessario per evitare un pregiudizio concreto alla tutela di uno dei seguenti interessi privati: a) la protezione dei dati personali, in conformità con la disciplina legislativa in materia [...]"³⁵.

- del diritto di accesso ai documenti amministrativi, secondo le disposizioni di cui alla legge 7 agosto n. 241, che – come noto – consente il trattamento concernente dati genetici, relativi alla salute, alla vita sessuale o all'orientamento sessuale della persona, solo se la situazione giuridicamente rilevante che si intende tutelare con l'istanza è di rango almeno pari ai diritti dell'interessato³⁶.

35 V. in materia F. LORÈ, *La trasparenza amministrativa, tra conoscibilità e tutela dei dati personali*, in *Federalismi.it*, n.4/2021; I. NICOTRA, *La dimensione della trasparenza tra diritto alla accessibilità totale e protezione dei dati personali alla ricerca di un equilibrio costituzionale*, in *Federalismi.it*, 11/2015. Sull'accesso civico generalizzato, invece, cfr. *ex multis*, M. SAVINO, *Il FOIA italiano e i suoi critici: per un dibattito scientifico meno platonico*, in *Dir. amm.*, 3, 2019, pp. 453 ss.; E. CARLONI, G. PETTINARI, *Obblighi di pubblicazione e affermative disclosure. La trasparenza oltre la libertà di informazione*, in G. GARDINI, M. MAGRI (a cura di), *Il FOIA italiano: vincitori e vinti. Un bilancio a tre anni dall'introduzione*, Santarcangelo di Romagna, 2019, pp. 185 ss.; G. GARDINI, *La nuova trasparenza amministrativa: un bilancio a due anni dal "FOIA Italia"*, in *Federalismi.it*, n. 19, 2018; D.U. GALETTA, *Accesso (civico) generalizzato ed esigenze di tutela dei dati personali*, in *Federalismi.it*, 10, 2018, pp. 24 ss.; F. NOTARI, *Le criticità di un primo monitoraggio del FOIA italiano: il ruolo di Anac, Garante privacy e giudici amministrativi*, in *Federalismi.it*, 18, 2018, p. 16; S. VILLAMENA, *Il c.d. FOIA (o accesso civico 2016) ed il suo coordinamento con istituti consimili*, in *Federalismi.it*, 23, 2016, pp. 2 ss. La dottrina nel tempo espressasi sul principio di trasparenza appare sterminata. Tra gli altri si v. A. CORRADO, *La "trasparenza" nella legislazione italiana*, in M. A. SANDULLI, (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 1414; M. R. SPASIANO, *I principi di pubblicità, trasparenza e imparzialità*, in M. A. SANDULLI, (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., p. 117 ss.; D. U. GALETTA, *La trasparenza, per un nuovo rapporto tra cittadino e Pubblica Amministrazione: un'analisi storico-evolutiva, in una prospettiva di diritto comparato ed europeo*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, n. 5, 2016, pp. 1019 ss.; L. CALIFANO - C. COLAPIETRO (a cura di), *Le nuove frontiere della trasparenza nella dimensione costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014; F. MERLONI, *Trasparenza delle amministrazioni e principio democratico* e C. MARZUOLI, *La trasparenza come diritto civico alla pubblicità*, entrambi in F. MERLONI (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, 2008, pp. 20 ss. e 48 ss.; G. ARENA, voce *Trasparenza amministrativa*, in *Diz. Dir. pubbl.*, Giuffrè, Milano, 2006, vol. VI, spec. p. 5949; M. A. SANDULLI, *Accesso alle notizie e ai documenti amministrativi*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento IV, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 1 ss. Ancora sulla tematica oggetto di studio v. G. ABBAMONTE, *La funzione amministrativa tra riservatezza e trasparenza. Introduzione al tema*, in AA. VV., *L'amministrazione pubblica tra riservatezza e trasparenza*, Atti del XXXV Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione 1989, Giuffrè, Milano, 1991, pp. 13 ss.

36 In tal senso l'art. 59 dispone in particolare che "Fatto salvo quanto previsto dall'articolo 60, i presupposti, le modalità, i limiti per l'esercizio del diritto di accesso a documenti amministrativi contenenti dati personali, e la relativa tutela giurisdizionale, restano disciplinati dalla legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni e dalle altre disposizioni di legge in materia, nonché dai relativi regolamenti di attuazione, anche per ciò che concerne i tipi di dati di cui agli articoli 9 e 10 del regolamento e le operazioni di trattamento eseguibili in esecuzione di una richiesta di accesso". Cfr. in dottrina F. FRANCIOSI, *Il diritto di accesso deve essere una garanzia effettiva e non una mera declamazione retorica*, in *Federalismi.it*, 2019; F. MIDIRI, *GDPR e accesso ai documenti amministrativi (Nota a TAR Lombardia, Milano, sez. I, 27 agosto 2018, n.2024)*, in *Foro amm.*, 2018, 5, pp. 2217-2233.



Il Reg. UE n. 2016/679, al Considerando 154, stabilisce in merito che *"il presente regolamento ammette, nell'applicazione delle sue disposizioni, che si tenga conto del principio del pubblico accesso ai documenti ufficiali. L'accesso del pubblico ai documenti ufficiali può essere considerato di interesse pubblico"*. Tale ultima previsione si collega, a sua volta, alla definizione di *"trattamento necessario per motivi di interesse pubblico"*, formula che consente alcune deroghe ai generali limiti sulla gestione e archiviazione dei dati personali³⁷. Occorre poi tener conto di quanto disposto dal Considerando n. 69 del GDPR il quale chiarisce che *"qualora i dati personali possano essere lecitamente trattati, essendo il trattamento necessario per l'esecuzione di un compito svolto nel pubblico interesse oppure nell'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento, ovvero per i legittimi interessi di un titolare del trattamento o di terzi, l'interessato dovrebbe comunque avere il diritto di opporsi al trattamento dei dati personali che riguardano la sua situazione particolare. È opportuno che incomba al titolare del trattamento dimostrare che i suoi interessi legittimi cogenti prevalgono sugli interessi o sui diritti e sulle libertà fondamentali dell'interessato"*. Specifiche modalità di trattamento sono previste poi per la consultazione dei documenti conservati negli archivi di Stato, in quelli storici degli enti pubblici dichiarati di interesse storico, la cui disciplina rimane dettata dal d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 e dalle relative regole di condotta e deontologiche.

Ancora, sono previste delle eccezioni per il trattamento di dati personali da parte di soggetti che fanno parte del Sistema statistico nazionale, la cui disciplina rimane dettata dal d.lgs. 6 settembre 1989, n. 322 e dalle relative regole deontologiche di cui all'art. 106 del Codice.

Allo stesso modo, è disciplinato in maniera differente il trattamento di dati sanitari a fini di ricerca scientifica o a fini statistici da parte di soggetti terzi che svolgano principalmente tali attività, che può essere autorizzato dal Garante laddove, a causa di particolari ragioni, informare gli interessati risulta impossibile o implica uno sforzo sproporzionato, oppure rischia di rendere impossibile o di pregiudicare gravemente il conseguimento delle finalità della ricerca.

Altre disposizioni contribuiscono a precisare i limiti del trattamento come a titolo esemplificativo: per il consenso e le informazioni da fornire all'interessato in ambito sanitario; per gli studenti, per i *curricula* spontaneamente trasmessi *"al fine dell'instaurazione di un rapporto di lavoro"*; per la durata dell'archiviazione dei dati trattati per la ricerca scientifica o storica o per fini statistici; per i fornitori di servizi di comunicazione elettronica accessibile al pubblico e, infine, per l'attività giornalistica.

La Parte III del Codice è dedicata alla tutela dell'interessato e relative sanzioni. Nel titolo I, al Capo I, costituito dall'art. 140-*bis*, si esplicita il principio per cui l'interessato, a sua scelta, possa proporre ricorso dinanzi all'autorità giudiziaria, ovvero reclamo al Garante secondo la disciplina dettata dagli artt. 142, 143 e 144 del Codice nella nuova formulazione introdotta dal

37 Sull'accesso si v. anche M. LIPARI, *Il diritto di accesso e la sua frammentazione dalla legge n. 241/1990 all'accesso civico: il problema delle esclusioni e delle limitazioni oggettive*, in *Federalismi.it*, n. 17, 2019; AA.VV., *L'accesso ai documenti. Limiti, procedimento, responsabilità*, Milano, 2006, pp. 295 ss.; M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *Accesso ai documenti e tutela della riservatezza*, Bari, 2000; M.A. SANDULLI, *Accesso alle notizie e ai documenti amministrativi*, in *Enc. dir.*, IV agg., Milano, 2000, 1 ss.; A. ROMANO TASSONE, *A chi serve il diritto di accesso?*, in *Dir. amm.*, 1995, 315 ss.



decreto e ai sensi peraltro dell'art. 77 del Regolamento. Nel caso di reclamo al Garante, avverso la relativa decisione può essere proposto ricorso giurisdizionale.

Il titolo II è specificamente dedicato al Garante, ai suoi componenti, all'obbligo del segreto, agli emolumenti, al c.d. *pantouflage*, ossia al divieto di trattare nei due anni successivi alla cessazione dell'incarico procedimenti davanti al Garante (art. 153), ai compiti del medesimo, tra cui si segnala quello di disciplinare con proprio Regolamento "le modalità specifiche dei procedimenti relativi all'esercizio dei compiti e dei poteri ad esso attribuiti dal Regolamento e dal presente codice" (art. 154), ai poteri (artt. 154-bis, 158 e 160), tra i quali anche quello di citare in giudizio il Titolare e il Responsabile del trattamento (art. 154-ter), e all'organizzazione dell'Ufficio (art. 156)³⁸.

Alle sanzioni è dedicato il titolo III che, in particolare a seguito delle modifiche introdotte dal d.lgs. 101/2018, individua all'art. 166 i criteri di applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie e il procedimento per l'adozione dei provvedimenti correttivi e sanzionatori, peraltro richiamando le specifiche previsioni del Regolamento sul punto³⁹.

Inoltre, la nuova versione dell'art. 167 individua nei primi 3 commi specifiche fattispecie penali, a cui si aggiungono quelle contenute negli artt. 167-bis, 167-ter, 168, 170, definendo i rapporti tra il Garante ed il Pubblico Ministero in presenza di reati ed enunciando un'ipotesi di riduzione della pena. All'art. 167, comma 6 nella nuova formulazione del Codice si dispone, inoltre, in tema di divieto del *ne bis in idem*, che laddove per lo stesso fatto sia stata applicata a norma del Codice o del Regolamento a carico dell'imputato o dell'ente una sanzione amministrativa pecuniaria dal Garante e questa sia stata riscossa, la pena vada diminuita⁴⁰.

Il d.lgs. n.101/2018 contiene due ultimi Capi dedicati, rispettivamente, alle disposizioni processuali ed alle disposizioni transitorie, finali e finanziarie. Il quinto capo, costituito dal solo articolo 17, modifica, con riferimento alle controversie in materia di protezione dei dati personali, il d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150, recante "Disposizioni complementari al codice di procedura civile in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione". L'ultimo capo, con i suoi 10 articoli, si articola innanzitutto in disposizioni sui procedimenti sanzionatori e sulla trattazione delle questioni sorte prima dell'entrata in vigore del Decreto, in relazione ai quali si segnala la necessità, da parte dell'interessato, di dichiarare di rinunciare

38 Per un'approfondita e più generale analisi circa i poteri del Garante si v. tra gli altri: S. FRANCA, *I dati personali nell'amministrazione pubblica. Attività di trattamento e tutela del privato*, Editoriale scientifica, Napoli, 2023, in partic. 217 ss.; M BOMBARDELLI, voce *Dati personali (tutela dei)*, in *Enc. dir., I tematici*, III, Milano, 2022, pp. 351 ss.; L. CALIFANO, *Il ruolo di vigilanza del Garante per la protezione dei dati personali*, in *Federalismi.it*, 33, 2020; P. ZUDDAS, *L'Autorità di controllo: il "nuovo" Garante per la protezione dei dati personali*, in S. SCAGLIARINI (a cura di), *Il "nuovo" Codice in materia di protezione per i dati personali*, Torino, 2019, 264 ss.

39 Si fa riferimento, nello specifico, ai provvedimenti correttivi di cui all'art.58, par. 2, del Regolamento, nonché alle sanzioni di cui all'art. 83 del medesimo Regolamento e di cui ai commi 1 e 2.

Cfr. in dottrina F. MODAFFERI, *Il Garante per la protezione dei dati personali può infliggere sanzioni amministrative pecuniarie anche ad autorità pubbliche e/o organismi pubblici* (Cass., ordinanza 11 ottobre 2023, n. 28285), in *RU Risorse umane nella pubblica amministrazione*, 1/2024, pp. 70-87.

40 V. M. OROFINO, *Ne bis in idem e sistema sanzionatorio nella disciplina della protezione dei dati personali dopo l'adozione del GDPR*, in *Dir. pubb. comp. e europeo*, 2019, 4, pp. 1139-1174.



o meno ai reclami, segnalazioni o ricorsi già presentati (artt. 18 e 19), sui codici di deontologia e sulle autorizzazioni generali del Garante previgenti al Decreto (artt. 20 e 21).

Tra le rimanenti norme si segnala l'art. 22, relativo ad *“altre disposizioni transitorie e finali”* che, tra le altre previsioni, precisa come il decreto e le disposizioni dell'ordinamento nazionale si interpretino e si applichino alla luce del GDPR e così come dal 25 maggio 2018 i provvedimenti del Garante continuino ad applicarsi in quanto compatibili con il GDPR e con le disposizioni del suddetto decreto⁴¹.

3. L'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri come base giuridica di per sé valida per il trattamento dei dati comuni o ordinari

Sul piano nazionale, inizialmente, ai sensi dell'art. 27, comma 1, della l. n. 675/1996, il trattamento da parte di soggetti pubblici doveva ritenersi *“consentito soltanto per lo svolgimento delle funzioni istituzionali, nei limiti stabiliti dalla legge e dai regolamenti”*; lo stesso art. 18 del d.lgs. n. 196/2003, di seguito, aveva esplicitato sul piano legislativo interno come i soggetti pubblici potessero sempre trattare dati personali per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, nel rispetto dei limiti previsti dalle norme di legge e di regolamento⁴².

In merito, dunque, occorre anzitutto osservare come le previsioni interne non si limitassero a trasporre il contenuto delle previsioni europee⁴³, con riferimento all'espletamento di compiti a rilevanza pubblicistica al fine di individuare una differente disciplina per i trattamenti in ambito pubblico, bensì operassero un riferimento espresso alla natura pubblicistica o privatistica del soggetto titolare del trattamento. Ciò, peraltro, non tanto allo scopo di istituire sul piano interno un regime speciale per i soggetti dell'ambito pubblicistico, peraltro in assenza di una indicazione di tale tipo nella normativa comunitaria – ma verosimilmente in ottica di semplificazione rispetto alla disciplina europea, assumendo la natura pubblica del soggetto quale *“presunzione”* circa lo stesso carattere pubblico della finalità di trattamento⁴⁴.

Da un'attenta analisi delle evidenziate previsioni del GDPR emerge con evidenza come nelle fattispecie in cui il Titolare del trattamento – ovvero sia colui che decide per quali

41 Abrogato invece dal d.l. n. 139/2021 il comma 3 che disponeva come, sino all'adozione dei corrispondenti provvedimenti generali, i trattamenti già in corso alla data di entrata in vigore del decreto, potessero proseguire qualora avvenissero in base a espresse disposizioni di legge o regolamento o atti amministrativi generali, ovvero nel caso in cui fossero stati sottoposti a verifica preliminare o autorizzazione del Garante.

42 Sulla disciplina interna previgente cfr. in partic. F. MIDIRI, *Il diritto alla protezione dei dati. Regolazione e tutela*, Napoli, 2017; C. ZUCHELLI, *Regole generali per il trattamento dei dati nelle amministrazioni pubbliche*, in G. SANTANIELLO (a cura di), *La protezione dei dati personali*, vol. XXXVI, *Trattato di diritto amministrativo*, Padova, 2005, p. 100; E. FONTE, *Regole ulteriori per i soggetti pubblici*, in G.P. CIRILLO (a cura di), *Il codice sulla protezione dei dati personali*, Milano, 2004, p. 91.

43 Si v., in partic., il contenuto della Direttiva 95/46/CE, la quale individuava quale base giuridica autonoma quella dei trattamenti necessari *“per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento”*.

44 Cfr. in merito a tale ricostruzione F. CARDARELLI, *Il trattamento dei dati personali in ambito pubblico: i soggetti ed i rapporti tra le fonti*, in F. CARDARELLI, S. SICA, V. ZENO-ZENCOVICH, *Il codice dei dati personali: temi e problemi*, Milano, 2004, pp. 207 ss.



“finalità” e con quali “mezzi” siano impiegati i dati – sia un’ autorità pubblica, i presupposti e le modalità di utilizzo si differenzino chiaramente da quelli delineati per il trattamento di dati personali operato da soggetti privati⁴⁵. Come posto in luce, in primo luogo, quanto rileva è la possibile base giuridica del trattamento che, infatti, nell’ ipotesi in cui sia coinvolta un’ amministrazione pubblica può essere rappresentata non soltanto dal consenso dell’ interessato, ovvero dall’ esistenza di un obbligo legale rispetto al trattamento, bensì anche dalla necessità del trattamento “per l’ esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all’ esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento”⁴⁶.

In particolare, un conflitto interpretativo è sorto anche in dottrina all’ indomani dell’ entrata in vigore della normativa di cui trattasi, nella misura in cui il dettato dell’ art. 6 del GDPR possa essere alternativamente inteso, in un senso restrittivo, quale pura e semplice norma di rinvio ai casi e ai modi in cui una specifica disposizione di legge debba consentire e disciplinare il trattamento dei dati personali per finalità di pubblico interesse, oppure, secondo differente esegesi, quale previsione di per sé sufficiente a fondare la base giuridica del trattamento dei dati comuni o ordinari ad opera dell’ amministrazione, se e in quanto ciò si renda necessario per provvedere in concreto alla cura dell’ interesse pubblico⁴⁷.

La prima interpretazione, peraltro, sembra quella che, in prima battuta, pare essersi affermata anche nella prassi applicativa; tuttavia, la seconda opzione interpretativa si ritiene maggiormente equilibrata e preferibile per una serie di ragioni, di seguito esplicitate.

In primo luogo, non si può non rilevare, da un’ analisi del dato testuale dell’ art. 6 del GDPR, come l’ ipotesi della esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all’ esercizio di pubblici poteri (di cui alla lett. e) del par. 1) rappresenti una base giuridica differente rispetto agli altri specifici casi rappresentati dal consenso (lett. a)) e dall’ obbligo legale (lett. c)). Dunque, se la differenza appare chiara rispetto all’ ipotesi del consenso, la medesima difformità deve ravvisarsi ed avere senso anche con riguardo al presupposto dell’ obbligo legale.

45 V. G. CARULLO, *Trattamento di dati personali da parte delle pubbliche amministrazioni e natura del rapporto giuridico con l’ interessato*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2020, 1-2, pp. 131-163.

46 Per tutti v. in merito F. CARDARELLI, *Base giuridica per il trattamento di dati personali effettuato per l’ esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all’ esercizio di pubblici poteri*, in G. FINOCCHIARO, R. D’ ORAZIO, O. POLLICINO, G. RESTA (a cura di), *Codice della privacy e data protection*, Giuffrè, Milano, 2021, ove si precisa che: “L’ art. 6 del Regolamento elenca sei basi giuridiche (le quali rappresentano quindi i presupposti di legittimazione del trattamento) che rendono lecito e legittimo, fin dall’ origine, il trattamento di dati “comuni”. Tale disposizione, riprendendo quasi integralmente le previsioni dell’ art. 7 della dir. 95/46/CE, àncora la liceità del trattamento alla sussistenza di presupposti che si fondano due requisiti generali alternativi (il consenso dell’ interessato — par. 1, lett. a — oppure la necessità del trattamento — par. 1, lett. b-f). Tra queste ipotesi di trattamento necessario le lett. c) ed e) della disposizione contemplano “c) l’ adempimento di un obbligo legale al quale è soggetto il titolare del trattamento”, e “e) l’ esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all’ esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento”.

47 Cfr. in argomento S. COPPOLA, *Il GDPR al confronto con ‘comunicazione’ e ‘diffusione’ di dati personali da parte della PA*, in *Rivista elettronica di Diritto, Economia e Management*, 2021, 2, pp. 148-164.



In tale ultima fattispecie, infatti, una norma di legge espressamente prevede l'impiego dei dati come necessario, di fatto rendendo superflua una valutazione sotto tale profilo⁴⁸ e ad ogni modo ponendosi come indifferente la natura pubblica o privata del soggetto tenuto all'osservanza del medesimo obbligo. Così, se è vero che come previsto testualmente dal GDPR il trattamento per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o per l'esercizio di pubblici poteri rappresenta una base od un requisito alternativo, significa, di conseguenza, che la valutazione di necessità del trattamento occorre sia rimessa in tal caso all'amministrazione procedente, alla quale evidentemente la legge ha attribuito il potere di curare l'interesse pubblico in una data materia o per una determinata funzione. Diversamente interpretata, infatti, la previsione normativa *de qua* non avrebbe senso, poiché tale fattispecie di cui alla lett. e) verrebbe ad essere interamente assorbita nella predetta ipotesi dell'obbligo legale e, dunque, laddove fosse stato questo l'effetto voluto dal legislatore, la norma in questione, più semplicemente, sarebbe stata strutturata con la previsione dell'ipotesi del consenso dell'interessato e dell'ulteriore caso rispetto al quale il trattamento possa ritenersi lecito nei soli casi e modi previsti dalla legge, pertanto senza distinzione tra i suddetti casi dell'adempimento dell'obbligo legale e del perseguimento di finalità di tutela del pubblico interesse.

In secondo luogo, quale ulteriore argomentazione a sostegno della predetta tesi interpretativa estensiva, si ritiene si collochi la stessa previsione di cui all'art. 9 del GDPR il quale vieta in maniera espressa unicamente il trattamento dei dati riconducibili a categorie particolari, che rivelino cioè *"l'origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, o l'appartenenza sindacale, (...) dati genetici, dati biometrici (...) dati relativi alla salute o alla vita sessuale o all'orientamento sessuale"*⁴⁹.

48 In tal senso anche F. CARDARELLI, *Base giuridica per il trattamento di dati personali effettuato per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri*, cit., p. 1016, il quale sottolinea la necessità della distinzione, riconducendo l'ipotesi della esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri nell'ambito del più generale principio di legalità dell'azione amministrativa. Tale ricostruzione interpretativa conduce necessariamente ad ammettere che, in tale specifica ipotesi della esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri, la valutazione di necessità sia effettuata dall'amministrazione alla quale la legge già ha attribuito il potere di curare l'interesse pubblico.

49 Per le quali, ad ogni modo, l'art. 9 fa comunque salva la possibilità di trattamento da parte delle pubbliche amministrazioni nelle ipotesi in cui il trattamento è necessario *"per motivi d'interesse pubblico rilevante sulla base del diritto dell'Unione o degli Stati membri, che deve essere proporzionato alla finalità perseguita, rispettare l'essenza del diritto alla protezione dei dati e prevedere misure appropriate e specifiche per tutelare i diritti fondamentali e gli interessi dell'interessato"* o *"per motivi d'interesse pubblico nel settore della sanità pubblica, quali la protezione da gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero o la garanzia di parametri elevati di qualità e sicurezza dell'assistenza sanitaria e dei medicinali e dei dispositivi medici sulla base del diritto dell'Unione o degli Stati membri che prevede misure appropriate e specifiche per tutelare i diritti e le libertà dell'interessato, in particolare il segreto professionale"*. Tra gli altri, pone in evidenza che è sempre l'esigenza di tutela di un interesse generale che giustifica l'eccezione al divieto A. THIENE, *Art 9. Profili generali*, in R. D'ORAZIO, G. FINOCCHIARO, O. POLLICINO, G. RESTA (a cura di), *Codice della privacy e data protection*, Milano, 2021, pp. 241 ss. V. altresì, in argomento, F. CORTESE, *Art 2-sexies. Trattamento di*



Ciò significa che, in linea di principio, il trattamento dei dati comuni o ordinari non è di per sé vietato dalla normativa eurounitaria, ma deve ritenersi lecito laddove sussista una delle basi giuridiche predette e indicate dal GDPR, tra le quali figura a pieno titolo – come esposto – oltre al consenso, anche l’esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all’esercizio di pubblici poteri⁵⁰.

In tal senso – si ritiene – si attribuisca anche un più preciso significato, sul piano logico e sistematico, proprio alla esplicita previsione del divieto di trattamento espresso soltanto per le categorie particolari: tale divieto di trattamento non si pone in senso generale per i dati personali, ma tale preclusione è prevista unicamente nel caso dei dati sensibili o particolari; al contrario, si ravvisa una generale previsione di liceità alle condizioni previste dall’art 6 del GDPR, tra le quali figura a chiare lettere la stessa ipotesi della necessità del trattamento per finalità di cura del pubblico interesse. Sempre a sostegno di tale tesi volta a ritenere lecito il trattamento dei dati comuni o ordinari da parte della pubblica amministrazione, se e in quanto esso si renda necessario per provvedere alla cura in concreto dell’interesse pubblico, si colloca lo stesso argomento per cui la finalità perseguita dal GDPR, in senso generale, non pare sia stata quella di vietare, ma al contrario di consentire la libera circolazione dei dati nell’ambito europeo⁵¹. Si ritiene pertanto che un’interpretazione letterale, bensì anche sistematica, delle norme del GDPR non offra valide ragioni per far ritenere superato quanto pacificamente considerato prima delle modifiche introdotte dal menzionato d.lgs. n. 101/2018 al Codice della *privacy* sul piano interno, in ordine alla possibilità per i soggetti pubblici di trattare dati personali comuni anche in assenza di una specifica norma di legge volta a prevedere espressamente tale trattamento⁵².

Al contrario, si può correttamente ravvisare nello stesso art. 6 GDPR la base giuridica sufficiente per rientrare nel rispetto del principio di legalità dell’azione amministrativa e del “*fondamento legittimo previsto dalla legge*” richiesto per il trattamento dei dati personali dal medesimo art. 8 della Carta dei diritti fondamentali UE, riconducendo peraltro nell’ambito e

categorie particolari di dati personali necessario per motivi d’interesse pubblico rilevante, in R. D’ORAZIO, G. FINOCCHIARO, O. POLLICINO, G. RESTA (a cura di), *Codice della privacy e data protection*, Milano, 2021, p. 1047, che sottolinea come “*tale disciplina comporta un rafforzamento circostanziato delle attenzioni con cui quel soggetto (pubblico) è chiamato a rispettare il principio di proporzionalità*”.

⁵⁰ Cfr. F. FRANCIOSI, *Protezione dati personali e pubblica amministrazione*, in *www.giustiziainsieme.it.*, 2021.

⁵¹ Per tutti v. F. COLAPIETRO, *I principi ispiratori del Regolamento UE 2016/679 sulla protezione dei dati personali e la loro incidenza sul contesto normativo nazionale*, in *Federalismi*, 22/2018, pp. 4 ss.

⁵² L’amministrazione non avrebbe cioè libertà d’azione al pari di un soggetto privato, posto che l’ordinamento, di regola, prevede una disciplina eteronoma della pubblica amministrazione, sulla base delle norme ad essa applicabili, in conformità al principio di legalità. Così S. Franca, *I dati personali nell’amministrazione pubblica. Attività di trattamento e tutela del privato*, cit., p. 95 ss., ove, si richiamano sul punto le autorevoli ricostruzioni, tra gli altri, di V. Cerulli Irelli (a cura di), *La disciplina generale dell’azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema*, Napoli, 2006, pp. 69 ss.; A. Romano, *Amministrazione, principio di legalità e ordinamenti giuridici*, in *Dir. amm.*, 1, 1999; V. Bachelet, *Legge, attività amministrativa e programmazione economica*, in *ID.*, *Scritti giuridici. III. Interessi sociali e intervento pubblico nell’economia*, Milano, 1981, pp. 438-439; G. Zanobini, *L’attività amministrativa e la legge*, in *ID.*, *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, 1955, spec. pp. 206 ss.



nei limiti del principio di proporzionalità dell'attività amministrativa le previsioni recate dal predetto art. 6 con riguardo ai dati ordinari⁵³.

Ulteriori indicazioni nel senso che il perseguimento della finalità di cura del pubblico interesse istituzionalmente attribuita ad una data pubblica amministrazione dal legislatore rappresenti già una base giuridica di per sé sufficiente per il trattamento dei dati ordinari o comuni, senza necessità di un'ulteriore previsione legislativa volta ad autorizzare esplicitamente il trattamento del dato suddetto, specificandone in dettaglio finalità perseguita e necessità a tal fine, si rinvengono in aggiunta – si ritiene – in ulteriori specifiche previsioni del GDPR⁵⁴.

L'alternativa tra necessità per la cura del pubblico interesse e base legale tipica è chiaramente riproposta, infatti, anche nell'ambito del par. 3 dell'art. 6 GDPR, laddove la determinazione della finalità ricavata dalla base giuridica consistente in una norma di diritto dell'Unione o dello Stato membro si affianca all'ulteriore e differente ipotesi per la quale il fine possa ricavarsi anche direttamente dalla stessa necessità di esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento.

Nello stesso senso può essere inteso quanto chiarito dal legislatore europeo ai Considerando 41 e 45, i quali precisano, rispettivamente, che *“qualora il presente regolamento faccia riferimento a una base giuridica o a una misura legislativa, ciò non richiede necessariamente l'adozione di un atto legislativo da parte di un parlamento, fatte salve le prescrizioni dell'ordinamento costituzionale dello Stato membro interessato”* (C. 41) e che *“il presente regolamento non impone che vi sia un atto legislativo specifico per ogni singolo trattamento (...) Un atto legislativo può essere sufficiente come base per più trattamenti effettuati conformemente a un obbligo giuridico cui è soggetto il titolare del trattamento o se è necessario per l'esecuzione di un compito svolto nel pubblico interesse oppure nell'esercizio di pubblici poteri”* (C. 45). Si consideri, inoltre, che la peculiare fattispecie è vagliata anche in relazione ad un istituto assolutamente centrale nel sistema delineato per la protezione dei dati personali, ossia il diritto all'oblio, laddove all'art 17 si precisa che l'interessato possa ottenere dal Titolare del trattamento la cancellazione dei dati quando questi *“non sono più necessari rispetto alle finalità per le quali sono stati raccolti o trattati”* non sussiste nei casi in cui il trattamento sia necessario *“per l'esecuzione di un compito svolto nel pubblico interesse oppure nell'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento”*⁵⁵. Previsione quest'ultima che, in tal senso, confermerebbe chiaramente come la valutazione di stretta

53 Sul principio di proporzionalità rispetto all'agire amministrativo si v. *ex multis*: F. TRIMARCHI BANFI, *Canone di proporzione e test di proporzionalità nel diritto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2016, p. 365; S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011, pp. 305 ss. in particolare a proposito del sindacato del giudice amministrativo rispetto alla valutazione di proporzionalità svolta dalle amministrazioni S. VILLAMENA, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa. Ordinamento comunitario, italiano e inglese*, Milano, 2008.

54 V. sul tema B. PONTI, *Attività amministrativa e trattamento dei dati personali. Gli standard di legalità tra tutela e funzionalità*, Franco Angeli, Milano, 2023, in partic. p. 48 ss.

55 Su cui si v. S. BONAVIDA-R. PARDOLESI, *GDPR e diritto alla cancellazione (oblio)*, in *Danno e resp.*, 2018, 3, pp. 269-282.



necessarietà del trattamento rispetto al fine perseguito sfugga alla disponibilità dello stesso interessato ove effettuata dalla pubblica amministrazione nell'esercizio di pubblici poteri o per l'esecuzione di un compito svolto nel pubblico interesse e, in quanto tale, si sottrarrebbe pertanto anche ad un'applicazione del principio di minimizzazione non riconducibile allo schema logico del principio di proporzionalità.

4. Le declinazioni del principio di minimizzazione

Nell'ambito dell'ordinamento interno, quantomeno nella prima fase di adeguamento della disciplina nazionale in materia al GDPR, perlopiù mediante le previsioni di cui al d.lgs. n.101/2018, si coglie un *favor* dal legislatore nazionale⁵⁶ per un'interpretazione restrittiva dell'analizzata ipotesi di cui alla lett e) dell'art 6 del GDPR, alla luce del disposto dell'art 2-ter del Codice, circostanza che, ad ogni modo, conduce a concentrare l'attenzione sull'applicazione del c.d. principio di minimizzazione nei confronti della pubblica amministrazione.

In tal senso, infatti, le limitazioni al trattamento nel quadro dei principi di cui all'art. 5 del GDPR paiono sicuramente congeniali allorché viene in rilievo il consenso dell'interessato quale base giuridica, oppure laddove l'utilizzo dei dati sia consentito come eccezione al divieto di trattamento. Per entrambe le circostanze si impone necessariamente al Titolare di chiarire per quale specifica finalità vengono raccolti e trattati i dati. Nell'ipotesi del consenso, infatti, pare evidente come esso non possa essere validamente fornito dall'interessato "in bianco", ossia per qualsivoglia uso o finalità per cui non si presti espressamente tale approvazione⁵⁷; si aggiunga che, se la finalità nel caso di specie non venisse espressamente specificata, non sarebbe del resto nemmeno nota. In tal senso, le previsioni in termini di minimizzazione impongono al Titolare di trattare i dati nei limiti di quanto strettamente necessario per la specifica finalità dichiarata. Lo stesso è a dirsi se si tratta di superare l'esplicito divieto posto

⁵⁶ In particolare, l'interpretazione della base giuridica del trattamento fornita dall'art. 2-ter del Codice nell'attuazione dell'art 6, par. 3 lett. b) del GDPR è stata comunque ritenuta in dottrina "eccessivamente restrittiva", tra gli altri, da F. PIZZETTI, *La parte I del Codice novellato*, in ID. (a cura di), *Protezione dei dati personali in Italia tra GDPR e codice novellato*, Torino, 2021, pp. 92 ss. Analogamente v. anche E. PELINO, *Art. 2-ter D.Lgs. 196/2003*, in L. BOLOGNINO, E. PELINO (a cura di), *Codice della disciplina privacy*, Milano, 2019, pp. 97 ss., ove si giunge a rilevare che per tale motivo l'art. 2-ter potrebbe essere disapplicato per contrasto con il Regolamento UE. Generalizzata è comunque l'osservazione per cui la lettura dell'art 2-ter, primo comma dovrebbe essere opportunamente riequilibrata alla luce della previsione recata dal successivo comma secondo; per tutti v. F. CARDARELLI, *Art. 2. Base giuridica per il trattamento di dati personali effettuato per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri*, in R. D'ORAZIO, G. FINOCCHIARO, O. POLLICINO, G. RESTA (a cura di), *Codice della privacy e data protection*, Milano, 2021, pp. 1016 ss.

⁵⁷ Cfr. in merito D. POLETTI, *Art. 6. Liceità del trattamento*, in R. D'ORAZIO, G. FINOCCHIARO, O. POLLICINO, G. RESTA (a cura di), *Codice della privacy e data protection*, cit., pp. 195 ss.; F. RESTA, *Art. 6. Liceità del trattamento*, in RICCIO, SCORZA, BELISARIO (a cura di), *GDPR e normativa privacy. Commentario*, Milano, 2018, pp. 63 ss.; G. ALPA, *Principi e disposizioni generali. Art. 1. Oggetto*, in R. D'ORAZIO, G. FINOCCHIARO, O. POLLICINO, G. RESTA (a cura di), *Codice della privacy e data protection*, cit., p. 1001.



con riguardo al trattamento dei dati sensibili o particolari, ritenuto lecito solo alle più stringenti condizioni dettate dal GDPR al par. secondo dell'art 9.

Ciò posto, tuttavia, si ritiene che assolutizzare o applicare acriticamente, od in maniera eccessivamente restrittiva, le regole della minimizzazione non abbia però senso ove la finalità (pubblica) perseguita rappresenti già di per sé la base giuridica del trattamento.

In tale ipotesi, infatti, l'attività del titolare, che si sostanzia anche nel trattamento dei dati, si origina già a monte come istituzionalizzata al perseguimento di quella determinata finalità d'interesse pubblico, pertanto già attribuita dal legislatore. In altri termini, dunque, il titolare è già di per sé istituzionalmente tenuto ad osservare il principio di proporzionalità dell'azione amministrativa, alla luce del quale ogni trattamento, anche se lecito, implica un sacrificio del diritto che deve pertanto essere sempre contenuto nella misura minima possibile.

Ne consegue che, richiedere di dettagliare la finalità specificamente perseguita nel singolo caso e valutare se il trattamento dei dati è effettivamente necessario al fine dichiarato, pare abbia un senso nei confronti del soggetto privato che, altrimenti, non avrebbe alcun onere di rendere noti i motivi per i quali agisce e, del pari, evidentemente, non tenuto all'osservanza del principio di proporzionalità nell'esercizio della sua attività. Di contro, non pare razionale richiedere al titolare del trattamento che sia una pubblica amministrazione e che agisce, dunque, in quanto tale, istituzionalmente per finalità predeterminate dalla legge, oltre che nell'osservanza del principio di proporzionalità, di dettagliare ulteriormente la specifica finalità perseguita. Tale onere, diversamente, si sostanzia in una evidente duplicazione dell'operatività del principio di legalità nei confronti dell'amministrazione, con un conseguente intollerabile aggravamento procedimentale.

5. Il mutamento di indirizzo rispetto alla base giuridica del trattamento nella disciplina interna: il d.l. n. 139/2021

Sul fronte della disciplina nazionale sul punto, non si può non porre in evidenza come il legislatore sia successivamente intervenuto, con una modifica alla normativa, rendendo chiaro che, nel sistema delineato dal GDPR, la previsione recata dalla lett e) dell'art 6 può e deve essere ritenuta di per sé sufficiente a fondare la base giuridica del trattamento, almeno rispetto ai dati comuni o ordinari, ad opera della pubblica amministrazione, senza che si renda necessaria dunque una ulteriore specifica disposizione finalizzata ad esplicitare le finalità e le modalità del trattamento.

Così, il d.l. n.139/2021, conv.con modif. dalla l. n. 205/2021⁵⁸, è espressamente intervenuto modificando l'art. 2-ter del Codice sulla protezione dati personali, dedicato alla *“Base giuridica per il trattamento di dati personali effettuato per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o*

58 D.l. n. 139/2021, conv. con l. n. 205/2021 recante *“Disposizioni urgenti per l'accesso alle attività culturali, sportive e ricreative, nonché per l'organizzazione di pubbliche amministrazioni e in materia di protezione dei dati personali”*. In dottrina, tra gli altri, cfr. sul tema F. FRANCIOSI, *Disposizioni “urgenti” in materia di protezione dei dati personali. Brevi note sul trattamento dati per finalità di pubblico interesse*, in www.giustiziainsieme.it, 2021.

connesso all'esercizio di pubblici poteri", rimuovendo dalla formulazione normativa del primo comma l'avverbio "esclusivamente" e l'espressione "nei casi previsti dalla legge" al fine appunto di precisare che "la base giuridica prevista dall'art 6 par 3 lett b) del regolamento è costituita da una norma di legge o di regolamento, ovvero anche da atti amministrativi generali". Lo stesso compendio normativo di modifica della disciplina interna ha poi aggiunto all'art. 2-ter anche il comma 1-bis al fine di precisare che per le amministrazioni pubbliche e soggetti equiparati⁵⁹ il trattamento dei dati personali "è anche consentito se necessario per l'adempimento di un compito svolto nel pubblico interesse o per l'esercizio di pubblici poteri a essa attribuiti".

Le disposizioni urgenti in materia di protezione dei dati personali dettate dal d.l. 139/2021, così come convertito con l. n.205/2021, pertanto, si ritiene abbiano chiarito sul punto, anche in ambito interno, come il trattamento dei dati personali per finalità di pubblico interesse (necessario per l'adempimento di un compito svolto nel pubblico interesse o per l'esercizio di pubblici poteri) sia consentito se ritenuto necessario dall'amministrazione alla quale il compito o potere sia stato attribuito dal legislatore, senza che la finalità del trattamento debba essere espressamente specificata dal legislatore medesimo.

Alla delineata riscrittura dell'art 2-ter del Codice si accompagna anche la soppressione di altri poteri in precedenza riconosciuti al Garante (con specifico riferimento alla valutazione dei rischi del trattamento, o alla comunicazione e diffusione dei dati strumentali o connesse all'esecuzione di un compito di pubblico interesse o all'esercizio di un funzioni istituzionali), a sottolineare la chiara volontà di sottrarre il trattamento dati per finalità di pubblico interesse a quello stringente controllo che in precedenza ha consentito al Garante in ambito nazionale d'ingerirsi in maniera molto penetrante nell'apprezzamento delle stesse finalità concretamente perseguite da una data azione amministrativa, sino al punto di valutarne l'effettiva utilità o l'astratta possibilità⁶⁰.

59 Si fa riferimento nello specifico a autorità indipendenti, amministrazioni inserite nell'elenco di cui all'articolo 1, comma 3, della legge 31 dicembre 2009, n. 196, nonché società a controllo pubblico statale o, limitatamente ai gestori di servizi pubblici, locale, di cui all'articolo 16 del testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, di cui al decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, con esclusione, per le società a controllo pubblico, dei trattamenti correlati ad attività svolte in regime di libero mercato.

60 V. in argomento V. PALLADINI, *Il ruolo del Garante per la protezione dei dati personali nell'emergenza sanitaria*, in *Osservatorio costituzionale*, 2, 2022, in partic. 170 ss., ove si esplicita che "fin da una prima lettura delle citate previsioni normative, appare manifesto come il decreto rispecchia quel "braccio di ferro" in atto tra Governo e Garante a cui si è fatto riferimento nell'introduzione a questo contributo, rappresentando una sorta di "rappresaglia" a fronte del cumularsi di interventi sempre più pervasivi da parte dell'Authority e volti a dare un'interpretazione estensiva del suo ruolo e delle sue competenze. In primo luogo, infatti, l'Esecutivo è intervenuto sul contenimento del diritto alla protezione dei dati personali: con l'ampliamento della base giuridica dei trattamenti operati dalle P.A., il Governo ha, invero, voluto superare quel favor ultimamente accordato alla privacy e consentire più facilmente all'Amministrazione di bilanciare la riservatezza con altri interessi pubblici (come il buon andamento della pubblica amministrazione, o l'efficienza dell'amministrazione della giustizia) ritenuti, evidentemente, in questo periodo storico prevalenti ai fini dell'attuazione del PNRR". Cfr. anche M. GRANILLO, *La protezione dei dati personali, in caso di trattamento effettuato per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico: il rapporto tra asimmetria informativa, esercizio di un pubblico potere e tutela della riservatezza, alla*



Sotto questo profilo, le predette disposizioni hanno una valenza interpretativa particolarmente significativa, che impone una lettura necessariamente più elastica dello stesso principio di minimizzazione, allorquando esso non si rivolga a rapporti tipicamente privatistici, ma debba essere applicato nei confronti del trattamento di dati per finalità di pubblico interesse.

Anche alla luce delle modifiche normative introdotte nell'ordinamento interno, così come in luce della previsioni sul punto di cui al GDPR, in altri termini, non si ritiene possibile doppiare le valutazioni discrezionali riservate all'amministrazione procedente per la cura dell'interesse pubblico mediante valutazioni di merito operate dall'Autorità Garante, ciò quantomeno nella misura in cui si tratti di dati ordinari e non particolari o sensibili, abbandonando definitivamente quel pregiudizio culturale che porta a presumere che tutti i dati personali siano per ciò solo sensibili e di per sé soggetti ad un generale divieto di pubblicazione; tale ingerenza – come noto – non è infatti consentita neppure al giudice amministrativo⁶¹.

6. L'interpretazione restrittiva dell'Autorità Garante nazionale: il caso paradigmatico del trattamento dati per l'accertamento di illeciti in materia ambientale

In materia ambientale, alla luce del dilagante fenomeno dell'abbandono di rifiuti ed al fine di contenere atti di inciviltà, è noto come diverse amministrazioni locali abbiano negli ultimi anni installato nei siti più sensibili del territorio comunale, soprattutto ove gli abbandoni si ripetono, sistemi di videosorveglianza e/o c.d. fototrappole.

In tale quadro, posto che la gestione dei rifiuti rientra tra le attività istituzionali affidate agli enti locali, si registrano diversi casi di istituzione ad opera di enti territoriali di sistemi di

*luce delle più recenti modifiche legislative, in IUS et SALUS, 2021; E. GROSSO, *Autorità indipendente o Autorità onnipotente? Il potere normativo di fatto del Garante per la protezione dei dati personali*, in M.G. LOSANO (a cura di), *La legge italiana sulla privacy. Un bilancio dei primi cinque anni*, Roma-Bari, 2001, 14.*

*61 Cfr. F. FRANCIARIO, *Il trattamento dei dati personali per finalità di pubblico interesse e l'auspicio di un mutamento d'indirizzo interpretativo*, in *Giustizia Insieme*, 15 settembre 2023, ove si pone in luce come, soprattutto nell'ambito di altri provvedimenti dell'Autorità resi nel periodo dell'emergenza pandemica "il sindacato dell'Autorità Garante ha finito con il riguardare quasi sempre la valutazione della necessità o meno di una data attività per la cura del pubblico interesse e quindi in ultima analisi l'opportunità stessa dell'azione amministrativa. Sindacare la strumentalità del trattamento dei dati personali rispetto alla finalità di cura del pubblico interesse significa infatti sindacare la necessità o meno di una determinata azione per la cura dell'interesse pubblico ed implica muoversi sul crinale del merito delle decisioni amministrative, il cui sindacato è di regola sottratto alla cognizione persino del giudice amministrativo". V. altresì, in tal senso e sulla casistica *de qua*, F. TIGANO, *Protezione dei dati personali e pubblica amministrazione: alcuni spunti di riflessione*, in AA. VV., *Studi in onore di Carlo Emanuele Gallo*, Torino, 2023, specialmente pp. 560 ss. L'A. ivi esplicita come "gli equilibri tra funzione amministrativa e trattamento dei dati personali potrebbero essere inseriti nel perimetro di una ragionevolezza complessiva in grado di operare un bilanciamento in grado di non fagocitare il perseguimento dell'interesse pubblico tutte le volte in cui questo possa "incepparsi" nelle maglie della riservatezza, ove fine a se stessa, prefigurando, così, una impasse in grado di mettere in crisi l'attività delle amministrazioni pubbliche anche quando questo non sia utile e/o necessario".*



videosorveglianza del territorio al fine di accertamento di illeciti amministrativi quali quelli specificamente previsti nella materia ambientale.

In tal senso, come esplicitato, il trattamento di dati personali mediante sistemi di videosorveglianza da parte di soggetti pubblici è ammesso se necessario per adempiere un obbligo legale al quale è soggetto il titolare del trattamento, ovvero per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito lo stesso⁶².

Gli enti locali, nell'esercizio dei poteri di propria competenza – come nel caso dell'accertamento degli illeciti amministrativi previsti dalla normativa in materia ambientale (cfr., in particolare, artt. 192, "divieto di abbandono", e 255, "abbandono di rifiuti", del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152; art. 13, l. 24 novembre 1981, n. 689) o delle ordinanze sindacali sulla gestione e il conferimento dei rifiuti urbani – sono tenuti, in qualità di Titolari del trattamento, in conformità al principio di responsabilizzazione (artt. 5, par. 2, e 24 del Regolamento), a valutare se, tenuto conto dello specifico contesto locale, il trattamento di dati personali mediante dispositivi video, ai fini dell'accertamento di tali violazioni, sia effettivamente necessario e proporzionato⁶³.

Nello specifico, ove siano impiegati sistemi di videosorveglianza, il titolare del trattamento, oltre a rendere l'informativa di primo livello, mediante apposizione di segnaletica di avvertimento in prossimità della zona sottoposta a videosorveglianza, deve altresì fornire agli interessati anche *"informazioni di secondo livello"*, che devono *"contenere tutti gli elementi obbligatori a norma dell'articolo 13 del [Regolamento]"* ed *"essere facilmente accessibili per l'interessato"*⁶⁴. Ebbene, in numerosi provvedimenti dell'Autorità Garante si giunge a sanzionare l'ente locale in ragione dell'illegittimo trattamento di dati personali posto in essere mediante i sistemi di vigilanza del territorio installati. Tali provvedimenti, tuttavia, paiono

62 Cfr. art. 6, parr. 1, lett. c) ed e), e 3, del GDPR, nonché art.2-ter del Codice; cfr. altresì in merito il par. 41 delle Linee guida n. 3/2019 sul trattamento dei dati personali attraverso dispositivi video, adottate dal Comitato europeo per la protezione dei dati il 29 gennaio 2020.

63 Si v. le FAQ del Garante in materia di videosorveglianza del 3 dicembre 2020, doc. web n. 9496574, in particolare FAQ n. 13, ove si chiarisce che il ricorso alla videosorveglianza ai fini, in senso lato, della tutela ambientale è ammesso *"solo se non risulta possibile, o si riveli non efficace, il ricorso a strumenti e sistemi di controllo alternativi e comunque nel rispetto del principio di minimizzazione dei dati"*, di cui all'art. 5, par. 1, lett. c) del Regolamento.

64 Cfr. Linee guida 3/2019 sul trattamento dei dati personali attraverso dispositivi video, cit., in particolare par. 7; v. anche il "Provvedimento in materia di videosorveglianza" del Garante dell'8 aprile 2010, doc. web n. 1712680, in particolare par. 3.1; cfr. FAQ n. 4 del Garante in materia di videosorveglianza, cit. Il Garante ha esplicitato in diversi provvedimenti come le informazioni di primo livello dovrebbero essere posizionate in modo da permettere all'interessato di riconoscere facilmente le circostanze della sorveglianza, prima di entrare nella zona sorvegliata; non è necessario rivelare l'ubicazione della telecamera, purché non vi siano dubbi su quali zone sono soggette a sorveglianza e sia chiarito in modo inequivocabile il contesto della sorveglianza (cfr., in partic., provv.ti 20 ottobre 2022, n. 341, doc. web n. 9831369; 28 aprile 2022, n. 162, doc. web n. 9777974, 7 aprile 2022, n. 119, doc. web n. 9773950, 16 settembre 2021, n. 327, doc. web n. 9705650 e 11 marzo 2021, n. 90, doc. web n. 9582791).



concretizzare quell'irragionevole applicazione del principio di minimizzazione rispetto all'attività posta in essere da amministrazioni pubbliche per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico, ovvero laddove il trattamento sia connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare, nei termini anzidetti.

Le penetranti valutazioni dell'Autorità Garante a proposito della stessa liceità e necessità del trattamento operato dall'amministrazione nei singoli casi concretizzano di conseguenza – come si avrà modo di chiarire – un'ingerenza rispetto all'esercizio dell'attività amministrativa e paiono sostanziarsi in un sindacato circa le valutazioni discrezionali rimesse dell'autorità amministrativa, in tal modo condizionata nella sua azione, poiché condotta alla paralisi rispetto all'assunzione di decisioni, ovvero influenzata nelle scelte, quale quelle prese in esame concernenti la tutela dell'ambiente mediante la predisposizione di sistemi di videosorveglianza del territorio.

Ma c'è di più. Le concrete fattispecie in esame si ritiene ben pongano in luce come, mediante tale restrittiva e ingiustificata opzione interpretativa della normativa in Garante, laddove il trattamento dei dati sia svolto da una pubblica amministrazione, accordando tale spropositata tutela alla protezione dei dati, finisca per tutelare non solo interessi non meritevoli di protezione, bensì la stessa posizione soggettiva di coloro i quali abbiano posto in essere condotte *contra legem*.

In tale quadro, a titolo esemplificativo, si colloca – tra i numerosi altri – il provvedimento sanzionatorio emesso dall'Autorità Garante nei confronti di un Comune⁶⁵ con specifico riguardo all'attività di trattamento dati espletata da una società totalmente partecipata dall'ente locale, ai dipendenti della quale – mediante decreto sindacale – è stato conferito l'incarico di ausiliari ecologici, con riguardo all'attività di accertamento e contestazione immediata degli illeciti amministrativi derivanti dalla violazione delle norme regolamentari comunali sullo smaltimento dei rifiuti⁶⁶.

65 Si tratta in particolare dell'ordinanza ingiunzione resa nei confronti del Comune di Taranto, provv. n. 162 del 28 aprile 2022, doc. web n. 9777974. Collegato a tale provvedimento si v. l'ulteriore ordinanza ingiunzione nei confronti della società Amiu s.p.a., n. 163 del 28 aprile 2022, doc. web n. 9777996.

66 Con riferimento al trattamento effettuato da una società, anche partecipata dall'ente locale, in merito al servizio di gestione dei rifiuti solidi urbani, inclusa la videosorveglianza, si precisa anche nell'ambito del provvedimento in esame come ai sensi dell'art. 28 del GDPR, il titolare possa affidare un trattamento anche a terzi soggetti che presentino garanzie sufficienti in ordine alla messa in atto di misure tecniche e organizzative idonee a garantire che il trattamento sia conforme alla disciplina in materia di protezione dei dati personali ("*Responsabili del trattamento*"). Il rapporto tra Titolare e Responsabile è regolato da un contratto o da altro atto giuridico, stipulato per iscritto che, oltre a vincolare reciprocamente le due figure, consente al Titolare di impartire istruzioni al Responsabile e prevede, in dettaglio, quale sia la materia disciplinata, la durata, la natura e le finalità del trattamento, il tipo di dati personali e le categorie di interessati, gli obblighi e i diritti del Titolare. Il Responsabile del trattamento è, pertanto, legittimato a trattare i dati degli interessati "*soltanto su istruzione documentata del Titolare*" (art. 28, par. 1 e 3 del Regolamento).



Nell'ambito del provvedimento del Garante, in particolare, si evidenzia come, ai sensi della disciplina in materia di protezione dei dati personali, il trattamento di dati personali effettuato da soggetti pubblici – come nel caso di specie – è lecito solo se necessario *“per adempiere un obbligo legale al quale è soggetto il titolare del trattamento”* oppure *“per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento”* (art. 6, par. 1, lett. c) ed e)) ed in tal senso *“la gestione dei rifiuti solidi urbani rientra tra le attività istituzionali affidate agli enti locali”*. Ciò posto, l'Autorità aggiunge, tuttavia, la precisazione per cui *“pur in presenza di una condizione di liceità, ad ogni modo, il titolare del trattamento è tenuto a rispettare i principi in materia di protezione dei dati, fra i quali quelli di “liceità, correttezza e trasparenza”, in base al quale i dati devono essere “trattati in modo lecito, corretto e trasparente nei confronti dell'interessato” (art. 5, par. 1, lett. a) del Regolamento)”*.

Nel caso di specie, di seguito, si riscontra l'illiceità del trattamento di dati personali effettuato dal Comune, in quanto avvenuto in maniera non conforme ai principi generali del trattamento, in assenza di idonea informativa, in mancanza di regolazione del ruolo svolto dalla società incaricata in qualità di *“responsabile del trattamento”* e in assenza di una valutazione di impatto, in violazione degli artt. 5, 12, 13, 14, 28 e 35 del Regolamento. Alla luce delle riscontrate violazioni il Garante adotta pertanto un'ordinanza ingiunzione nei confronti del Comune, mediante la quale si ordina di pagare l'ingente somma di euro 150.000 a titolo di sanzione amministrativa pecuniaria, ai sensi degli artt. 58, par. 2, lett. i), e 83, parr. 4 e 5, del Regolamento medesimo, come richiamato anche dall'art. 166, comma 3, del Codice.

Nello stesso senso, in altro recente caso⁶⁷, il Garante sanziona sempre un ente locale, ritenuto che, nel periodo in cui lo stesso aveva emesso verbali di accertamento, avrebbe posto in essere violazioni della normativa in materia di protezione dei dati personali, nella fattispecie utilizzando un cartello informativo conforme alla normativa, ovvero menzionando *“ragioni di sicurezza”* sottese alla videosorveglianza, ma omettendo di indicare nel dettaglio le modalità con le quali gli interessati (ovvero non solo i soggetti ai quali viene contestata una violazione amministrativa, ma tutte le persone fisiche che entrano nel raggio di azione delle telecamere) potessero ricevere un'informativa completa sul trattamento di secondo livello. Altra argomentazione impiegata dall'Autorità, inoltre, è quella per cui il cartello semplificato, utilizzato dal Comune, sarebbe stato affisso direttamente sul cassonetto, anche in prossimità di altri cartelli, generando così confusione e scarsa visibilità dello stesso e, pertanto, non consentendo ai soggetti interessati di avere contezza della presenza del sistema di videosorveglianza prima di entrare nel raggio di ripresa dello stesso. Ancora, il tempo di

67 Cfr. provv. Garante, 18 luglio 2023, n. 312, doc. web n. 9920578, recante provvedimento sanzionatorio nei confronti del Comune di Modica, per aver installato alcune telecamere per il controllo della raccolta differenziata dei rifiuti in violazione della disciplina a tutela dei dati personali. Per contrastare il fenomeno diffuso dell'abbandono dei rifiuti, il Comune aveva incaricato due ditte, sanzionate anch'esse dal Garante, dell'acquisto, installazione e manutenzione di telecamere fisse e della raccolta e analisi dei filmati relativi alle violazioni. L'intervento dell'Autorità Garante segue le segnalazioni di un cittadino che lamentava la ricezione di alcune multe per aver conferito i rifiuti indifferenziati in modo errato.



conservazione delle immagini sarebbe stato incrementato da sette a quindici giorni, non essendo stati, tuttavia, gli interessati informati di tale circostanza.

Per tutti i motivi sopra indicati, a giudizio dell’Autorità Garante, anche in relazione a tale fattispecie il trattamento di dati personali mediante dispositivi video sarebbe stato effettuato dal Comune in maniera non conforme al principio di “liceità, correttezza e trasparenza” di cui all’art. 5, par. 1, lett. a) e in violazione degli obblighi di cui agli artt. 12 e 13 del Regolamento UE.

Così, richiamando il medesimo principio di minimizzazione e la limitazione della conservazione, il Garante giunge ad affermare che i dati *“dovrebbero essere [...] cancellati dopo pochi giorni, preferibilmente tramite meccanismi automatici. Quanto più prolungato è il periodo di conservazione previsto (soprattutto se superiore a 72 ore), tanto più argomentata deve essere l’analisi riferita alla legittimità dello scopo e alla necessità della conservazione”*⁶⁸. Nel caso in questione si accerta, pertanto, la violazione dei principi di “minimizzazione”, “limitazione della conservazione” (art. 5, par. 1, lett. c) e e)), “responsabilizzazione” (art. 5, par. 2, del Regolamento, in combinato disposto con l’art. 24 del Regolamento) e di protezione dei dati fin dalla progettazione e per impostazione predefinita (art. 25 del Regolamento), con applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria pari a euro 45.000, ai sensi degli artt. 58, par. 2, lett. i), e 83, parr. 4 e 5, del Regolamento medesimo, come richiamato anche dall’art. 166, comma 3, del Codice.

Del pari, altra concreta fattispecie ancor più recente è rappresentata dal provvedimento emanato nei confronti di altro ente territoriale con riferimento all’installazione di telecamere di sorveglianza collegate con il Comune⁶⁹ in corrispondenza di compattatori (cassonetti per la

68 Nel caso di specie l’Autorità rileva anche come il sistema di videosorveglianza in questione non sia stato installato al solo scopo di prevenire ed accertare illeciti c.d. amministrativi da parte dei cittadini, ma anche per finalità di c.d. sicurezza urbana, ovvero per ragioni di prevenzione e di dissuasione di illeciti (atti vandalici, furti etc.) che è disciplinata da uno specifico quadro normativo di settore (cfr. art. 5, comma 2, lett. a), del d.l. 20 febbraio 2017, n. 14, ai sensi del quale i Comuni possono installare sistemi di videosorveglianza per perseguire obiettivi di *“prevenzione e contrasto dei fenomeni di criminalità diffusa e predatoria”*, previa stipula di un patto per l’attuazione della sicurezza urbana con la Prefettura territorialmente competente.

69 In particolare, si rileva nel provvedimento come il sistema di rilevamento di immagini non sia stato concepito come *“impianto di videosorveglianza”*, bensì come sistema di *“alert di sicurezza”* mediante rilevamento fotografico in movimento resosi indispensabile stante la particolarità dell’area in cui sono allocate, molto frequentata dalla micro-criminalità locale con continui episodi di vandalismo, ma soprattutto per la messa in sicurezza degli impianti, assai costosi. Così, si precisa che la funzione di *“alert di sicurezza”* è indirizzata a: *“A) evitare/limitare [...] danni all’ambiente urbano circostante e alle persone, conseguente questo ad eventuali fenomeni, quali ad esempio incendio o combustione di rifiuti contenuti all’interno delle stazioni ecologiche; B) evitare quanto più possibile rischi di danni agli utenti conferitori dei rifiuti, questi in conseguenza di eventuali malfunzionamento delle componenti meccaniche delle stazioni ecologiche”*.



raccolta differenziata dei rifiuti domestici) per il conferimento dei rifiuti da parte dei privati cittadini⁷⁰.

In dettaglio, sulla base di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, il Comune, titolare del trattamento, avvalendosi del supporto di società *in house*, che agiva quale responsabile del trattamento, poneva in essere un trattamento di dati personali mediante l'impiego di dispositivi video installati in prossimità di tre stazioni ecologiche (quattro dispositivi per ciascuna stazione), al fine di prevenire e individuare atti di vandalismo o eventi rilevanti per la sicurezza degli impianti o per l'incolumità degli utenti. Ebbene, l'Autorità Garante giunge ad affermare nel provvedimento che allorché siano impiegati dispositivi video, il titolare del trattamento, oltre a rendere l'informativa di primo livello mediante apposizione di segnaletica di avvertimento in prossimità della zona sottoposta a videosorveglianza, debba fornire agli interessati anche delle "informazioni di secondo livello", che devono "contenere tutti gli elementi obbligatori a norma dell'articolo 13 del [Regolamento]".

Nel dettaglio, nella fattispecie si esplicita come risulti comprovato in atti che il Comune non abbia fornito un'informativa di primo livello (quale l'apposizione di un cartello di avvertimento) agli interessati in merito ai trattamenti di dati personali effettuati mediante i dispositivi video in questione, risultando peraltro errata la valutazione effettuata dal Comune in merito all'insussistenza della necessità di fornire un'informativa agli interessati, sul presupposto che il "sistema di rilevamento di immagini [oggetto di reclamo] non è stato concepito come "impianto di videosorveglianza" bensì come sistema di "alert di sicurezza". Ciò in quanto tale sistema, a giudizio dell'Autorità, indipendentemente dalla specifica finalità perseguita, determinerebbe l'acquisizione e la registrazione di filmati ritraenti persone fisiche, attività che configurano senza dubbio un trattamento di dati personali⁷¹.

Ne consegue che nel caso concreto il trattamento dei dati personali degli interessati, ripresi mediante i dispositivi video in questione, si ritiene effettuato in maniera non conforme al principio di "liceità, correttezza e trasparenza" e in violazione degli artt. 5, par. 1, lett. a), 12, par. 1, e 13 del Regolamento, con conseguente emanazione di una ordinanza ingiunzione nei confronti del Comune, al pagamento pagare la somma di euro 3.000 (tremila) a titolo di sanzione amministrativa pecuniaria per le violazioni indicate.

70 Cfr. Garante provv. n. 100 del 22 febbraio 2024, doc. web n. 9990659. Peraltro, nella fattispecie concreta in esame, concernente il Comune di Monterotondo, si precisa come la gestione dell'impianto sia stata affidata all'APM, Azienda Speciale sottoposta a rigido controllo analogo da parte del Comune e, dunque, ente strumentale dello stesso, quale Responsabile del trattamento.

71 A proposito del trattamento di dati personali – quale l'immagine del volto di una persona – mediante dispositivi video, si richiamano, in particolare, le sentenze CGUE del 20 ottobre 2022, Koalitsia "Demokraticzna Bulgaria - Obedinenie", C 306/21, punto 32, 14 febbraio 2019, C 345/17, Buivids, punti 31 e 32 e dell'11 dicembre 2014, C 212/13, Rynėš, punti 22 e 25.



Quest'ultimo caso di specie, peraltro selezionato tra numerosissimi altri⁷², pertanto, pone in rilievo in maniera piuttosto evidente la tensione tra interessi contrapposti e così tra protezione dei dati personali oggetto di trattamento ad opera di soggetti pubblici, nello specifico, mediante impiegati dispositivi video, da un lato, e interesse pubblico perseguito dell'ente locale nel caso di specie, con specifico riferimento alla tutela dell'ambiente circostante, all'ordine e alla sicurezza e incolumità pubblica, dall'altro.

Altre fattispecie assimilabili alla predetta, non correlati alla materia ambientale, ma concernenti nello specifico l'impiego di sistemi di videosorveglianza del territorio ad opera di enti locali, sono poi certamente quelle inerenti al trattamento di dati personali ad opera dell'autorità pubblica, mediante installazione di videocamere finalizzate all'accertamento di violazioni di disposizioni del Codice della Strada.

Anche in relazione a tali fattispecie, di fatto, si è approdati a provvedimenti numerosi e di vario ordine, perlopiù sanzionatori ad opera dell'Autorità Garante nazionale, in esecuzione di un bilanciamento di interessi che pare in concreto accordare una pregnante tutela alla protezione dei dati personali privilegiando così, da ultimo e su un piano fattuale, l'interesse di soggetti che abbiano adottato un comportamento *contra legem*, quali quelli sopra esposti a titolo esemplificativo, dell'abbandono di rifiuti su strada pubblica, ovvero della violazione di norme del Codice della Strada, a scapito del meritevole interesse pubblico di volta in volta perseguito dall'amministrazione mediante l'attività di trattamento dei dati personali⁷³.

7. Considerazioni conclusive

La presente ricostruzione si è posta l'obiettivo di comprendere, alla luce della normativa vigente in materia di protezione dei dati personali e, dunque, all'esito di una ricognizione circa la normativa di riferimento sul tema ai vari livelli, quale interpretazione delle specifiche previsioni del GDPR, oltre che interne, concernenti il trattamento dei dati personali ad opera delle pubbliche amministrazioni, abbia prevalso e prevalga ad oggi nei provvedimenti dell'Autorità Garante nazionale.

La disamina in chiave critica dei provvedimenti, in larga parte sanzionatori, del Garante presi in esame, con specifico riferimento alla materia ambientale e dunque perlopiù con riguardo ai sistemi di videosorveglianza del territorio apprestati dalle amministrazioni per

72 V. in partic., *ex multis* e tra i più recenti, i provv.ti del Garante, 11 gennaio 2024, n. 5, (doc. web n. 9977020); 20 ottobre 2022, n. 341, (doc. web n. 9831369); 28 aprile 2022, n. 162, (doc. web n. 9777974); 7 aprile 2022, n. 119, (doc. web n. 9773950); 16 settembre 2021, n. 327, (doc. web n. 9705650) e 11 marzo 2021, n. 90, (doc. web n. 9582791).

73 V. in dottrina si è posto in evidenza, in merito, come in presenza di tale "iperprotezione" rispetto alla privacy, il diritto alla protezione dei dati personali diverrebbe "una sorta di clausola in bianco per ostacolare trattamenti che però possono avere finalità anche particolarmente commendevoli, in particolare se svolti nell'interesse pubblico. In questo modo, si finisce col dare tutela ad istanze anche meramente egoistiche e talvolta finanche emulative". Così S. FRANCA, *I dati personali nell'amministrazione pubblica. Attività di trattamento e tutela del privato*, Editoriale scientifica, Napoli, 2023, in partic. pp. 344 ss.



l'accertamento di illeciti amministrativi, come l'abbandono di rifiuti, ha posto in luce nella sostanza un fenomeno di "travalicazione" del potere del Garante, con specifico riferimento all'ipotesi del trattamento di dati personali per l'esecuzione di un compito pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il Titolare del trattamento.

Tale ingerenza rispetto all'attività delle amministrazioni pubbliche si estrinsecerebbe di fatto in una valutazione dell'Autorità Garante circa la liceità e la necessità del trattamento posto in essere dall'amministrazione nel caso di specie, quale vero e proprio sindacato di merito a proposito di valutazioni proprie dell'autorità amministrativa di volta in volta coinvolta ed implicanti – evidentemente – un margine di discrezionalità⁷⁴.

In tal senso, l'emblematico filone di provvedimenti considerati concernenti la materia ambientale si ritiene abbia posto in evidenza come la normativa in tema di protezione dei dati personali sia applicata in tal modo in maniera sostanzialmente acritica e non adeguatamente ponderata dal Garante, impiegando cioè i medesimi parametri e vincoli al trattamento dei dati propri dell'ambito privato, così come una rigida lettura dello stesso principio di minimizzazione, laddove il medesimo sia invece operato per finalità di pubblico interesse ad opera di un'amministrazione pubblica⁷⁵.

Ebbene, tale impostazione restrittiva adottata in senso generale dall'Autorità Garante sul piano nazionale non pare tener conto del dato di evidenza, non certo trascurabile, per cui il soggetto pubblico, a differenza del privato che per varie ragioni si trovi ad utilizzare e trattare dati personali, è evidentemente già per sua natura tenuto ad operare secondo finalità predeterminate dalla legge, oltre che nel rispetto del principio di proporzionalità. Con la conseguenza per cui, unicamente con riferimento al trattamento svolto da un soggetto privato, parrebbe logico e coerente che quest'ultimo possa porre in essere il trattamento ove subordinato al previo consenso del soggetto interessato ed altresì che lo stesso trattamento dei dati personali sia consentito nei limiti della finalità per il quale il consenso sia stato espressamente prestato.

Per le medesime ragioni, lo stesso principio di minimizzazione, ove Titolare del trattamento sia un soggetto pubblico che persegue le predette finalità, non pare possa essere interpretato al pari delle fattispecie di trattamento in cui viene in rilievo l'attività di un soggetto privato.

74 In tale ottica – come posto in evidenza – si ritiene di particolare rilevanza quanto disposto in senso innovativo dal d.l. n. 139/2021, c.d. "Decreto Capienze", convertito con l. n. 205/2021 recante "Disposizioni urgenti per l'accesso alle attività culturali, sportive e ricreative, nonché per l'organizzazione di pubbliche amministrazioni e in materia di protezione dei dati personali", con l'aggiunta all'art. 2-ter del Codice della privacy del comma 1-bis. In tema di discrezionalità amministrativa, alla luce della sterminata dottrina presente sul tema, cfr. per tutti: F. FRANCIOSI – M.A. SANDULLI (a cura di), *Sindacato sulla discrezionalità e ambito del giudizio di cognizione*. Atti delle "Giornate di studio sulla giustizia amministrativa", Castello di Modanella (Rapolano, Siena), 16-17 giugno 2023; AA. VV., *Discrezionalità e amministrazione*. Atti del Convegno Annuale AIPDA, Bologna, 7-8 ottobre 2022.

75 In tal senso v. anche F. FRANCIOSI, *Il trattamento dei dati personali per finalità di pubblico interesse e l'auspicio di un mutamento d'indirizzo interpretativo*, cit.



Il suddetto principio elevato dal Garante a criterio cardine rispetto all'attività di trattamento dei dati personali in esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri, in tal senso, condurrebbe di fatto ad un concreto pregiudizio in relazione all'espletamento dell'attività amministrativa ed alla tutela dell'interesse pubblico. Infatti, nel caso di specie, un'adeguata e oculata ponderazione imporrebbe la lettura congiunta dei diversi principi applicabili all'attività di trattamento dei dati personali, unitamente però ai principi regolanti l'attività amministrativa⁷⁶

In altri termini, laddove ad operare il trattamento sia un'amministrazione pubblica occorre certamente tutelare la protezione dei dati personali alla luce del sistema delineato dal GDPR bensì, d'altra parte, non si possono non tenere in considerazione le esigenze di semplificazione e buon andamento riconnesse all'attività delle amministrazioni pubbliche, così come il dato per cui l'attività amministrativa già si esplica nel rispetto dei principi di legalità e, soprattutto, proprio con riguardo al suddetto aspetto della minimizzazione, di proporzionalità.

Laddove si operi tale rigida interpretazione delle disposizioni vigenti sul punto, diversamente, si ritiene si approdi ad un risultato inaccettabile sul piano dei valori: l'attuazione del GDPR a livello interno si sostanzia cioè in un distorto quadro con specifico riguardo alla effettiva tutela apprestata dall'Autorità Garante, quale presidio di riferimento nella materia sul piano nazionale, di fatto abilitando privati e imprese all'impiego e trattamento di dati personali, peraltro sulla base di un consenso prestato mediante formule di rito standardizzate e non negoziabili, limitando invece nell'ambito pubblico, evidentemente connotato dalla conoscibilità e dalla trasparenza dell'azione amministrativa, il trattamento dei dati comuni e ordinari⁷⁷. Ma c'è di più. Infatti, come emerso dall'analisi sopra condotta rispetto a specifici, ma rappresentativi, provvedimenti del Garante, nell'adozione di tale restrittiva lettura delle previsioni normative sul punto, quest'ultimo giunge, su un piano concreto e fattuale, a garantire protezione ad un interesse non soltanto non meritevole di tutela, soprattutto nel bilanciamento con il meritorio interesse pubblico perseguito dall'amministrazione nel caso di specie (vedasi l'ipotesi della tutela ambientale e, dunque, della prevenzione e repressione di illeciti in tale ambito), bensì anche disdicevole in quanto contrario alla legge.

In ottica evolutiva, certamente occorre anche rimarcare l'aspetto per cui nel diritto contemporaneo lo stesso concetto di *privacy* abbia subito una trasformazione nel senso della

76 V. sul punto, S. FRANCA, *op. cit.*, p. 330 ss.

77 La trasparenza, così come declinata tra gli altri principi essenziali connotanti l'attività e l'organizzazione stessa dell'amministrazione pubblica, è di fatto divenuta principio cardine dell'ordinamento interno, sostanziandosi finanche nel riconoscimento di una situazione giuridica soggettiva da tutelare, la quale si è concretizzata in termini di pubblicità e di accesso a dati, documenti e informazioni, e del pari, contestualmente, nell'obbligo per l'amministrazione pubblica volto ad assicurare un adeguato processo di pubblicazione degli atti amministrativi concernenti la sua attività e organizzazione e a garantire l'accesso dei cittadini interessati al patrimonio informativo pubblico. Cfr. sul tema F. LORÈ, *La trasparenza amministrativa, tra conoscibilità e tutela dei dati personali*, cit.



protezione dei dati personali⁷⁸. Il concetto, in altri termini, ha assunto un diverso e più ampio significato, ritenuto che oggetto della tutela diviene una vera e propria identità digitale, con un'espansione dell'interesse, non più soltanto al controllo rispetto alla pubblicazione e diffusione di propri dati, ma anche rispetto a qualsiasi impiego di dati personali, e/o ad ogni modo identificativi della persona, che si sostanzia in un trattamento di dati, ossia nell'acquisizione, nella conservazione e nel trasferimento di tali dati a terzi. In tale ottica, i dati personali sono divenuti oggetto di un bene giuridico a sé stante e oggetto di tutela, secondo le norme proprie della circolazione dei beni giuridici e alla luce dello specifico quadro regolatorio dettato dal GDPR, il quale peraltro – si ribadisce – non pare perseguire, in senso generale, la finalità di vietare, sebbene al contrario di consentire, la libera circolazione dei dati nell'ambito europeo⁷⁹.

Chiaro dunque che, sebbene il diritto alla *privacy* sia sorto come “*right to let be alone*”⁸⁰, ossia quale diritto ad essere lasciati soli e dunque anche quale diritto assoluto, della persona, rispetto ad intromissioni altrui in assenza di un consenso e proprio dunque dell'ambito privato, secondo una logica proprietaria sottesa alla sua protezione, tuttavia, laddove venga in rilievo un'attività pubblicistica, tale logica “privatistica” occorre sia adeguata e si ridimensioni a fronte dell'interesse pubblico perseguito dall'amministrazione pubblica, secondo dinamiche necessariamente informate ai principi di pubblicità, trasparenza e conoscibilità. In tale ambito pubblico, in altri termini, si richiede al privato un “sacrificio” sul piano della protezione dei propri dati personali che occorre siano trattati dall'autorità, peraltro nella misura in cui è lo stesso cittadino che chiede sia posta in essere un'attività amministrativa al fine del soddisfacimento di un proprio interesse personale, ovvero il medesimo sia destinatario di un'attività per ragioni di pubblico interesse⁸¹. Tale sacrificio sarebbe condizionato dai caratteri e principi che regolano l'attività amministrativa e, dunque, in primo luogo, influenzato nelle modalità dalla stessa proporzionalità.

78 Cfr. in merito P. FELICI, *Dalla Privacy alla Data Protection. E dalla prescrizione alla responsabilizzazione. 5 anni di GDPR. Abbiamo capito?*, in *Rivista elettronica di Diritto, Economia e Management*, 3/2023.

79 Su cui si v., in partic., F. COLAPIETRO, *I principi ispiratori del Regolamento UE 2016/679 sulla protezione dei dati personali e la loro incidenza sul contesto normativo nazionale*, cit.

80 Come noto la nascita del diritto è ricondotta alla teorizzazione operata da Warren and Brandeis nell'ambito dell'articolo intitolato “*The Right to Privacy*” pubblicato sulla *Harvard Law Review* nel 1890

81 In questo senso in dottrina si è lucidamente posto in evidenza come “*Se si è destinatari di provvedimenti o decisioni (rese d'ufficio o a domande di parte) con cui si esercitano pubbliche funzioni bisogna conoscere l'identità: quando è in gioco l'interesse pubblico, l'impiego di risorse della collettività, il principio democratico impone di conoscere perché si fa una cosa e chi ne è beneficiario o danneggiato. E l'ingresso nella sfera pubblica può dipendere da due fattori o meglio avvenire in due modi: o perché, per rievocare il caso Warren, “esco di casa” per chiedere qualcosa alla P.A. o per rivolgermi al giudice; oppure perché la P.A. o un giudice entrano nella mia sfera personale perché c'è una norma di legge che attribuisce a tali Autorità questo potere. Così come del resto avviene per qualsiasi altro diritto*”. Così F. FRANCIOSI, *Il trattamento dei dati personali per finalità di pubblico interesse e l'auspicio di un mutamento d'indirizzo interpretativo*, cit.



Da ultimo, non si può non operare un'ulteriore riflessione inquadrando i rilievi effettuati nel contesto attuale con riferimento all'utilizzo delle tecnologie digitali e così, in particolare, all'impiego di *big data*⁸² e di tecniche algoritmiche⁸³, ritenuto che l'amministrazione pubblica, in senso generale, anche rispetto ai soggetti privati, si pone oggi quale detentrica delle più ampie banche dati, in svariati ambiti.

In tal senso il GDPR, quale disciplina essenzialmente funzionale rispetto alla libera circolazione dei dati, non pare ponga ostacoli rispetto all'impiego di *big data* ad opera dei soggetti pubblici; la disciplina europea parrebbe in tal senso orientata al fine della tutela della situazione del singolo sia come diritto alla riservatezza, sia quale interesse alla circolazione dei dati. Il privato, infatti, potrebbe essere portatore di un interesse a che i propri dati, così come quelli di altri soggetti, siano trattati attraverso la *big data analytics* laddove tale tecnologia conduca ad un beneficio collettivo⁸⁴.

Pertanto, la vigente disciplina in materia, anche nell'evidenziato senso evolutivo, dalla tutela della *privacy* o riservatezza quale "*right to let be alone*" al trattamento di dati personali, non si ritiene possa essere ricondotta, altresì rispetto alle predette esigenze di trattamento di enormi quantità di dati ad opera delle amministrazioni pubbliche, a tale rigida ed eccessivamente restrittiva interpretazione del quadro normativo da parte dell'Autorità Garante nazionale.

Diversamente, le conseguenze della perdurante adozione di tale tesi interpretativa restrittiva ad opera del Garante, con specifico riguardo al sindacato dell'Autorità circa la strumentalità del trattamento dei dati personali rispetto alla finalità di cura del pubblico interesse, appaiono – come esplicitato – da una parte, quella, peraltro già concretizzatasi in

82 Si tratta di raggruppamenti dati di proporzioni decisamente maggiori rispetto al passato e oggetto di trattamento e sfruttamento mediante metodologie e sistemi necessariamente informatizzati, intesi dalla dottrina, con sfumature definitorie, come accumuli di dati certamente connotati dalle c.d. 3 V, ossia *Volume, Velocity, Variety*.

83 In dottrina, in argomento, v. A. DI MARTINO, *Tecnica e potere nell'amministrazione per algoritmi*, Napoli, 2023, pp. 187 ss.; M. MACCHIA, *Pubblica amministrazione e tecniche algoritmiche*, in *DPCE online*, 1, 2022, pp. 315 ss.; M. FASAN, *I principi costituzionali nella disciplina dell'Intelligenza Artificiale. Nuove prospettive interpretative*, in *DPCE online*, 1, 2022, pp. 185 ss.; A. MASUCCI, *L'algoritmizzazione delle decisioni amministrative tra Regolamento europeo e leggi degli Stati membri*, in *Dir. pubbl.*, 3, 2020, pp. 953 ss.; A. SIMONCINI, *Amministrazione digitale algoritmica. Il quadro costituzionale*, in R. CAVALLO PERIN, D.U. GALETTA (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Torino, 2020, p. 28.

84 La disciplina di cui al GDPR non pare rappresenti un ostacolo per le attività di trattamento dati ad opera delle pubbliche amministrazioni anche sul fronte del potenziale sfruttamento dei diritti patrimoniali connessi a tali dati personali. V. in argomento, tra gli altri, F. COSTANTINO, *Rischi e opportunità del ricorso delle amministrazioni alle predizioni dei big data*, in *Dir. pubbl.*, 1, 2019, pp. 50 ss.; F. GUERRIERI, M. COPPOLA, sub art. 4, in G.M. RICCIO, G. SCORZA, E. BELLISARIO (a cura di), *GDPR e normativa privacy. Commentario*, cit., pp. 58 ss.; F. DE LEONARDIS, *Big data, decisioni amministrative e "povertà" di risorse della pubblica amministrazione*, cit., pp. 149 ss.



una serie di fattispecie, del blocco dell'azione amministrativa⁸⁵ e dall'altra parte, altresì, quella dell'ingerenza stessa nel merito delle decisioni amministrative⁸⁶.

Tale rigida impostazione ricostruttiva, peraltro, condurrebbe a ritenere che la disciplina sul punto, in primo luogo di cui al GDPR, abbia paradossalmente aperto al trattamento dei dati personali per finalità commerciali nell'ambito del mercato digitale, ponendo invece vincoli, ovvero considerando indisponibile il trattamento nell'ambito pubblico – essenzialmente connotato dal principio di trasparenza – ove il medesimo sia necessario per finalità di pubblico interesse ovvero per l'esercizio di funzioni pubbliche⁸⁷.

85 Si vedano in questo senso i provvedimenti in senso inibitorio dell'attività dell'amministrazione adottati dal Garante, a titolo esemplificativo con riferimento all'impiego di *app* relative al *contact tracing* nel periodo dell'emergenza sanitaria.

86 Così F. FRANCIOSI, *Protezione dati personali e pubblica amministrazione*, in *Giustizia Insieme*, 2021, ove si esplicita che *“sindacare la strumentalità del trattamento dei dati personali rispetto alla finalità di cura del pubblico interesse significa infatti sindacare la necessità o meno di una determinata azione per la cura dell'interesse pubblico ed implica muoversi sul crinale del merito delle decisioni amministrative, il cui sindacato è di regola sottratto alla cognizione persino del giudice amministrativo”*.

87 Si v. F. FRANCIOSI, *Il trattamento dei dati personali per finalità di pubblico interesse e l'auspicio di un mutamento d'indirizzo interpretativo*, cit., ove si rileva proprio che *“Se l'evoluzione della privacy da “right to let be alone” a diritto al trattamento dei dati personali è servita a patrimonializzare il diritto di riservatezza per consentirne l'uso da parte dei big data e a riposizionare il nucleo duro della riservatezza solo laddove ve ne sarebbe minor ragione, e cioè nell'ambito pubblico, dove la regola è quella della trasparenza e della conoscibilità, il risultato sarebbe paradossale”*.



**SEZIONE SPECIALIZZATA – DIRITTO DEL LAVORO
ALI (AMBIENTE, LAVORO, IMPRESA)**



BREVI NOTE SULLA EVOLUZIONE DEI PROCESSI DI COINVOLGIMENTO DEI LAVORATORI NELL'IMPRESA*

Lucia Venditti

Ordinario di Diritto del lavoro nell'Università di Napoli Federico II

Abstract [It]: *L'approdo a forme incisive di coinvolgimento dei lavoratori nell'impresa è da tempo materia di progetti legislativi ed oggi sembra favorito anche da convergenze manifestate a livello interconfederale. Dopo alcune considerazioni sui principali aspetti dove intervenire per legge, lo scritto si sofferma sul modello partecipativo dell'impresa sociale e sul sostegno normativo ai premi di risultato regolati da accordi collettivi che prevedano il coinvolgimento paritetico dei lavoratori nell'organizzazione del lavoro.*

Abstract [En]: *A greater involvement of employees in the firm's governance has long been a subject of legislative proposals and it is more recently favoured by a growing consensus at the interconfederal union level. Following some suggestions on key aspects to be addressed by legislation, the paper focuses on both the participatory model of the social enterprise and the statutory support to performance bonuses governed by collective agreements which provide for the parithetic involvement of employees in the organization of work.*

SOMMARIO: 1. Tendenze proattive delle parti sociali tra opportunità e necessità di un sostegno legale. – 2. Alcuni segnali in chiaroscuro: il modello partecipativo dell'impresa sociale. – 3. Approcci all'interazione tra coinvolgimento diretto e indiretto nell'organizzazione del lavoro e dell'innovazione digitale.

1. Tendenze proattive delle parti sociali tra opportunità e necessità di un sostegno legale

Nella sua introduzione, icasticamente intitolata *“La partecipazione smarrita”*, Mimmo Carrieri¹ ci ricorda carenze e limiti della via italiana alla partecipazione dei lavoratori alla

¹Intervento al convegno *Organizzazione dell'impresa e qualità del lavoro. In ricordo di Pino Santoro-Passarelli*, Università Cà Foscari Venezia, 8 maggio 2023 (scritto destinato al volume degli atti in corso di pubblicazione).

Relazione di apertura della sessione *La dimensione collettiva (la partecipazione dei lavoratori)* del convegno *Organizzazione dell'impresa e qualità del lavoro*, Università Cà Foscari Venezia, 8 maggio 2023.



gestione delle imprese², ma anche spunti evolutivi che lasciano intravedere la possibilità di un suo rafforzamento³.

Da qualche tempo non mancano infatti incoraggianti aperture delle parti sociali verso un più strutturato approccio alle pratiche partecipative, esplicitato in alcuni documenti interconfederali tra cui ampia eco ha avuto il “Patto per la fabbrica” del 9 marzo 2018 poiché Cgil, Cisl, Uil e Confindustria vi hanno sancito, in più ampio contesto programmatico, il comune obiettivo di promuovere assetti contrattuali che sostengano le forme di «partecipazione organizzativa», aggiungendo di considerare «un’opportunità la valorizzazione di forme di partecipazione nei processi di definizione degli interessi strategici dell’impresa»⁴. E il dato è significativo, specie nell’auspicabile prospettiva di concreti sviluppi rimodellanti della strumentazione partecipativa che favoriscano, eventualmente all’interno di una cornice legislativa, arricchimento, stabilità e diffusione delle pratiche più avanzate emergenti dal panorama delle relazioni industriali⁵.

Tuttavia simili potenziali sviluppi, senza un intervento normativo di stampo promozionale difficilmente potrebbero sortire l’attecchimento di meccanismi codecisionali talvolta sperimentati in rilevanti realtà produttive dalla contrattazione collettiva, come quelli

2 Sul modello italiano di partecipazione v. almeno AA.VV., *Rappresentanze collettive dei lavoratori e diritti di partecipazione alla gestione delle imprese (Atti delle Giornate di studio di diritto del lavoro dell’AIDLASS – Lecce, 27-28 maggio 2005)*, Giuffrè, Milano, 2006, con relazioni di P. OLIVELLI e L. ZOPPOLI, anche in *Dir. lav. rel. ind.*, 2005, rispettivamente, pp. 321 ss. e 373 ss.; P. OLIVELLI-G. CIOCCA, *La partecipazione del sindacato in generale*, in F. LUNARDON (a cura di), *Conflitto, concertazione e partecipazione*, in *Trattato di diritto del lavoro*, in M. PERSIANI-F. CARINCI (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, vol. III, Cedam, Padova, 2011, pp. 796 ss.; L. ZOPPOLI, *Partecipazione dei lavoratori alla gestione dell’azienda*, in *Enc. dir.*, Annali IV, 2011, pp. 909 ss.

3 Cfr. anche M. CARRIERI, *Come andare oltre la partecipazione intermittente*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2019, pp. 413 ss. e ID., *La difficile trasposizione dell’esperienza tedesca dei Consigli di sorveglianza*, in *Studi organizzativi*, 2022, pp. 201 ss.

4 In particolare v. il punto n. 6, lett e) dell’intesa, intitolato «Partecipazione». L’intesa è stata preceduta dal documento congiunto Cgil, Cisl e Uil del 14 gennaio 2016 che indica anche la partecipazione (alla *governance*, organizzativa ed economico-finanziaria) tra i pilastri di un moderno sistema di relazioni industriali, nonché da altri analoghi documenti programmatici tuttavia non sottoscritti dalla Cgil, quali l’accordo per la crescita della produttività e competitività del 21 novembre 2012 e l’avviso comune in materia di partecipazione del 9 dicembre 2009.

5 Per una possibile trama di regole cfr. M. CARRIERI-P. NEROZZI-T. TREU (a cura di), *La partecipazione incisiva. Idee e proposte per rilanciare la democrazia nelle imprese*, Il Mulino, Bologna, 2015, nel contesto di un’approfondita ricerca sull’evoluzione dei percorsi partecipativi emergenti a livello di azienda nel contesto nazionale (per analogia ricerca, nel settore cooperativo, v. M. RICCIARDI, *La partecipazione impallidita: cooperative, lavoratori e sindacati*, in *Quad. rass. sind.*, 2016, pp. 139 ss.). Sugli sviluppi di alcune esperienze particolarmente significative v. M. CORTI, *L’accordo Luxottica: le vie italiane alla partecipazione sono infinite?*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2020, pp. 317 ss.; R. SANTAGATA DE CASTRO, *Sistema tedesco di codeterminazione e trasformazioni dell’impresa nel contesto globale: un modello di ispirazione per Lamborghini*, in *Dir. rel. ind.*, 2020, pp. 421 ss.



rintracciabili nel Protocollo Electrolux-Zanussi del 1997⁶ e in qualche altro accordo aziendale, anche recente⁷.

Inoltre il sostegno eteronomo potrebbe fungere pure da leva propulsiva per riorientare tali meccanismi verso congegni più formalizzati, riecheggianti quelli di genesi legale o sindacale da tempo contemplati in altre esperienze europee⁸, affidando all'autonomia collettiva la scelta di seguire questa strada oltre i confinati ambiti dove congegni simili sono già prescritti dagli artt. 4 e 6 della l. n. 300/1970. Entrambe queste norme, infatti, se sostengono il metodo più che l'istituto della partecipazione quando esigono il raggiungimento di un accordo collettivo per installare apparecchiature da cui possa derivare un controllo a distanza dell'attività dei lavoratori oppure per effettuare visite personali di controllo, realizzano al contempo un meccanismo di codeterminazione aziendale quando prevedono, in mancanza di accordo, l'intervento dell'autorità amministrativa quale organismo terzo con funzioni latamente arbitrali⁹.

L'ausilio normativo risulterebbe poi indispensabile affinché possano introdursi per contratto collettivo meccanismi cogestionali quando vi ostino norme di diritto societario incompatibili con la partecipazione interna, anche definita «organica» o «strategica»¹⁰. A meno di non limitare quest'ultima a modalità collettive di individuazione di candidati esterni indipendenti la cui nomina sarebbe pur sempre rimessa all'assemblea dei soci¹¹, occorrono

6 L'esperimento avviato in Zanussi durante la stagione dei protocolli, inaugurata nelle partecipazioni statali da quello IRI del 1984, probabilmente rappresenta nel suo complesso la più evoluta espressione della via contrattuale alla partecipazione: sulla lenta parabola di tale significativo modello partecipativo aziendale cfr. A. PERULLI, *Il Testo Unico sul sistema di relazioni sindacali e di partecipazione della Electrolux-Zanussi*, in *Lav. dir.*, 1999, pp. 41 ss.; ID., *Ascesa e declino della partecipazione alla Zanussi*, in *Dir. lav. mer.*, 2005, pp. 615 ss.; per aree di codecisione anche nel coevo e meno formalizzato Protocollo TIM v. M. RICCIARDI, *Il protocollo di partecipazione in Telecom Italia Mobile*, in *Lav. dir.*, 1999, p. 17.

7 Cfr. ad es. le competenze anche decisionali che l'accordo integrativo sulle relazioni industriali del Gruppo Burgo del 27 settembre 2022 conferisce all'organismo congiunto operante a livello di gruppo (Esecutivo di Gruppo) relativamente ad un'ampia gamma di materie anche tradizionalmente di esclusiva gestione aziendale. Per qualche altro esempio cfr. G. IMPELLIZZIERI, *La cosiddetta "partecipazione organizzativa": un primo bilancio a cinque anni dal Patto per la fabbrica*, in *Dir. del. Ind.*, 2023, pp. 1029 ss.

8 Cfr. M. CORTI, *La partecipazione dei lavoratori. La cornice europea e l'esperienza comparata*, Vita e Pensiero, Milano, 2012, *passim*.

9 Cfr. M. D'ANTONA, *Partecipazione, codeterminazione, contrattazione (termini per un diritto sindacale possibile)*, in *Riv. giur. lav.*, 1992, I, pp. 139 ss.; E. ALES, *La partecipazione (bilanciata) nello Statuto dei lavoratori: riflessioni sulle rappresentanze ex art. 9*, in *Dir. lav. mer.*, 2020, pp. 25 ss.; C. CESTER, *La partecipazione dei lavoratori: qualcosa si muove?*, in *Arg. dir. lav.*, 2023, pp. 435 ss.; M. GAMBACCIANI, *Diritti sindacali partecipativi e «dovere di contrarre»*, Giappichelli, Torino, 2023, pp. 57 ss.

10 Per approfondimenti, anche della portata ostativa, e ulteriori riferimenti cfr. D. GOTTARDI, *Ultima chiamata per il sistema dualistico: partecipazione negata dei lavoratori e rischi di sistema*, in *Dir. lav. mer.*, 2014, pp. 575 ss.; M. BIASI, *Cornici generali di una riforma per rafforzare la partecipazione*, in *Quad. rass. sind.*, 2016, pp. 115 ss.

11 G. BAGLIONI, *Una proposta per la presenza del lavoro negli organi societari*, in M. CARRIERI-P. NEROZZI-T. TREU (a cura di), *op. cit.*, pp. 281 ss.



infatti previsioni abilitanti del contratto collettivo che valgano a superare le disposizioni vigenti nelle società di capitali che sanciscono l'esclusiva competenza dell'assemblea a nominare i componenti degli organi di amministrazione o di controllo nonché il divieto per i lavoratori di far parte dei secondi.

La facoltà derogatoria attivabile mediante gli accordi «di prossimità» di cui al discusso art. 8, della l. n. 148/2011 – previsti anche al fine della «adozione di forme di partecipazione dei lavoratori» – costituisce invero un potente incentivo normativo, stimolando la convenienza per le imprese di meccanismi codecisori o cogestionali¹² in ragione del novero davvero ampio delle materie derogabili contemplato in questa norma permissiva. Tuttavia si tratta di materie elencate tassativamente¹³ riguardanti tutta la disciplina del rapporto di lavoro e questa via non è pertanto attingibile rispetto alle preclusioni disposte dal diritto societario¹⁴, spettando alla legge modularle in modo da consentire l'opzione di istituire per contratto collettivo forme di partecipazione interna nei contesti produttivi in cui risulti concretamente percorribile.

Per altro verso, sul piano dell'effettività del coinvolgimento “debole” garantito quale armonizzazione minima dalla direttiva n. 2002/14/CE istitutiva di «un quadro generale relativo all'informazione e consultazione dei lavoratori», andrebbe inserita nel d.lgs. n. 25/2007 una regola suppletiva che assicuri tale coinvolgimento quando possano incepparsi quelle devolute dal decreto traspositivo al sistema sindacale ma senza compiute soluzioni di *default*. Verrebbero così pianamente evitate incerte soluzioni interpretative altrimenti necessarie per fugare i dubbi di compatibilità comunitaria relativi al caso che l'impresa non sia vincolata agli accordi interconfederali che regolano gli organi di rappresentanza nei luoghi di lavoro né

12 Peraltro a questo vincolo di scopo se ne affiancano altri, come la «qualità dei contratti di lavoro» e gli «incrementi di competitività e di salario», in grado di promuovere le forme di coinvolgimento decisionale diverse da quelle realmente partecipative nonché le forme di partecipazione economica: v. C. ZOLI, *La partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese nella recente progettazione legislativa*, in C. ZOLI (a cura di), *Lavoro e impresa: la partecipazione dei lavoratori e le sue forme nel diritto italiano e comparato*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 114. Nel senso invece di escludere soltanto quella economica dalla partecipazione cui si riferisce il rispettivo vincolo di scopo, sottolineando altresì la dubbia congruità e pertinenza tra mezzo e fine ma anche un indiretto risultato partecipativo conseguente dall'informazione e consultazione sui termini dello scambio da negoziare e sulla sua attuazione, v. F. PASCUCCI, *La partecipazione dei lavoratori. Responsabilità sociale e amministrativa d'impresa*, Ipsoa, Milano, 2013, pp. 193 ss.; analogo riferimento anche ai diritti di informazione e consultazione, dei quali in modo discutibile si mirerebbe ad incentivare «la concreta operatività» in quanto si porrebbe ai lavoratori la «alternativa di rinunciare a diritti già riconosciuti per acquisirne altri ugualmente garantiti», in A. GABRIELE, *I diritti sindacali in azienda*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 261 e 302.

13 C. cost. 4 ottobre 2012, n. 221; C. cost. 28 marzo 2023, n. 52.

14 Cfr. M. CORTI, *La lunga estate calda del diritto del lavoro: dall'accordo interconfederale del 28 giugno 2011 all'art. 8, d.l. n. 138/2011*, in M. NAPOLI-M. CORTI-V. FERRANTE-A. OCCHINO, *Nuove tendenze nelle fonti del Diritto del lavoro. Dagli accordi del 2009 e 2011 al decreto legge 138*, Vita e Pensiero, Milano, 2012, p. 47; M. BIASI, *Il nodo della partecipazione in Italia*, Egea, Milano, 2013, p. 226.



applichi alcun contratto collettivo e, dunque, non sia tenuta a consentire ai lavoratori di costituire proprie rappresentanze nemmeno *ex art.* 19, l. n. 300/1970¹⁵.

Il punto è indicativo delle ricadute disfunzionali del problema della rappresentanza e della rappresentatività sindacale sulla tecnica del rinvio legale alla contrattazione collettiva, da tempo sempre più chiaramente avvertite come da affrontare mediante un intervento di sostegno possibilmente sistemico da parte del legislatore. Intervento, a sua volta, anche delineato in testi progettuali provenienti dal mondo accademico e talora estesi alla partecipazione¹⁶, non per caso già materia di delega legislativa mai attuata (art. 4, commi 62 e 63, l. n. 92/2012) nonché di successive proposte di legge¹⁷ e, allo stato, della proposta di iniziativa popolare presentata dalla CISL¹⁸.

2. Alcuni segnali in chiaroscuro: il modello partecipativo dell'impresa sociale

Sia pure non a tratto generale ma specifico, un primo esito diretto a irrobustire il coinvolgimento decisionale dei lavoratori si è prodotto nella XVII legislatura. Nel contesto del d. lgs. 3 luglio 2017, n. 112 di «revisione della disciplina in materia di impresa sociale» è stato infatti ridefinito, puntandolo al rialzo, il modello di *involvement* precedentemente prescritto per questa categoria sovratipica dall'ormai abrogato d. lgs. 24 marzo 2006, n. 155.

15 Cfr. in vario senso C. ZOLI, *I diritti di informazione e di c.d. consultazione: il d. lgs. 6 febbraio 2007, n. 25*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, I, pp. 163 ss.; M. CORTI, *Informazione e consultazione in Italia tra continuità formale e sviluppi sistematici. Artt. 1, 2 e 4*, in M. NAPOLI (a cura di), *L'impresa di fronte all'informazione e consultazione dei lavoratori. Commentario sistematico al d. lgs. 6 febbraio 2007, n. 25*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2008, spec. §§ 9, 10 e 13; F. LUNARDON, *Fonti e obiettivo delle procedure di informazione e consultazione dei lavoratori nelle imprese*, in F. LUNARDON (a cura di), *Informazione, consultazione e partecipazione dei lavoratori. D. Lgs. 6 febbraio 2007, n. 25*, Ipsoa, Milano, 2008, pp. 35 ss. Per una proposta di intervento legislativo articolata anche sul regime generale dei diritti di informazione, e in particolare su questo punto, v. G. ZILIO GRANDI-M. BIASI, *Una proposta in tema di partecipazione dei lavoratori in attuazione dell'art. 46 della Costituzione. Per un nuovo assetto delle relazioni industriali italiane oltre l'emergenza Covid-19*, aisri.it, 6 maggio 2020, pp. 4 ss. e art. 1, comma 3, del testo proposto.

16 V. in particolare i disegni di legge pubblicati in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, III, p. 205 e in *Dir. lav. mer.*, 2014, p. 155, nonché quello attuativo dell'art. 46 Cost., reperibile in aisri.it 6 marzo 2020, p. 13.

17 Cr. F. GUARRIELLO, *I diritti di informazione e partecipazione*, in M. CINELLI-G. FERRARO-O. MAZZOTTA (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 751 ss.; A. ALAIMO, *L'eterno ritorno della partecipazione: il coinvolgimento dei lavoratori al tempo delle nuove regole sindacali*, in WP «Massimo D'Antona».IT -219, 2014; L. ZOPPOLI-A. ZOPPOLI-M. DELFINO (a cura di), *Una nuova Costituzione per il sistema di relazioni industriali?*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015; P. TOSI, *La partecipazione sindacale nella crisi*, in *Arg. dir. lav.*, 2023, pp. 257 ss.

18 A. C. 1573, *La partecipazione al lavoro. Per una governance d'impresa partecipata dai lavoratori*, XIX legislatura. Sulla proposta di legge, depositata in Parlamento il 27 novembre 2023, v. i saggi, tutti in *Dir. rel. ind.*, 2023, di T. TREU, *La proposta della Cisl sulla partecipazione al lavoro. Per una governance di impresa partecipata dai lavoratori*, pp. 889 ss.; E. ALES, *La proposta di legge Cisl sulla partecipazione dei lavoratori all'impresa socialmente responsabile: una stimolante e articolata base per una seria riflessione*, pp. 913 ss.; M. CORTI, *L'eterno ritorno del dibattito sulla partecipazione in Italia. La proposta della Cisl nel quadro comparato*, pp. 939 ss.; L. ZOPPOLI, *La partecipazione sindacale nella civiltà digitale*, pp. 958 ss.



Il modello previgente già presentava alcuni tratti avanzati, ispirati al carattere *multistakeholder* delle organizzazioni dell'economia sociale ed al substrato collaborativo che spesso vi orienta le relazioni di lavoro¹⁹. Di seguito gli aspetti salienti²⁰ e, in sintetico contrappunto, le innovazioni, anche notevoli, operate dall'art. 11, d. lgs. n. 112/2017.

La platea dei beneficiari del coinvolgimento doveva comprendere i lavoratori «a qualunque titolo» impiegati e «i destinatari delle attività» e, dunque, era molto ampia, anche al netto di qualche dissonanza circa l'inclusione dei soci lavoratori delle cooperative sociali²¹. Le forme, da prevedersi «nei regolamenti aziendali o negli atti costitutivi», contemplavano «qualsiasi meccanismo, ivi comprese l'informazione, la consultazione o la partecipazione», quindi anche di natura codecisoria o cogestionale. Quanto all'oggetto, si trattava delle decisioni «almeno in relazione alle questioni che incidano direttamente sulle condizioni di lavoro e sulla qualità dei beni e dei servizi prodotti o scambiati». Infine, con specifico riferimento ai lavoratori, forme e modalità potevano anche essere «concordate con loro rappresentanti».

Le attuali previsioni sul coinvolgimento, allargato ad «altri soggetti direttamente interessati» alle attività dell'impresa, contemplano la previsione «nei regolamenti aziendali o negli statuti» di «un meccanismo di consultazione o di partecipazione [...] con particolare riferimento alle questioni che incidano direttamente sulle condizioni di lavoro e sulla qualità dei beni o dei servizi» e secondo modalità individuate tenendo conto, in particolare, dei contratti collettivi *ex art.* 51 del d. lgs. n. 81/2015 – ossia stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi sul piano nazionale o dalle loro RSA o dalla RSU – e in conformità di previste linee guida ministeriali, finalmente adottate con il d.m. 7 settembre 2021. In ogni caso, poi, gli statuti devono disciplinare ipotesi e modalità «della partecipazione dei lavoratori e degli utenti, anche tramite loro rappresentanti, all'assemblea degli associati o dei soci» nonché, nelle imprese di una certa dimensione²², «la nomina, da parte dei lavoratori ed eventualmente degli utenti, di almeno un componente sia dell'organo di amministrazione che dell'organo di controllo».

19 Cfr. F. BANO, *Il lavoro senza mercato. Le prestazioni di lavoro nelle organizzazioni «non profit»*, Il Mulino, Bologna, 2001; M.R. LAMBERTI, *Il lavoro nel terzo settore. Occupazione, mercato e solidarietà*, Giappichelli, Torino, 2005; A. RICCOBONO, *Diritto del lavoro e Terzo settore. Occupazione e welfare partenariale dopo il d. lgs. n. 117/2017*, Esi, Napoli, 2020.

20 Per approfondimenti v. L. NOGLER, *Il «coinvolgimento» dei lavoratori nell'impresa sociale*, in *Impresa sociale*, 2006, n. 3, pp. 66 ss.; A. FICI, *Brevi note sulla partecipazione dei lavoratori nelle cooperative (e nelle imprese) sociali*, *ivi*, n. 4, pp. 136 ss.; F. ALLEVA, *Sub art. 12, I*, e F. BANO, *Sub art. 12, II*, in M.V. DE GIORGI (a cura di), *Disciplina dell'impresa sociale (d. lgs. 24 marzo 2006, n. 155). Commentario*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2007, rispettivamente pp. 458 ss. e 464 ss.; L. VENDITTI, *Cooperative sociali e prestazioni di lavoro*, in *Dir. mer. lav.*, 2007, pp. 412 ss.

21 Nel senso della inclusione dei soli lavoratori non soci v. A. FICI, *Brevi note*, *cit.*, p. 137; A. SARTORI, *Le cooperative sociali. Profili giuslavoristici*, in *Var. temi dir. lav.*, 2017, p. 449.

22 Stabilita nel superamento di due dei limiti indicati - con riferimento al totale dell'attivo dello stato patrimoniale, ai ricavi delle vendite e delle prestazioni ed al numero dei dipendenti - dal comma 1 dell'art. 2435-*bis* c.c., ridotti della metà.



La cornice normativa è stata così resa più stringente sia sul versante del coinvolgimento esterno che di quello interno, pur se può rilevarsi un certo sbilanciamento delle fonti di disciplina²³ a scapito della sussidiarietà orizzontale tradizionalmente coltivata in questa materia.

Sul primo versante, in particolare, viene esclusa una declinazione al ribasso, tarata cioè sulla mera informazione che restava altrimenti possibile sotto la soglia applicativa del d. lgs. n. 25/2007, mentre condizioni di lavoro e qualità della produzione passano da elemento potenzialmente esaustivo a baricentro di un obbligo a trattare con le rappresentanze di *stakeholder* anche esterni all'impresa²⁴, incisivamente articolato nelle linee guida da seguire quale contenuto minimo delle forme di coinvolgimento²⁵. Inoltre le linee guida si riferiscono apprezzabilmente sia ai lavoratori che alle rappresentanze sindacali quali destinatari delle informazioni (§ 2, co. 2, lett. a), contribuendo così a chiarire che, in mancanza delle seconde, il diritto al coinvolgimento è comunque esercitato tramite rappresentanze direttamente elette dai primi²⁶.

Sul secondo versante, si specificano ben due forme di coinvolgimento negli organi sociali, delle quali l'una – la partecipazione di lavoratori e utenti all'assemblea – assume rilievo generale rispetto all'altra, di natura cogestoria, riguardante solo rilevanti contesti produttivi.

Il contenuto minimo di quella generale, a fronte del tenore normativo generico quanto all'intensità della partecipazione all'assemblea²⁷, è stato individuato dalle linee guida nella possibilità, peraltro estesa agli «altri soggetti interessati», di prendervi parte senza diritto di voto e con funzione consultiva limitata alle «circostanze eccezionali» della vita dell'impresa trattate in sede di assemblea straordinaria, le quali costituiscono altresì l'oggetto – secondo le stesse linee guida – di apposita consultazione con parere obbligatorio delle rappresentanze dei lavoratori. La partecipazione viene così a configurarsi come una sorta di “coinvolgimento interno debole”, nel senso che non comporta le prerogative tipiche del componente dell'organo, evocando piuttosto quelle di un *observer*, talora anche qualificato. Tuttavia un tale contenuto minimo è rimodulabile, anche eventualmente verso forme autenticamente partecipative, dall'autonomia statutaria, a sua volta chiamata a tener conto delle intese raggiunte in sede collettiva sulle modalità del coinvolgimento.

Per le imprese tenute invece a prevedere pure la cogestione in seno agli organi di amministrazione e di controllo, parimenti gli statuti potranno aumentare il numero dei componenti espressione dei lavoratori nel rispetto, quanto agli amministratori, della norma

23 In termini di impostazione «eccessivamente dirigista» v. A. RICCOBONO, *op. cit.*, p. 329.

24 A. RICCOBONO, *Diritto del lavoro e Terzo settore*, cit., pp. 328 ss.

25 M. CORTI, *Il coinvolgimento degli stakeholder nelle imprese sociali. Un utile laboratorio partecipativo anche per l'economia convenzionale? Spunti dalle linee guida ministeriali*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2022, pp. 302 ss.

26 M. CORTI, *op. ult. cit.*, p. 304; prima delle linee guida, A. RICCOBONO, *op. cit.*, p. 332.

27 Cfr. G. E. FORINO, *Tra governance partecipata ed inclusività. Il coinvolgimento dei lavoratori nei processi decisionali dell'impresa sociale*, in *Impresa sociale*, 2020, n. 3, p. 44; M. CORTI, *op. ult. cit.*, p. 306.



che riserva all'assemblea il potere di nominarne la maggioranza e, quanto ai sindaci, del possesso dei requisiti di indipendenza, che inibisce la nomina di un dipendente dell'impresa²⁸.

Qualche perplessità, infine, potrebbe suscitare la sancita esclusione delle cooperative a mutualità prevalente, e quindi di tutte le cooperative sociali (art. 111-*septies*, disp. att., c.c.), dal perimetro applicativo di questo modello di coinvolgimento dei lavoratori (art. 11, co. 5, d. lgs. n. 112, cit.). Le cooperative sociali, disciplinate dalla l. n. 8 novembre 1991, n. 381, costituiscono infatti la principale forma giuridica di impresa sociale ed escluderle dall'applicazione delle nuove regole partecipative finisce per rendere assai modesta l'incidenza di queste ultime, a dispetto del rilievo del coinvolgimento di lavoratori e utenti quale onere per acquisire e mantenere la qualifica di impresa sociale.

Al contempo, tale esclusione è coerente sul piano logico con il riconoscimento *ex lege* di tale qualifica alle cooperative sociali e ai loro consorzi e trova altresì un parziale contrappeso nelle prerogative inclusive nella gestione dell'impresa assicurate al socio in quanto lavoratore secondo il fondamento democratico dello schema cooperativo.

Peraltro, il timore di uno scarso impatto delle innovative prescrizioni sul coinvolgimento pare ridimensionato alla luce di recenti rilevazioni da cui, pur nelle more dell'efficacia dei benefici fiscali introdotti dalla riforma, emerge una più articolata fisionomia delle imprese sociali, con progressivo incremento degli enti diversi dalle cooperative *ex l. n. 381/1991* (e loro consorzi) fino a raggiungere, nel 2022, la maggioranza delle nuove imprese sociali iscritte nell'apposita sezione del Registro delle imprese²⁹.

3. Approcci all'interazione tra coinvolgimento diretto e indiretto nell'organizzazione del lavoro e dell'innovazione digitale

Altri segnali riguardano il sostegno al canale partecipativo in materia di organizzazione del lavoro e dei processi produttivi.

28 In senso dubitativo per il caso di s.p.a. con sistema dualistico, v. M. CORTI, *ibid.*, p. 307.

29 Cfr. L. BOBBA-C. GAGLIARDI, *Le "nuove" imprese sociali*, in L. BOBBA-A. FICI-C. GAGLIARDI (a cura di), *Le "nuove" imprese sociali. Tendenze e prospettive dopo la riforma del terzo settore*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022, pp. 75 ss.



Un primo segnale si rintraccia all'interno delle previsioni introdotte dalla legge di stabilità per il 2016 che promuovono, attraverso la leva fiscale, compensi di risultato³⁰ o in forma di partecipazione agli utili e prestazioni di *welfare* aziendale negoziati per contratto collettivo³¹. In questo contesto, nel regolare la detassazione della retribuzione variabile concordata nei contratti aziendali e territoriali di cui all'art. 51 d. lgs. n. 81/2015, vengono riconosciuti specifici benefici contributivi quando tali contratti prevedono il coinvolgimento paritetico dei lavoratori nell'organizzazione del lavoro (art. 1, co. 182 ss., l. n. 208/2015; d. i. 25 marzo 2016).

Il riferimento del coinvolgimento paritetico ai lavoratori pare non escludere formazioni congiunte cui prendano parte direttamente singoli o gruppi di lavoratori, affiancati o meno da loro rappresentanti³². Ciò dovrebbe incoraggiare la contrattazione decentrata a sperimentarle, entro ed eventualmente oltre la specifica materia oggetto di rinvio legale, considerando la ripresa che da qualche tempo segnano tali relazioni partecipative, soprattutto nei contesti aziendali ad alta intensità di investimento tecnologico che adottano modelli organizzativi, gestionali e di produzione allineati alle esigenze dell'economia digitale e tendenti a giovarsi della diretta interlocuzione con i lavoratori per migliorare l'efficienza produttiva e le condizioni di lavoro³³.

Un approccio in questa direzione, significativo per settore e livello contrattuale, si manifesta nell'art. 10 della sezione I del CCNL dei metalmeccanici del 5 febbraio 2021. In un quadro

30 Il riferimento della norma è a «premi di risultato di ammontare variabile la cui corresponsione sia legata ad incrementi di produttività, redditività, qualità, efficienza ed innovazione, misurabili e verificabili sulla base di criteri definiti» con decreto ministeriale (art. 1, co. 182, cit.), il quale sul punto prevede che i contratti oggetto del rinvio legale devono prevedere criteri di misurazione e verifica «che possono consistere nell'aumento della produzione o in risparmi dei fattori produttivi ovvero nel miglioramento della qualità dei prodotti e dei processi, anche attraverso la riorganizzazione dell'orario di lavoro non straordinario o il ricorso al lavoro agile quale modalità flessibile di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato, rispetto ad un periodo congruo definito dall'accordo, il cui raggiungimento sia verificabile in modo obiettivo attraverso il riscontro di indicatori numerici o di altro genere appositamente individuati» (art. 2, d. i. 25 marzo 2016).

31 Cfr. M. FAIOLI, *Premi di risultato e legge di stabilità 2016*, in AA.VV., *Il libro dell'anno del diritto 2017*, Treccani, Roma, 2017, pp. 375 ss.; I. ALVINO, *Vicende dell'articolazione contrattuale nel single channel italiano: un percorso tra ostacoli e differimenti*, in M. PEDRAZZOLI (a cura di), *Partecipazione dei lavoratori e contrattazione collettiva nell'impresa*, Franco Angeli, Milano, 2021, pp. 41 ss.; S. CIUCCIOVINO, *Relazioni sindacali partecipative e welfare aziendale*, *ibid.*, pp. 115 ss.

32 V. anche l'accezione precisata dalla normativa secondaria nel senso della previsione di «strumenti e modalità [...] da 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», precisando inoltre che «non costituiscono» tali strumenti e modalità «i gruppi di lavoro di semplice consultazione, addestramento o formazione» (art. 4, d. i., cit.).

33 Per le condizioni oggettive e soggettive favorevoli alla partecipazione attiva di lavoratori v. T. TREU, *La proposta della Cisl*, cit., pp. 892 ss., dove anche indicazioni bibliografiche.



sostanzialmente confermativo delle regole di settore sulla partecipazione³⁴, questa previsione promuove la sperimentazione nelle aziende, su base volontaria e in accordo con la RSU, di «Protocolli sulla partecipazione» orientati ai «principi di condivisione operativa già presenti all'interno dei moderni assetti organizzativi», dove «il nuovo modo di lavorare presuppone una continua interazione tra i diversi livelli aziendali ed una piena collaborazione di tutte le parti» ossia «operare in team, nei gruppi di lavoro e dare un contributo per realizzare insieme, come squadra, quel “valore aggiunto” che il singolo da solo non sarebbe in grado di apportare». Nella sperimentazione di «questa forma avanzata di partecipazione» – «che può portare ad un'evoluzione del modello dei Comitati di partecipazione e dei processi di informazione e consultazione – «sarà garantita la presenza di un rappresentante dei lavoratori nei gruppi di lavoro (o team) cross-funzionali», particolarmente opportuni «nel caso di piani o progetti aziendali – come quelli rivolti ad aspetti quali l'innovazione, il miglioramento continuo ma anche per la miglior gestione e superamento di situazioni critiche – che meglio potrebbero trovare attuazione con il coinvolgimento e la partecipazione diretta dei lavoratori».

Emerge così, sul versante della *voce* dei lavoratori nelle decisioni operative e organizzative dell'azienda, un indirizzo innovatore, per un verso propulsivo di sviluppi coordinati delle esperienze partecipative più dinamiche nelle aziende, per altro verso funzionale a recuperare al coinvolgimento istituzionale pratiche di tipo diretto, tendenzialmente attivate dal *management*, che vengono spesso segnalate tra le manifestazioni, sul versante sindacale, di un più vasto processo di disintermediazione sociale³⁵.

D'altra parte, la strada di promuovere in maniera integrata entrambi i circuiti di coinvolgimento decisionale dei lavoratori è da percorrere soprattutto alla luce dell'impatto dei sistemi di intelligenza artificiale sull'organizzazione produttiva e del lavoro.

Non per caso, un'espressa previsione sulle prerogative collettive in materia è stata introdotta già in occasione del recepimento della direttiva 2019/1152/UE sulle condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili³⁶. Anticipando soluzioni armonizzatrici presenti nella proposta di direttiva sul miglioramento delle condizioni lavorative nel lavoro mediante piattaforme digitali³⁷, l'art. 1-bis del d. lgs. n. 152/1997 ha assicurato – in caso di utilizzo di sistemi decisionali o di monitoraggio integralmente automatizzati – innovative pregnanti informazioni sia al lavoratore che alla parte sindacale. Ed appunto tale diritto collettivo di

34 Cfr. M. BIASI, *La partecipazione dei lavoratori nel Ccnl Metalmeccanici 5 febbraio 2021: la retta via e il lungo cammino*, in G. ZILIO GRANDI (a cura di), *Commentario al CCNL Metalmeccanici 5 febbraio 2021*, Giappichelli, Torino, 2021, pp. 93 ss.

35 Per analisi del fenomeno, nella prospettiva del diritto sindacale, cfr. B. CARUSO, *La rappresentanza delle organizzazioni di interessi tra disintermediazione e re-intermediazione*, in *Arg. dir. lav.*, 2017, spec. pp. 568 ss.; T. TREU, *Trasformazione o fine delle categorie?*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2023, spec. pp. 352 ss.

36 Art. 1, co. 1, lett. s) e art. 1-bis, d. lgs. 152/1997, inserito dall'art. 4, co. 1, lett. b), d. lgs. n. 104/2022 e novellato dall'art. 26, co. 2, d. l. n. 48/2023, conv. dalla l. n. 85/2023.

37 COM (2021) 762 final – 2021/0414 (COD).



informazione è stato subito fatto valere a raffica, peraltro sempre con successo, in sede di repressione della condotta antisindacale nei confronti di imprese-piattaforma di *food delivery*³⁸.

Tuttavia, in una prospettiva di sistema, sembrano solo rimandati interventi più incisivi, elaborando *ad hoc* meccanismi di coinvolgimento attivo in merito alle applicazioni dell'intelligenza artificiale nei rapporti di lavoro, secondo quanto prevede la stessa proposta di direttiva sulle piattaforme³⁹ e magari anche guardando al recente esempio tedesco del *Betriebsrätemodernisierungsgesetz* del giugno 2021, seppur adottato in un contesto normativo di forte radicamento del modello della partecipazione esterna⁴⁰.

La materia reclama uno sforzo rivalutativo degli istituti partecipativi, particolarmente adatti dinanzi alle incertezze e i rischi di tipo anche etico da affrontare, e dovrebbe indurre, per primo il legislatore, a prenderne seriamente in considerazione la massima praticabilità⁴¹.

38 T. Palermo 3 aprile 2023, in *Not. giur. lav.*, 2023, 259; T. Palermo 20 giugno 2023 e T. Torino 5 agosto 2023, in *Riv. giur. lav.*, 2023, II, p. 415, con nota di A. DONINI, *La tutela del diritto di informazione collettiva sui sistemi automatizzati attraverso il procedimento di repressione della condotta antisindacale*; A. SGROI, *Rivendicazioni sindacali e nuovi diritti: l'art. 28 St. lav. alla prova del platform work*, in *AmbienteDiritto.it*, 2023, n. 4.

39 Al riguardo cfr. M. DELFINO, *Lavoro mediante piattaforme digitali, dialogo sociale europeo e partecipazione sindacale*, in *Federalismi*, 2023, n. 25, pp. 171 ss.; per il carattere «deludente» della previsione di una mera informativa nei confronti del sindacato, M. CORTI-A. SARTORI, *Il recepimento del diritto europeo in materia di condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili e di conciliazione vita-lavoro, le misure giuslavoristiche dei decreti «aiuti»*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2022, III, p. 165.

40 Cfr. M. CORTI, *Innovazione tecnologica e partecipazione dei lavoratori: un confronto fra Italia e Germania*, in *Federalismi*, 2022, n. 17, pp. 113 ss.

41 C. CESTER, *La partecipazione dei lavoratori*, cit., pp. 441 ss.



L'EREDITÀ SCIENTIFICA DI MASSIMO D'ANTONA NEL DIRITTO SINDACALE ITALIANO: DEMOCRAZIA E PARTECIPAZIONE (Roma, 20 Maggio 2024)

Lorenzo Zoppoli

Professore ordinario di Diritto del Lavoro Università di Napoli Federico II

Abstract [It]: L'Autore propone una breve disamina dell'eredità scientifica di Massimo D'Antona, con una particolare attenzione ai temi da lui trattati in relazione alla democrazia sindacale e alla partecipazione dei lavoratori. Infatti, D'Antona considerava la democrazia sindacale non solo come un principio teorico ma come una pratica necessaria, da garantire attraverso una puntuale regolazione giuridica, rappresentando un fondamentale, imprescindibile valore costituzionale da tradurre nella pratica delle relazioni industriali. Inoltre, si evidenzia come secondo D'Antona la partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese debba essere coniugata con il ruolo del sindacato e con la democrazia sindacale. Infine, si ricorda come D'Antona abbia mostrato come teoria giuridica e pratica riformatrice possano nutrirsi al meglio reciprocamente, attingendo a risultati originali e duraturi e ispirando riforme coraggiose e praticabili.

Abstract [En]: The Author offers a brief examination of Massimo D'Antona's scientific legacy, with particular attention to the themes he addressed concerning union democracy and worker participation. Indeed, D'Antona considered union democracy not only as a theoretical principle but as a necessary practice, to be guaranteed through precise legal regulation, representing a fundamental, indispensable constitutional value to be translated into the practice of industrial relations. Moreover, it is highlighted how, according to D'Antona, worker participation in the management of enterprises must be combined with the role of the union and union democracy. Finally, D'Antona demonstrated how legal theory and reformist practice can best nourish each other, drawing on original and lasting results and inspiring courageous and feasible reforms.

SOMMARIO: 1. D'Antona e il giurista tecnocrate. – 2. Due profili di una "incommensurabile" eredità scientifica. – 3. La democrazia sindacale dalla Costituzione del '48 al diritto sindacale vivente. – 4. Teoria e prassi riformista. – 5. Oltre la democrazia, la partecipazione. – 6. Le colonne d'Ercole della configurazione giuridica del datore di lavoro nel privato e nel pubblico. – 7. Che fare dinanzi al "legislatore inadeguato"? Ripensando a D'Antona, giurista sensibile ai valori e alla giustizia sociale.

1. D'Antona e il giurista tecnocrate.



Ormai Massimo non è più con noi da un quarto di secolo. Sembra impossibile. Come continua a sembrare impossibile che qualcuno abbia pensato di uccidere un uomo come lui, uno studioso intelligente e creativo come pochi, animato da una vorace curiosità intellettuale e da una enorme fiducia nella possibilità di cambiare le condizioni presenti per aprire le porte ad un futuro migliore anche, e soprattutto, dal punto di vista degli ordinamenti giuridici. Ordinamenti che padroneggiava con disinvoltura; ma anche con una evidente diffidenza nei confronti di chi concepiva il diritto come una fredda tecnica impermeabile ai valori.

La mia testimonianza sulla sua eredità scientifica non può che partire dai valori. Il suo sapere come il suo agire infatti da lì trovavano alimento: dalla tenacia con cui restava testardamente abbarbicato a valori "originari" di cui avvertiva benissimo lo sbiadimento nella cultura collettiva, ma che si ostinava a riproporre, inventando formule e parole nuove, mai rassegnato alle gabbie del passato, sempre attento agli spiragli di futuro, che magari si aprivano per un attimo, intermittenti, ma che lui era capace di cogliere e far durare più a lungo. La sua scienza era al servizio del nuovo, mai della conservazione; delle soluzioni da cercare ad ogni costo, mai delle analisi sconolate e catastrofiste; di ciò che poteva far superare le divisioni mai indugiando invece nel moltiplicare contrasti, frazionismi, inutili dispute astratte irrorate da insaziabili narcisismi accademici o politici. Dai valori era indispensabile partire in un diritto post-positivista, ma per tessere tutti insieme nuove tele regolative con cui costruire ponti solidi verso realtà sociali e istituzionali meno effimere e più giuste.

Ho pensato queste cose mentre risfogliavo le tante pagine che Massimo ha dedicato al diritto sindacale, ma soprattutto mentre mi tornavano alla mente le occasioni in cui ho potuto vedere il patrimonio che ci ha lasciato in eredità mentre lui era ben vivo, illustrato dalla sua voce diretta.

Io non avevo un rapporto molto amicale o intimo con Massimo. Non ero un suo allievo ne' avevamo una frequentazione assidua. Lo avevo però sempre ascoltato con un certo rapimento da giovane studioso che lo vedeva intervenire in tutti i convegni, con scioltezza e autorevolezza, parlando da pari a pari con i più grandi maestri del diritto del lavoro. Sempre però con grandissimo rispetto per idee e posizioni altrui e inappuntabile rigore nel discorso giuridico. Bravissimo e spesso originale; distinguibile per una postura pubblica estremamente classica, elegante ma un po' rigida, tanto che poteva apparire formale e fredda. Di lui vedevo all'inizio soprattutto la mente, costruita intorno ad una razionalità inesorabile e tagliente, la mente-rasoio più che l'intelligenza appassionata. Quasi un giurista dell'era dei lumi, poco incline ad ogni tempesta romantica, difficile da immaginare in anni in cui ancora le città italiane erano infuocate dal conflitto sociale e i temi del lavoro parlavano più a cuori ribelli che a tecnocrati in cerca di nuove razionalità.

Il mio percorso accademico mi avvicinò molto a lui. Non solo perché era grande amico dei miei maestri, come loro allievo di Renato Scognamiglio; ma anche perché era interessato ai miei studi sul lavoro pubblico degli anni '80 (di cui poco si occupava allora¹) e aveva anche colto in me una genuina vicinanza alle battaglie sindacali e una profonda resistenza alle prime folate del liberismo thatcheriano. Però non voleva insegnarmi nulla. Forse perché non vedeva

¹ Ne è testimonianza il saggio *Autonomia collettiva e pubbliche amministrazioni*, che mi chiese per il volume da lui curato *Letture di diritto sindacale*, Jovene, Napoli, 1990.

in me granché di speciale; o semplicemente perché percepiva che non avevo ancora sciolto un nodo cruciale per lui e forse per ogni giuslavorista: cioè come far coesistere ideali politici e rigore scientifico, politica del diritto e analisi tecniche, impegno critico-dogmatico e progettualità riformista. Su questo secondo punto, pur diventato presto ordinario, avevo in effetti molto da imparare da lui. Ma, con l'orgoglio di un giovane ordinario di buona scuola, non volevo sentirmi secondo a nessuno, nemmeno ai miei maestri. Mi succedeva però qualcosa di strano: questo orgoglio non resisteva più di pochi minuti quando parlavo con Massimo. In particolare mi è rimasta impressa nella memoria un' appassionata conversazione a quattr'occhi sul ruolo del sindacato nei primi anni '90. Andammo avanti a scambiarci letture e giudizi per circa due ore, come due adolescenti infervorati, senza renderci conto che fuori calava la notte ormai sopraggiunta ad una delle tante riunioni del tardo pomeriggio nel c.d. ipogeo, cioè nella sede *underground* del Centro studi di ricerche sulla legislazione sociale e le relazioni industriali, un centro napoletano dall'acronimo impronunciabile fondato da Mario Rusciano e Lello De Luca Tamajo in cui molti di noi si sono formati. Tante altre più brevi chiacchierate facemmo in quei primi anni novanta, insieme stupiti dall'irrompere sulla scena politica e culturale del cavalier Berlusconi e attivi nel portare avanti un dottorato che vedeva insieme Catania e Catanzaro, all'epoca le nostre università di appartenenza. Lui aveva con me – ma non solo con me – un atteggiamento aperto e in fondo cameratesco che mi spingeva a non arroccarmi: era curioso delle mie idee e, soprattutto, fiducioso nella possibilità di far qualcosa di buono insieme.

Così, quasi senza accorgermene, a metà degli anni '90 entrai nella sua sfera d'azione, lo seguii nelle sue imprese più ardite tanto teoriche quanto operative (talora illudendomi addirittura di anticiparlo in qualche scritto), condivisi scelte difficili. E, forse, oggi mi sento di poter dire la mia su qualche aspetto della sua più profonda eredità scientifica. Partendo da un presupposto che non avrei mai immaginato trent'anni fa: la scienza, almeno quella giuridica, si trasmette solo individuando e creando affinità elettive. Lo so, è un termine assai romantico e ben poco scientifico. Per molti di voi può essere scontato, magari usando un altro linguaggio. Però, forse, l'espressione "affinità elettive" – pur depurato dalle accezioni intimistiche, che qui proprio non c'azzeccano – è quella che più di tutte ci restituisce il senso delle comunità accademiche – o meglio delle comunanze accademiche – cioè di quei sodalizi umani, prima ancora che scientifici, che nascevano, e talora ancora nascono, nelle nostre università. Ecco con Massimo io a un certo punto della mia vita – non so bene neanche quando² – cominciai a sentire questa affinità. E quando lo uccisero, mi sentii un po' morire anche io.

2. Due profili di una "incommensurabile" eredità scientifica.

² Ma sicuramente prima della partecipazione al gruppo di esperti che, partendo dalla commissione guidata da Gianfranco D'Alessio e poi sotto la guida dello stesso D'Antona, lavorò con Franco Bassanini alla c.d. seconda privatizzazione del lavoro pubblico: v. M. D'ANTONA-P. MATTEINI-V. TALAMO (a cura di), *Riforma del lavoro pubblico e riforma della pubblica amministrazione (1997-1998)*, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 3 ss. e 112.



Però sapevo benissimo come tutti, che ci avrebbe lasciato una grande eredità. “Incommensurabile” hanno scritto Bruno Caruso e Silvana Sciarra³. Per la parte assegnatami – il diritto sindacale – questa eredità è particolarmente ampia e significativa, per gli aspetti sia metodologici sia contenutistici.

Io voglio qui richiamare soprattutto due profili che si collocano a cavallo tra metodo e tecniche di regolazione: la democrazia sindacale e la partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese.

Su entrambi questi aspetti Massimo ha scritto, detto e fatto tantissimo. Forse più di chiunque altro.

Posso qui proporre solo pochi, essenziali accenni.

3. La democrazia sindacale dalla Costituzione del '48 al diritto sindacale vivente.

Cominciamo dalla democrazia sindacale.

Al contrario di quanti ritenevano la democrazia sindacale un'illusione, un lusso borghese o, all'opposto, un inevitabile portato della prevalenza del sindacato di classe, per Massimo la democrazia sindacale era una pratica necessaria da garantire anche attraverso una puntuale regolazione giuridica. E qui intendo la democrazia sindacale come democrazia interna all'azione sindacale: un presupposto perché il sindacato sia poi un portatore di democrazia in tutte le sfere in cui agisce – politica, sociale ed economica – realizzando la sua funzione istituzionale di strumento fondamentale in un ordinamento giuridico ispirato a principi e prassi democratiche.

Può sembrare una banalità se dico che non necessariamente la presenza istituzionale del sindacato equivale a maggiore democrazia. Un sindacato burocratico e verticistico, un sindacato unico, un sindacato organico a qualsivoglia potere esterno non è veicolo di democrazia: anzi può addirittura essere il contrario della democrazia. Il costituente lo ha scritto. Ma quasi incidentalmente. E molte letture delle norme costituzionali, anche a sinistra, hanno marcato questa incidentalità, magari attribuendo ad un certo sindacalismo storico una virtù intrinsecamente democratica. Oggi sappiamo bene che la storia non necessariamente marcia con la democrazia⁴; ma anche che la democrazia sindacale non è un automatico portato del pluralismo sindacale (di cui peraltro non può fare a meno).

Ecco Massimo questo lo aveva ben presente già quaranta anni fa: e riteneva la democrazia sindacale un fondamentale, imprescindibile valore costituzionale da tradurre nella pratica delle relazioni industriali.

Certo quel valore è da armonizzare con altri: *in primis* la libertà sindacale e la libertà di iniziativa economica. Ma senza che la democrazia sindacale diventi l'ultima ruota del carro; e senza aver timore di declinare in campo sindacale quel fondamentale principio democratico che è la decisione basata su una maggioranza dei consensi formalizzata e verificata, ancorché specifica e qualificata.

3 B. CARUSO - S. SCIARRA (a cura di), *Massima D'Antona Opere*, Giuffrè, Milano, 2000 (v. già il risvolto di copertina).

4 In tema utile la lettura di C. GALLI, *Democrazia, ultimo atto?*, Einaudi, Roma, 2023.



Gli ultimi anni della sua vita furono assai proficui su questo versante, sia nella pratica sia nella teoria.

4. Teoria e prassi riformista.

Proprio in questi anni diviene visibile un'altra importante lezione di Massimo, che prende corpo proprio sui temi della democrazia sindacale, tenendo in sintonia teoria giuridica e pratica riformista. Questo è un aspetto cruciale: c'è chi dice che se un giurista accetta di fare il consigliere del principe non può troppo teorizzare sui risultati a cui contribuisce. E' un tema tosto, che evoca purezze forse irrealizzabili. Massimo – che addirittura è arrivato a vestire i panni del principe, seppure in ruoli minori - non solo ci ha insegnato che erigere simili steccati preclusivi può essere mera ipocrisia, ma ci ha anche mostrato come teoria giuridica e pratica riformatrice possano nutrirsi al meglio l'una dell'altra, attingendo a risultati originali e duraturi, capaci di smuovere dogmi all'apparenza insormontabili e, al contempo, di ispirare riforme coraggiose e praticabili. Emblematico è il suo ultimo (o penultimo⁵) scritto sull'art. 39 Cost.⁶. Ma prima ce ne furono molti altri⁷.

Al riguardo da lui ho poi imparato quello che mancava alla mia formazione da accademico, cioè che un giuslavorista moderno solo uscendo dai recinti mentali e fisici della scienza paludata può e anzi deve acquisire la capacità di essere coerente nel muoversi tra pensiero scientifico e azione riformatrice. E lo può fare se si porta dietro i suoi occhiali da giurista, ma cercando anche di toglierseli ogni tanto e guardare alla realtà sociale, economica e politica con lo sguardo degli altri protagonisti, che quegli occhiali non sanno spesso neanche come sono fatti e nemmeno vogliono saperlo. Per il giuslavorista moderno però c'è, secondo Massimo e anche secondo me, un limite invalicabile che non sta tanto negli occhiali, che può togliere e mettere, ma, auspicabilmente, nella sua testa: i valori costituzionali - pur guardati nel loro dinamismo storico - che il giurista deve tener fermi modellandoli attraverso le tecniche regolative in concreto praticabili, con i necessari compromessi non tanto politici ma istituzionali in senso ampio, da realizzare al livello più alto possibile. In questo modo la teoria giuridica non è razionalizzazione *ex post* di qualsiasi formulazione normativa e, soprattutto, la formulazione legislativa non è dominio esclusivo del decisore politico pronto ad inseguire la convenienza dell'istante.

È una strettoia impervia questa che ho provato a descrivere, all'interno della quale si rischia facilmente di rimanere stritolati come teorici o come consiglieri del principe. Bisogna avere enorme autorevolezza teorica e grande reputazione relazionale: entrambe a Massimo non mancavano. Molti hanno (abbiamo) provato a fare come Massimo, prima e dopo di lui. Massimo ha raggiunto risultati importantissimi proprio sul tema della democrazia sindacale. Nel lavoro privato come nel lavoro pubblico. Nel primo dette un contributo straordinario a

5 Almeno per il diritto sindacale l'ultimo è M. D'ANTONA, *Per una storia del Patto dei trasporti*, in *Opere*, cit., vol. II, pp. 439 ss.

6 M. D'ANTONA, *Il quarto comma dell'art. 39 della Costituzione, oggi*, in *Opere*, cit., pp. 399 ss.

7 Buona parte già li analizzava e citava U. ROMAGNOLI, *Giuristi del lavoro nel Novecento italiano. Profili*, Ediesse, Roma, 2018, pp. 271 ss.; da ultimo v. B. CARUSO, *Massimo D'Antona e le nuove prospettive dell'art. 39 Cost.*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT*, vol. 445, 2021.



quel d.d.l. Gasperoni di fine anni '90 che, a mio parere, è stato il progetto più avanzato di attuazione dell'art. 39 Cost.⁸, fermato quasi in dirittura d'arrivo dalla caduta del Governo dell'epoca. Nel lavoro pubblico, come tutti sanno (lo abbiamo ricordato da ultimi Bruno ed io in un recente convegno napoletano⁹), partorì quella riforma della legittimazione degli agenti sindacali nella contrattazione collettiva che ancora oggi resiste ed è, pur con i suoi limiti (non dissimili da ogni procedura elettorale, per quanto democratica), un'oasi di democrazia elettorale¹⁰ in un sistema contrattuale che continua ad avvitarci tra progetti ambiziosi, non solo teorici, ma sostanzialmente irrealizzati e pratiche di crescente disordine che divaricano realtà sociale e azione sindacale.

5. Oltre la democrazia, la partecipazione.

Tuttavia Massimo sapeva bene che la democrazia interna al sindacato non è la panacea di tutti i vizi, i ritardi, le lacune dei moderni sistemi di relazioni industriali. Nel privato come nel pubblico.

Nel privato fu infatti tra quanti sdoganarono la partecipazione, ridando attualità all'art. 46 della Costituzione anche al di là di quelle ristrette cerchie di giuristi e operatori che non lo avevano dato per morto. Lo fece tanto nel privato, scrivendo pagine importanti tutt'altro che convenzionali¹¹. Un po' meno nel pubblico impiego, dove condivise piuttosto la necessità di superare le ambiguità del sindacalismo intriso di deteriori prassi clientelari. E questa impostazione può oggi essere considerata un punto debole del sistema sindacale nel lavoro pubblico (v. la recentissima bella monografia di Maria Dolores Ferrara¹²).

Però il grande merito di Massimo è di aver tenuto aperta la nostra cultura giuridica e sindacale sui temi della partecipazione. Un tema oggi più attuale che mai anche nella civiltà digitale. Ne è testimonianza la recente proposta di iniziativa popolare della CISL, che pare stia conquistando una inedita e per certi versi imprevedibile centralità nei lavori parlamentari¹³.

Anche in questa proposta si rischia però di trascurare che la partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese deve essere coniugata con il ruolo del sindacato e con la democrazia sindacale. Altrimenti non si favorisce una vera partecipazione collettiva dei lavoratori, ma si

8 Per un accenno v. B. CARUSO, *op. ult. cit.*, p. 18.

9 V. U. GARGIULO-A. ZOPPOLI (a cura di), *Le metamorfosi del lavoro pubblico in trent'anni di riforme (1993-2023)*, in *Dir. Lav. Mer.*, 16, 2024.

10 V., da ultimo, D. CARRIERI, *Il Giano bifronte del pubblico impiego: si può risanare?*, in *Astrid Rassegna*, 7, 2024, pp. 7 ss.

11 V. soprattutto la voce dell'Enciclopedia giuridica Treccani M. D'ANTONA, *Partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese e Partecipazione, codeterminazione, contrattazione (temi per un diritto sindacale possibile)*, in *Opere, cit.*, vol. II, risp. pp. 203 ss. e 313 ss.

12 M. D. FERRARA, *Il sindacalismo nella pubblica amministrazione. Protagonismo, antagonismo e partecipazione*, Giappichelli, Torino, 2024.

13 Su questa proposta v. i saggi in *Dir. rel. ind.*, 4, 2023, di E. ALES, *La proposta di legge Cisl sulla partecipazione dei lavoratori all'impresa socialmente responsabile: una stimolante e articolata base per una seria riflessione*, pp. 913 ss.; T. TREU, *La proposta della Cisl sulla partecipazione al lavoro. Per una governance di impresa partecipata dai lavoratori*, pp. 889 ss.; L. ZOPPOLI, *La partecipazione sindacale nella civiltà digitale*, pp. 958 ss.



promuove ulteriore frammentazione e atomizzazione del mondo del lavoro, assai in sintonia con gli esiti meno auspicabili della rivoluzione digitale. Frammentazione e atomizzazione dei lavoratori entrano infatti in frontale contrasto con i valori costituzionali, in particolare con la valorizzazione della solidarietà tra «i lavoratori in carne ed ossa»¹⁴ e con il contrasto allo sfruttamento del lavoro, che oggi proprio nell'era digitale assume nuove forme impossibili da fronteggiare senza rafforzare le rappresentanze collettive¹⁵. In questa materia ho trovato di incredibile attualità le conclusioni di un saggio di Massimo del 1992 in cui scrive: «il volontarismo (nda: significativo sinonimo di autoregolazione delle parti sociali) rischia in conclusione di essere un alibi per evitare le scelte che impone la differenziazione, già avviata nelle prassi, tra azioni collettive (negoziale e partecipativa) nell'impresa; ma è pur vero che solo la riforma volontaria della struttura contrattuale, quanto a livelli e ad agenti negoziali, può definire il ruolo della legge e preservare l'unità del sistema di relazioni industriali»¹⁶.

Trasferendo queste affermazioni ai nostri giorni, dominati dalle nuove tecnologie digitali, credo si possa dire che non molto cambia per quanto riguarda la promozione di nuove prassi partecipative. Certo la tecnologia può accentuare le differenze tra settori, imprese, lavoratori; può rendere più facile la partecipazione diretta dei lavoratori; ma può anche essere neutra rispetto ai modelli organizzativi e, soprattutto, rispetto a valori e obiettivi delle riforme legislative. Il problema di regole appropriate a promuovere la partecipazione sta ancora principalmente nella testa di chi progetta e attua le riforme, che sieda in parlamento o ai tavoli negoziali. E in particolare la scelta più efficace dipende anche dalla testa dei giuristi che devono formulare le norme in cui si traducono le politiche del diritto.

6. Le colonne d'Ercole della configurazione giuridica del datore di lavoro nel privato e nel pubblico.

Al riguardo c'è un ultimo profondo insegnamento di Massimo che voglio ricordare e che rientra nella sua già citata inestimabile eredità, un insegnamento in cui ancora si incrociano i valori e le tecniche normative. Questo incrocio, come ho detto, diventa particolarmente visibile nella riforma della contrattazione collettiva del lavoro pubblico promossa da Massimo, specie se di essa si guardano i meriti ma anche i limiti che, peraltro, col passare degli anni diventano sempre più evidenti.

Bruno Caruso, in un recente scritto dedicato a Massimo D'Antona, contenuto in una monumentale opera su lavoro e ozio coordinata dal filosofo Giovanni Mari¹⁷, coglie un punto

14 M. D'ANTONA, *L'autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro*, in *Opere*, cit., vol. I, p. 117.

15 Al riguardo v. i saggi in *Lav. dir.* 2, 2021, quasi interamente dedicato a *Diritto del lavoro e sfruttamento*, di L. CALAFÀ, *Per un approccio multidimensionale allo sfruttamento lavorativo*, pp. 193 ss.; M. D'ONGHIA-S. LAFORGIA, *Lo sfruttamento del lavoro nell'interpretazione giurisprudenziale: una lettura giuslavoristica*, pp. 233 ss.; S. BORELLI, *Le diverse forme dello sfruttamento nel lavoro domestico di cura*, pp. 281 ss.; F. BANO, *Quando lo sfruttamento è smart*, pp. 303 ss.

16 M. D'ANTONA, *Partecipazione, codeterminazione, contrattazione (temi per un diritto sindacale possibile)*, in *Opere*, cit., vol. II, p. 336.

17 B. CARUSO, *Idee di lavoro e di ozio per la nostra civiltà*, Firenze University Press, Firenze, 2024, pp. 1455 ss.



debole nel pensiero di Massimo che riguarda anche la riforma del lavoro pubblico: la costruzione giuridica del datore di lavoro. Per l'epoca in cui scriveva e agiva, si trattava di un aspetto scusabile forse nel lavoro privato, assai di meno nel lavoro pubblico. Ma non era una distrazione; piuttosto a mio parere un eccesso di gradualismo riformista: lo *spoils system* all'italiana della dirigenza pubblica, da lui al riguardo sponsorizzato e in gran parte realizzato, avrebbe richiesto subito infatti una diversa disciplina della responsabilità della politica rispetto alla creazione di valore pubblico. Massimo lo sapeva bene. E forse si accingeva a lavorarci. Purtroppo glielo impedirono i brigatisti. E coloro che ne presero più o meno degnamente il posto nel ruolo di consigliere del principe (tra cui proprio io) non sono stati alla sua altezza. Anche perché la *politique politicienne* prese le distanze quasi subito dal migliore pensiero riformista¹⁸.

Però, senza indugiare in digressioni, non v'è dubbio che un sistema di relazioni sindacali democratico e partecipato avrebbe richiesto un sforzo regolativo ulteriore e particolare proprio sul versante datoriale¹⁹. E ancora lo richiede in questa nuova civiltà digitale, nel pubblico come nel privato, anche se con forme e contenuti diversi e più complessi, una volta che si son persi i treni passati 25/30 anni fa.

7. Che fare dinanzi al "legislatore inadeguato"? Ripensando a D'Antona, giurista sensibile ai valori e alla giustizia sociale.

Il ricordo di Massimo, pur nell'inevitabile incompiutezza della sua opera di studioso e di riformista, però ancora può aiutarci nel dare risposta a una domanda conclusiva e molto attuale: cosa fa il pensiero riformista del giuslavorista davanti a una politica che elude i problemi o li nasconde o li mistifica?

Dopo Massimo sappiamo di certo che non può rifugiarsi in nessun terreno neutrale. Non certo in quello del diritto come potere autoritativo e insindacabile perché oggi siamo ancora di più nel post positivismo cui Massimo dedicò pagine di insuperata efficacia²⁰. Ma nemmeno in quello della tecnologia potente e progressiva che secondo alcuni di per sé ci porterebbe verso un futuro che valorizza la centralità della persona. Oggi in materia risuonano troppi nuovi miti, da ultimo accomunati sotto l'etichetta del capitalismo *woke*²¹.

Massimo - e qui sta l'ultimo insegnamento a cui accennavo - secondo me sarebbe stato guardingo, senza demonizzare le innovazioni, ma tenendosi ancora una volta ben abbarbicato ai valori costituzionali, *in primis* a quelli della democrazia sindacale e della partecipazione democratica. Forse avrebbe ancora una volta provato a rivitalizzare gli strumenti di legittimazione democratica della contrattazione collettiva e dei circuiti partecipativi. Certo

18 Per una recente rivisitazione di queste vicende v. L. ZOPPOLI, *Lavoro pubblico e legge a trent'anni dalla prima riforma: time is on my side (again)?*, in *Riv. giur. lav.*, 2024, quaderno in corso di pubblicazione.

19 Per chi volesse approfondire rinvio alla mia voce L. ZOPPOLI, *Datore di lavoro pubblico*, in R. DEL PUNTA-R. ROMEI-F. SCARPELLI (diretto da), *Contratto di lavoro*, in *Enc. dir. I tematici*, Giuffrè, Milano, 2023, vol. VI, pp. 548 ss.

20 Mi riferisco soprattutto a M. D'ANTONA, *L'anomalia post positivista del diritto del lavoro e la questione del metodo*, in *Opere*, cit., vol. I, pp. 53 ss.

21 V. C. RHODES, *Capitalismo woke. Come la moralità aziendale minaccia la democrazia*, Fazi, Roma, 2023.



difficilmente il riformismo di Massimo avrebbe accettato una formula come quella del “contratto collettivo più applicato” per risolvere i problemi dell’incertezza nel campo di applicazione dei diritti minimi da assicurare a tutti i lavoratori. Quella formula, specie nel contesto in cui viene usata²², è il massimo dell’appiattimento su una realtà che non si vuole riportare ai valori costituzionali: essa consente infatti di ignorare chi in concreto scrive le norme contrattuali, con quale investitura e, di conseguenza, con quale garanzia sugli equilibri tra i diversi interessi da rappresentare e sui contenuti contrattuali. Nel d.d.l. governativo attuativo della direttiva dell’Unione sui salari adeguati una formula del genere ancora c’è. C’era anche nel d.l. 19/2024 in materia di appalti (art. 29.2), ma, sulla scorta forse dell’allarme suscitato dai gravissimi incidenti sul lavoro degli ultimi mesi, è stata superata nella legge di conversione (56/2024) in favore della più consueta formula dei contratti collettivi stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi. Questa vicenda, al di là della possibilità di ricondurla in via interpretativa su binari meno dirompenti²³, molto ci dice su come, dinanzi ai soliti nodi sfidanti e irrisolti del nostro sistema di relazioni sindacali, si concepiscano formule incompatibili con i valori costituzionali oppure ci si rifugi nel passato, pur sapendo che i problemi restano irrisolti. Due modi di fare le riforme che non mi pare rientrino nella lezione di Massimo. Raccogliendo la sua eredità, potremmo fare sicuramente di più e meglio, anche solo indignandoci vigorosamente non solo come cittadini ma, anzitutto, come giuslavoristi quando il legislatore si arrende alle più evidenti ingiustizie sociali.

22 Art. 1.2 lett a) AS 957 sui salari adeguati, già approvato alla Camera dei Deputati il 12 dicembre 2023. 23 V., ad esempio, S. BELLOMO, *Giusta retribuzione e contratto collettivo tra Costituzione e diritto europeo*, in *AmbienteDiritto.it*, 1, 2024, p. 11; I. ALVINO-A. MARESCA, *Una riflessione sull’effettività delle tutele giuslavoristiche nella ricorrenza della Festa del 1^o maggio*, in *Federalismi*, 10, 2024.



NUOVI LAVORI E QUESTIONE SALARIALE: SPUNTI A PARTIRE DALLA TUTELA ANTIDISCRIMINATORIA¹

Luisa Corazza

Professoressa ordinaria nell'Università degli Studi del Molise

Abstract [It]: Il contributo esamina l'intersezione tra le nuove forme di lavoro e il lavoro povero. In particolare, si evidenzia come l'intreccio tra lavoro atipico e lavoro povero assuma grande rilievo nell'ambito della tutela della persona. Ci si interroga, altresì, in merito alla vulnerabilità salariale dei lavori atipici e se questa sia tale da integrare, oltre a una violazione del principio di sufficienza dell'art. 36 Cost., una discriminazione in contrasto con il diritto dell'Unione europea, con riferimento alla peculiare protezione contro le discriminazioni riservata ai lavoratori atipici.

Abstract [En]: The paper examines the intersection between new forms of work and poor work. In particular, it highlights how the connection of atypical labor and poor labor takes on great significance in the context of personal protection. Doubts have arisen about wage vulnerability of atypical jobs and if it could constitute not only a violation of the principle of sufficiency of Article 36 of Italian Constitution, but also a discrimination, in contrast with European Union law's special protection against discrimination reserved for atypical workers.

SOMMARIO: 1. I nuovi lavori negli interessi scientifici di Giuseppe Santoro Passarelli. - 2. La vulnerabilità salariale dei lavoratori atipici: qualche dato di contesto. - 3. Il divieto di discriminazione nei confronti dei lavoratori atipici e le turbolenze della disciplina del salario sufficiente. - 4. Verso una specifica protezione per il salario dei lavoratori atipici?

1. I nuovi lavori negli interessi scientifici di Giuseppe Santoro Passarelli.

Nell'endiadi "Nuovi lavori e tutela della persona" sono racchiusi diversi momenti della vita di Giuseppe Santoro Passarelli, espressivi, nel loro insieme, della vivacità e curiosità culturale e, soprattutto, della modernità dello studioso. Giuseppe Santoro Passarelli si è interessato del

¹ L'articolo costituisce una rielaborazione, con l'aggiunta di note, della relazione tenuta dall'autrice al convegno "Nuovi lavori e tutela della persona. In ricordo del Prof. Giuseppe Santoro Passarelli", tenutosi a Perugia il 30 ottobre 2023.



tema dei nuovi lavori già negli anni Settanta, occupandosi di lavoro parasubordinato quando il tema non era ancora entrato nella vita quotidiana del giuslavorista², per poi tornare a scrivere sul tema dei nuovi lavori con la moltiplicazione delle forme di lavoro³, e, infine, per dedicarsi negli ultimi anni della sua vita alle novità introdotte nel mondo del lavoro dalla rivoluzione digitale⁴. Questi passaggi esprimono una visione dei nuovi lavori da punti di vista diversi: i nuovi lavori possono essere analizzati nella dialettica lavoro autonomo/lavoro subordinato/lavoro parasubordinato; i nuovi lavori possono essere visti nella prospettiva della moltiplicazione dei lavori ossia di quelle nuove forme giuridiche che si sono diffuse in particolare nel nuovo millennio; infine, i nuovi lavori possono essere concepiti come nuove modalità di prestazione dell'attività lavorativa a seguito dei cambiamenti che la società e l'economia digitale hanno introdotto nel nostro ordinamento.

Tra tutti questi spunti, proverò ad offrire qualche elemento di riflessione su un segmento molto limitato, dato dall'intersezione tra le nuove forme di lavoro e il lavoro povero, in altre parole, l'intreccio tra nuovi lavori e questione salariale. Il concetto di nuovi lavori sarà dunque inteso, nelle pagine che seguono, in senso "classico" ovvero come riferito alle diverse forme contrattuali con cui il lavoro è prestato. Si farà riferimento a tutte le forme del lavoro cosiddetto atipico, dalle forme del lavoro temporaneo alle forme del lavoro a tempo parziale (senza escludere il c.d. *part time* involontario), fino a quelle forme del lavoro non subordinato che per alcune caratteristiche dettate dalla modalità della prestazione di lavoro e anche dalla condizione socio-economica del lavoratore si avvicinano per alcuni tratti al lavoro subordinato (il c.d. lavoro parasubordinato, per usare il linguaggio del Nostro, le "partite iva" etc.).

2 V. G. SANTORO-PASSARELLI, *Il lavoro parasubordinato*, Franco Angeli, Milano, 1979. Si veda anche G. SANTORO-PASSARELLI, *Lavoro parasubordinato: retribuzione sufficiente e prestazione di fatto*, in *Giur. it.*, 1982, I, 2, pp. 295 ss.; G. SANTORO-PASSARELLI, *Chiose sulla parasubordinazione*, in *Dir. lav.*, 1989, I, pp. 201 ss.; G. SANTORO-PASSARELLI, *La Parasubordinazione dieci anni dopo*, in AA.VV., *Autonomia negoziale e prestazioni di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1993, pp. 71 ss.

3 V. G. SANTORO-PASSARELLI, *Note preliminari sulla nuova disciplina del contratto a tempo determinato*, in *Arg. dir. lav.*, 2002, n. 1, pp. 177 ss.; G. SANTORO-PASSARELLI, *Lavoro subordinato, lavoro coordinato, lavoro a progetto*, in R. DE LUCA TAMAJO-M. RUSCIANO-L. ZOPPOLI (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2003, pp. 187 ss.; G. SANTORO-PASSARELLI, *Lavoro a progetto*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, Torino, Utet, 2007, pp. 443 ss.; G. SANTORO-PASSARELLI, *Falso lavoro autonomo e lavoro autonomo economicamente debole ma genuino: due nozioni a confronto*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, n. 1, 103 ss.; G. SANTORO-PASSARELLI, *Contratto a termine e temporaneità delle esigenze sottostanti*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, n. 1, pp. 189 ss.

4 V. G. SANTORO-PASSARELLI, *L'interpretazione dell'art. 2, comma 1, del d.lgs. n. 81/2015 e i riders nella sentenza della Cassazione n. 1663/2020*, in *Dir. rel. ind.*, 2020, n. 2, pp. 512 ss.; G. SANTORO-PASSARELLI, *Dignità del lavoratore e libertà di iniziativa economica, rivoluzione industriale 4.0 e rapporto di lavoro dei riders*, in *Labor*, 2022, n. 1, pp. 5 ss.; G. SANTORO-PASSARELLI, *Dignità del lavoro e civiltà digitale*, in *Riv. giur. lav.*, 2023, n. 1, pp. 53 ss.



2. La vulnerabilità salariale dei lavoratori atipici: qualche dato di contesto.

Quello dei nuovi lavori è un tema ormai classico nel diritto del lavoro. L'interesse per l'argomento, ampiamente esplorato dalla dottrina soprattutto a seguito delle riforme intervenute all'inizio degli anni Duemila, che, come è noto, hanno favorito l'accesso a forme contrattuali diverse dal lavoro standard, si rinnova oggi in virtù dell'intersezione tra lavoro atipico e lavoro povero⁵. Questo intreccio assume poi grande rilievo nell'ambito della tutela della persona, data l'impostazione personalistica con cui la nostra Costituzione affronta il tema del salario⁶. È utile, infatti ricordare ancora una volta che il testo dell'art. 36 costituisce l'unico passaggio in cui viene fatta espressa menzione – nel testo costituzionale – del profilo esistenziale della persona⁷.

Per affrontare la questione con maggiore consapevolezza empirica, è utile offrire anzitutto qualche dato di contesto.

L'ISTAT stima che sul totale dei lavoratori con basse remunerazioni, la maggiore porzione sia rappresentata da lavoratori temporanei o *part time*. Per comprendere il dato, è utile mettere a fuoco quali sono, in concreto, le caratteristiche di vulnerabilità salariale dei lavoratori atipici, a partire dall'aumento delle nuove forme di lavoro (si stima che, solo il lavoro a termine, sia raddoppiato dall'inizio degli anni Novanta al 2019). È interessante ad esempio notare l'incidenza quantitativa del *part time* (che caratterizza nel 2022 il 18,2% degli occupati), il fatto che questa forma di lavoro sia involontaria nel 56,2% dei casi, e le caratteristiche di popolazione dei nuovi lavoratori. Il lavoro non standard è diffuso infatti in particolare tra i giovani (tra chi ha meno di 34 anni, quattro lavoratori su dieci sono non standard) e tra le donne (il 27,7% delle donne occupate ha un lavoro non standard, contro il 16,2% degli uomini)⁸.

Ma anche da un punto di vista squisitamente giuridico, l'intersezione si esprime su piani molteplici. Il primo attiene alla discontinuità del lavoro e quindi alla povertà come conseguenza delle poche ore lavorate. Si tratta del problema, esplorato dagli economisti, della

5 V. il numero monografico di *Lavoro, Diritti, Europa.*, n. 1, 2022 sul tema "La povertà nonostante il lavoro. Nuove eguaglianze, lavoro dignitoso, professionalità", curato da M. BROLLO; il Focus di *Lavoro, Diritti, Europa.*, n. 2, 2022 sul tema "Il salario minimo legale e il Far West contrattuale", curato da A. BELLAVISTA; il numero straordinario di *Variazioni su Temi di Diritto del Lavoro*, 2022 sul tema "Il lavoro povero in Italia: problemi e prospettive", curato da A. LASSANDARI-E. VILLA-C. ZOLI. Si veda anche, da ultimo, Banca d'Italia, *Nota su "Il lavoro povero in Italia e un possibile salario minimo"*, a cura di E. VIVIANO con la coll. di G. BOVINI-S. LATTANZIO-R. NIZZI, 2023; A. SOMMA, *Abolire il lavoro povero*, Laterza, Bari, 2024.

6 V. P. PASCUCI, *Giusta retribuzione e contratti di lavoro. Verso un salario minimo legale?*, Franco Angeli, Milano, 2018; S. BELLOMO, *Giusta retribuzione e contratto collettivo tra Costituzione e diritto europeo*, in *Riv. Giur. Amb. Dir.*, 2024, n. 1.

7 V. L. CORAZZA, *Crisi della contrattazione e retribuzione sufficiente*, in *Dir. rel. ind.*, 2021, n. 4, pp. 1092 ss.

8 V. L'audizione dell'Istituto nazionale di statistica presso la XI Commissione (Lavoro pubblico e privato) della Camera dei deputati, 11 luglio 2023.



“bassa intensità di lavoro”, di cui risultano vittime, in particolare, i lavoratori titolari di contratti di lavoro a termine discontinui, o di contratti di lavoro *part time*⁹.

Vi è poi la questione della sottrazione dal campo di applicazione dei contratti collettivi di alcuni lavoratori atipici. Il tema attiene, in questo caso, alle forme di lavoro atipico non subordinato e riguarda, in particolare, i lavoratori “parasubordinati” e i prestatori di lavoro autonomo fittizio¹⁰.

Infine, il lavoro povero intreccia i nuovi lavori quando si deve verificare l’effettiva remunerazione inferiore che spesso caratterizza queste fasce di lavoratori. La questione si aggrava nel caso della intersezione tra il lavoro atipico e alcuni settori cosiddetti “deboli” della contrattazione collettiva, come, ad esempio, il turismo, l’agricoltura e il lavoro nel campo dell’assistenza, dove bassa intensità di lavoro e fragilità salariale possono convivere anche in presenza di una contrattazione collettiva di settore¹¹.

3. Il divieto di discriminazione nei confronti dei lavoratori atipici e le turbolenze della disciplina del salario sufficiente.

Le discriminazioni nei confronti dei lavoratori atipici sono espressamente vietate nel nostro ordinamento grazie all’intervento del legislatore europeo per mezzo di una serie di direttive (direttive 99/70/CE, 97/81/CE e 2008/104/CE) adottate a partire dalla seconda metà degli anni Novanta¹², sulle quali si è formata una copiosa produzione giurisprudenziale da parte della Corte di giustizia¹³.

9 V. V. FERRANTE, *Il cumulo dei “lavoretti”: quale tutela per le attività discontinue o saltuarie?*, in *Lavoro e dir.*, 2018, n. 4, pp. 613 ss.; P. BOZZAO, *Poveri lavoratori, nuovi bisogni e modelli universalistici di welfare: quali tutele?*, in *Lavoro e dir.*, 2018, n. 4, pp. 657 ss.; A. OCCHINO, *Povertà e lavoro atipico*, in *Lavoro e dir.*, 2019, n. 1, 103 ss.; M. RAITANO, *Lavoratori poveri e riflessioni di policy: il caso italiano*, in P. ALBI (a cura di), *Salario minimo e salario giusto*, Giappichelli, Torino, 2023.

10 V. A. LASSANDARI, *Oltre la “grande dicotomia”? La povertà tra subordinazione e autonomia*, in *Lavoro e dir.*, 2019, n. 1, pp. 81 ss.; A. ALAIMO, *Il lavoro autonomo fra nuove «debolezze» e deficit di protezione sociale: tutele prima, durante e dopo la pandemia*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 2021, n. 2, pp. 209 ss.

11 Su queste dinamiche patologiche v. S. CIUCCIOVINO, *Fisiologia e patologia del pluralismo contrattuale tra categoria sindacale e perimetri settoriali*, in *Lav. Dir.*, 2020, n. 2, pp. 185 ss.

12 Sull’influenza del modello europeo in tema di lavori atipici v. M. AIMO, *Il lavoro a termine tra modello europeo e regole nazionali*, Giappichelli, Torino, 2017; L. CORAZZA, *Il lavoro a termine nel diritto dell’Unione Europea*, in R. DEL PUNTA-R. ROMEI (a cura di), *I rapporti di lavoro a termine*, Giuffrè, Milano, 2014, pp. 1 ss.; S. GIUBBONI, *La protezione dei lavoratori non-standard nel diritto dell’Unione europea*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2011, n. 1, pp. 270 ss.

13 V. C. ALESSI-S. BORELLI, *Segmentazione del mercato del lavoro e discriminazioni*, in M. BARBERA-A. GUARISO, (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria. Fonti, strumenti, interpreti*, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 271 ss.; C. ALESSI, *Il principio di non discriminazione nei rapporti di lavoro atipici: spunti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia*, in O. BONARDI (a cura di), *Eguaglianza e divieti di discriminazione nell’era del diritto del lavoro derogabile*, Ediesse, Roma, 2017, pp. 99 ss.



Queste previsioni hanno dato il via a una “nuova stagione della legislazione antidiscriminatoria” nella quale il divieto richiamato viene utilizzato come «contrappeso alla flessibilizzazione delle condizioni di lavoro e delle tipologie contrattuali», avviando la transizione «verso un “nuovo” diritto del lavoro: il diritto dell’occupazione, il diritto dei lavoratori occupati e disoccupati, tipici e atipici, stabili e precari, che offra a tutti eguali opportunità di accedere a un lavoro e di conservarlo»¹⁴.

A ciò si aggiunga che il tema del lavoro povero è da tempo al centro di un intenso dibattito politico, che coinvolge diversi formanti dell’ordinamento e sul quale non è possibile in questa sede addentrarsi¹⁵. È doveroso, tuttavia, ricordare che, recentemente, la questione ha scatenato una sorta di crisi istituzionale: sul fronte legislativo, si è riproposto il tema del salario minimo legale¹⁶; sul versante della giurisprudenza, nel mese di ottobre si è assistito a un inedito intervento sul tema da parte della Corte di Cassazione¹⁷, con una sentenza che riguarda i limiti o meglio la compatibilità con l’articolo 36 della Costituzione dei minimi salariali adottati dal contratto collettivo; infine, sul tema si è pronunciato il CNEL con un parere rilasciato il 12 ottobre 2023¹⁸.

4. Verso una specifica protezione per il salario dei lavoratori atipici?

Vi è dunque da chiedersi se la vulnerabilità salariale dei lavori atipici sia tale da integrare, oltre a una violazione del principio di sufficienza dell’art. 36 Cost., una discriminazione in contrasto con il diritto dell’Unione europea, con riferimento alla peculiare protezione contro le discriminazioni che viene riservata – per mano del diritto unionale – ai lavoratori atipici. In altre parole, e per porla in termini interrogativi, dalla combinazione del principio costituzionale e del diritto europeo è possibile trarre spunto per sostenere che la nozione di sufficienza della retribuzione in relazione ai lavoratori atipici debba essere affrontata con schemi di ragionamento di taglio differente? Ad esempio, ha senso valutare il canone della

14 V. C. ALESSI, *Divieto di discriminazione dei lavoratori a termine: il dialogo recente tra Corte di giustizia e corti nazionali*, in M. AIMO-A. FENOGLIO-D. IZZI (a cura di), *Studi in memoria di Massimo Roccella*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2021, pp. 373 ss.

15 V. A. GARNERO- C. LUCIFORA, *L’erosione della contrattazione collettiva in Italia e il dibattito sul salario minimo legale*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2020, n. 2, pp. 295 ss.

16 V. tra i tanti, R. DE LUCA TAMAJO, *Le retribuzioni insufficienti: l’intervento legislativo, la via giudiziale, la sede contrattual-collettiva*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2023, n. 3, pp. 71 ss.; M. BARBIERI, *Il salario minimo tra discussione politica e giurisprudenza*, in *Lavoro, Diritti, Europa*, 2023, n. 3; V. BAVARO, *Il giusto salario e la giurisprudenza italiana. Note critiche*, in P. ALBI (a cura di), *Salario minimo e salario giusto*, Giappichelli, Torino, 2023; A. BELLAVISTA, *Perché introdurre un salario minimo legale. Alcune osservazioni sulla proposta di legge n. 1275*, in *Lavoro, Diritti, Europa*, 2023, n. 3; G. BRONZINI, *Il contributo della Corte di Cassazione per risolvere il tema dei “salari indecenti”*, in *Lavoro, Diritti, Europa*, 2023, n. 3.

17 Orientamento aperto da Cass. 2 ottobre 2023, n. 27711, in *Guida dir.*, 2023, 41.

18 CNEL, *Elementi di riflessione sul salario minimo in Italia*, 12 ottobre 2023.



sufficienza avendo a mente il costo del lavoro orario o sono necessari, piuttosto, schemi di valutazione di tipo diverso, configurati appositamente sulle caratteristiche dei lavoratori non standard?

Di fronte ai nuovi lavori, il punto non è tanto quello di misurare la capacità di resistenza della contrattazione collettiva quale «autorità salariale»¹⁹, né di pronunciarsi sull'opportunità che una questione di tale rilievo dal punto di vista della politica macroeconomica venga affidata alle cure della giurisprudenza (il giudice è un soggetto individuale che si pronuncia a partire dal caso concreto)²⁰. La questione che qui si pone è relativa alla possibilità di affrontare la questione salariale dei lavoratori atipici utilizzando gli stessi strumenti di analisi del lavoro standard. Si suggerisce, in sintesi, di integrare, nelle riflessioni sulle prospettive di attuazione del principio di cui all'art. 36 Cost., che provengano dalla contrattazione collettiva, dalla giurisprudenza o dalla legge, la consapevolezza della peculiare fragilità che caratterizza i nuovi lavori. In quest'ottica, si possono individuare alcuni aspetti specifici con i quali è auspicabile che l'intervento regolativo – di matrice legale, contrattuale o giurisprudenziale – si misuri nel tempo.

Anzitutto, è possibile individuare alcuni meccanismi di compensazione della discontinuità. Si pensi, per esempio, a quanto accade nel lavoro in somministrazione, dove si può far riferimento a un "monte ore garantito" previsto dalle agenzie di somministrazione. Altro esempio che si può citare è dato dalla previsione del salario orario onnicomprensivo lordo nell'ambito della contrattazione collettiva nel settore del turismo. Infine, una tale funzione può essere affidata al c.d. "terzo elemento" di retribuzione aggiuntiva prevista nel lavoro agricolo a termine per compensare la mancanza di ferie e mensilità aggiuntive.

In secondo luogo, è possibile immaginare regole di parità di trattamento tra lavoratori nuovi e lavoratori standard. Un esempio in tal senso può rintracciarsi nelle sperimentazioni che la riforma Fornero aveva messo in campo con riferimento al lavoro a progetto e che imponevano una parità retributiva tra lavoratori a progetto e lavoratori subordinati che svolgevano le medesime mansioni²¹. In alternativa, e sempre per ovviare all'esclusione dalla

19 L'espressione, molto efficace è di T. TREU, *La questione salariale: legislazione sui minimi e contrattazione collettiva*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2019, n. 3, pp. 767 ss.

20 Non è un caso che l'ultimo grande intervento sulla questione salariale in Italia sia databile al 1993, e sia stato affidato a una contrattazione triangolare che coinvolgeva tutti gli attori pubblici e privati protagonisti della nostra politica economica. Tra l'altro, il protocollo si ispirava, soprattutto per la parte relativa al controllo dell'inflazione, alle teorie economiche del compianto Ezio Tarantelli, su cui v. R. FIORITO, *Il contributo di Ezio Tarantelli agli studi di economia del lavoro*, in *Vita e Pensiero*, 1985, pp. 494 ss.

21 V. G. SANTORO-PASSARELLI, *Riforma Fornero. Lavoro a progetto e partite iva nella riforma del lavoro 2012*, in *Lavoro e giur.*, 2012, pp. 942 ss.



disciplina contrattuale, si può far riferimento ai vari correttivi della nozione di subordinazione²².

Infine, prendendo spunto dal dibattito europeo sulle transizioni si può pensare di costruire un vero e proprio meccanismo contrattuale *ad hoc* che comporti la compensazione delle carenze in cui si trovano i lavoratori atipici dal punto di vista salariale con altre misure correttive.

Tra l'altro, vi sono serie ragioni per cui proprio il campo dei nuovi lavori sembra un terreno in cui appare opportuno sperimentare nuovi modelli di attuazione dell'articolo 36 Cost.

Il campo dei nuovi lavoratori è popolato soprattutto da alcune fasce di popolazione che coincidono con quelle sulle quali si stanno concentrando i recenti interventi di politica macroeconomica. Mi riferisco, soprattutto, ai giovani e alle donne: appare certo contraddittorio far convivere le linee del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), che trasversalmente intende dare la precedenza a giovani e donne nell'attuazione delle proprie misure, con una condizione salariale che penalizzi proprio questi segmenti di popolazione attiva.

La tutela della persona nei nuovi lavori postula una attuazione dello schema costituzionale secondo tecniche nuove, che siano in grado di plasmare i principi di sufficienza e proporzionalità della retribuzione e che tengano conto di un modello economico-sociale completamente trasformato.

22 Su cui v., tra i tanti, A. PERULLI, *Il diritto del lavoro "oltre la subordinazione": le collaborazioni etero-organizzate e le tutele minime per i riders autonomi*, in *Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona" – IT*, 2020, n. 410; O. RAZZOLINI, *I confini tra subordinazione, collaborazioni etero-organizzate e lavoro autonomo coordinato: una rilettura*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2020, n. 2, pp. 345 ss.



OSSERVAZIONI SULLA DECODIFICAZIONE ALGORITMICA

Paolo Iervolino

Abstract [It]: Il contributo affronta il tema del funzionamento degli algoritmi per offrire nuove prospettive di tutela al lavoro tramite piattaforma. In particolare, dopo aver messo in luce che i giuslavoristi non possiedono gli strumenti per comprendere i sistemi algoritmici, si intende verificare se il diritto del lavoro non possa imparare dal diritto civile al fine di garantire una corretta comprensione degli algoritmi.

Abstract [En]: *The contribution addresses the issue of how algorithms work to offer new perspectives of protection to platform work. In particular, after pointing out that labour lawyers do not possess the tools to understand algorithmic systems, it is intended to examine whether labour law cannot learn from civil law in order to ensure a proper understanding of algorithms.*

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. I limiti della decodificazione algoritmica nel diritto del lavoro - 3. Le persone che lavorano mediante piattaforme digitali - 4. La tutela amministrativa nel lavoro tramite piattaforma.

1. Premessa

Nonostante abbia evidentemente¹ un perimetro più ampio², l'art. 1-bis d.lgs. 26 maggio 1997, n. 152 (d'ora in poi solo l'art. 1-bis) dovrebbe³ essere stato introdotto dal Decreto

1 * *Assegnista di ricerca in diritto del lavoro nell'Università Ca' Foscari di Venezia*

È stato giustamente detto che l'art. 1-bis, comma 1, d.lgs. 26 maggio 1997, n. 152 introduce «un vero e proprio statuto regolativo per la *algorithmic fairness*» (F. FERRARO, *L'estensione degli obblighi informativi alle collaborazioni coordinate e continuative e alle collaborazioni organizzate dal committente*, in AA.VV. (a cura di), *Trasparenza e attività di cura nei contratti di lavoro*, ADAPT Labour Studies, n. 96, qui a p. 93).

2 Sul punto vedi 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 *Giust. civ.*, 8 novembre 2022 e 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, n. 1, p. 7.

3 Il condizionale è perché M. T. Carinci - S. Giudici - P. Perri, op. cit., rinvencono il fondamento dell'art. 1-bis proprio nella direttiva UE 2019/1152 in materia di "condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili" di cui il Decreto Trasparenza è attuazione.



Trasparenza essenzialmente per anticipare⁴ il contenuto del Capo III della proposta di direttiva sul lavoro tramite piattaforma, solamente da poco licenziata. In tale (e più ristretta) prospettiva, la disposizione è destinata a riequilibrare le asimmetrie informative delle piattaforme attraverso una maggiore trasparenza circa il funzionamento degli algoritmi⁵, perché prevede – tra gli altri obblighi⁶ – l’obbligo di informare il lavoratore e (soprattutto) i sindacati «dell’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» (comma 1).

L’art. 1-bis impone dunque al titolare della piattaforma di «trasformare e commutare il linguaggio e la logica delle macchine in un linguaggio comprensibile all’uomo, razionalmente spiegabile»⁷.

La disposizione non prevede però l’obbligo di mettere a disposizione il c.d. codice sorgente⁸. Infatti, a prescindere dalle difficoltà strutturali che si porrebbero – come si vedrà più

4 In questo senso, invece, G. PROIA, *Trasparenza, prevedibilità e poteri dell’impresa*, in *Labor*, 2022, n. 6, qui a p. 641; A. VISCOMI, *Per una sandbox giuslavoristica. Brevi note a partire dal “decreto trasparenza”*, in *Lab. Law Iss.*, 2023, n. 9, I. 124; M. FAIOLI, *Trasparenza e monitoraggio digitale*, in *federalismi.it*, 2024, n. 3, p. 104.

5 In questi termini A. A. SCELSI, *Alla ricerca di un rinnovato spazio di azione politica in azienda: il sindacato e la leva della trasparenza algoritmica*, in *Labor*, 2023, n. 4, p. 424.

6 Si ha più nello specifico diritto di sapere, da un lato, «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). D’altro lato, si «ha diritto di accedere ai dati e di richiedere ulteriori informazioni concernenti gli obblighi di cui al comma 2» (comma 3). Come è noto, originariamente il comma 1, art. 1-bis non conteneva l’avverbio “integralmente”. A tal proposito, è stato giustamente detto che «l’area informativa, interpretata in maniera molto ampia, per certi versi ha rischiato di invadere la sfera dell’autonomia imprenditoriale; probabilmente per questa ragione – controbilanciando i diritti in gioco – il legislatore con il D.L. n. 48/2023 ha tempestivamente provveduto a restringere l’obbligo di informazione alle sole ipotesi in cui i trattamenti siano “integralmente” automatizzati. D’altronde, anche il Ministero del lavoro, con la Circ. 20 settembre 2022, n. 19, aveva adottato un’interpretazione restrittiva, ritenendo che la disposizione trovasse applicazione solo nel caso in cui il sistema automatizzato assumesse autonomamente la decisione finale, al più con un intervento umano accessorio» (M. ESPOSITO, *La conformazione dello spazio e del tempo nelle relazioni di lavoro: itinerari dell’autonomia collettiva*, in *Le dimensioni spazio temporali dei lavori*, Atti giornate di studio AIDLASS Campobasso, 25-26 maggio 2023, , LaTribuna, Piacenza, 2024, qui a p. 201).

7 L. ZAPPALÀ, *Appunti su linguaggio, complessità e comprensibilità del lavoro 4.0: verso una nuova procedimentalizzazione dei poteri datoriali*, in WP “Massimo D’Antona”.IT, 2022, n. 462, qui a p. 28.

8 F. BRAVO, *Trasparenza del codice sorgente e decisioni automatizzate*, in *Dir. dell’informat. e dell’informat.*, 2020, n. 4, p. 693



avanti – per alcuni tipi di sistemi algoritmici, i codici alla base delle piattaforme sono giustamente coperti dal segreto industriale, si sensi dello stesso comma 8, art. 1-*bis*⁹.

Nondimeno si ha l’obbligo di tradurre il funzionamento di quei codici in informazioni. Informazioni che non devono essere tecnologiche, ma funzionali alle ragioni del diritto e dunque intellegibili ai destinatari.

In questo si sostanzia proprio il concetto di decodificazione algoritmica. Nel presente studio, infatti, per decodificazione algoritmica si intende la comprensione dell’algoritmo-effetto e non dell’algoritmo-*software*, proprio perché «la regola algoritmica, anche se declinata in forma matematica, possiede una piena valenza giuridica e amministrativa e come tale deve soggiacere ai principi di pubblicità e trasparenza, ragionevolezza, proporzionalità»¹⁰.

D’altronde, come noto, le tecniche informatiche alla base dei sistemi algoritmici rilevano nella misura in cui queste incidono sul rapporto di lavoro. Da qui la ragione della scelta del concetto di decodificazione algoritmica: l’art. 1-*bis* ha l’obiettivo – nella prospettiva qui indagata – di decodificare (sul piano lessicale e non alfanumerico) il funzionamento dell’algoritmo.

E infatti, non a caso, si è detto che la disposizione costituisca un primo tentativo di negoziazione dell’algoritmo proprio perché guarda al momento funzionale dell’algoritmo¹¹. È però preferibile il concetto di decodificazione algoritmica, dal momento che l’art. 1-*bis* non inaugura «una stagione contrattuale a tavoli permanentemente aperti, in cui i lavoratori, per il tramite dei propri rappresentanti sindacali, potrebbero esprimere le proprie esigenze di “correggere” alcuni profili (“*feature*”) dell’algoritmo con cui l’imprenditore organizza – in tutto od in parte – la propria produzione»¹².

Più propriamente, la disposizione introduce «un controllo ‘democratico’ [...] in fase di funzionamento» del sistema algoritmico¹³. Controllo che giocoforza implica però una veridicità delle informazioni fornite.

Dal canto loro, i titolari delle piattaforme hanno tutto l’interesse a dire il meno possibile sul proprio sistema algoritmico. Infatti, una “eccessiva” trasparenza, per un verso, potrebbe anche dimostrare quando i lavoratori delle piattaforme non sono realmente autonomi nel rendere le

9 In questo senso già Tribunale Superiore del Lavoro, decisione 28 maggio 2021 (Uber do Brasil Tecnologia Ltda – Rel. Min. Douglas Alencar Rodrigues) e decisione 28 maggio 2021 (99 Tecnologia Ltda – Rel. Min. Aloysio Correia da Veiga) ambedue in *Lavoro e prev. oggi*, 2022, 1-2, p. 95 con nota di F. COLUMBU, *A perícia técnica no algoritmo das empresas de transporte em plataformas digitais segundo a Justiça do Trabalho brasileira*.

10 Cons. Stato, sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270, in *Vita Not.*, 2019, p. 806.

11 In questi termini E. DAGNINO, *Obblighi informativi in materia di algoritmo e condotta antisindacale: i primi effetti di una disposizione dibattuta*, in *Boll ADAPT*, 12 aprile 2023, n. 14 riprendendo V. DE STEFANO, “*Negotiating the algorithm*”: *Automation, artificial intelligence and labour protection*, in *ILO Working Paper*, n. 246, 2018.

12 F. MARASCO, *Nuove forme di contrattazione sindacale nelle relazioni industriali su piattaforma*, in *Lab. Law Iss.*, 2021, n. 5, qui a p. 170.

13 Così U. CARABELLI, *Brevi note sulla nuova disciplina del lavoro non subordinato tramite piattaforma anche digitale*, reperibile in *bollettinoadapt.it*.



proprie prestazioni¹⁴, mettendo in forse la qualificazione giuridica del loro rapporto¹⁵, mentre, per altro verso, potrebbe svelare nuove forme di discriminazione¹⁶.

Occorrerebbe allora domandarsi se l'art. 1-*bis*, oltre a garantire le informazioni, può assicurarne l'affidabilità.

Il presente saggio muove da questo dubbio di fondo e intende dimostrare essenzialmente due tesi: 1) che i giuristi del lavoro (in senso ampio) non hanno gli strumenti per garantire ai lavoratori delle piattaforme la decodificazione algoritmica; 2) che l'effettività dell'art. 1-*bis* potrebbe però essere assicurata attraverso gli strumenti fatti propri dal diritto civile per risolvere i problemi attinenti alla trasparenza nei rapporti asimmetrici.

Infatti, come si vedrà, il Capo III della direttiva è in realtà destinato a rapporti contrattuali che solamente in parte si pongono all'interno del campo d'interesse del diritto del lavoro.

Nel trattare le questioni legate alle nuove tecnologie, ne deriva che il legislatore comunitario non pone una alternativa tra diritto civile e diritto del lavoro. In tale prospettiva, emerge però la necessità di recuperare alle competenze dei giuslavoristi nuove aree di indagine, che impongono conseguentemente di affrontare anche il lavoro tramite piattaforma con "occhi" differenti. L'impressione è che il diritto civile «abbia raggiunto livelli di garanzia più elevati rispetto a quelli del lavoro»¹⁷ e che il diritto del lavoro possa – e debba – fare ricorso a queste garanzie al fine tutelare il lavoro in tutte "in tutte le sue [nuove] forme e applicazioni"¹⁸.

2. I limiti della decodificazione algoritmica nel diritto del lavoro

La prima decisione giurisprudenziale sull'applicazione dell'art. 1-*bis* vede ricorrere *ex art.* 28 S.L. alcuni sindacati rappresentativi dei ciclofattorini a cui non erano state fornite – dopo

14 Così A. A. SCELSI, *Alla ricerca di un rinnovato spazio di azione politica in azienda: il sindacato e la leva della trasparenza algoritmica*, cit., qui a p. 431.

15 Sulla questione della libertà si snoda il problema della qualificazione giuridica del rapporto dei *rider*. La giurisprudenza applica l'art. 2, d.lgs. n. 81/2015 quando si ritiene che i ciclofattorini sono realmente liberi di decidere se e quando effettuare le consegne (App. Torino 4 febbraio 2019; App. Milano, 22 febbraio 2023, n. 132; Trib. Bologna 8 aprile 2022, n. 111; Trib. Milano 19 e 20 ottobre 2023, nn. 3237 e 3239, tutte in *One Legale Wolters Kluwer*). Si ha, invece, la riqualificazione del rapporto quando l'organo giudicante ritiene che la libertà dei *rider* è una libertà apparente (Trib. Palermo 24 novembre 2020; Trib. Milano 20 aprile 2022, n. 1018; Trib. Torino 15 novembre 2022, n. 1560; Trib. Torino 18 novembre 2021 e App. Torino 25 novembre 2022, n. 455, tutte in *One Legale Wolters Kluwer*).

16 Con riferimento proprio al Capo III della direttiva, a questo proposito, vedi G. GAUDIO, *L'algorithmic management e il problema della opacità algoritmica nel diritto oggi vigente e nella Proposta di Direttiva sul miglioramento delle condizioni dei lavoratori tramite piattaforma*, in *Lav. Dir. Eur.*, 2022, n. 1, p. 1; C. SPINELLI, *La trasparenza delle decisioni algoritmiche nella proposta di Direttiva UE sul lavoro tramite piattaforma*, in *Lav. Dir. Eur.*, 2022, n. 2, p. 1; A. ALAIMO, *Il pacchetto di misure sul lavoro nelle piattaforme: dalla proposta di Direttiva al progetto di Risoluzione del Parlamento europeo. Verso un incremento delle tutele?*, in *Lab. Law Iss.*, 2022, n. 8, R. 2.

17 P. TULLINI, *Digitalizzazione dell'economia e frammentazione dell'occupazione. Il lavoro instabile, discontinuo, informale: tendenze in atto e proposte d'intervento*, in *Riv. giur. lav.*, 2016, n. 4, qui a p. 760.

18 A. PERULLI, T. TREU, "In tutte le sue forme ed applicazioni". *Per un nuovo Statuto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2022.



esplicita richiesta – le informazioni circa le modalità di accesso ai turni di consegna e quelle con cui venivano assegnati i singoli incarichi. Infatti, nel corso del giudizio, era emerso che la società aggiornava “a sua discrezione” la soglia di punteggio minima richiesta per accedere all’app, mentre sulla consegna incidavano “altri fattori” non meglio specificati dalla piattaforma.

Il ricorso è stato accolto¹⁹ e, a quanto costa, né la società sembrerebbe aver fatto opposizione al decreto, né i sindacati sembrerebbero aver intrapreso una nuova azione giudiziale ex art. 28 S.L. al fine di ottenere quelle due informazioni.

Si potrebbe dunque ritenere che la società abbia adempiuto agli obblighi imposti dall’art. 1-bis.

L’interprete dovrebbe però domandarsi se le informazioni fornite ora ai sindacati siano effettivamente corrette, ma anche – muovendo da questa ipotesi – se davvero l’accesso ai turni non sia più rimesso alla discrezione delle piattaforme e se siano stati realmente esplicitati tutti i “fattori” che incidono sulle consegne. In tale prospettiva, ben si conviene che il punto non è soltanto adempiere agli obblighi di cui all’art. 1-bis, ma capire se le informazioni riproducono effettivamente il concreto funzionamento dell’algoritmo e non venga sottaciuto nulla.

Se possono essere garantite solamente le informazioni, nel prossimo futuro, alle piattaforme basterà sfoggiare la «verbosa estrosità necessaria e sufficiente»²⁰ a soddisfare gli obblighi di cui all’art. 1-bis, ricorrendo magari a figure appositamente pensate per questi fini²¹, così da non incorrere in altre condotte antisindacali²². Quantomeno dalla prospettiva del lavoro tramite piattaforma, la disposizione diventerà a lungo andare una norma apparente²³, non avendo il sindacato modo di comprendere se i titolari delle piattaforme dicono il vero²⁴.

19 In verità le pronunce sarebbero due, Trib. Palermo 3 aprile 2023 e 20 giugno 2023, in *Labor*, 2023, n. 4, p. 424.

20 Mutuando le parole di U. ROMAGNOLI, *Radiografia di una riforma*, in *Lavoro e dir.*, 2004, n.1, qui a p. 32 anche se riferite al lavoro a progetto.

21 L. ZAPPALÀ, *Appunti su linguaggio, complessità e comprensibilità del lavoro 4.0: verso una nuova proceduralizzazione dei poteri datoriali*, cit., qui a p. 29.

22 Si veda, ad esempio, anche Trib. Torino 5 agosto 2023, in *Arg. Dir. Lav.*, 2024, 1, p. 125 che ha considerato antisindacale la mancanza di specificità nelle informazioni fornite dalla società ai sensi dell’art. 1-bis.

23 Contrariamente a quanto affermato da M. MARAZZA, F. D’AVERSA, *Dialoghi sulla fattispecie dei “sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati” nel rapporto di lavoro (a partire dal Decreto trasparenza)*, cit., qui a p. 6 anche se la riflessione degli Autori non è circoscritta al lavoro tramite piattaforma.

24 Beninteso, qui non si sta sminuendo il ruolo attribuito al sindacato, ai sensi dell’art. 1-bis. È semmai vero il contrario: proprio perché, come già parzialmente detto in precedenza, si concorda sul fatto che la disposizione introduce un vero e proprio «controllo sindacale sulla gestione dell’azienda» (G. A. RECCHIA, *Condizioni di lavoro trasparenti, prevedibili e giustiziabili: quando il diritto di informazione sui sistemi automatizzati diventa uno strumento di tutela collettiva*, in *Lab. Law Iss.*, 2023, n. 9, qui a C. 36) è necessario che al sindacato sia dato anche modo di controllare “consapevolmente” quelle informazioni. L’art. 1-bis introduce dunque nuove «prerogative sindacali» (sebbene parzialmente limitate del successivo *revirement* del legislatore, come affermato da M. ESPOSITO, *La conformazione dello spazio e del tempo nelle*



L'art. 1-bis peccherebbe dunque di effettività, al pari dell'oramai dimenticato art. 47-quinquies, d.lgs. n. 81/2015, secondo cui «ai lavoratori [delle piattaforme] si applicano la disciplina antidiscriminatoria e quella a tutela della libertà e dignità del lavoratore previste per i lavoratori subordinati, ivi compreso l'accesso alla piattaforma» (comma 1), mentre «l'esclusione dalla piattaforma e le riduzioni delle occasioni di lavoro ascrivibili alla mancata accettazione della prestazione sono vietate» (comma 2).

D'altro canto, come si vedrà a breve, poiché «il mancato rispetto dell'art. 1-bis delle rappresentanze dei lavoratori può dar luogo all'applicazione dell'art. 28 St. lav.»²⁵ nemmeno un giudice potrà garantire la veridicità delle informazioni fornite.

Infatti, nel noto caso dell'algoritmo *Frank*²⁶ (che tutto era, fuorché cieco) la piattaforma di *deliveroo* aveva chiesto che fosse dichiarata la cessazione della materia del contendere, perché il sistema operativo oggetto del giudizio aveva smesso di operare²⁷. La giudice aveva però sottolineato come «l'azione esperita dalle OOSS ricorrenti [fosse] volta ad ottenere non solo la condanna della società resistente a modificare il predetto meccanismo di accesso alle sessioni di lavoro, ma anche, ancor prima, ad accertare il carattere discriminatorio del meccanismo stesso, nonché a risarcire il danno consequenziale». Di conseguenza, «la circostanza dedotta, consistente nella rimozione del sistema delle prenotazioni (SSB) con accessi scaglionati nel tempo, non integra[va] un'ipotesi di sopravvenuta integrale cessazione della materia del contendere».

Se si mette da parte la questione dell'accertamento del carattere discriminatorio ed altresì quella del risarcimento del danno, sulle quali ha evidentemente inciso anche l'inversione dell'onere probatorio²⁸, l'organo giudicante sembrerebbe comunque aver ritenuto sufficiente

relazioni di lavoro: itinerari dell'autonomia collettiva, cit., qui a p. 201), ma il sindacato ha purtroppo dei limiti strutturali (non imputabili cioè a titolo di colpa) rispetto alla decodificazione algoritmica.

25 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?*, cit., qui a p. 36.

26 Trib. Bologna, 31 dicembre 2020, in *Riv. giur. lav.*, 2021, n. 2, p. 228.

27 Si legge nella pronuncia: «deve preliminarmente darsi atto che, nelle note conclusive autorizzate depositate in data 10.11.2020, *Deliveroo Italia srl* ha allegato che "Il sistema (opzionale) di prenotazione per cui è causa ("SSB" con accessi scaglionati nel tempo secondo i parametri più volte ricordati) non esiste più. Dal 2 novembre 2020 l'accesso differenziato alle fasce di prenotazione del lunedì in base alle statistiche dei rider non avviene né può avvenire: le prenotazioni stesse scompaiono e le statistiche non hanno più alcun impatto sull'accesso alle prenotazioni che, se presenti, sono sempre accessibili a qualsiasi rider nel medesimo modo a prescindere da qualunque parametro", producendo, a supporto del proprio assunto, il comunicato pubblicato sul sito della piattaforma rivolto a tutti i rider ove, fra le altre cose, si legge: "a partire dall'accesso al Calendario del 2 novembre, le statistiche non avranno più alcun impatto. (...) Le tue statistiche non avranno alcun effetto e non influenzeranno l'orario in cui puoi accedere al Calendario" (doc. 11 res.). La società resistente ha quindi chiesto pronunciarsi la cessazione della materia del contendere, sul rilievo che "il sistema che controparte chiede di dichiarare discriminatorio, infatti, non esiste più e, pertanto, i provvedimenti richiesti da parte ricorrente non sarebbero più di alcuna utilità"».

28 Perveniva a questa stessa conclusione già G. GAUDIO, *Algorithmic management, poteri datoriali e oneri della prova*, cit., pp. 50-61.



l'allegazione della società circa la cessazione del sistema operativo oggetto del ricorso. Nelle conclusioni del decreto, infatti, non si rinviene alcun ordine di rimozione di quella funzione.

È possibile però affermare con certezza che *Frank* non discrimini più?

Al pari del sindacato, un giudice del lavoro non ha evidentemente le competenze tecniche per comprendere se quanto affermato in giudizio dalle piattaforme corrisponde alla realtà delle cose. Come detto, peraltro, i codici dell'algoritmo sono comunque coperti dal segreto industriale (comma 8, art. 1-bis). Volendo allora provare ad ampliare il ragionamento e ragionare per assurdo, nemmeno un consulente tecnico d'ufficio potrebbe supportare un organo giudicante nella decodificazione dell'algoritmo.

Infatti, quand'anche si ritenesse parzialmente superabile il limite del segreto industriale, ritenendo possibile richiedere quantomeno i codici strumentali al giudizio, il risultato non cambierebbe. L'algoritmo²⁹ delle piattaforme «contempla meccanismi di *machine learning* e crea un sistema che non si limita solo ad applicare le regole *software* e i parametri preimpostati (come fa invece l'algoritmo "tradizionale") ma, al contrario, elabora costantemente nuovi criteri di inferenza tra dati e assume decisioni efficienti sulla base di tali elaborazioni, secondo un processo di apprendimento automatico»³⁰. Un segmento dell'algoritmo non risolverebbe dunque i problemi della decodificazione algoritmica³¹, perché «questi sistemi non si limitano ad eseguire istruzioni fornite dal creatore umano», così come accade nei (più "semplici") sistemi di tipo deduttivo, ma «si spingono oltre, sviluppando un ragionamento che in qualche modo imita i processi di funzionamento del cervello umano»³². Infatti, nei (più complessi) sistemi di tipo induttivo, il meccanismo di apprendimento automatico può essere «associato all'uso di reti neurali profonde (c.d. *deep learning*)»³³, rendendo sostanzialmente impossibile tracciare i passaggi che l'algoritmo esegue per generare gli *outputs*³⁴.

Ne deriva che forse, al fondo, nemmeno l'accesso al codice sorgente potrebbe fugare ogni dubbio circa il funzionamento degli algoritmi delle piattaforme digitali. Non a caso, con

29 In generale, gli algoritmi possono essere classificati (sul punto, di recente, si veda F. PONTE, *Intelligenza artificiale e lavoro. Organizzazione algoritmica, profili gestionali, effetti sostitutivi*, Giappichelli, Torino, 2024, qui a p. 87) in descrittivi, predittivi e prescrittivi: quelli descrittivi registrano ciò che è accaduto e valutano, anche a livello statistico, gli eventi (vedi, ad esempio, quelli della valutazione della *performance*); quelli predittivi calcolano le probabilità che si verifichino eventi futuri (vedi, ad esempio, quelli della selezione del personale); quelli prescrittivi eseguono azioni (vedi, ad esempio, le automobili a guida automatica).

30 Cons. Stato 25 novembre 2021, n. 7891, in *One Legale Wolters Kluwer*.

31 In questo senso già G. GAUDIO, *La CGIL fa breccia nel cuore dell'algoritmo di deliveroo: è discriminatorio*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2021, II, p. 188.

32 Così F. PONTE, *Intelligenza artificiale e lavoro. Organizzazione algoritmica, profili gestionali, effetti sostitutivi*, Giappichelli, cit., qui a p. 54.

33 Così M. PERUZZI, *Intelligenza artificiale e lavoro. Uno studio su poteri datoriali e tecniche di tutela*, Giappichelli, Torino, 2023, qui a p. 9.

34 In questo senso F. PONTE, *Intelligenza artificiale e lavoro. Organizzazione algoritmica, profili gestionali, effetti sostitutivi*, cit., qui a p. 20.



riferimento a questi sistemi³⁵, si parla di *black boxes* (scatole nere) proprio perché è «pressoché impossibile risalire alle ragioni poste alla base delle decisioni che assumono»³⁶.

Se si conviene con quanto detto finora, occorre allora fare un passo indietro e capire se l'art. 1-*bis* traspone correttamente il contenuto del Capo III della direttiva sul lavoro tramite piattaforma, quantomeno per verificare se non si possano rivenire altre vie (magari sconosciute al diritto del lavoro) per garantire l'effettività della decodificazione algoritmica.

3. Le persone che lavorano mediante piattaforme digitali

Fin da quando era solamente una proposta di direttiva³⁷, il legislatore europeo ha sempre distinto il *platform worker* dalla *person performing platform work*³⁸, prevedendo però che entrambi fossero destinatari degli obblighi di trasparenza delle piattaforme circa il funzionamento dei loro algoritmi³⁹.

Anche se la distinzione è rimasta nel testo appena licenziato⁴⁰, adesso il Capo III impone «alle piattaforme di lavoro digitali di informare [solamente] le persone che svolgono un lavoro mediante piattaforme digitali, i rappresentanti dei lavoratori delle piattaforme digitali e, su richiesta, le autorità nazionali competenti, in merito all'uso di sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati» (art. 9).

Il lavoratore delle piattaforme digitali non è escluso dal Capo III della direttiva. Semplicemente, il legislatore comunitario intende identificare la *persona che svolge un lavoro mediante piattaforme digitali* (d'ora in poi anche solo *persona*) come il *genus* cui afferiscono tutti i contraenti deboli delle piattaforme. Si potrebbe pensare che la scelta lessicale possa dipendere dalla sola necessità di risolvere «il difficile incrocio tra la definizione di “worker” nel diritto eurounitario e le definizioni di lavoratore subordinato date dai legislatori e giurisprudenza di ciascuno Stato membro»⁴¹. La ragione del richiamo alla *persona* e non al lavoratore ha però anche un altro fondamento, necessitato dalla consapevolezza che il mondo delle piattaforme è più variegato di quanto si possa pensare.

Non a caso, la *persona che svolge un lavoro mediante piattaforme digitali* include «qualsiasi persona fisica che svolge un lavoro mediante piattaforme digitali, indipendentemente dalla natura del

35 Nell'ambito dei sistemi induttivi è possibile distinguere tra sistemi simbolici (che si basano su rappresentazioni del mondo reale) e sub-simbolici (che si basano su reti neurali) (sul punto vedi G. SARTOR, *L'intelligenza artificiale e il diritto*, Giappichelli, Torino, 2023, spec. p. 35 ss).

36 Così F. PONTE, *Intelligenza artificiale e lavoro. Organizzazione algoritmica, profili gestionali, effetti sostitutivi*, cit., qui a p. 55.

37 COM(2021) 762 final – 2021/0414 (COD) del 9 dicembre 2021.

38 Art. 2, par. 1, rispettivamente ai nn. 3 e 4. Sul punto approfonditamente F. PISANI, *La proposta di direttiva UE per i lavori delle piattaforme digitali e il Real Decreto-Ley 9/2021 spagnolo*, in *Lavoro e prev. oggi*, 2022, n. 1-2, pp. 74-75.

39 Il Capo III sulla «gestione algoritmica» trovava applicazione ai «lavoratori delle piattaforme digitali» (art. 6) ed anche alle «persone che svolgono un lavoro mediante piattaforme digitali e che non hanno un rapporto di lavoro» (art. 10 della proposta).

40 COM(2024) 132 final - 2024/0068 (COD) del 20 marzo 2024.

41 Così M. BARBIERI, *Prime osservazioni sulla proposta di direttiva per il miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro con piattaforma*, in *Lab. Law Iss.*, 2021, n. 7, C. 9. Sul punto vedi L. BATTISTA, *L'evoluzione del concetto di lavoratore nel diritto dell'Unione Europea*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2021, n. 3, p. 624.



rapporto contrattuale o dalla sua qualificazione da parte delle parti interessate» (art. 2, n.3). All'interno di questa categoria non possono dunque essere solamente ricompresi i lavoratori genuinamente autonomi del diritto euro-unitario⁴², ma, in potenza, chiunque riesca a lavorare grazie a una piattaforma⁴³. Infatti, dal testo della direttiva, sembrerebbe potersi evincere che il rapporto tra la *persona* ed il titolare della piattaforma non abbia necessariamente ad oggetto quella *faciendi necessitas* tipica delle obbligazioni di lavoro⁴⁴. Basta che tra le parti vi sia un rapporto da cui il titolare della piattaforma trae profitto, perché quest'ultimo sia "costretto" a esplicitare il funzionamento del proprio algoritmo.

Se quanto detto finora è corretto, allora l'art. 1-bis ha un perimetro più ristretto di quanto previsto dal legislatore comunitario, perché gli «*ulteriori obblighi informativi nel caso di utilizzo di sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati*» (così la rubrica della disposizione) sono imposti solamente al «*datore di lavoro*» ovvero al «*committente*», mentre i titolari delle piattaforme digitali – ed è questo il punto – non sempre sono creditori di una prestazione di lavoro.

Anche se antecedente alla proposta di direttiva, la nota sentenza n. 3570/2020 del Tribunale di Palermo – la prima in Italia sulla riqualificazione del rapporto di lavoro di un ciclofattorino – ha implicitamente colto questa differenza. Infatti, prima di interrogarsi sulla natura del rapporto dei *riders*, la giudice palermitana aveva ritenuto essenziale chiarire – sulla scorta della giurisprudenza eurounitaria⁴⁵ – la qualificazione giuridica della società che operava nel settore

42 Così come affermato da P. TULLINI, *La Direttiva Piattaforme e i diritti del lavoro digitale*, in cit., R. 48.

43 Da notare, infatti, che la Commissione Europea, quando vuole, circoscrive il perimetro al "solo self-employed person" (vedi linee guida del 29 settembre 2022 adottate dalla Commissione Europea per dirimere il possibile conflitto tra la normativa euro-unitaria in materia di Antitrust e gli accordi collettivi dei lavoratori autonomi), mentre nella direttiva sul lavoro tramite piattaforma si parla più genericamente di *person performing platform work*.

44 Di recente ricordato da F. FERRARO, *Studio sulla collaborazione coordinata*, Giappichelli, Torino, 2023, qui a pp. 293-340.

45 Facendo propri i ragionamenti della Corte giust. 20 dicembre 2017, C-434/15, *Elite taxi*, in *Dir. lav. merc.*, 2018, n.2, p. 335 con nota M. DELFINO, *Il lavoro mediante piattaforme digitali tra tradizione e innovazione: il caso Uber* ove la questione era proprio comprendere se l'attività della società fosse una attività di "mero" trasporto (esclusa dunque dall'ambito di applicazione della direttiva "servizi" e in quanto tale soggetta pertanto alla regolamentazione applicabile ai tradizionali servizi di trasporto offerti dai taxi) ovvero come servizio elettronico di intermediazione (rientrante nella direttiva 2001/31 e a fortiori anche nella direttiva "servizi" con conseguente applicazione anche degli artt. 56 TFUE e ss.). Come è noto, la Corte, La Corte ha optato per la seconda soluzione, affermando che «un servizio come quello di cui al procedimento principale non è soltanto un servizio d'intermediazione che consiste nel mettere in contatto, mediante un'applicazione per *smartphone*, un conducente non professionista che utilizza il proprio veicolo e una persona che intende effettuare uno spostamento in area urbana [...] Infatti, in una situazione [...] in cui il trasporto dei passeggeri è effettuato da conducenti non professionisti che utilizzano il proprio veicolo, il fornitore di tale servizio d'intermediazione crea al contempo un'offerta di servizi di trasporto urbano che rende accessibile segnatamente con strumenti informatici [...] e di cui organizza il funzionamento generale a favore delle persone che intendono avvalersi di tale offerta [...] Tale servizio d'intermediazione deve quindi essere considerato parte integrante di un servizio complessivo in cui l'elemento principale è [il] trasporto».



del *food delivery*: «se le piattaforme possono considerarsi imprese, si apre, de facto, la possibilità che i suoi collaboratori lavorino per conto (e non semplicemente in nome) della piattaforma stessa e che, dunque, siano inseriti in una organizzazione imprenditoriale, di mezzi materiali e immateriali, di proprietà e nella disponibilità della piattaforma stessa e così del suo proprietario o utilizzatore. Se invece l'attività delle piattaforme in questione è considerata un'attività di mera intermediazione tra l'utenza, ovvero tra chi esegue il servizio di trasporto/consegna e chi lo acquista, residuerebbe la possibilità che i prestatori lavorino tramite una organizzazione ad essi imputabile»⁴⁶. Il concetto di impresa è volutamente inteso in senso non tecnico⁴⁷, serve più che altro a chiarire come le piattaforme che si limitano – davvero – a intermediare domanda e offerta di lavoro non instaurano con chi offre il servizio un rapporto contrattuale astrattamente meritevole di interesse per un giudice del lavoro, perché rapporto non riconducibile a una delle ipotesi di cui all'art. 409 c.p.c.

Volendo aggiornare il ragionamento del Tribunale di Palermo alla recente normativa comunitaria, si potrebbe dire che il *rider* è un *lavoratore delle piattaforme digitali*, perché – così come è stato già appurato nel caso di Uber in Gran Bretagna⁴⁸ – la piattaforma non svolge realmente un'attività di intermediazione tra domanda e offerta⁴⁹. Ed infatti, si intende per *lavoratore delle piattaforme digitali* «qualsiasi persona che svolge un lavoro mediante piattaforme digitali e ha un contratto di lavoro o si ritiene che abbia un rapporto di lavoro quali definiti dal diritto, dai contratti collettivi o dalle prassi in vigore negli Stati membri, tenuto conto della giurisprudenza della Corte di giustizia» (art. 2, n.3). Il cicofattorino può essere dunque considerato il *lavoratore delle piattaforme digitali* social-tipico perché il suo rapporto con il titolare del sistema della piattaforma è a tutti gli effetti lavorativo, ponendo in astratto un problema di qualificazione giuridica del rapporto⁵⁰.

46 Trib. Palermo 24 novembre 2020, in *Riv. giur. lav.*, 2021, n. 2, p. 241, con nota di A. RICCOBONO, *Lavoro su piattaforma e qualificazione dei riders: una "pedalata" verso la subordinazione*.

47 La preliminare distinzione della giudice palermitana non è stata chiaramente condivisa dalla dottrina che nega la riqualificazione del rapporto dei *rider*, in ragione della loro libertà di rendere la prestazione (A. PERULLI, *Il rider di glovo: tra subordinazione, etero-organizzazione e libertà*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2021, n. 1, pp. 43-44), perché il diritto del lavoro non si è mai realmente interessato al lavoro "in tutte le sue forme ed applicazioni" (A. PERULLI, T. TREU, "In tutte le sue forme ed applicazioni". *Per un nuovo Statuto del lavoro*, cit.) ed il lavoro autonomo storicamente già appartiene al diritto dei contratti (A. PERULLI, *Il lungo viaggio del lavoro autonomo dal diritto dei contratti al diritto del lavoro, e ritorno*, in *Lavoro e dir.*, 2017, n. 2, p. 251). Non vi sarebbe dunque alcuna ragione per comprendere la natura giuridica delle piattaforme, essenzialmente perché il diritto del lavoro è da sempre il diritto del lavoro subordinato (M. PALLINI, *Gli incerti confini dell'ambito di applicazione dello statuto del lavoro autonomo*, in G. ZILIO GRANDI – M. BIASI (a cura di), *Commentario breve allo statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Cedam, Padova, 2018, qui a p. 229) e l'unica cosa che serve sapere è se esiste o meno il vincolo di subordinazione.

48 Employment Tribunal of London, 28 ottobre 2016, n. 2202550 in *Boll. ADAPT*, 29 ottobre 2016, con nota di E. DAGNINO, *Note a margine della sentenza Uber UK*.

49 Ricordato recentemente da A. A. SCELSI, *Alla ricerca di un rinnovato spazio di azione politica in azienda: il sindacato e la leva della trasparenza algoritmica*, cit., qui a p. 431.

50 Se si preferisce, può essere considerato come un falso lavoratore autonomo a mente di quanto affermato da CGUE sent. 4 dicembre 2014, C-413/13, FNV Kunsten Informatie, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2015,



Problema che nemmeno si porrebbe se le piattaforme dei ciclofattorini si limitassero davvero a svolgere una attività di intermediazione⁵¹.

Infatti, v'è una plastica differenza tra i *rider* (*lavoratori delle piattaforme digitali*) e – ad esempio – i tuttofare di *TaskRabbit* ovvero i lavoratori domestici che operano tramite piattaforme come *4MyFamily*. Una differenza che consiste nella natura della piattaforma e, di conseguenza, nel rapporto giuridico che intercorre tra chi offre il servizio ed il titolare della piattaforma.

Quando la piattaforma ha – davvero – natura di intermediario, come nei casi succitati di *TaskRabbit* e *4MyFamily*, un rapporto di lavoro effettivamente esiste, ma si instaura tra la *persona* e chi domanda il servizio. È tra queste due parti che viene a configurarsi un contratto di lavoro autonomo (riconducibile all'art. 2222 c.c.⁵²). Ed infatti, la direttiva si interessa anche a questo rapporto⁵³.

In questi casi, se proprio si volesse assecondare il «furore classificatorio»⁵⁴ dei giuristi del lavoro, si dovrebbe dire che – nel rapporto con il titolare della piattaforma – si ha una *species* di *persona* più debole di un consumatore⁵⁵, ma più forte di un lavoratore⁵⁶. Infatti, nelle piattaforme che si limitano a fare intermediazione, al pari di chi lo richiede, la *persona* presta «acquiescenza a condizioni redatte dall'altro contraente» in modo seriale⁵⁷.

Viene dunque a configurarsi un contratto asimmetrico, perché «si fronteggi[a]no due soggetti di mercato caratterizzati da una significativa asimmetria di potere contrattuale:

n. 2, pp. 573- 580, con nota di P. ICHINO, *Sulla questione del lavoro non subordinato ma sostanzialmente dipendente nel diritto europeo e in quello degli Stati membri*.

51 Sembrerebbero essere queste le conclusioni di M. FALSONE, *Lavorare tramite piattaforme digitali: durata senza continuità*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 2022, n. 2, qui a p. 270.

52 M. BARBIERI, *Della subordinazione dei ciclofattorini*, in *Lab. Law Iss.*, 2019, n. 5, I. 1.

53 I clienti possono essere considerati come degli intermediari e cioè «una persona fisica o giuridica che, al fine di rendere disponibile il lavoro mediante piattaforme digitali a una piattaforma di lavoro digitale o per mezzo di quest'ultima: a) instaura un rapporto contrattuale con tale piattaforma di lavoro digitale e con la persona che svolge un lavoro mediante piattaforme digitali» (art. 2, n. 5). La direttiva si interessa a questo rapporto perché «gli Stati membri adottano misure adeguate per garantire che, quando una piattaforma di lavoro digitale si avvale di intermediari, le persone che svolgono un lavoro mediante piattaforme digitali e che hanno un rapporto contrattuale con un intermediario godano dello stesso livello di protezione garantito a norma della presente direttiva alle persone che hanno un rapporto contrattuale diretto con una piattaforma di lavoro digitale. A tal fine, gli Stati membri adottano misure, conformemente al diritto e alle prassi nazionali, per istituire meccanismi adeguati che comprendano, se del caso, sistemi di responsabilità solidale» (art. 3).

54 G. VARDARO, *Tecnica, tecnologia e ideologia della tecnica nel diritto del lavoro*, in *Pol. dir.*, 1986, qui a p. 98.

55 Dal momento che la giurisprudenza (Cass. 8 giugno 2007, n. 13377, in *One Legale Wolters Kluwer*) esclude il rapporto di consumo qualora il contratto sia posto in essere per uno scopo soltanto connesso all'esercizio di un'attività professionale o imprenditoriale (ad eccezione di chi offre il passaggio con *BlablaCar*, non potrebbero dunque essere considerati consumatori i tuttofare di *TaskRabbit* e i lavoratori domestici di *4MyFamily*).

56 Mancando, come più volte detto, un rapporto di lavoro tra piattaforma e *persona*.

57 P. ICHINO, *Il percorso tortuoso del diritto del lavoro tra emancipazione dal diritto civile e ritorno al diritto civile*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2012, n. 1, p. 64.



asimmetria che, per il fatto di derivare precisamente dalle rispettive “fisiologiche” posizioni di mercato, si presenta come asimmetria di tipo per l’appunto fisiologico e non patologico»⁵⁸.

Anche questo tipo di *persona* ha bisogno della piattaforma. Senza quel sistema algoritmico la *persona* non guadagnerebbe.

Questa *persona* ha però bisogno della piattaforma, non meno di quanto il titolare della piattaforma ha bisogno della *persona*. Senza quella *persona* che guadagna, nemmeno il titolare della piattaforma guadagnerebbe, a sua volta.

Proprio per quest’ultima ragione la piattaforma è portata a mostrare ai clienti le *persone* che dal punto di vista dell’algoritmo saranno più idonee a soddisfare il servizio richiesto⁵⁹. Anche quella di intermediazione non è dunque di per sé un’attività «neutra»⁶⁰, perché il lavoro tramite piattaforma non è mai realmente lavoro libero⁶¹. Infatti, sebbene quel «“lavoro” non deriva più da una obbligazione contrattuale»⁶², l’algoritmo comunque incide sulla possibilità di rendere il servizio.

Le prospettive di guadagno di queste *persone* dipendono dunque dal sistema algoritmico proprio come nel caso dei *lavoratori delle piattaforme digitali, recte dei rider*⁶³. Da un lato, v’è l’interesse a comprendere in base a quale meccanismo viene proposto a un determinato cliente una *persona* piuttosto che un’altra, d’altro lato, v’è quello di sapere come vengono assegnati i singoli incarichi.

Si può dunque dire che la trasparenza algoritmica non è solamente uno “strumento” per altri fini, ma una tutela in sé⁶⁴, che va «oltre la subordinazione»⁶⁵. È anche per questa ragione che la direttiva non parla più di *lavoratori delle piattaforme digitali* nel Capo III, ma di *persone che svolgono un lavoro mediante piattaforme digitali*. In tale prospettiva, tornando per un attimo ai *rider*, il *ranking* delle piattaforme dovrebbe essere considerato come un qualcosa da dover meglio comprendere e non necessariamente combattere.

Proprio di recente, il Tribunale di Palermo ha ritenuto come indirettamente discriminatoria l’attribuzione di benefici (mediante il riconoscimento di un c.d. “*punteggio di eccellenza*”) ai ciclofattorini che effettuavano un maggior numero di consegne (criterio del c.d. “*contributo*”) e che siano disponibili a lavorare negli *slot* orari “*ad alta domanda*” (come week-end e festivi): il lavoratore in situazione di “*svantaggio*” (per motivi personali, religiosi, familiari, anagrafici) si

58 V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, Giappichelli, Torino, 2011, qui a p. 106.

59 F. CAPPONI, *Servizi alla persona: il caso dei lavori domestici e della assistenza domiciliare via App*, in *Boll ADAPT* 26 ottobre 2020, n. 39.

60 Giustamente A. PERULLI, *Il rider di glovo: tra subordinazione, etero-organizzazione e libertà*, cit., qui a p. 44 (anche se l’Autore non richiama esempi in cui la piattaforma svolge davvero attività di intermediazione).

61 V. BAVARO, *Questioni in diritto su lavoro digitale, tempo e libertà*, in *Riv. giur. lav.*, 2018, n. 1, spec. pp. 48-52.

62 V. BAVARO, *Ivi*, qui a p. 37.

63 In questo senso anche P. DE PETRIS, *Le discriminazioni da algoritmo nella gig economy*, in *Arg. Dir. lav.*, 2020, n. 4, qui p. 892.

64 Sono le conclusioni a cui perviene G. PROIA, *Origine, evoluzione e funzioni della trasparenza nei rapporti di lavoro*, in *Mass. Giur. lav.*, 2023, n. 4, qui a p. 733.

65 A. ALAIMO, *Il pacchetto di misure sul lavoro nelle piattaforme*, cit., qui a R. 18.



trovava a concorrere con gli altri per l'accesso alle condizioni di lavoro migliori, senza tuttavia poter invocare tali fattori⁶⁶.

La conclusione a cui l'organo giudicante perviene non è però condivisibile, perché le società del *food delivery* hanno evidente interesse a che vi sia maggiore disponibilità dei ciclofattorini nel fare le consegne in determinati momenti della giornata ovvero della settimana e non si ha discriminazione indiretta quando l'eventuale disposizione, criterio o prassi siano oggettivamente giustificati da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari (art. 25, d.lgs. n. 198/2006)⁶⁷.

Non v'è dubbio che il diritto antidiscriminatorio tuteli la *persona* del prestatore di lavoro⁶⁸, anche più della trasparenza, ma il diritto del lavoro non dovrebbe nemmeno sempre guardare al lavoro tramite piattaforma con il pregiudizio qualificatorio di chi tema una fuga dalla subordinazione⁶⁹. Infatti, in questa vicenda ha evidentemente (e inopportunamente⁷⁰) avuto un peso determinante la definitiva dimostrazione che i ciclofattorini non sono realmente liberi di rendere la prestazione lavorativa, su cui proprio la giurisprudenza – il Tribunale di Palermo *in primis* – fonda alle volte la riqualificazione del rapporto dei *rider*⁷¹.

66 Trib. Palermo 17 novembre 2023, in *wikilabour.it*.

67 Questa deroga anche se esplicitamente riferita alla parità di genere è in realtà operativa nei confronti di qualunque tipo di discriminazione ai sensi della Direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro.

68 M. BARBERA, voce *Discriminazione e pari opportunità (diritto del lavoro)*, in *Enc. Dir., Annali*, vol. VII, 2014, p. 377.

69 Mutuando i titoli di F. LISO, *La fuga dal diritto del lavoro*, in *Ind. Sind.*, 1992, n. 28, p. 5 e P. ICHINO, *La fuga dal lavoro subordinato*, in *Dem. Dir.*, 1990, n. 1, p. 69.

70 Sia chiaro che con ciò né si sta esprimendo un giudizio rispetto al problema della qualificazione rapporto dei ciclofattorini, né – come meglio si dirà nel testo – si sta sminuendo l'evidente problema delle discriminazioni algoritmiche, che è presente «tanto con riferimento alla fase di accesso, quanto a quella di esecuzione e di cessazione del rapporto di lavoro» dei *rider* (P. DE PETRIS, *Le discriminazioni da algoritmo nella gig economy*, cit., qui p. 891).

71 Riequilibrare le asimmetrie informative nel lavoro tramite piattaforma è una tutela che prescinde dal problema della qualificazione giuridica del rapporto, il quale comunque non sarebbe escluso da una maggiore trasparenza, perché la volontà delle parti è giustamente irrilevante nel diritto del lavoro e alle piattaforme è precluso «*incassare la subordinazione senza pagar[n]e*» il rispettivo “prezzo”. Quest'ultima espressione (di U. CARABELLI, *Organizzazione del lavoro e professionalità: una riflessione su contratto di lavoro e post-taylorismo*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 2004, n. 1, qui a p. 38) sintetizza al meglio i ragionamenti di M. D'ANTONA, *Alla ricerca dell'autonomia individuale (passando per l'uguaglianza)*, cit., qui a p. 90 secondo cui «nessuno contesta che le parti possano convenire un programma negoziale conforme allo schema del contratto di agenzia, e pretendere che sia riconosciuto per contratto di agenzia, e non per rapporto di lavoro subordinato. [...] Il punto cruciale è ben altro: se le parti siano libere di “costituire” un contratto di agenzia [...] in modo tale che realizzi lo stesso risultato produttivo del rapporto di lavoro subordinato, ossia consenta al datore di lavoro di esigere dal lavoratore (qualificato dalle parti come) autonomo, una prestazione di lavoro a condizioni non diverse da quelle esigibili da un lavoratore (considerato dalla legge come) subordinato». Si tratta della risposta che M. D'ANTONA diede ad P. ICHINO (ID, *Intervento*, in AA. VV., *Autonomia individuale e rapporto di lavoro*, *Atti del X Congresso*



A ben vedere, invece, è l'esistenza di punteggi di eccellenza che permetterebbe ai ciclofattorini in situazione di "svantaggio" di organizzare al meglio la propria vita privata, in funzione delle proprie prospettive di guadagno. Ed infatti, un conto è un sistema premiante, come quello appena trattato, che incentivava le consegne attribuendo maggior punteggio a chi rendeva il servizio nei momenti più utili alla società, altro conto è un sistema penalizzante, come quello di *Frank*, che sanzionava con la perdita di punteggio il *rider* che non poteva rendere la prestazione lavorativa⁷². In entrambi i casi si ha una finalità legittima, ma poiché i mezzi impiegati sono differenti, nel secondo caso non opererebbe la deroga alla discriminazione indiretta (art. 25, d.lgs. n. 198/2006).

Le discriminazioni algoritmiche sono un rilevante problema⁷³ che evidentemente la decodificazione algoritmica può in parte risolvere, ma non necessariamente la decodificazione algoritmica serve a risolvere "solo" questo problema.

Posto allora che – più in generale – il diritto antidiscriminatorio purtroppo non supera il test dell'intelligenza artificiale⁷⁴, qualunque sia la posizione di fondo rispetto alla pronuncia palermitana poc'anzi esaminata sul *ranking* delle piattaforme, si ritorna comunque al punto di partenza della decodificazione algoritmica, della necessità cioè di capire come funziona concretamente l'algoritmo delle piattaforme. A differenza dei precedenti paragrafi si ha però la consapevolezza che il legislatore italiano non ha correttamente recepito il contenuto del Capo III, il quale ha evidentemente un'anima meno giuslavoristica e più civilistica.

Nazionale di Diritto del Lavoro, Udine 10-11-12 maggio 1991, Giuffrè, Milano, 1994, pp. 31-67) durante il X Congresso Nazionale di Diritto del Lavoro di Udine del 1991 su "Autonomia individuale e rapporto di lavoro" rispetto alla necessità di dover dare rilevanza alla qualificazione giuridica voluta dalle parti al momento della stipulazione del contratto (tesi già anticipata in P. ICHINO, *Norma inderogabile e valorizzazione dell'autonomia individuale nel diritto del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 1989, n. 1-2, p. 75). Non a caso, P. ICHINO è tra coloro che oggi valorizzano la libertà del *rider* al momento della stipulazione del contratto, al fine di negare proprio la riqualificazione del rapporto (ID., *Subordinazione, autonomia e protezione del lavoro nella gig-economy*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2018, n. 2, p. 294).

⁷² Ammesso che sia corretta la ricostruzione dei due organi giudicanti.

⁷³ Non a caso, la seconda sessione del XXI Congresso Nazionale AIDLASS (Messina, 23-25 maggio 2024) sul "Diritto antidiscriminatorio e trasformazioni del lavoro" è stata interamente dedicata al tema de "Le discriminazione nel lavoro non standard e nelle nuove tecnologie". Sul punto, pertanto, si vedano i dattiloscritti di A. TOPO, *Nuove tecnologie e discriminazioni* e G. ZILIO GRANDI, *Principio di uguaglianza e divieto di discriminazioni al di fuori del lavoro standard: contratti di lavoro subordinato "atipici" e contratti di lavoro autonomo*, entrambe su *aidlass.it*.

⁷⁴ Come sostenuto da M. PERUZZI, *Il diritto antidiscriminatorio al test di intelligenza artificiale*, in *Lab. Law Iss.*, 2021, n. 7, I. 50. Ma, più in generale, tutta la dottrina interrogata su questi temi è concorde nel ritenere che l'opacità dell'intelligenza artificiale impatti notevolmente sul diritto antidiscriminatorio, col rischio di inoperatività dello stesso (C. ALESSI, *Lavoro tramite piattaforma e divieti di discriminazione nell'UE*, in C. ALESSI – M. BARBERA – L. GUAGLIANONE (a cura di), *Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale*, Cacucci, Bari, 2019, p. 683; M. BARBERA, *Discriminazioni algoritmiche e forme di discriminazione*, in *Lab. Law Iss.*, 2021, n. 7, I. 1; M. V. BALLESTRERO, *Ancora sui rider. La cecità discriminatoria della piattaforma*, in *Labor*, 2021, n. 1, p. 103; A. PERULLI, *La discriminazione algoritmica: brevi note introduttive a margine dell'ordinanza del Tribunale di Bologna*, in *Lav. Dir. Eur.*, 2021, n. 1, p. 1; G. GAUDIO, *Le discriminazioni algoritmiche*, in *Lav. Dir. Eur.*, 2024, n. 1, p. 1).



In assenza dunque di una “preferenza” del legislatore comunitario rispetto alla strada da percorrere, una volta dimostrato che quella giuslavoristica non porta ai risultati sperati (nel concreto) dalla direttiva, occorre domandarsi se sia possibile rinvenire nel diritto civile l’autorità della decodificazione algoritmica a cui poter eventualmente ricorrere al fine di garantire l’effettività dell’art. 1-bis. E sempre posto che quest’autorità non può essere un giudice, quand’anche civile, per il quale si riproporrebbero i medesimi limiti del giudice del lavoro.

4. La tutela amministrativa nel lavoro tramite piattaforma

Oltre alle «*persone che svolgono un lavoro mediante piattaforme digitali, i rappresentanti dei lavoratori delle piattaforme digitali*», il Capo III della direttiva impone «*alle piattaforme di lavoro digitali di informare [...] su richiesta, le autorità nazionali competenti, in merito all’uso di sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati*» (sempre art. 9).

Per “*autorità nazionali competenti*” il legislatore comunitario non intende evidentemente i giudici. Ciò perché la trasparenza è una tecnica nata per tutelare i contraenti deboli dei contratti asimmetrici⁷⁵, la cui garanzia sia è avuta – grazie anche al diritto europeo⁷⁶ – affiancando al controllo giudiziale il controllo amministrativo delle c.d. *Authorities*⁷⁷ «che in larga misura forniscono la “vera” disciplina di molti contratti»⁷⁸.

Si tratta di una garanzia «formalmente privatistica, ma sostanzialmente pubblicistica, che mira alla cura di interessi superindividuali e che, come tale, presenta carattere cogente ed autoritativo»⁷⁹.

Quando parla “*autorità nazionali competenti*” il legislatore comunitario intende dunque le *Authorities*.

Ma esistono nell’ordinamento italiano autorità amministrative che potrebbero essere considerate competenti in materia di trasparenza algoritmica delle piattaforme?

Se si esclude il Garante *Privacy*, il quale ha evidentemente una certa competenza in materia di decodificazione algoritmica⁸⁰, ma non nel senso che qui interessa, perché competenza circoscritta al trattamento illegittimo dei dati personali, il *genus* delle *persone che svolgono un lavoro mediante piattaforme digitali* sarebbe al di fuori del perimetro di competenza di qualsiasi

75 Come giustamente ricordato da G. PROIA, *Trasparenza, prevedibilità e poteri dell’impresa*, cit., qui a p. 646, nonché ID., *Origine, evoluzione e funzioni della trasparenza nei rapporti di lavoro*, cit., qui a pp. 722-723 (ove sottolinea che la funzione non è solamente di tutela del contraente debole).

76 Vedi, ad esempio, la direttiva 29/2005/CE sulle pratiche sleali tra imprese, ma ne parlava già da tempo V. ROPPO, *Contratti standard. Autonomia e controlli nella disciplina delle attività negoziali di impresa*, Giuffrè, Milano, 1975, spec. p. 276.

77 Questo processo è stato recentemente analizzato da E. TEDESCO, *Autonomia privata e regolazione del mercato: tra nuovi spunti e vecchie questioni*, in *Juscivile*, 2023, n. 6, pp. 1077-1081.

78 Così G. DE NOVA, *A proposito del Commentario del codice civile diretto da Enrico Gabrielli*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, qui a p. 332.

79 M. ANGELONE, *Autorità indipendenti ed eteroregolamentazione del contratto*, ESI, Napoli, 2012, qui a p. 139.

80 Tra i primi a segnalarlo G. GAUDIO, *Algorithmic management, poteri datoriali e oneri della prova*, in *Lab. Law Iss.*, 2020, n. 6, pp. 33-39.



Authorities, persino quelle significativamente più vicine alla tutela del contraente debole dei contratti asimmetrici.

Infatti, l'AGCM è preposta alla tutela della concorrenza e del mercato, alla tutela dei consumatori ai sensi del Codice del Consumo di cui al decreto legislativo n. 206 del 6 settembre 2005 e successive modifiche. Mentre l'AGCOM è preposta alla promozione della concorrenza attraverso la regolazione dei settori delle comunicazioni elettroniche e dei servizi postali, alla tutela del pluralismo e dell'utenza nel settore dei servizi media audiovisivi e radiofonici nonché all'applicazione della normativa in materia di editoria.

Anche volendo stressare l'elemento della *concorrenza* e mettere da parte la qualificazione del contraente debole a cui sono destinate, si è comunque al di fuori del perimetro di competenza delle due autorità amministrative perché l'asimmetria informativa dei sistemi delle piattaforme non favorisce il titolare. Se un problema di concorrenza si pone, è tra le *persone che svolgono un lavoro mediante piattaforme digitali*.

Si può dire dunque che manchi, più in generale, nell'ordinamento italiano, un'autorità nazionale competente in materia di trasparenza algoritmica delle piattaforme.

Eppure, ragionando per assurdo, le *Authorities* sarebbero delle ottime autorità della decodificazione algoritmica delle piattaforme, essendo queste spesso proprio destinate a detti fini.

Infatti, tanto per fare un esempio, l'AGCM ha da poco avviato una indagine conoscitiva sull'uso degli algoritmi di prezzo nel trasporto aereo passeggeri per le rotte. Mentre, in passato, ha già irrogato una sanzione di oltre 1 miliardo di euro nei confronti di *Amazon* per aver danneggiato tramite il proprio sistema gli operatori concorrenti nel servizio di logistica per *e-commerce*. In sostanza, l'autorità amministrativa ha scoperto che l'algoritmo di *Amazon* suggeriva ai clienti i propri prodotti, mettendo in secondo piano quelli delle imprese che utilizzavano la piattaforma. Il procedimento si è concluso nel giro di qualche anno, ma alla base vi è uno studio approfondito del sistema algoritmico di *Amazon* con formule che un operatore del diritto del lavoro difficilmente riuscirebbe a comprendere⁸¹.

Chiunque può però facilmente comprendere che un organismo del genere si rivelerebbe un'arma formidabile per il sindacato nella decodificazione algoritmica delle piattaforme digitali⁸².

Il punto è allora mettere il legislatore nelle condizioni di comprendere che si pone un problema di ineffettività dell'art. 1-bis.

81 Ci si riferisce in particolare al § III.6.4. Giusto per esemplificare ecco di seguito la formula dell'algoritmo di *Amazon* secondo l'AGCOM: "Punteggio $FMA_{i,r} = \beta_1 \cdot X_{1i,r} + \beta_2 \cdot X_{2i,r} + \beta_3 \cdot X_{3i,r} + \beta_4 \cdot X_{4i,r} + \beta_5 \cdot X_{5i,r}$ (Eq. 1)".

82 Come ricordato Cons. Stato 19 gennaio 2021, n. 584, in *One Legale Wolters Kluwer* «il modello delle Autorità amministrative indipendenti sul piano oggettivo-funzionale si connota per la titolarità di una funzione giurisdicente, che assomma in sé il potere di regolare e quello di decidere e si articola più in dettaglio, anche in relazione all'Autorità appellata, in compiti normativi, regolatori, di vigilanza, di controllo e monitoraggio, di accertamento, di risoluzione dei conflitti e sanzionatorio».



A tal proposito v'è da segnalare che la Proposta di Regolamento sull'Intelligenza Artificiale⁸³ (il c.d. *AI Act*) lascia agli Stati membri il potere di definire l'autorità nazionale competente in materia di intelligenza artificiale. Tra i fini dell'*AI Act* v'è anche quello di garantire una trasparenza rispetto al funzionamento degli algoritmi delle imprese, elemento questo che ha portato a rinvenire nell'intervento un'opportunità di implementazione dell'art. 1-bis⁸⁴.

Se così fosse, poiché – in base a quanto già detto in precedenza – il legislatore italiano dovrà necessariamente intervenire per ampliare il perimetro della disposizione, non sarebbe così peregrina l'idea di devolvere a una nuova autorità amministrativa la competenza di tutte le questioni legate all'intelligenza artificiale⁸⁵, ivi inclusa quella della decodificazione algoritmica delle piattaforme.

Certo, andrebbe forse anche compreso se l'istituzione di una autorità amministrativa avrebbe nel diritto del lavoro una funzione realmente deflattiva del contenzioso⁸⁶. Se così non fosse, «l'idea di istituire una nuova *authority*» non avrebbe «granché di accattivante»⁸⁷, perché rischierebbe di essere solamente l'ennesimo sperpero di denaro pubblico.

83 COM(2021)206 final del 21 aprile 2021, anche se è stato raggiunto un accordo nel mese di dicembre scorso. In particolare, pur impattando incidentalmente sul diritto del lavoro (G. PELUSO, *Obbligo informativo e sistemi integralmente automatizzati*, in *Lab. Law Iss.*, 2023, n. 9, spec. C.114-116), il nuovo regolamento introduce: a) regole armonizzate per l'immissione sul mercato, la messa in servizio e l'uso dei sistemi di intelligenza artificiale nell'Unione; b) il divieto di determinate pratiche di intelligenza artificiale, quelle che presentano un rischio inaccettabile e che violano in modo i valori e i principi fondamentali dell'UE, come i sistemi che manipolano il comportamento umano, le opinioni o le decisioni, o che sfruttano le vulnerabilità delle persone; c) requisiti specifici per i sistemi di IA ad alto rischio e obblighi per gli operatori di tali sistemi; d) regole di trasparenza armonizzate per alcuni sistemi di IA; e) regole armonizzate specifiche per l'immissione sul mercato di modelli di IA di uso generale; f) regole sul monitoraggio del mercato, sulla governance e sull'applicazione della vigilanza del mercato stesso; g) misure a sostegno dell'innovazione, con particolare attenzione alle PMI, comprese le start-up.

84 A. ALAIMO, *Il Regolamento sull'Intelligenza Artificiale: dalla proposta della Commissione al testo approvato dal Parlamento. Ha ancora senso il pensiero pessimistico?*, in *federalismi.it*, 2023, n. 25, qui a pp. 148-149.

85 In questo senso si è già mossa la Spagna (vedi A. LOMBARDI, *La Spagna vara l'Agenzia per la supervisione dell'IA: poteri e obiettivi*, in *agendadigitale.eu*, 5 settembre 2023).

86 Così come sembrerebbe esservi in altri ambiti, vedi M. PIGNATTI, *Gli strumenti per la deflazione del contenzioso in materia di contratti pubblici: il ruolo delle autorità amministrative indipendenti e gli effetti sul mercato*, in *Giur. Arbitr.*, 2021, n. 2, p. 363.

87 V. MAIO, *Il diritto del lavoro e le nuove sfide della rivoluzione robotica*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2018, n. 6, qui a p. 1426.



Il Regolamento consente però la creazione di spazi di sperimentazione normativa per l'intelligenza artificiale⁸⁸. Gli Stati membri dovranno cioè istituire – per un massimo di sei mesi (prorogabili di altri sei mesi) – almeno un *sandbox* normativo a livello nazionale⁸⁹.

In tale prospettiva, il sistema della *sandbox* permetterebbe di verificare l'utilità di una nuova autorità amministrativa, senza addossare al legislatore eccessive responsabilità.

Peraltro, ove l'esperimento non fosse fallimentare, la creazione di una nuova e permanente autorità amministrativa potrebbe giustificarsi all'interno di quella che è stata definita come «la nuova tendenza espansiva del diritto del lavoro»⁹⁰ e giustificare come una nuova forma di tutela del lavoro “*in tutte le sue forme e applicazioni*”⁹¹. D'altronde, le *Authorities* sono chiamate proprio a tutelare interessi pubblici e privati di rilevanza costituzionale.

88 Sul punto si veda la recentissima riflessione di M. PERUZZI, *Intelligenza artificiale e lavoro: l'impatto dell'AI Act nella ricostruzione del sistema regolativo UE di tutela*, in M. BIASI (a cura di), *Diritto del lavoro e intelligenza artificiale*, Giuffré, Milano, spec. da p. 116.

89 In tempi non sospetti, la dottrina più scettica (A. VISCOMI, *Per una sandbox giuslavoristica. Brevi note a partire dal “decreto trasparenza”*, cit., qui a p. 131) circa la portata (in termini di effettività) dell'art. 1-bis già parlava di *sandbox* normativa come miglior soluzione ai problemi dell'intelligenza artificiale.

90 A. PERULLI, *Oltre la subordinazione. La nuova tendenza espansiva del diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2021.

91 A. PERULLI, T. TREU, “*In tutte le sue forme ed applicazioni*”. *Per un nuovo Statuto del lavoro*, cit.



RADICAMENTO NEL TERRITORIO E DIRITTO DEL LAVORO¹

Domenico Mezzacapo

Professore ordinario di Diritto del Lavoro Sapienza Università di Roma

Abstract [It]: Il saggio, seppur brevemente, si sofferma su alcuni collegamenti tra radicamento del territorio e diritto del lavoro. Sono affrontate tre tematiche: la determinazione giudiziale della giusta retribuzione; la contrattazione di prossimità e il regime dei licenziamenti “per delocalizzazione”. Tutte queste tematiche mettono in evidenza la tensione, oggi particolarmente evidente, tra l’istanza “ontologica” di tutela della persona che lavora, della quale il diritto del lavoro è tradizionalmente garante, e le esigenze di sostenibilità del lavoro in funzione della competitività delle imprese e della salvaguardia dei livelli occupazionali.

Abstract [En]: This essay briefly points out some connections between territorial rooting and labor law. Three issues are addressed: judicial determination of fair remuneration; proximity bargaining and “for relocation” discipline. All these issues highlight the current tension between the “ontological” instance of worker protection, which is traditional labor law core, and the labor sustainability needs, in the context of business competitiveness and the employment levels safeguarding.

SOMMARIO: 1. Delimitazione del campo di indagine - 2. La determinazione giudiziale della giusta retribuzione. - 3. La contrattazione collettiva di prossimità. - 4. I licenziamenti per delocalizzazione. - 5. Conclusioni.

1. Delimitazione del campo di indagine.

Il concetto di radicamento nel territorio presenta sicuramente molteplici punti di contatto con il diritto, in generale, e col diritto del lavoro, in particolare.

In generale, qualsiasi norma giuridica necessita di un ambito di applicazione anche territoriale, a prescindere dal maggiore o minore grado di estensione del territorio a cui si fa riferimento².

¹ L’articolo costituisce una rielaborazione della relazione tenuta dall’autore al convegno *Il radicamento nel territorio tra globalizzazione e ri-globalizzazione* organizzato a Roma il 16 e il 17 novembre 2023 dal Dipartimento di Scienze Giuridiche e Politiche dell’Università degli Studi Guglielmo Marconi ed è destinato alla raccolta degli atti di prossima pubblicazione.

² Il territorio, tuttavia, è molto di più del mero ambito di applicazione spaziale del diritto di uno Stato e, secondo la dottrina prevalente, finisce per essere oggetto di un diritto della personalità dello Stato stesso. Cfr. P. BISCARETTI DI RUFFIA, voce *Territorio dello Stato*, in *Enc. dir.*, 1992, XLIV, 1992, p. 338.



La valorizzazione del rapporto tra radicamento nel territorio e diritto potrebbe realizzarsi con lo sviluppo di serie politiche e pratiche volte a favorire la coesione sociale, l'inclusione economica e la sostenibilità ambientale, politiche volte ad incentivare gli investimenti a lungo termine nelle infrastrutture locali, a promuovere modelli di impresa responsabili e a creare opportunità di lavoro equamente accessibili per tutti i membri della comunità.

In particolare, il diritto del lavoro ha ad oggetto, tradizionalmente, il lavoro nell'impresa e non può restare indifferente alle condizioni territoriali in cui l'impresa opera e, auspicabilmente, si radica³.

Sennonché, da un lato, la finalità ultima del diritto del lavoro è quella di tutelare la dignità della persona che lavora, anche e soprattutto per correggere situazioni di svantaggio territoriale⁴.

Questa istanza di tutela caratterizza la «funzione ontologica»⁵ del diritto del lavoro e si realizza in gran parte con la tecnica della inderogabilità⁶ delle norme di legge e di contratto collettivo, per eliminare la concorrenza al ribasso tra i lavoratori.

Dall'altro lato, la globalizzazione e la crisi economica mettono in discussione l'uniformità realizzata dall'inderogabilità⁷ e pongono sempre più al centro la questione delle differenziazioni sostenibili anche in funzione di salvaguardia dei livelli occupazionali⁸.

In questa sede, senza pretese di completezza, si cercherà di mettere in evidenza solo tre aspetti in relazione ai quali emerge un collegamento tra radicamento nel territorio e diritto del lavoro: la determinazione giudiziale della giusta retribuzione; la contrattazione collettiva “di

3 Sotto questo punto di vista, un primo «strumento utile anche al radicamento territoriale dell'impresa, che ne fa risaltare la responsabilità sociale verso la comunità territoriale» potrebbe essere la partecipazione dei lavoratori alla gestione dell'impresa. In tal senso cfr., anche per il virgolettato, L. ZOPPOLI, voce *Partecipazione dei lavoratori alla gestione dell'azienda*, in *Enc. dir.*, Annali IV, 2011, p. 912. Come è noto, però, detta partecipazione in Italia è scarsamente praticata, sebbene segnali incoraggianti siano, da ultimo, registrati da L. VENDITTI, *Brevi note sulla evoluzione dei processi di coinvolgimento dei lavoratori nell'impresa*, in corso di pubblicazione in *AmbienteDiritto.it*.

4 Cfr. L. ZOPPOLI, *Le nuove rappresentanze sindacali unitarie e il gattopardo democratico*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, III, p. 66, laddove l'A. sottolinea l'esigenza di «penetrare nella struttura di gestione dell'economia di mercato riattivandone il radicamento territoriale e sociale» e «contrastandone il potenziale disegualitario».

5 Cfr. G. SANTORO-PASSARELLI, *La funzione del diritto del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2018, I, p. 353.

6 Cfr., per tutti, R. DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, 1976.

7 Vedi già M. PERSIANI, *Legge, giudice e contratto collettivo*, in *Dir. lav.*, 1977, I, p. 13 e ss. ed anche in ID., *I nuovi problemi della retribuzione*, Cedam, Padova, 1982, p. 1, laddove l'A. evidenzia come i giudici siano stati «polemicamente accusati di aver attentato all'efficienza delle imprese introducendo, nel rapporto di lavoro, prassi e istituti qualificati da un tasso di rigidità intollerabile». Si veda, poi, *infra*, nota 25.

8 Cfr. P. ICHINO, *La nozione di giusta retribuzione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, I, p. 741; G. SANTORO-PASSARELLI, *Crisi economica globale e valori fondanti del diritto del lavoro*, in *Dir. lav. merc.*, 2012, n. 3, pp. 425 e ss.. Cfr. anche S. BELLOMO, *Lavoro e dignità economica: giustizia retributiva ed interventi di sostegno al reddito e all'occupabilità*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2023, I, 217, che registra una pervasività ed una preponderanza, delle “logiche” di mercato e delle correlate spinte concorrenziali, «che hanno finito per debordare su un terreno, quello dell'azione sindacale e dell'autonomia collettiva, la cui vocazione originaria si esplica o dovrebbe esplicarsi in termini se non di contrasto di fisiologico contenimento di tali dinamiche».



prossimità"; la disciplina dei licenziamenti "per delocalizzazione".

2. La determinazione giudiziale della giusta retribuzione.

Un primo punto di contatto tra radicamento nel territorio e diritto del lavoro può riguardare la determinazione giudiziale della giusta retribuzione: occorre chiedersi, in particolare, se, ed eventualmente in che termini, le condizioni territoriali possano orientare il giudice nella determinazione dei trattamenti retributivi.

Come è noto, l'articolo 36 Cost. stabilisce il fondamentale diritto del lavoratore a una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente a garantire a questi e alla sua famiglia un'esistenza libera e dignitosa⁹.

Inoltre, l'art. 2099 c.c. permette al giudice di determinare la retribuzione (in caso di mancato accordo delle parti) tenendo conto ove occorra del parere delle associazioni professionali.

Tale riferimento alle associazioni professionali corporative, ormai non più esistenti, si reinterpreta identificando il contratto collettivo di diritto comune come parametro naturale di riferimento per la determinazione operata dal giudice.

L'interpretazione costituzionalmente orientata della norma consente a quest'ultimo di intervenire anche qualora le parti abbiano determinato una retribuzione non conforme al disposto dell'art. 36 Cost., muovendo della nullità della clausola per contrarietà alla norma costituzionale¹⁰.

Il contratto collettivo di diritto comune, dunque, svolge una funzione parametrica, identificando la retribuzione proporzionata e sufficiente.

Tale funzione, però, è stata messa in discussione dalla mancanza nel nostro ordinamento di una legge in tema di rappresentatività sindacale prima ancora che di una legge sul salario minimo. Sono attualmente depositati presso l'archivio del CNEL più di 900 contratti collettivi, molti dei quali siglati da soggetti sindacali di dubbia rappresentatività e contenenti trattamenti estremamente bassi¹¹.

Può essere opportuno, allora, chiedersi se il territorio possa rilevare quale parametro alternativo a quello del contratto collettivo nella valutazione del giudice.

9 Cfr., per tutti, T. TREU, *Sub. Art. 36*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione, Rapporti economici*, Zanichelli – Il Foro italiano, Bologna - Roma, 1979, p. 72 e ss..

10 Non sembra così rilevante, invece, ai fini pratici, se l'effetto integrativo si realizzi in applicazione dell'art. 2099, comma 2, come se la clausola nulla, in quanto improduttiva di effetti, debba considerarsi non apposta, con il riproporsi della situazione di mancata determinazione della retribuzione regolata dalla norma, oppure se tale opzione interpretativa risulti preclusa, a favore di un meccanismo di integrazione del contratto incentrato sull' «efficacia sostitutiva propria dello stesso art. 36», rispetto alla quale l'art. 2099, comma 2, passerebbe in secondo piano, rilevando tutt'al più «all'unico scopo di precisare, nel caso concreto, i criteri generici di determinazione del corrispettivo, espressi dal precetto costituzionale». Cfr., per tutti, e anche per il virgolettato, T. TREU, *Onerosità e corrispettività nel contratto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1968, p. 167, con qualificati riferimenti.

11 P. PASCUCCI, *La giusta retribuzione nei contratti di lavoro oggi*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DI DIRITTO DEL LAVORO E DELLA SICUREZZA SOCIALE, *Annuario di Diritto del Lavoro n. 54, La retribuzione*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 64. Si veda, per i dati completi, il 18° *Report Periodico dei Contratti Collettivi Nazionali di Lavoro vigenti depositati nell'Archivio CNEL*, aggiornamento 31 Dicembre 2023, in www.cnel.it.



Il Testo Unico sulla Rappresentanza Sindacale del 10 gennaio 2014, riprendendo quanto affermato in accordi interconfederali precedenti già a partire dal 1993, assegna al contratto collettivo nazionale la funzione di garantire la certezza dei trattamenti economici e normativi comuni per tutti i lavoratori del settore ovunque impiegati nel territorio nazionale¹².

Il contratto nazionale assolve, sotto questo punto di vista, una funzione uniformante e solidaristica: sul fatto notorio che non tutti i territori sono ugualmente sviluppati e che molto diverse possono essere, di conseguenza, le condizioni di redditività delle imprese e di produttività del lavoro, può presumersi che detto accordo, nel determinare i trattamenti retributivi, abbia già operato una valutazione media affinché lo stesso lavoro, in qualsiasi parte del territorio nazionale, sia remunerato allo stesso modo¹³.

In conformità alla menzionata scelta del sistema di relazioni industriali italiano, ed in coerenza con la finalità stessa perseguita dall'art. 36 Cost. di impedire ogni forma di sfruttamento del lavoratore, la giurisprudenza¹⁴ individua nella retribuzione stabilita dal contratto nazionale di categoria il naturale parametro di riferimento per la determinazione della giusta retribuzione, con onere del giudice di motivare la scelta di parametri diversi.

Sennonché, secondo un primo orientamento, la diversa determinazione del giudice non potrebbe «trovare comunque motivazione nel richiamo a condizioni ambientali e territoriali quali l'ambiente socio-economico depresso e il costo della vita»¹⁵.

Viceversa, secondo altra parte della giurisprudenza¹⁶, sarebbe possibile valutare l'inadeguatezza, in eccesso, delle retribuzioni contrattualmente previste anche alla luce di specifiche situazioni locali, dell'ambiente socio-economico depresso e del costo della vita.

In quest'ottica, dunque, le condizioni territoriali potrebbero costituire un parametro alternativo alla quantificazione prevista dal contratto collettivo di riferimento per la determinazione della giusta retribuzione.

Secondo una ricostruzione ancora diversa¹⁷, le condizioni territoriali possono essere un adeguato parametro di riferimento non in astratto, ma solo in concreto, una volta

12 Testo Unico sulla Rappresentanza Confindustria – Cgil, Cisl e Uil del 2014, Parte terza: titolarità ed efficacia della contrattazione collettiva nazionale di categoria e aziendale.

13 V. BAVARO, *Il giusto salario e la giurisprudenza italiana. Note critiche*, in P. ALBI (a cura di), *Salario minimo e salario giusto*, Giappichelli, Torino, 2023, p. 68.

14 Cfr., da ultimo, Cass. 2 ottobre 2023, n. 27711.

15 Cass. 25 febbraio 1994, n. 1903; Cass. 14 maggio 1997, n. 4224. Si veda anche Cass. 15 novembre 2001, n. 14211.

16 Cass. 14 dicembre 2000, n. 27591; Cass. 18 marzo 2004, n. 5519. Si veda anche Cass. 31 gennaio 2012, n. 1415, sulla possibilità per il giudice di far riferimento al contratto collettivo aziendale anziché a quello nazionale, in quanto rispondente al principio di prossimità all'interesse oggetto di tutela, pur se peggiorativo rispetto al secondo.

17 Cass. 17 gennaio 2011, n. 896. Nel caso in esame, relativo ad una controversia riguardante una ricevitoria Lotto operante in una zona depressa, non è stato ritenuto sufficiente un generico riferimento, disancorato da elementi concreti, alle retribuzioni correnti nelle piccole imprese operanti nel meridione d'Italia invece che a quelle della specifica categoria. Si è, invece, tenuto conto del fatto notorio che condizioni territoriali depresse possono favorire determinate attività (nel caso di specie il gioco del lotto e affini) e contribuire a farle prosperare.



contestualizzata meglio l'intera vicenda. Secondo questo orientamento, pertanto, le condizioni dei luoghi possono orientare il giudice nella determinazione della giusta retribuzione ex art. 36 Cost, ma solo nel caso in cui si accerti, oltre alle condizioni economiche sfavorevoli del territorio di riferimento, anche che l'azienda subisca gli effetti negativi dell'operare in una zona economicamente depressa.

Autorevole dottrina¹⁸ ha evidenziato come l'utilizzare parametri diversi da quanto indicato dalla contrattazione collettiva, sarebbe «un atto (...) “di superbia”, perché frutto della presunzione di poter fissare autonomamente – in esplicita polemica con la contrattazione collettiva – un valore la cui determinazione è rimessa proprio a quest'ultima, che appunto rappresenta l'istituzione alla quale risulta naturalmente affidata, in un'economia di mercato, la responsabilità del governo del sistema dei salari».

Lasciare che fattori ambientali influiscano nella determinazione della giusta retribuzione, dunque, andrebbe a privare la contrattazione collettiva nazionale della sua storica funzione di autorità salariale¹⁹, nonché ad aumentare l'attuale divario tra nord e sud.

Infatti, seppur astrattamente, una retribuzione inferiore a quella prevista dal contratto collettivo nazionale possa senz'altro risultare proporzionata e sufficiente in una zona considerata depressa, per il minor costo della vita in quel determinato territorio. Ma allargando il campo di indagine, la determinazione giudiziale al ribasso della retribuzione in ragione del maggior potere d'acquisto rischia di accentuare le condizioni di sottosviluppo del territorio stesso e di alimentare le disuguaglianze tra lavoratori.

3. La contrattazione collettiva di prossimità.

Un ulteriore punto di collegamento tra radicamento nel territorio e diritto del lavoro, che muove dalle possibili relazioni e dinamiche tra parti sociali sul territorio stesso è quello della contrattazione collettiva “di prossimità”.

I contratti collettivi “di prossimità” sono disciplinati dall'articolo 8 della l. n. 138 del 2011²⁰, disposizione che, fin dalla sua emanazione, non ha cessato di alimentare il dibattito dottrinale²¹.

I contratti collettivi “di prossimità” altro non sono che contratti aziendali o territoriali che,

18 F. LISO, *Autonomia collettiva e occupazione*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1998, p. 209.

19 V. BAVARO, *Il giusto salario e la giurisprudenza italiana. Note critiche*, op. cit., p. 68.

20 Conv. con mod. dalla l. n. 148 del 2011.

21 Cfr., per tutti, G. SANTORO-PASSARELLI, *Accordo interconfederale 28 giugno 2011 e art. 8 d.l. 138/2011 conv. con mod. l. 148/2011: molte divergenze e poche convergenze*, in *Arg. dir. lav.*, 2011, 6, pp. 1224 e ss., nonché, ID. *Il contratto aziendale in deroga*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT – 254/2015; A MARESCA, *La contrattazione collettiva dopo l'art. 8, d.l. 13 agosto 2011 n. 138*, in *www.cuorecritica.it*, 15 settembre 2011, fino ai più recenti G. PIGLIALARMI, *La contrattazione di prossimità nella riflessione della dottrina giuslavoristica: una rassegna di questioni*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2023, I, p. 605; M. MAGNANI, *Ancora sulla contrattazione di prossimità*, in *Dir. rel. ind.* 2023, 3, pp. 575 e ss.; M. FERRARESI, *Si consolida la lettura costituzionalmente orientata dell'articolo 8 - (note a margine di Corte costituzionale n. 52/2023)*, in *Dir. rel. ind.*, 2023, III, p. 677.



stipulati da particolari soggetti²², possono esplicare una efficacia *erga omnes* nonché una efficacia derogatoria anche di norme inderogabili di legge, con riguardo a numerose materie²³ e nel rispetto di determinati limiti²⁴ e specifiche finalità²⁵.

L'art. 8 è anch'esso figlio della crisi economica e "sdogana", seppur con senza dirlo espressamente, l'esigenza di liberarsi dall'«uniformità oppressiva»²⁶ realizzata dalle norme inderogabili di legge e di contratto collettivo per legittimare, seppur con l'intermediazione sindacale, regolamentazioni pattizie peggiorative, principalmente in funzione di esigenze di competitività delle imprese e di salvaguardia dei livelli occupazionali.

Tra i soggetti legittimati a stipulare tali contratti spiccano, per quanto di maggiore interesse in questa sede, le associazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale.

Va rilevato che all'interno del nostro sistema produttivo, i contratti collettivi di lavoro stipulati a livello territoriale non godono di una diffusione significativa. Invero, una caratteristica storicamente assunta dal nostro sistema contrattuale è proprio il suo carattere bipolare, ovverosia fondato sul doppio livello di contrattazione, nazionale e aziendale.

Inoltre, l'accertamento della maggiore rappresentatività comparata costituisce un problema di difficile soluzione già al livello nazionale, e ancora di più al livello territoriale.

Il concetto, come è noto, nasceva per selezionare contratti collettivi e non soggetti sindacali²⁷. Una volta riferito a soggetti sindacali, in assenza di strumenti di misurazione della rappresentatività sindacale, diventa inevitabilmente una variante semantica della tradizionale

22 Contratti collettivi di lavoro sottoscritti a livello aziendale o territoriale da associazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale ovvero dalle loro rappresentanze sindacali operanti in azienda e stipulati sulla base di un criterio maggioritario relativo alle predette rappresentanze sindacali.

23 Materie inerenti l'organizzazione del lavoro e della produzione con riferimento:

- a) agli impianti audiovisivi e alla introduzione di nuove tecnologie;
- b) alle mansioni del lavoratore, alla classificazione e inquadramento del personale;
- c) ai contratti a termine, ai contratti a orario ridotto, modulato o flessibile, al regime della solidarietà negli appalti e ai casi di ricorso alla somministrazione di lavoro;
- d) alla disciplina dell'orario di lavoro;
- e) alle modalità di assunzione e disciplina del rapporto di lavoro, comprese le collaborazioni coordinate e continuative a progetto e le partite IVA, alla trasformazione e conversione dei contratti di lavoro e alle conseguenze del recesso dal rapporto di lavoro, fatta eccezione per il licenziamento discriminatorio e il licenziamento della lavoratrice in concomitanza del matrimonio.

24 Fermo restando il rispetto della Costituzione, nonché i vincoli derivanti dalle normative comunitarie e dalle convenzioni internazionali sul lavoro.

25 Maggiore occupazione, qualità dei contratti di lavoro, adozione di forme di partecipazione dei lavoratori, emersione del lavoro irregolare, incrementi di competitività e di salario, gestione delle crisi aziendali e occupazionali, investimenti e avvio di nuove attività.

26 A. VALLEBONA, *L'efficacia derogatoria dei contratti aziendali o territoriali: si sgretola l'idolo della uniformità oppressiva*, in *Mass. giur. lav.*, 2011, p. 682.

27 L. SILVAGNA, *Il sindacato comparativamente più rappresentativo*, in *Dir. rel. ind.*, 1999, pp. 211 e ss.



maggior rappresentatività²⁸, che però non è tradizionalmente declinato al livello territoriale. Una volta associato al criterio maggioritario di stipulazione, pure previsto dall'art. 8, la norma sembra allora limitarsi ad indicare la necessità che i contratti siano stipulati da almeno due degli attori riconducibili alle tre grandi confederazioni storiche, con efficacia nei confronti di tutti i lavoratori per governare efficacemente il dissenso sindacale²⁹.

Il che, del resto, era tutto sommato uno degli obiettivi della norma alla luce del contesto sindacale in cui si inseriva, caratterizzato da un alto livello di conflittualità tra la CGIL, da un lato, e CISL e UIL dall'altro, in un momento storico in cui il contratto aziendale, da dispensatore di benefici, finiva per assumere sempre più spesso la funzione di distribuire sacrifici, in nome della competitività aziendale e sovente sotto minacce, più o meno velate, di delocalizzazione delle attività.

Indubbiamente, l'efficacia *erga omnes* stabilita per legge può sollevare dubbi di legittimità costituzionale con riferimento all'art. 39, quarto comma, Cost.

Sennonché, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 52 del 2023, ha perso l'occasione di chiarire questi dubbi, evitando di decidere nel merito la questione per un difetto di motivazione da parte del giudice rimettente, "colpevole" di non aver dimostrato che il contratto aziendale di cui si discorreva appartenesse alla categoria dei contratti di prossimità di cui all'art. 8.

Venendo ora all'efficacia derogatoria, i contratti di prossimità operano anche in deroga alle disposizioni di legge che disciplinano le materie di loro competenza ed alle relative regolamentazioni contenute nei contratti collettivi nazionali di lavoro.

Si tratta certamente di un effetto di non poco conto, considerando che il diritto del lavoro ha sempre fondato le proprie basi sull'inderogabilità della disciplina legale a tutela dei lavoratori. A tal proposito, non è mancato chi ha addirittura paventato il rischio di una destrutturazione dell'intero diritto del lavoro, suscettibile di essere frammentato a misura di aziende, stabilimenti, gruppi e singoli territori, se non addirittura di singoli reparti (posto che per le legge intese *ex art. 8* possono essere «specifiche»)³⁰.

È anche vero che tali rischi sono in parte mitigate dai limiti, seppur piuttosto generici, che l'efficacia derogatoria incontra: il rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dalle normative comunitarie e dalle convenzioni internazionali sul lavoro. Limiti che si combinano, inoltre, con le materie, tassativamente indicate³¹, che possono essere oggetto di un contratto *ex*

28 Cfr. P. LAMBERTUCCI, *Contratto collettivo, rappresentanza rappresentatività sindacale: spunti per il dibattito*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2009, p. 576.

29 Tale obiettivo era perseguito, del resto, anche dall'Accordo interconfederale 28 giugno 2011, ma con i limiti derivanti dalla natura pattizia della relativa disciplina.

30 E. RIVERSO, *Sull'art. 8 la Corte costituzionale contraddice la legge Fornero*, in www.magistraturademocratica.it.

31 Cfr. App. Brescia, 24 novembre 2022, n. 274, secondo cui la contrattazione integrativa territoriale non può esonerare il datore di lavoro dall'obbligo di versamento dei contributi per i periodi di aspettativa non retribuita, posto che i contratti collettivi aziendali o territoriali stipulati *ex art. 8* possono incidere 'in peius' rispetto alla contrattazione collettiva nazionale solo con riferimento a materie tassativamente indicate, tra le quali non rientra quella previdenziale.



art. 8 e con tutti gli altri requisiti soggettivi e procedurali imposti dalla legge.

La giurisprudenza³² ha chiarito, del resto, che l'efficacia *erga omnes* e l'efficacia derogatoria potranno prodursi esclusivamente al ricorrere di tutti i presupposti previsti dalla normativa.

Così, ad esempio, ai fini della validità degli accordi, non è sufficiente il mero richiamo in via generale alle finalità enunciate nell'art. 8, essendo necessario che le parti indichino in maniera puntuale le finalità perseguite e le circostanze di fatto che giustificano il ricorso al regime derogatorio, nonché il nesso eziologico³³.

Il potenziale effetto dirompente di tali contratti viene ulteriormente stemperato dai requisiti di rappresentatività dei soggetti sindacali abilitati a stipularli, che, ci si augura, non saranno disponibili ad operazione al ribasso non giustificate da legittime finalità.

In ogni modo, i contratti di prossimità vengono effettivamente stipulati, ma raramente sono divulgati³⁴.

L'informazione, infatti, viene resa disponibile solo nei casi in cui risulti evidente che l'operazione abbia apportato un chiaro beneficio ai lavoratori³⁵.

Sarebbe stato probabilmente opportuno prevedere meccanismi di trasparenza e controllo sui contratti di prossimità per verificare il corretto utilizzo della norma e l'impatto delle deroghe sui diritti e sulle tutele dei lavoratori³⁶.

4. I licenziamenti per delocalizzazione.

Infine, quale ulteriore punto di contatto tra radicamento nel territorio e diritto del lavoro, non può non essere menzionato il regime dei licenziamenti per delocalizzazione³⁷.

Le norme di riferimento sono contenute nell'art. 1, commi 224 e ss., l. n. 234 del 2021, al

32 Cass. 2 ottobre 2023, n. 27764.

33 Così Trib. Milano 30 luglio 2020; Trib. Firenze 4 giugno 2019; App. Firenze 20 novembre 2017.

34 Così anche L. IMBERTI, *A proposito dell'art. 8 della legge n. 148/2011: le deroghe si fanno, ma non si dicono*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2, 2013.

35 L'esperienza più significativa può essere rinvenuta nell'Accordo aziendale stipulato da *Golden Lady* con le federazioni nazionali di categoria, unitariamente, il 16 luglio 2012, volto a sospendere per un anno l'entrata in vigore della nuova disciplina dell'associazione in partecipazione introdotta dalla l. n. 92 del 2012, a fronte, però, dell'impegno a stabilizzare tutti i lavoratori interessati.

36 Questa esigenza di trasparenza aiuta forse a comprendere la posizione, senz'altro opportuna anche se forse non del tutto rigorosa sul piano giuridico, di quella giurisprudenza che considera l'art. 8 una norma eccezionale, di talché l'esistenza di un contratto di prossimità non può mai riconoscersi ex post, dovendo lo stesso essere concluso e qualificato dalle parti come tale (App. Firenze, 20 novembre 2017).

37 Il tema della delocalizzazione è anche esso figlio della crisi. Sull'impatto della crisi di impresa sulla regolamentazione del rapporto di lavoro cfr., in generale, A. PRETEROTI, *Crisi di impresa, insolvenza e rapporti di lavoro*, in G. SANTORO-PASSARELLI (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale. Privato e pubblico*, Utet, 2020, p. 1998. Più nello specifico cfr. R. ROMEI, *La nuova procedura in caso di cessazione di una attività produttiva*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2022, 1, p. 29; I. ALVINO, *Cessazione dell'attività d'impresa, crisi e ruolo del sindacato*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2022, I, p. 469; D. MEZZACAPO, *I licenziamenti «per delocalizzazione» dopo il cd. Decreto aiuti ter*, *ibidem*, p. 495; V. NUZZO, *Delocalizzazioni e chiusure di stabilimenti: i nuovi limiti all'iniziativa economica privata tra scelte legislative e prospettive possibili*, *ibidem*, p. 517; L. TEBANO, *Il licenziamento collettivo a bacino ristretto nell'evoluzione giurisprudenziale*, *ibidem*, p. 543.



quale si affianca il d.l. n. 144 del 2022, c.d. Decreto Aiuti-ter.

Si tratta di una disciplina etichettata comunemente come «anti-delocalizzazione»³⁸, che pone dei limiti ai licenziamenti operati al ricorrere di determinate condizioni soggettive e oggettive:

- a) per i datori di lavoro con più di 250 dipendenti;
- b) che intendano procedere alla chiusura di una sede, di uno stabilimento, di una filiale, o di un ufficio o reparto autonomo situato nel territorio nazionale, con cessazione definitiva della relativa attività e con licenziamento di un numero di lavoratori non inferiore a 50³⁹.

In realtà, quella delineata dal legislatore non sembrerebbe nemmeno essere una vera e propria delocalizzazione⁴⁰, poiché si fa riferimento ad una generica “chiusura”, ma senza porsi il problema di cosa accada in seguito, a livello di delocalizzazione territoriale⁴¹. Ci si preoccupa soltanto di evitare la chiusura, al fine di garantire la salvaguardia del tessuto occupazionale e produttivo di quel dato territorio, senza che rilevi la sorte “geografica” delle linee di produzione interessate, delocalizzate o meno.

Originariamente il testo normativo della l. n. 234 del 2021 non riportava il termine “delocalizzazione”: infatti, ci si limitava al dato oggettivo della chiusura di un’unità produttiva, la cui immediata conseguenza era la cessazione definitiva dell’attività lavorativa e i licenziamenti.

Il termine “delocalizzazione” compare espressamente soltanto nell’art. 37 del d.l. n. 34 del 2022, rubricato «Norme in materia di delocalizzazione o cessazione di attività di imprese che non versano in situazioni di crisi».

Tuttavia, anche alla luce di tale introduzione, quello che continua a rilevare ai fini dell’applicazione della procedura non è lo spostamento territoriale dell’attività, ma la chiusura della stessa⁴².

A tal fine di salvaguardare il livello occupazionale, la legge prescrive il rispetto di una particolare procedura di informazione e consultazione sindacale, con l’obbligo di predisporre uno specifico piano occupazionale da discutere con le rappresentanze sindacali e da approvare

38 M. FAIOLI, *Protezioni a-geografiche. Riflessi del regime giuslavoristico anti-delocalizzazioni sulla disciplina del licenziamento collettivo e del rapporto previdenziale. L’intricato caso dei lavoratori delle piattaforme digitali UberEats e Deliveroo*, in *Federalismi*, 3, 2024, pp. 194 e ss.

39 Art. 1, co. 225, l. n. 234 del 2021. Ai sensi del successivo comma 226: «Sono esclusi dall’ambito di applicazione dei commi da 224 a 238 i datori di lavoro che si trovano in condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che ne rendono probabile la crisi o l’insolvenza e che possono accedere alla procedura di composizione negoziata per la soluzione della crisi d’impresa (...)».

40 Con il termine delocalizzazione si intende generalmente, «il trasferimento del processo produttivo, o di alcune fasi di esso, in aree geografiche o Paesi in cui esistono vantaggi competitivi». Cfr. voce *Delocalizzazione*, in *Dizionario Treccani di Economia e Finanza*, 2012, www.treccani.it/enciclopedia

41 Infatti, autorevole dottrina aveva immediatamente sottolineato che la procedura introdotta dall’art. 1, co. 224 e ss., l. n. 234 del 2021 non presupponesse necessariamente una delocalizzazione dal punto di vista spaziale. Cfr. R. ROMEL, *La nuova procedura in caso di cessazione di una attività produttiva*, op. cit., 29 e ss.

42 Sia consentito nuovamente il rinvio a D. MEZZACAPO, *I licenziamenti “per delocalizzazione” dopo il cd. Decreto Aiuti Ter*, op. cit., p. 499.



con un accordo collettivo.

La procedura si apre con una comunicazione alle r.s.a. o alle r.s.u., oltre che alle sedi territoriali delle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e, contestualmente, alle regioni dei territori interessati, al Ministero del Lavoro e delle politiche sociali, al Ministero dello sviluppo economico e all'agenzia nazionale per le politiche attive del lavoro (ANPAL)⁴³.

Oggetto della comunicazione, che deve essere effettuata entro 180 giorni dall'avvio dei licenziamenti⁴⁴, è, prima di tutto, l'intenzione del datore di lavoro di procedere alla chiusura e, secondariamente, una serie di dati più specifici, come le ragioni economiche, finanziarie, tecniche o organizzative della chiusura, il numero e i profili professionali del personale occupato e il termine entro cui è prevista la chiusura.

Entro 60 giorni dalla comunicazione, deve essere presentato un piano elaborato dall'imprenditore per limitare le ricadute occupazionali ed economiche derivanti dalla chiusura⁴⁵. Qualora il piano venga approvato con la sottoscrizione di un accordo, vengono riconosciuti dei benefici sia all'impresa, di carattere economico, che ai lavoratori, che possono accedere ad una serie di trattamenti di integrazione salariale, alla possibilità di ricollocazione e all'opportunità di formazione.

Nonostante parte della dottrina⁴⁶ lo consideri irragionevole, la procedura non attiene soltanto ai licenziamenti collettivi, ma interessa anche quelli individuali per giustificato motivo oggettivo.

I licenziamenti intimati in mancanza della comunicazione o prima dello scadere del termine per esaminare il piano occupazionale sono nulli⁴⁷.

Questa previsione è piuttosto singolare: alla luce dell'attuale normativa in tema di recesso del datore di lavoro, non è prevista la nullità del licenziamento per vizi procedurali. Una

43 Art. 1, comma 234, l. n. 234 del 2021. Destinatari che non coincidono con quelli presi in considerazione per la procedura di licenziamento collettivo ai sensi dell'art. 4, l. n. 223 del 1991.

44 Termine innalzato da 90 giorni a 180 giorni dal Decreto Aiuti-ter.

45 Il piano deve indicare:

- a) le azioni programmate per la salvaguardia dei livelli occupazionali e gli interventi per la gestione non traumatica dei possibili esuberanti, quali il ricorso ad ammortizzatori sociali, la ricollocazione presso altro datore di lavoro e le misure di incentivo all'esodo;
- b) le azioni finalizzate alla rioccupazione o all'autoimpiego, quali formazione e riqualificazione professionale anche ricorrendo ai fondi interprofessionali;
- c) le prospettive di cessione dell'azienda o di rami d'azienda con finalità di continuazione dell'attività, anche mediante cessione dell'azienda, o di suoi rami, ai lavoratori o a cooperative da essi costituite;
- d) gli eventuali progetti di riconversione del sito produttivo, anche per finalità socio-culturali a favore del territorio interessato;
- e) i tempi e le modalità di attuazione delle azioni previste.

46 L. FAILLA, *Divieto di delocalizzazioni: una procedura complessa. Con tanti rischi per le imprese*, editoriale del 5 febbraio 2022, <https://www.ipsoa.it>, che collega la previsione al contrasto alle delocalizzazioni idonee ad incidere sul tessuto occupazionale, che non sarebbe messo a rischio, con tutta probabilità, dalla dimensione individuale del recesso da parte del datore di lavoro.

47 Art. 1, c. 227, l. n. 234 del 2021, come modificato dal d.l. n. 144 del 2021.



sanzione di questo tipo non è prevista per l'ordinaria procedura di licenziamento collettivo, e neppure per la speciale procedura prevista dallo stesso Codice della crisi in caso di licenziamenti collettivi da parte del curatore nell'ipotesi di liquidazione giudiziale. In entrambi i casi, infatti, la violazione delle procedure, ai sensi del *Jobs Act*, darà luogo soltanto alla tutela risarcitoria.

Tale effetto appariva particolarmente rilevante prima della recente sentenza della Corte costituzionale n. 44 del 2024. In precedenza, infatti, ai sensi dell'art. 2 d.lgs. n. 23 del 2015, spettava la reintegrazione solo in caso di nullità «espressamente» prevista dalla legge⁴⁸. L'espressa previsione di nullità dei licenziamenti per delocalizzazione consentiva allora di ancorare la reintegrazione alle violazioni di cui all'art. 1, co. 227, l. n. 234 del 2021.

Oggi tale valore aggiunto è stemperato, posto che, a seguito del suddetto intervento della Corte costituzionale⁴⁹, l'avverbio «espressamente» è stato eliminato dalla disposizione, per eccesso di delega.

In ogni modo, vale la pena osservare che la nullità del licenziamento investe formalmente la sola mancata comunicazione di inizio procedura: restano escluse le differenti ipotesi della mancata presentazione del piano, della presentazione tardiva oltre il termine di 60 giorni o della presentazione di un piano incompleto⁵⁰.

In aggiunta a questo, è necessario però evidenziare che diversamente da quanto previsto nella disciplina dedicata ai licenziamenti collettivi, la l. n. 223 del 1991⁵¹, non si riscontra una specifica indicazione che possa limitare dal punto di vista temporale i licenziamenti ai fini dell'applicazione della legge n. 234/2021, art. 1, commi 224 e ss..

La legge n. 233 del 1991, infatti, oltre al numero dei licenziamenti e all'ambito territoriale di riferimento, prevede anche il requisito temporale dei 120 giorni. La nuova procedura, infatti, fissa il limite dei 50 licenziamenti ma non delinea la forbice temporale di riferimento.

Bisogna quindi interrogarsi su cosa potrebbe accadere se tale soglia fosse raggiunta con licenziamenti individuali successivi, «posto che la nullità potrebbe andare a colpire retroattivamente i singoli licenziamenti intimati in assenza della procedura e, dunque, in mancanza della comunicazione»⁵².

Una soluzione interpretativa potrebbe essere quella di considerare che ricadono nell'ambito

48 Cfr. G. SANTORO-PASSARELLI, *Diritto dei lavori e dell'occupazione*, Giappichelli, 2022, p. 463. Si deve anche evidenziare che in taluni casi anche la giurisprudenza volta a valorizzare l'avverbio sul piano teorico, poi sul piano pratico concede ugualmente la reintegrazione con argomentazioni differenti, volte ad ampliare, a titolo esemplificativo, la nozione di fatto contestato. Cfr. Trib. Milano 5 ottobre 2016, con riferimento al mancato superamento del periodo di comporto; Trib. Milano 3 novembre 2016, con riferimento alla nullità del patto di prova; si veda, però, contra Trib. Roma 6 novembre 2017, n. 8953. 49 C. cost. 19 marzo 2024 n. 44.

50 In questa eventualità, tuttavia, è prevista una sanzione pecuniaria a carico del datore di lavoro. Cfr. D. GAROFALO, *I licenziamenti economici tra scelte legislative e incursioni ideologiche*, in *Arg. dir. lav.*, 2023, 1, p. 7.

51 La legge n. 233 del 1991, infatti, prevede il requisito temporale dei 120 giorni, oltre al numero dei licenziamenti e all'ambito territoriale di riferimento.

52 D. MEZZACAPO, *I licenziamenti "per delocalizzazione" dopo il cd. Decreto Aiuti Ter*, in *Riv. it. dir. lav.*, 4, 2022, p. 508.



di applicazione dell'art. 1, comma 224, i licenziamenti di numero non inferiore a 50 che siano avvenuti contestualmente, in coerenza con la *ratio* della disciplina volta a salvaguardare il tessuto occupazionale e produttivo di quel dato territorio.

Senonché, così argomentando, sarebbero escluse dalla procedura, eventuali chiusure parziali, sotto la soglia dei 50 dipendenti, che avessero come fine ultimo quello della chiusura totale. Sicuramente resterebbe ferma l'operatività della l. n. 223/1991, che però potrebbe non risultare altrettanto garantista e improntata alla particolare finalità, evidentemente pubblica, della procedura *ex lege* n. 234/2021.

Non resterebbe, quindi, che applicare analogicamente il termine di 120 giorni previsto dalla normativa generale dei licenziamenti collettivi, perché certamente il limite al potere datoriale di recesso non può essere del tutto privo di riferimenti temporali, o prendere in considerazione il rimedio della frode alla legge, che, tuttavia presenta rilevanti problemi dal punto di vista dell'onere della prova.

Alla nullità dei licenziamenti si affiancano sanzioni pecuniarie a carico del datore di lavoro in mancanza di presentazione del piano, qualora questo non contenga gli elementi previsti e, addirittura, in caso di mancata sottoscrizione da parte delle organizzazioni sindacali⁵³.

Quest'ultima ipotesi, in particolare, appare particolarmente problematica: il datore di lavoro dovrebbe pagare il c.d. ticket di licenziamento aumentato del 500%⁵⁴ per un evento che, da un lato, non può essergli esclusivamente imputato e che, inoltre, potrebbe essere, comunque, espressione della libertà negoziale. Senza considerare che, dall'altro lato, la stessa sanzione potrebbe incentivare comportamenti ostruzionistici da parte dei sindacati.

5. Conclusioni

Radicamento nel territorio e diritto del lavoro sono strettamente interconnessi, poiché entrambi influenzano profondamente la vita delle persone e le dinamiche socio-economiche delle comunità.

Dal punto di vista sociologico, il radicamento nel territorio è fondamentale per lo sviluppo di una comunità solida e resiliente. Quando le persone si sentono radicate nel luogo in cui vivono e lavorano, infatti, sono più propense a investire nelle loro relazioni sociali, nel miglioramento delle infrastrutture locali e nel benessere della comunità nel suo complesso.

Questo senso di appartenenza può favorire la coesione sociale e può contribuire a contrastare la marginalizzazione e l'isolamento.

Una comunità locale è costituita, in primo luogo, da persone, e il diritto del lavoro svolge certamente un ruolo cruciale nel determinare le condizioni in cui le persone possono accedere e mantenere un impiego dignitoso nel proprio territorio.

53 Art. 1, comma 235, della l. n. 234 del 2021.

54 Con un impatto stimato pari anche a 70.000 euro a lavoratore! Per questo calcolo cfr. E. MASSI, *Delocalizzazioni: procedura e criticità operative*, in *Dir. prat. lav.*, 2022, 12, p. 714.



È bene sempre ricordare, del resto, che «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, il bene che è condizione dell'avere e di ogni altro avere»⁵⁵.

Il primo presidio della tutela della persona che lavora è, allora, senza dubbio, la garanzia costituzionale della giusta retribuzione, ma non solo. La sicurezza del lavoro, intesa sia come tutela della integrità fisica e della dignità del lavoratore, sia in senso più ampio, come stabilità del posto di lavoro o tutela adeguata del reddito per i periodi di transizione occupazionale, gioca un ruolo complementare e altrettanto cruciale.

La crisi economica, tuttavia, mette in discussione la tradizionale funzione del diritto del lavoro: i lavoratori possono perdere il posto di lavoro ed essere costretti a cercare opportunità occupazionali al di fuori del proprio territorio, mettendo a rischio il loro legame con la comunità locale.

Allo stesso tempo, politiche lavorative poco inclusive possono pregiudicare l'accesso all'impiego di determinate categorie di lavoratori, indebolendo il tessuto sociale ed economico di determinate aree.

Non a caso il tratto comune delle tre tematiche affrontate, seppur brevemente, nei paragrafi precedenti, è la latente tensione tra tutela della dignità della persona che lavora, da un lato, e garanzia della sostenibilità economica del lavoro in funzione di recupero di competitività delle imprese e di salvaguardia dei livelli occupazionali, dall'altro.

Ad avviso di chi scrive, però, si deve ribadire con forza che la tutela della persona che lavora è «un valore non negoziabile» che non può essere pretermesso a logiche meramente economiche, sia pure di rilevante impatto ai fini della salvaguardia dei livelli occupazionali⁵⁶.

In quest'ottica, si deve ancora ribadire la funzione uniformante e solidaristica del contratto nazionale, senza che le condizioni territoriali possano essere utilizzate quali parametro al ribasso nella determinazione giudiziale della giusta retribuzione. Una tale operazione andrebbe ad ulteriore svantaggio di lavoratori già penalizzati dall'operare in situazioni economicamente depresse e rischierebbe di acuire ancora di più le disuguaglianze.

Il problema vero, oggi, è che manca un sistema di misurazione della rappresentatività sindacale e la questione della determinazione giudiziale della giusta retribuzione, che si poneva, prima, laddove le parti non applicassero alcun contratto collettivo, si pone, oggi, soprattutto con riferimento ai contratti nazionali stipulati da associazioni di dubbia rappresentatività.

55 F. SANTORO-PASSARELLI, *Spirito del diritto del lavoro*, in *Annali del Seminario giuridico dell'Università di Catania*, 1947-48, pp. 3 e ss. e, più recentemente, anche in ID., *Saggi di diritto civile*, Jovene, Napoli, 1961, II, pp. 1069 e ss. e, in particolare, 1071.

56 In questo senso, in particolare, G. SANTORO-PASSARELLI, *Il nuovo volto del diritto del lavoro a cinquant'anni dallo Statuto dei lavoratori*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, p. 29, laddove l'A. riafferma, tuttavia, che la tutela della dignità della persona che lavora è un valore non negoziabile e che l'art. 41, comma 2, Cost. «non può essere considerato il fondamento del contemperamento di interessi oltretutto asimmetrici».



Addirittura, in qualche caso, la questione ha riguardato anche associazioni rappresentative⁵⁷, in situazioni particolarmente problematiche, come le catene di appalti⁵⁸, in cui la corsa al risparmio dei costi finisce inevitabilmente per avere ripercussioni non solo sulla retribuzione ma anche sulla sicurezza.

Per quanto attiene ai contratti di prossimità, l'efficacia derogatoria prevista dall'art. 8, d.l. n. 138 del 2011, seppur presidiata sotto diversi punti di vista (rappresentatività dei soggetti stipulanti, criterio maggioritario, finalità, materie, limiti), pone qualche problema, posto che la sede aziendale non è certamente quella in cui il sindacato può far valere maggiormente i rapporti di forza. E questo soprattutto se l'alternativa alla contrattazione al ribasso è, come già evidenziato, la delocalizzazione dell'attività produttiva.

Se la contrattazione di prossimità fosse sempre utilizzata, del resto, per operazioni brillanti sul piano del miglioramento delle condizioni di lavoro vi sarebbe certamente una maggiore diffusione mediatica delle notizie ad esse relative, come avvenuto, infatti, nel caso della *Golden Lady*.

C'è invece il sospetto che l'assoluto imbarazzo che accompagna ogni notizia in merito a contrattazioni di questo tipo⁵⁹ celi un utilizzo di tale strumento del tutto sbilanciato a favore degli interessi dell'impresa. E non è un caso, forse, che l'obbligo di rendere pubblici tali contratti previsto nelle prime bozze della norma sia stato poi espunto dal testo definitivo dell'art. 8.

C'è da chiedersi se la minaccia della delocalizzazione, che spesso è il grimaldello per costringere il sindacato ad accettare in sede aziendale contratti ablativi, sia oggi sufficientemente depotenziata dalla disciplina limitativa dei licenziamenti per chiusura di attività.

Come evidenziato nel par. 4, tale disciplina non solo arriva a prevedere la nullità di licenziamenti collettivi e individuali a seguito di violazioni procedurali, ma stabilisce pesanti sanzioni economiche in capo ai datori di lavoro.

Può lasciare adito a qualche dubbio il fatto che tali sanzioni arrivino a punire comportamenti che, a ben vedere, non sono del tutto scrivibili alla sfera di controllo del datore di lavoro: si pensi alla mancata sottoscrizione del piano occupazionale da parte dei sindacati, che determina un aumento del 500% del c.d. *ticket* per i licenziamenti.

Sembra trattarsi di sanzioni che potrebbero aver senso in caso di effettive delocalizzazioni così dette *take and go*, laddove l'impresa sfrutta il territorio su cui si stabilisce per poi portare altrove la produzione, disinteressandosi delle conseguenze socio-economiche che ne derivano.

Le stesse sanzioni, tuttavia, possono apparire sproporzionate laddove la norma non va a colpire le delocalizzazioni in senso stretto e si limita a disincentivare pesantemente la mera chiusura aziendale.

57 Cfr. Cass. 2 ottobre 2023, n. 27111, con note di G. ARMONE, *Salario minimo: la precettività dell'art. 36 Cost. nella cornice sovranazionale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2023, II, p. 677 e P. SARACINI, *Giudice, contrattazione e retribuzione: l'ennesima "istantanea" della debolezza del sistema sindacale di fatto*, *ibidem*, p. 688.

58 Cfr. in argomento L. CORAZZA, *Crisi della contrattazione e retribuzione sufficiente*, in *Dir. rel. ind.*, 2021, p. 1095.

59 Vedi nota 34.



È vero che si tratta pur sempre di sanzioni a carico di datori di lavoro di grandi dimensioni e, dunque, probabilmente in grado di sopportarne gli oneri economici: tale circostanza, tuttavia, non costituisce necessariamente il punto di equilibrio della normativa, tenuto conto del fatto che le norme, e le sanzioni in particolare, da sole, difficilmente creano occupazione.



SCIOPERO DI ACCREDITAMENTO ED ONERI DI COMUNICAZIONE. IL RUOLO DEL DIPARTIMENTO DELLA FUNZIONE PUBBLICA *

Valerio Talamo**

[Abstract IT] Lo sciopero nei servizi pubblici perde la tradizionale composizione binaria e si triangolarizza: al centro, estraneo alla vertenza in corso, ma vittima e ostaggio, vi è il cittadino-utente. Quando lo sciopero nei servizi viene promosso da sindacati a scarso seguito è spesso strumentale all' "effetto annuncio" e serve per accreditare l'organizzazione sindacale a prescindere dall'esistenza di una vertenza e dalla sua soluzione. In questi casi l'adempimento agli oneri di comunicazione previsti dalla legge ne amplifica la risonanza, contribuendo al disagio a cui l'onere di comunicazione vorrebbe ovviare, determinando un allarme sociale non giustificato dagli effettivi tassi adesione allo sciopero. Nel saggio si analizzano gli oneri di comunicazione imposti dalla legge del 1990 e la loro ratio anche alla luce di questi effetti distorsivi, rispetto a quali si avanza un'ipotesi di soluzione alla luce di un'esperienza in corso. Inoltre, si descrive come il Dipartimento della funzione pubblica ha rimodulato, anche in relazione a queste criticità, la sua offerta di informazione nell'ambito di una più generale reingegnerizzazione dei processi sulla base dei paradigmi della dematerializzazione e della digitalizzazione.

[Abstract EN] Strike accreditation and burden of communication. the role of the department for public administration The strike in public services loses its traditional binary composition and becomes triangular: at the centre, unrelated to the dispute in progress, but victim and hostage, is the citizen-user. When strikes in the services are promoted by unions with a small following, they are often instrumental to the 'announcement effect' and serve to accredit the union organisation regardless of the existence of a dispute and its resolution. In these cases, the fulfilment of the legal burden of communication amplifies its resonance, contributing to the unease that the burden of communication would like to obviate, causing social alarm that is not justified by the actual strike adherence rates. The paper analyses the communication burdens imposed by the 1990 law and their rationale also in the light of these distorting effects, in respect of which a solution hypothesis is put forward in the light of an ongoing experience. Furthermore, it describes how the Department for public administration has remodelled its information mode, also in relation to these critical issues, in the context of a more general processes re-engineering on the basis of dematerialisation and digitalisation standards.



SOMMARIO: 1. Premessa introduttiva. - 2. Alla ricerca della trasparenza in materia di sciopero nei servizi pubblici. - 3. L'eterogenesi dei fini dell'informazione all'utenza negli scioperi di accreditamento. Un'ipotesi de iure condendo. - 4. Come il Dipartimento per la Funzione pubblica adempie agli oneri di comunicazione. L'esperienza del "cruscotto degli scioperi". - 5. Conclusioni.

1. Premessa introduttiva.

In questa riflessione si verificherà preliminarmente la nozione di trasparenza accolta dalla legge n. 146 del 1990, di cui gli oneri di comunicazione costituiscono il naturale precipitato (*infra* 2). Successivamente verranno analizzate alcune caratteristiche dall'autotutela collettiva alla luce della terziarizzazione del conflitto nei servizi pubblici e della connessa "triangolarizzazione" della vertenza. Tale analisi permetterà di evidenziare come, per una sorta di eterogenesi dei fini, gli oneri di comunicazione in alcune ipotesi patologiche generano effetti inattesi e perversi che finiscono per alimentare la patologia stessa.

Quando l'azione sindacale si proietta negli spazi "pubblici", uscendo dal confine bipolare del conflitto industriale, coinvolge interessi estranei alle parti direttamente in causa e manipola le regole "non scritte" dello sciopero, in quanto la "forza" dello stesso non dipende dal numero dei lavoratori che vi aderiscono (o dalle perdite economiche inflitte alla controparte), ma dall'effetto vulnerante determinato dall'interruzione del servizio nei confronti degli utenti (¹).

La triangolarizzazione del conflitto favorisce ed alimenta una conflittualità corporativa che sfugge al dominio ed al controllo confederale ed "incentiva" una frammentazione in gruppi e sottogruppi che destruttura le relazioni sindacali nonché la stessa razionalità intrinseca dell'autonomia collettiva.

Nel solo anno 2019 si sono registrate più di 2300 proclamazioni di sciopero nei servizi pubblici: il numero di quelli proclamati da organizzazioni sindacali non rappresentative

1 * Il saggio costituisce la trasposizione, con alcune integrazioni e l'aggiunta delle note bibliografiche, dell'intervento pronunciato nell'occasione del convegno tenuto il 9 aprile 2024 presso l'Università degli Studi di Roma "La Sapienza": Diritto di sciopero e diritti di informazione, organizzato dalla Commissione di Garanzia sui servizi pubblici essenziali, dall'Università "La Sapienza" nonché dal Dipartimento di Scienze Giuridiche e dal Master in Diritto del lavoro e della previdenza sociale presso la stessa Università. Si ringraziano Mimmo Diorio, Federica Lipari e Marina Bruni per aver collaborato al reperimento dei dati cui si fondano i commenti di questo scritto.

** Valerio Talamo è il direttore generale dell'Ufficio per le Relazioni Sindacali presso il Dipartimento della Funzione pubblica della Presidenza del Consiglio dei ministri. Le affermazioni e le proposte contenute in questo scritto costituiscono opinioni personali dell'Autore, non impegnano in alcun modo l'amministrazione di appartenenza, né ne rappresentano il pensiero o gli intenti.

M. D'ANTONA, *Diritto sindacale in trasformazione*, in *Contrattazione, rappresentatività, conflitto*, Ediesse, Roma, 2000, p. 73.



secondo le regole del pubblico impiego costituisce la maggioranza e genera tassi di adesione pressoché irrilevanti e mai superiori all'1,2%.

In questi casi l'informazione all'utenza favorisce un allarme sociale non giustificato dall'effettiva partecipazione all'astensione collettiva, contribuendo al disagio che dovrebbe attenuare (*infra* 3).

Si passerà infine a descrivere come il Dipartimento della funzione pubblica adempie agli oneri di comunicazione imposti dalla legge 12 giugno 1990, n. 146 e di come sia andata aggiornandosi l'offerta di informazione, alla luce sia dell'adesione ad una nozione di accesso totale generalizzato (si torna quindi alla trasparenza, in una delle sue più aggiornate accezioni), sia in applicazione dei paradigmi della digitalizzazione e della dematerializzazione dei processi, ma anche per scongiurare quell'eterogeneità di fini di cui si parlava poc'anzi (*infra* 4).

Il saggio verrà concluso con brevi considerazioni di sintesi e con un'ipotesi di soluzione delle criticità affrontate nel testo, già avanzata in dottrina ed alla luce di un'esperienza in corso nonché con un riferimento ad alcune importanti delibere della Commissione di Garanzia degli scioperi nei servizi pubblici in cui si estrinsecano i poteri "normativi" rivitalizzati dalla novella n.83 del 2000 ⁽²⁾, ultimo atto normativo curato in prima persona da Massimo D'Antona prima del Suo efferato omicidio ⁽³⁾ (*infra* 5).

2. Alla ricerca della trasparenza in materia di sciopero nei servizi pubblici.

La nozione di trasparenza avallata dalla legge n. 146 del 1990 (d'ora in poi legge) non pare rispondere al dialogo cooperativo della legge n. 241 del 1990 e ancora più della legge n. 33 del 2013, nonostante ne faccia proprie alcune finalità. Nemmeno occorre scomodare Filippo Turati ed il suo famoso discorso alla Camere del 1908 sull'amministrazione «*casa di vetro*», che presenta comunque valore assiomatico. Neanche, infine, assume la connotazione "etica", funzionale alla prevenzione della corruzione e dell'illegalità, contenuta nella legge n. 190 del 2012. Viene invece accolta un'accezione che da una parte richiama l'*accountability* ed è preposta

2 La novella alla legge 12 giugno 1990, n.146, recata dalla legge 11 aprile 2000, n. 83, amplia i poteri normativi della Commissione di Garanzia, privilegiando il raccordo fra sistema contrattuale e ricorso al conflitto, rafforzando le procedure di raffreddamento e preventive e fornendo maggiore risalto al disagio derivante dall'astensione, in modo di intervenire miratamente sui servizi pubblici incisi dallo sciopero nell'ottica della tutela dell'utente finale degli stessi.

3 Massimo D'Antona fu ucciso il 20 maggio 1999 da un comando delle brigate rosse, atroce epigono della follia terroristica che sembrava essersi conclusa alla fine del decennio precedente. Quest'anno ricorrono 25 anni dalla Sua scomparsa ed a Lui, le cui riflessioni continuano ad accompagnarci ed a percorrere il nostro tempo, è idealmente dedicato questo scritto.



alla *customer satisfaction* delle carte dei servizi ⁽⁴⁾ e dall'altra richiama i diritti di cittadinanza amministrativa, il governo aperto di matrice europea, caratterizzato dall'accesso totale ad atti e documenti detenuti dall'Amministrazione.

Alla prima nozione di trasparenza (quella della *customer satisfaction*) conduce la lettera e la *ratio* dall'articolo 2, comma 6, della legge, allorché viene richiesto agli enti erogatori di dare comunicazione agli utenti, in forme e tempi adeguati, dello sciopero e dei modi/tempi di erogazione dei servizi durante il medesimo, unitamente alle misure per la riattivazione degli stessi. Nella identica logica di garanzia dell'adeguato livello di servizio pubblico, la legge chiama gli enti erogatori a rendere nota la pronta riattivazione del servizio al termine dell'astensione ed a comunicare, contestualmente alla pubblicazione degli orari dei servizi ordinari, quelli che saranno comunque garantiti ed i relativi orari come definiti dagli accordi sulle prestazioni indispensabili (art. 2, commi 2 e 6 della legge).

La comunicazione qui tocca la vita delle persone, il diritto del cittadino a servizi pubblici di qualità secondo *standard* qualitativi e quantitativi chiari e predeterminati, che fondano veri e propri diritti di cittadinanza amministrativa, giuridicamente azionabili e che trovano, appunto, rappresentazione nelle carte dei servizi. Queste sostanziano un vero e proprio patto, chiaro e definito, fra cittadino ed amministrazione, con una sua propria diretta esigibilità e che comporta, in caso di inadempimento, sanzioni amministrative e risarcimenti ⁽⁵⁾. Nondimeno

4 Su cui M. CIRCI, *La carta dei servizi pubblici: uno strumento abbandonato o in evoluzione?* in *Giornale dir. amm.*, 2001, n. 6, p. 636; G. VESPERINI, *L'attuazione della carta dei servizi pubblici in Italia*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1998, n. 1, p. 31, G. VESPERINI S. BATTINI, *La carta dei servizi pubblici. Erogazione delle prestazioni e diritti degli utenti*, Rimini, 1997, pp. 69 ss., ma *passim.*, S. BATTINI, *La semplificazione dei procedimenti amministrativi e la carta dei servizi pubblici*, in *Giornale dir. amm.*, 1995, n. 7, p. 69, nonché, *all'origine del processo*, PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI - DIPARTIMENTO DELLA FUNZIONE PUBBLICA, *Carta dei servizi pubblici. Proposta e materiali di studio*, 1993 (quaderno curato da Sabino Cassese).

5 Si pensi sia alla *class action ex art. 140-bis*, del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 «Codice del consumo», avente ad oggetto «l'accertamento delle responsabilità e l'accertamento al risarcimento del danno ed alle restituzioni in favore degli utenti consumatori» ed a quanto previsto dall'art. 7-bis della legge n. 146 del 1990, che legittima l'intervento delle associazioni degli utenti, riconosciute ai fini della legge 30 luglio 1998, n. 281 (ora abrogata e sostituita dal *Codice del consumo*). In particolare, le disposizioni per ultimo citate riconoscono azione in giudizio «anche al solo fine di ottenere la pubblicazione, a spese del responsabile, della sentenza che accerta la violazione dei diritti degli utenti» con riferimento ad alcune ipotesi tipizzate ma sempre allorché dai comportamenti sanzionabili consegua un pregiudizio al diritto di usufruire con certezza dei servizi pubblici «secondo standard di qualità e di efficienza» (laddove tali standard possono bene essere individuati facendo riferimento a quelli definiti tramite le Carte dei servizi). Sulla stessa scia, nella legge n. 146 del 1990, l'art. 13, lett. a), prevede che Commissione di garanzia è tenuta ad interpellare le associazioni dei consumatori e degli utenti nell'ambito della procedura che porta alla delibera di inidoneità delle prestazioni indispensabili ovvero nei casi in debba adottare una delibera provvisoria. Su questa prospettiva v. R. SANTUCCI, *Efficacia o inadeguatezza della disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in *Arg. dir. lav.*, 2018, n. 3, p. 662, nonché E. E. BOCCAFURNI, *L'attività della Commissione di garanzia. Contemperamento dinamico tra diritti e governo del conflitto collettivo*, Adapt Labour



la finalità di tali informazioni è anche quella di consentire all'utenza di avere il tempo per assumere quegli accorgimenti (ad esempio utilizzando servizi alternativi) per minimizzare i disagi derivanti dalla sospensione o riduzione del servizio erogato.

Alla seconda finalità (*accesso globale e governo aperto*), rispondono invece le informazioni richieste dall'art. 5 della legge: informazioni *ex post*, relative al numero dei lavoratori che hanno partecipato all'astensione collettiva, alla durata della stessa ed alle trattenute effettuate secondo la disciplina vigente.

Se, quindi, la trasparenza nella prima accezione appare strumentale alla garanzia degli *standard* dei servizi per garantire l'esercizio di libertà individuali e collettive protette dall'ordinamento, la seconda sembra assumere valore di per sé. Fra le righe, tuttavia, anche in questo caso si può leggere una finalità di tutela implicita per il cittadino-utente fruitore attivo del servizio pubblico e per le amministrazioni coinvolte: entrambi devono essere messi in condizione di conoscere l'impatto, in termini di adesione, di ogni sciopero, per potere effettuare giudizi prognostici nell'occasione di future astensioni e comportarsi di conseguenza al fine di minimizzarne le conseguenze pregiudizievoli.

3. L'eterogenesi dei fini dell'informazione all'utenza negli scioperi di accreditamento. Un'ipotesi *de iure condendo*.

L'adempimento degli oneri informativi, tuttavia, come anticipato in premessa, rischia per un'eterogenesi dei fini di generare effetti inattesi o imprevisti, massimizzando l'allarme sociale e, di riflesso, il potere vulnerante degli scioperi "polvere" (o <*polverone*> secondo la definizione di Mimmo Carrieri) ⁽⁶⁾, come sono quelli proclamati da associazioni spesso prive di apprezzabile seguito ed a volte quasi "effimere". In questi casi le organizzazioni proclamanti, nonostante la bassa adesione all'azione di autotutela, contano sul noto *effetto annuncio* per generare quell'allarme sociale che concreta, in alcuni casi, vere e proprie ipotesi di

studies, 2021, pp. 102 ss., con rilievi critici relativamente all'effettività dello strumento della *class action*. V. ancora in giurisprudenza Tar Lazio, Roma, sez. I, sentenza 13 febbraio 2012, n. 1416, in *Giornale dir. amm.* 2012, 11, 1096, con commento di U. G. ZINGALES, *La class action pubblica e i suoi limiti nelle ipotesi di disfunzioni organizzative. Una sentenza monito nonché*, in dottrina, F. PATRONI GRIFFI, *Class action e ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari pubblici*, in *Federalismi*, 2010; G. FIDONE, *Efficacia ed efficienza nella riforma della pubblica amministrazione. Dalle misure per l'ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico all'"azione per l'efficienza"*, in *Foro amm.* - e, ancora, U.G. ZINGALES, *Una singolare forma di tutela del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione: la class action*, in *Giornale dir. amm.*, 2010, n. 3, p. 246.6 M. CARRIERI, *Lo sciopero polverone: si può contenere?* in *Dir. lav. mer.*, 2017, n. 2, p. 225. Sono usuali sul tema le segnalazioni della Commissione di garanzia (v. per esempio la *Relazione del Presidente Giuseppe Santoro Passarelli sull'attività della Commissione del 2017*, IPZS, 2018).

6 M. CARRIERI, *Lo sciopero polverone: si può contenere?* in *Dir. lav. mer.*, 2017, n. 2, p. 225. Sono usuali sul tema le segnalazioni della Commissione di garanzia (v. per esempio la *Relazione del Presidente Giuseppe Santoro Passarelli sull'attività della Commissione del 2017*, IPZS, 2018).



comportamento sleale (sebbene in una nozione diversa da quella accolta dalla legge all'art. 2, comma 6, che si riferisce propriamente allo sciopero proclamato e nella sua imminenza revocato al solo fine di lucrare del clamore generato dal citato *effetto annuncio*) (7).

La problematica è oltremodo complicata dall'introduzione, ad opera della novella della legge n. 83 del 2000, delle regole sulla rarefazione oggettiva, volte ad imporre intervalli minimi tra l'effettuazione di più scioperi successivi che incidono sul medesimo bacino di utenza, in modo da non pregiudicare in modo irragionevole il diritto garantito dal servizio pubblico su cui l'astensione viene ad incidere (art. 2, comma 2, della legge). La cogente applicazione del principio provoca una corsa alla *prenotazione* degli spazi disponibili per l'effettuazione dello sciopero, con esclusione di azioni ad opera di sindacati anche più rappresentativi che rivendicano un loro spazio per esercitare analogo diritto e per ragioni realmente connesse all'esistenza (e preposte alla soluzione) di una vertenza in atto.

Siamo nel cuore delle peculiari caratteristiche dello sciopero nei servizi, che impone una "triangolarizzazione" della vertenza in cui si fuoriesce dalla contrapposizione "binaria" lavoratore-datore di lavoro ed in cui gli effetti dello sciopero sono fatalmente destinati a ricadere sul cittadino-utente, estraneo alla contesa in atto, di cui diventa, suo malgrado, vittima ed "ostaggio" (8).

Da tempo lo sciopero è uscito fuori dai confini della fabbrica e si è accomodato nel settore terziario, dove non di rado da strumento rivendicativo evolve anche ad espediente di visibilità e legittimazione, che appare ancora più importante in un ambito, quello delle relazioni sindacali, in cui i rapporti di forza derivano anche dal reciproco riconoscimento.

Lo sciopero di "accreditamento" ci interroga per la sua strumentalità e perché è all'origine di un vero circuito vizioso a cui contribuiscono, amplificando l'effetto annuncio della proclamazione, tutti i soggetti tenuti a fornire l'informazione all'utenza.

La comunicazione dei *mass-media* (spesso estremizzata) incrementa la pressione dell'opinione pubblica che genera allarme sociale; il danno ai rappresentati è di pungolo ai rappresentanti che sono spinti a dare risalto, diretto o indiretto, alla controparte,

7 La slealtà del comportamento sindacale deriva in queste ipotesi dalla circostanza che la revoca viene disposta tardivamente, solo dopo che è stata fornita l'informazione all'utenza. Lo sciopero in questi casi è palesemente funzionale al clamore che genera l'annuncio dello stesso, senza alcuna volontà di esperire l'azione di autotutela. Viene peraltro sanzionata la revoca *tardiva e volontaria* ma non quella *fisiologica*, che discende dalla composizione della vertenza (ad esempio in seguito all'esperimento del tentativo obbligatorio di conciliazione), né quella *forzosa*, a seguito dell'accoglimento della apposita richiesta effettuata dalla Commissione di garanzia o dell'autorità competente ad emanare l'ordinanza di precettazione.

8 Sul tema sono ancora attuali le considerazioni di A. ACCORNERO, *La terziarizzazione del conflitto ed i suoi effetti*, in G.P. CELLA (a cura di), *Il conflitto industriale in Italia*, il Mulino, Bologna, 1985, p. 275. Mi sia consentito il rinvio anche a V. TALAMO, *La privatizzazione del pubblico impiego e l'opera di Massimo D'Antona. Per non dimenticare*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2000, n. 2, p. 243.



riconoscendola e facendola riconoscere dai lavoratori; la controversia si pubblicizza, la vertenza si politicizza. In ogni caso la forza dello sciopero in questi casi risulta non dai tassi di adesione, che si rivelano anche molto bassi, ma dall'effetto vulnerante o potenziale dell'interruzione del pubblico servizio.

È evidente quindi che le regole del gioco possono risultare manipolate ed in un certo modo falsate dalla presenza di utenti terzi esterni all'arena conflittuale. In un terreno in cui le parti sono portatrici di interessi collettivi ma potenzialmente negoziabili o mediabili, viene messa in crisi la stessa razionalità dell'autonomia collettiva, in quanto i soggetti in causa sono spinti ad utilizzare la risorsa sciopero non per la tutela di un interesse comune o collettivo, ma per ottenere quel riconoscimento che dovrebbe invece derivare dalla propria rappresentatività e capacità di mobilitazione.

Lo sciopero di accreditamento pare peraltro concausa ma anche effetto della frantumazione corporativa, ai limiti della rarefazione, del mondo del lavoro, sempre più soggetto a spinte individualistiche e disaggreganti che mettono in discussione il modello di solidarietà sociale⁽⁹⁾. Nel solo anno 2019 si sono registrate 2345 proclamazioni di sciopero nel settore dei servizi, ciò che sembra confermare l'opinione secondo cui il diritto di sciopero ha cessato la sua tradizionale funzione strumentale al raggiungimento di obiettivi rivendicativi per assumere quella di «*un indispensabile momento di legittimazione di un pletorico mondo sindacale*»⁽¹⁰⁾. Queste tendenze risultano peraltro confermate da un censimento operato sui dati contenuti nel "cruscotto degli scioperi" e nella piattaforma GePAS del Dipartimento della funzione pubblica (*infra* 4).

Con esclusivo riferimento agli scioperi nazionali o generali, quelli proclamati da organizzazioni sindacali non rappresentative sono in ragione d'anno sempre superiori al 50% (con percentuali che vanno dal 53,85% al 69,8%), con tassi di adesione particolarmente bassi e mai superiori all'1,2% (*vedi tabella seguente*).

9 Sul punto mi sia consentito il rinvio alle osservazioni conclusive contenute in V. TALAMO e L. CAPOGNA, *Le droit de greve en Italie*, in *Chaiers de la fonction publique et de l'Administration*, Berger-Levrault, 2005, p. 20.

10 L. PROSPERETTI, *Relazione sull'attività della Commissione di garanzia sugli scioperi nei servizi pubblici, 1° ottobre 2001 - 31 ottobre 2002*, IPZS, p. 53. Va comunque considerato che il numero degli scioperi proclamati è andato via via riducendosi, dai 1618 dell'anno 2022 ai 1649 del 2023 (dati della Commissione di garanzia dell'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali contenuti nella *Relazione annuale 2024 sull'attività svolta nel 2023*).



ANNO	TOTALE SCIOPERI PROCLAMATI	Di CUI PROCLAMATI DA OO.SS. NON RAPPRESENTATIVE		
		In valore assoluto	In valore percentuale	Percentuale media di adesioni del personale
2020	26	14	53,85%	0,48
2021	37	25	67,57%	0,81
2022	42	32	76,19%	1,12
2023	39	27	69,23%	0,95
2024 FINO AL 09.05.2024	13	8	61,54%	1,02

E' chiaro che in questo contesto l'adempimento dell'onere di informazione invece di favorire l'utenza, al fine di permettergli di fronteggiare le conseguenze negative dell'astensione, finisce con il fornire una cassa di risonanza e quasi incentivare azioni di sciopero a volte efferate, generando un allarme sociale che non sarebbe giustificato dai tassi di adesione effettiva.

Il cittadino, fruitore del servizio pubblico interessato dall'astensione, viene pregiudicato due volte. La prima perché "sviato" da un'informazione che può suggerirgli reazioni non giustificate dagli effettivi successivi impatti dell'azione di autotutela (fino a misure estreme, come può essere quella della famiglia che non invia l'alunno alla scuola in sciopero o al cittadino costretto a prenotare un'auto a noleggio per fronteggiare i rischi di una proclamazione nei trasporti pubblici); in secondo luogo perché il sindacato a scarso seguito, a prescindere dalla pretesa che vuol far valere, è paradossalmente incentivato a scioperare proprio per la gratuita pubblicità derivante dall'adempimento degli oneri di informazione che lo accredita sul proscenio garantito delle relazioni sindacali che vive del riconoscimento tra le controparti. L'effetto ultimo è che in questi casi l'informazione amplifica proprio quel pregiudizio all'utenza che dovrebbe essere preposta a fronteggiare.

A ben vedere, si verifica in questi casi un cortocircuito fra il diritto dei cittadini ad essere avvertiti degli scioperi che "realmente" possono inficiare le pretese ad un servizio pubblico di qualità e quello del sindacato, che si avvantaggia di una pubblicità che è causa diretta del disagio che provoca e che a sua volta è funzionale all'accreditamento dell'organizzazione sindacale.

Se questi sono i termini della questione è chiaro la declinazione del concetto stesso di informazione, obiettivo trasversale a tutta la legge n. 146 del 1990, si atteggia in termini molto più complessi e del tutto nuovi rispetto a quelli tradizionali, perché la stessa proclamazione dello sciopero nella società dell'informazione si presta a divenire oggetto di una strategia comunicativa preordinata alla ricerca di visibilità ⁽¹¹⁾.

11 V. P. BELLOCCHI, *Relazione annuale 2024 sull'attività svolta nel 2023*, presentata alla Camera dei Deputati il 18 giugno 2024.



La materia potrebbe richiedere quale aggiustamento normativo, nonostante la nostra storia nazionale non sia propensa ad interventi in questo ambito, predicando più nei fatti che nelle parole un convinto «astensionismo legislativo» dal quale deriva la nota «bassa intensità regolativa» del nostro diritto sindacale⁽¹²⁾. Non sarebbe a tale riguardo possibile un intervento che imponga quali gestori della conflittualità, come pure alcuni Autori hanno sostenuto, i soggetti collettivi dotati di maggiore consistenza associativa⁽¹³⁾. Questo approccio metterebbe in discussione la nozione accolta dal costituente dello sciopero quale diritto della persona ad esercizio collettivo ed a titolarità individuale⁽¹⁴⁾, impattando con gli articoli 39 e 40 della Costituzione: la libertà sindacale (dell'art. 39) comprende sicuramente l'autotutela collettiva (dell'art. 40) ed entrambe sarebbero inficiate qualora si attribuissero solo ad alcuni soggetti. Come sarebbe possibile attribuire solo ad alcuni soggetti l'autotutela collettiva, che sicuramente fa parte della libertà sindacale? Non si limiterebbe in questo caso in modo illegittimo la libertà sindacale, tutelata in via diretta dell'art.39 comma 1, Cost.? Analogamente, qualora lo sciopero fosse esperibile solo dalle organizzazioni più rappresentative, non sarebbe sacrificata la titolarità individuale allo sciopero di quei dipendenti che non si riconoscono nelle

12 L. ZOPPOLI, *La fine del diritto sindacale a bassa intensità regolativa*, in AAVV., *Le relazioni sindacali nell'impresa*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 339. V. sul tema anche M. D'ANTONA, *La legge sullo sciopero nei servizi essenziali e le tendenze del diritto sindacale*, in *Riv. giur. lav.*, 1989, n. 1, pp. 9 ss. e A. BELLAVISTA, *A proposito di alcuni progetti di legge sindacale*, in AA.VV., *L'attuazione degli articoli 39 e 40 della Costituzione*, Ediesse, Roma, 2016, p. 130.

13 Per il cospicuo dibattito in tema e senza alcuna pretesa di esaustività, v. fra gli altri, M. RUSCIANO, *L'applicazione delle norme sullo sciopero al trasporto ferroviario*, in *Scritti in memoria di Massimo D'Antona*, Giuffrè, Milano, 2004; T. TREU, *Il conflitto e le regole*, *Relazione al XIII Congresso dell'Associazione italiana di diritto del lavoro e della sicurezza sociale, tenutosi a Ferrara nei giorni 11-13 maggio 2000* pubblicata in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 2000; G. SANTORO PASSARELLI, *Rappresentatività sindacale e legittimazione al conflitto*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 2017, p. 81; ID., *Relazione del Presidente della Commissione di garanzia sugli scioperi nei servizi pubblici per l'anno 2016*, 9. Cfr., anche, A. ZOPPOLI, *Relazioni industriali e risorse umane, diritto di sciopero e rappresentatività sindacale: il paradosso dei servizi essenziali tra sistema "di fatto", istanze di moderna democrazia e bilanciamento dei diritti*, in *Diritto rel. ind.*, 2017, n. 4, p. 1145 nonché, ancora, M. D'ANTONA, «Chi rappresenta chi»; *i debiti della decima legislatura*, in *Lavoro e dir.*, 1992, p. 54.

14 In realtà in dottrina non è pacifico l'accoglimento di una nozione di sciopero quale *diritto a titolarità individuale ed esercizio collettivo*, nonostante sulla stessa converga in buona sostanza lo *ius receptum* giurisprudenziale e la stessa genesi del diritto di sciopero nella Costituzione come si evince dalla lettura dei lavori dell'Assemblea costituente. Titolare del diritto è colui è legittimato dalle norme al comportamento-astensione, per cui viene sussistere una divaricazione fra titolarità dello sciopero (diritto attribuito direttamente al lavoratore) e suo concreto esercizio, che può essere limitato sulla base della legge (riserva di legge ex art. 40 Cost.). Ma le limitazioni delle modalità di esercizio dello sciopero non si estendono alla titolarità: per cui il diritto di sciopero si configura quale diritto assoluto della persona (e non dell'organizzazione sindacale). Per l'ampio dibattito sul tema si veda la molto esauriente ricostruzione di F. CARINCI, *Il diritto di sciopero: la novelle vague all'assalto della titolarità individuale*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 2009, n. 3, p. 123.



posizioni delle organizzazioni più rappresentative? ⁽¹⁵⁾ Un itinerario percorribile *de iure condendo* potrebbe essere quello di prevedere la preventiva comunicazione, da parte dei dipendenti, della propria adesione all'azione di sciopero.

La preoccupazione per cui, in siffatto modo, si determinerebbe una compressione della libertà individuale di sciopero non coglie nel segno. In questo caso, infatti, non si inciderebbe sulla titolarità individuale dello sciopero ma sulle sue concrete modalità di esercizio, che ricadono nella riserva di legge dell'art. 40 Cost.. Va infatti sempre ricordato che lo sciopero è un "diritto fra i diritti", che vive "dentro" la Costituzione e quindi non è incondizionato e va, invece, necessariamente contemplato attraverso la fissazione di regole di svolgimento che rispondano a tutti gli interessi di rango costituzionale coinvolti ⁽¹⁶⁾.

Né appare di pregio l'usuale critica per cui in questa maniera si inficerebbe la tutela della *privacy*. E non solo perché in ogni caso l'individuazione della persona che sciopera sarebbe comunque conosciuta all'esito dell'astensione, ma soprattutto perché si potrebbero in ogni caso attivare quelle cautele informatiche per rendere la segnalazione neutra a garanzia della riservatezza ⁽¹⁷⁾. Non può essere in ogni caso revocato in dubbio, in ogni caso, che il nostro ordinamento conosce efficaci strumenti di tutela antidiscriminatoria, sia collettivi (ad es. art. 28 della legge n. 300 del 1970), che individuali (ad es. artt. 15 della legge n.300 del 1970; art. 4 della legge n. 604 del 1966; art. 3 della legge n. 108 del 1990; art. 28, legge 150 del 2011 nonché l'intero d.lgs. 9 luglio 2003, n.216).

È questa, d'altra parte, la modalità prescelta, per via pattizia, dall'Accordo sui servizi minimi essenziali del settore Scuola del 17 dicembre 2020, che rappresenta il banco di sperimentazione più avanzato in tema, sottoscritto da un'Aran illuminata e da Organizzazioni sindacali responsabili e cooperative. Qui si prevede espressamente che i dirigenti scolastici invitino in forma scritta il personale a comunicare se intenda o meno partecipare allo sciopero allo scopo di garantire (a ragion veduta) la continuità delle prestazioni indispensabili. La preventiva comunicazione, quindi, è un obbligo contrattuale, vincolante *erga omnes* nei confronti degli addetti del comparto in virtù dell'efficacia soggettiva generalizzata rivestita

15 Così anche R. SANTUCCI, *Efficacia o inadeguatezza della disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, cit. *passim*.

16 M. RUSCIANO, *Diritto di sciopero ed assetto costituzionale*, in T.E. FROSINI-M. MAGNANI (a cura di), *Diritto di sciopero e diritti costituzionali*, Milano Giuffrè, 2010. Già Pietro Calamandrei avvertiva che «dal momento in cui lo sciopero ha accettato di diventare un diritto esso si è adattato necessariamente a sentirsi prefiggere condizioni e restrizioni di esercizio» (P. CALAMANDREI, *Il significato costituzionale del diritto di sciopero*, in *Riv. giur. lav.*, 1952, n. 3). Sulla ricostruzione del dibattito in Assemblea costituente sul diritto di sciopero, diritto fondamentale ma non incondizionato, cfr. P. TOSI, *Diritto di sciopero e rappresentatività costituzionale*, cit. e, *amplius*, G. PINO (a cura di), *L'Assemblea costituente ed il diritto di sciopero. Attualità di uno storico dibattito*, Giappichelli, Torino, 2021, in cui, soprattutto, P. PASCUCI, *L'Assemblea costituente ed il diritto di sciopero. Attualità di uno storico dibattito*, pp. 123-249.

17 Per questa lettura già R. SANTUCCI *op cit.*, e P. TOSI, *op cit.*



dai contratti collettivi nel lavoro pubblico, già riconosciuta costituzionalmente compatibile (*infra* nota 30), il cui mancato adempimento sarebbe sanzionabile a titolo di responsabilità disciplinare ⁽¹⁸⁾.

Inoltre l'Accordo, per le stesse finalità, impone all'istituzione scolastica di rendere conto alle famiglie in forme adeguate (esemplificativamente tramite siti internet, comunicazioni via e-mail, registri elettronici), dei dati relativi alla rappresentatività sindacale delle organizzazioni proclamanti, delle percentuali di voti raccolti da tali organizzazioni sindacali nelle ultima elezione delle RSU avvenuta nella singola istituzione scolastica nonché delle percentuali di adesione registrate, a livello di istituzione scolastica, nel corso di tutte le astensioni proclamate nell'anno scolastico in corso ed in quello precedente. Tali informazioni vengono arricchite dall'elencazione dei servizi di cui si prevede l'erogazione, che tengono conto delle *comunicazioni* rese dai dipendenti di preventiva adesione allo sciopero e delle *informazioni* collegate ai dati storici di adesione alle precedenti astensioni proclamate dalla stessa sigla sindacale e della rappresentatività certificata dalla stessa.

Conoscere preventivamente i tassi di adesione all'astensione lavorativa permette infatti di valutarne l'effettivo impatto sulla funzionalità del servizio al fine della predisposizione di soglie adeguate di servizi da garantire, ma anche di fornire una corretta informazione all'utenza circa l'impatto dell'astensione collettiva sui servizi erogati, in modo che possa assumere i comportamenti conseguenti.

Ecco come un diritto fondamentale come lo sciopero viene ad armonizzarsi con altri diritti del cittadino-utente, beni essenziale della vita protetti dalla Carta costituzionale come il diritto di sciopero. Una più precisa informazione circa i tassi di adesione allo sciopero appare utile tanto ai cittadini fruitori attivi del servizio pubblico, che alle Amministrazioni. Quest'ultime, a fronte di scioperi con scarsa adesione, potrebbero limitarsi ad approntare soglie proporzionate di servizio secondo le discipline di settore, adeguate all'effettiva portata, quantitativa e qualitativa, dell'astensione, con beneficio degli utenti e disincentivo per gli scioperi di scarsa rilevanza ai quali sarebbe nei fatti sottratto l'effetto annuncio (effetto di per se disorganizzativo, in relazione all'incertezza circa il numero e la dislocazione degli scioperanti).

18 Viene in dettaglio previsto che i dirigenti scolastici, in occasione di ogni sciopero, invitino il personale a comunicare la propria intenzione di aderirvi o meno (ovvero di non aver ancora maturato alcuna decisione al riguardo). Le comunicazioni fra dirigente scolastico e personale vanno rese in forma scritta, anche via *e-mail*, entro il quarto giorno dalla comunicazione della proclamazione dello sciopero. La dichiarazione di adesione fa fede ai fini della trattenuta sulla busta paga ed è irrevocabile. L'istituzione scolastica tiene conto della previa dichiarazione ai fini dell'elenco dei servizi di cui si prevede l'erogazione e delle quote di personale da esonerare dallo sciopero. Questi ultimi ricevono apposita comunicazione ed hanno il diritto di ribadire la volontà di aderire allo sciopero già manifestata, chiedendo la conseguente sostituzione, che viene accordata qualora sia possibile (art. 3, commi 4-6).



4. Come il Dipartimento per la Funzione pubblica adempie agli oneri di comunicazione. L'esperienza del "cruscotto degli scioperi".

Il Dipartimento della Funzione pubblica è indirettamente richiamato dalla legge n. 146 del 1990 in quanto il Ministro preposto è usualmente delegato all'adozione dell'ordinanza di precettazione dell'art. 8 nei casi di conflitto con rilevanza nazionale. Opera in ogni caso il generale rinvio all'attuazione della legge 12 giugno 1990, n. 146, contenuto nello stesso decreto con cui il Presidente del Consiglio incaricato delega il Ministro per la Pubblica amministrazione nelle materie relative al lavoro pubblico ⁽¹⁹⁾. Il Dipartimento della Funzione pubblica si trova allora coinvolto in un flusso informativo che parte dalle stesse organizzazioni scioperanti, tenute *ex lege* a rendere per iscritto le notizie sulla proclamazione, durata e modalità dell'astensione nonché le sue motivazioni (art. 2, comma 1, della legge).

La comunicazione dell'astensione, atto unilaterale recettizio reso al Dipartimento della Funzione pubblica, va messa direttamente in relazione all'obbligo di comunicazione all'autorità competente all'adozione dell'ordinanza di precettazione ai sensi dell'art. 8 della legge ⁽²⁰⁾.

Queste informazioni vengono fatte "rimbalzare" dal Dipartimento della funzione pubblica sulle amministrazioni interessate dallo sciopero, tenute all'informazione all'utenza (art. 6, comma 2, della legge) nonché all'approntamento dei servizi minimi nell'ambito delle prestazioni indispensabili secondo le modalità concordate nei codici di autoregolamentazione.

Infine, le stesse amministrazioni restituiscono le informazioni sul tasso di adesione allo sciopero e sulla misura delle trattenute effettuate (art. 5 della legge), dati che vengono a loro volta ricomposti su base nazionale dal Dipartimento ⁽²¹⁾. Fino al 7 febbraio dell'anno 2020, nell'"inverno" dell'informatizzazione, il Dipartimento della funzione pubblica dialogava con le amministrazioni tramite *telex* e, nell'anno "zero" dell'informatizzazione, tramite posta elettronica certificata (PEC). I dati ricevuti dalle amministrazioni venivano a loro volta messi

19 Cfr. per esempio il DPCM 12 novembre 2022, recante «*Delega di funzioni al Ministro senza portafoglio sen. Paolo Zangrillo*» (G.U. Serie Generale n.276 del 25 novembre 2022), art. 1, comma 1, lett. h).

20 La comunicazione *ex lege* va comunque resa anche alle amministrazioni o imprese che erogano il servizio, ai fini della predisposizione delle prestazioni indispensabili ovvero per l'informazione all'utenza ai fini della fruizione dei servizi alternativi, nonché per l'attivazione del tentativo di raffreddamento o dei tentativi di composizione della controversia da parte della Commissione di garanzia, ivi compreso l'invito al differimento (art. 2, comma 5 e 13, lett. c) della legge).

21 La comunicazione riguarda segnatamente: il numero dei lavoratori in servizio durante l'azione di sciopero; il numero (e non i nominativi) dei dipendenti aderenti allo sciopero; il numero dei dipendenti assenti per altro motivo; l'ammontare delle retribuzioni trattenute, calcolate anche in via presuntiva, salvo successiva comunicazione definitiva.



a disposizione dei richiedenti interni (uffici di diretta collaborazione dello stesso Ministro per la Pubblica amministrazione) o esterni (*mass-media*).

In questa dinamica informativa erano facilmente riconoscibili quattro elementi di criticità. L'utenza dei servizi era completamente estromessa dal flusso informativo gestito dal Dipartimento della funzione pubblica. Proprio quell'utenza che è fruitrice attiva dei servizi pubblici ed esposta ai disagi dello sciopero era, quindi, pretermessa anche dalla semplice conoscenza diretta, ad opera del Dipartimento della funzione pubblica, della notizia della sua proclamazione. Tale lacuna si è riproposta anche quando sono state informatizzate le procedure di comunicazione da parte delle amministrazioni pubbliche dei dati di pertinenza attraverso la piattaforma GePAS⁽²²⁾, costituita nell'ambito del sistema integrato di banche dati *on-line* "PerlaPA"⁽²³⁾. Tali piattaforme informatiche gestite dal Dipartimento della funzione pubblica, infatti, sono rivolte alle amministrazioni pubbliche e non ai cittadini.

Inoltre, come avvertito, nel trasmettere la notizia della proclamazione negli scioperi *di accreditamento* da parte di sindacati sottorappresentati, si forniva cassa di risonanza all'effetto annuncio, amplificando un allarme sociale di rado giustificato dai tassi effettivi di partecipazione allo stesso (*amplius infra* 3).

In terzo luogo, rimanevano nascoste (nel senso che non ne veniva data pubblicità), le delibere della Commissione di garanzia sull'attuazione degli scioperi nei servizi pubblici. È appena il caso di rammentare la delicatezza e l'importanza di tali delibere: l'intreccio fra interessi privati e libertà fondamentali di rango costituzionale che si verifica in questo settore impone lo scorporo e la neutralizzazione del governo di tali interessi dalla linea e dagli apparati dell'ordinaria attività amministrativa e giustifica il peculiare e prezioso ruolo di regolazione assunto da un'autorità amministrativa indipendente⁽²⁴⁾.

22 Dati che vengono comunicati in ossequio all'art. 5 della legge. Le singole amministrazioni sono tenute alla comunicazione in via esclusiva tramite la piattaforma GePaS, tranne i casi di difficoltà oggettive o di malfunzionamento dei sistemi informatici in cui viene ancora ammessa la comunicazione via PEC.

23 Il nuovo sistema integrato di banche dati, di responsabilità del Dipartimento della Funzione pubblica, denominato "PerlaPA" è stato avviato a far data dal mese di marzo 2011, per consentire la gestione delle informazioni e dei processi relativi a diversi adempimenti. Di tali banche dati, oltre a GePAS (GEstione Pubbliche Amministrazioni Scioperi), fanno parte quella relativa all'anagrafe degli incarichi conferiti a dipendenti o consulenti *ex art.* 53 del d.lgs. n. 165 del 2001, quella dei permessi *ex lege* n. 104 del 1992, la piattaforma GeDAP (GEstione, Distacchi, Aspettative, Permessi), relativa alla gestione delle prerogative sindacali fruiti dai dipendenti pubblici e quella preposta alla comunicazione dei procedimenti disciplinari.

24 Per una ricostruzione del modello delle autorità amministrative indipendenti nell'esperienza italiana si rinvia S. CASSESE- FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Il Mulino, Bologna, 1996, 14 e *ivi*, in specie, a F. LONGO, *Ragioni e modalità dell'istituzione delle autorità indipendenti*, pp. 13 ss. e a F. PATRONI GRIFFI, *Tipi di autorità indipendenti*, pp. 25 ss. Sulla natura della Commissione di garanzia di autorità amministrativa indipendente v. M. PIERRI, *Norme e fatti nell'autorità sugli scioperi nei servizi pubblici*



Infine, come già avvertito, i dati sulle adesioni erano disponibili solo “a richiesta” per coloro i quali avessero interesse a conoscerli.

I *giant steps* dell’informatizzazione hanno permesso di affrontare questo complesso di criticità. Nel contesto di un complessivo processo di reingegnerizzazione dei processi gestiti dal Dipartimento della Funzione pubblica, a partire dall’8 febbraio 2020 è divenuto operativo uno strumento informativo denominato “*cruscotto degli scioperi*” (d’ora in poi *Cruscotto*), pubblicato sull’*home page* istituzionale.

Il *Cruscotto* intende anticipare e sostanziare la domanda di trasparenza e di comunicazione in materia di scioperi, in un’ottica di accessibilità totale ai dati detenuti dal Dipartimento della funzione pubblica nell’ambito di un più complessivo ridisegno dei processi di digitalizzazione e dematerializzazione. Attraverso tale strumento, in particolare, si è inteso dare compiuta attuazione a questo richiesto dalla Commissione già con la delibera del 26 febbraio 2015, n. 15/26, per la quale *<la diffusione dei dati (...) mediante l’utilizzo delle più moderne risorse tecnologiche consentirebbe un’informazione immediata sul reale andamento del conflitto collettivo, permettendo all’utenza di effettuare considerazioni sulla portata e sull’impatto delle astensioni in relazione al soggetto proclamante (ed) accrescerebbe la trasparenza, contribuendo a garantire l’accessibilità totale sullo stesso operato delle amministrazioni o delle imprese erogatrici di servizi pubblici essenziali, tanto più necessaria allorquando i pregiudizi derivanti dal conflitto si riverberano sui soggetti fruitori dei servizi pubblici, completamente estranei alle dinamiche conflittuali>*, per cui si ravvisa *<la necessità di implementare i flussi di comunicazione istituzionale, mediante l’utilizzo delle tecnologie informatiche, in modo tale da consentire agli utenti di accedere, con la massima rapidità, ad informazioni ritenute utili.>*.

Il *Cruscotto* è lo strumento con il quale il Dipartimento della funzione pubblica adempie tuttora agli obblighi di comunicazione di tutti gli scioperi nazionali.

Gli scioperi vengono pubblicati in ordine cronologico unitamente all’insieme delle altre informazioni rilevanti, che vengono rese facilmente fruibili da chiunque ne abbia interesse (amministrazioni, utenti dei servizi, organizzazioni sindacali, *mass media*...): dalla proclamazione, all’ambito dello sciopero, alle organizzazioni che vi partecipano, vi aderiscono o vi si “concentrano”⁽²⁵⁾, alle delibere ed agli interventi della Commissione ed ai dati relativi all’adesione (con l’indicazione delle relative trattenute).

essenziali, Pensa, Lecce, 2004, pp. 15 ss., sui poteri, ruolo e attività e funzioni della Commissione di garanzia, è invece il recente ed omnicomprensivo studio di E.E. BOCCAFURNI, *L’attività della Commissione di garanzia. Contemperamento dinamico tra diritti e governo del conflitto collettivo*, cit.

²⁵ La “concentrazione” si verifica quando viene proclamata una nuova astensione nello stesso giorno in cui lo sciopero è già indetto da altra sigla sindacale (si veda sul punto la delibera della Commissione di garanzia, n. 3/46).

In un primo periodo, a carattere dichiaratamente sperimentale, tuttavia, il Cruscotto ha solo “doppiato” le informazioni rese attraverso le modalità tradizionali. Inoltre, con riferimento alla fase *ex post*, di reperimento delle informazioni relative ai tassi di adesione agli scioperi, il Cruscotto non dialogando con la piattaforma GePAS - operante nel diverso ambiente informatico PerlaPA - obbliga(va) a riversarvi volta per volta i dati con duplicazione dei processi.

Nondimeno sono stati risolti almeno tre dei quattro fattori di criticità prima enucleati. L’utenza può fruire in via autonoma delle informazioni rilevanti sullo sciopero nella disponibilità del Dipartimento. Queste informazioni contengono dati prima non resi disponibili (delibere della Commissione), ovvero solo messi a disposizione (tassi di adesione allo sciopero e trattenute sindacali).

Rimaneva impregiudicato, in ogni caso, il problema dell’amplificazione della notizia fornita alla proclamazione degli scioperi di accreditamento, che anzi riceveva “doppio” supporto dalla replica dell’informazione, fornita sia tramite la pubblicazione tramite Cruscotto, che tramite le modalità ordinarie.

Questo problema viene affrontato per la prima volta (indirettamente) con le opzioni avallate dal maggio dell’anno 2022. Da tale data, nelle notizie relative ad ogni singolo sciopero viene indicata la percentuale di rappresentatività dei sindacati scioperanti. Tale dato può evidentemente essere indicativo del successivo tasso di adesione dei lavoratori all’azione collettiva.

Inoltre, dalla fine del maggio 2022 la pubblicazione tramite Cruscotto è divenuta l’unica modalità di diffusione delle comunicazioni prevista dalla legge.

L’ultimo *step* è in divenire. Una versione aggiornata del Cruscotto, riorganizzato sulla base delle esperienze precedenti, verrà rilasciata (presumibilmente) prima dell’Estate dell’anno 2024.

La nuova versione dell’applicativo (attualmente in fase di *test* finale) cerca di intervenire ancora più convintamente sugli effetti distorsivi connessi all’adempimento agli oneri informativi negli scioperi “polvere”. Sia perché viene data particolare evidenza, in apposito campo, al dato relativo alla rappresentatività dei sindacati scioperanti attraverso un’apposita *query* che individua le oo.ss. che raggiungono la soglia di rappresentatività legale nel lavoro pubblico del 5%, sia perché ogni qualvolta i sindacati scioperanti non risultano rappresentativi secondo i criteri legali individuati dall’art. 47 del d.lgs. n. 165 del 2001, l’indicazione verrà riversata in un campo nota immediatamente visibile all’utente.

Nel nuovo Cruscotto si adottano pienamente i paradigmi dell’interconnessione e dell’interoperabilità, permettendo ai due ambienti informatici diversi (GePAS e Cruscotto), di dialogare ed integrarsi fra loro, rendendo più snello, agevole ed efficace l’*iter* di adempimenti e le comunicazioni finali.



Si adotta inoltre l'ulteriore paradigma del *mobile-first nel web design*, attraverso il rilascio di un'apposita funzionalità *open source*, scelta più che opportuna alla luce della considerazione che il traffico *internet* scorre ormai per il novantasette per cento su *smartphone* o altri *device*.

5. Conclusioni

La materia dello sciopero nei servizi intercetta una serie di problematiche, in parte tradizionali ed in parte del tutto nuove nella tematica di cui si discetta. E questo è del resto facilmente ipotizzabile, vertendosi su una materia in costante tensione dinamica, in cui si può riconoscere uno degli aspetti più caratteristici del conflitto di lavoro e dello stesso interesse collettivo, che si nutre dello scontro, confronto e dialogo fra istanze diverse nella dimensione del pluralismo attraverso cui dovrebbe realizzarsi il contemperamento di interessi contrastanti. Solo in origine tale conflitto aveva carattere binario e solo in origine le organizzazioni sindacali coincidevano con l'assetto confederale, storicamente rappresentativo, dialogante e cooperativo ed operante nell'ambito di un generale modello solidaristico.

I caratteri del conflitto nel settore dei servizi richiedono un'attenzione supplementare, che non può che essere auspicabilmente anche normativa.

Al netto delle tradizionali questioni connesse alla mancata attuazione dell'art. 39, commi 2-4, della Costituzione, per i quali è ormai acquisita dall'ordinamento la "sostituzione" della Costituzione formale con quella materiale, rimane lo sviamento dello sciopero del settore nei servizi, che coinvolge parti terze al conflitto e che sono consumatrici-fruitori dello stesso servizio pubblico colpito dall'astensione nonché titolari di quei diritti della persona tutelati dalla stessa Carta fondamentale che garantisce il diritto di sciopero.

La scelta di presiedere il campo con un'autorità di garanzia, cui è dato il compito di legittimare le regole sociali in materia di individuazione delle prestazioni indispensabili da erogare, non è idonea da sola a risolvere le problematiche evocate in questa riflessione.

Il diritto di sciopero prefigurato dal costituente si presenta come diritto il cui esercizio collettivo non appare condizionabile da restrizioni connesse al possesso di una data rappresentatività. La titolarità del diritto di sciopero spetta al singolo lavoratore e non all'organizzazione sindacale, ma qualunque formazione sindacale, per quanto effimera, può accedere a parità di condizioni alla risorsa del conflitto ⁽²⁶⁾. Per cui la proclamazione, nel rispetto delle regole sociali poste dalle parti detentrici del potere negoziale (o dalla stessa Commissione in caso di inerzia o incapacità) è in ogni caso legittima.

Tuttavia, l'esercizio dei poteri normativi della Commissione, implementati dalla novella del 2000, può essere prezioso nell'individuare quelle fattispecie che non appaiono sussumibili nel

26 M. D'ANTONA, *Diritto sindacale*, cit. p. 72.



concetto legale di sciopero costituzionalmente garantito dall'art. 40 Cost., e quindi non rientranti nemmeno nell'ambito di applicazione della legge n. 146 del 1990.

La Commissione, sulla base dello *ius receptum* della Suprema Corte, identifica il campo degli scioperi legittimi restringendone l'ambito a quelli collegati ad una vertenza in corso con riflesso sui rapporti individuali di lavoro ⁽²⁷⁾. Negli altri casi, non vertendosi di astensioni sussumibili nella nozione legale di sciopero, vengono ovviamente meno gli oneri di comunicazione.

Più nel dettaglio, sulla base di tale giurisprudenza per la Commissione è legittima l'astensione dal lavoro decisa ed attuata collettivamente da una pluralità di lavoratori per la tutela di un interesse comune o collettivo (anche di natura non salariale e di carattere politico generale) e non diretto a perseguire finalità pretestuose. Per cui un esercizio del diritto di sciopero "serio e responsabile", anche in ragione del profondo impatto che produce su altri diritti di rango costituzionale, non può prescindere dall'incidenza sui rapporti di lavoro e dal necessario collegamento, anche indiretto, con interessi comuni, condivisi dalla pluralità di lavoratori, che il soggetto collettivo proclamante si propone di esprimere e tutelare.

In tutti i casi in cui non si rinviene il collegamento tra la finalità perseguita dall'organizzazione sindacale e un interesse o un'esigenza reale condivisa da un certo numero di lavoratori, si verifica nei fatti uno sviamento dello sciopero dalla causa sua propria e l'astensione proclamata risulta estranea dalla protezione costituzionale e dall'ambito applicativo della legge n. 146 del 1990. In questi casi, conseguenzialmente i soggetti pubblici chiamati a fornire l'obbligatoria comunicazione all'utenza ne sono esonerati ⁽²⁸⁾.

Accanto alla preziosa opera della Commissione di garanzia e *nelle more* di un auspicabile intervento eteronomo di regolamentazione, capace di accrescere l'effettività di regole e diritti costituzionali degli utenti dei servizi pubblici essenziali, può essere tuttavia possibile un'azione di *soft law*, che si pone pienamente nell'ottica di una delle principali scelte della legge n. 146 del 1990. Questa ha inequivocabilmente individuato nelle stesse parti in causa - in quanto protagoniste del dibattito da cui dovrebbe scaturire l'accordo sollecitato dalla vertenza - i legittimi detentori delle risorse negoziali cui spetta la definizione delle regole del gioco, quindi le titolari (salvo i casi di accordi non maturati o dichiarati inidonei) del relativo spazio

²⁷ *Ex plurimis*, Cass. 27 luglio 1984, n. 4260; Cass. 8 agosto 1987, n. 6831; Cass. 17 dicembre 2004, n. 2355.

²⁸ Cfr. Commissione Garanzia Sciopero, prot. n. 11511 del 3-10-2023 e n. 26220 del 13-5-2024 (facilmente rintracciabili sul *web*), con cui si è ritenuta estranea la finalità perseguita dall'o.s. proclamante ed assente un interesse condiviso ed attuale afferente ad un certo numero di lavoratori del comparto scuola) nonché, per una diversa fattispecie, la delibera n. 251/256 del 4-11-2021 (con cui è stata ritenuta estranea alla nozione stessa di sciopero la proclamazione di un'astensione ad oltranza, di per sé incompatibile con la salvaguardia di altri beni costituzionalmente protetti nonché la peculiare modalità di partecipazione dei lavoratori all'azione di autotutela, ai quali veniva rimessa la scelta dei giorni in cui assentarsi).

regolativo. È nei fatti questa la soluzione esperita nel settore della scuola nell'ambito del potere di autoregolamentazione autonoma delle prestazioni indispensabili. Tale esperienza suggerisce una via che nel settore-pubblico impiego pare pienamente replicabile, considerato che qui opera, con riferimento ai contratti collettivi, un effetto *erga-omnes* già riconosciuto come costituzionalmente compatibile (29).

29 V. l'essenziale sentenza della Corte cost. 16 ottobre 1997, n. 309 (che ha contribuito alla "costituzionalizzazione" della privatizzazione del 1993). Nel settore pubblico la rappresentatività delle organizzazioni sindacali e la legittimazione all'ammissione alle trattative è disciplinata dalla legge, che stabilisce anche un requisito di validazione degli accordi collettivi, a cui deve aderire la maggioranza delle stesse oo.ss. ammesse alle trattative (calcolata sulla base delle percentuali di ammissione alle trattative) (artt. 43 e 47 del d.lgs. n. 165 del 2001). Analogamente la legge individua l'agente contrattuale di parte pubblica identificandolo nell'Aran, alla quale spetta peraltro sottoporre «*alla valutazione della commissione di garanzia dell'attuazione della legge 12 giugno 1990, n. 146, e successive modificazioni ed integrazioni, gli accordi sulle prestazioni indispensabili*» (art. 46, comma 1, del d.lgs. n. 165 del 2001). Viene, poi, espressamente previsto l'adempimento da parte delle pubbliche amministrazioni dei contratti collettivi «*dalla data della sottoscrizione definitiva*» (art. 40, comma 4, del d.lgs. n. 165 del 2001).



TRADE UNIONS, STRATEGIC LITIGATION AND DIGITAL LABOUR PLATFORMS: A CASE-STUDY OF THE CGIL*

Giovanni Gaudio** - Caterina Giulia Guidetti***

Abstract [It]: I lavoratori tramite piattaforma si trovano spesso ad affrontare un c.d. “justice gap” nel far valere i propri diritti, soprattutto a causa dell’ampio uso di pratiche di algorithmic management che sono centrali nel modello di *business* delle piattaforme. Sebbene esistano alcune tecniche che possano fungere da anticorpi normativi per ridurre questo *justice gap*, i lavoratori presi individualmente hanno difficoltà a farli valere in concreto. L’obiettivo di questo articolo è quello di testare l’ipotesi secondo cui i sindacati possano costituire l’anticorpo regolativo finale per colmare il *justice gap* che riguarda lavoratori tramite piattaforma. Per dimostrare questa tesi, l’articolo analizza la strategia adottata dalla CGIL (il più grande sindacato italiano) che, negli ultimi quattro anni, ha intentato numerose cause contro diverse piattaforme nel settore del *food delivery*, vincendole: circostanza che sembra confermare l’ipotesi sopra enunciata. L’articolo conclude evidenziando come il caso di studio della CGIL sembri offrire spunti utili a quei sindacati in Italia, e soprattutto all'estero, interessati a utilizzare il contenzioso come parte delle loro più ampie strategie di mobilitazione sindacale.

Abstract [En]: Platform workers often face a justice gap in enforcing their rights and this is mainly due to the extensive use of algorithmic management practices that are central to their business model. While there are certain legal techniques that can provide effective regulatory antibodies to reduce this justice gap, individual litigants may struggle to enforce them. The aim of this paper is to test the hypothesis that trade unions may be the ultimate antibody in closing the justice gap for platform workers through litigation. In order to substantiate its main claim, the article then analyses the litigation strategy adopted of CGIL (the largest Italian trade union), which has brought many successful lawsuits against several food delivery platforms over the last four years. The litigation effort of the CGIL seems to confirm the aforementioned hypothesis. The paper concludes by highlighting how the CGIL case study seems to offer many lessons for those unions in Italy, and especially abroad, interested in using litigation as part of their broader mobilisation strategies.

SUMMARY: 1. Platform workers and the (algorithmic) justice gap: why it exists and how to reduce it. – 2. The role of trade unions: why they are best placed to spearhead algorithmic litigation to close the justice gap for platform workers. – 3. Classification claims. – 3.1. Legal framework. – 3.2. Cases. – 4. Discrimination claims. – 4.1. Legal framework. – 4.2. Cases. – 5. Anti-union behaviour claims. – 5.1. Legal framework. – 5.2. Cases. – 6. Why the case study of the CGIL can be of interest of those trade unions open to resort to strategic litigation to reduce the justice gap of platform workers (and beyond).



1. Platform workers and the (algorithmic) justice gap: why it exists and how to reduce it

Over the past decade, the digital economy has transformed the world of work¹. The most distinctive features of these transformations have been represented by digital labour platforms, both online web-based and location-based², especially in relation to their use of algorithmic management practices which, according to a very wide definition, can be defined as ‘the use of computer-programmed procedures for the coordination of labour input in an organisation’³.

Although this phenomenon is increasingly spreading (albeit at a slower pace) to conventional or regular workplaces⁴, digital labour platforms have been the first companies to make extensive use of algorithmic devices to manage their workforce, and algorithmic management practices have been central to their business model⁵. Undoubtedly, digital labour platforms have monopolized the academic debate in the labour law community over the past

1* This article is the revised and expanded version of the presentations given by the two Authors, based on their own research (some of the results of which have already been published and cited in this article), during the seminar “Service economy and platform work. Emerging problems”, held at Sapienza University of Rome on 29 January 2024. While the article is the result of the joint research of the two Authors, §§ 1, 2 and 6 must be attributed to Giovanni Gaudio and §§ 3, 4 and 5 must be attributed to Caterina Giulia Guidetti.

** Post-doctoral Researcher, University of Turin. *** PhD Researcher, Sapienza University of Rome.

The debate on the digitalisation of work and platform work is already endless: we therefore consider it sufficient to refer, also for the references to previous literature, to ILO, *The role of digital labour platforms in transforming the world of work*, ILO Flagship Report, 2021.

2 ILO, *op. cit.*, pp. 74-78.

3 S. BAIOTTO-E. FERNANDEZ-MACÍAS-U. RANI-A. PESOLE, *The Algorithmic Management of work and its implications in different contexts*, Background Paper Series of the Joint EU-ILO Project “Building Partnerships on the Future of Work”, 2022, n. 9, pp. 5-9, to which we also refer to the now endless international literature on the subject. For the national legal literature in Italian language, see instead, also for the references, L. ZAPPALÀ, *Management algoritmico*, in S. BORELLI et al., *Lavoro e tecnologie. Dizionario del diritto del lavoro che cambia*, Giappichelli, Torino, 2022, p. 150 ff. and, more recently on the wider topic of artificial intelligence at work, M. BIASI (edited by), *Diritto del lavoro e intelligenza artificiale*, Giuffrè, Milano, 2024. For a more interdisciplinary overview on the topic, see R. FALCONE et al., *Prospettive di intelligenza artificiale: mente, lavoro e società nel mondo del machine learning*, in *Giorn. it. psic.*, 2018, n. 1, p. 43 ff.

4 K.C. KELLOGG-M.A. VALENTINE-A. CHRISTIN, *Algorithms at Work: The New Contested Terrain of Control*, in *Acad. Mgmt. Annals*, 2020, vol. 14, n. 1, pp. 372-382; A.J. WOOD, *Algorithmic Management Consequences for Work Organisation and Working Conditions*, in *JRC Working Papers Series on Labour, Education and Technology*, 2021, n. 7; S. BAIOTTO-E. FERNANDEZ-MACÍAS-U. RANI-A. PESOLE, *op. cit.*, pp. 17-24; U. RANI-A. PESOLE-I. GONZÁLEZ VÁZQUEZ, *Algorithmic Management practices in regular workplaces: case studies in logistics and healthcare*, Publications Office of the European Union, Bruxelles, 2024.

5 S. BAIOTTO-E. FERNANDEZ-MACÍAS-U. RANI-A. PESOLE, *op. cit.*, pp. 12-17. Therefore, it is not a coincidence that the first research on algorithmic management focused on platform work as a case-study: see, for example, J. DUGGAN-U. SHERMAN-R. CARBERY-A. MCDONNELL, *Algorithmic Management and App-Work in the Gig Economy: A Research Agenda for Employment Relations and HRM*, in *Hum. Resources Mgmt. J.*, 2019, vol. 30, n. 1, p. 114 ff. and M.H. JARRAHI-W. SUTHERLAND, *Algorithmic Management and Algorithmic Competencies: Understanding and Appropriating Algorithms in Gig Work*, in *iConference*, 2019.



decade. While the scholarship initially focused exclusively on the classification of platform workers as employees or independent contractors⁶, most recent work has adopted a more holistic approach, focusing on all the issues that may affect platform workers in terms of potential violations of their employment, data protection and anti-discrimination rights, particularly in relation to the use of algorithmic devices⁷.

These problems are exacerbated by the lack of transparency that characterizes most automated or semi-automated decision-making processes⁸, which have increased the already existent information asymmetries between workers and their employers or principals⁹. Algorithmic opacity, which is due to a number of legal and technical reasons¹⁰ and it is more severe as algorithm complexity increases¹¹, can conceal the violation of platform workers' rights, as the lack of transparency of algorithmic management tools allows platforms to: (a) disguise the exercise of control powers by platforms, thus making it more difficult to assess the true nature of the working relationship of platform workers¹², or the violations of those employment laws that are generally designed to limit managerial prerogatives, especially with respect to monitoring and surveillance powers¹³; (b) cover up those situations where the data of platform workers used to feed algorithmic tools has been processed in violation of

6 See, for example, V. DE STEFANO-A. ALOISI, *European legal framework for "digital labour platforms"*, Report of the JRC of the European Commission, 2018.

7 See, for a summary of the already extensive literature on the topic, V. DE STEFANO-M. WOUTERS, *AI and digital*

tools in workplace management and evaluation. An assessment of the EU's legal framework, Study prepared for Panel for the Future of Science and Technology of the European Parliament, 2022.

8 In general, on this issue, see F. PASQUALE, *The Black Box Society. The Secret Algorithms that Control Money and Information*, Harvard University Press, 2015 and J. BURRELL, *How the Machine 'Thinks': Understanding Opacity in Machine Learning Algorithms*, in *Big Data & Soc.*, 2016. For a brief explanation of this issue and a more updated literature review, see J. GERARDS-R. XENIDIS, *Algorithmic Discrimination in Europe: Challenges and Opportunities for Gender Equality and Non-discrimination Law*, Directorate-General for Justice and Consumers of the European Commission, 2020, pp. 45-46.

9 A. ROSENBLAT-L. STARK, *Algorithmic Labor and Information Asymmetries: A Case Study of Uber's Drivers*, in *Int'l J. Commc'n*, 2016, n. 10, p. 3758 and L. ZAPPALÀ, *Management algoritmico*, cit., p.150 ff.

10 As pointed out by J. BURRELL, *op. cit.*. For an employment law perspective on this issue, see G. GAUDIO, *Algorithmic Bosses Can't Lie! How to Foster Transparency and Limit Abuses of the New Algorithmic Managers*, in *Comp. Lab. L. & Policy Jour.*, 2022, vol. 42, n. 3, pp. 709-711.

11 J. BURRELL, *op. cit.*, pp. 5-10 which specifies that algorithmic opacity is more severe in case of machine learning systems and becomes even more severe in case of complex algorithmic systems such as neural networks.

12 J. ADAMS-PRASSL, *What if Your Boss Was an Algorithm? Economic Incentives, Legal Challenges, and the Rise of Artificial Intelligence at Work*, in *Comp. Lab. L. & Policy Jour.*, 2019, vol. 41, n. 1, pp. 144-145 and J. MOYER-LEE-N. COUNTOURIS, *Taken for a Ride: Litigating the Digital Platform Model*, ILAW Issue Brief, 2021, p. 23.

13 G. GAUDIO, *Algorithmic Bosses Can't Lie!*, cit., pp. 720-725 and 733-741.



applicable data protection laws¹⁴; and (c) reduce the likelihood that the discrimination will be perceived and subsequently demonstrated by platform workers¹⁵.

As a result, algorithmic opacity has contributed to reducing platform workers' awareness of potential violations of their rights. Moreover, even when they are conscious of them, platform workers face great difficulties in gathering information and evidence about how algorithmic management works, which can irreparably damage their ability to effectively enforce their rights. In this scenario, platform workers often face a justice gap¹⁶, that, for the purposes of this article, will be defined as the gap between the promise of the law and the actual achievement of justice through its (feasible) enforcement¹⁷.

The legal framework already provides a number of regulatory antibodies against algorithmic opacity that can help reducing this justice gap. Before litigation begins, information and access rights can be extremely useful in providing platform workers with valuable information about the algorithmic devices used to manage them. Once litigation has already begun, those rules that shift the burden of proof to the platform, as well as those that establish presumptions in favour of platform workers, can increase the chances of a favourable judicial outcome by shifting all or part of the risk of losing a case to the platform for failing to prove in court the decision-making process behind the algorithm. Other rules may also be useful in promoting algorithmic transparency, such as those that allow parties to a lawsuit to request the judge (or even better, those that allow the judge to do so directly) to order the platform to disclose evidence of the functioning of the algorithm, which is generally under the platform's exclusive control¹⁸.

However, these regulatory antibodies, even if extensively provided by legal systems, may not be sufficient to effectively reduce the justice gap faced by platform workers who, considered as individuals, still face almost insurmountable difficulties in uncovering the functioning of algorithmic management tools used by platforms to manage their workforce¹⁹. The aim of this paper is thus to show that trade unions can be the ultimate antibody in filling the justice gap for platform workers through litigation²⁰. In order to substantiate this claim, we

14 *Ibidem*.

15 *Ibidem* and J. GERARDS-R. XENIDIS, *op. cit.*, pp. 69 and 74 as well as pp. 87, 112 and 116 where they report the opinion of several national experts that have identified the same issue.

16 As already argued in G. GAUDIO, *Litigating the Algorithmic Boss in the EU: A (Legally) Feasible and (Strategically) Attractive Option for Trade Unions?*, in *Int. Jour. Comp. Lab. L. and Ind. Rel.*, 2024, vol. 40, n. 1, pp. 92-96 more extensively in relation to algorithmic management.

17 Defined in terms of law-in-action according to the classification made by Z. RASNAČA, *Special Issue Introduction: Collective Redress for the Enforcement of Labour Law*, in *Eur. Lab. L. Jour.*, 2021, vol. 12, n. 4, p. 408 and, more extensively, Z. RASNAČA, *Enforcing Migrant and Mobile Workers' Rights*, in Z. RASNAČA et al. (edited by), *Effective Enforcement of EU Labour Law*, Bloomsbury Publishing, London, 2022, pp. 269-271.

18 As already argued in G. GAUDIO, *Algorithmic Bosses Can't Lie!*, *cit.*, p. 707 ff.

19 As already argued in G. GAUDIO, *Litigating the Algorithmic Boss in the EU*, *cit.*, p. 91 more generally regarding algorithmic management.

20 On this topic, see already I. SENATORI-C. SPINELLI (eds.), *Litigation (Collective) Strategies to Protect Gig Workers' Rights. A Comparative Perspective*, Giappichelli, Torino, 2022.



will analyse the litigation strategy adopted by the CGIL (the largest Italian trade union), which has brought many successful claims against several food delivery platforms over the last four years. In doing so, we will limit our analysis to those cases in which the CGIL has specifically aimed to understand the functioning of the algorithms used by these platforms and has succeeded in doing so, thus reducing the justice gap, specifically due to algorithmic opacity, faced by platform workers.

This paper is structured as follows. Section 2 begins by outlining the reasons why trade unions are better placed than individual workers to spearhead algorithmic litigation to fill platform workers' justice gap, and then identifies the different roles that trade unions can play in legal proceedings. Section 3 analyses, in particular, the first case in Italy in which a platform worker was found to be an employee, initiated by a CGIL trade unionist. Section 4 then looks at two other important cases brought directly by the CGIL against food delivery platforms, where the courts found that their algorithms resulted in discriminating against platform workers. Section 5 completes the case analysis by examining some recent decisions in which the CGIL has enforced information and access rights that the Italian legal system has lately recognized specifically in favour of trade unions (and not just in favour of individual workers). Section 6 shows why this litigation was so successful in filling the justice gap highlighted above and concludes by clarifying the legal and non-legal conditions that have to be in place to expect other trade unions to potentially pursue similar strategies.

2. The role of trade unions: why they are best placed to spearhead algorithmic litigation to close the justice gap for platform workers

There are many reasons why trade unions are better placed than individual workers to engage in algorithmic litigation²¹.

First, given the increased information asymmetries between workers and platforms, individual litigants will often be victims of violations of their rights without knowing it, because algorithmic management cases always require very complex factual analysis and evidence that, when available, tends to be very difficult to understand due to algorithmic opacity. As platforms generally use the same algorithms towards their entire workforce, trade unions are in a better position than individual workers to be aware of violations of their rights, and to gather information and evidence of such violations²². In addition, unlike platform workers, trade unions have the organisational and financial resources to invest in training initiatives, which can be crucial to better understanding the technical aspects of algorithmic management in platform work²³. In any case, where these are insufficient, unions are still in a better position than individuals to hire external experts to better grasp the most complex

21 G. GAUDIO, *Litigating the Algorithmic Boss in the EU*, cit., pp. 99-100.

22 In general, for this argument, see K. LÖRCHER, *Strategic Enforcement of EU Labor Law*, in Z. RASNAČA et al. (edited by), *Effective Enforcement*, cit., p. 151.

23 V. DOELLGAST-I. WAGNER-S. O'BRADY, *Negotiating Limits on Algorithmic Management in Digitalised Services: Cases from Germany and Norway*, in *Transfer: Eur. Rev. Lab. Research.*, 2023, vol. 29, n. 1, p. 105 ff.



technical issues behind platforms' algorithms²⁴. Internal and external experts are essential both at the pre-trial stage, as they allow lawyers to better understand how algorithms work, and at the trial stage, as they can be called as expert witnesses to examine the algorithm and provide useful evidence on its functioning²⁵.

Second, platform workers tend to experience the same type of violation of their rights. This increases the overall costs of conducting a preliminary legal assessment and organising discrete legal strategies which, because of their diversity, are more likely to result in different legal outcomes. Due to their institutional position, trade unions will be able to avoid unnecessary costs. They can therefore act as litigation coordinators, aligning the pre-litigation and litigation strategies of workers facing the same violations, thus being in a better position to respond to platforms' litigation counterstrategies²⁶. This is highly relevant in cases filed against platforms, as they have shown to be even 'prepared to openly flout the law'²⁷. Unions also have a better knowledge of the legal market. As a result, they will be able to select the most appropriate lawyers to handle the claim, as well as technical advisors with a better understanding of the technical aspects of the litigation. Finally, where there are several similar claims, unions will also have a better chance of negotiating lower legal fees on an aggregate basis²⁸.

Third, individual workers are structurally exposed to the risk of retaliation from their employers or principals when they submit a claim²⁹. This is even more true with reference to platform workers, especially if they are classified as independent contractors. It is well known that platforms tend to deactivate workers' accounts, often without providing any explanation³⁰. Filing a complaint can thus expose platform workers to retaliation that is likely to go unpunished, as they have no right to obtain an explanation of such decisions and, as independent contractors, do not benefit from the protections against unfair dismissals, including those that require employers to provide them with written notice of the reasons for termination. In addition, individuals, including platform workers, often struggle to keep companies in the spotlight and attract media attention. Unions, unlike individuals, are not at risk of individual retaliation and are also better able to attract press attention³¹. When trade unions are able to keep their counterparts in the spotlight, as has been the case in most of the litigation against platforms, they cannot be ignored by the general public. This can be

24 E. DAGNINO-I. ARMAROLI, *A Seat at the Table: Negotiating Data Processing in the Workplace*, in *Comp. Lab. L. & Policy Jour.*, 2019, vol. 41, n. 1, p. 194.

25 G. GAUDIO, *Algorithmic Bosses Can't Lie*, cit., pp. 732-733 and 737.

26 In general, for this argument, see K. LÖRCHER, *op. cit.*, p. 154.

27 J. MOYER-LEE-N. COUNTOURIS, *op. cit.*, p. 35.

28 G. GAUDIO, *Litigating the Algorithmic Boss in the EU*, cit., pp. 99-100.

29 Z. RASNAČA, *Special Issue Introduction*, cit., p. 409.

30 ILO, *The role of digital labour platforms*, cit., pp. 182-183.

31 See A. BELLAVISTA, *L'unità produttiva digitale*, in *Labour & Law Issues*, 2023, vol. 9, n. 1, pp. 98-100, who stresses how digital tools can be a valuable means for trade unions to mobilize food delivery workers.



advantageous, as unions can put reputational pressure on platforms, even forcing them to litigate less aggressively³².

Having outlined the reasons why trade unions are better placed than individual workers to engage in algorithmic litigation, it is necessary to identify the different roles that trade unions can play in legal proceedings. In this respect, at least the following different roles can be distinguished.

First, unions can provide external support to individual workers in preparing and filing a claim to protect their own rights. This happens when unions have a strategic interest in such litigation, but the legal system provides that legal standing (i.e., who can bring a case) is reserved to the holder of the right. As it will be seen in Section 3 below, this is what happens in the case of classification claims in Italy, because Italian law reserves legal standing to individual workers and, consequently, unions have no legal means to play a direct role in these litigation proceedings.

Second, union can directly promote a claim as representative entities of the workers, that happens when the legal system gives legal standing to unions to enforce the individual rights of one or more workers³³. Unions have a stronger role when they have given the role of representative entities when collective redress is in place³⁴: i.e., when there are procedural mechanisms enabling a 'group of claimants (which may be natural or legal persons) who have suffered similar harm, resulting from the same illicit behaviour of a legal or natural person, to get redress as a group'³⁵, without the necessity to obtain the authorization of the victim to file the relevant claim³⁶. A slightly different and conceptually autonomous model is *actio popularis*: i.e., when unions are given legal standing to act on their own behalf in the public interest³⁷. As it will be seen in Section 4 below, this can happen in the case of discrimination claims in Italy, where Italian law grants legal standing to trade unions to promote representative actions and/or *actiones populares* even in the absence of pre-identified or identifiable victims.

Third, trade unions can directly promote a claim to enforce their own rights. In these cases, the union is the right holder because the legal system specifically assigns a specific right to it:

32 J. MOYER-LEE-N. COUNTOURIS, *op. cit.*, pp. 33-35 and G. GAUDIO, *Litigating the Algorithmic Boss in the EU*, *cit.*, p. 100.

33 For a general framework regarding legal standing to representative entities, see R. AMARO-M.J. AZAR-BAUD- S. CORNELOUP-B. FAUVARQUE-COSSON-F. JAULT-SESEKE, *Collective Redress in the Member States of the European Union*, Study requested by the JURI committee of the European Parliament, 2018, pp. 27-31.

34 For the reasons why collective redress can be, for trade unions, a better option than individual redress, see in general Z. RASNAČA, *Special Issue Introduction*, *cit.*, p. 405 ff. and, on the topics of this article, G. GAUDIO, *Litigating the Algorithmic Boss in the EU*, *cit.*, pp. 100-103.

35 According to the widely accepted definition provided by R. AMARO-M.J. AZAR-BAUD-S. CORNELOUP-B. FAUVARQUE-COSSON-F. JAULT-SESEKE, *op. cit.*, p. 13.

36 Z. RASNAČA, *Special Issue Introduction*, *cit.*, p. 407.

37 S. BENEDI LAHUERTA, *Enforcing EU Equality Law Through Collective Redress: Lagging Behind?*, in *Common Mkt. L. Rev.*, 2018, vol. 55, n. 3, p. 784 and I. CHOPIN-C. GERMAINE, *A Comparative Analysis of Non-discrimination Law in Europe*, Study requested by the European Commission to the European network of legal experts in gender equality and discrimination, 2021, p. 93.



e.g., information and consultation rights. When such a right is violated, the trade union is therefore the only entity with legal standing to promote a claim. As it will be seen in Section 5 below, this has happened in Italy in relation to certain information rights, concerning the implementation and use of algorithmic management tools, which the Italian legal system has specifically attributed to trade unions.

With these conceptual distinctions in mind, it is thus possible to examine the litigation strategy adopted by the CGIL against food delivery platforms, where the union has specifically aimed to understand the functioning of the algorithms used by these platforms. This analysis will be instrumental to test the hypothesis, put forward in this paragraph, according to which unions are better placed than individuals to fill the justice gap faced by platform workers.

Classification claims

3.1 Legal framework

Under Italian law, art. 2094 of the Italian Civil Code³⁸ establishes the notion of employee mainly in terms of control³⁹, as occurs in most European Union member states⁴⁰. Therefore, the main criterion used to classify a worker as an employee is to prove that he/she received binding unilateral orders and directives from an employer⁴¹.

Over the decades, the Italian legislator decided to extend some of the rights originally reserved to employees also to workers who, although considered self-employed, were considered in need of receiving some protections⁴². First, a very limited set of rights was granted to the so-called coordinated and continuous collaborations, in which the worker's performance is continuous, predominantly personal and the terms of its coordination with the principal's organization are established by mutual agreement between the parties (the so-called "coordinated workers")⁴³. Then, as of 2015⁴⁴, the legislator has provided that the full set of employment protections, except for the ontologically incompatible provisions (as clarified

38 According to Article 2094 of the Italian Civil Code, an employee is a worker «*who engaged himself to cooperate for remuneration in an enterprise by working manually or intellectually under the direction of the entrepreneur*»: for an overview on the notion of subordination within the Italian legal system, see T. TREU, *Italy, in International Encyclopaedia of Laws: Labor Law and Industrial Relations*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2023, p. 41.

39 E. ALES, *The Concept of 'Employee': the Position in Italy*, in B. WAAS-G. HEERMA VAN VOSS (eds.), *Restatement of Labor Law in Europe. Volume I. The Concept of Employee*, Bloomsbury, London, 2017, pp. 352-353 and 364-365.

40 B. WAAS, *Comparative Overview*, in B. WAAS-G. HEERMA VAN VOSS (eds.), *op. cit.*, p. xxvii ff.

41 For an explanation of the main indices of subordination used by Italian judges to classify a working relationship as an employment one, see: E. ALES, *op. cit.*, p. 351 ff. and T. TREU, *op. cit.*, p. 42.

42 On the crisis of subordination as an inadequate criterion for providing protection to subjects still deserving protection see: G. SANTORO-PASSARELLI, *Ricerche trasformazioni socio-economiche e nuove frontiere del diritto del lavoro civiltà giuridica e trasformazioni sociali nel diritto del lavoro*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2019, n. 2, p. 417 ff.

43 The notion of coordinated and continuous collaborations is set out in Article 409, n. 3, of the Italian Code of Civil Procedure.

44 The notion of hetero-organized collaborations is set out in Article 2 of the d.lgs. n. 81 of 2015.



by case-law)⁴⁵, applies to those collaborations in which the terms of performance are organized unilaterally by the principal (the so-called “hetero-organized workers”)⁴⁶.

Having said that, it shall be pointed out that the algorithmic opacity justice gap can be very serious when platform workers decide to go to court to be reclassified from self-employed (or coordinated workers) to employees (or, at least, hetero-organised workers). In fact, in classification claims, the customary burden of proof lies on the claimant worker, who must demonstrate the constitutive elements of subordination pursuant to art. 2094 of the Italian Civil Code⁴⁷. Accordingly, the claimant platform worker faces the risk of losing the case if he/she is unable to gather, before the trial, useful information and evidence to explain the decision-making process behind the algorithm in support of his/her allegations that the platform was exercising control over the worker.

In order to sidestep algorithmic opacity, platform workers can benefit from information and access rights provided by Articles 13-15 of the GDPR⁴⁸ that apply to workers as data subjects, regardless of their classification as autonomous or subordinate workers and whenever the algorithm uses their personal data. According to Articles 13 and 14 of the GDPR⁴⁹, the worker has the right, when data are collected, to be informed of the «*existence of automated decision-making process*», as well as to obtain «*meaningful information about the logic involved, as well as the significance and the envisaged consequences of such processing for the data subject*». The same information⁵⁰ can be obtained at the request of the interested party, when

45 Cass. 24 January 2020, n. 1663, in *Riv. it. dir. lav.*, 2020, n.1, pp. 49-60.

46 For a general overview of these categories of self-employment relationships, see: E. ALES, *op. cit.*, pp. 371-374; N. COUNTOURIS-V. DE STEFANO, *New trade union strategies for new forms of employment*, ETUC, 2019, pp. 25-26; M. PALLINI, *Towards a new notion of subordination in Italian Labour Law?*, in *Ital. Lab. L. e-Jour. Issue*, 2019, vol. 12, n. 1, pp. 1-24; P. DIGENNARO, *Subordination or subjection? A study about the dividing line between subordinate work and self-employment in six European legal systems*, in *Lab. Law Iss.*, 2020, vol. 6, n. 1, pp. 31-36. For an overview of the development of the protection of self-employed workers in the European Union see: F. FERRARO, *The Challenge of Self-Employment Protection in the European Union*, in S. BELLOMO-A. PRETEROTI (eds.), *Recent Labour Law Issues, a Multilevel Perspective*, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 69-82.

47 In relation to reclassification claims, see E. ALES, *op. cit.*, p. 370. More in general on the burden of proof in labour proceedings, see: ILO, *Evidence in Labor Court Proceedings (XXVI Meeting of European Labor Court Judges)*, Sep. 2018, pp. 101-108.

48 Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 Apr. 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC. On these provisions, see generally C. KUNER-L.A. BYGRAVE-C. DOCKSEY-L. DRECHSLER, *Background and evolution of the EU General Data Protection Regulation (GDPR)*, in C. KUNER-L.A. BYGRAVE-C. DOCKSEY (eds.), *The EU General Data Protection Regulation (GDPR): A Commentary 1*, Oxford University Press, Oxford, 2020; and, in relation to algorithmic management, G. GAUDIO, *Algorithmic Bosses Can't Lie!*, *cit.*, pp. 729-736.

49 G. ZANFIR-FORTUNA, *Comment to Article 13*, in C. KUNER-L.A. BYGRAVE-C. DOCKSEY (eds.), *op. cit.*, pp. 413-433.

50 A. ALOISI, *Regulating Algorithmic Management at Work in the European Union: Data Protection, Non-discrimination and Collective Rights*, in *Int. Jour. Comp. Lab. L. and Ind. Rel.*, vol. 40, n. 1, 2023, pp.12-19. In any case, art.15(1)(h) uses exactly the same words as art.13(2)(f).



the processing of his/her data is already underway, by exercising their right of access provided by Article 15 of the GDPR⁵¹.

Lastly, it shall be pointed out that, in classification claims, only the claimant worker has legal standing because Italian law does not provide any representative actions and/or *actiones popularis* allowing trade unions to bring such claims. In any case, as already clarified in Section 2, nothing prohibits trade unions to give external support to individual claimants, as it will be shortly seen below.

3.2 Cases

The first Italian rulings regarding the legal status of platform workers rejected riders' claims to be reclassified as employees⁵². These decisions placed much weight on the workers' (alleged) freedom to choose whether and when to work and classify them initially as coordinated workers⁵³ and later as hetero-organized workers⁵⁴.

In November 2020, for the first time in Italy, the Tribunal of Palermo declared the subordinate nature of the working relationship between a rider and the well-known food delivery platform Glovo⁵⁵. The claimant (a CGIL trade unionist) brought an individual claim

51 G. ZANFIR-FORTUNA, *Comment to Article 15*, in C. KUNER-L.A. BYGRAVE-C. DOCKSEY (eds.), *op. cit.*, pp. 449-468.

52 A. ALOISI, 'With Great Power Comes Virtual Freedom': A Review of the First Italian Case Holding that (Food-delivery) Platform Workers Are Not Employees, in *Comp. Lab. L. & Policy Jour.*, 2018, Dispatch n. 13; L. BATTISTA, *I lavoratori delle piattaforme digitali tra diritto, tecnologia e giustizia*, in *Arg. dir. lav.*, 2021, n. 6, p. 1455 ff.

53 Trib. Turin 7 May 2018, n. 778, in *Arg. dir. lav.*, 2018, n. 4-5, pp. 1220-1241, on which see M. BIASI, *Il Tribunale di Torino e la qualificazione dei riders di Foodora*; on the same ruling see also: M. DEL CONTE-O. RAZZOLINI, *La gig economy alla prova del giudice: la difficile reinterpretazione della fattispecie e degli indici denotativi*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 2018, n. 3, pp. 673-682; P. ICHINO, *Subordinazione, autonomia e protezione del lavoro nella gig-economy*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2018, n. 2, pp. 294-303. Trib. Milan 10 September 2018, n. 1853, in *Labor*, 2019, n. 1, pp. 112-120, on which see M. FORLIVESI, *Nuovi lavori, vecchie interpretazioni? Note a margine di una recente sentenza del tribunale di Milano sulla qualificazione giuridica dei c.d. "riders"*.

54 Court app. Turin 4 February 2019, n. 26, in *Riv. it. dir. lav.*, 2019, n. 2, pp. 340-358, on which see M.T. CARINCI, *Il lavoro eterorganizzato si fa strada...sulle ruote dei riders di Foodora*; on the same ruling see also: R. DEL PUNTA, *Sui riders e non solo: il rebus delle collaborazioni organizzate dal committente*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2019, n. 2, pp. 358-367; R. DE LUCA TAMAJO, *La sentenza della Corte d'Appello Torino sul caso Foodora. Ai confini tra autonomia e subordinazione*, in *Lav. dir. eu.*, 2019, n. 1. Cass. 24 January 2020, n. 1663, in *Riv. it. dir. lav.*, 2020, n. 1, pp. 49-60, on which see: M.T. CARINCI, *I contratti in cui è dedotta un'attività di lavoro alla luce di Cass. 1663/2020*; on the same ruling see also: R. ROMELI, *I riders in Cassazione: una sentenza ancora interlocutoria*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2020, n. 1, p. 89 ff.

55 Trib. Palermo 24 November 2020, n. 3570, in *Riv. it. dir. lav.*, 2020, n. 4, p. 802 ff., on which see: A. ALOISI, *Demystifying Flexibility, Exposing the Algorithmic Boss: A Note on the First Italian Case Classifying a (Food Delivery) Platform Worker as an Employee*, in *Comp. Lab. L. & Policy Jour.*, 2021, Dispatch n.35 Italy; M. FALSONE, *Nothing New Under the Digital Platform Revolution? The First Italian Decision Declaring the Employment Status of a Rider*, in *Ital. L. Jour.*, 2021, vol. 7, n. 1, p. 253 ff.



demanding to be reclassified as an employee rather than an autonomous worker, after his account was suddenly deactivated by the platform without any explanation.

With the aim of gathering evidence that could have been useful in supporting his claim, the platform worker, with the support of the CGIL, had twice exercised the right to access pursuant to Article 15 of the GDPR before starting the trial⁵⁶. First, the platform worker requested the company to communicate «*the sessions in their database*»⁵⁷ so as to reconstruct the hours he had actually worked for Glovo. Second, he requested «*to be informed of the data processing mechanism that determined the decision to disconnect his account and not reconnect it following his request*»⁵⁸. The company had adequately fulfilled the first access request, making the company database available to the applicant. Conversely, according to the defense, he had received a communication regarding his second request that was completely inadequate to protect the rights claimed before the Tribunal⁵⁹.

In any case, this strategy was successful as it produced positive results for the claimant. Thanks to the scheme produced by the defendant (in response to the first request for access), the Tribunal ascertained the continuative nature of the performance of the rider, who had been on an average working schedule similar to the one of an employment relationship (close to eight hours a day and forty per week)⁶⁰. This element, along with the fact that the rider's work was managed and organized exclusively by the platform used by Glovo, as «*the appellant could carry out his work only by accessing it and complying with its rules*»⁶¹, led the Tribunal to consider that the platform exercised actual control over the worker, thus reclassifying him as a full-time and permanent employee of the platform⁶².

This lawsuit represented the conclusion of a complex process which involved both the worker and the CGIL before and after the trial.

Several months prior to filing the appeal⁶³, the claimant had received media exposure, participating in a television program focused on the precarious working conditions of the Palermo riders⁶⁴. A CGIL's rep was there to support his complaints and to highlight the need to reclassify riders as employees. This is not the only episode in which the claimant was involved in union activity before submitting the claim. As reported in the text of the decision, he had taken part in two meetings with Glovo's managers concerning the platform's failure to

56 See, *supra*, footnote n. 51 .

57 Trib. Palermo 24 November 2020, cit., pt. 51.

58 *Ibidem*, pt. 66.

59 *Ibidem*.

60 In order to verify the presence of the symptomatic elements of subordination, the judge attributed primary importance to the way in which the employment relationship was conducted, expressly referring to Cass. 24 January 2020, n. 1663.

61 Trib. Palermo 24 November 2020, cit.

62 For a more detailed analysis of the functioning of the algorithm and the judge's motivational process, which are beyond the scope of our contribution, please refer to the contributions listed *supra* footnote n. 55.

63 The appeal was filed on 09/29/2020.

64 The recording of the 'Cronache Siciliane' program of 11 February 2020 is available at cronachedisicilia.it.



provide riders with personal protection equipment during the Covid-19 crisis. These meetings, among other initiatives carried out by the CGIL to protect platform workers, had been the subject of a specific press release by the CGIL, which was picked up by the local press⁶⁵.

The CGIL managed to get media attention especially after the decision of the Tribunal of Palermo was published. The platform worker's judicial victory was reported by all major Italian newspapers⁶⁶, which emphasized the key role played by CGIL and its legal team that, having specific experience in managing these types of cases, were able to develop an effective and successful legal strategy. As claimed by one popular Italian newspaper, the decision of the Tribunal of Palermo was «*the best result out of the judicial offensive that the national CGIL has launched in recent months against apps that deliver food to homes*»⁶⁷.

The above judgement was not an isolated case. The CGIL followed the same legal strategy in Turin a couple of years after the Palermo ruling. In November 2022⁶⁸, a reclassification claim was filed by a rider (again a CGIL trade unionist) against Glovo before the Tribunal of Turin. This claim was successful as the Tribunal of Turin reclassified him as an employee because the platform organized the execution of work and disciplined noncompliance with its directives. Once again, the CGIL, who publicly claimed victory against the platform⁶⁹, managed to get media attention in all major Italian newspapers⁷⁰.

Given the similarities between the two judicial actions, it can be said that the CGIL adopted and duly executed a precise strategy which proved to be successful, especially if considering that these rulings paved the way to other cases where Italian Courts mostly decided that riders shall be considered employees (or at least hetero-organised workers)⁷¹, thus positively

65 See: CGIL, *Coronavirus. Riders: in assenza di protezioni, il servizio va sospeso*, 12 marzo 2020, available at nidil.cgil.it, in which the Government was accused of having forgotten this category of weaker workers and Palermo riders were invited to join a social media campaign already underway throughout the country.

66 See, for example: N. AMADORE, *Tribunale di Palermo: rider lavoratore subordinato*, in *Il Sole 24 Ore*, 23 novembre 2020; A. RIBAUDO, *Rider vince la causa contro Glovo: assunto a tempo indeterminato*, in *Il Corriere della Sera*, 23 novembre 2020; V. RICCIARDI, *Rider vince causa contro Glovo, dovrà essere assunto a tempo indeterminato*, in *Domani*, 23 novembre 2020; G. AMATO-G. RUTA, *'Io, rider e dipendente, così ho battuto Glovo*, in *La Repubblica*, 24 novembre 2020.

67 R. ROTUNNO, *"Glovo assumo il fattorino come dipendente". A Palermo la prima sentenza che impone a una app di riconoscere la subordinazione dei rider*, in *Il Fatto Quotidiano*, 23 November 2020.

68 Turin Court 15 November 2022, in wikilabour.it.

69 CGIL, *Rider, Sentenza Tribunale di Torino*, 17 novembre 2022, available at nidil.cgil.it.

70 See for example: D. DENINA, *Il rider che è diventato un lavoratore subordinato*, in rainews.it, 16 novembre 2022; G. URSO, *Delivery, sentenza storica del tribunale di Torino: i riders sono dipendenti subordinati*, in torinotoday.it, 16 novembre 2022.

71 This is not the only ruling, following that of the Palermo Court, in which judges have ascertained the subordinate nature of the employment relationship of riders. In particular, a distinction must be made: a) judges have found subordination following claims brought directly by workers, see: Trib. Turin 18 November 2021 (on which see C. DE MARCO-A. GARILLI, *La qualificazione del lavoro dei rider: ancora una volta il giudice accerta la subordinazione e individua nella piattaforma imponente il reale datore di lavoro*, in *Labor*, 2022, p. 213 ff.); Trib. Milan 20 April 2022, n. 1018 (on which see A. BELLAVISTA, *Riders e subordinazione: a proposito di una recente sentenza*, in *Lav. dir. eu.*, 2022, n. 2); Court app. Turin 25 November



influencing – from the union perspective – the legal landscape regarding the classification of platform workers.

Discrimination claims

4.1 Legal framework

Italian law, through the implementation of a number of EU Directives⁷² aimed at harmonizing the anti-discrimination law of the Member States of the European Union⁷³, prohibits discrimination based on a series of protected grounds: in particular, gender⁷⁴, race and ethnic origin⁷⁵, religion or belief, disability, age or sexual orientation⁷⁶.

In addition, in line with the EU anti-discrimination Directives⁷⁷, Italian law provides for a partial shift of the burden of proof in discrimination cases⁷⁸. In particular, when the claimant

2022, n. 455, in *DeJure*; b) Courts ascertained subordination in cases that followed the exercise of inspection activity by INPS (the national social security institute), see: Trib. Milan 19 October 2023, n. 3237 in *quotidianopiù.it*; c) judges established incidentally the hetero-organised/subordinate nature of the employment relationship of workers, in proceedings brought by CGIL, see: Trib. Florence 9 February 2021; Trib. Milan 20 March 2021; Trib. Bologna 30 June 2021 (on which see A. DONINI, *Condotta antisindacale e collaborazioni autonome: tre decreti a confronto*, in *Lab. Law Iss.*, 2021, n. 1, p.1 ff.); more recently, see: Trib. Palermo 3 April 2023; Trib. Palermo 20 June 2023, both published in *DeJure*; Trib. Milan 28 September 2023, n. 6979, in *bollettinoadapt.it*. To complete the picture, it should be pointed out that there have been cases in which the courts have excluded subordination, sometimes resorting to the category of so-called hetero-organised work (see Court app. Milan 22 February 2023, n. 132, in *DeJure*), sometimes affirming the genuinely self-employed nature of the riders' employment relationship (see Trib. Rome 22 June 2023, unpublished).

72 Directive 2006/54/EC of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006 on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation (recast); Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation; Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin.

73 For an analysis of European anti-discrimination law, its applicability to algorithmic discrimination and the distinction between direct and indirect discrimination, see: A. KELLY-LYTH, *Algorithmic discrimination at work*, in *Europ. Lab. L. Jour.*, 2023, vol. 14, n. 2, pp. 152-171.

74 D.lgs. 11 April 2006, n. 198, the so-called “code of equal opportunities between men and women”.

75 D.lgs. 9 July 2003, n. 215, implementation of Directive 2000/43/EC.

76 D.lgs. 9 July 2003, n.216, implementation of Directive 2000/78/EC and Directive 2014/54/EU relating to measures aimed at facilitating the exercise of the rights conferred on workers within the framework of the free movement of workers.

77 Art. 8(1) of Directive 2000/42/EC. Art. 10(1) of Directive 2000/78/EC and Art. 19(1) of Directive 2006/54/EC use exactly the same words as Art. 8(1). In general on the burden of proof in EU anti-discrimination laws, see: L. FARKAS-O. O'FARRELL, *Reversing the Burden of Proof: Practical Dilemmas at the European and National Level*, 2015, Publications Office of the European Union, and I. CHOPIN-C. GERMAINE, *op. cit.*, pp. 97-99.

78 Specifically on the burden of proof in discrimination claims in Italy, see S. DE CASTRO, *Anti-discrimination Law in the Italian Courts: the new frontiers of the topic in the age of algorithms*, in *Working Papers C.S.D.L.E. 'Massimo D'Antona*, 2021, n. 440, pp. 18-24.



provides factual elements, including statistical data, from which it is possible to presume the existence of discrimination, it is up to the defendant to prove that such discrimination did not occur or to provide a valid explanation that justifies the unequal treatment⁷⁹. This mechanism constitutes an effective regulatory antibody against algorithmic opacity. In case of an alleged algorithmic discrimination against platform workers, if the claimant is able to provide *prima facie* evidence of the discrimination, the employer (or principal) faces the risk of losing the case if he/she is unable to prove that the decision-making process behind the algorithm is not discriminatory or that the unequal treatment is objectively justifiable⁸⁰. As that the claimant does not need to provide full proof of the alleged discrimination in order to win the case, a rational employer (or principal) would be inclined to use only those algorithmic devices whose decision-making logic can be made transparent in court. That is how the mechanism of partial reversal of the burden of proof promotes, albeit indirectly, algorithmic transparency⁸¹.

In discrimination claims, the Italian legal system grants trade unions the legal standing to protect individual rights and interests of one or more workers not to be discriminated against. This right, in accordance with the relevant EU directives⁸², is granted to trade unions in two distinct cases. In the first case, they represent the victims of discrimination because they have been granted legal standing to act either on behalf or in support of the complainant (representative action)⁸³. In the second case, trade unions can act on their own behalf in the public interest because collective discrimination has occurred and it is not possible to directly and immediately identify the victims of discrimination (*actio popularis*)⁸⁴.

4.2 Cases

In December 2020, the Tribunal of Bologna ruled on the claim brought by three union federations affiliated with CGIL to establish the discriminatory nature of the algorithm employed by Deliveroo to manage and book the riders' work shifts⁸⁵. According to the

79 This rule is established by Art. 28(4) of d.lgs. n.150 of 1 September 2011, applicable to all discrimination claims regardless of the ground for discrimination. Specifically on gender discrimination: Art. 40 of d.lgs. n.198 of 11 April 2006.

80 As first suggested by P. HACKER, *Teaching Fairness to Artificial Intelligence: Existing and Novel Strategies Against Algorithmic Discrimination Under EU Law*, in *Common Mkt. L. Rev.*, 2018, vol. 55, pp. 1169-1160. Among labour law scholars, see G. GAUDIO, *Algorithmic Bosses Can't Lie!*, cit., p. 725-729 and later A. ALOISI, *Regulating Algorithmic Management at Work in the European Union*, cit., pp. 37-70.

81 As already argued in G. GAUDIO, *Algorithmic Bosses Can't Lie!*, cit., p. 740.

82 Art. 7(2) Directive 2000/43/EC. A similar wording is used in: Art. 9(2), Directive 2000/28/EC and Art. 17(2) Directive 2006/54/EC.

83 Art. 5(1) of d.lgs. n.215/2003; Art. 44(10) of d.lgs. n. 286/1998; art. 5(1) of d.lgs. n. 216/2003; Art. 4(1), l. n. 67/2006; Articles 38 (1)(6) and 55-septies (1) of d.lgs. n. 198/2006.

84 Art. 5(3) of d.lgs. n. 215/2003; Art. 44(10) of the d.lgs. n. 286/1998; Art. 5(2) of the d.lgs. n. 216/2003; Art. 55-septies (2) of the d.lgs. n. 198/2006.

85 Trib. Bologna 31 December 2020, n. 2949, in *Riv. it. dir. lav.*, 2021, n. 2, pp. 175-195, with case-note G. GAUDIO, *La CGIL fa breccia nel cuore dell'algoritmo di Deliveroo: è discriminatorio*. On the same ruling see A. ALOISI-V. DE STEFANO, *Frankly, My Rider, I Don't Give a Damn*, in *Rivista Il Mulino*, 7 January 2021 and



claimants, the work session booking system used by the platform was likely to discriminate against riders who, after having booked a shift, did not show up for work as they went on a strike (or for other legitimate reasons such as illness, disability or needs related to a minor child).

The trade unions acted on the basis of Article 5(2) of Legislative Decree 216/2003 because, under Italian case law, discrimination on union grounds is prohibited as the case-law deems that it constitutes discrimination based on belief⁸⁶. This choice proved to be strategic, as it allowed the CGIL to overcome the procedural objection raised by Deliveroo regarding the lack of legal standing of the claimants⁸⁷ and to avoid the thorny issue of the legal classification of the riders' working relationship⁸⁸.

The claimants were able to provide *prima facie* evidence of the alleged discrimination based on the information posted on the company's website and the testimony of two witnesses⁸⁹. However, the claimants were unable to provide full evidence of the operating mechanism behind the algorithm⁹⁰.

V. PIETROGIOVANNI, *Deliveroo and Rider's Strikes: Discriminations in the Age of Algorithms*, in *Int. Lab. Rts. Case L.*, 2021, n. 7, pp. 317-321.

86 Articles 1 and 2 of d.lgs. 216/2003, transposing Articles 1 and 2 of Directive 2000/78/EC, prohibit discrimination based on belief. Under Italian case law, discrimination based on belief includes trade union membership: see: Cass. 2 January 2020, n. 1, in *Riv. it. dir. lav.*, 2020, n. 2, pp. 377-395., with case-note D. TARDIVO, *Estensione dell'agevolazione probatoria avverso la discriminazione al procedimento ex art. 28 st. Lav.: un chiasmo ragionevole?*.

However, please consider that that ECJ recently held that "religion or belief" is to be distinguished from the ground based on political or any other opinion' and, therefore, it does not cover political or trade union belief: see ECJ, 13 October 2022, C-344/20 (LF v SCRL), available at curia.europea.eu. Regarding the effects of this ruling on the interpretation of domestic law. see: O. BONARDI, *Discrimination on trade union grounds after the L.F. judgement of the EU Court of Justice*, in *ItalianEqualityNetwork.it*, 22 October 2023.

87 In fact, as specified in the previous paragraph, Article 5(2) of d.lgs. n. 216/2003 grants trade union legal standing to act on their own behalf in cases of collective discrimination and the victims of discrimination are not directly and immediately identifiable.

88 In fact, Article 3 of d.lgs. n. 216/2003 in establishing the scope of application of the anti-discrimination rules on «access to employment and work» expressly contemplates «both self-employed and employee' work». The court reached this conclusion by referring to two other regulations as well: Article 2 of d.lgs. n. 81/2015, which simplified the application of some protective measures pertaining to the employment of certain categories of self-employed workers, and Article 47-quinquies of d.lgs. n. 81/2015, which expressly applies the anti-discrimination laws to certain platform workers classified as self-employed.

89 As seen above, in terms of distribution of the burden of proof, Article 28(4) of d.lgs. n. 150/2011 applies to anti-discrimination judgments regardless of the risk factor.

90 On July 22, 2021 the Italian Data Protection Authority (DPA) issued an injunction against Deliveroo, as it found, following its own inspection, a number of serious irregularities committed by the company, including its failure to disclose the concrete ways in which the algorithm used to manage riders operated: see Italian DPA, 22 July 2021 order; for a commentary on the order see: C. HIEBL, *Jurisprudence of national courts in Europe on algorithmic management at the workplace*, Report prepared for the European



Specifically, according to the *prima facie* evidence introduced in the trial, the work session booking system consisted in a score given periodically to each rider based on two parameters: reliability⁹¹ and participation⁹². This score conditioned the riders' ability to book future work shifts, because it gave riders with a higher score access to the booking system several hours in advance of those with lower scores, so the latter could only book the shifts left by the prioritized group. Failure to attend a booked session or late cancellation of the same resulted in lowering of the riders' score, regardless of the reason for their absence from work⁹³. According to the Tribunal, the algorithm's discriminatory potential lied in its «*lack of awareness*» or «*blindness*» as «*by treating in the same way those who do not participate in the booked session for futile reasons and those who do not participate because they are on strike (or because they are ill, have a disability, or assist a disabled person or a sick minor, etc.) (it) discriminates the latter, possibly marginalizing them from the priority group and thus significantly reducing their future chances of access to work*»⁹⁴. At this point, the burden of proof shifted to Deliveroo. However, the company chose to not shed full light on the functioning of the algorithm and, accordingly, lost the case.

The Bologna decision, which came just a few weeks after the ruling in Palermo that reclassified a rider as an employee⁹⁵, hit the pages of all major national newspapers, which highlighted the pioneering role played by the CGIL in promoting a claim where, for the first time in Europe⁹⁶, a judge questioned the alleged neutrality of an algorithmic decision maker by ascertaining its discriminatory nature⁹⁷.

Centre of Expertise in the field of labour law, employment and labour market policies (ECE) of the European Commission, sept. 2022 (last update: April 7, 2023), pp. 11-14.

91 According to the Respondent's annex, this parameter is determined by «*the number of occasions on which the rider, despite having booked a session, did not participate, where 'participating' means logging in within the first 15 minutes of the start session*».

92 According to the Respondent's annex, this parameter is determined «*by the number of times you give available for the most relevant slots (8 to 10 p.m. from Friday to Sunday) for home food consumption*».

93 As reported in the order, both the concurring witness statements and the information extracted from the defendant's website, confirm that the work session is counted only if the rider logs in within fifteen minutes prior to the start of the shift, otherwise the session is not counted as done.

94 Trib. Bologna 31 December 2020, cit.; the court found that this was indirect discrimination, namely, an apparently neutral provision that nevertheless puts a certain category of workers at a potential disadvantage. On whether algorithmic discrimination can be qualified as direct discrimination see J. ADAMS-PRASSL-R. BINNS-A. KELLY-LYTH, *Directly Discriminatory Algorithms*, in *The Modern L. Rev.*, 2023, vol. 86, n.1, pp. 144-175.

95 Trib. Palermo 24 November 2020, n. 3570, in *Riv. it. dir. lav.*, 2020, n. 4, p. 802 ff.

96 This is the first decision in Europe on the problem of algorithmic discrimination, see: CGIL, *RIDERS. Cgil promuove la prima causa in Europa contro una multinazionale di food delivery*, 18 December 2019; C. HIEBL, *Jurisprudence of national courts*, cit. This research clearly highlights the fact that, thus far, Italy has been the only EU member state where the court has established the algorithm's discriminatory nature.

97 See, for example: R. CICCARELLI, *Frank, l'algoritmo anti-sciopero. La Cgil porta in tribunale Deliveroo*, in *Il Manifesto*, 19 December 2019; G. FERRAGLIONI, *Deliveroo, I giudici di Bologna bocciano Frank, l'algoritmo che discriminava i malati e chi scioperava*, in *Open*, 2 January 2021; M.M. BIDETTI-C. DE MARCHIS GOMEZ, *Frank è cieco, ma ci vede benissimo quando punisce chi sciopera*, in *Collettiva*, 2 January 2021.



The CGIL was thus able to use anti-discrimination laws strategically for the purposes of protecting individual workers' rights. This was also evident in a recent ruling of the Tribunal of Palermo that, some years after the Bologna decision, held that an algorithm used by Foodinho had discriminated the riders for grounds not only related to union activity⁹⁸. The CGIL, that managed once again to obtain media attention⁹⁹, obtained a second positive ruling ascertaining that the work organization system adopted by Foodinho, that awarded a series of benefits to the most productive riders and those who were most available to work on weekends, indirectly discriminated against workers who presented a risk factor (such as age, disability, the need to care for a family member, religious faith that prevented them from working on weekends).

These rulings represent key precedents in the field as they are the first two decisions regarding algorithmic discrimination at work not only in Italy but, to our best knowledge, in the world. These judicial actions also show that anti-discrimination laws provide useful regulatory antibodies against algorithmic opacity, namely the shift of the burden of proof on the respondent, and can be directly enforced by unions to better guarantee the rights of homogenous group of workers: something very useful when unions are willing to use the law strategically.

Anti-union behaviour claims

5.1 Legal framework

The Italian legislator, in transposing the European Directive 2019/1152¹⁰⁰, recently amended Legislative Decree n. 152/1997¹⁰¹ through the enactment of Legislative Decree n. 104/2022 (the so-called "Transparency Decree")¹⁰². The Transparency Decree is of interest for the purposes

98 Trib. Palermo 17 November 2023, n. 9590. For a more elaborate analysis of the decision see: I. GIOVANNELLI, *Riders: quando i criteri di valutazione del rendimento sono discriminatori*, in *Il Quotidiano Giuridico*, 4 dicembre 2023.

99 See, for example: G. TRINCHELLA, *Punteggio di eccellenza per i rider è discriminatorio, la sentenza del tribunale del Lavoro di Palermo*, in *Il Fatto Quotidiano*, 20 November 2023; REDAZIONE, *Il sistema di selezione per i rider è discriminatorio: la sentenza del Tribunale di Palermo contro Glovo*, in *Open*, 20 November 2023.

100 European Parliament and Council Directive (EU) 2019/1152 of 20 June 2019 on transparent and predictable working conditions in the European Union. For further information see a: D. GEORGIOU, *The new EU Directive on Transparent and Predictable Working Conditions, in the context of new forms of employment*, in *Eur. Jour. Ind. Rel.*, 2022, vol. 28, n. 2, p. 193 ff.

101 Specifically, the Transparency Decree amended d.lgs. n. 152 of May 26, 1997, implementing Directive 91/533/EC concerning the employer's obligation to inform the employee of the conditions applicable to the employment contract or relationship.

102 d.lgs. 27 June 2022, n. 104, see among others: 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, n. 1, p. 7-40; M. PERUZZI, *Intelligenza artificiale e lavoro, uno studio sui poteri datoriali e tecniche di tutela*, Giappichelli, Torino, 2023, pp. 94-106; G.A. RECCHIA, *Condizioni di lavoro trasparenti, prevedibili e giustiziabili: quando il diritto di informazione sui sistemi automatizzati diventa uno strumento di tutela collettiva*, in *Lab. Law Iss.*, 2023, vol. 9, n. 1, p. R.32-R.57; E. DAGNINO, *Il diritto interno: i sistemi decisionali di monitoraggio (integralmente) automatizzati tra trasparenza*



of this analysis because, going beyond Dir. 2019/1152 and anticipating certain obligations that will be contained in the Directive on improving working conditions in platform work (the so-called “PWD”)¹⁰³ that is on the verge of being approved¹⁰⁴, has introduced a new legal provision specifically dedicated to information requirements on fully¹⁰⁵ automated decision-making and monitoring systems¹⁰⁶, like those that are often used by digital labour platforms.

In short, Article 1-bis of Legislative Decree 152 of 1997 goes beyond the information and access rights provided by the GDPR as it obliges employers (or principals) to provide a more detailed set of information not only to individual workers but also to trade unions. Therefore, this provision aims to directly overcome the issue of algorithmic opacity, so that the algorithm’s operating mechanism can be more easily understood by workers and unions¹⁰⁷, also with a view of obtaining more information and evidence to better enforce their rights in court.

More specifically, this provision does not merely stipulate that the employer (or principal) must inform workers of the use of such systems (Paragraph 1), prior to the start of their work activities, but also defines an extremely detailed information obligation concerning specific technical qualities such as the logic and operation of the automated systems, control measures adopted for automated decisions, the dataset and the main parameters used to program the

e coinvolgimento, in M. BIASI (edited by), *Diritto del lavoro e intelligenza artificiale*, Giuffrè, Milano, 2024, p. 147 ff.. For an English overview on this rulings, see: L. ZAPPALÀ, *Transparency and Comprehensibility of Working Conditions and Automated Decisions: Is it Possible to Open the Black Box?*, in *Ital. L. Jour.*, 2023, vol. 9, n.2, pp. 623 ff.

103 As noted by A. ALOISI-N. POTOCKA-SIONEK, *De-gigging the labour market? An analysis of the ‘algorithmic management’ provisions in the proposed Platform Work Directive*, in *Ital. Lab. L. e-Jour. Issue*, 2022, vol. 15, n. 1, pp. 29-50.

104 See footnotes 144 and 145.

105 A few months after the ‘Transparency Decree’'s approval, the so-called “Labor Decree” (d.l. 4 May 2023, n. 48, converted into l. 3 July 2023 n. 85) was issued which, with a view to lighten the burden on companies, limited the employer’s obligation to provide information to cases where the systems are fully automated. The “Labor Decree” also amended Paragraph 8, which, as of today, states: «*the information obligations under this article do not apply to systems protected by industrial and commercial secrecy*». For further information on these legislative amendment, which is beyond the scope of this article, see: E. DAGNINO, *Modifiche agli obblighi informative nel caso di utilizzo di sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati (art.26, comma 2, d.l. n.48/2023)*, in E. DAGNINO et al. (eds.), *Commentario al d.l. 4 maggio 2023 n.48 c.d. ‘decreto lavoro’*, Adapt University Press, Bergamo, 2023, pp. 56-63.

106 The provision has been sharply criticized by a part of the Italian scholarship in terms of its compatibility with the European source and the interpretative difficulties it has given rise to: see, for example M. FAIOLI, *Giustizia contrattuale, tecnologia avanzata e reticenza informativa del datore di lavoro. Sull’imbarazzante ‘truismo’ del decreto trasparenza*, in *Dir. rel. ind.*, 2023, n. 1, pp. 45-60). However, another part of the Italian scholarship has welcomed the introduction of this provision mostly because it can constitute an effective antibody against algorithmic opacity: see, for example, G.A. RECCHIA, *op. cit.*, pp. R.32-R.57.

107 As argued by 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*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2023, n. 1, pp. 1009-1012.



systems, as well as the level of accuracy, robustness and cybersecurity related to the same (Paragraph 2). Aiming at guaranteeing dynamic transparency, it also guarantees workers the right to be informed in writing regarding any changes affecting the information provided in the beginning (Paragraph 5), which otherwise would be limited to taking a snapshot of the situation existing before the beginning of the employment relationship¹⁰⁸.

In addition to the above, workers are also given a right of access to the data and to request additional information to those already given prior to the start of the work activities, which can be exercised directly by the worker or through the territorial unions or company works councils (Paragraph 3).

The most significant innovation is that the Transparency Decree has identified as rightsholders not only individual workers but also unions, when providing that all information and data have to be provided also to works councils and, in their absence, to the territorial branches of the comparatively most representative trade union associations at national level (Paragraph 6). In short, the Transparency Decree has multiplied the information channels, thus trying to guarantee algorithmic transparency both at individual and collective level¹⁰⁹.

It is also worth noting that the personal scope of this provision (Paragraph 7) is very broad, including not only employment relationships, but also coordinated and hetero-organized workers¹¹⁰. This implies that platform workers can be surely considered as falling into the scope of this provision without any classification issue.

Finally, it is worth understanding who has legal standing to enforce the above rights. If there is no doubt that the individual worker can take legal action to protect his/her individual right to receive the above information, trade unions, as holders of the same rights, also have legal standing to enforce their own rights. In this respect, it should be noted that Italian law provides trade unions, in addition to the ordinary action¹¹¹, the special procedure provided by Article 28 of the Law n. 300/1970 (the so-called “Workers’ Statute”) aimed at suppressing anti-union behaviour. Under this provision, if the employer engages in conduct aimed at preventing or restricting the exercise of trade union freedom and activity, as well as the right to strike, the interested local bodies of national trade unions can demand that the judge order the employer to cease the unlawful conduct and to remove its effects¹¹². The anti-union behaviour procedure is particularly effective, especially compared to the ordinary procedure,

108 On this issue see L. TEBANO, *I diritti di informazione nel d.lgs.104/2022. Un ponte oltre la trasparenza*, in *Lav. dir. eu.*, 2024, n. 1, p. 6.

109 G.A. RECCHIA, *op. cit.*, pp. 44-45.

110 On this issue, see: F. FERRARO, *L'estensione degli obblighi informative alle collaborazioni coordinate e continuative e alle collaborazioni organizzate dal committente*, in D. GAROFALO-M. TIRABOSCHI-V. FILI-A. TROJSI (eds.), *Trasparenza e attività di cura nei contratti di lavoro. Commentario ai decreti legislativi n.104 e n.105 del 2022*, Adapt University Press, Bergamo, 2023, p.87 ff.

111 Art. 414 of the Italian Civil Procedure Code.

112 For general information on the provision, see: T. TREU, *op. cit.*, pp. 209-211 and A. DE MATTEIS-P. ACCARDO - G. MAMMONE, *National Labour Law Profile: Italy*, in *ilo.org*, accessed 13 March 2024.



because it is quick¹¹³, the decision is immediately enforceable and, if the employer does not comply, the conduct constitutes a criminal offence¹¹⁴.

5.2 Cases

By explicitly recognizing the right of trade unions to access data and request information on automated systems, the provision contained into the Transparency Decree seems to fit in perfectly with the CGIL's strategy of turning to litigation, especially to overcome algorithmic opacity. It is therefore no coincidence that, just over a year after this provision came into force, three distinct rulings¹¹⁵ have already been handed down. All of them arose from trade union requests to ascertain the anti-union behaviour of some digital platforms, operating in the food delivery sector, which had failed to comply with the information obligations introduced by the Transparency Decree, on the assumption that this conduct restricted union activity.

In all three cases, the judges, before examining the main issue, ruled on the objection of inadmissibility raised by the respondent platforms on the grounds that the special procedure under Article 28 of the Workers' Statute applies only to violations concerning employees¹¹⁶. Referring to the now well-established case-law which recognises that riders, if not employees, are at least hetero-organized workers¹¹⁷, the judges pointed out that, given the statutory extension of the discipline of the employment relationship to hetero-organized collaborations¹¹⁸, platform workers fall within the scope of Article 28 of the Workers' Statute¹¹⁹.

In the first case¹²⁰, the Tribunal of Palermo ruled that the conduct of Uber Eats, which had refused to provide the CGIL with the requested information on automated decision-making and monitoring systems, restricted and compromised union activity, thereby legitimizing the request for the release of information under Article 28. The heart of the ruling is the part in

113 According to Art. 28 of the Workers' Statute, the judge must summon the parties within two days and acquire summary information. If he/she finds that there is a violation, his/her decision shall be adopted by means of a decree that is immediately enforceable and may be opposed by appealing to the same court but shall remain effective until the court's decision regarding the opposition.

114 According to Art. 28 of the Workers' Statute, the employer who does not obey the order issued by the judge is punished according to Art. 650 of the Italian Penal Code.

115 Trib. Palermo 3 April 2023, n. 14491, in *Arg. Dir. Lav.*, 2023, n. 5, pp. 1004-1019, on which see S. RENZI, *op. cit.*; Trib. Palermo 20 June 2023, in *DeJure (IUS Lavoro)*, 26 July 2023, on which see P. PATRIZIO, *Il mancato rispetto datoriale degli obblighi informativi costituisce condotta antisindacale*; Trib. Turin 5 August 2023, in *ForoPlus*, on which see A. SCELSI, *L'informativa sui sistemi automatizzati, se lacunosa, integra gli estremi della condotta antisindacale*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2024, n. 1, pp. 111 ff.

116 See Trib. Florence 9 February 2021, which ruled that ex Article 28 appeal was precluded to trade union representative riders.

117 For a review of rulings that have acknowledged the subordinate/hetero-organized nature of the relationship of riders see, *supra*, footnotes n. 54 and 68.

118 As already highlighted in Section 3, Article 2 of d.lgs. n. 81 of 2015 expressly extends the rules of the employment relationship to collaborations hetero-organized by the principal.

119 See Trib. Bologna 30 June 2021, n. 2170; Trib. Milan 28 March 2021; Trib. Florence 24 November 2021, n. 781; Trib. Bologna 12 January 2023; all available on *Wikilabour.it*.

120 Trib. Palermo 3 April 2023, n. 14491. See, *supra*, footnote n. 112.



which the judge, recalling the provisions of Article 1-bis paragraph 6, clarifies that the right to receive information is recognised also to trade unions and, therefore, «*in addition to and not as an alternative to the possible prior disclosure of the same to the worker*»¹²¹.

The second decision¹²², issued by the Tribunal of Palermo against the company Foodinho, contains some interesting new elements. In particular, the Tribunal had to determine the meaning of fully automated systems, in order to be able to verify the existence of the disclosure violation¹²³. In determining the defendant's anti-union behaviour, the Tribunal defined "fully" automated only those systems that «*do not involve human intervention at the decision-making or monitoring stage, regardless of any intervention at the previous stages*»¹²⁴. Another peculiarity of the Uber Eats case is that, during the trial, Foodinho disclosed the information to the claimant's trade union, which in turn questioned its completeness. In this case, the Tribunal examined the content of the disclosed information and found that it was completely general and insufficient to meet the legal obligations, as it did not contain any indication of the parameters used to book slots, nor of the weight and criteria used to profile riders and allocate order proposals.

The same position is more clearly expressed in the reasoning of the third case¹²⁵, again against the Foodinho platform, in which the Tribunal of Turin found that not only the refusal to provide information, but also disclosure of incomplete and generic information, could be considered as anti-union behaviour. Following in the Palermo rulings' footsteps¹²⁶, the Tribunal of Turin went a step further. After a detailed comparison between the information requested by the unions and the information provided by the company ¹²⁷, the Tribunal painstakingly listed the shortcomings of the latter, distinguishing between information that

121 Trib. Palermo 3 April 2023, n. 14491, cit.

122 Trib. Palermo, 20 June 2023. See, *supra*, footnote n. 112.

123 As already argued, the d.l. 4 May 2023, n. 48, limited the disclosure obligations provided for in Article 1-bis only to cases where fully automated systems are used; see, *supra*, footnote n. 101.

124 For a more in-depth analysis of the court's reasoning with reference to the changes introduced by the d.l. 4 May 2023, n. 48, that amended the original provision introduced by the Transparency Decree, see G. PELUSO, *Obbligo informativo e sistemi integralmente automatizzati*, in *Lab. Law Iss.*, 2023, vol. 9, n. 2, pp.99-118; G.A. RECCHIA, *op. cit.*, pp. 53-54, in the part that argues that by outlining the objective field of application of the discipline that way, it would be very difficult to find systems that are not 'fully automated' and for which there is no disclosure requirement.

125 Trib. Torino, 5 August 2023. See, *supra*, footnote n. 112.

126 Both in terms of the ownership of the right to receive the information, and with reference to the anti-union nature of the employer's refusal to disclose the information stipulated in Article 1-bis of the Transparency Decree.

127 Again, similarly to what happened in Palermo, the company initially refused to disclose the information to the union and then fulfilled its information obligation in the course of the court case.



was completely omitted¹²⁸ and information that was incomplete¹²⁹. The Tribunal concluded that the deficiencies in the information provided prevented the CGIL from truly understanding the rationale behind the operation of the automated systems, thus hindering union activity¹³⁰.

The three decisions, which were made public both through CGIL press releases¹³¹ as well as local and national newspapers¹³², show that, while there is a risk that disclosure obligations may become a mere bureaucratic requirement, this risk does not materialise if trade unions are involved, especially as the relevant rights holders, as they can better enforce information and access rights to fully promote algorithmic transparency.

6. Why the case study of the CGIL can be of interest of those trade unions open to resort to strategic litigation to reduce the justice gap of platform workers (and beyond)

Our analysis began with the following hypothesis: trade unions are better placed than individuals to fill the justice gap faced by platform workers. After highlighting the theoretical reasons for this claim in Section 2, we sought, in Sections 3, 4 and 5, to test the above hypothesis by examining the litigation strategy pursued by the CGIL against platforms over the last four years.

We believe that the cases discussed above confirm the above hypothesis.

In relation to classification claims, the one brought by a CGIL trade unionist before the Tribunal of Palermo was the first one in Italy to find that a platform worker was an employee¹³³. This decision followed several cases, brought by individual workers, in which courts had ruled that platform workers were independent contractors or hetero-organised workers¹³⁴. The decision of the Tribunal of Palermo was a turning point in Italy and may also

128 For example, the court notes how no information was provided both on the aspects of the employment relationship that are affected by the use of the systems (Art. 1-bis, para. 2(a)), and on the level of accuracy, robustness and cybersecurity of those systems (Art. 1-bis, para. 2(f)).

129 For example, the judge points out the failure to render explicit the specific calculation functions used by the platform to quantify the riders' excellence score.

130 For further information on the ruling see: L. TEBANO, *Obblighi di informazione collettiva e sistemi integralmente automatizzati: antisindacalità della condotta omissiva e della comunicazione insufficiente*, in *DeJure (IUS Lavoro)*, 13 novembre 2023 and A. SCELSI, *L'informativa sui sistemi automatizzati, se lacunosa, integra gli estremi della condotta antisindacale*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2024, n. 1, pp. 111 ff.

131 CGIL, *RIDER. Nuova sentenza a Palermo obbliga piattaforma a svelare logica algoritmo*, 21 giugno 2023, available at nidil.cgil.it; CGIL, *RIDER. A Torino, nuova condanna per piattaforme food delivery*, 9 agosto 2023, available at nidil.cgil.it.

132 For example, see: F.Q., *Uber Eats condannata per 'condotta antisindacale': dovrà svelare l'algoritmo che organizza il lavoro dei rider*, in *Il Fatto Quotidiano*, 6 aprile 2023; A. DE LUCA-L. PICCIARELLI, *Rider, la violazione del decreto Trasparenza sugli strumenti automatizzati è condotta antisindacale*, in *Il Sole 24 Ore*, 5 May 2023; REDAZIONE, *Rider, sindacati vincono a Palermo ricorso contro Glovo*, in *Palermo Today*, 22 giugno 2023.

133 Trib. Palermo 24 November 2020, cit.; see, *supra*, footnote n. 55.

134 See footnotes n. 53 and 54, *supra*, in Section 3.2 listing the rulings concerning the status of platform workers before the decision of the Tribunal of Palermo.



have had a positive spill-over effect for platform workers, because, in the majority of the subsequent cases on the classification issue, also when not orchestrated by the CGIL, Italian courts found that platform workers were employees (or at least hetero-organised workers)¹³⁵.

In relation to discrimination claims, the two cases brought by the CGIL before the Tribunal of Bologna¹³⁶ and the Tribunal of Palermo¹³⁷ are, to our best knowledge, the only cases in the world in which courts found an algorithm to be discriminatory¹³⁸. Considering that individual litigants also often have many difficulties in proving human discrimination¹³⁹ and that algorithmic opacity creates additional obstacles in gathering information and evidence about the alleged discrimination¹⁴⁰, it seems fair to conclude that the CGIL has done a tremendous job in preparing and conducting these litigations.

In relation to information and access rights claims, the CGIL has been successful in enforcing them as soon as Italian law has explicitly granted them to trade unions¹⁴¹ (and not just to individual workers, as happened since the enactment of the GDPR). Individual information and access rights are certainly important regulatory antibodies against algorithmic opacity¹⁴². However, the only cases where they have been used strategically by individual workers have been those where trade unions, both in Italy and abroad, have been the mastermind behind the individual claimants¹⁴³. In other words, without trade unions, these rights would have been in danger of remaining on paper. The cases discussed above further shows that trade unions are more effective in enforcing them when they are recognised by the legal system as the right holder of information and access rights.

In light of the above, it is therefore possible to confirm the hypothesis that trade unions are better actors than individuals in reducing the justice gap suffered by platform workers.

135 See footnote n. 68, *supra*, in Section 3.2 listing the rulings concerning the status of platform workers after the decision of the Tribunal of Palermo.

136 Trib. Bologna 31 December 2020, cit.; see, *supra*, footnote n. 85.

137 Trib. Palermo 17 November 2023, cit.; see, *supra*, footnote n.98 .

138 Except for one claim filed in the UK that has not reached the decision stage yet, as reported by C. HIEBL, *Jurisprudence of national courts*, cit.

139 O. LOBEL, *The Equality Machine. Harnessing Digital Technology for a Brighter, More Inclusive Future*, Public Affairs, 2022, p. 48 and A. KELLY-LYTH, *Algorithmic discrimination at work*, cit., p. 160.

140 G. GAUDIO, *Algorithmic Bosses Can't Lie!*, cit., pp. 725-729 and J. GERARDS-R. XENIDIS, *op. cit.*, pp. 69 and 74.

141 Trib. Palermo 3 April 2023, cit.; Trib. Palermo 20 June 2023, cit.; Trib. Torino 5 August 2023, cit.; see, *supra*, footnote n. 112.

142 G. GAUDIO, *Algorithmic Bosses Can't Lie!*, cit., pp. 734-736.

143 In Italy, see Trib. Palermo 24 November 2020, cit., discussed in Section 3 above and, in the Netherlands, see the claims brought by individual workers, whose litigation strategy was coordinated by App Drivers & Couriers Union, who successfully enforced information and access rights provided by the GDPR: ADCU, *Uber ordered to pay €584,000 in penalties for failure to comply with court order for algorithmic transparency in robo-firing case brought by Worker Info Exchange & ADCU*, 2023, and WIE, *Historic digital rights win for WIE and the ADCU over Uber and Ola at Amsterdam Court of Appeal*, 2023, where it is possible to find the English translation of the decisions of the Amsterdam District Court against the platforms Uber and Ola.



Nevertheless, it cannot always be taken for granted that trade unions will adopt strategies similar to those of the CGIL, as a number of legal and non-legal conditions must be in place for others to do the same.

The first condition to be met is that the legal system must provide a set of rules that are conducive to algorithmic litigation. The first set of rules are those that provide regulatory antibodies against algorithmic opacity, such as information and access rights, rules that shift the burden of proof and those that establish presumptions, as well as those that allow judges to disclose evidence that are under the platform's control. The second set of rules are those that confer legal standing on trade unions to enforce individual rights, through representative actions or *actiones popularis*, or those that explicitly confer certain rights directly on trade unions, which thus have legal standing to enforce them, as has recently happened in Italy. All these provisions were included in the PWD proposal¹⁴⁴ and are now contained, albeit in slightly amended form, in its latest version, which is now close to final adoption¹⁴⁵.

The second condition to be met is not a legal one and concerns the actual willingness of unions to resort to litigation. This cannot be taken for granted for two reasons¹⁴⁶. First, unions aim to protect the interests of their members through collective bargaining and industrial action. In carrying out these functions, unions tend to have conflicts with employers or their associations over non-legal interests (e.g., negotiating better pay arrangements) rather than over rights, the latter being the only ones that can be legally enforced¹⁴⁷. Second, even when they do have a dispute with their counterparts over rights (particularly when this relates to individual rights rather than union rights), unions have traditionally been suspicious of litigation, which is seen as expensive, time-consuming and inefficient compared to more traditional forms of action such as strikes, not least because it can seriously backfire¹⁴⁸. For all these reasons, unions have traditionally been reluctant to systematically resort to litigation especially in those historical junctures, industries and/or situations characterised by high union density and mature collective bargaining relationships, where unions have no particular difficulty in mobilising workers through more traditional forms of action¹⁴⁹.

On the contrary, where union density and collective bargaining decline, unions tend to be more open to litigation¹⁵⁰. This may be a way of re-intermediating the dis-intermediation that has broadly characterised the modern labour market and, in particular, the market segment

144 Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on improving working conditions in platform work COM/2021/762 final: for the reference to the provisions useful to trade union algorithmic litigation, see G. GAUDIO, *Litigating the Algorithmic Boss in the EU*, cit., pp. 115-119.

145 EU PARLIAMENT, *Parliament adopts Platform Work Directive*, 24 April 2024.

146 G. GAUDIO, *Litigating the Algorithmic Boss in the EU*, cit., pp. 122-123.

147 R. FLAMMIA, *Contributo all'analisi dei sindacati di fatto. Autotutela degli interessi di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1963, p. 64 ff.

148 K. LÖRCHER, *op. cit.*, pp. 153-154.

149 T. COLLING, *Court in a Trap? Legal Mobilisation by Trade Unions in the United Kingdom*, in *Warwick Papers in Industrial Relations*, WP n. 91, 2009, p. 4; A. LASSANDARI, *L'azione giudiziale come forma di autotutela collettiva*, in *Lav. Dir.*, 2013, n. 2/3, pp. 327-328; C. GUILLAUME, *When trade unions turn to litigation: 'getting all the ducks in a row'*, in *Ind. Rel. Jour.*, 2018, vol. 49, n. 3, p. 239.

150 T. COLLING, *op. cit.*, p. 4 and C. GUILLAUME, *op. cit.*, pp. 235-239.



related to digital labour platforms¹⁵¹, where unions, especially at first, had particular difficulty organising platform workers who did not even share the same physical workplace¹⁵².

However, this strategic approach to enforcement is only effective if unions are able to integrate it into their broader strategies to serve two different purposes¹⁵³. First, the meta-legal purpose of mobilising workers¹⁵⁴, especially those who are not union members¹⁵⁵, also to raise public awareness¹⁵⁶, induce societal change¹⁵⁷ and possibly influence policymakers¹⁵⁸. Second, litigation can be a strategic tool to achieve the para-legal purpose of strengthening collective bargaining because trade unions can use even the threat of litigation to put pressure on employers and possibly open up new bargaining channels or reopen those that appeared to have dried up¹⁵⁹.

These conditions seem to have been met in the platform workers' saga. Initially, trade unions struggled to mobilise platform workers, mainly because, being mostly classified as independent contractors, they were generally neither covered by collective bargaining nor entitled to union representation¹⁶⁰. The use of litigation has been a fundamental strategy, not

151 I. ARMAROLI, *Organising disintermediation. A strategy for unions to survive*, in *Adapt International Bulletin*, 26 July 2017, also for the references to the international literature.

In the Italian literature, on the same topic, see B. CARUSO, *La rappresentanza delle organizzazioni di interessi tra disintermediazione e reintermediazione*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, n. 326, 2017; G. SANTORO-PASSARELLI, *op.cit.*, p. 417 ff.; V. FILÌ, *I diritti sindacali nella dimensione transnazionale del lavoro (alla prova della sfida tecnologica e delle transizioni occupazionali)*, in *Var. Temi Dir. Lav.*, 2021, n. 3, p. 625 ff.

152 See A. BELLAVISTA, *L'unità produttiva digitale*, *cit.*, p. 97 ff. who also stresses the importance of readapting and reinterpreting certain union rights to better face the challenges posed by the digital revolution.

153 A. BOGG, *Can We Trust the Courts in Labour Law? Stranded Between Frivolity and Despair*, in *Int. Jour. Comp. Lab. L. & Ind. Rel.*, 2022, vol. 38, n. 2, p. 131 and E. KIRK, *The Worker and the Law Revisited: Conceptualizing Legal Participation, Mobilization and Consciousness at Work*, in *Int. Jour. Comp. Lab. L. & Ind. Rel.*, 2022, vol. 38, n. 2, p. 171. Specifically on platform workers, see J. MOYER-LEE-N. COUNTOURIS, *op. cit.*, p. 33.

154 T. COLLING, *op. cit.*, and, more recently, E. KIRK, *The Worker and the Law Revisited: Conceptualizing Legal Participation, Mobilization and Consciousness at Work*, in *Int. Jour. Comp. Lab. L. & Ind. Rel.*, 2022, vol. 38, n. 2, pp. 170-171.

155 Z. RASNAČA, *Special Issue Introduction*, *cit.*, pp. 414-417.

156 K. LÖRCHER, *op. cit.*, p. 145.

157 J. MEAKIN, *Labour Movements and the Effectiveness of Legal Strategy: Three Tenets*, in *Int. Jour. Comp. Lab. L. & Ind. Rel.*, 2022, vol. 38, n. 2, p. 187.

158 S. DEAKIN, *Failing to Succeed? The Cambridge School and the Economic Case for Minimum Wage*, in *Int. Jour. Comp. Lab. L. & Ind. Rel.*, 2022, vol. 38, n. 2, p. 211.

159 T. COLLING, *op. cit.*, p. 8 and, in relation to the issues analysed in this article, J. MOYER-LEE-N. COUNTOURIS, *op. cit.*, p. 33 and G. GAUDIO, *Litigating the Algorithmic Boss in the EU*, *cit.*, p. 124.

160 H. JOHNSTON-C. LAND-KAZLAUSKAS, *Organizing On-demand: Representation, Voice and Collective Bargaining in the Gig Economy*, ILO Working Paper Series on Conditions of Work and Employment, WP n. 94, 2019, pp. 24-30. In this respect, it shall be noted that workers characterized as independent contractors, including platform workers, also faced legal struggles in anti-competition laws: in general, see M. BIASI, *'We Will All Laugh at Gilded Butterflies'. The Shadow of Antitrust Law on the Collective*



only in Italy but also in other European countries, to better enforce the rights of platform workers, especially in classification claims, as part of a broader strategy to mobilise them. This strategy has been quite successful, given that the judicial trend across Europe is generally moving from considering platform workers as independent contractors and towards classifying them as employees (or at least in other mixed status)¹⁶¹, and that, thanks also to the trade union movement, the social and political debate on their working conditions has been at the centre of the agenda of many lawmakers in Europe, including the EU¹⁶².

Compared with other similar situations in Europe, the Italian situation has certain particular features that makes it a successful example, also from a comparative perspective. First, this litigation was not conducted by independent unions, as has happened in other countries¹⁶³, but by a traditional union such as the CGIL. As previous research has noted, this may have been a factor, as traditional unions, compared to independent ones, generally have greater skills and resources to better strategize the litigation in order to achieve broader positive outcomes¹⁶⁴. Secondly, the number of lawsuits initiated before Italian courts, the fact that almost all of them have been successful, and the media attention that these initiatives have received do not seem to find comparison abroad. In addition, despite the general reluctance of the platforms to come to terms with the trade unions¹⁶⁵, the CGIL has been able to conclude some collective agreements covering platform workers, both at company and national level¹⁶⁶.

Negotiation of Fair Fees for Self-Employed Workers, in *Eur. Lab. L. Jour.*, 2018, vol. 9, n. 4, p. 354 ff. and I. LIANOS-N. COUTOURIS-V. DE STEFANO, *Re-thinking the Competition Law/Labour Law Interaction: Promoting a Fairer Labour Market*, in *Eur. Lab. L. Jour.*, 2019, vol. 10, n. 3, p. 291 ff. With specific reference to platform workers, see also M. DOHERTY-V. FRANCA, *Solving the 'Gig-Saw'? Collective Rights and Platform Work*, in *Ind. L. Jour.*, 2020, vol. 49, n. 3, p. 352 ff.

161 As it emerges from the case analysis carried out by C. HIERL, *Jurisprudence of national Courts confronted with cases of alleged misclassification of platform workers: comparative analysis and tentative conclusions (Updated to 31 August 2022)*, Report prepared for the European Centre of Expertise in the field of labour law, employment and labour market policies (ECE) of the European Commission, 2022.

162 G. GAUDIO, *Litigating the Algorithmic Boss in the EU*, cit., pp. 125-126.

163 See, for example, the UK case, recently analyzed from two different perspectives by R. DUKES-E. KIRK, *Legal Change and Legal Mobilisation: What Does Strategic Litigation Mean for Workers and Trade Unions?*, in *Soc. & Leg. Studies*, 2023, advanced publication online, and Z. ADAMS, *Legal Mobilisations, Trade Unions and Radical Social Change: A Case Study of the IWGB*, in *Ind. L. Jour.*, 2023, vol. 52, n. 3, p. 560 ff.

164 C. GUILLAUME, *op. cit.*, pp. 237-238.

165 H. JOHNSTON-C. LAND-KAZLAUSKAS, *op. cit.*, p. 23.

166 In the food-delivery industry, the reference is especially to the company collective bargaining agreement signed by JustEat with the CGIL and other major Italian unions, that has been defined as the CGIL Confederal Secretariat as a mobilization success: see T. SACCHETTI, *Un successo della mobilitazione*, in *Lab. Law Iss.*, 2021, vol. 7, n. 1, p. R.82 ff. More recently, see also the national collective bargaining agreement signed by Assogrocery (the employers' association of those companies offering online shopping services via digital platforms) with the CGIL and other major Italian unions: CGIL, *Shopper, primo accordo tra sindacati e Assogrocery*, 2024, available at nidil.cgil.it. For a comparative overview, that shows how the number of union initiatives (especially with regard to collective bargaining agreements)



In other words, the strategy developed by the CGIL seems to have been successful because the union managed to structurally link a pervasive litigation effort with other initiatives that have efficaciously pursued the meta-legal objective of mobilising workers and the para-legal one of strengthening collective bargaining.

In light of the above, the CGIL case study seems to offer many lessons for those unions in Italy, and especially abroad, interested in using litigation as part of their broader mobilisation strategies. This case study shows how (especially traditional) unions can be powerful enforcement actors to reduce the justice gap suffered by platform workers, and this can be instrumental in pursuing their broader strategies. Moreover, similar strategies can be effective when dealing with employers using algorithmic management devices in conventional or regular workplaces, as their workers may experience similar justice gaps. There are already early signs of innovative legal mobilisation strategies against one of these companies¹⁶⁷, which has made extensive use of algorithmic management practices and, at the same time, has pursued a global strategy to limit union organising¹⁶⁸. In this respect, the CGIL case study can thus offer other unions, especially after the enactment and transposition in the Member States of the PWD that provides useful legal tools to do so, valuable insights into how litigation in the field of algorithmic management can be used strategically as a means to achieve broader union goals, both against platforms and even beyond.

were higher in Italy especially thanks to the role played by traditional trade unions, see M. LAMANNIS, *Collective bargaining in the platform economy: a mapping exercise of existing initiatives*, ETUI Report, 2023.

167 The reference is to the legal mobilization strategies implemented by UNI Global Union against Amazon with the assistance of NOYB, an NGO of lawyers specialising in data protection: see the requests made by warehouse workers throughout the EU to exercise their access rights under the GDPR: NOYB, *Amazon Workers Demand Data-Transparency*, noyb.eu, 2022, available at noyb.eu.

168 For a broader analysis, see G. GAUDIO, *Litigating the Algorithmic Boss in the EU*, cit., pp. 122-130.



FOCUS



FOCUS

**L'INCOMPATIBILITÀ DEGLI INCARICHI NELLA
PREVISIONE DELLA L. 190/2012 E NEL D.LGS. 39/2013,
RIFLESSIONI ALLA LUCE DELLA SENTENZA DELLA
CORTE COSTITUZIONALE N. 98 DEL 4 GIUGNO 2024****Enrica Olla***

Abstract: il presente lavoro intende affrontare l'argomento dell'incompatibilità degli incarichi, trattando la figura nel suo sviluppo evolutivo anche alla luce della disciplina in materia di anticorruzione, considerando gli orientamenti espressi in materia dall'ANAC, sino alle ricadute pratiche alla luce dell'ultima sentenza della Corte Costituzionale n. 98 del 4/06/2024.

SOMMARIO: 1. La repressione della corruzione: primi interventi normativi. - 2. Le previsioni del d.lgs. 39/2013: finalità e funzioni. - 3. La disciplina dell'art. 7, comma 2, del d. lgs. 8 aprile 2013, n. 39. Inconferibilità di incarichi a componenti di organo politico di livello regionale o locale. - 4. La sentenza della Corte Cost. n. 98 del 4/06/2024 e la pronuncia di illegittimità costituzionale. - 5. Conclusioni.

1. La repressione della corruzione: primi interventi normativi.

Il tema dell'incompatibilità è parte integrante dell'impianto di norme poste dall'ordinamento a presidio della legalità e costituisce uno dei pilastri su cui poggia il sistema dell'anticorruzione.

La tutela contro la corruzione, a sua volta rappresenta una clausola generale a tutela dei principi generali di buon andamento e imparzialità e più in generale di buona amministrazione¹.

¹ * *Segretario comunale.*

B. LOCORATOLO, A. PEDACI, *Trasparenza e anticorruzione nelle Pubbliche Amministrazioni*, ed. Simone, 2020.



La norma di riferimento, la l. del 6 novembre 2012 n. 190 «*Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione*», viene emanata in un periodo storico particolare, in cui l'esigenza ordinamentale di prendere una posizione di fronte a fenomeni di cattiva o cattivissima amministrazione era diventata improcrastinabile².

All'epoca in cui è stata emanata la l. 190/2012, il contrasto alla corruzione viveva sul piano giuridico, una fase delicata. Da un lato, infatti, la Convenzione di Merida dell'Onu, ratificata dall'Italia nel 2009, era rimasta inattuata, così come le indicazioni OCSE in materia.

Dall'altro, mancava una disciplina nazionale, sebbene in Italia ci fosse un alto tasso di corruzione rispetto ad altri Paesi dell'Unione europea e non solo³.

Ciononostante, si andava maturando, anche a livello scientifico, una cultura della legalità e della trasparenza estesa a vari settori dell'organizzazione amministrativa.

Come precisato nella relazione illustrativa della norma, l'obiettivo del legislatore era la prevenzione e la repressione del fenomeno della corruzione attraverso un approccio multidisciplinare, nel quale gli strumenti sanzionatori si configurano solamente come alcuni dei fattori per la lotta alla corruzione e all'illegalità nell'azione amministrativa.

Ci si rese conto rapidamente della necessità di prevenire la corruzione innanzitutto circoscrivendola a fenomeni individuali, in quanto tali aggredibili, partendo dalla centralità dell'etica pubblica, intesa come generale regola di comportamento per i funzionari pubblici.

Nell'impianto delle misure di prevenzione e contrasto, la corruzione intesa come sistema di percezioni misurabili, in quanto manifestazioni di un costume esistenziale, politico ed economico mutevole nel tempo della storia nazionale, possiede una dimensione particolare e, diviene sinonimo di favoritismo, clientelismo, deviazione del sistema procedimentale di scelta degli interessi pubblici, a vantaggio di gruppi di interessi privati che ottengono posizioni di dominio contrattuale e di mercato⁴.

La società civile avverte la corruzione come declino sociale, logica di scambio, sistema di percezioni misurabili, ombra della politica e ombra dell'economia, e non solo come comportamento deviante, e da tempo richiede un sistema di relazioni con i pubblici poteri improntato ai tre principi indisponibili della legalità, del buon andamento e dell'imparzialità amministrativa⁵.

Solo mediante politiche basate su trasparenza, moralità pubblica e prevenzione sarebbe stato possibile combattere la corruzione in modo sistemico.

2 F. MASTRAGOSTINO, *Danno pubblico ed efficienza dell'amministrazione*, Bologna, 2016.

3 S. PILATO, *La responsabilità amministrativa dalla clausola generale alla prevenzione della corruzione*, Giappichelli, 2019.

4 Sull'impianto originario, si v. B.G. MATTARELLA, M. PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, Giappichelli, 2013.

5 R. CANTONE, *Il sistema della prevenzione della corruzione*, Torino, Giappichelli, 2020.



Si veniva diffondendo una consapevolezza, sul piano innanzitutto culturale, che l'operato della pubblica amministrazione dovesse fondarsi su valori di integrità e irrepremissibilità della condotta pubblica e sull'essere al servizio del bene comune⁶.

La l. n. 190 c.d. Severino è frutto di tale consapevolezza e della conseguente idea di intervenire sul fenomeno della corruzione in modo preventivo, sul piano delle politiche pubbliche e del miglioramento dell'organizzazione amministrativa, e non più soltanto repressivo.

Si passa, dunque, da una prospettiva meramente repressiva e penalistica, a una qualificazione amministrativistica del fenomeno, che ricomprende condotte anche penalmente irrilevanti, e talvolta nemmeno altrimenti sanzionabili, ma che lo Stato vuole evitare perché potrebbero condurre a illeciti⁷.

L'intervento del legislatore ha operato la costruzione di un sistema integrato di repressione e prevenzione, il cui perno è l'Autorità anticorruzione⁸. Quest'ultima è stata oggetto di diversi interventi normativi che hanno segnato da un lato l'eterogeneità delle funzioni, dall'altro le sovrapposizioni sul piano degli strumenti, in particolare nei rapporti tra piani della performance, della corruzione e della trasparenza.

Il sistema normativo delineato dalla L. 190/2012, tiene conto del fenomeno della commistione tra interessi pubblici e privati di chi svolge pubbliche funzioni.

Il conflitto di interessi si può definire come il capovolgimento del principio di imparzialità.

Un conflitto di interessi si determina quando ad un soggetto sia affidata la funzione di cura di un interesse pubblico ed egli contestualmente si trovi ad essere titolare di un interesse privato la cui soddisfazione avviene incrementando i costi o riducendo i benefici dell'interesse funzionalizzato.

Le norme che si occupano di evitare il conflitto di interessi costituiscono una manifestazione del principio di imparzialità previsto nell'art. 97 della Costituzione. Già la Costituzione

6 E. CARLONI, *Corruzione (prevenzione della)*, in *Enciclopedia del diritto - I tematici, Funzioni amministrative*, Milano, Giuffrè, 2022, pp. 319-349.

7 F. PATRONI GRIFFI, *Il contrasto alla corruzione a dieci anni dalla legge 190/2012 (cd. legge Severino)*, in *Giustizia Amministrativa*, 2023.

8 ROBERT KLITGAARD afferma che "la corruzione è un reato basato sul calcolo, non sulla passione. Le persone tendono a corrompere o a essere corrotte quando i rischi sono bassi, le multe e punizioni minime, e le ricompense grandi".

9 Il nostro Paese in ossequio alla Convenzione delle Nazioni Unite e alla Convenzione penale del Consiglio d'Europa, era chiamato a istituire un'autorità statale a livello centrale, che, in coordinamento con altri organi, fosse il riferimento nazionale delle politiche di contrasto alla corruzione. Tale ente fu individuato inizialmente nella CIVIT (Commissione per la valutazione, integrità e trasparenza delle amministrazioni), quanto di più pertinente offrisse all'epoca il mercato, organismo che annoverava tra le sue missioni, in modo non del tutto sistematico, compiti di valutazione delle amministrazioni e di controllo su trasparenza e integrità.

10 IDA ANGELA NICOTRA, *Il conflitto di interessi come declinazione del principio costituzionale d'imparzialità*, *Rivista AIC*, n. 3/2020.



repubblicana pone solide basi su cui sviluppare la regola d'imparzialità; secondo quanto recita l'art. 98 i pubblici impiegati sono "al servizio esclusivo della Nazione".

I cittadini cui sono affidate funzioni pubbliche hanno il dovere di adempierle "con disciplina e onore" (art. 54, 1 e 2 co.), insieme all'obbligo di fedeltà alla Repubblica cui sono tenuti tutti i cittadini.

Il dipendente pubblico è vincolato a svolgere i propri compiti senza abusare della posizione di cui è titolare; i poteri pubblici devono essere esercitati unicamente per finalità di interesse generale.

Ciò impone che le scelte del funzionario devono essere realizzate con l'osservanza del principio dell'equidistanza da tutti coloro che vengono in contatto con il potere pubblico. Per agevolare l'imparzialità degli impiegati, che non dovrebbero essere a disposizione di interessi di parte, ma esclusivamente al servizio della collettività nazionale, l'accesso deve avvenire, salvo ipotesi eccezionali, per concorso⁹.

La selezione meritocratica secondo regole predeterminate rafforza la dimensione dell'imparzialità e della cura esclusiva dell'interesse pubblico.

2. Le previsioni del d.lgs. 39/2013: finalità e funzioni.

Il d.lgs. 39/2013, che ha dato attuazione alla delega contenuta nella l. 190/2012, si inserisce nel contesto politico e giuridico sopra evidenziato.

Nella norma sopra richiamata le disposizioni di delega in materia di inconfiribilità e incompatibilità sono inserite in una politica volta a garantire l'imparzialità soggettiva del funzionario amministrativo che comprende anche la riscrittura dei doveri di comportamento dei dipendenti pubblici, ai quali è finalmente attribuito un sicuro valore giuridico: esso è fonte di responsabilità disciplinare.

I codici si fondano sull'idea di dare una nuova tipizzazione ai comportamenti corretti e a quelli vietati, presupponendo un funzionario in carica che non sia in gravi posizioni di conflitto di interessi.

Lievi conflitti di interesse possono essere superati con il dovere di dichiarazione preventiva e di astensione.

Con l'introduzione dell'art. 6 bis della l. n. 241 del 1990 il responsabile del procedimento e i titolari degli uffici competenti ad adottare i pareri, le valutazioni tecniche, gli atti endoprocedimentali e il provvedimento finale devono astenersi in caso di conflitto di interessi, segnalando ogni situazione di conflitto, anche potenziale. Per prevenire il verificarsi del danno concreto all'ente occorre che il funzionario, portatore di utilità private (che possono essere di tipo economico o anche immateriale), informi l'amministrazione e si astenga dallo svolgimento di una determinata attività.

La tutela anticipata rispetto a fatti di cattiva amministrazione è divenuta un principio generale del diritto amministrativo.

9 I.A. NICOTRA, *Diritto pubblico e costituzionale*, Torino 2019, 263.



Quanto, invece, all'accesso e alla permanenza negli incarichi amministrativi, la l. n. 190 sceglie di innovare radicalmente la precedente disciplina che, sia per i funzionari onorari, soprattutto i componenti di organi politici, sia per i funzionari amministrativi, presentava limiti evidenti, ampiamente segnalati.

La legge dedica attenzione a un sistema di preclusioni temporanee a talune cariche, nei confronti di soggetti che possono essere portatori di situazioni confliggenti con l'interesse pubblico a causa di vicende personali o professionali, pregresse, contestuali o successive, come nel caso dell'inconferibilità, dell'incompatibilità e del *pantouflage*.

Per realizzare compiutamente la "rimozione degli ostacoli" di cui parla l'art. 3, comma 2 della Costituzione che rischiano di far inabissare il principio di imparzialità, l'esercizio delle funzioni pubbliche deve rimanere indenne da contaminazioni da parte di convenienze private o personali dei suoi dipendenti. La disciplina del conflitto di interessi si interseca con il principio di eguaglianza, ponendosi l'obiettivo di neutralizzare situazioni che costituiscano un inciampo alla realizzazione della buona amministrazione.

In coerenza con i principi di buon andamento e imparzialità, l'azione amministrativa si deve basare sulla regola dell'equidistanza per cui nessun organo pubblico può porre in essere atti in favore di sé stesso o di terzi. Il conflitto di interessi concretizza improprie turbative alla effettiva eguaglianza degli amministrati, con la lesione del diritto ad una pubblica amministrazione imparziale.

Il principio di imparzialità, nel suo significato che vieta ogni discriminazione, rientra in quel patrimonio di regole che costituiscono tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri e ha le sue radici nel Trattato dei diritti fondamentali dell'Unione Europea¹⁰.

Per i funzionari professionali il conflitto di interessi è regolato nel d.lgs. n. 39 del 2013 e trova attuazione attraverso l'inconferibilità e l'incompatibilità degli incarichi amministrativi di vertice e dirigenziali, presso le pubbliche amministrazioni e presso gli enti privati in controllo pubblico, nei confronti di determinati soggetti¹¹.

Come scritto espressamente nell'art. 22, le norme in materia di inconferibilità e incompatibilità contenute nel d.lgs. n. 39 sono norme di attuazione degli articoli 54 e 97 della Costituzione.

In particolare, il filtro dell'inconferibilità impedisce il conferimento a causa della provenienza da situazioni personali o professionali che possono "inquinare" il corretto espletamento dell'azione amministrativa.

La disciplina sul conflitto di interessi ha predisposto una serie di strumenti che realizzano una sorta di "stop in entrata" per un tempo limitato rispetto alla attribuzione di incarichi

¹⁰ L'art. 41 TFUE, riconosce il diritto ad una buona amministrazione, "ogni individuo ha diritto a che le questioni che lo riguardano siano trattate in modo imparziale, equo ed entro un termine ragionevole dalle istituzioni e dagli organi dell'Unione".

¹¹ F. PATERNITI, *La tutela preventiva dell'imparzialità della pubblica amministrazione nella nuova normativa anticorruzione*, in L'Autorità Nazionale Anticorruzione, I. A. NICOTRA (a cura di), Torino 2016, 98.



pubblici nei confronti di determinati soggetti che versino in situazioni di difetto di imparzialità.

A livello decentrato le «amministrazioni pubbliche», richiamate dall'art. 1. 1 comma 2 lett. a) del d.lgs. n. 39/2013, che rinvia all'art. 1 comma 2 del d. lgs. n. 165/2001, erano tenute, ai sensi dell'art. 18 comma 3 del decreto, «entro tre mesi dall'entrata in vigore del presente decreto ad adeguare i propri ordinamenti individuando le procedure interne e gli organi che in via sostitutiva possono procedere al conferimento degli incarichi nel periodo di interdizione degli organi titolari». Tale misura, attuativa della legge anticorruzione n. 190/2012, delinea il regolamento di cui ogni amministrazione si sarebbe dovuto dotare, quale elemento fondamentale delle misure anticorruzione poste in essere dall'ente, con espliciti richiami contenuti nel piano triennale di prevenzione della corruzione e trasparenza, oggi confluito nel piano integrato di attività e organizzazione, PIAO¹², che ogni ente deve adottare entro il 31 gennaio di ogni anno.

Perno del procedimento di rilevazione della sussistenza di una causa di inconferibilità ovvero di incompatibilità, nell'assunzione di funzioni o incarichi nell'Ente è il Responsabile per la Prevenzione della Corruzione e Trasparenza (RPCT) che negli enti locali, salvo rare e motivate eccezioni, è rinvenibile nella figura del Segretario Comunale¹³.

Il legislatore, consapevole dell'esistenza di situazioni di conflitto ineliminabili, ha quindi disposto un complesso di previsioni legate a determinate condizioni preclusive all'assolvimento degli incarichi eventualmente affidabili, decretandone l'inconferibilità temporanea o permanente, ovvero l'incompatibilità.

L'inconferibilità è definita dalla norma sopra citata come la preclusione, permanente o temporanea, a conferire incarichi a coloro che abbiano riportato condanne penali per i reati contro la P.A., a coloro che abbiano svolto incarichi o ricoperto cariche in enti di diritto privato regolati o finanziati da pubbliche amministrazioni o svolto attività professionali a favore di questi ultimi, a coloro che siano stati componenti di organo di indirizzo politico.

L'incompatibilità, invece, si sostanzia per il soggetto cui viene conferito l'incarico di scegliere, a pena di decadenza, entro un termine perentorio, tra la permanenza nell'incarico e l'assunzione e lo svolgimento di incarichi e cariche in enti di diritto privato regolati o finanziati dalla p.a. che conferisce l'incarico, lo svolgimento di attività professionali ovvero l'assunzione della carica di componente dell'organo di indirizzo politico.

Le nomine degli incaricati seguono regole di procedimentalizzazione e di trasparenza, affinché siano affinate le misure di prevenzione della corruzione, escludendo zone franche per una lettura sostanziale del precetto normativo, osservando che il d.lgs. n. 39/2013 si

12 Introdotta dall'art. 6 del d. l. n. 80 del 9 giugno 2021, il PIAO è un documento unico di programmazione e governance che sostituisce una serie di Piani che finora le amministrazioni erano tenute a predisporre. Tra questi, i piani della performance, del lavoro agile (POLA) e dell'anticorruzione. L'obiettivo è la semplificazione dell'attività amministrativa e una maggiore qualità e trasparenza dei servizi pubblici.

13 F. PERRONE, A. LAMANNA, *Inconferibilità ed incompatibilità degli incarichi pubblici. L'applicazione della disciplina ed il ruolo del RPCT*, in Rivista web Diritto.it, 2020.



disinteressa dei meccanismi rappresentativi e si concentra piuttosto, avendo riguardo alla visione anti corruttiva che lo ispira, sulle situazioni di inconferibilità/incompatibilità riferibili a chi riveste contemporaneamente incarichi politici e incarichi amministrativi o gestionali nell'ente partecipato, ed in quanto norma di rango primario, in ossequio al principio di gerarchia delle fonti ed al principio di temporalità prevale sulle previsioni dello statuto sociale, ed in ossequio al principio di temporalità, nonché di specialità su altre fonti.

Invero, la disciplina sulle inconferibilità e incompatibilità, oggetto di riordino della disciplina precedente si caratterizza per un'elevata complessità, oltre a comportare rilevanti limitazioni all'accesso al lavoro, il quale costituisce un fondamentale diritto di libertà della persona umana¹⁴.

Con l'art. 1, comma 49, della legge n. 190 del 2012, il Governo è stato delegato a modificare la disciplina vigente in materia di attribuzione di incarichi dirigenziali e di responsabilità amministrativa di vertice nelle amministrazioni pubbliche.

L'attenzione del legislatore delegante è stata rivolta agli incarichi «che comportano funzioni di amministrazione e gestione», con l'esplicito obiettivo «della prevenzione e del contrasto della corruzione, nonché della prevenzione dei conflitti di interessi». In tale contesto, tra gli incarichi oggetto di disciplina sono stati inclusi anche quelli presso gli «enti di diritto privato sottoposti a controllo pubblico esercitanti funzioni amministrative, attività di produzione di beni e servizi a favore delle amministrazioni pubbliche o di gestione di servizi pubblici¹⁵».

In tal modo, con approccio sostanziale, il legislatore delegante ha inteso coinvolgere tutti gli enti che sono chiamati a svolgere una funzione pubblica, a prescindere dalla natura giuridica pubblica o privata e, nel caso degli enti privati, dalla tipologia societaria prescelta. Allo stesso tempo, si è fatto leva su una nozione ampia di funzionario pubblico, tale da ricomprendere, nel solco dell'art. 54, secondo comma, Cost., tutti coloro cui sono affidate «funzioni pubbliche» di rilievo amministrativo, a prescindere dalla natura, pubblica o privata, dell'ente presso il quale l'incarico è ricoperto.

3. La disciplina dell'art. 7, comma 2, del d. l. 8 aprile 2013, n. 39. Inconferibilità di incarichi a componenti di organo politico di livello regionale o locale.

La lettera d), dell'art. 7, comma 2, del d. l. 8 aprile 2013, n. 39, recante «Inconferibilità di incarichi a componenti di organo politico di livello regionale o locale», al quale si rimanda per brevità, disciplina, in attuazione della delega, il divieto di conferire incarichi di amministratore di ente di diritto privato in controllo pubblico da parte di una provincia, di un comune con popolazione superiore a 15.000 abitanti o di una forma associativa tra comuni avente la medesima popolazione, a soggetti che nei due anni precedenti siano stati componenti della

14 R. CANTONE E A. CORRADO, *La difficile applicazione della disciplina in tema di inconferibilità e incompatibilità degli incarichi*, in I.A. NICOTRA (a cura di), *L'Autorità Nazionale Anticorruzione tra prevenzione e attività regolatoria*, cit., 123 ss.

15 Art. 1 comma 49, l. 190/2012.



giunta o del consiglio della provincia, del comune o della forma associativa tra comuni che conferisce l'incarico, ovvero a coloro che nell'anno precedente abbiano fatto parte della giunta o del consiglio di una provincia, di un comune con popolazione superiore ai 15.000 abitanti o di una forma associativa tra comuni avente la medesima popolazione, nella stessa regione dell'amministrazione locale che conferisce l'incarico, nonché a coloro che siano stati presidente o amministratore delegato di enti di diritto privato in controllo pubblico da parte di province, comuni e loro forme associative della stessa regione.

La ratio della norma era chiaramente quella di impedire che lo svolgimento contemporaneo di determinate attività o funzioni possa pregiudicare l'imparzialità dei soggetti coinvolti.

La disciplina in esame distingue le inconferibilità applicabili al livello di governo regionale¹⁶ da quelle riguardanti, nello specifico, il livello di governo locale¹⁷.

Per entrambe le ipotesi vengono dettate previsioni simili, che si sostanziano nel divieto di conferire incarichi amministrativi di vertice o dirigenziali, qualora il soggetto interessato abbia ricoperto analoghe posizioni di provenienza entro un determinato intervallo temporale antecedente al conferimento, il cosiddetto periodo di raffreddamento.

Rispetto alle indicazioni della legge di delega, che aveva all'uopo indicato «*un congruo periodo di tempo, non inferiore ad un anno*»¹⁸, il legislatore delegato ha ritenuto di fissare il periodo di due anni, ovvero di un anno, a seconda che la nuova posizione sia conferita dalla stessa amministrazione, territoriale o locale, presso la quale era stato svolto il precedente incarico, ovvero da un'amministrazione diversa pur se appartenente al medesimo ambito regionale, così attestandosi su una soglia temporale non particolarmente estesa.

La soglia in assoluto più bassa, pari ad un solo anno, è stata individuata quale periodo di raffreddamento per l'ipotesi di inconferibilità che coinvolge sia dal lato degli incarichi di provenienza ostativi, sia dal lato di quelli di destinazione, gli enti di diritto privato in controllo pubblico.

A presidio delle ipotesi di inconferibilità, nonché di quelle di incompatibilità, previste dal Capo V e dal Capo VI del decreto legislativo, il legislatore delegato aveva introdotto un apparato di controllo e di sanzioni.

L'art. 17 del d.lgs. n. 39 del 2013 specifica le conseguenze giuridiche derivanti dalla violazione della disciplina sulle inconferibilità, sancendo che «*gli atti di conferimento di incarichi adottati in violazione delle disposizioni del presente decreto e i relativi contratti sono nulli*».

Per coloro che si siano resi responsabili della violazione del divieto, conferendo incarichi dichiarati nulli, il legislatore ha previsto la sanzione consistente nell'impossibilità per i tre mesi successivi alla dichiarazione di nullità dell'atto, di conferire gli incarichi di propria competenza. Detta sanzione inibitoria si accompagna alla responsabilità per le conseguenze economiche degli atti adottati.

16 Art. 7, comma 1, D.lgs. 39/2013.

17 Art. 7, comma 2, D.lgs. 39/2013.

18 Art. 1 comma 50, l. 190/2012.



Il potere di accertamento della causa di inconferibilità spetta all'RPC, il quale dichiara la nullità della nomina¹⁹.

Inoltre, il Responsabile dell'anticorruzione procede alla verifica dell'elemento soggettivo del dolo e della colpa dei soggetti che componevano l'organo che ha conferito l'incarico, ai fini dell'applicazione della sanzione inibitoria. Il RPC è dunque il dominus del procedimento sanzionatorio, ancorchè egli non sempre goda di effettiva autonomia nei confronti dell'organo di indirizzo dell'ente stesso.

4. La sentenza della Corte Cost. n. 98 del 4/06/2024 e la pronuncia di illegittimità costituzionale.

L'impianto normativo sopra descritto, in particolare, il comma 2 dell'art. 7 del d.lgs. n. 39 del 2013, che delinea le ipotesi di inconferibilità degli incarichi amministrativi nello scenario delle amministrazioni di livello locale province, comuni e relative forme associative, è stato oggetto di diverse pronunce del Giudice Amministrativo²⁰, ove la questione di legittimità costituzionale per eccesso di delega non era stata sollevata.

In quei casi, infatti, l'autorità giudiziaria aveva ritenuto che l'ulteriore previsione, contenuta nell'art. 1, comma 50, lettera d), numero 3), della legge n. 190 del 2012, aveva indicato al legislatore delegato di ricomprendere, tra gli incarichi da regolare, quelli di amministratore di enti pubblici e di enti di diritto privato sottoposti a controllo pubblico.

In segno nettamente opposto, la recente sentenza della Corte cost. n. 98 del 4 giugno 2024 ha dichiarato, per contrasto con gli artt. 3, 4, 5, 51, 76, 97, 114 e 118 della Costituzione, l'illegittimità costituzionale degli artt. 1, comma 2, lettera f), e 7, comma 2, lettera d), del decreto legislativo 8 aprile 2013, n. 39, nella parte in cui non consentono di conferire l'incarico di amministratore di ente di diritto privato che si trovi sottoposto a controllo pubblico da parte di una provincia, di un comune con popolazione superiore a quindicimila abitanti o di una forma associativa tra comuni avente la medesima popolazione in favore di coloro che, nell'anno precedente, abbiano ricoperto la carica di presidente o amministratore delegato di enti di diritto privato controllati da amministrazioni locali.

La disciplina censurata, distingue le inconferibilità applicabili al livello di governo regionale, previste dall'art. 7, comma 1, da quelle riguardanti, nello specifico, il livello di governo locale, disciplinate al comma 2.

Per entrambe le ipotesi vengono dettate previsioni simili, che si sostanziano nel divieto di conferire incarichi amministrativi di vertice o dirigenziali, qualora il soggetto interessato

¹⁹ Il procedimento di accertamento dell'elemento soggettivo della colpevolezza in capo all'organo conferente l'incarico deve svolgersi nel rispetto del principio del contraddittorio, coinvolgendo tutti i componenti che erano presenti al momento della votazione. Gli astenuti e i dissenzienti sono, infatti, esenti da responsabilità ai sensi del comma 1, dell'art. 18 del d.lgs. n.39/2013.

²⁰ Cons. Stato, 5 ^, 11/01/2018, n. 126, Cons. Stato 27/03/ 2020, 5 ^, n. 2149, TAR Emilia Romagna, 1^, 19/07/2018, n. 578.

abbia ricoperto analoghe posizioni di provenienza entro un determinato intervallo temporale antecedente al conferimento, il cosiddetto “periodo di raffreddamento”.

Rispetto alle indicazioni della legge di delega, che aveva all’uopo indicato «*un congruo periodo di tempo, non inferiore ad un anno*», il legislatore delegato ha ritenuto di fissare il periodo di due anni, ovvero di un anno, a seconda che la nuova posizione sia conferita dalla stessa amministrazione, territoriale o locale, presso la quale era stato svolto il precedente incarico, ovvero da un’amministrazione diversa pur se appartenente al medesimo ambito regionale, così attestandosi su una soglia temporale non particolarmente estesa.

La soglia in assoluto più bassa, pari ad un solo anno, è stata individuata quale “periodo di raffreddamento” per l’ipotesi di inconfiribilità che coinvolge sia dal lato degli incarichi di provenienza ostativi, sia dal lato di quelli di destinazione gli enti di diritto privato in controllo pubblico.

La Corte Cost. giunge alla pronuncia di illegittimità costituzionale partendo dalla verifica di conformità della norma delegata a quella delegante.

In ossequio alla giurisprudenza formatasi sul punto, la sentenza ribadisce che la verifica in parola richiede lo svolgimento di un duplice processo ermeneutico che, condotto in parallelo, tocca, da una parte, la legge di delegazione e, dall’altra, le disposizioni stabilite dal legislatore delegato, da interpretare nel significato compatibile con la delega stessa.

Al legislatore delegato può ben essere riconosciuto un margine di discrezionalità²¹, tale da consentirgli di introdurre norme che rappresentino un coerente sviluppo e, se del caso, anche un completamento delle scelte espresse dal legislatore delegante²².

Con riguardo alla discrezionalità del Governo, la pronuncia afferma che la valutazione in proposito debba essere condotta in relazione al grado di specificità dei criteri fissati dalla legge di delega e in coerenza con la *ratio* sottesa a questi ultimi²³.

Tanto più, come nel caso in esame, ove la delega, abbia ad oggetto il riordino della disciplina già esistente in una materia caratterizzata dall’elevata complessità, e tale da comportare rilevanti limitazioni all’accesso al lavoro, il quale costituisce un «profilo particolare del “diritto al lavoro” di cui all’art 4 della Costituzione, più volte qualificato, anche con riferimento ai pubblici uffici, come “fondamentale diritto di libertà della persona umana”²⁴.

21 Corte Cost, sent. n. 100 del 27/05/2020.

22 Corte Cost, sent. n.150 del 16/06/2022.

23 Corte Cost, sent. n. 166 del 27/07/2023.

24 Corte Cost, sent. n. 45 del 9/06/1965, ove la Corte Cost. ha sancito che «*il diritto al lavoro, riconosciuto ad ogni cittadino, è da considerare quale fondamentale diritto di libertà della persona umana, che si estrinseca nella scelta e nel modo di esercizio dell’attività lavorativa. A questa situazione giuridica del cittadino - l’unica che trovi nella norma costituzionale in esame il suo inderogabile fondamento - fa riscontro, per quanto riguarda lo Stato, da una parte il divieto di creare o di lasciar sussistere nell’ordinamento norme che pongano o consentano di porre limiti discriminatori a tale libertà ovvero che direttamente o indirettamente la rinneghino, dall’altra l’obbligo - il cui adempimento è ritenuto dalla Costituzione essenziale all’effettiva realizzazione del descritto diritto - di indirizzare l’attività di tutti i pubblici poteri, e dello stesso legislatore, alla creazione di condizioni economiche, sociali e giuridiche che consentano l’impiego di tutti i cittadini idonei al lavoro*».



All'esito del percorso argomentativo, la Corte Cost. ha stabilito che nella specie, deve escludersi che le disposizioni delegate di cui si tratta rappresentino un coerente sviluppo delle scelte della legge di delegazione.

Infatti, sulla base delle parole impiegate dal legislatore, gli «incarichi oggetto della disciplina», così indicati dalla lettera *d*), altro non sono che quelli che la legge delega intende proteggere dalle interferenze esterne, e cioè gli incarichi di destinazione.

Pertanto, la «disciplina» di cui si discute è quella indicata dalla norma di apertura, il comma 49, che, per l'appunto, delega il Governo a «modificare la disciplina vigente in materia di attribuzione di incarichi».

Nell'individuare gli incarichi di provenienza ostativi, la legge delega si è limitata ad indicare solo quelli di natura «politica» (comma 50, lettera *c*), con esclusione di quelli di natura amministrativo-gestionale (salvo il caso, già ricordato, di cui al comma 50, lettera *b*).

Al contempo, «gli incarichi di amministratore [...] di enti di diritto privato sottoposti a controllo pubblico», di cui alla lettera *d*), numero 3), dello stesso comma 50, assumono rilievo, nella logica della legge delega, solo in quanto incarichi di destinazione, che il comma 49 rende oggetto della disciplina delegata.

D'altra parte, come evidenziato dall'ANAC nell'ambito della sua attività istituzionale di segnalazione e di impulso al Parlamento e al Governo, nelle cariche di presidente e di amministratore, tanto degli enti pubblici, quanto degli enti privati in controllo pubblico, «non si riscontra [...] la titolarità di funzioni di indirizzo politico, ma piuttosto di funzioni di indirizzo politico-amministrativo per gli enti pubblici e di indirizzo politico “aziendale”, per gli enti di diritto privato in controllo pubblico».

La conseguenza di tale ragionamento non poteva essere dunque diversa dall'eliminazione di tali posizioni dal novero di quelle che comportano inconfiribilità, proprio al fine di ricondurre le previsioni del d.lgs. n. 39 del 2013 alla delega della legge n. 190 del 2012²⁵.

L'esigenza di garantire anche l'apparenza dell'imparzialità forma oggetto di una protezione ampiamente anticipata, che trova la propria giustificazione nella natura “politica” della precedente posizione ricoperta dal funzionario, considerata potenzialmente confliggente con tale esigenza. Ciò costituisce l'esito di un bilanciamento operato dal legislatore delegante, che ha ritenuto di sacrificare, entro un certo limite, le istanze pur ricollegabili a interessi costituzionalmente protetti, come l'efficienza dell'agire amministrativo e l'accesso al lavoro dei professionisti, a fronte dell'interesse a garantire l'imparzialità dell'azione amministrativa, anche nella forma ampiamente anticipata della “apparenza” di imparzialità.

25 Comm. di studio ANAC per la revisione della disciplina vigente in materia di prevenzione della corruzione e di trasparenza, luglio 2015, Relazione finale sulla revisione della disciplina vigente in materia di inconfiribilità e incompatibilità degli incarichi presso le pubbliche amministrazioni e presso gli enti privati in controllo pubblico, punto n. 6.



L'ulteriore estensione della garanzia preventiva anche ad ipotesi prive di qualsiasi percepibile collegamento con lo svolgimento di cariche o incarichi "politici" appare, dunque, estranea all'obiettivo perseguito dal legislatore delegante e finisce, anzi, per pregiudicarlo.

Sotto questo profilo, pertanto, si coglie l'aspetto di maggiore frizione della legge delegata rispetto alle previsioni della legge n. 190 del 2012, in quanto l'enucleazione delle ipotesi di inconfiribilità è stata estesa lungo un versante per l'appunto, quello degli incarichi privi di connotazione politica, che non era stato voluto dal legislatore delegante.

Le disposizioni del d.lgs. n. 39 del 2013 avrebbero dovuto prediligere una interpretazione restrittiva delle cause di inconfiribilità che si mantenesse entro i binari indicati dalla legge di delega.

Al contrario, esse hanno incluso, tra le ragioni di inconfiribilità di nuovi incarichi, l'esercizio di pregresse esperienze di natura non politica, anche mediante l'introduzione della definizione di «componenti di organi di indirizzo politico» (di cui all'art. 1, comma 2, lettera *f*, del d.lgs. n. 39 del 2013), la quale, in modo improprio, si riferisce anche alle persone che abbiano preso parte a organi privi di rilevanza politica, quali, per quanto in questa sede interessa, quelli di indirizzo «di enti di diritto privato in controllo pubblico».

In tal modo, si è operata una commistione tra incarichi politici e incarichi di mera gestione amministrativo-aziendale, che devono invece essere tenuti distinti.

5. Conclusioni.

La pronuncia della Corte Cost. oggetto di questa breve riflessione, lungi dal riguardare unicamente il tema dell'incompatibilità, che pure è centrale, pone diverse questioni che non sono trascurabili agli occhi degli operatori giuridici.

Tra queste la riaffermazione dei limiti della delega normativa e il bilanciamento tra i principi fondamentali, in primo luogo l'efficienza dell'agire amministrativo e il diritto all'accesso al lavoro dei professionisti.

Le due questioni, sebbene apparentemente di natura diversa sono tra loro intimamente connesse.

Con riguardo alla prima questione concernente i limiti della delega normativa, sebbene per ragioni di economia dello scritto non si possa in questa sede affrontare compiutamente l'argomento, cionondimeno è doveroso osservare come nelle argomentazioni della Consulta emerga l'esigenza di riaffermare il dovere del legislatore delegato di mantenersi, nell'esercizio della delega, all'interno di essa.

Qualsiasi eccezione alla stretta osservanza del principio in parola, può esitare in ingiustificate limitazioni di altri diritti, egualmente oggetto di tutela costituzionale.

Infine, una breve considerazione deve essere dedicata alle implicazioni della pronuncia sul lato pratico.

Normalmente gli incarichi in parola richiedono competenze tecniche che oltre ad afferire alla preparazione culturale dell'operatore, spesso sono anche frutto delle pregresse esperienze acquisite in incarichi simili presso altri enti.



Assimilare gli incarichi di direzione a quelli di natura strettamente politica, ha limitato fortemente la possibilità di avvalersi di professionalità esperte, con la conseguenza in converso, di attribuire posizioni di grande responsabilità a persone prive della necessaria competenza.

Gli effetti distorsivi di tale orientamento sono duplici, da un lato aver implicitamente svalutato l'esperienza acquisita, dall'altra, aver legato ancora di più all'influenza politica, quei funzionari incaricati,, ottenendo così proprio ciò che il legislatore aveva voluto evitare sin dal principio.



FOCUS

LA COMPLESSITÀ DELLA COMUNICAZIONE D'EMERGENZA E IL POSTO DEGLI ALGORITMI¹

Enzo Cevolin

SOMMARIO: 1. Diritti digitali e comunicazione del rischio e dell'emergenza. - 2. Società del rischio e comunicazione. - 3. Comunicazione e Social media. - 4. Comunicazione d'emergenza e social media e algoritmi. - Bibliografia.

1. Diritti digitali e comunicazione del rischio e dell'emergenza.

Già nel 1979 Simon Nora e Alain Minc, nel Rapporto sull'informatica al presidente della repubblica francese nel coniare il neologismo *telematica*, formato dalla fusione tra telecomunicazioni e informatica, ne avevano intuito l'essenza rivoluzionaria che avrebbe sovvertito i tradizionali rapporti di forza che governano la società contemporanea² dando il via a quella che è stata definita Rivoluzione digitale e va ricompresa in una serie di rivoluzioni industriali susseguitesesi nel tempo, veicolate dalle c.d. "Tecnologie Abilitanti", ovvero tecnologie con un forte impatto non solo sulla produzione ma anche sull'economia e sulla società: così la prima rivoluzione industriale con l'invenzione della macchina a vapore ha prodotto il passaggio dalla produzione manuale ad una prima meccanizzazione della produzione e alla urbanizzazione delle persone; la seconda rivoluzione industriale, con la scoperta dell'elettricità e l'uso del petrolio ha portato attraverso l'introduzione della catena di montaggio in ambito industriale alla produzione di massa; la terza rivoluzione industriale, detta anche Rivoluzione Digitale, che dagli anni sessanta, grazie all'introduzione nelle realtà produttive dell'*Information Technology* di prima generazione come microelettronica, transistor, circuiti integrati, semi-conduttori, microprocessori, *Personal Computer*, è perfezionata fino all'avvento e successiva diffusione di Internet negli anni novanta, consentendo una

¹ Questo documento è in adempimento del programma di ricerca presso l'Università degli Studi di Udine intitolato "Online data e comunicazione d'emergenza: metodologie e tecniche di AI per l'analisi dei contenuti digitali" SSD: M-STO/07 (responsabile scientifica, Emanuela Colombi) e del relativo assegno di ricerca attribuito al progetto "PSD_2022_2025_DMIF_Ric_Interdip." (CUP G23C22002640001).

² Nora S., Minc A., (1979) Convivere con il Calcolatore. Rapporto sull'informatica al presidente della repubblica francese,(1979,1984) Bompiani, Milano.



progressiva automazione della produzione e incidendo profondamente sui settori bancario, dell'energia e delle telecomunicazioni; infine la quarta rivoluzione industriale, che stiamo vivendo oggi, caratterizzata dall'“egemonia del dato”, dall'uso estensivo in ambito industriale delle tecnologie digitali, da una stretta sinergia tra manifattura e servizi e da una progressiva riorganizzazione della società³. Le ultime tappe della rivoluzione digitale che riguardano in modo determinante la comunicazione sono scandite dall'evoluzione di internet in base alla tecnologia *Web*, che si riferisce ai mezzi attraverso i quali i computer comunicano tra loro utilizzando linguaggi di markup e pacchetti multimediali⁴. Dal 1990 al 2000, *Web 1.0*, con l'invenzione di Tim Berners Lee nel 1989 del *world wide web*, che permetteva la consultazione collettiva via Internet di pagine web raggiungibili tramite link: l'internet dei contenuti, contrassegnato da siti web statici, realizzati in semplice HTML, con una frequenza di aggiornamento ridotta, in cui solo i *webmaster* avevano le competenze tecniche necessarie e gli strumenti per aggiornare un sito internet e gli utenti potevano solo usufruire dei contenuti senza creare interazione, secondo la definizione del suo inventore sono stati gli anni dell'“*only read web*”. Gli anni 2000-2006, *Web 2.0*, termine coniato ufficialmente nel 2004 da Dale Dougherty, vicepresidente di O'Reilly Media, definito anche “*read and write web*”, caratterizzato dall'introduzione dei linguaggi di programmazione dinamici che hanno permesso all'utenza non tecnica di interagire con i contenuti dei siti internet: attraverso *Blogs*, *Wiki*, *Social Network*, *Forum* è stata possibile la partecipazione attiva degli utenti alla costruzione, classificazione e distribuzione dei contenuti. Dal 2006, *Web 3.0*, la cui idea di base è definire i dati della struttura e collegarli per una scoperta, automazione, integrazione e riutilizzo più efficaci tra varie applicazioni: noto anche come *Web semantico* tenta di collegare, integrare e analizzare dati provenienti da vari set di dati per ottenere un nuovo flusso di informazioni, in grado di esporre le cose con un approccio comprensibile al computer, in altri termini lo scopo principale del web semantico è quello di rendere il web leggibile dalle macchine e non solo dagli esseri umani. Infine ancora in fase nascente ai nostri giorni il *Web 4.0*, noto anche come *Web simbiotico*, alla base del quale vi è l'interazione tra esseri umani e macchine in simbiosi: sarà il “*read-write-execution-concurrency web*”, dove le macchine sarebbero in grado di leggere i contenuti del web e di reagire sotto forma di esecuzione e decidere cosa eseguire per primo per caricare i siti web velocemente con qualità e prestazioni superiori e costruire interfacce più efficienti e controllabili, in altri termini inizierà a funzionare come un sistema operativo, complementare al cervello umano.

Durante questa rivoluzione tecnologica, inizialmente alcune società private hanno iniziato a fornire servizi volti a razionalizzare e rendere reperibili in modo semplice l'enorme mole di informazioni destrutturate presenti sulla rete Internet. Questi soggetti, i motori di ricerca prima e i social media poi, con i loro algoritmi stabiliscono la rilevanza delle informazioni e come portieri dell'informazione nel cyberspazio (c.d. *gatekeepers*) detengono le chiavi della rete, dando senso alla navigazione degli internauti nel *mare magnum* di internet diventando

3 K. Schwab, *La quarta rivoluzione industriale*, Franco Angeli, 2016.

4 Patil H., Surwade Y., (2018). *Web Technologies From Web 2.0 To Web 4.0.*, in IJSART, Vol. 4, April 2018, pp.810-814.



dei giganti dell'informazione, i c.d. *Over the Top* (OTT)⁵, che "grazie ad una gerarchia liquida, al carattere globale e a-territoriale della rete, al suo travalicare ordinamenti e confini, alla rapidità con la quale le tecnologie mutano e alla volontà iniziale degli Stati di omettere una regolamentazione organica del settore al fine di favorire un nuovo mercato che era apparso sin da subito fiorente, gli OTT si sono mostrati sempre più sfuggenti ad una regolamentazione pubblicistica"⁶. Le politiche legislative dei vari paesi intervennero via via in ordine sparso a seconda delle esigenze ed emergenze: così il Regno Unito con il *Copyright, Designs and Patents Act* del 1988, gli USA con *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA) del 1998, l'Italia con il decreto legislativo 518 del 1992 che estendeva la disciplina sul diritto d'autore italiana (legge n. 633 del 1941) ai software.

Solo tra gli anni 2000 e 2022, l'Unione Europea ha prodotto una normativa fondata sui principi fondamentali, a cominciare dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che "riconosce la tutela dei dati personali come un diritto fondamentale della persona, con una sua specificità ed autonomia, e non soltanto come un aspetto, magari implicito, di una più generale tutela della vita privata. Ai dati personali, infatti, la Carta dedica l'intero articolo 8, anche con un esplicito riferimento alla necessità di una autorità indipendente di controllo, che così si configura come un ineliminabile diritto del cittadino, come un elemento costitutivo del sistema delle garanzie", delineando "un modello europeo che - attraverso convenzioni, direttive, legislazioni nazionali - è progressivamente andato oltre un'idea di *privacy* come puro scudo protettivo contro invasioni esterne" giungendo a definire "un diritto all'autodeterminazione informativa", come "potere di governare il flusso delle proprie informazioni come parte integrante di quella "costituzionalizzazione" della persona che rappresenta uno degli aspetti più significativi delle attuali dinamiche istituzionali". Tale processo è colto nella sua essenza dalla Comunicazione del 26 gennaio 2022 della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni relativa alla definizione di una dichiarazione europea sui diritti e i principi digitali che: a) mette al centro le persone; b) sostiene la solidarietà e l'inclusione, tramite la connettività, l'istruzione, la formazione e le competenze digitali, condizioni di lavoro giuste ed eque nonché l'accesso a servizi digitali online; c) ribadisce l'importanza della libertà di scelta nelle interazioni con gli algoritmi e i sistemi di intelligenza artificiale e in un ambiente digitale equo; d) promuove la partecipazione allo spazio pubblico digitale, aumenta la sicurezza e la protezione e conferisce maggiore autonomia e responsabilità nell'ambiente digitale, in particolare per i bambini e i giovani, garantendo nel contempo il rispetto della vita

5 AGCOM definisce gli OTT «imprese prive di una propria infrastruttura e che in tal senso agiscono al di sopra delle reti, da cui Over-The-Top» e che «forniscono, attraverso le reti IP, servizi, contenuti e applicazioni (. . .) e traggono ricavo, in prevalenza, dalla vendita di contenuti e servizi agli utenti finali (. . .) e di spazi pubblicitari». Cfr. AGCOM, Relazione Annuale 2012 sull'attività svolta e sui programmi di lavoro, p. 28.

6 Montagnani E., (2021), La comunicazione pubblica on-line e la digitalizzazione delle Pubbliche amministrazioni tra pandemia e infodemia, in RID, 1-2021, pp.103-137, p.106.

7 Rodotà S., (2000), Discorso del prof. Rodotà di presentazione della "Relazione per l'anno 2000", reperibile in www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/1335256



privata e il controllo individuale sui dati; e) promuove la sostenibilità⁸. Frutto di questo processo legislativo incentrato sulla persona e i diritti e le libertà fondamentali sono le: la direttiva copyright di recente riforma (direttiva 2019/790/UE), la direttiva *e-Commerce* (direttiva 2000/31/CE), il GDPR (regolamento Ue 2016/679), la Framework Directive sulle reti e i servizi di comunicazione(2002/21/CE), la direttiva Audio Video Media Service (AVMS) (direttiva 2010/13/UE), la direttiva per la protezione dei consumatori (direttiva 2011/83/UE), , il Codice di condotta sull'*hate speech*⁹, l'*Artificial Intelligence Act*, Proposto dalla Commissione europea il 21 aprile 2021 e approvato dal Parlamento europeo il 13 marzo 2024, in attesa del via libera definitivo del Consiglio. Gli esiti più recenti di tale processo legislativo europeo sono il Digital Services Act – DSA (regolamento Ue 2022/2065) e il Digital Markets Act – DMA (regolamento Ue 2022/1925) con “l’idea normativa ambiziosa di disciplinare il mercato a un livello elevato di complessità e di farlo in anticipo sugli altri legislatori mondiali, di contare cioè sul c.d. “*Brussels effect*”, ossia l’effetto trainante della normativa europea, che tende a creare standard *de facto* a livello globale”, in un’ottica realistica, fondata sulla constatazione che “se non possiamo competere in tecnologia, competiamo in diritto, assicurando i nostri valori, cercando di creare le condizioni perché altri li replichino”¹⁰.

L’efficacia extraterritoriale della normativa europea non è un semplice auspicio, ma una realtà, basti pensare al caso Schrems I e II presso la corte di Giustizia dell’Unione Europea sull’applicazione del principio sancito dal Capo V del GDPR (regolamento Ue 679/2016), in base al quale ex art.44 vige un divieto di trasferimento di dati personali dal territorio dell’UE verso paesi terzi, salvo che, nei paesi di destinazione si abbia un livello di protezione del diritto alla tutela dei dati personali sostanzialmente analogo a quello del regolamento Ue. Il Regolamento prevede che tale valutazione sia effettuata direttamente dalla Commissione Ue:

a) con l’adozione di una apposita *decisione di adeguatezza* (art.45 GDPR) in esito a una approfondita analisi di molteplici fattori presenti nel paese di destinazione, tra i quali vi sono: lo stato di diritto, il rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali, la pertinente legislazione generale e settoriale, così come l’attuazione di tale legislazione, le norme in materia di protezione dei dati, le norme professionali e le misure di sicurezza, comprese le norme per il trasferimento successivo dei dati personali verso un altro paese terzo, la giurisprudenza nonché i diritti effettivi e azionabili degli interessati, l’esistenza e l’effettivo funzionamento di una o più autorità di controllo indipendenti nel paese terzo;

8 Comunicazione del 26 gennaio 2022 della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni relativa alla definizione di una dichiarazione europea sui diritti e i principi digitali (COM/2022/27), online: eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022DC0027&from=EN

9 European Commission, The EU Code of conduct on countering illegal hate speech online. Reperibile online: https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/policies/justice-and-fundamental-rights/combating-discrimination/racism-and-xenophobia/eu-code-conduct-countering-illegal-hate-speech-online_en

10 Bolognini L. et al., (A cura di), (2023), Bolognini L., Pelino E., Scialdone M., (A cura di), (2023), Digital Services Act e Digital Markets Act, Giuffrè, Milano.



b) oppure, in caso di assenza di una decisione di adeguatezza approvata da parte della Commissione Ue ai sensi dell'art. 45, § 3, il titolare potrà trasferire dati in paesi terzi solo in presenza di «garanzie adeguate», «diritti azionabili» e «mezzi di ricorso effettivi» (art.46 GDPR), attraverso l'inserimento di accordi tra le parti oggettivizzati in base a *clausole tipo* (art.46, §2, lett. C) GDPR) approvate dalla anch'esse Commissione, alle quali ricorrere per cercare di garantire detto livello minimo di adeguatezza degli standard di tutela accordati ai dati personali. Ma tali accordi andranno comunque valutati dai singoli titolari alla luce dell'effettivo contesto in cui dette clausole dovranno essere applicate nei paesi di destinazione.

Nel primo caso la Commissione verifica *in concreto* con un esame complesso l'effettivo livello di sostanziale adeguatezza di tutela dei dati personali all'interno del singolo paese, mentre nel secondo caso la Commissione si limita a verificare *in astratto* che le clausole di protezione tipo possono condurre al medesimo risultato in termini di garanzie prodotte rispetto al modello europeo, ma solo tra le parti e non con riferimento al contesto di operatività delle stesse e alle specifiche caratteristiche dei singoli paesi terzi nei quali dette clausole saranno in seguito adottate: tale onere sarà di competenza quindi non della Commissione ma delle parti (punto 130 della Sentenza), rimanendo così "in capo al titolare, in collaborazione con il destinatario nel paese terzo, valutare di volta in volta se in base al contesto di operatività delle clausole, queste siano sufficienti o meno a garantire il livello di adeguatezza minimo previsto dal RGPD e dove tale standard non sia raggiunto, è onere delle parti prevedere ulteriori clausole o garanzie supplementari (così come previsto ai Considerando 109, 108 e 114 del Regolamento richiamati dalla Sentenza) funzionali a elevare il livello di tutela, o, diversamente, sospendere tale trattamento"¹¹. I giudici di Lussemburgo hanno stabilito che nel caso della decisione di adeguatezza, ex art. 45, la valutazione si fonda sulle disposizioni dello stesso GDPR lette alla luce dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Ue, non già dei diritti garantiti negli Stati membri (punto 101 della Sentenza), né di quelli sanciti dalla CEDU (punto 98 della Sentenza). In particolare la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha dichiarato con la sentenza n.311 del 16 luglio 2020 non sussistere negli USA un livello di protezione sostanzialmente equivalente a quello garantito nell'Unione Europea (punto 191 della Sentenza) e conseguentemente per violazione dell'art. 45, par. 1 del GDPR, alla luce degli artt. 7, 8 e 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ha ritenuto non valido ai fini del trasferimento dei dati il «Privacy Shield» o «scudo per la *privacy*», adottato dalla Commissione con la decisione (UE) 2016/1250, che dichiarava, in caso di rispetto delle condizioni previste all'interno dello stesso, l'adeguatezza della protezione dei dati personali nel trasferimento di dati personali verso gli USA¹². Quell'approccio alla riforma digitale

11 Bellomo G., (2020), Trasferimento di dati personali verso paesi terzi: la Corte annulla il «Privacy Shield», amplia i poteri delle autorità di controllo e responsabilizza ulteriormente i data exporters, in Note e commenti - DPCE on line, 2020/4, online: <https://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/1219> .

12 Corte di giustizia dell'Unione europea, grande sezione, 16/07/2020, n.311. Sentenza nella causa C-311/18 Data Protection Commissioner/ Maximilian Schrems e Facebook Ireland (c.d. sentenza Schrems II), online: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?nat=or&mat=or&pcs=Oor&jur=C%2CT%2CF&num=C-311%252F18&for=&jge=&dates=&language=it&pro=&cit=none%252CC%252CCJ%252CR%252C2008E>



Coerentemente il GDPR è disseminato di norme che sono espressione di questa impostazione, come ad esempio quando stabilisce la liceità del trattamento dei dati indipendentemente dal consenso dell'interessato, qualora il trattamento sia necessario per il perseguimento del legittimo interesse del titolare del trattamento o di terzi, a condizione che non prevalgano gli interessi o i diritti e le libertà fondamentali dell'interessato che richiedono la protezione dei dati personali, in particolare se l'interessato è un minore. E il regolamento europeo specifica che in questo caso il bilanciamento fra il legittimo interesse del titolare o del terzo e i diritti e libertà dell'interessato non spetta al Garante Privacy, ma è compito dello stesso titolare e ciò costituisce una delle principali espressioni del principio di "accountability" introdotto dal nuovo pacchetto protezione dati¹⁶. Tale principio di *accountability* è a sua volta espressione dell'orientamento sopra descritto dell'Unione europea. Infatti l'art. 24, co. 1 del GDPR arriva ad anticipare la tutela fino ai soli "rischi, aventi probabilità e gravità diverse per i diritti e le libertà delle persone fisiche", imponendo nei confronti del titolare del trattamento di mettere in atto tutte le misure tecniche e organizzative adeguate a garantire che il trattamento sia stato effettuato conformemente alla normativa di settore, specificando la necessità di tenere in considerazione la natura, l'ambito di applicazione, il contesto e le finalità del trattamento (art. 24, n. 1), e richiedendo che tali valutazioni si concretizzino sia nella scelta delle misure tecniche e organizzative da adottare nel contesto aziendale sia nell'attuazione di *privacy policy* conformi (art. 24, n. 2). E l'art. 25 del GDPR ulteriormente specifica la necessità di configurare il trattamento dei dati prevedendo *fin dall'inizio* tutte le garanzie indispensabili alla tutela degli interessati, efficacemente sintetizzato dall'espressione inglese *data protection by default and by design*: "la tutela, pertanto, è anticipata ad un momento anteriore al trattamento dei dati personali e prevede un impegno attivo dei titolari fin dalla progettazione dei prodotti e servizi il cui utilizzo incida sui dati degli utenti"¹⁷. Inoltre, qualora l'uso di nuove tecnologie possa presentare un rischio elevato per i diritti e le libertà delle persone fisiche, il GDPR richiede la c.d. *Data Protection Impact Assessment* (DPIA), disciplinata dagli artt. 35 e 36 del regolamento, che si sostanzia in un procedimento di valutazione preventiva d'impatto sulla protezione dei dati, collocata sia "in una fase preliminare dello sviluppo del prodotto o del servizio, ovvero quando il design di quest'ultimo non è delineato in maniera definitiva", sia prima dell'attivazione del servizio, ed infine deve anche "essere ripetuta con cadenza periodica, al fine di verificare l'attualità delle misure di sicurezza"¹⁸. E l'art. 35 GDPR impone che, tra le varie ipotesi, la DPIA sia svolta in particolare nel caso di "valutazione sistematica e globale di aspetti personali relativi a persone fisiche, basata su un trattamento automatizzato, compresa la profilazione, e sulla quale si fondano decisioni che hanno effetti giuridici o incidono in modo analogo significativamente su dette persone fisiche" (art. 35, §3, lett. a), regolamento Ue 679/2016).

Entro questo scenario europeo di governance della rivoluzione digitale, il GDPR stabilisce le norme "relative alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati

16 Gambino A. M., Mula D., Stazi A., (2021), op. cit., p.85

17 Stanzione M. G., (2016), Il regolamento europeo sulla privacy: origini e ambito di applicazione, in Europa e Diritto Privato, fasc.4, 2016, p. 1255.

18 Gambino A. M., Mula D., Stazi A., (2021), op. cit., p.91.



personali, nonché norme relative alla libera circolazione di tali dati” (art. 1, §1, GDPR), e le finalità del regolamento, che consistono nel proteggere “i diritti e le libertà fondamentali delle persone fisiche, in particolare il diritto alla protezione dei dati personali” (art. 1, §2, GDPR), nonché l’ambito di applicazione materiale che riguarda il “trattamento interamente o parzialmente automatizzato di dati personali” e il “trattamento non automatizzato di dati personali contenuti in un archivio o destinati a figurarvi” (art. 2, §1, GDPR). Il fulcro della disciplina del GDPR è costituito dai principi fondamentali applicabili al trattamento dei dati personali sanciti dall’art. 5 del GDPR che sono:

- i principi di liceità, correttezza e trasparenza (art. 5, §1, lettera a), GDPR). La trasparenza è un aspetto che da tempo consolidato nel diritto dell’Unione europea¹⁹ con lo scopo di infondere fiducia nei processi che riguardano i cittadini, permettendo loro di comprenderli e, se necessario, di opporvisi. E consiste in un obbligo trasversale che si esplica in tre elementi centrali: 1) la fornitura agli interessati d’informazioni relative al trattamento corretto; 2) le modalità con le quali il titolare del trattamento comunica con gli interessati riguardo ai diritti di cui godono ai sensi del regolamento; 3) le modalità con le quali il titolare del trattamento agevola agli interessati l’esercizio dei diritti di cui godono²⁰. Inoltre ai sensi dell’articolo 12, paragrafo 1 del GDPR, il titolare del trattamento deve fornire agli interessati informazioni concise, trasparenti, intelligibili e facilmente accessibili sul trattamento dei loro dati personali, precisando che per i dati raccolti direttamente dall’interessato, tali informazioni devono essere fornite al momento della raccolta (articolo 13, GDPR), mentre per i dati ottenuti indirettamente, le informazioni devono essere fornite entro i termini stabiliti all’articolo 14, paragrafo 3 GDPR. La trasparenza è infine intrinsecamente legata al nuovo principio di accountability ex art. 24 GDPR sopra citato e al principio di correttezza in relazione al trattamento dei dati personali affermato all’articolo 8 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea. Mentre la liceità fa riferimento alle basi giuridiche del trattamento ex art.6 del GDPR che sarà trattato a breve;
- il principio di limitazione delle finalità di trattamento secondo il quale i dati possono essere raccolti per finalità determinate, esplicite e legittime, e successivamente trattati in modo che non sia incompatibile con tali finalità; un ulteriore trattamento dei dati personali a fini di archiviazione nel pubblico interesse, di ricerca scientifica o storica o a fini statistici non è, conformemente all’articolo 89, paragrafo 1, considerato incompatibile con le finalità iniziali (art. 5, §1, lettera b), GDPR);

19 L’articolo 1 del TUE si riferisce a decisioni prese “nel modo più trasparente possibile e il più vicino possibile ai cittadini”, l’articolo 11, paragrafo 2, del medesimo trattato recita: “Le istituzioni mantengono un dialogo aperto, trasparente e regolare con le associazioni rappresentative e la società civile” e l’articolo 15 del TFUE fa riferimento, fra l’altro, al diritto dei cittadini dell’Unione di accedere ai documenti delle istituzioni, organi e organismi dell’Unione e all’obbligo che incombe a questi di assicurare la trasparenza dei lavori svolti.

20 Guidelines on Transparency under Regulation 2016/679 (wp260rev.01), online: <https://ec.europa.eu/newsroom/article29/items/622227>



- il principio di minimizzazione secondo cui i dati devono essere adeguati, pertinenti e limitati a quanto necessario rispetto alle finalità per le quali sono trattati (art. 5, §1, lettera c), GDPR)
- il principio di esattezza per cui i dati devono essere veritieri, esatti e, se necessario, aggiornati e per il quale devono essere adottate tutte le misure ragionevoli per cancellare o rettificare tempestivamente i dati inesatti rispetto alle finalità per le quali sono trattati (art. 5, §1, lettera d), GDPR);
- il principio di limitazione della conservazione per cui i dati devono essere conservati in una forma che consenta l'identificazione degli interessati per un arco di tempo non superiore al conseguimento delle finalità per le quali sono trattati; i dati personali possono essere conservati per periodi più lunghi a condizione che siano trattati esclusivamente a fini di archiviazione nel pubblico interesse, di ricerca scientifica o storica o a fini statistici, conformemente all'articolo 89, paragrafo 1 del GDPR, fatta salva l'attuazione di misure tecniche e organizzative adeguate richieste dal presente regolamento a tutela dei diritti e delle libertà dell'interessato (art. 5, §1, lettera e), GDPR);
- il principio di integrità e riservatezza per cui i dati devono essere trattati in maniera da garantire un'adeguata sicurezza dei dati personali, compresa la protezione, mediante misure tecniche e organizzative adeguate, da trattamenti non autorizzati o illeciti e dalla perdita, dalla distruzione o dal danno accidentali art. 5, §1, lettera f), GDPR).

L'art. 5 infine non solo obbliga il titolare del trattamento a rispetto di dei principi sopra citati, ma gli impone anche di essere in grado di provare di essersi adeguato ad essi, definendo tale ulteriore obbligo "responsabilizzazione" (art. 5, §2 GDPR), in inglese *accountability*, che sarà ripreso e meglio definito dall'art. 24 GDPR, sopra già descritto.

Per quanto riguarda le condizioni di liceità del trattamento la norma fondamentale è l'art.6 del GDPR²¹ che stabilisce in via generale come base giuridica al trattamento dei dati il consenso dell'interessato (art. 6, § 1, lett. a), GDPR) che deve essere:

- in tutti i casi, libero, specifico, informato, inequivocabile e non è ammesso il consenso tacito o presunto; manifestato attraverso "dichiarazione o azione positiva inequivocabile" (art.4, n.11 GPDR);
- non necessariamente "documentato per iscritto", né è richiesta la "forma scritta", anche se questa è una modalità idonea a comprovare inequivocabilmente il consenso e il suo essere "esplicito" (per i "dati sensibili"). Inoltre, il titolare deve essere in grado di dimostrare che l'interessato abbia prestato il consenso a uno specifico trattamento (art. 7, § 1, GDPR) e se riguarda anche altre questioni, la richiesta di consenso è presentata in modo chiaramente distinguibile dalle altre materie, in forma comprensibile e facilmente accessibile, utilizzando un linguaggio semplice e chiaro, e non è vincolante qualora sia in violazione del regolamento (art. 7, § 2, GDPR). Oltre a ciò l'interessato ha il diritto di revocare il proprio consenso in qualsiasi momento (art. 7, § 3, GDPR);

21 Così come interpretato in base alle Linee guida 5/2020 sul consenso ai sensi del regolamento (UE) 2016/679 adottate dal Gruppo di lavoro Articolo 29 (WP259 rev.01) del Comitato europeo per la protezione dei dati, Reperibile online: https://www.edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines_202005_consent_it.pdf



- Con riferimento ai minori il consenso è valido in Europa a partire dai 16 anni (art. 8, § 1, GDPR), mentre in Italia a partire dai 14 anni (in conformità il d.lgs. n. 101/2018 che ha utilizzato l'intervallo di valori tra 16 e 13 anni concesso agli stati membri dalla normativa europea) e prima di tali soglie di età occorre raccogliere il consenso dei genitori o di chi ne fa le veci. Infine per quanto riguarda le categorie particolari di dati personali (art. 9, GDPR), i cosiddetti "dati sensibili", come accennato sopra, il consenso deve essere "esplicito", così come per il consenso a decisioni basate su trattamenti automatizzati, compresa la profilazione (art. 22, GDPR).

Un'altra base giuridica al trattamento dei dati si ha in osservanza di un contratto di cui l'interessato è parte o all'esecuzione di misure precontrattuali adottate su richiesta dello stesso (art. 6, § 1, lett. b), GDPR). Ai fini della liceità di trattamento dei dati un'ulteriore condizione è l'esecuzione di un obbligo legale al quale è soggetto il titolare del trattamento (art. 6, § 1, lett. c), GDPR): categoria che rinvia all'esistenza di una normativa europea o nazionale di dettaglio (art. 6, § 3, GDPR).

Una quarta base giuridica al trattamento dei dati si ha quando sia necessaria per la salvaguardia degli interessi vitali dell'interessato o di un'altra persona fisica (art. 6, § 1, lett. d), GDPR): stando al considerando n. 46 del GDPR, si tratta di un'ipotesi residuale che si può invocare solo nel caso in cui nessuna delle altre condizioni di liceità trovi applicazione²².

Una quinta condizione di liceità al trattamento dei dati consiste nell'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento (art. 6, § 1, lett. e), GDPR): "L'articolo si presenta come una riformulazione dell'articolo 19 del previgente codice in materia di protezione dei dati personali, il cui ambito di applicazione soggettivo viene esteso al fine di adeguarsi all'impostazione adottata dal regolamento. Nel regolamento, infatti, scompare la distinzione basata sulla natura pubblica o privata dei soggetti che trattano i dati, rilevando unicamente la finalità del trattamento perseguita, vale a dire se la finalità concerne un interesse pubblico o privato. L'articolo quindi deve intendersi applicabile ai soggetti che trattano i dati personali per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri, a prescindere dalla loro natura soggettiva"²³.

Infine l'ultima base giuridica al trattamento dei dati si ha in presenza di un in trattamento è necessario per il perseguimento del legittimo interesse del titolare del trattamento o di terzi, a condizione che non prevalgano gli interessi o i diritti e le libertà fondamentali dell'interessato che richiedono la protezione dei dati personali, in particolare se l'interessato è un minore (art. 6, § 1, lett. f), GDPR).

22 Considerando n. 46 del GDPR: "Il trattamento di dati personali fondato sull'interesse vitale di un'altra persona fisica dovrebbe avere luogo in principio unicamente quando il trattamento non può essere manifestamente fondato su un'altra base giuridica"

23 Relazione illustrativa del d.lgs. 101/2018 recante disposizioni per l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) 2016/679 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati, disponibile online sul sito della Camera dei deputati: <https://www.camera.it/leg18/682?atto=022&tipoAtto=Atto&idLegislatura=18&tab=2>



Un'ulteriore espressione del principio di trasparenza è l'informativa che deve essere comunicata all'interessato dal titolare del trattamento che ai sensi dell'art. 12 del GDPR "adotta misure appropriate per fornire tutte le *informazioni* di cui agli articoli 13 e 14 e le *comunicazioni* di cui agli articoli da 15 a 22 e all'articolo 34 relative al trattamento in forma concisa, trasparente, intelligibile e facilmente accessibile, con un linguaggio semplice e chiaro, in particolare nel caso di informazioni destinate specificamente ai minori. Le informazioni sono fornite per iscritto o con altri mezzi, anche, se del caso, con mezzi elettronici. Se richiesto dall'interessato, le informazioni possono essere fornite oralmente, purché sia comprovata con altri mezzi l'identità dell'interessato". Se i dati sono raccolti direttamente presso l'interessato l'informativa deve essere comunicata prima della raccolta (Art.13, §1, GDPR) mentre nel caso in cui i dati non vengano raccolti presso l'interessato l'informativa deve essere comunicata ai sensi dell'art. 13, paragrafo 3 del GDPR: "a) entro un termine ragionevole dall'ottenimento dei dati personali, ma al più tardi entro un mese, in considerazione delle specifiche circostanze in cui i dati personali sono trattati; b) nel caso in cui i dati personali siano destinati alla comunicazione con l'interessato, al più tardi al momento della prima comunicazione all'interessato; oppure c) nel caso sia prevista la comunicazione ad altro destinatario, non oltre la prima comunicazione dei dati personali". Sia nel caso che i dati siano raccolti presso l'interessato, come in quello che non lo siano, il titolare del trattamento deve comunicare "l'esistenza di un processo decisionale automatizzato, compresa la profilazione di cui all'articolo 22, paragrafi 1 e 4, e, almeno in tali casi, informazioni significative sulla logica utilizzata, nonché l'importanza e le conseguenze previste di tale trattamento per l'interessato" (art. 13, §2, lett.f) e art. 14, §2, lett. g) GDPR).

Per comprendere la presenza di un processo decisionale automatizzato, compresa la profilazione occorre guardare innanzitutto all'art. 4 del GDPR che definisce la profilazione come: "qualsiasi forma di trattamento automatizzato di dati personali consistente nell'utilizzo di tali dati personali per valutare determinati aspetti personali relativi a una persona fisica, in particolare per analizzare o prevedere aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione economica, la salute, le preferenze personali, gli interessi, l'affidabilità, il comportamento, l'ubicazione o gli spostamenti di detta persona fisica". Le linee guida sul processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche e sulla profilazione ai fini del regolamento 2016/679²⁴ indicano tre elementi perché si possa parlare di profilazione: 1) deve essere una forma di trattamento automatizzato; 2) deve essere effettuata su dati personali; 3) il suo obiettivo deve essere quello di valutare aspetti personali relativi a una persona fisica." Successivamente Le stessa linee guida chiariscono che la profilazione di cui all'articolo 4, n. 4 del GDPR fa riferimento a "qualsiasi forma di trattamento automatizzato", mentre l'articolo 22 del GDPR riguarda il trattamento "unicamente" automatizzato, che si sostanzia "nella capacità di prendere decisioni impiegando mezzi tecnologici senza coinvolgimento umano". Sempre secondo le linee guida tali decisioni automatizzate possono essere basate su qualsiasi tipo di dati forniti dall'interessato sia direttamente che indirettamente e possono essere prese

²⁴ Linee guida sul processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche e sulla profilazione ai fini del regolamento 2016/679 adottate il 3 ottobre 2017, Versione emendata e adottata in data 6 febbraio 2018, (WP 251 rev.01): <https://ec.europa.eu/newsroom/article29/items/612053>



ricorrendo o meno alla profilazione, la quale a sua volta può essere elaborata senza che vengano prese decisioni automatizzate, tuttavia, la profilazione e il processo decisionale automatizzato non sono necessariamente attività separate. Per meglio chiarire la differenza profilazione e processo decisionale esclusivamente automatizzato linee guida spiegano che:

- nel caso della profilazione *un essere umano decide* se sulla base di un profilo prodotto con mezzi unicamente automatizzati;
- nel caso di decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produce effetti giuridici o incide in modo analogo significativamente sull'interessato, *un algoritmo decide* e la decisione viene trasmessa automaticamente alla persona, *senza alcuna previa valutazione significativa da parte di un essere umano*.

In quest'ultimo caso l'art. 22 del GDPR stabilisce innanzitutto il diritto dell'interessato "di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona", tranne che per tre eccezioni: "a) sia necessaria per la conclusione o l'esecuzione di un contratto tra l'interessato e un titolare del trattamento; b) sia autorizzata dal diritto dell'Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento, che precisa altresì misure adeguate a tutela dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi dell'interessato; c) si basi sul consenso esplicito dell'interessato". Inoltre ai sensi dell'art. 9, par. 1 del GDPR un processo decisionale automatizzato che "riveli l'origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, o l'appartenenza sindacale", o che tratti "dati genetici, dati biometrici intesi a identificare in modo univoco una persona fisica, dati relativi alla salute o alla vita sessuale o all'orientamento sessuale della persona" è permesso solo con il consenso esplicito dell'interessato o per motivi di interesse pubblico rilevante sulla base del diritto dell'Unione o degli Stati membri. Sempre con riferimento alle decisioni basate unicamente su un trattamento automatizzato il GDPR introduce l'obbligo ex l'art. 15, par. 1, lett. h), di far conoscere all'interessato l'esistenza di tale processo, e il diritto ex art. 13, par. 2, lett. f) di ottenere informazioni significative sulla logica utilizzata e nonché l'importanza e le conseguenze previste di tale trattamento per l'interessato. In considerazione dei rischi che i diritti e le libertà dell'interessato possono subire a seguito di tali trattamenti, il GDPR "da un lato obbliga il titolare del trattamento ad attuare misure appropriate "rafforzate" di tutela come prevedere con regolarità modalità a verifica della correttezza dei processi per limitare errori di classificazione o valutazione con impatto negativo sui soggetti profilati, e dall'altro lato, ex art, 22, par. 3), conferisce all'interessato il potere di ottenere l'intervento umano da parte del titolare, di esprimere la propria opinione e di contestare la decisione, nei casi in cui tale decisione sia prevista per contratto o consentita dall'interessato²⁵. Un'illustre dottrina osserva: "come il GDPR abbia introdotto disposizioni atte a garantire che la profilazione e il processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche (comprensivo o meno di profilazione) non siano utilizzati in maniera tale da avere un impatto ingiustificato sui diritti delle persone. Il GDPR, infatti, non si concentra soltanto sulle decisioni prese a seguito di un trattamento automatizzato o della profilazione, ma trova

25 Morelli C., (2024), *Intelligenza Artificiale*, Maggioli Editore, Sanarcangelo di Romagna, 2024, p.81.



applicazione anche alla fase della raccolta di dati per la creazione di profili e all'applicazione di tali profili alle persone fisiche.

La profilazione dei dati personali si intreccia, evidentemente, con la tematica dei Big Data, rispetto alla quale emergono criticità legate alla privacy e alla protezione dei dati personali, in ragione della enorme mole di dati che vengono analizzati per svolgere l'attività di valutazione e previsione comportamentale che, in qualche modo, supera la semplice nozione di profilazione. Da qui l'esigenza di declinare con specifico riferimento a questo scenario non solo i principi generali in materia di protezione dei dati di cui al GDPR, ma, vieppiù, le indicazioni contenute nella Convenzione sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato di dati a carattere personale, c.d. Convenzione 108, del 1981 e rivista nel maggio 2018, che rappresenta l'unico trattato internazionale giuridicamente vincolante di portata mondiale nel settore del trattamento dei dati" e " parallelamente, rilevano le Linee Guida elaborate dal WP29 relative alla trasparenza e ai processi decisionali automatizzati relativi alle persone fisiche e alla profilazione. Il punto cruciale per la tutela degli interessati diviene infatti, il momento informativo sulle modalità di utilizzo dei dati acquisiti, nel quale deve essere chiaramente esplicitato se tali dati saranno o meno impiegati per elaborazioni con tecniche legate ai *Big Data* e, in tal caso, illustrare, per quanto possibile, le finalità di tale trattamento. Per quanto possibile, ovviamente, in quanto i dati che compongono un'infrastruttura *Big Data* possono essere elaborati per una vasta gamma di finalità, più ampia, spesso, di quella inizialmente immaginata al momento dell'inizio della raccolta.

L'*output* informativo raramente viene, infatti, desunto da dati che si riferiscono espressamente ad un input correlato, ma viene piuttosto desunto da correlazioni con altri dati, anche con dati di cui al momento della raccolta non si disponeva. Da qui anche la difficoltà di distinguere nettamente se il dato elaborato sia o meno personale²⁶. Si tenga presente che l'omessa o errata informativa della privacy ai sensi dell'art. 83, §5, lett. b) del GDPR è "soggetta a sanzioni amministrative pecuniarie fino a 20 000 000 EUR, o per le imprese, fino al 4 % del fatturato mondiale totale annuo dell'esercizio precedente". Pertanto per la disciplina europea è obbligatorio per tutti i siti *web*, *social media* inclusi, inserire all'interno della propria *privacy policy*, in modo chiaro ed esaustivo, informazioni inerenti alla tipologia dei dati raccolti, alle finalità e alle modalità di trattamento dei dati, comprese informazioni in merito alla loro destinazione e al luogo in cui sono conservati o trasferiti, e al periodo di conservazione degli stessi. Dovrà inoltre essere chiara ed espresa non solo la base giuridica del trattamento, ma anche tutti i diritti esercitabili dagli utenti, i dati identificativi del titolare di trattamento e del responsabile della protezione dei dati, nonché inserire dati del sito o dell'app e del titolare del sito web e specificare l'eventuale presenza di processi decisionali automatizzati²⁷.

Infine, per quest'ultima eventualità va ribadita l'importanza dell'art. 22, par. 3) del GDPR che conferisce all'interessato il potere di ottenere l'intervento umano da parte del titolare, norma che va letta alla luce della Dichiarazione sui diritti e i principi digitali per il decennio

26 Gambino A. M., Mula D., Stazi A., (2021), op. cit., pp. 108-109.

27 Imperatrice I., (2023), Tutela dei dati personali sui Social, in Martorana M., (a cura di), (2023), Diritto e Social Network, Lex Iuris, Bologna, 2023, pp.45-74, p.65.



digitale (2020-2030)²⁸, nella quale Il Parlamento Europeo, Il Consiglio e La Commissione Europea dichiarano all'art. 1 che "Le persone sono al centro della trasformazione digitale nell'Unione europea. La tecnologia dovrebbe essere al servizio e andare a beneficio di tutte le persone che vivono nell'UE, mettendole nelle condizioni di perseguire le loro aspirazioni, in tutta sicurezza e nel pieno rispetto dei loro diritti fondamentali". Tale impegno si è espresso anche nel recentissimo *Artificial Intelligence Act*, la prima legge al mondo sull'Intelligenza Artificiale - come ha dichiarato il relatore del testo Brando Benifei - che fa salva richiama la normativa del GDPR e che con un approccio basato su quattro livelli di rischio per i sistemi di IA, da minimo, a limitato ed elevato, fino a inaccettabile, prevede per il livello alto, proprio lo stesso diritto sancito dall'art. 22 del GDPR, il principio cd *human in the loop*, che impone a tali sistemi di "essere progettati e sviluppati in modo da poter essere efficacemente supervisionati da persona fisiche durante il loro uso" e permettere agli utenti/operatori di "valutare l'impatto sui diritti fondamentali prima di metterli in esecuzione e, se non possono essere individuati piani dettagliati per attenuare i rischi identificati, devono astenersi dal farlo"²⁹.

Come ha chiarito uno studio sulla comunicazione pubblica *on-line* che "pur essendo rintracciabile un fondamento normativo all'utilizzo dei social media da parte delle Pubbliche amministrazioni³⁰, tale pratica non costituisce un obbligo per la Pubblica amministrazione né un diritto del cittadino al mezzo. Vero diritto del cittadino è invece, quello di ricevere una informazione e una comunicazione pubblica di qualità al quale fa eco un dovere della Pubblica amministrazione di rimettere al centro del suo agire il cittadino e i suoi diritti di essere

28 European Declaration on Digital Rights and Principles for the Digital Decade:

<https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/european-declaration-digital-rights-and-principles>

29 Morelli C., (2024), op.cit., p.47.

30 Prima tra tutte la l. 150/2000. In particolare, l'art. 1 c. 4 lett. b) dispone che la comunicazione esterna rivolta ai cittadini, alle collettività e ad altri enti avvenga attraverso ogni modalità tecnica ed organizzativa. Altresì l'art. 2 c. 242 secondo il quale le attività di comunicazione ed informazione della PA «possono essere svolte con ogni mezzo di trasmissione idoneo ad assicurare la trasmissione dei messaggi». Ad essa si affiancano una serie di altre norme, che seppur non direttamente vanno a toccare in modo tangenziale anche i social media. Nelle Linee Guida per i siti web della P.A., in particolare all'art. 6 c. 3 relativo alla partecipazione, si afferma che «i social media possono essere considerati dalla pubblica amministrazione come canali di broadcasting ad alto potenziale di audience, dalla forma semplice e di versatile diffusione tra i cittadini, estremamente economici (sia per gli utenti che Amministrazioni pubbliche stesse), multiplatforma e spesso interoperabili tra loro». I d.lgs. n. 179/2016 e n. 217/2017 che hanno operato una profonda rivisitazione del Codice dell'amministrazione digitale. La Circolare n. 2/2017 di "Attuazione delle norme sull'accesso civico generalizzato" nella quale si fa un uso esplicito del termine social media quale strumento utile alla "valorizzazione del dialogo con le comunità di utenti dei social media" (art. 8.2)⁴⁴, prevedendo anche che le amministrazioni pubbliche dialoghino con i giornalisti e i media che svolgono attività di social watchdog (art. 8.1) che di fatto legittima la pratica di utilizzare il web sociale come fonte giornalistica. Pur costituendo una libera scelta della Pubblica amministrazione, l'utilizzo dei social media pare incentivato e trovare fondamento normativo anche in tutta una serie di norme del Codice dell'amministrazione digitale decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82 (c.d. CAD).



informato e partecipe della vita civica, anche e non solo attraverso i social media, divenuti ormai l'agorà principale nella quale i cittadini sono presenti ed abitano"³¹. Comunque qualora le amministrazioni scelgano di partecipare alla comunicazione attraverso i social "significa non solo sfruttare tecnicamente al meglio le *affordance* delle piattaforme digitali, ma gestire queste piattaforme secondo un approccio responsabile e strategico, oltre che curare tali canali in modo continuativo e *citizen oriented*"³², ma soprattutto rispettare e adeguarsi ai principi e alla normativa sopra descritta. Ciò in modo particolare nell'ipotesi alla base del progetto di cui fa parte il presente articolo di utilizzare le moderne tecniche di AI (*Deep e Machine Learning*) al fine di valorizzare i contenuti multimediali prodotti da normali cittadini e condivisi pubblicamente online sulle piattaforme social per supportare le operazioni di gestione dell'emergenza nella comunicazione d'emergenza, dato che tale comunicazione incide su beni fondamentali delle presone.

Infine per quanto riguarda la comunicazione d'emergenza e del rischio bisogna tenere presenti gli esiti della sociologia del rischio (v. infra) che hanno indissolubilmente legato l'entità del rischio alla sua comunicazione e sono stati progressivamente assorbiti nella legislazione europea e italiana, anche se in modo più empirico, tenendo presente non tanto la dottrina sociologica, quanto il susseguirsi di eventi dannosi ed emergenze mal gestite. Infatti la prima normativa che attribuisce importanza alla comunicazione del rischio è la Direttiva 1982/501/ CEE³³, recepita in Italia con il D.P.R. 17 maggio 1988, n. 175 e denominata «Direttiva Seveso», con chiaro riferimento alla mala gestione del grave incidente industriale avvenuto il 10 luglio 1976 nell'azienda ICMESA di Meda, causa della fuoriuscita e della dispersione nell'atmosfera di una nube di diossina, una sostanza fra le più tossiche, che investì una vasta area di terreni dei comuni limitrofi della bassa Brianza e particolarmente quello di Seveso. Proprio l'art. 8, comma 1 della sopracitata direttiva stabilisce per la prima volta in capo agli Stati un obbligo di informazione in caso di incidente nei confronti della popolazione coinvolta: "Gli Stati membri vigilano affinché le persone che possono essere colpite da un incidente rilevante [...] siano opportunamente informate sulle misure di sicurezza e sulle norme da seguire in caso di incidente".

Con la Direttiva 89/618/Euratom del Consiglio, del 27 novembre 1989³⁴ riguardante il caso dell'emergenza radioattiva, questo diritto di informazione, da indicazione generica viene definito sempre più nel dettaglio nei contenuti, nei modi e nei tempi. Ad esempio l'art. 5 specifica che la popolazione coinvolta "sia informata *sulle misure di protezione sanitaria* ad essa applicabili, nonché *sul comportamento che deve adottare* in caso di emergenza radioattiva" e che le informazioni "devono comprendere almeno gli elementi di cui all'allegato I", ovvero: "1.

31 Montagnani E., (2021), op.cit., p.113.

32 Lovari A., (2019), Social media e pubblica amministrazione tra diritti e doveri: una prospettiva sociologica, in Rivista italiana di informatica e diritto, ISSN 2704-7318 Fascicolo 1-2019 DOI: 10.32091/RIID0006, p. 89.

33 Direttiva 1982/501/ CEE: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A31982L0501>

34 Direttiva 89/618/Euratom del Consiglio, del 27 novembre 1989: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX%3A31989L0618>



Nozioni fondamentali sulla radioattività e sui suoi effetti sull'essere umano e sull'ambiente; 2. Vari casi di emergenza radioattiva presi in considerazione e relative conseguenze per la popolazione e l'ambiente; 3. Misure urgenti previste per avvertire, proteggere e soccorrere la popolazione in caso di emergenza radioattiva. 4. Adeguate informazioni in merito al comportamento che la popolazione dovrebbe adottare in caso di emergenza radioattiva". Inoltre sempre l'art.5 sancisce che la popolazione sia informata "senza che essa ne debba fare richiesta" e che tali informazioni restino in permanenza accessibili al pubblico. Mentre l'art. 6 stabilisce nell'eventualità di una emergenza radioattiva che la popolazione effettivamente interessata "sia immediatamente informata sui fatti relativi all'emergenza, sul comportamento da adottare e sui provvedimenti di protezione sanitaria". Ed infine l'art. 7 differenzia l'informazione in base ai diversi pubblici preoccupandosi che i soggetti non facenti parte del personale degli impianti e/o non partecipanti alle attività definite come trasporto e stoccaggio di combustibili nucleari o di residui radioattivi, "che però potrebbero intervenire nell'organizzazione dei soccorsi in caso di emergenza radioattiva, ricevano un'informazione adeguata e regolarmente aggiornata sui rischi che l'intervento comporterebbe per la loro salute e sulle precauzioni da prendere in un caso simile".

Successivamente si comincia a considerare anche il *diritto dei cittadini a partecipare ai processi di pianificazione territoriale* degli impianti industriali e di valutazione del rischio, con una nuova direttiva, denominata «Seveso 2» (Direttiva 1996/82/CE)³⁵ recepita in Italia con il d.lgs. n.334 agosto 1999, che prevede la previa consultazione della popolazione, d'intesa con le regioni e gli enti locali interessati, per predisporre il piano di emergenza (Art.20).

Ed ancora, dopo il grave incidente del 21 settembre 2001 agli impianti della AZF di Tolosa, in Francia (dove una nube tossica provocò la morte di 29 persone e il ferimento di altre duemila, anche per una gestione dell'emergenza inadeguata), con l'emanazione della «Seveso 3» (Direttiva 2012/18/UE)³⁶, recepita in Italia con d.lgs. n. 105 giugno 2015, viene ribadita la necessità di fornire ai cittadini tempestive informazioni sui rischi, "in modo attivo, senza che il pubblico debba farne richiesta", messe a disposizione "anche in modo permanente" e "adeguatamente aggiornate" e – per la prima volta si specifica – "per via elettronica". Sempre per la prima volta la sopracitata direttiva si preoccupa di precisare che tali informazioni siano formulate "in modo chiaro e comprensibile" al pubblico, aggiungendo anche la possibilità di azioni legali richiamando eventualmente l'applicazione della Convenzione di Aarhus del 1998³⁷ sull'accesso alle informazioni, la partecipazione pubblica ai processi decisionali e il ricorso alla giustizia nelle questioni ambientali.

35 Direttiva 1996/82/CE: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=celex%3A31996L0082>

36 Direttiva 2012/18/UE: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32012L0018&from=IT>

37 Convenzione sull'accesso alle informazioni, la partecipazione del Pubblico ai processi decisionali e l'accesso alla giustizia in Materia ambientale:

https://www.isprambiente.gov.it/it/garante_aia_ilva/normativa/Normativa-sull-accesso-alle-informazioni/normativa-sovranaazionale/convenzione_aarhus_25_06_1998.pdf



In ultimo il cd Codice della Protezione Civile d.lgs. 1/2018³⁸ nell'indicare che le attività della Protezione civile sono quelle volte alla previsione e alla prevenzione dei rischi, al soccorso delle popolazioni sinistrate e ad ogni altra attività necessaria e indifferibile, diretta al contrasto e al superamento dell'emergenza e alla mitigazione del rischio, inserisce tra le attività di prevenzione: l'allertamento e la diffusione della conoscenza e della cultura della protezione civile, anche con il coinvolgimento delle istituzioni scolastiche, e inoltre l'informazione alla popolazione sugli scenari di rischio e le relative norme di comportamento nonché sulla pianificazione di protezione civile "allo scopo di promuovere la resilienza delle comunità e l'adozione di comportamenti consapevoli e misure di autoprotezione da parte dei cittadini".

Per concludere quando si parla di comunicazione istituzionale è necessario fare riferimento alla legge n.150/2000³⁹ che disciplina le attività di informazione e di comunicazione delle pubbliche amministrazioni. Gli unici riferimenti di interesse sono:

- l'art.1, comma 4., che fatto salvo il rispetto delle norme vigenti in tema di segreto di Stato, di segreto d'ufficio, di tutela della riservatezza dei dati personali e in conformità ai comportamenti richiesti dalle carte deontologiche, sono considerate attività di informazione e di comunicazione istituzionale quelle poste in essere in Italia o all'estero dalle pubbliche amministrazioni e volte a conseguire: a) l'informazione ai mezzi di comunicazione di massa, attraverso stampa, audiovisivi e strumenti telematici; b) la comunicazione esterna rivolta ai cittadini, alle collettività e ad altri enti attraverso ogni modalità tecnica ed organizzativa; c) la comunicazione interna realizzata nell'ambito di ciascun ente.

- l'art.2 comma 2, che precisa che "le attività di informazione e di comunicazione sono attuate *con ogni mezzo di trasmissione idoneo* ad assicurare la necessaria diffusione di messaggi, anche attraverso la strumentazione grafico-editoriale, *le strutture informatiche*, le funzioni di sportello, le reti civiche, *le iniziative di comunicazione integrata e i sistemi telematici multimediali*." Infine nella normativa l'unico riferimento specifico ai *social media* si trovava in un atto amministrativo denominato "Linee guida per i siti web della PA " previste dell'art. 4 della Direttiva n. 8/2009 del Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione⁴⁰, peraltro ora abrogate dalle nuove "Linee guida di design per i siti internet e i servizi digitali della Pubblica Amministrazione ai sensi dell'art. 53, comma 1-ter del D. Lgs. 7 marzo 2005, n. 82, come da Determinazione 26 luglio 2022, n. 224 dell'Agenzia per l'Italia Digitale (AGID)⁴¹ che annullano e sostituiscono le precedenti "Linee guida per i siti *web* delle PA" previste dall'art. 4 della

38 Codice della Protezione Civile d.lgs. 1/2018: <https://www.protezionecivile.gov.it/it/normativa/decreto-legislativo-n-1-del-2-gennaio-2018--codice-della-protezione-civile/>

39 Legge n.150/2000: <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:2000-06-07;150>

40 Linee guida per i siti web della PA ex art. 4 della Direttiva n. 8/2009 del Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione : <https://www.assemblea.emr.it/footer/documentazione/linee%20guida%20siti%20web%20delle%20pa%202011.pdf>

41 Linee guida di design per i siti internet e i servizi digitali della Pubblica Amministrazione ai sensi dell'art. 53, comma 1-ter del D. Lgs. 7 marzo 2005, n. 82 : <https://docs.italia.it/italia/design/lg-design-servizi-web/it/ versione-corrente/index.html>



Direttiva del Ministro per la Pubblica Amministrazione e l'innovazione 26 novembre 2009, n. 8. Comunque queste ultime alla sezione "Partecipazione e web 2.0", prima richiamavano l'applicazione:

- del Codice dell'Amministrazione Digitale (D.lgs. 7 marzo 2005, n. 82)⁴² che sancendo il diritto all'uso delle tecnologie nelle comunicazioni con le amministrazioni e quello alla partecipazione del cittadino al procedimento amministrativo, riconosce di fatto l'importanza del coinvolgimento dei cittadini nella vita politica e amministrativa;
- del Decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150⁴³, riguardo alle fasi del ciclo di gestione della performance, uno degli ambiti d'intervento del sistema di misurazione e valutazione della performance organizzativa ha per oggetto proprio il miglioramento qualitativo e quantitativo delle relazioni con i cittadini, i soggetti interessati, gli utenti e destinatari dei servizi erogati dalla pubblica amministrazione, da realizzare attraverso lo sviluppo di forme di partecipazione e collaborazione (art. 8, lettera e).

E poi continuavano proponendo l'utilizzo dei social media nei seguenti termini: "I social media possono essere considerati dalla pubblica amministrazione come canali di *broadcasting* ad alto potenziale di audience, dalla forma semplice e di versatile diffusione tra i cittadini, estremamente economici (sia per gli utenti che Amministrazioni pubbliche stesse), multiplatforma e spesso interoperabili tra loro.

Attraverso la pubblicazione in tempo reale di piccoli messaggi di testo (microblogging), immagini, audio e video, si può garantire un'informazione costante e aggiornata, comunicare ed erogare servizi mirati a particolari fasce d'utenza, accrescere la percezione di vicinanza dell'amministrazione ai cittadini. Sono molti gli strumenti utili a questo scopo che in questo momento il web mette a disposizione: *forum, wiki, blog, social network, XML e RSS, podcast, georeferenziazione* (cfr. per le definizioni la Tabella B.2 nel Vademecum 2010 "Indicazioni operative per la costruzione, lo sviluppo e la gestione dei siti web delle PA"). La strategia d'uso degli strumenti del web 2.0, all'interno della comunicazione web delle amministrazioni, deve tenere conto:

- del target di riferimento e quindi del ruolo dell'utenza nella costruzione della conoscenza;
- del contesto organizzativo e dei modelli architetturali in cui verrà implementata.

Nella riprogettazione dei servizi e dei contenuti web in una logica 2.0, si raccomanda quindi di:

- definire l'organizzazione dei contenuti sulla base dei bisogni degli utenti;
- erogare i servizi secondo una logica multi canale e multi dispositivo;
- facilitare l'accesso ai dati e alle informazioni attraverso funzionalità evolute di ricerca e localizzazione.

Senonché queste linee guida, come detto, sono state sostituite da nuove linee guida dove l'unico riferimento ai social è al paragrafo 4.6 che li cita per "valutarsi la sussistenza di un'idonea base giuridica qualora si intenda utilizzare eventuali elementi di terze parti

42 Codice dell'Amministrazione digitale (CAD), D.lgs. 7 marzo 2005, n. 82:

<https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legislativo:2005-03-07;82>

43 Decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150: <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legislativo:2009-10-27;150!vig=2024-03-21>



incorporati sui propri siti web (ad es. ... *social plug-in*)". Ed anche se non fosse intervenuta la sostituzione nel luglio 2022, le linee ex art.4 della Direttiva n. 8/2009 del Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione non sono più valide, essendo in applicazione del Codice dell'Amministrazione Digitale (D.lgs. 7 marzo 2005, n. 82), il cui art. 2, comma 6, che è stato modificato dal Decreto legislativo del 13/12/2017 n. 217 (Pubblicato in Gazzetta Ufficiale n. 9 del 12 gennaio 2018 In vigore dal 27/01/2018) stabilendo che "Le disposizioni del presente Codice non si applicano limitatamente all'esercizio delle attività e funzioni di [...], nonché alle comunicazioni di emergenza e di allerta in ambito di protezione civile". Così l'unico riferimento normativo specifico ai *social media* non è più riferibile alle situazioni di emergenza.

L'evoluzione della normativa in materia di comunicazione del rischio è partita da un riferimento generico ad un diritto all'informazione dei cittadini sino ad arrivare progressivamente a specificarne i contenuti ed i modi, cercando di coinvolgere nella pianificazione del rischio i cittadini e concedendo ai cittadini anche strumenti procedurali in caso di inattività delle amministrazioni responsabili. Ma, almeno per quanto riguarda la normativa italiana che ignorare quasi completamente il termine *social media*, in definitiva affronta la comunicazione istituzionale in generale, e d'emergenza in particolare, ancora secondo un'impostazione che nella teoria della comunicazione del rischio viene inquadrata in un modello *top-down*, in cui il flusso delle informazioni scorre in modo unidirezionale dall'alto verso il basso dalle istituzioni e dagli esperti al pubblico, eventualmente con l'intermediazione dei *mass media*. Tale modello viene definito "modello deficitario della comunicazione del rischio", a sua volta derivato dal modello adottato dalla Royal Society nel rapporto *Public Understanding of Science* indicato con l'acronimo PUS⁴⁴. Un tipo di modalità comunicativa di risposta all'emergenza riconducibile a elementi di carattere tattico riguardanti essenzialmente prescrizioni e consigli di soggetti istituzionali chiamati a fornire informazioni al pubblico e a interagire con i media durante l'emergenza⁴⁵. Ma in uno studio sulla comunicazione legata ai terremoti basato su due modelli idealtipici: il modello tradizionale e il modello a rete, si osserva che il modello tradizionale è molto più diffuso di quello a rete e che da un punto di vista quantitativo, le istituzioni tendono a utilizzare i *social media* per diffondere, piuttosto che per raccogliere, informazioni, mentre i cittadini, d'altro canto, tendono a fare affidamento sui *social media* più per raccogliere informazioni piuttosto che per condividerle, concludendo che il modello a rete non sia, di per sé, più desiderabile di quello tradizionale ma piuttosto che queste categorie aiutino ad acquisire una comprensione più profonda del fenomeno, mentre una combinazione di modelli è necessaria per una comunicazione più efficace durante e dopo i disastri naturali⁴⁶.

2. Società del rischio e comunicazione.

44 Sturloni G., (2006), *Le mele di Chernobyl sono buone. Mezzo secolo di rischio tecnologico*, Sironi, Milano, 2006.

45 Coombs W.T., Holladay S.J., (a cura di) (2010), *The Handbook of Crisis Communication*, Wiley-Blackwell, Chicester.

46 Comunello F., Mulargia S., (2018), *Social Media in Earthquake-Related Communication*. Emerald Publishing Limited 2018.



“Il mondo è cambiato. Lo sento nell'acqua, lo sento nella terra, lo avverto nell'aria”. Così inizia la trilogia cinematografica di Peter Jackson dedicata al capolavoro fantasy del Professore di lingua e letteratura inglese presso l'università di Oxford. E nell'ormai lontano 1986 quando Ulrich Beck – professore di Sociologia prima presso l'università di Münster e Bamberg, poi presso la Ludwig Maximilians Universität di Monaco di Baviera e la London School of Economics – scrisse “Risikogesellschaft: Auf dem Weg in eine andere Moderne” [“La società del rischio: in cammino verso una modernità diversa”], divenuto celebre attraverso una traduzione in inglese del 1992 con il titolo “Risk Society Towards New Modernity”⁴⁷ [“La società del rischio verso una nuova modernità”] doveva avere il sapore un po' Fantasy come dell'*incipit* del Signore degli Anelli sopra ricordato. Il tempo si è preso cura di validare e rendere drammaticamente reali molte delle previsioni e affermazioni del Prof. Beck, a cominciare dal più grande incidente nucleare civile della storia, accaduto a Chernobyl proprio nel 1986. Il libro di Beck è stato così profetico che ha avviato un settore della sociologia del rischio che va da Antony Giddens⁴⁸ a Niklas Luhmann⁴⁹, da David Le Breton⁵⁰ a Zygmunt Bauman⁵¹ e che ha come oggetto di indagine le implicazioni politiche e sociali del rischio, le sue emergenze, il suo controllo e prevenzione nonché la sua percezione. Secondo Beck non viviamo in una società più rischiosa rispetto alle precedenti per un aumento dei rischi ma per una trasformazione qualitativa dei rischi: “La differenza decisiva *tra rischi classici e quelli moderni* si colloca su un altro piano.

I rischi che nascono dalle tecnologie industriali e dalle grandi tecnologie sono il risultato di decisioni consapevoli - decisioni che vengono prese, da un lato nel quadro di organizzazioni private e/o statali, per conseguire vantaggi economici e cogliere e corrispondenti opportunità; e, dall'altro, sono adottate sulla base di un calcolo nel quale i pericoli sono considerati come l'inevitabile lato oscuro del progresso. Perciò, questi pericoli legati all'industrializzazione diventano fattore politico non grazie alle loro dimensioni, ma in forza di un carattere sociale: essi non ci travolgono come un destino, ma sono creati da noi, sono un prodotto uscito dalle mani e dalla testa dell'uomo, generato dalla connessione fra sapere tecnico e calcolo dei vantaggi economici”⁵². In altre parole, mentre nella cultura pre-moderna i pericoli e le paure venivano maggiormente attribuite agli dèi o alla natura, e le promesse istituzionali di

47 Beck U. (1986), *Risikogesellschaft: Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main; traduzione inglese del 1992 con il titolo: *Risk Society Towards New Modernity*, SAGE Publications Ltd, California. Successivamente tradotto e pubblicato in italiano da Carocci Editore nel 2000 con il titolo “La società del rischio. Verso una seconda modernità.”

48 Giddens A. (1990) *The Consequences of Modernity*, Polity Press, Cambridge, traduzione italiana: “Le conseguenze della Modernità”, Il Mulino, Bologna 1994.

49 N. Luhmann (1991), *Soziologie des Risikos*, Walter de Gruyter & Co., Berlin, traduzione italiana: “Sociologia del rischio”, Bruno Mondadori 1996

50 Le Breton D. (1995), *Sociologie du risque*, Presses Universitaires de France, Paris, traduzione italiana *Sociologia del rischio*, Mimesis Edizioni, Milano, 2017.

51 Bauman Z. (1999) *In Search of Politics*, Stanford University Press, traduzione italiana: “La solitudine del cittadino globale”, Feltrinelli, Milano 2000.

52 Beck U. (2007), *Weltrisikogesellschaft. Auf der Suche nach der verlorenen Sicherheit*, trad. It.: “*Contitio humana* Il rischio nell'età globale”, Mondadori, Milano, 2023, p.44.



modernizzazione, come il potenziamento dei mercati, della scienza e della tecnologia, erano considerate la soluzione per condizioni di vita più sicure, oggi invece, i rischi e le minacce vengono attribuite quasi esclusivamente al progresso e alla modernizzazione, a tal punto che fenomeni come il cambiamento climatico, il terrorismo e i disastri ecologici, ci appaiono sempre di più la conseguenza dell'agire umano.

Citando il saggio di Sigmund Freud *Das Unbehagen in der Kultur*, in cui lo psicoanalista austriaco sostiene che la civiltà è frutto di uno scambio tra restrizioni alla libertà individuale in favore della sicurezza, Buaman afferma che se Freud avesse scritto oggi il suo saggio "probabilmente avrebbe dovuto capovolgere la sua diagnosi: [...] è la sicurezza a essere sacrificata giorno dopo giorno sull'altare di una libertà individuale in continua espansione.

Mentre inseguivamo qualunque cosa sembrasse aumentare la libertà individuale di scelta e di espressione, abbiamo perduto buona parte della sicurezza ricevuta dalla civiltà moderna, e una parte anche maggiore della sicurezza che aveva promesso di offrirci; ancora peggio, non sentiamo quasi più promettere che quel bene sarà recuperato, mentre sentiamo sempre più spesso che la sicurezza non va d'accordo con la dignità umana"⁵³.

In questo contesto di perdita della sicurezza, in cui la proliferazione dei rischi è funzionalmente connessa alla promozione della modernità, i rischi hanno perso la loro oggettività, come spiega Beck: "gli analisti del rischio sanno benissimo che *il rischio non è una grandezza misurabile in termini oggettivi*. Cosa significa, allora, «realità» del rischio? La realtà del rischio si manifesta nel fatto che il rischio venga discusso. I rischi non hanno un'astratta esistenza per sé stessi. *Essi diventano reali nella contraddittoria valutazione di singoli gruppi e popolazioni*. L'idea di un criterio oggettivo in base al quale può essere commisurata la rischiosità trascura il fatto che solo in conseguenza di una determinata percezione e valutazione culturale i rischi sono considerati urgenti, pericolosi e reali o trascurabili e irreali. Ovunque sono in agguato dei rischi. Alcuni vengono tollerati, altri no. Se certi rischi non vengono accettati, non è perché sono più pericolosi di altri? No di certo. Se non lo sono è perché lo stesso rischio a uno sembra un drago, a un altro un lombrico. I rischi accettabili sono i rischi accettati. Questa apparente tautologia ci porta al cuore della questione: quanto maggiore e quanto più oggettivo appare un rischio, tanto più la sua realtà dipende dalla sua valutazione culturale. In altri termini, *l'oggettività di un rischio è il prodotto della sua percezione e della sua (anche materiale) messa in scena*"⁵⁴; "I rischi sono costruzioni e definizioni sociali sullo sfondo di corrispondenti rapporti di definizione. *Essi esistono nella forma di un sapere (scientifico e alternativo alla scienza ufficiale)*. Di conseguenza, la loro «realità» può essere drammatizzata o minimizzata, trasformata o semplicemente negata in conformità delle norme in base alle quali si decide del sapere o del non-sapere. Sono prodotti di lotte e conflitti per le definizioni nel quadro di determinati rapporti di definizione, cioè *risultati di messe in scena* (più o meno riuscite)"⁵⁵.

Inoltre in un'ottica luhmanniana, che distingue tra «rischio», dove il potenziale danno futuro dipende da decisioni proprie del decisore, e «pericolo», dove il potenziale danno deriva da decisioni altrui, rileva Umberto Pagano che "Il problema fondamentale è che in molte

53 Bauman Z. (1999), trad. italiana p.24.

54 Beck U. (2007), *Weltrisikogesellschaft...*, trad. It.: "Contitio...", 2023, p.24.

55 *Ibidem*, p52.



situazioni gli individui su cui grava il danno potenziale percepiscono il relativo evento come pericolo, mentre i *decision makers* percepiscono lo stesso evento come rischio” e di conseguenza “I rischi dei decisori non sono, quindi, gli stessi di coloro su cui grava l’evento, ma sono rischi loro propri”, pertanto “la strategia per minimizzare tale rischio può essere quella di massimizzare l’accettazione contestuale delle decisioni, di renderle «socialmente condivise». Tale strategia implica la creazione in un clima di credibilità e fiducia e si basa, inevitabilmente, su logiche di efficacia comunicativa”, dove “gli stessi livelli tecnici e scientifici, poi, non sono affatto immuni da pressioni e ingerenze esterne e spesso non godono l’autonomia e la serenità di giudizio che sarebbero auspicabili” e in definitiva “la comunicazione è un fenomeno che interessa trasversalmente il processo di gestione del rischio”, che a sua volta “si configura come un complesso fenomeno sociale basato su processi ermeneutici e comunicativi”⁵⁶.

Da quanto sopra il *rischio* (R) non può essere è ricondotto, come vorrebbe la *risk analysis*, solamente alla sua accezione tecnica generale, ossia ad una formula matematica, come prodotto di due fattori $R=P \times D$: dove (P) è la *pericolosità*, consistente nella probabilità che un evento si verifichi in un dato periodo di tempo, e (D) è il *danno*, ovvero l’entità del danno causato. Il rischio non è neppure riconducibile all’accezione proposta dalle Nazioni Unite per le calamità naturali, come il prodotto di tre fattori $R=P \times V \times E$: dove (P) è sempre la *pericolosità*, consistente nella probabilità espressa in termini di frequenza del numero di volte in cui l’evento può verificarsi in un dato periodo, (V) è la *vulnerabilità*, che indica la predisposizione a subire un danno degli elementi esposti al pericolo, ed (E) è l’*esposizione*, che consiste nella stima del valore degli elementi esposti al pericolo, sia in termini di vite umane che economici. Ma la cosiddetta valutazione tecnica del rischio (quella che gli anglosassoni chiamano *risk assessment*), va ricompresa nel più ampio concetto di gestione del rischio (in inglese *risk management*) assieme alla sua comunicazione (in inglese *risk communication*) che consiste nel comunicare gli esiti delle valutazioni degli esperti del rischio al pubblico, coinvolgendolo in un confronto sugli impatti sociali dei rischi⁵⁷. In altri termini analisi e comunicazione sono ontologicamente legati al concetto di rischio.

3. Comunicazione e Social media.

Nell’ormai lontano 1996 nella sua imponente opera il sociologo Manuel Castells⁵⁸ partendo dal diffondersi negli anni Ottanta di Internet e del World Wide Web come un potentissimo mezzo di comunicazione e come eccezionale deposito di informazioni e di conoscenza, osservava che nell’Età dell’informazione i processi dominanti sono sempre più strutturati

56 Pagano U. (2001), La comunicazione nelle situazioni di rischio, in Quaderni di Sociologia 25/2001, pp.109-110.

57 Sturloni G., (2018), La comunicazione del rischio per la salute e per l’ambiente, Mondadori, Milano, pp.5-8.

58 Castells M.,(1996-1998): The information age. Economy, society and culture: Volume I, The rise of the network society (1996); Volume II, The power of identity (1997); Volume III: End of millennium (1998). I tre volumi sono stati tradotti in italiano dalla Università Bocconi Editore con i titoli di La nascita della società in rete (2002); Il potere delle identità (2003); Volgere di Millennio (2003).



intorno al concetto di rete e giungeva a qualificare la società contemporanea come una vera e propria network society: *una società in rete*. Nel 2012 il sociologo Giovanni Boccia Artieri descriveva il mutamento avvenuto nella società della comunicazione cogliendone un ulteriore aspetto: “Il paradigma comunicativo è mutato. *Il cittadino, infatti, non è più solo oggetto, ma anche soggetto di comunicazione*. Cambia il nostro senso della posizione della comunicazione: nei *blog*, nei siti di *social network*, costruiamo la nostra riflessività connessa e da lì produciamo, distribuiamo, consumiamo in modi diversi le forme simboliche e i significati che ci servono per abitare il mondo. Quello che stiamo costruendo è un equilibrio sociale diverso. In discontinuità con le categorie conoscitive della modernità. Ne siamo consapevoli solo parzialmente”⁵⁹. Un equilibrio in perenne tensione: dall’avvento di Internet al Web 2.0 siamo diventati cittadini di due mondi: quello online e l’altro offline, diversi, tanto diversi, l’uno dall’altro. Un paradosso dove la rete e i social network hanno bandito la solitudine in un mondo che tende sempre più all’individualismo, realizzando quella “Solitudine del cittadino globale” efficacemente descritta da Zygmunt Bauman⁶⁰.

I *Social Network Sites* (SNS) si sono evoluti e trasformati nel tempo: da piattaforme *statiche*, focalizzate sulla costruzione di un profilo personale e sulla creazione e sostegno di legami sociali per la maggior parte preesistenti nella vita *offline*, a piattaforme *dinamiche*, focalizzate sulla condivisione dei cosiddetti *User Generated content* (UGC), contenuti di varia natura prodotti, postati e liberamente condivisi dagli utenti⁶¹. A questa trasformazione dei social si accompagna ben presto l’ingresso e la diffusione e dei cosiddetti *Professionally Generated Content* (PGC), contenuti generati non dagli utenti ma da professionisti, ben rappresentato dall’evoluzione di *Twitter*, dove il 10% degli iscritti genera il 90% dei tweet⁶², o di *YouTube*, dove il 30% dei video prodotti ogni giorno raccoglie il 90% delle visualizzazioni⁶³. Attraverso una fase di *consolidamento* di modelli, diversificazione di strategie e concentrazione di operatori, ed una fase di *co-evoluzione*, in cui le piattaforme collaborano e competono in relazione all’evoluzione dell’intero sistema, configurandosi come strumenti della narrazione della realtà degli eventi⁶⁴, i social diventano sempre più piattaforme editoriali⁶⁵, dove l’attività di creazione e comunicazione di contenuti è il centro dell’attività mentre la socialità ne è solo un effetto secondario: da *social network* a *social media* si trasformano infine in *media connettivi*⁶⁶, dove la socialità è il risultato dell’interazione tra utenti e tra utenti e logiche e interfacce delle piattaforme, e dove “le norme della socialità online sono cambiate [...] e sono in divenire. I

59 Boccia Artieri G., (2012), *Stati di Connessione. Pubblici, cittadini e consumatori nella (Social) Network Society*, Franco Angeli, Milano.

60 Bauman Z. (1999), *op.cit.*

61 Vittadini N., (2018), *Social Media Studies*, Franco Angeli, Milano, pp.35-36.

62 Heil B., Piskorski M., (2009), *New Twitter Research: Men follow men and nobody tweets*, in Harvard Business Review Blog: <https://hbr.org/2009/06/new-twitter-research-men-follo>

63 Vittadini N., (2018), *op.cit.*, p.68.

64 *Ibidem*, P.51.

65 Van Dijck J., (2013), *Facebook and Engineering of Coconnectivity: A multi-layered approach to social media platforms*, in “*Convergence*”, vol.19, n. 2, pp.141-155, p.142.

66 Van Dijck J., (2013), *The Culture of Connectivity. A Critical History of Social Media*, Oxford University Press, New York.



modelli di comportamento che esistevano nella socialità offline sono sempre più mescolati con le regole sociali e socio-tecniche create nello spazio virtuale⁶⁷. Tali modelli di comportamento sono ormai così inestricabilmente collegati da dover coniare un nuovo termine *Onlife*, creato dal filosofo Luciano Floridi giocando sui termini online ('in linea') e offline ('non in linea'): *Onlife* è quanto accade e si fa mentre la vita scorre, restando collegati a dispositivi interattivi, in cui la pervasività delle ICT le rende delle vere e proprie "forze sociali" che impattano in maniera radicale sulla nostra stessa concezione di "chi siamo" e sul nostro modo di concepire e relazionarci con la realtà circostante sino a offuscare distinzione tra reale e virtuale e a far venir meno le distinzioni tra uomo, macchina e natura, passando da una condizione di scarsità di informazioni ad una di abbondanza e dai concetti di proprietà e relazioni binarie a quelli di processi e reti⁶⁸.

Un altro aspetto fondamentale nella comunicazione attraverso i social media, che ha ripercussioni anche nella comunicazione d'emergenza, è il meccanismo della condivisione dei contenuti. Una frase ormai diventata icastica e straordinariamente efficace per descrivere il fenomeno è: "Se non si diffonde, è morto" (If it doesn't spread, it's dead)⁶⁹. Tenendo presente che per descrivere le forme di partecipazione all'interno dei social media si cita come norma la regola dell'1%⁷⁰ che asserisce che il numero di persone che creano attivamente contenuti sul web (UGC), sono circa l'1% del totale delle persone che usufruiranno di quel materiale, si può dire che il *social sharing*, ovvero l'attività di redistribuzione di contenuti altrui, sia una delle attività principali all'interno dei *social media*. Anzi, considerato che vi è una spinta verso tale attività con la presenza delle icone di condivisione e con gli algoritmi che regolano la visualizzazione dei post e tweet sulle pagine degli utenti anche in base al numero di condivisioni, la condivisibilità delle informazioni è "un elemento strutturale delle architetture di rete"⁷¹. Di conseguenza "per rimanere *social* [...], gli individui devono prendere decisioni cruciali su come condividere le informazioni in ambienti di rete che prosperano sulla condivisione"⁷² in tempi stretti, dato che i contenuti nei *social* hanno vita breve, sulla base non di valutazioni complesse, ma in base al numero di *like* che un *post* riceve⁷³. Inoltre è ormai assodato che in rete "le persone si connettono tra persone simili", e che quindi "non è facile

67 Van Dijck J., Poell T. (2013), *Understanding Social Media logic*, in "Media and Communication", vol. 1, n.1, p.2-14.

68 Floridi L., (a cura di), (2015), *The Onlife Manifesto. Being Human in a Hyperconnected Era*, Springer, New York- London.

69 Jenkis H., Ford S., Green J., (2013), *Spreadable media: creating value and meaning in a network culture*, NYU Press, New York, p.1.

70 La regola dell'1% è stata coniata nel maggio del 2006 dai blogger Ben McConnell e Jackie Huba: *The 1% Rule: Charting citizen participation*, su churchofthecustomer.com. URL consultato il 16 aprile 2011 (archiviato dall'url originale l'11 maggio 2010).

71 Papacharissi Z., Gibson P. L., (2011), *Fifteen Minutes of Privacy: Privacy, Sociality, and Publicity on Social Network Sites*, in: Trepte, S., Reinecke, L. (eds) "Privacy Online", Springer, Berlin, Heidelberg, p. 76.

72 *Ibidem*.

73 Van Dijck J., Poell T., (2013), *Understanding Social Media Logic*, in "Media and Communication", 2013, Vol.1, n.1, pp. 2-14



ottenere l'accesso alle visualizzazioni di persone che pensano da una prospettiva diversa"⁷⁴, dando luogo a quel fenomeno chiamato *omofilia delle reti*: nei social la credibilità di un contenuto viene attribuita non per la validità della fonte ma attraverso una catena di fiducia tra amici di amici, definita FOAF (*Friend of a friend*), che spesso hanno le medesime posizioni così creando le cosiddette *echo chamber*⁷⁵, dove risuonano come un eco le stesse opinioni. Tale situazione è poi aggravata dagli algoritmi che selezionando le visualizzazioni dei contenuti in base ai comportamenti precedenti dell'utente finiscono per collocarlo in una sorta di bolla informativa, definita *filter bubble*⁷⁶, sino a generare fenomeni di radicalizzazione⁷⁷. La sociologa Nicoletta Vittadini, citando un caso avvenuto in Texas, spiega che questo tipo di fenomeni genera una divergenza tra i flussi di comunicazione: un *tweet* contenente un'informazione falsa raggiunge i 16.000 *retweet* e su Facebook viene condiviso 350.000 volte, mentre il *tweet* di rettifica, contenente l'informazione corretta, raggiunge 254 *like* e 27 *retweet*; tale enorme divario della diffusione tra la notizia falsa e la sua rettifica è dovuto proprio al fatto che le due informazioni corrono su reti differenti, la falsa in reti omofile dove il meccanismo FOAF fa da volano alla sua diffusione, mentre la notizia vera circola assai di meno su reti *mainstream*, "in competizione con la fiducia relazionale e affettiva dei social media"⁷⁸.

4. Comunicazione d'emergenza e social media e algoritmi.

In questo quadro si inserisce la comunicazione d'emergenza, che consiste in un processo di acquisizione e diffusione di informazioni per contrastare un evento emergenziale allo scopo di incrementare il livello organizzativo del sistema e di ridurre il livello di imprevedibilità⁷⁹. È necessario fare una distinzione concettuale tra disastro, emergenza e crisi. Disastro è un evento imprevisto e improvviso che provoca un'emergenza, che invece si configura come "un processo in cui le routine del sistema colpito [...] sono sconvolte e richiamano i diversi attori a compiti non ordinari"; mentre in passato la riflessione scientifica limitava il concetto di emergenza ai soli eventi catastrofici naturali, oggi si parla di crisi come di "un processo con le caratteristiche dell'emergenza, ma generalmente prescindendo dalle sue cause"⁸⁰.

Comunque le definizioni di emergenza sinora elaborate sono due: una *frequentista* e l'altra *cognitiva*.

74 boyd d., (2010) Streams of Content, Limited Attention: The Flow of Information through Social Media, in Web2.0 Expo. New York, NY: November 17, testo disponibile online: <https://www.danah.org/papers/talks/Web2Expo.html>

75 Jamieson, K., Cappella, J., (2009), *Echo Chamber: Rush Limbaugh and the Conservative Media Establishment*, Oxford University Press; Sunstein, C. R. (2017), *#Republic: Divided Democracy in The Age of Social Media*, Princeton University Press.

76 Pariser E., (2011), *The Filter Bubble: What the Internet Is Hiding from You*, Penguin Group, New York.

77 Anzera G., Massa A., (2021), *Chi ha paura di Internet? Le piattaforme online nei processi di radicalizzazione e di deradicalizzazione*, Franco Angeli, Milano.

78 Vittadini N., (2018), Op. cit., p.125.

79 Coombs, W. T., (2007), *Ongoing Crisis Communication: Planning, Managing, and Responding*, SAGE, Los Angeles.

80 Lombardi M., (2005), *Comunicare nell'Emergenza*, Vita e Pensiero, Milano, p.27.



La prima fa riferimento alla frequenza del verificarsi di un evento, dove ad un alto grado di frequenza corrisponde la normalità, mentre ad un basso grado di frequenza corrisponde la non normalità, quindi l'emergenza. Invece la *definizione cognitiva di emergenza*, parte dal presupposto che la sopravvivenza dipende dalla prevedibilità o meno dell'ambiente in cui si vive, e ritiene quindi necessario "dominare la variabilità ambientale da parte del sistema socio-culturale, con i suoi mezzi conoscitivi e tecnologici, per cercare di ridurre, all'interno dell'insieme normalità, anche gli eventi classificati come rari, secondo la loro frequenza: conoscere, prevedere approntare strategie non riduce la probabilità del verificarsi della calamità, ma riduce enormemente il danno"⁸¹. Tale definizione di emergenza ha il pregio di collocare il concetto di vulnerabilità non nell'emergenza ma nel sistema nel suo complesso, o meglio nella *subcultura dell'emergenza*, che consiste nel grado di cultura specifico posseduto da ciascun sistema di reagire a quell'evento, dando così ragione del caso di due sistemi sociali colpiti da eventi di pari intensità, ma con effetti dannosi differenti⁸². In altri termini gli effetti della crisi sono già contenuti dentro al sistema colpito, che rivela una maggiore vulnerabilità rispetto ad un altro: "la definizione cognitiva dell'emergenza insieme al concetto di vulnerabilità, hanno il pregio, e la responsabilità, togliere all'evento scatenante la crisi i connotati della fatalità ineluttabile e di collocare le strategie di gestione dell'emergenza nell'insieme di quelle socialmente necessarie per governare i processi di sviluppo e mutamento del sistema sociale. In questa prospettiva concettuale la prevenzione diventa un dovere sociale"⁸³.

Per quanto sopra appare evidente che la comunicazione d'emergenza non può riguardare la sola fase emergenziale ma ricomprende riguarda le fasi precedenti l'evento emergenziale, la fase di emergenza vera e propria ed infine la fase post emergenza.

Gli obiettivi della comunicazione durante la *fase pre-emergenza*, detta anche *care communication*, si possono sintetizzare in:

- prevenire quanto più possibile il rischio;
- informare su come gestirlo;
- sensibilizzare per minimizzarlo.

Tale attività ricomprende la creazione di strumenti da utilizzare durante l'emergenza, come piani operativi, procedure intra e inter-istituzionali, l'individuazione di canali preferenziali tra i media, l'addestramento dei portavoce e del team di comunicazione. In questa fase per prevenire, informare e sensibilizzare su come conoscere, gestire e minimizzare il rischio e l'emergenza è necessario:

- preparare dei piani di gestione delle crisi, comprensivi di esercitazioni pratiche e di piani di comunicazione delle crisi che stabiliscano ruoli ben precisi delle diverse parti interessate, le modalità di comunicazione tra di loro e con il pubblico e che prevedano anche l'utilizzo dei social media;
- fornire informazioni sicure, scientificamente dimostrate in modo comprensibile al pubblico destinatario;

81 Ibidem, p.29.

82 Quantarelli E.L., (a cura di), (1978), *Disaster: Theory and Research*, Sage, California, 1978.

83 Lombardi M., (2005), Op. cit., p.32.



- divulgare i fattori di rischio e i segnali di allertamento relativi ad esso;
- informare sulle azioni da compiere o da non compiere qualora l'emergenza si verifichi.

In sintesi si tratta costruire quella subcultura della crisi che favorisca "il comportamento adattivo durante l'emergenza"⁸⁴, una sorta di educazione al rischio⁸⁵ per rendere il sistema resiliente.

Successivamente c'è la fase della comunicazione durante l'emergenza, detta anche *crisis communication*, dove è indispensabile "un ruolo attivo della popolazione, a cui è richiesto di reagire a una minaccia adottando comportamenti idonei per mettersi in sicurezza, mentre le istituzioni preposte alla gestione del rischio conservano un ruolo di guida, fornendo informazioni e indicazioni comportamentali, presuppone che, per quanto possibile, la consapevolezza del rischio e dei comportamenti da adottare per difendersi – la cd. «cultura del rischio» – sia condivisa prima dell'emergenza, ovvero in «tempo di pace»⁸⁶. La comunicazione durante la fase dell'emergenza "consiste in quello scambio di messaggi atti ad allertare la popolazione interessata dalla stessa, favorendo una reazione che faciliti il mantenersi al sicuro o mettersi in salvo, o che comunque agevoli il più possibile le operazioni di soccorso"⁸⁷, con lo scopo di superare la crisi il più rapidamente possibile per riportare a normalità il sistema. In questa fase i mezzi di comunicazione "giocano un ruolo fondamentale in quanto rispondono al bisogno primario di fornire informazioni e favoriscono il mantenimento dell'equilibrio di ciascun attore coinvolto"⁸⁸.

Tale fase emergenziale può essere suddivisa in due sub-fasi:

- la sub-fase relativa alla gestione iniziale dell'emergenza, in cui sono essenziali la semplicità, la credibilità, la coerenza, la verificabilità e la velocità delle informazioni, in modo da accreditare sin dal primo momento le istituzioni impegnate nella gestione dell'emergenza, quale principale fonte di informazioni e così limitare la diffusione incontrollata di voci e di rumors;
- la sub-fase relativa al mantenimento dei soccorsi, in cui, aumentando le informazioni rispetto alle diverse esigenze, è necessario da un lato, aiutare la popolazione coinvolta a comprendere meglio la situazione, e dall'altro, supportare i soggetti non direttamente colpiti verso le operazioni di gestione dell'emergenza, sia con campagne di sensibilizzazione che con informazioni dettagliate su come aiutare concretamente i soggetti coinvolti⁸⁹.

Infine c'è la fase post-emergenza che può essere suddivisa a sua volta in due sub-fasi:

- la sub-fase della risoluzione, che ha inizio quando la gestione dell'emergenza sta per essere definitivamente portata a termine, durante la quale è importante trarre delle prime conclusioni rispetto a quanto ha funzionato e dove i soccorsi si sono mostrati maggiormente carenti, ed è

84 Lombardi M., (2005), Op. cit., p.83.

85 Zuccaro A., (2021), La comunicazione nella gestione delle emergenze, Palermo, p.27.

86 Sturloni G., (2018), Op. cit., p.91.

87 Zuccaro A., (2021), op. cit., p.65.

88 Lombardi M., (2005), Op. cit., p.65.

89 Anzera G., (2014), "La comunicazione d'emergenza nel conteso contemporaneo", in Comunello F. (a cura di), (2014), Social Media e Comunicazione d'Emergenza, Milano, pp.21-22.



altrettanto importante rafforzare i messaggi di prevenzione spiegando come comportarsi durante la normalità per ridurre il rischio e come agire nel caso l'emergenza si ripresenti;

- la sub-fase *della valutazione*, quando l'emergenza è definitivamente superata, in cui si fa il punto della situazione ed in particolare si valuta la performance della comunicazione per capire cosa abbia funzionato e cosa invece ha creato difficoltà.

In definitiva la fase post-emergenziale non è solo il momento in cui si fa tesoro delle esperienze apprese durante la crisi, ma anche il periodo, di lunghezza variabile, di gestione degli effetti dell'emergenza, come ad esempio nel caso si siano verificate vittime, dove momenti di commemorazione e ricordo negli anni a seguire prolungano questa fase della comunicazione di emergenza e contribuiscono a rafforzare la legittimazione e la fiducia dell'istituzione che ha gestito l'emergenza⁹⁰. In questa fase ad esempio ha un ruolo importantissimo la Psicologia dell'emergenza, che nella cultura statunitense viene definita *disaster psychology*, che si occupa delle conseguenze psicologiche sia individuali che sociali delle situazioni emergenziali: "ancor più catastrofico del sisma è quel terremoto che né si vede né si ode, quel terremoto che avviene dentro"⁹¹. È bene ricordare che le vittime di un'emergenza non sono solo coloro che subiscono in via diretta l'impatto dell'evento ma potenzialmente una tutta serie di persone così individuate e classificate dallo psicologo Taylor e dallo psichiatra Frazer Victoria University di Wllington⁹²:

<p>1. Vittime di primo livello chi subisce in via diretta l'impatto dell'evento catastrofico</p>
<p>2. Vittime di secondo livello parenti e amici delle vittime di primo livello</p>
<p>3. Vittime di terzo livello personale di soccorso</p>
<p>4. Vittime di quarto livello la comunità coinvolta nel disastro e chi, in qualche modo, ne è eventualmente responsabile</p>
<p>5. Vittime di quinto livello individui il cui equilibrio psichico è tale che, anche se non sono coinvolti direttamente nel disastro, possono reagire con un disturbo emozionale</p>
<p>6. Vittime di sesto livello individui che, per un diverso concorso di circostanze, avrebbero potuto essere loro stessi vittime di primo livello o che hanno spinto altri nella situazione della calamità o che si sentono coinvolti per altri motivi indiretti</p>

⁹⁰ Ibidem, p.23.

⁹¹ Petrone L., (2002), *Emergenza in Italia*, in Iacono A. e Troiano M., (a cura di), (2002), *Psicologi dell'emergenza*, Editori Riuniti, Roma, pp.75-76.

⁹² Frazer, A.G & Taylor, A.J.W. (1981), *Psychological sequelae of Operation Overdue following the DC10 air crash in Antartica*, in *Psychology*, No.27., 72.



Questa attività rivolta alle vittime di un'emergenza consiste in un lungo processo di recupero, ricostruzione e ristabilimento, che consente di attivare due risorse psicologiche definite coping e resilienza, che si articola in una serie di tecniche, come il debriefing e il defusing, inquadrate e classificate da Everly G. e Mitchell L. nel *Critical Incident Stress Management*⁹³. Un altro compito particolarmente complesso della comunicazione post emergenziale riguarda il caso in cui si siano verificati rapporti problematici con i media o con il pubblico durante la crisi che siano arrivati ad incrinare il rapporto di fiducia tra media, pubblico e istituzioni. Si tratta di un lavoro solitamente molto lungo e indispensabile, perché senza il rispetto dei ruoli e la stima tra interlocutori, qualsiasi messaggio perde valore e in definitiva ogni tipo di comunicazione è vana. Ad esempio i social media possono essere fondamentali nelle fasi successive all'emergenza nel fornire uno spazio per la ricostruzione delle relazioni sociali, per la condivisione delle esperienze, per l'espressione del lutto e della solidarietà, per la costruzione collaborativa della memoria⁹⁴.

In generale è bene precisare che la comunicazione post emergenza più che mirare a recuperare la normalità che precedeva la crisi, punta a creare una nuova normalità, tenendo conto in modo oggettivo di tutti i parametri della comunicazione, dai dati del traffico comunicativo, ai commenti e condivisioni sui differenti canali sino agli elementi umorali, con l'obiettivo sia di educare alla nuova normalità, attraverso la formazione e la modifica dei propri atteggiamenti, sia di creare una memoria storica che dia nel rispetto dei ruoli e delle vittime una visione il più possibile veritiera dell'accaduto con un approccio cronachistico per non dare spazio a *fake news* e *rumors*, che potrebbero in seguito rivelarsi fonte di delegittimazione delle istituzioni⁹⁵. Per concludere è importante avere chiaro che le fasi della comunicazione pre e post emergenza sono strettamente connesse: un sistema è tanto più preparato a gestire un'emergenza quanto più saprà trarre insegnamenti dagli eventi favorevoli o sfavorevoli al superamento della stessa.

Per pianificare una comunicazione d'emergenza è necessario agire come per qualsiasi altro tipo di comunicazione e quindi confrontarsi con questi quattro aspetti:

1. definire i propri obiettivi;
2. conoscere il profilo dei destinatari;
3. individuare i canali di comunicazione più adatti;
4. scegliere i messaggi.

Il primo passo può sembrare scontato, ma dato che la comunicazione d'emergenza deve stimolare una risposta di tipo adattativo dei propri interlocutori, diventa essenziale avere ben chiari quali tipo di cambiamenti si vuole ottenere da loro.

Il secondo passo è altrettanto basilare ma di fondamentale importanza per raggiungere l'obiettivo: spesso ci si dimentica che non si sta solo comunicando qualcosa, ma che si sta

93 Mitchell J.T. and Everly G.S. (1997) *Critical Incident Stress Management: a new era and standard of care in crisis intervention*, Ellicott City, MD.: ed. Chevron Publishing Corporation.

94 Farinosi M., Micalizzi A., (a cura di), (2013), *Netquake. Media digitali e disastri naturali*, franco Angeli, Milano.

95 Zuccaro A., (2021), op. cit., pp.139-144.



comunicando con qualcuno⁹⁶. Quindi se non si vuol rischiare di essere ignorati, si deve conoscere il profilo dei destinatari a cui ci si rivolge e si deve instaurare una relazione di fiducia tra chi comunica e chi riceve il messaggio. E ciò ancor più nei social, dove uno degli scopi prioritari non è l'informazione, come nei media tradizionali, ma la costruzione di relazioni significative: presentarsi con autorevolezza e professionalità e coltivare un dialogo ascoltando il proprio interlocutore è forse più importante del messaggio stesso⁹⁷. Sui differenti tipi di audience è ancora valida la segmentazione dei pubblici fatta dallo studioso della comunicazione d'emergenza Grunig⁹⁸, che ha individuato quattro gruppi: il primo, detto "*no public*", composto dai soggetti che non comprendono la gravità della situazione e sottovalutano i messaggi; il secondo, definito "pubblico latente", che riguarda il gruppo sociale potenzialmente coinvolto nell'evento e a rischio di subirne gli effetti, ma non ancora consapevole del contesto; il terzo gruppo composto dal "pubblico consapevole", che comprende la portata dell'emergenza e che esige informazioni e direttive da parte delle istituzioni; ed infine il quarto gruppo, che è quello direttamente collegato alla gestione dell'emergenza che va informato sul campo delle procedure da seguire per essere di supporto ai soggetti coinvolti.

Il punto è che i vari pubblici si presentano tutti insieme nello stesso momento e richiedono contemporaneamente diversi messaggi informativi: ad esempio, bisognerà convincere il *no public* della gravità della situazione, mentre il pubblico consapevole andrà informato correttamente sulle procedure da seguire e così via⁹⁹.

Il terzo passo è la scelta dei canali di comunicazione, che si possono suddividere in base al numero di soggetti coinvolti nella comunicazione in quattro modelli comunicativi:

- a) I mezzi di comunicazione *broadcast*, utilizzati dalle istituzioni per comunicare con i cittadini in maniera indifferenziata e sono la televisione, la radio, i giornali ed i siti web;
- b) I mezzi di comunicazione *one to one* unidirezionali, utilizzati dalle istituzioni per comunicare con i cittadini ma in maniera differenziata e sono e-mail (newsletter), sms, e telefonate;
- c) I mezzi di comunicazione *one to one* bidirezionali, utilizzati sia dalle istituzioni che dai cittadini per mettersi in contatto con le istituzioni e sono sempre email e telefono spesso gestiti da un unico contact center;
- d) I mezzi di comunicazione *many to many*, utilizzati principalmente dai cittadini per comunicare tra loro e dalle istituzioni sinora in modo tendenzialmente unidirezionale secondo un modello top-down. Si tratta ovviamente dei social media, come ad esempio Twitter (ora X) e Facebook.

La scelta dei canali è strettamente collegata al passo precedente perché ad ogni pubblico corrisponde un tipo di media. Così ad esempio per rivolgersi ad un pubblico in generale, si utilizzeranno i media tradizionali, a cui si rivolgono e il 74,1% degli italiani¹⁰⁰, mentre se si

⁹⁶ Carrada Giovanni, (2005), *Comunicare la scienza*, Sironi, Milano.

⁹⁷ Zuccaro A., (2021), op. cit., p.126.

⁹⁸ Grunig J., (2013), *Excellence in Public Relations and Communication Management*, Routledge.

⁹⁹ Anzera G., (2014), op. cit., p.20.

¹⁰⁰ Rapporto CENSIS 2023, reperibile online: <https://www.censis.it/comunicazione/il-vero-e-il-falso-0>



vogliono raggiungere più selettivamente i diversi pubblici ci si rivolgerà ai social media, avendo presente che Il 64,3% degli italiani dichiara di utilizzare un mix di fonti informative, tradizionali e online; c'è poi un 9,9% che attinge solo ai media tradizionali e un 19,2%, poco meno di 10 milioni di italiani in valore assoluto, che si affida esclusivamente alle fonti online¹⁰¹. Rimanendo nei social media la scelta va ulteriormente selezionata in base al pubblico: Twitter (X) rappresenta quello più vicino alla funzione giornalistica, mentre Facebook è più generalista per un'utenza sopra i trent'anni, Instagram tra i 20 e i 40, TikTok tra le fasce più giovani¹⁰². Inoltre la scelta dei canali è influenzata anche dal primo passo, ovvero gli obiettivi da raggiungere, secondo una suddivisione ben schematizzata nella tabella¹⁰³ qui di seguito:

Tipologia di obiettivo	Tempistiche dei risultati	Canali privilegiati
Informazione	Breve termine	Mass media
Educazione	Lungo termine	Scuole, e-learning
Persuasione	Breve/medio termine	Pubblicità, attività di lobbying
Coinvolgimento	Medio termine	Comunicazione interpersonale Campagne, social media
Mobilitazione	Breve/medio termine	Canali privilegiati

Infine il quarto passo che riguarda la scelta dei messaggi. Qui per quanto riguarda i social media è necessario fare una premessa circa l'utilizzo che se ne vuol fare durante tutta la fase emergenziale: "innanzitutto, i social media possono essere utilizzati in modo passivo per diffondere informazioni e ricevere feedback dagli utenti tramite messaggi in arrivo, post in bacheca e sondaggi. Mentre un secondo approccio prevede l'uso sistematico dei social media come strumento di gestione delle emergenze. L'utilizzo sistematico potrebbe includere l'utilizzo del mezzo per condurre comunicazioni di emergenza ed emettere avvisi; utilizzare i social media per ricevere richieste di assistenza da parte delle vittime; monitorare le attività degli utenti per stabilire la consapevolezza situazionale; e utilizzare le immagini caricate per creare stime dei danni, tra le altre cose"¹⁰⁴. È evidente che cambia il contenuto dei messaggi se si utilizza il primo o il secondo dei due approcci all'utilizzo dei mass media. Poi bisogna distinguere la formulazione dei messaggi con riferimento alla fase dell'emergenza – pre-durante-post – ed in base anche all'oggetto della comunicazione. Ad esempio si pensi alla differenza della comunicazione tra rischio terroristico e ambientale: il primo può far leva direttamente sulle immagini oscure della violenza, mentre il secondo è il "risultato di una messa in scena *top-down*"¹⁰⁵ dovuta ad una comunicazione che comprende un'alleanza di

101 Ibidem.

102 Zuccaro A., (2021), op. cit., p.125.

103 Sturloni G., (2018), Op. cit., p.50.

104 Lindsay B. R., (2011) *Social Media and Disasters: Current Uses, Future Options, and Policy Considerations*, report, September 6, 2011; Washington D.C.. (<https://digital.library.unt.edu/ark:/67531/metadc93902/>; accessed March 26, 2024), University of North Texas Libraries, UNT Digital Library, <https://digital.library.unt.edu/>; crediting UNT Libraries Government Documents Department.

105 Beck U. (2007), trad. It, (2023), p.118.



scienziati, politici e movimenti sociali, che necessitano un' articolata comunicazione che parta dai media tradizionali, con le loro funzioni di selezione (*gatekeeper*) ed di gerarchizzazione (*agenda setting*) delle informazioni¹⁰⁶, attraverso comunicati stampa, interviste, conferenze, programmi televisivi e radiofonici, e arrivi sino ai nuovi media, per mezzo di newsletter, blog e social media.

I messaggi devono essere innanzitutto tempestivi perché quando un'organizzazione è la prima a segnalare l'emergenza, la sua reputazione subisce meno danni che se qualche fonte esterna, come i mezzi di informazione, sia la prima a segnalare l'esistenza della crisi¹⁰⁷.

Assieme alla tempestività deve esserci la trasparenza: bisogna diffondere le notizie di cui si dispone, ammettendo ciò che si sa e ciò che non si sa, senza balzi in avanti, interpretazioni azzardate o notizie verificate, che in seguito comprometterebbero la fiducia nell'istituzione che le ha comunicate.

Inoltre la comunicazione deve essere comprensibile ai destinatari, perché lo scopo non è trasformare i cittadini in esperti, ma metterli in condizione di gestire le informazioni ricevute per mettersi in salvo e proteggersi dai pericoli. Più in generale nelle fasi pre e post emergenza è necessario fornire codici culturali per dare una corretta interpretazione dell'accaduto ed in seguito suscitare comportamenti proattivi, mentre nella fase dell'emergenza bisogna definire il più possibile nel dettaglio la situazione per orientare i comportamenti. Infatti, poiché i messaggi hanno lo scopo di stimolare una risposta adattativa, devono essere puntuali, coerenti e non problematici sui contenuti, per non lasciare spazio ad ambiguità e fraintendimenti, ed essere attenti ai reali bisogni degli interlocutori, perché principio fondamentale nell'informazione non è fornire dati, ma fornirli in maniera adeguata e congruente alla domanda, seguendo un modello a onde della curva della domanda e della risposta dell'informazione, in modo da ridurre la vulnerabilità del sistema¹⁰⁸. Così ad esempio durante il terremoto del Friuli del 1976 se descriviamo su un asse temporale le richieste di ammissione dei feriti all'ospedale di Udine, il principale presidio sanitario del territorio, nelle prime ore hanno effettuato un balzo verso l'alto i feriti con traumi, scendendo in seguito a livelli quasi normali in 72 ore dall'impatto, mentre i feriti con problemi medici sono stati la maggioranza in un secondo momento, circa 30-40 ore dopo¹⁰⁹.

È quindi necessario dare precedenza ai messaggi in base alle esigenze manifestate dalla popolazione e adottare un approccio dialogico con gli altri soggetti portatori di interessi e, quando possibile, favorire la partecipazione ai processi decisionali, perché nella gestione dell'emergenza il coinvolgimento del pubblico è essenziale¹¹⁰: è prioritario ascoltare i tutti gli *stakeholder*, perché "la prima forma di accoglienza è un ascolto partecipato e partecipativo, in un'ottica dialogica"¹¹¹. Si inserisce in questo contesto anche la scelta nel piano d'emergenza di

106 Lombardi M., (2005), Op. cit., pp.39-48.

107 Coombs, W.T. (2014), "State of crisis communication: evidence and the bleeding edge", Research Journal of the Institute for Public Relations, Vol. 1 No. 1, pp. 1-12.

108 Lombardi M., (2005), Op. cit., pp.67-71.

109 Ibid. pp. 30-31.

110 Sturloni G., (2018), Op. cit., p.96.

111 Zuccaro A., (2021), op. cit., p.111.



nominare un'unità di crisi e un portavoce dell'istituzione, atto che consente di "personificare l'istituzione", dandole un volto e una voce¹¹², perché siamo più disponibili a dare fiducia ad una persona piuttosto che ad una struttura astratta¹¹³.

È fondamentale comprendere che la comunicazione d'emergenza non può essere limitata ad un solo canale e alle norme che lo regolano, ma ognuno di essi fa parte di un'unica comunicazione articolata tra diversi media e diversi *stakeholder*. È ormai assodato che a causa dell'aumento dei servizi di *social networking* (SNS), la comunicazione Internet è un metodo onnipresente per lo scambio di informazioni su una crisi¹¹⁴. Ad esempio in Italia si registra ancora un forte aumento dell'impiego di internet da parte degli italiani (l'88% di utenza: +4,5%) e di quanti utilizzano gli *smartphone* (l'88%: +4,7%) e lievitano complessivamente all'82,4% gli utenti dei *social network* (+5,8%), mentre i media tradizionali rimangono molto forti: la tv nel 2023 a guardarla è complessivamente il 95,9% degli italiani e i radioascoltatori sono il 78,9% degli italiani, con il crollo dei soli quotidiani cartacei venduti in edicola, che nel 2007 erano letti dal 67,0% degli italiani, ridottisi al 22,0% nel 2023 (con una differenza pari a -3,4% in un anno e a -45,0% in quindici anni)¹¹⁵. Quindi affinché la comunicazione in caso di crisi sia efficace, gli strumenti dei social media devono far parte delle strategie di comunicazione. Come ad esempio nel caso della mappa Ushahidi, che è stata creata da una società senza scopo di lucro (Ushahidi), spinta da Ory Okolloh, un *blogger* e attivista, che utilizzando il suo *blog* per raccogliere informazioni sugli scoppi di violenza nel periodo post-elettorale del 2007 in Kenya, con l'aiuto di diversi sviluppatori, ha implementato una mappa della crisi *open source* fornendo informazioni alternative a quelle del governo sugli incidenti di violenza. Il successo di questa *crowmap, open source* dal 2010, ha dato vita ad un vero e proprio fenomeno di *crisis mapping*, un'attività di raccolta, visualizzazione e analisi dei dati in tempo reale in eventi di crisi dovuti a cause di natura diversa¹¹⁶, come nel caso del terremoto di Haiti del gennaio 2010, lo tsunami giapponese del 2013, o l'alluvione in Sardegna del novembre 2013¹¹⁷. Questo tipo di progetti si basa sul lavoro di volontariato di pochi sviluppatori e sul contributo fondamentale della comunità, attraverso la condivisione degli User Generated Content (UGC): l'aggregazione di input co-generati come comunicazioni catturate o comunicazione tramite interne a *social media* sono combinate con dati geo-referenziati e geo-spaziali per creare mappe digitali, il più aggiornate possibile.

112 Sturloni G., (2018), Op. cit., p.97.

113 Covello et Alii, (2009), Vincent T. Covello, Richard G. Peters, Joseph G. Wojtecki, and Richard C. Hyde, Risk Communication, the West Nile Virus Epidemic, and Bioterrorism: Responding to the Communication Challenges Posed by the Intentional or Unintentional Release of a Pathogen in an Urban Setting, in *Journal of Urban Health*, Vol. 78, No. 2, June 2001, pp.382-391, p.386.

114 Yi, C.J. and Kuri, M. (2016), The prospect of online communication in the event of a disaster, *Journal of Risk Research*, Vol. 19 No. 7, pp. 951-963.

115 Rapporto CENSIS 2023, cit..

116 Wikipedia, *Crowdmapping*: <https://it.wikipedia.org/wiki/Crowdmapping>

117 Lovari A., Murtas F., (2014), Comunicazione di crisi e pratiche digitali di engagement: il caso della mappa condivisa SardSos", in Comunello F. (a cura di), (2014), *Social Media e Comunicazione d'Emergenza*, Milano, pp.141-159.



La comunicazione d'emergenza attraverso i *social media* durante una crisi dovrebbe essere un processo integrato che offra non solo dati e informazioni ma anche, ad esempio, supporto emotivo¹¹⁸, perché non si sta solo comunicando qualcosa, ma si sta comunicando con qualcuno. È importante notare che non esistono due crisi completamente identiche e, di conseguenza, nessun piano di comunicazione è applicabile a ogni crisi¹¹⁹ e che in contesti diversi non esiste un unico tipo di comunicazione sufficiente per tutte le crisi¹²⁰. Bisogna tenere conto anche il *digital divide* durante le catastrofi: ad esempio in un'analisi esplorativa dei dati empirici di un'indagine sulle famiglie sulla ricerca di informazioni, sull'attività di condivisione e sulla percezione dell'affidabilità delle informazioni sulle piattaforme di *social media* in diversi gruppi di popolazione durante tre importanti uragani negli Stati Uniti tra il 2017 e il 2018. I risultati di questa analisi suggeriscono associazioni significative tra l'uso dei *social media* e fattori socioeconomici: (1) i fattori socioeconomici insieme agli effetti geografici giocano un ruolo nel determinare non solo l'adozione della piattaforma ma sia le motivazioni per la ricerca di informazioni che l'azione di condivisione delle informazioni sui *social media*, (2) Il tipo di piattaforma di *social media* influenza il tipo di informazioni che le persone cercano, (3) le famiglie provenienti da contesti socioeconomici inferiori e appartenenti a minoranze erano più propense a utilizzare le piattaforme di *social media* per cercare informazioni diverse sui *social media* rispetto ai loro pari, (4) la percezione dell'affidabilità delle informazioni è influenzata anche dal divario sociale: le famiglie delle aree rurali, i gruppi a basso reddito e le minoranze razziali avevano maggiori probabilità di segnalare una maggiore inaffidabilità delle informazioni sui *social media*¹²¹. Il docente di strategie della Comunicazione di emergenza e fondatore e coordinatore del comitato scientifico di emergenza²⁴, il più importante *network* di emergenza europeo, Maurizio Galluzzo, sostiene che "I temi che riguardano la comunicazione della crisi spesso sono legati a fenomeni complessi in cui ci aiuta di più la teoria del caos che una singola disciplina" e spiega che ad esempio "in condizioni di conversazioni in ambiente ostile per poter essere efficaci servono strategie di comunicazione che non si possono riassumere con un elenco di regole da utilizzare"¹²².

Stando ad uno studio sulla comunicazione di crisi e pratiche digitali di *engagement*¹²³ alla domanda su chi preferiresti fornisse informazioni in una mappa pubblica durante un'emergenza la maggioranza degli intervistati (83%) ha indicato la voce "i cittadini insieme alle amministrazioni e agli enti preposti all'emergenza". Ed in un altro studio alla domanda

118 Liu B. F., Austin L., Jin Y., (2011) How publics respond to crisis communication strategies: The interplay of information form and source, *Public Relations Review*, 37(4), 345-353.

119 Coombs W. T., (2020), *Public Sector Crises: Realizations from Covid-19 for Crisis Communication*, reperibile online: <http://siba-ese.unisalento.it/index.php/paco/article/view/22498>

120 Cannaerts N., (2021), *Crisis communication in public emergencies: multistakeholders' perspectives*, *International Journal of Emergency Services*, 2021, Vol. 10, n.1.

121 Dargin et al., (2021), Dargin J., Fan C., Mostafavi A., *Vulnerable populations and social media use in disasters: Uncovering the digital divide in three major U.S. hurricanes*, in *International Journal of Disaster Risk Reduction*, Vol. 54, 2021, 102043, ISSN 2212-4209.

122 Galluzzo M., (2023), *Emergenza e Protezione Civile al tempo dei Social*, Palermo, pp.40-41.

123 Lovari A., Murtas F., (2014), *Op.cit.*, p.158.



da quali fonti preferissero per ottenere informazioni di emergenza, i cittadini italiani hanno dato priorità al livello locale, sottolineando anche il ruolo del sindaco¹²⁴. In piena sintonia con la centralità del livello locale del sistema italiano di protezione civile, basato com'è sui Comuni, dove il Sindaco è, per legge, il primo organo di protezione civile e dove il Dipartimento della Protezione Civile (livello statale) viene formalmente attivato dal sindaco, se l'emergenza supera i confini regionali¹²⁵. In altri termini, durante un'emergenza il favore accordato al livello locale più prossimo indica che i cittadini durante un'emergenza cercano persone, il più possibile vicine, che conoscano loro e il territorio, non sono solo dati e informazioni.

La comunicazione d'emergenza è un tipo comunicazione complesso, multidisciplinare e articolato tra diversi *stakeholder*, che non si presta ad una semplice riduzione ad un processo digitale, nemmeno quando si tratta dei nuovi media, perché si compone di relazioni tra istituzioni, esperti, giornalisti, cittadini, in cui i flussi comunicativi *top-down* e *bottom-up* si mescolano, e modelli organizzativi tradizionali si ibridano con le logiche dell'informazione in rete, il cui fondamento è un rapporto personale, un metterci il volto, che vale per i cittadini come per le istituzioni e che mal si concilia con l'idea che al posto delle persone a scrivere e rispondere ci sia un algoritmo di intelligenza artificiale. Il posto corretto degli algoritmi può essere di supporto alla gestione di un'emergenza. Ad esempio guardando ai numeri di uno studio sull'utilizzo in *Twitter* dell'*hashtag* #allertameteoSar durante delle precipitazioni intense in Sardegna, dove il totale dei *Tweet* legati all'*hashtag* è di 93.091 ed il totale dei *tweet* riconducibili alle istituzioni con un account *Twitter*, quello del comune e quello personale del governatore della Sardegna, sono rispettivamente 38 e 33. Si comprende come l'input dei messaggi sia sovrabbondante, mentre output sia piuttosto limitato. In questo contesto l'intelligenza artificiale potrebbe intervenire non tanto per rispondere, quanto per classificare attraverso algoritmi di *clustering* tutti i messaggi in entrata, ad esempio secondo le logiche sopra ricordate del modello a onde della curva della domanda e della risposta dell'informazione¹²⁶, mettendo in evidenza le richieste di soccorso ed anche quelle non ben classificate onde evitare che si possano perdere richieste di aiuto magari formulate in modo poco comprensibile. Inoltre per l'utilizzo dell'intelligenza artificiale come sostituto dei soggetti che devono gestire la crisi si pone un problema di assicurazione: come per il caso delle automobili a guida autonoma bisogna chiedersi in caso di malfunzionamento o errore chi paga? Per la circolazione delle *driverless cars* la questione non ha trovato ancora soluzioni pienamente convincenti ed univoche: "da tempo polarizzata sul dilemma etico efficacemente esemplificato mediante la metafora del «*trolley problem*», che scaturisce dalla necessità di programmare *ex ante* decisioni che assumano come soluzione da preferire quella di sacrificare una sola persona o un numero limitato di individui al fine di salvare un numero assai superiore di vite umane. Si tratta, invero, di una questione che non assume rilievo nel sistema attuale, in cui l'esimente dello stato di necessità è ontologicamente riferita a fattispecie nelle quali l'azione astrattamente illecita da cui scaturisce il sacrificio di un diritto è giustificata da situazioni in

124 Lombardi M., (2005), Op. cit., pp.94-99.

125 Comunello, Francesca; Mulargia, Simone. Social Media in Earthquake-Related Communication. Emerald Publishing Limited 2018, p.19.

126 Lombardi M., (2005), Op. cit., pp.30-31 e 67-71.



cui l'individuo si trova costretto ad agire repentinamente al fine di scongiurare pericoli per la vita o l'integrità fisica senza poter programmare ex ante le proprie reazioni istintive. Nel nuovo scenario dominato dalle *driverless cars* l'innovazione tecnologica imporrà di pianificare ex ante decisioni tradizionalmente affidate a reazioni impulsive, guidate dall'istinto ed adottate in una dimensione individuale che non postula una valutazione politica da parte del legislatore. Proprio il fatto che le scelte riguardo a situazioni critiche dovrà essere assunto ex ante, al momento di programmare le macchine, costituisce, in definitiva, la reale questione posta dall'affermarsi dei veicoli automatici [...] Il legislatore, chiamato ad operare nel futuro scenario dominato dall'automazione della circolazione stradale, pertanto, verrà a trovarsi in condizioni non dissimili a quelle che caratterizzano altri contesti in cui si rende necessario effettuare scelte che comportano inevitabilmente l'assunzione di decisioni tese a privilegiare la soluzione funzionale a proteggere il maggior numero di persone, pur nella consapevolezza che essa comporterà necessariamente un sacrificio per un numero sensibilmente inferiore di altri individui che, nondimeno, subiranno danni significativi o fatali ¹²⁷. Un simile ragionamento si può applicare per analogia all'intelligenza artificiale che risponda al posto del responsabile della gestione dell'emergenza, ma con un problema ulteriore da risolvere nel caso in cui il responsabile della gestione sia un soggetto istituzionale: un sindaco e un governatore di regione devono rendere conto del loro operato ai propri cittadini anche in virtù di scelte politiche, mentre, per quanto ben congegnato, l'algoritmo non è democratico, non risponde all'elettorato e non subisce in caso di problemi lo scotto di dimissioni o di una mancata rielezione.

Inoltre l'intelligenza artificiale ha tanta fame di dati per poter essere affidabile nelle risposte e poter raccogliere in maniera adeguata altrettanti dati che possono essere utili: bisogna tenere presente che la maggior parte dei dati di cui si dispone sono forniti dalle piattaforme stesse, i cui algoritmi e criteri di selezione restano segreti¹²⁸, senza contare i pregiudizi, che non solo interferiscono nella pratica con l'attività umana di verifica dei fatti, ma creano anche problemi per gli approcci automatici poiché si insinuano nei set di dati che vengono poi utilizzati per addestrare i sistemi di apprendimento automatico, in alcuni casi contribuendo a errori palesi, come ad esempio nel famoso "Gorilla Case"¹²⁹. A questo proposito uno recente e dettagliato studio sul bias cognitivi nel processo di verifica dei fatti – basato su un elenco completo di 221 bias cognitivi esaminando la letteratura correlata disponibile, da cui è stato estratto un sottoinsieme di 39 pregiudizi che possono manifestarsi durante l'attività di verifica dei fatti – pur arrivando a promuovere un elenco di contromisure per limitarne l'impatto, deve ammettere che per quanto riguarda l'insieme delle contromisure presentate è difficile accertare in che misura le contromisure siano efficaci e generali. La loro efficacia potrebbe essere

127 Calabresi G., Al Mureden E., (2020), *Driverless car e responsabilità civile*, in *Rivista di Diritto Bancario*, Gennaio/Marzo, 2020, Trento; Al Mureden E., (2024), *Diritto dell'automotive*, Il Mulino, Bologna.

128 Hand D. J., *Dark Data, Why What You Don't Know Matters*, Trad. It.: *Il tradimento dei numeri*, Milano, 2019.

129 Simonite T., (2018), *When it comes to Gorillas, google photos remains blind*. <https://www.wired.com/story/when-it-comes-to-gorillas-google-photos-remains-blind/>



influenzata da vari fattori, come il contesto specifico, le differenze individuali e la natura della disinformazione¹³⁰.

Il 13 marzo 2024 il Parlamento Europeo ha dato via libera al cosiddetto “*Artificial intelligence act*”¹³¹, un complesso di principi e regolamentazioni che disciplinano uso dell’IA nelle sue innumerevoli applicazioni, distinguendone il livello di rischio tra basso, alto e inaccettabile. Per quanto sopra e in tenendo in particolare considerazione gli scopi della comunicazione d’emergenza, ovvero salvare vite e ridurre la vulnerabilità del sistema, credo che affidare completamente le risposte in comunicazione d’emergenza all’intelligenza artificiale andrebbe inserito nella categoria di rischio più alta dell’*Artificial intelligence act*: inaccettabile. Mentre il rischio sarebbe accettabile nel caso di utilizzo di algoritmi di *clustering* per classificare le domande in entrata, oppure, di *image processing* per verificare l’autenticità delle immagini, oppure l’utilizzo delle tecnologie di *crowdmapping* per una mappatura della crisi in tempo reale. Prima di affidarci totalmente all’intelligenza artificiale anche per la comunicazione d’emergenza, senza fare salti nel futuro, pensiamo ad esempio ai *call center* automatizzati di qualche azienda o di qualche servizio pubblico, che di recente cominciano ad essere implementati attraverso l’intelligenza artificiale: in situazioni di normalità tutti noi abbiamo provato un senso di frustrazione di fronte a risposte rigide e poco afferenti alle nostre richieste e sollecitazioni, ma si pensi all’effetto che potrebbero avere le medesime risposte in situazioni di emergenza, dove magari si rischia la propria vita?

Bibliografia

- AGCOM, *Relazione Annuale 2012 sull’attività svolta e sui programmi di lavoro*.
- Albanesi E. et al., (2023), Albanesi E., Valastro A., Zaccaria R., *Diritto dell’informazione e della comunicazione*, Wolters Kluwer-Cedam, Milano, 2023.
- Al Mureden E., (2024), *Diritto dell’automotive*, Il Mulino, Bologna.
- Anzera G., (2014), “*La comunicazione d’emergenza nel contesto contemporaneo*”, in Comunello F. (a cura di), (2014), *Social Media e Comunicazione d’Emergenza*, Milano, pp.21-22.
- Anzera G., Massa A., (2021), *Chi ha paura di Internet? Le piattaforme online nei processi di radicalizzazione e di deradicalizzazione*, Franco Angeli, Milano.
- Bauman Z. (1999) *In Search of Politics*, Stanford University Press, traduzione italiana: “*La solitudine del cittadino globale*”, Feltrinelli, Milano 2000.
- Beck U. (1986), *Risikogesellschaft: Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main; traduzione inglese del 1992 con il titolo: *Risk Society Towards New Modernity*, SAGE Publications Ltd, California. Successivamente tradotto e pubblicato in italiano da Carocci Editore nel 2000 con il titolo “*La società del rischio. Verso una seconda modernità.*”

130 M. Soprano et Al. (2024), Soprano M., Roitero K., La Barbera D., Ceolin D., Spina D., Demartini G., Mizzaro S., *Cognitive Biases in Fact-Checking and Their Countermeasures: A Review Information Processing and Management* 61 (2024) 103672 February 2024

131 The EU Artificial Intelligence Act: <https://artificialintelligenceact.eu/>



- Beck U. (2007), *Weltrisikogesellschaft. Auf der Suche nach der verlorenen Sicherheit*, trad. It.: "Contitio humana Il rischio nell'età globale", Mondadori, Milano, 2023.
- Bellomo G., (2020), *Trasferimento di dati personali verso paesi terzi: la Corte annulla il «Privacy Shield», amplia i poteri delle autorità di controllo e responsabilizza ulteriormente i data exporters*, in Note e commenti - DPCE on line, 2020/4, online: <https://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/1219>
- Boccia Artieri G., (2012), *Stati di Connessione. Pubblici, cittadini e consumatori nella (Social) Network Society*, Franco Angeli, Milano.
- Bolognini L. et al., (A cura di), (2023), Bolognini L., Pelino E., Scialdone M., (A cura di), (2023), *Digital Services Act e Digital Markets Act*, Giuffrè, Milano
- Boyd d., (2010) *Streams of Content, Limited Attention: The Flow of Information through Social Media*, in Web2.0 Expo. New York, NY: November 17, testo disponibile online: <https://www.danah.org/papers/talks/Web2Expo.html>
- Busacca A., (2017), *Il "Diritto di Accesso" alla Rete Internet, Ordine internazionale e diritti umani*, (2017), pp. 345-359, ISSN 2284-3531.
- Campagnoli M. N., (2020), *Informazione, Social Network & Diritto*, Key Editore, Milano, 2020.
- Calabresi G., Al Mureden E., (2020), *Driverless car e responsabilità civile*, in Rivista di Diritto Bancario, Gennaio/Marzo, 2020, Trento.
- Cannaerts N., (2021), *Crisis communication in public emergencies: multistakeholders' perspectives*, *International Journal of Emergency Services*, 2021, Vol. 10, n.1.
- Carrada Giovanni, (2005), *Comunicare la scienza*, Sironi, Milano.
- Castells M.,(1996-1998): *The information age. Economy, society and culture: Volume I, The rise of the network society* (1996); *Volume II, The power of identity* (1997); *Volume III: End of millennium* (1998). I tre volumi sono stati tradotti in italiano dalla Università Bocconi Editore con i titoli di *La nascita della società in rete* (2002); *Il potere delle identità* (2003); *Volgere di Millennio* (2003).
- Colapaoli F. et al., (2021), Colapaoli F., Coppola A., Graziani F.R., Mirone M., ZonaroM., *Social network e diritto*, Giappichelli, Torino, 2021.
- Colombo A., (2022), *Il governo mondiale dell'emergenza. Dall'apoteosi della sicurezza all'epidemia dell'insicurezza*, Raffaello Cortina Editore, Milano.
- Comunello, Francesca; Mulargia, Simone. *Social Media in Earthquake-Related Communication*. Emerald Publishing Limited 2018.
- Coombs W. T., (2020), *Public Sector Crises: Realizations from Covid-19 for Crisis Communication*, reperibile online: <http://siba-ese.unisalento.it/index.php/paco/article/view/22498>
- Coombs W.T., Holladay S.J., (a cura di) (2010), *The Hanbook of Crisis Communication*, Wiley-Blackwell, Chicester.
- Coombs, W. T., (2007), *Ongoing Crisis Communication: Planning, Managing, and Responding*, SAGE, Los Angles.
- Coombs, W.T. (2014), "State of crisis communication: evidence and the bleeding edge", *Research Journal of the Institute for Public Relations*, Vol. 1 No. 1, pp. 1-12.
- Covello et Alii, (2009), Vincent T. Covello, Richard G., Peters J., Wojtecki G., Hyde R. C., *Risk Communication, the West Nile Virus Epidemic, and Bioterrorism: Responding to the Communication Challenges Posed by the Intentional or Unintentional Release of a Pathogen in an Urban Setting*, in *Journal of Urban Health*, Vol. 78, No. 2, June 2001, pp.382-391, p.386.



- Corasaniti G., (2021), *Data science e diritto*, Giappichelli, Torino, 2021.
- Dargin et al., (2021), Dargin J., Fan C., Mostafavi A., *Vulnerable populations and social media use in disasters: Uncovering the digital divide in three major U.S. hurricanes*, in *International Journal of Disaster Risk Reduction*, Vol. 54, 2021, 102043, ISSN 2212-4209.
- Dell'Arte S., (2023), *Diritto informazione e comunicazione*, Wolters Kluwer, Milano, 2023.
- Delmastro M., Nicita A., *Big data Come stanno cambiando il nostro mondo*, Il Mulino, Bologna, 2019.
- Dhoor Singh D., (2024), *Addestramento IA il Garante mette al centro finalità e diritti degli interessati*, in *Altalex.it*, 14-02-2024: <https://www.altalex.com/documents/news/2024/02/13/addestramento-ia-garante-mette-centro-finalita-diritti-interessati>.
- Farinosi M., Micalizzi A., (a cura di), (2013), *Netquake. Media digitali e disastri naturali*, Franco Angeli, Milano.
- Floridi L., (a cura di), (2015), *The Onlife Manifesto. Being Human in a Hyperconnected Era*, Springer, New York- London.
- Fortunati L. et al., (2018), Fortunati L., Farinosi M., Sarrica M., Ferrin G., Minisini D., Zanut S., *In Caso Di Emergenza. Strategie di comunicazione per la riduzione del rischio a 40 anni dal terremoto del Friuli*, in «Comunicazioni sociali», 2018, n. 2, 246-265, Vita e Pensiero.
- Frazer, A.G & Taylor, A.J.W. (1981), *Psychological sequelae of Operation Overdue following the DC10 aircrash in Antartica*, in *Psychology*, No.27., 72.
- Gambino A. M., Mula D., Stazi A., (2021), *Diritto dell'informatica e della comunicazione*, Giappichelli, Torino.
- Galluzzo M., (2023), *Emergenza e Protezione Civile al tempo dei Social*, Palermo.
- Giddens A. (1990) *The Consequences of Modernity*, Polity Press, Cambridge, traduzione italiana: "Le conseguenze della Modernità", Il Mulino, Bologna1994.
- Grunig J., (2013), *Excellence in Public Relations and Communication Management*, Routledge.
- Hand D. J., *Dark Data, Why What You Don't Know Matters*, Trad. It.: *Il tradimento dei numeri*, Milano, 2019.
- Heil B., Piskorski M., (2009), *New Twitter Research: Men follow men and nobody tweets*, in *Harvard Business Review Blog*: <https://hbr.org/2009/06/new-twitter-research-men-follo>
- Imperatrice I., (2023), *Tutela dei dati personali sui Social*, in Martorana M., (a cura di), (2023), *Diritto e Social Network*, Lex Iuris, Bologna, 2023, pp.45-74, p.65.
- Jamieson, K., Cappella, J., (2009), *Echo Chamber: Rush Limbaugh and the Conservative Media Establishment*, Oxford University Press; Sunstein, C. R. (2017), *#Republic: Divided Democracy in The Age of Social Media*, Princeton University Press.
- Jenkins H., Ford S., Green J., (2013), *Spreadable media: creating value and meaning in a network culture*, NYU Press, New York.
- Le Breton D. (1995), *Sociologie du risque*, Presses Universitaires de France, Paris, traduzione italiana *Sociologia del rischio*, Mimesis Edizioni, Milano, 2017.
- Lindsay B. R., (2011) *Social Media and Disasters: Current Uses, Future Options, and Policy Considerations*, report, September 6, 2011; Washington D.C.. (<https://digital.library.unt.edu/ark:/67531/metadc93902/>: accessed March 26, 2024), University of



- North Texas Libraries, UNT Digital Library, <https://digital.library.unt.edu>; crediting UNT Libraries Government Documents Department.
- Liu B. F., Austin L., Jin Y., (2011) *How publics respond to crisis communication strategies: The interplay of information form and source*, *Public Relations Review*, 37(4), 345-353.
- Lombardi M., (2005), *Comunicare nell’Emergenza*, *Vita e Pensiero*, Milano.
- Longo E., (2023), *Giustizia digitale e Costituzione. Riflessioni sulla trasformazione tecnica della funzione giurisdizionale*, FrancoAngeli, Milano, 2023.
- Lovari A., Murtas F., (2014), *Comunicazione di crisi e pratiche digitali di engagement: il caso della mappa condivisa SardSos*, in Comunello F. (a cura di), (2014), *Social Media e Comunicazione d’Emergenza*, Milano.
- Luhmann N. (1991), *Soziologie des Risikos*, *Walter de Gruyter & Co.*, Berlin, traduzione italiana: “Sociologia del rischio”, Bruno Mondadori 1996
- Martorana M., (a cura di), (2023), *Diritto e Social Network*, *Lex Iuris*, Bologna, 2023.
- McConnell B., Huba J., (2010), *The 1% Rule: Charting citizen participation*, La regola dell’1% è stata coniata nel maggio del 2006 dai blogger Ben McConnell e Jackie Huba: *The 1% Rule: Charting citizen participation*, su churchofthecustomer.com. URL consultato il 16 aprile 2011 (archiviato dall'url originale l’11 maggio 2010).
- Mitchell J.T. and Everly G.S. (1997) *Critical Incident Stress Management: a new era and standard of care in crisis intervention*, Ellicott City, MD.: ed.Chevron Publishing Corporation.
- Montagnani E., (2021), *La comunicazione pubblica on-line e la digitalizzazione delle Pubbliche amministrazioni tra pandemia e infodemia*, in *RID*, 1-2021, pp.103-137.
- Morelli C., (2024), *Intelligenza Artificiale*, Maggioli Editore, Sanarcangelo di Romagna, 2024.
- Muto G., (2023), *La digitalizzazione nell’UE: una sfida costituzionale in Media Laws – Rivista di Diritto dei Media*, 21-02-2023, <https://www.medialaws.eu/rivista/la-digitalizzazione-nellue-una-sfida-costituzionale/>
- Nannipieri L., (2014), *Sulla Dichiarazione dei diritti in Internet*, *Informatica e Diritto*, XL annata, Vol. XXIII, 2014, n.2, pp.127-138.
- Pagano U. (2001), *La comunicazione nelle situazioni di rischio*, in *Quaderni di Sociologia* 25/2001.
- Papacharissi Z., Gibson P. L., (2011), *Fifteen Minutes of Privacy: Privacy, Sociality, and Publicity on Social Network Sites*, in: Trepte, S., Reinecke, L. (eds) “Privacy Online”, Springer, Berlin, Heidelberg, p. 76.
- Pariser E., (2011), *The Filter Bubble: What the Internet Is Hiding from You*, Penguin Group, New York.
- Petrone L., (2002), *Emergenza in Italia*, in Iacono A. e Troiano M., (a cura di), (2002), *Psicologi dell’emergenza*, Editori Riuniti, Roma.
- Quantarelli E.L., (a cura di), (1978), *Disaster: Theory and Research*, Sage, California, 1978.
- Rodotà S., (2000), Discorso del prof. Rodotà di presentazione della “Relazione per l’anno 2000”, reperibile in www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/1335256
- Schepisi C., (2022), *Diritto fondamentali, principi democratici e rule of law quale ruolo e quale responsabilità per gli Stati nella regolazione dell’intelligenza Artificiale*, in *Studi sull’integrazione Europea – SIE*, XVII – 2022, pp.41-66.
- Simonite T., (2018), *When it comes to Gorillas, google photos remains blind*. <https://www.wired.com/story/when-it-comes-to-gorillas-google-photos-remains-blind/>



- Soprano M. et Al. (2024), Soprano M., Roitero K., La Barbera D., Ceolin D., Spina D., Demartini G., Mizzaro S., *Cognitive Biases in Fact-Checking and Their Countermeasures: A Review*, *Information Processing and Management* 61 (2024) 103672 February 2024
- Sturloni G., (2006), *Le mele di Chernobyl sono buone. Mezzo secolo di rischio tecnologico*, Sironi, Milano, 2006.
- Sturloni G., (2018), *La comunicazione del rischio per la salute e per l'ambiente*, Mondadori, Milano, pp.5-8.
- Van Dijck J., (2013), *Facebook and Engineering of Coonectivity: A multi-layered approach to social media platforms*, in "Convergence", vol.19, n. 2.
- Talamo S., Di Costanzo F., Crudele R., (a cura di), (2018), *Social Media e PA, dalla formazione ai consigli per l'uso*, Formez PA, 2018.
- Van Dijck J., (2013), *The Culture of Connectivity. A Critical History of Social Media*, Oxford University Press, New York.
- Van Dijck J., Poell T., (2013), *Understanding Social Media Logic*, in "Media and Communication", 2013, Vol.1, n.1, pp. 2-14.
- Vittadini N., (2018), *Social Media Studies*, Franco Angeli, Milano.
- Yi, C.J. and Kuri, M. (2016), *The prospect of online communication in the event of a disaster*, *Journal of Risk Research*, Vol. 19 No. 7.
- Zarriello R., Cichetti C., (2020), *Comunicazione e Informazione Digitale tra Gestione dell'Emergenza e Ripresa*, Open Comunicazione, 2020.
- Ziccardi G., (2022), *Diritti Digitali. Informatica giuridica per le nuove professioni*, Raffaello Cortina Editore, Gravellona Toce (VB), 2022.
- Zuccaro A., (2021), *La comunicazione nella gestione delle emergenze*, Palermo.



*FOCUS***BREVE NOTA SUI DISEGNI DI LEGGE SUL
“PREMIERATO” E LE “AUTONOMIE DIFFERENZIATE****Paolo Maddalena***Vice Presidente Emerito della Corte costituzionale*

Il disegno di legge costituzionale presentato dal Presidente del Consiglio dei Ministri Sen. Giorgia Meloni e dal Ministro senza portafoglio per le riforme istituzionali e la semplificazione normativa, Sen. Maria Elisabetta Alberti Casellati sul cosiddetto “premierato”, e il disegno di legge presentato dal Ministro per gli affari regionali e le autonomie della Repubblica italiana, Sen. Roberto Calderoli, sulle cosiddette “autonomie differenziate”, attualmente in discussione in Parlamento, se ben letti e studiati, dimostrano di non avere consistenza giuridica, provocano “sconcerto” tra gli studiosi di diritto e, provocando gravi incertezze tra i parlamentari (ne sono prova il numero enorme di emendamenti che sono stati presentati), intralciano senza motivo l’attività parlamentare.

Non sfugge peraltro alla stragrande maggioranza del popolo italiano, nelle cui mani risiede davvero il “potere costituente” che naturalmente decide quale tipo di Costituzione deve essere messa in atto, che questi disegni di legge sono stati formulati, a favore di un gruppo minoritario di persone, da governanti inidonei, i quali, dopo aver svenduto “l’invidiato” patrimonio industriale italiano degli anni novanta “in proprietà pubblica demaniale del popolo” (art. 42, Cost.), che costituiva il 70 per cento delle fonti di ricchezza nazionale, e aver distrutto il “lavoro”, ponendo la nostra ricchezza nelle mani di potentati economici stranieri, vogliono ora arrogarsi, beninteso sempre in buona fede, il “potere costituente” di redigere una Costituzione sostanzialmente diversa dall’attuale. È evidente, dunque, che detti disegni di legge sono da ritenere indubbiamente “inammissibili”, e, per questo, devono essere immediatamente “ritirati”.



1) Il disegno di legge Calderoli è privo di contenuti giuridicamente validi, e, quindi “inammissibile” per i seguenti motivi:

a) è “menzognero” (violando in pieno l’art. 3, Cost.), là dove fa credere di “attuare” l’articolo 116 della Costituzione, secondo il quale “sono attribuite alle Regioni “ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia”, “concernenti talune materie”, mentre attribuisce alle Regioni stesse “tutto il complesso di poteri e funzioni” che riguardano dette materie;

b) è “menzognero” (violando in pieno l’art. 3, Cost.), anche là dove “sostituisce” alla “legge dello Stato”, “approvato dalla maggioranza assoluta dei componenti della Camera” (che sola potrebbe tutelare gli interessi di tutti gli Italiani), un “disegno di legge del Consiglio dei Ministri, da trasformare in una “legge ordinaria a maggioranza semplice”, di “approvazione delle intese”, raggiunte sul piano amministrativo tra Ministri e Regioni, senza alcuna possibilità di entrare nel “merito delle intese” stesse. Un “imbroglio” ai danni dell’intero Popolo Italiano, terribilmente “cinico” e frutto, lo si deve riconoscere, anche di una particolare “furbizia” legislativa.

2) Il disegno di legge costituzionale sul “premierato” è, parimenti “cinico” e “menzognero”.

Esso fa credere in un “aumento del peso” del “voto popolare”, consentendo di votare direttamente il Presidente del Consiglio dei Ministri, mentre, nella realtà, anche a seguito di taluni emendamenti, sancisce il pieno “svuotamento” del contenuto “del diritto di voto”, e cioè della sua “eguaglianza” e della sua “funzione”.

Infatti, esso impone ai compilatori della “legge elettorale” di prevedere un “premio” che non riguarda affatto quei partiti o coalizioni che abbiano superato una certa “soglia” prestabilita, ma quel partito o coalizione, collegato al candidato alla Presidenza del Consiglio dei Ministri, che sia arrivato primo alle elezioni.

In sostanza, non più un “premio di maggioranza”, ma un “premio di governabilità”, la cui finalità è quella di far raggiungere al partito o alla coalizione classificatosi primo nella consultazione elettorale, a prescindere dal numero di suffragi (anche minimi) ottenuti, una soglia pari almeno al 50 per cento dei voti e/o dei seggi (è stata soppressa la precedente dizione del 55 per cento dei seggi). Si tratta, in pratica, di un “premio elettorale”, che peraltro viene in tal modo anche “costituzionalizzato”. E si tenga presente che gli “impegni programmatici” assunti, nei confronti degli elettori, prima delle elezioni e fuori di qualsiasi “opposizione” parlamentare, dal partito, o dalla coalizione, classificatosi “primo” alle elezioni, nel descritto sistema, diventa il “programma di governo” (presentato con la “mozione di fiducia dal governo subito dopo la nomina”), che dovrà essere assolutamente approvato, pena lo “scioglimento delle Camere”.



Così, per impadronirsi di tutto (il *"rerum potiri"* dei Romani) diventa sufficiente un "gioco cartaceo" e ai molti perdenti non resta che "servire e tacere".

Tuttavia, se si pensa che per una poderosa e costante giurisprudenza costituzionale deve ritenersi che i disegni di legge costituzionale che stravolgono i "principi costituzionali" non possono essere oggetto di "revisione costituzionale", e che per sostituirli sarebbe necessario un'altra "Assemblea costituente e un'altra Costituzione", e se si tiene presente che il disegno di legge Calderoli è di per sé contro un "principio costituzionale" (la preventiva attuazione della "coesione economica e sociale" delle Regioni), dovrebbe apparire evidente che il loro "ritiro" da questa inutile e defaticante discussione dovrebbe essere "immediato" e "deciso".

Qualora si andasse avanti, le risultanti leggi, dovrebbero essere oggetto di "Referendum abrogativo" (art. 75 Cost.), oppure impugnate, in via incidentale, da cittadini, singoli o associati, davanti alla Corte costituzionale, ai sensi degli artt. 2, 3, 4, 5, 41, 42, 43, 52, 54 e 118, ultimo comma, Cost. E certamente sarebbe molto dannoso far funzionare a vuoto la macchina della Legislazione e quella della Giustizia.

FOCUS

SERVIZI PUBBLICI LOCALI PRETERINTENZIONALI E
TARIFFE (MA NON SOLO)

Alberto Pierobon *

SOMMARIO: 1. Servizi pubblici che nemmeno sono preterintenzionali. - 2. Debolezze di analisi e teorie: dalla municipalizzazione (tra tariffe medie, marginali, ecc.) ai recenti metodi ARERA. Cenni. - 3. L'eutanasia collettiva delle tariffe dei servizi pubblici locali. - 4. Abbiamo fatto del nostro meglio per peggiorare i servizi pubblici. - 5. L'*homo oeconomicus* e l'anima della persona: quali le vere dimensioni della nostra esistenza? quali le misure dell'uomo? - 6. Cosa direbbe qui l'economia civile? Rinvio - 7. Non è questione di etichetta giuridica: alla base di queste scelte e tendenze sulle tariffe e sui servizi pubblici stanno delle cause sociali ed economiche: una implicita ideologia? - 8. La tariffa puntuale è una manutenzione. - 9. Ancora sulla subculturalità della tariffa e del servizio pubblico nella loro tecnicità. - 10. Ulteriori conferme teoriche e pratiche: rinvio. - 11. Il valore pratico della «porta metodologica e teorica» anche nel settore dei rifiuti- tariffa-servizi pubblici locali: cenni introduttivi. - 12. La raucedine degli esperti di grido, anzi... che gridano. *Welfare* e giustizia sociale. - 13. Giochi di specchi nei servizi pubblici tra regolazione, gestione e (P)olitica. - 14. Regna l'illusione retorica, mentre i fatti continuano a sfuggire. - 15. Segni clinici, fuori dagli equivoci, sulle tariffe dei servizi pubblici: cenni. - 16. La presupposizione ideologica nei meccanismi tecnici del MTR: le riduzioni in periodo Covid. - 17. Chi vuol trovare la verità deve essere eretico? - 18. E' solo tecnica? La tariffa mostra l'immanente relazionalità dei fatti non solo economici, ma soprattutto sociali. - 19. Nell'analisi delle riduzioni tariffarie periodo Covid-19 va ricercato il senso del servizio pubblico e della tariffa, come pure dei rapporti tra i soggetti coinvolti. - 20. Confutazione della giustificazione etica che si nasconde dietro la spiegazione tariffaria: intenti e latitudine esplorativa. - 21. Ragionando sui servizi pubblici locali, nei rapporti (tra) titolare, gestore, utenti-popolazione. - 22. Domanda e offerta nel SPL e sua regolazione: cenni. - 23. Parole, parole, parole... - 24. Serve una reistituzionalizzazione. - 25. Pubblico quando serve, privato quando conviene. - 26. Verità empiriche. - 27. Ancora sul gioco di specchi. - 28. Mercato e non mercato, economia, società, comunità, utenza, ecc.: ripensare ai concetti del SPL. - 29. Razionalità e linguaggi della tecno-scienza nel SPL e nel positivismo della normativa. - 30. L'economia, come pure i SPL non sono distinti dalla politica, anzi! - 31. Tentare una sintesi sia pure in modo avventuroso: Adam Smith nei servizi pubblici? - 32. Economia cartesiana ed economia umanista o altro? - 33. Frammenti di valutazioni e di criticità. - 34. Tra ignoranza, progresso, programmazione.... - 35. Il paradigma dell'utilitarismo si applica anche ai servizi



pubblici locali? - 36. Primi rimedi: rinvio. - 37. Il metodo tariffario fa slalom tra meccanismi privati e istituti pubblici. - 38. Strumenti, mercato, gestione e *governance* si confondono nel servizio pubblico locale? - 39. Il mercato dei servizi pubblici e l'inflazione (nelle rendite immobiliari). - 40. La tariffa tra microeconomia e macroeconomia? Cenni. - 41. La volontà di passare dai tributi ai corrispettivi a cosa corrisponde? - 42. Cultura, Istituzioni, Politica sono variabili strumentali? - 43. Conclusioni ancora di metodo: pur nella pratica, nell'operatività e negli effetti.

1. Servizi pubblici che nemmeno sono preterintenzionali

Ho già altrove osservato¹ che ricadendo in analisi descrittive e/o meramente applicative sfuggono le spiegazioni più sostanziali e veraci che possono disvelare una maggiore sensatezza, potendosi mostrare - ad una più ficcante analisi, effettuata con diversi metodi - una sottesa ideologicità² anche nella tematica riguardante le tariffe del servizio pubblico locale (d'ora in poi SPL), segnatamente la tariffa sulla gestione dei rifiuti urbani (RU): si chiami essa Tari o tariffa puntuale (TP), proventi che vanno considerati anche nelle loro p.c.d. "ibridazioni"³. E' rischiando lo sconfinamento, anche nelle ridondanze, che si mostra una realtà (nella sua rappresentazione di verità) volutamente ora confinata nell'agrimensura tecnico-burocratica. Ed ecco perché - lo ripeto spesso (a costo di essere frainteso) - occorre recuperare una visione complessiva e concreta, soprattutto delle strutture teoretiche sottostanti alla disciplina del SPL, dei loro proventi, della particolarità del campo di indagine (rifiuti, acque, ecc.) rientranti nei nuovi mercati dei servizi di interesse economico generale (SIEG)⁴. L'anatomizzare una singola disposizione (es. sulla riduzione tariffaria) avulsa da queste strutture e letture, porta a smarrire un livello di significati e di metodo che vanno - come già notato - allargati fino agli aspetti d'apice, toccando, ad es. citasi il nuovo tipo di

1 * www.pierobon.eu.

Sia permesso rinviare ai miei contributi-interventi pubblicati in più lustri sull'argomento, di recente: A. PIEROBON, *Il servizio pubblico e la tariffa della gestione dei rifiuti: fuori da una lettura descrittiva*, *Azienditalia*, 6,2023; ID, *Minime e inattuali riflessioni sulla tariffa rifiuti*, www.osservatorioagromafia, 2024, sono in pubblicazione; ID, *Le gestioni dirette in economia nel nuovo scenario dei servizi pubblici locali e loro riorganizzazione*, L'Ufficio Tecnico; ID, *Accordo di cooperazione "ibrido" tra diversi enti pubblici per la costruzione e gestione di un impianto pubblico di combustione dei fanghi prodotti da depuratori pubblici*, Comuni d'Italia; G.M. CARUSO - A PIEROBON, *Ancora sull'organizzazione del servizio pubblico locale dei rifiuti urbani*, Milano. Il presente scritto è stato redatto circa un anno or sono, ed è stato succintamente integrato, con brevi aggiornamenti perlopiù citazionali.

2 «non esiste elaborazione teorica svincolata da una più generale "concezione del mondo", da una ideologia nel suo significato, positivo, di sistema di idee» G. LA GRASSA, *Scritti di metodo e dintorni*, Venezia, 1996, p.8 e pp.10-12, similmente ID; *Un nuovo percorso teorico*, Chieti, 2023.

3 Ho sempre cercato, in un lavoro artigianale, di addestrarmi alla critica dei concetti, discernendo, dietro le prescrizioni pratiche, di cui alle discipline tecniche e specializzate, il loro contenuto ideologico: cfr. G. BECATTINI, *Miti e paradossi del mondo contemporaneo*, Roma, 2002, p.89 e A. PIEROBON, *Governo e gestione dei rifiuti urbani: approcci, metodi, percorsi e soluzioni*, Milano, 2022 e bibliografia ivi citata.

4 Sul riordino del SSPPL, oltre ai commenti apparsi in alcuni siti specializzati: A. PIEROBON, *L'art. 14 della Legge sulla concorrenza 2021: prime risonanze sui servizi di gestione dei rifiuti*, *Azienditalia*, 2022.



intervento pubblico, il ruolo dello Stato, se solo regolatore oppure garante della concorrenza; oppure, dei superati modelli storici di statalismo (estremizzando: Stato imprenditore, Stato proprietario-azionista); come pure la determinazione delle regole; il raggiungimento dei fini di interesse collettivo (quali?) nella tutela dei diritti fondamentali; il rapporto autorità-cittadino; le assunzioni (implicite o meno) di ordine micro e/o macroeconomiche, e così via.

Tanto viene confermato anche nell'impostazione del metodo areriano (il MTR *in progress*) e nella sua visione e presupposti economici e di politica economica i quali si rifanno al c.d. managerialismo delle grandi *utilities*, quale ultimo mezzo di difesa dei «più bravi della classe»⁵, il che riflette - a me pare - le debolezze dominanti, l'opacità dei rapporti pubblico-privato, il *deep state* ossia il potere ombra (ad es. dei gabinetti ministeriali, della ragioneria di stato, degli apparati burocratico, come pure delle *lobby*, ecc.)⁶; la sicumera di ricavi drenati dalle tariffe volute nella strumentazione assai privatistica, nell'usbergo delle procedure e delle certezze attinte dal diritto amministrativo-tributario.

Tutto in un SPL che nemmeno è preterintenzionale.

2. Debolezze di analisi e teorie: dalla municipalizzazione (tra tariffe medie, marginali, ecc.) ai recenti metodi ARERA. Cenni.

Mi pare flebile persino l'indagine storiografica che andrebbe svolta sugli anzidetti temi, riscontrando che le ricostruzioni o studi in voga, soventemente non sono stati condotti sui concreti ambiti, effetti, sviluppi, eccetera, dei proventi, in particolare connettendo questi elementi alla realtà socio-economica del momento, cioè del tempo. Di qui - sempre a mio modestissimo avviso - un'insoddisfacente sintesi generale del rapporto tra forma-modello di prelievo e SPL erogabile-erogato.

La teoria della c.d. «municipalizzazione» di cui al periodo giolittiano e al primo dopoguerra, prevedeva dei SSPPL per provvedere a soddisfare i «bisogni» della comunità-cittadinanza, di volta in volta individuati soprattutto (allora) dalle necessità igienico-sanitarie, all'annonaria, panificazione, ecc.

La municipalizzazione si fondava sulla teoria generale della finanza pubblica, che si configurava come teoria generale della produttività marginale, la quale intendeva essere normativa e descrittiva: schematizzando il *modus operandi* del capitalismo di concorrenza⁷. Quivi non sussisteva differenza alcuna tra impresa pubblica e privata⁸, per un servizio i cui

5 Nella retorica che vuole riorganizzare i migliori coi peggiori: cfr. il teorema di Gresham ove la cattiva moneta scaccia sempre la buona!

6 S.CASSESE, *Le strutture del potere (intervista di a.sardoni)*, Bari-Roma, 2023; C.COTTARELLI, *Dentro il Palazzo*, Milano, 2024 e una eccellente analisi M. MAZZUCATO - R.COLLINGTON, *Il grande imbroglio. Come le società di consulenza indeboliscono le imprese, infantilizzano i governi e distorcono l'economia*, Bari-Laterza, 2023.

7 S.RICOSSA, *Impariamo l'economia. Capitale e lavoro-tecnologia e occupazione-profitti e salari-la new economy*, Milano, 2001, p.142

8 La SpA a maggioranza pubblica o l'ente pubblico «deve agire, e in molti casi ha agito, secondo i processi tipici della gestione razionale d'impresa, secondo modelli e logiche di comportamento assimilabili a quelli delle imprese private» così G.SAPELLI, *Perché esistono le imprese e come sono fatte*, Milano, 2000, p.84.



costi si applicavano a tutta la collettività, non solo alla parte che ne usufruiva: in pratica le imposte si ripartivano su tutti i SPL, non solo a quelli relativi ai «bisogni indivisibili e consolidati»⁹.

Il fatto poi che le municipalizzate, con i loro proventi e utili, consentivano di aiutare i bilanci comunali è da ricollegarsi alle scelte sulle politica di spesa delle amministrazioni comunali. La politica ha sempre imposto alle imprese pubbliche finalità extraeconomiche dovendo poi ricorrere per colmare il loro *deficit* a esigere maggiori entrate, il che non sembra poi essere diverso da quanto succede coi finanziamenti agevolati a imprenditori non solo pubblici, ma anche privati¹⁰.

I regimi tariffari non hanno seguito il *marginal cost princig* per evitare rischi imprenditoriali, anche se i gestori dei SPL non hanno mancato nei loro piani industriali e nei PEF come dire.... di “giocarci”, nel senso che per taluni servizi si applicava ai nuovi utenti i-esimi (rispetto quelli già censiti o acquisiti) una tariffa che non era, per capirci, la media “abbassata” ossia derivante dal totale parametro di commisurazione (superficie amministrata quantificata anche come importo, nelle somme complessive dei costi di cui alla parte fissa -PF della tariffa, ecc.) diviso il numero degli utenti e quindi una tariffa media.

Si capisce il perché della parte tariffaria variabile -PV, in particolare del provento rivolto, come fosse un corrispettivo (e, come sappiamo, non può esserlo) alle utenze non domestiche - UND alle quali si applicavano regimi tariffari *ad hoc*, frutto perlopiù di elucubrazioni opportunistiche.

Col DPR 27 aprile 1999, n.158, c.d. «metodo normalizzato» per definire la tariffa del servizio di gestione del ciclo dei rifiuti urbani, si indicava il *full cost princig* attraverso una tariffa binomia (PF+PV) dove però nella PV di quello che poi diventerà (in forme lasche e molto discrezionali) la tariffa puntuale-TP si riscontrano tariffe marginali, pur nella compresenza di una distribuzione diversa nella PF della TP o nell’introduzione di varianti al sistema tariffario, ad es. laddove si utilizzi un tributo con criteri redistributivi su una base che potrebbe essere non solo patrimoniale, ma financo reddituale. Invece, il criterio del *price cup* sempre nel metodo normalizzato cit., è posto in relazione alle variazioni della produttività e alle variazioni dei costi, ponendo un tetto ai costi nel tempo, consentendosi le modifiche dei prezzi fissati che solitamente sono più alti della concorrenza nel caso del monopolio (almeno per gli economisti

9 G.SAPELLI, *Comunità e mercato*, Soveria Mannelli, 1996, p.43 che indica la teoria di G. Montemartini della redistribuzione pubblica. Successivamente pp.88-89 mostra come le imposte locali dell’epoca soddisfano i servizi allora stigmatizzati come “politici” cioè coperti *jure imperii* e «diretti a supplire alle carenze del mercato e a limitarne i poteri», a differenza di quelli di cui si faceva carico lo Stato, che propriamente Einaudi definiva come «tecnici» (es. servizi sanitari, scolastici) ed «economici».

10 di cui al famoso appunto di E.Cuccia del 1978: «nell’illusione che non la bontà degli investimenti e la oculatezza della gestione avrebbero assicurato il successo dell’iniziativa, bensì la protezione politica quale mezzo per raggiungere il gigantismo delle imprese e con il gigantismo, non si sa come o perché, la loro fortuna (ora lo si è capito!) c’è da chiedersi, dicevamo, se in tal caso non avremmo avuto aziende molto più modeste, ma più sane, con una crescita fondata almeno in parte sull’autofinanziamento e non soltanto sui debiti, capacità produttive più aderenti alle effettive dimensioni dei mercati e, soprattutto, minori interferenze politiche, lecite e illecite, nella vita economica del paese» cit. da G.BECATTINI, *Un mondo di lacrime e sangue*, in (a cura di) C.ORSI, *Il capitalismo invecchia?*, Roma, 2010, pp.34-35.



neoclassici; diversamente, gli economisti “classici” evidenziano la difficoltà di entrata nel mercato per le imprese nuove): ecco che si comprende meglio perchè occorra un intervento pubblico¹¹.

3. L'eutanasia collettiva delle tariffe dei servizi pubblici locali

Generalmente parlando, la tariffa del SPL dei RU, del sistema idrico integrato e di altri servizi ricadenti nel campo del SIEG (a rete e, non a rete), utilizza una forma sostanzialmente autoritativa, pressochè certa nel gettito - il che conduce a soffermarsi sui concetti di rischio imprenditoriale - nell'ideologia che sposta le “colpe” delle decisioni di eventuali aumenti tariffari e/o disservizi del SPL dagli organi rappresentativi (consigli comunali, assemblee di autorità di ambito, parlamento, ecc.) agli apparati tecnocratici (tra i quali si annoverano anche le Autorità Amministrative Indipendenti)¹², utilizzando la tecnica - nei suoi specialismi - per tentare di costruire una tariffa corrispettiva in luogo di un tributo, superando le resistenze dei cittadini-utenti grazie all'idea (illusione) che la costruzione della tariffa - e il suo *quantum* da misurazione individuale - avvenga dal basso. I meccanismi e la strumentazione privatistica sono qui in agguato: basterebbe chiedersi come mai tanti negozi di diritto privato fingono di essere dei provvedimenti amministrativi e viceversa¹³.

Il fatto è che le tariffe un tempo abitudinarie del pensiero amministrativo, esistono in un settore pubblico che, con la scusa della concorrenza, paradossalmente protegge sé stesso, coabitando (e sfruttando) l'universo del mercato dove la frontiera pubblico/privato è opaca o viene meno. Qui infatti si nota chiaramente, ad es., lo spostamento dei *managers* e degli amministratori dal diritto amministrativo a quello societario-civile, ovvero da una gestione improntata al sistema pubblico ad una privatistica, con conseguente utilizzo di diversa contabilità, modalità gestionali e così via. Il colpo di genio tecnocratico sta nell'aver portato a compimento lo spostamento intangibile di potere, nell'obiettivo di ottenere certi risultati, nell'incapacità del c.d. «libero mercato» e di evitare lo scontro sociale diretto. Ma, per l'intanto, il miglior strumento è quello di manipolare gli utenti del SPL, frantumando i vecchi schemi, nelle apparentemente indolori tariffe-corrispettivo che si vogliono caratterizzare come private negli usi, in una eutanasia collettiva.

4. Abbiamo fatto del nostro meglio per peggiorare i servizi pubblici

11 P. SYLOS LABINI, *Torniamo ai classici. Produttività del lavoro, progresso tecnico e sviluppo economico*, Roma-Bari, 2006, pp. 80-83

12 Paradossalmente le scelte tariffarie dei SPL sono sempre meno controllabili e democratiche: infatti i consigli comunali o le assemblee delle Autorità d'ATO ratificano di fatto le proposte tariffarie (determinazioni tariffarie tramite piani economici-finanziari, regolamentazioni, budgettazioni e rendicontazioni varie, ecc.), come pure la “costruzione” del SPL, senza aver consapevolezza di quanto effettivamente decidono, stante l'iperformulazione tecnica e l'opacità del sistema.

13 La manifestazione di una sorta di “controrivoluzione” nel tentativo di sfuggire al principio di legalità ed ai suoi effetti collaterali: giurisdizione amministrativa, controlli interni ed esterni all'ente, la responsabilità amministrativa, ecc. In proposito: MERUSI, *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, Bologna, 2012, p. 56 et passim.



Anni fa¹⁴ erano i consigli comunali a decidere sulle tariffe dei SPL, entro la fiscalità locale: si aveva in mente - perché conosciuta direttamente - la comunità e gli effetti tariffari sulla singola famiglia media, come pure l'artigiano, l'industria, la banca, i professionisti, ecc. Si pensava in modo concreto alla realtà delle persone e/o alle categorie presenti e operanti nel territorio e agli effetti che potevano provocare le tariffe.

Certo le situazioni erano ben diverse da oggi, ad esempio nel SPL dei RU, la raccolta avveniva col sistema del "cassonetto", non ancora praticandosi la raccolta differenziata-RD: bastava infatti "togliere" i rifiuti dalle case, negozi e strade, trovando una discarica. Il che rispondeva, per dirla grossolanamente, a una logica tuttofare e meccanica. Ma, la tariffa, come ripeto spesso, non può rinunciare, almeno in una visione valoriale e seria, al mondo tributario, cioè non può essere un mero meccanismo ad uso delle imprese, infine, non può guardare all'utente - come sembra avvenire nelle impostazioni tariffarie di molti ATO - quale fosse un individuo immerso nella convenienza dell'utilitarismo¹⁵.

La persona infatti assume senso nelle relazioni e nella comunità: la scelta e la volontà della persona-utente non può essere frantumata da soverchianti regole tecniche, peraltro illudendolo l'utente di godere di una propria autonomia e potere nei confronti di una burocrazia dipinta dai media come prepotente e vorace.

Altresì la politica non può abdicare a svolgere il proprio ruolo, soprattutto nel SPL che è un servizio di tutti (vale a dire un diritto, oltre che un servizio), cui mancano gli effetti redistributivi - di più chiara matrice tributaria - richiamantesi ai valori (non solo giuridici) di solidarietà, uguaglianza, capacità contributiva, ecc. Questa materia non può quindi essere considerata una «riserva indiana» per soli specialisti, e, neppure va liquidata con banalissime chiacchiere¹⁶.

Come notato, gli enti locali hanno perso e vieppiù perdono potere e competenza¹⁷, scalzati da altri soggetti (anche supportati da molti consulenti) che si rifanno ai meccanismi e comportamenti in voga nel mondo imprenditoriale-finanziario, facendo uso di modelli utilitaristico-economici, in una quasi impenetrabile corazza tecnica fatta di algoritmi, formule, tabelle, dati e allegati specialistici.

14 Posso testimoniare dopo oltre 40 anni di lavoro, ovvero nella mia vecchiaia, che i romani fissavano a sessanta anni (*extrema aetas*) dove ci si può permettere di distinguere tra illusioni e realtà, e quindi di combattere sul serio.

15 Sull'etica utilitaristica: G.Bentham, Hobbes, Locke, J.S.Mill, H. Spencer, ecc. «L'utilitarismo era l'esigenza più logica e coerente di una prassi che ha rotto ogni rapporto con la trascendenza e intende ancorare le azioni e il loro autentico significato a criteri pratici assolutamente verificabili» G.FAGGIN, *Dal romanticismo all'esistenzialismo. Dieci lezioni*, Vicenza, 2002, p.103.

16 Che rimbombano in tanti incontri e simposi dove prevalgono elegia e spirito settario. Come si sa, la TP è embricata alla RD: assieme "misurano" i rifiuti, il che non significa che sia di per sé un prelievo giusto e trasparente, finanziante un servizio corretto ed equo, per come viene fatto funzionare, per gli effetti, ecc. Al solito: c'è una RD buona e meno buona, come esiste una TP buona e meno buona, a tacer d'altro.

17 A.PIEROBON, *Abdicazione di taluni comuni in materia di riprogettazione delle gare di appalto della raccolta e trasporto di rifiuti urbani*, 5, 2023

5. *L'homo oeconomicus* e l'anima della persona: quali le vere dimensioni della nostra esistenza? quali le misure dell'uomo?

Il valore della persona può ancora recuperarsi in un SPL e nel suo provento? Vogliamo la felicità pubblica o quella soggettiva e individuale?¹⁸

L'impostazione prevalente in economia, come nella tecnica, è della ragione quale unico metro conoscitivo della natura e dell'uomo, creando una falsa coscienza del SPL -col criterio del verosimile (in proposito mi pare sintomatica la nuova definizione di RU recata dall'art. 183, comma 1, lett. b-ter, punto 2 del TUA che sussume quella dei rifiuti speciali assimilabili agli urbani) e del senso comune - spacciandola per scienza. Ecco perché va tolto il velo dell'equivoco, provando a mostrare le evidenze dell'equivoco medesimo. Come visto, il meccanismo della TP-SPL è deleteriamente schematico nella propria giustificazione dell'efficienza, dell'accertamento, della riscossione del provento, ma non solo. Si continua a dissociare la cultura dalla amministrazione, la quale ultima è preferita dai decisori degli apparati tecnici (e di molti "deleganti"), mentre la materia tributaria ha radici di cultura, anche nei riferimenti di fondo, soprattutto nel concetto di giustizia sociale e di redistribuzione¹⁹. Ciò non vuol dire intellettualizzare la tematica, bensì meglio formarsi, giacché i fautori della TP o della tariffa corrispettiva jattantemente respingono per qualsivoglia entrata-provento riferita ai SPL, segnatamente dei SIEG, la natura di tributo e quel che ne consegue. Ed ecco perché vanno concretamente dissimulati certi punti fondamentali, per meglio far vedere la realtà. Non sorridano i saggi nel loro letargo fatale: va ripresa una diversa cultura tariffaria, tuttora bloccata, potendo essa fruttificare nella visione assiologica-politica, evitando l'abdicazione alla tecnocrazia e a chi sta loro dietro.

6. Cosa direbbe qui l'economia civile? Rinvio.

Qual è il vero presupposto filosofico-ideologico e metodologico della TP? Qual'è la idea-chiave del suo sistema giuridico-economico-ideologico, fors'anche antropologico? Oggigiorno il filone dell'economia civile, che ha radici cristiane, affondanti nella cultura medioevale, recupera la prospettiva dell'anima per dare collocazione alle cose.

I sistemi tariffari, segnatamente quello sui RU, mostrano - come da lustri sto approfondendo - la deriva dal mondo tributario a quello del corrispettivo, ovvero da un approccio valoriale-aperto ad uno tecnico-chiuso.

Si dirà che tanto riflette il comune sentimento nell'adottare meccanismi sempre meno concettuali, ovvero più cinicamente pragmatici, giustificando il provento corrispettivo di un

18 L. BRUNI, *L'impresa civile. Una via italiana all'economia di mercato*, Milano, 2009, p.86 et passim.

19 *Ex aliis*, M.A. ICOLARI, *Per una dogmatica dell'imposta ambientale*, Napoli, 2018, p.56; (a cura di) ID, *La tutela dell'ambiente al tempo della crisi pandemica*, Torino, 2021. Cfr. altresì F. GALLO, *Le ragioni del fisco. Etica e giustizia nella tassazione*, Bologna, 2007; L. DEL FEDERICO, *Tasse, tributi paracommutativi e prezzi pubblici*, Torino, 2000; (a cura di) L. ANTONINI, *L'imposizione ambientale nel quadro del nuovo federalismo fiscale*, Napoli, 2010; S. CIPOLLINA, *La legge civile e la legge fiscale*, Padova, 1992; (a cura di) F. AMATUCCI, *Il nuovo sistema fiscale degli enti locali*, Torino, 2010; R. ALFANO, *Tributi ambientali. Profili interni ed europei*, Torino, 2012.



SPL (dei RU, come pure di altri SIEG, ad esempio quello del servizio idrico integrato) nelle sue funzioni e nei suoi effetti misurabili: quindi apprezzabili-valutabili dall'utente-*homo oeconomicus*. Se si vuole vichianamente trovare l'idealità del vero nella realtà del fatto occorre riandare ad un disegno complessivo e sistematico dove emerge - a mio modesto avviso - dietro l'apparente neutralità della TP, la conferma di un impianto utilitaristico di stampo neoclassico, rivisitato antropologicamente, ovvero aggiornato nella ripresa di modelli privatistici, portando il meccanismo stesso ai calcoli e alle convenienze dell'individuo, sganciandolo dalle valutazioni e dalle decisioni "politiche", più veracemente quelle della "persona" piuttosto che di un utente mosso solo dalla propria convenienza calcolata *ex ante*.

Ne viene, sempre a mio modestissimo avviso, che la tariffa non è da considerare un tributo... aridizzato, semmai oggi la tariffa è una riduzione apatica di un sistema (ideologico) tecno-contabile che sopravvaluta l'individuo come un *unicum* autosufficiente, epperò depotenziandolo, allontanandolo dal *plenum* dei suoi valori. V'è una «babelica confusione delle lingue» (Toniolo) in economia, il che consente di meglio alzare la polvere, facendo vedere e capire sempre meno, operativamente procedendo però nella direzione voluta dai cc.dd. "manovratori". Se invece guardiamo all'economia civile, sono le opzioni di valore, ovvero i postulati della religione cattolica, che precedono e fondano il suo impianto teorico²⁰.

Se si ritiene che la metodica della tariffazione (si veda il metodo tariffario rifiuti dell'ARERA, ovvero il MTR) si limiti ad ottimizzare la gestione, nelle sue tecniche di modalità di calcolo, prescindendo dai fini e dalle risorse utilizzabili, ossia liquidando la tariffa come

20 *ex multis*: AA.VV. *Una sola società molte economie. Giuseppe Toniolo nella storia del pensiero economico*, Assago, 2020; D.SORRENTINO, *Economia umana. La lezione e la profezia di Giuseppe Toniolo: una rilettura sistematica*, Milano, 2021; D. BODEGA E A. CARERA (a cura di), *Economia e società per il bene comune. La lezione di Giuseppe Toniolo (1918-2018)*, Milano, 2020; L.FERRO E V. CONSO (a cura di), *L'attualità di Giuseppe Toniolo nel Terzo Millennio*, Soveria Mannelli, 2018; O.BAZZICHI, *Giuseppe Toniolo. Alle origini della dottrina sociale della Chiesa*, Torino, 2012; F. MANZALINI, *Elementi di economia politica in Giuseppe Toniolo*, Siena, 2009; AA.VV., *Atti del convegno per il XXX anniversario 10 novembre 2001, Cison di Valmarino (TV), Economia capitalistica economia umana? Giuseppe Toniolo: uno studioso a servizio dell'uomo*, Roma, 2002; S. ZAMAGNI, *Economia ed etica. La crisi e la sfida dell'economia civile*, Bologna, 2009; L.BRUNI-S.ZAMAGNI, *Economia civile*, Bologna, 2015; L.BRUNI-P.SANTORI-S.ZAMAGNI, *Lezioni di storia del pensiero economico*, Roma, 2021; L.BECCHETTI, L.BRUNI, S.ZAMAGNI, *Microeconomia. Un testo di economia civile*, Bologna, 2010. Per una critica "laica" P. SAVONA, *Che cos'è l'economia. Cinque conversazioni*, Piacenza, 1999, p.58,60,61 e 71 ove l'economista può avere "visioni" alternative del mondo; quando però analizza la dimensione razionale dell'agire dell'uomo, come singolo o come membro di una collettività, ricerca le regole di questa razionalità pura, neutrale, ma le colloca entro le "visioni" sociali ed economiche, cioè le sue principali limitazioni, ancorchè queste ultime possano ostacolare il suo impegno scientifico. In questa confusione ideologica, i chierici trovano noiosa e difficile l'economia e allora inglobano "vedute" filosofiche più ampie, allargano cioè la dimensione dell'agire umano considerato e le "teorie" escono più interessanti, più vicine al dibattito politico, apparentemente più ricche di risultati pratici. Così facendo, tuttavia, questi chierici superano la "frontiera" dell'economia, divenendo apolidi della scienza economica, in scuole di pensiero. L'economista è di solito un moralista, un politico, un ideologo, a qualunque scuola appartenga, per quanto ami mascherarsi da scienziato puro: S.RICOSSA, *Impariamo l'economia. Capitale e lavoro-tecnologia e occupazione-profitti e salari-la new economy*, Milano, 2001, p.202



fosse neutrale, si ricade nell'errore di una economia lontana dai valori e distinta dall'etica²¹.

Nonostante l'attrazione definitoria del SPL dei RU nell'orbita del SIEG bisogna distinguere il soddisfacimento della operatività dei servizi come progettati ed erogati (anche qui torniamo all'idea e al presupposto di un sistema anche gestionale), da quello delle esigenze del servizio che è universale in un SPL che viene comunque fatto salvo da certe "contaminazioni" della critica, poiché è stato spinto ai margini del mercato rilevante²²e della comunità tutta.

Inoltre, le decisioni del servizio (imprenditoriale) si basano non soltanto sulle risorse da organizzare e da gestire, nei loro limiti e vincoli - donde la questione della loro c.d. ottimizzazione - bensì sulle finalità, involgendo pertanto questioni che fuoriescono dalla tecnicità e/o managerialità che si vorrebbe fossero solo rivolte al conto economico²³.

7. Non è questione di etichetta giuridica: alla base di queste scelte e tendenze sulle tariffe e sui servizi pubblici stanno delle cause sociali ed economiche: una implicita ideologia?

È necessario, per comprendere gli attuali istituti e meccanismi, investigare ciò che emerge dal divenire (ove diacronia e sincronia coincidono) della tariffa del SPL, nell'urgenza di fronteggiare talune crisi, anzitutto di ordine igienico-sanitarie, eppoi economiche, tirando in ballo l'ambiente, tutto ciò oltre la forma giuridica.

Si parte dalla fiscalità generale dei primi anni del Novecento, passando per il tributo pseudo-corrispettivo del R.D. 14 settembre 1931, n.1175, alla tassa della Legge 20 marzo 1941, n.366 (mentre per fuori privativa si ha un corrispettivo), poi nel D.P.R. 10 settembre 1982, n.915. Negli anni successivi si ipotizzano nuove tasse sui servizi comunali (Tasco), ma nel periodo della liberalizzazione dei mercati (anni '90) si arriva alla finanza derivata-mista, istituendo la TARSU col D.Lgs. 15 novembre 1993, n.507, sino alla non dissimile tariffa c.d. "Ronchi" (TIA) col D.Lgs. 5 febbraio 1997, n.22. Nell'ambito del federalismo fiscale veniva ipotizzato un nuovo tributo immobiliare (c.d. *service tax*), continuando però a intervenire sulla tariffa (TIA ibridata e TIA2 - art. 238 D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152 ss.mm.ii., d'ora in poi TUA) anche con innesti discrezionali, fino alla TARES (L.F. n.228 del 2012) e poi alla TARI (Legge n.

21 Cfr. M.BIANCHINI, *Giuseppe Toniolo nella storia del pensiero economico. Una sola società, molte economie*, in AA.VV. *Una sola società molte economie cit.*, p.23. Lo «incivilimento» è infatti una fondamentale chiave di lettura dell'economia sociale tonoliana.

22 L'unione europea ha inserito allo schema l'isolamento dell'utente marginale attraverso l'obbligo del servizio universale che consiste in quelle prestazioni che nessuna impresa concorrenziale presterebbe se non costretta dai pubblici poteri per soddisfare l'utente marginale e il cui costo deve essere assunto dalla PA oppure ripartito pro quota fra le imprese concorrenti in modo da ristabilirne la *par condicio* quando è imposto ad una soltanto di esse» in nota sulla difficoltà di determinare l'onere da ripartire v., di recente, Cons. Stato, Sez. VI, 9 febbraio 2010, n.644; Id, 25 gennaio 2010, n. 243 così F.MERUSI, *op.cit.* p.99

23 Per una qualsivoglia azienda l'impostazione è quella di individuare le risorse (esistenti o da procacciare) nei loro usi alternativi, secondo una combinazione ottimale degli stessi usi, onde massimizzare l'utilità conseguibile, ricondotte al campo economico ripensando a nuovi approcci. È una funzione più interpretativa dei fatti aziendali (economici?): cfr. G.PAOLONE-L.D'AMICO (a cura di), *L'economia aziendale nei suoi principi parametrici e modelli applicativi*, Torino, 2008, p.4



147 del 2013) e alla Tariffa puntuale o TP²⁴, giungendo ora - con deliberazione Arera del 31 ottobre 2019, n.443/2019/R/rif - alla tariffa "efficiente" di cui al MTR1²⁵.

Voglio rifuggire dalla meccanicistica visione del rapporto struttura-sovrastuttura, facendo qui notare - anche "incrociando" la normativa settoriale con quella del SPL e della fiscalità - che la scelta della tariffa sganciata (apparentemente) dal mondo tributario riposa non tanto su ragioni tecniche intonate alla più giusta tariffa per un proporzionato (misurabile) servizio offerto, quanto su ragioni di ordine politico-ideologico²⁶.

8. La tariffa puntuale è una manutenzione

La TP è stata spacciata per una sorta di rivoluzione, in realtà è stata una "manutenzione", potremmo dire un punto di passaggio da un tributo abbastanza deciso (tassa e tariffa) a un corrispettivo indeciso che gode della rendita del contesto autoritativo, tributario e monopolistico. Insomma, si tratta di una entrata che è, e rimane, manipolabile.

Nella logorrea dei gestori e delle autorità regolatorie - e di chi gli va dietro - si conferma un diritto amministrativo, una «infrastruttura di regole», purtroppo ineffettivo²⁷ nel proprio andamento e nella c.d. "deriva burocratica" per la quale le attuazioni di leggi-provvedimenti trovano concretamento, nel tempo, allorché termina l'inerzia burocratica. Tanto pone ulteriori difficoltà in questo settore, come pure nei SPL, poiché le questioni si ibridano in più branche del diritto (societario, civile, ecc.) e con altre materie (contabilità, statistica, tecnica in senso lato, ecc.).

Nella pratica amministrativa ciò avviene spesso dovendosi esercitare quella discrezionalità tecnica che viene richiesta all'amministrazione nell'esatta valutazione di un fatto, secondo una determinata scienza o tecnica, impingendo nella ragionevolezza e in altri principi (legalità, proporzionalità, precauzione, ecc.) ovvero nel «settore dei concetti giuridici indeterminati, o determinati attraverso concetti e tecniche non giuridiche, e il settore dei principi generali non codificati o ai quali le leggi fanno rinvio presupponendoli come fonti di integrazione dell'ordinamento»²⁸. Ma le menti malate di razionalismo vogliono solamente facili e comode costruzioni giuridiche, geometriche e sillogistiche.

24 La TP (da sistemi di misurazione puntuale della quantità dei rifiuti conferiti al SPL) o tariffa corrispettiva, in luogo della TARI, può venire applicata dai comuni *ex art.1*, commi 667-668 della Legge 147 del 2013 è una *sub* tariffa che "surfa", tra pratiche caserecce, sperimentalismi e particolarismi, approdando all'inverso criticabile D.M. 20 aprile 2017.

25 La Legge sul federalismo, la n. 42 del 2009 non ha innovato il sistema. Gli amministratori degli enti locali cercavano dapprima consenso, riponendo la loro fiducia nella fiscalità generale, forfettaria nei calcoli e nelle valutazioni. Successivamente, stante la crisi delle entrate e le necessità dello Stato sociale, si è cercato di responsabilizzare il sistema. Gli amministratori locali hanno delegato alla tecnoburocrazia, in meccanismi gestionali che si rifanno ai corrispettivi, alle prestazioni pseudo-commutative, ecc..

26 A. PIEROBON, *L'insorgenza dei rifiuti similari nei servizi pubblici locali*, Azienditalia, 7, 2021.

27 M. DE BENEDETTO, *Introduzione*, AA.VV., *Diritto amministrativo effettivo. Una introduzione*, Bologna, 2022, pp. 19-20.

28 F. MERUSI, *op.cit.*, p. 85 *et passim*.



9. Ancora sulla subculturalità della tariffa e del servizio pubblico nella loro tecnicità.

Come sappiamo, la tariffa guarda allo aggregato di utenti (anzitutto l'utenza domestica - UD e l'utenza non domestica -UND), distinti in categorie e sub categorie, cioè ad una somma di certuni individui presuntivamente produttori di RU: una "risposta" che è, come dire.. sillogistica alle esigenze del SPL cosiccome costruito nei suoi presupposti.

Un esempio che ho avuto modo di analizzare: in un SPL-ATO la categoria UND degli artigiani-falegnami viene suddivisa in classi dimensionali (solitamente per "scale" di superfici: da 0 a 500 mq, da 500 mq a 2000, e così via) imponendosi nell'offerta del servizio della raccolta dei loro RU, un *kit* minimo di contenitori, distinti per capacità volumetrica e da collocarsi/utilizzarsi (potenzialmente, non effettivamente) secondo un predeterminato "menu" (che indica: frequenza, chiamate, costi, modalità prestazionali, ecc.) confezionato, si badi, unilateralmente dal gestore e/o EGATO.

Questi *kit* ed il loro utilizzo nel SPL, concettualmente vengono spesso ricondotti al c.d. "contatore" che vale anche per altri servizi (telefonici, energetici, ecc.), tant'è che i costi di questo servizio vengono incapsulati nella parte variabile-PV della tariffa²⁹, di talchè viene sconfessata la natura e la funzione della PV, costituendo, di fatto, questi costi una parte fissa-PF della tariffa, che viene agevolmente smascherata nella pretesa del SPL di pretendere dalle UND un corrispettivo-tariffa indipendentemente dall'utilizzare il servizio c.d. "a menu"³⁰.

Chiediamoci allora, se - come viene presupposto nel pensiero economico dominante quindi anche nella TP - l'uomo sia la causa efficiente delle leggi socio-economiche. Ma, riconosciamolo: nella TP l'uomo non è il *dominus*, essendo ristretto ad aderire alla scelta cosiccome "costruita" dal SPL.

Si dirà: ma l'utente cosa potrebbe altro fare? Per me molto altro nella pratica gestionale e nella architettura di un SPL. Il punto critico sta nell'assolutizzazione da parte del SPL, del presupposto antropologico e del suo disciplinamento nella TP, ove la persona non esiste: qui esiste solamente l'individuo-soggetto che si muove entro un preordinato gioco dell'oca.

Per cui a fronte di certe offerte di servizio, ci saranno certi costi da sostenere, ma sono tutte offerte e costi formulati dai gestori/EGATO secondo propri interessi, mentre le esigenze delle UD-UND sono coartate nell'architettura del SPL cosiccome congegnato.

In pratica il presupposto sta nella coerenza-ideazione del progetto dei servizi (che poi fanno il SPL) e nei suoi effetti, per dirla hegelianamente: per il SPL «i fatti si identificano con le idee».

10. Ulteriori conferme teoriche e pratiche: rinvio.

Siamo tornati a (ovvero viene ad essere confermata la dominanza accademica-culturale de)

29 A.PIEROBON, *Un'occasione per mettere a fuoco quota fissa e variabile*, Azienditalia,1,2018. La parte variabile della tariffa più che trasparente (formulazione ossimorica) in realtà sembra essere confusiva in molte applicazioni.

30 Tanto il fatturato-ricavi in forma di tariffa arriveranno lo stesso ai gestori, in danno (beffa) all'UND.Casistica riscontrata analizzando quattro diversi gestori operanti in una provincia del nord-est, laddove - paradossalmente - chi effettuava il SPL praticando una TP "spinta", portava nel conteggio finale (PF e PV), a far pagare all'UND, un *quantum* di molto superiore a quello praticato dagli altri gestori utilizzanti la TARI o forme intermedie di TP. Un paradosso molto istruttivo sulla TP.



la teoria economica neoclassica fondata sul concetto di utilità marginale, ovvero sull'incremento di soddisfazione che il consumatore soggettivamente ottiene da una nuova-ultima dose (la *i-esima*) di un dato bene, dalle funzioni di utilità del bene stesso. Com'è noto, trattasi di una concezione dell'economia quale dottrina dei mezzi e non dei fini: il contrario della concezione ad es. tonoliana che ammetteva «la ricerca dell'utile individuale che assicuri la dignità della persona e della famiglia, ma in una corretta armonizzazione dei rapporti sociali e del bene comune»³¹.

Non è il valore del servizio (nel caso dianzi esaminato, della raccolta e gestione dei RU prodotti dalle UND artigiani-falegnami) che fa il "prezzo", redistribuendo i suoi costi (al netto dei ricavi) secondo una visione giocoforza politica, non spacciabile per tecnicità.

Invece, il SPL diventa qui "indipendente" e si tecnicizza nel cosa, nel come, nello a chi imporre i servizi in un certo *quantum* e livello quali-quantitativo.

E' un mondo certamente cambiato rispetto a quello che esisteva nei precedenti proventi ed il loro retroterra: citasi la TARSU, la TIA nelle sue varie versioni, compresa quella sperimentale, arrivando oggi ad una tariffa p.c.d. "imbrigliata" (in parte giustamente) nel nuovo metodo del MTR-2 che dovrà colonizzare (*rectius*, sussumere) la TP oggi ancora, un po'... "anarchica", ma anch'essa criticabile nella sua indipendenza dal mondo tributario.

Le autonomie locali oramai sono tagliate fuori dalle più importanti scelte e azioni (fors'anche politiche), nell'aumentata potenza tecno-burocratica che qualcuno si ostina a chiamare manageriale, nella progettazione, realizzazione e attuazione del loro proprio sistema del SPL e quindi anche tariffario. Inoltre, non si è riusciti a ribaltare quell'utilitarismo e quell'atomismo individualistico connotante la tariffazione e che dissolve la società che si presuppone. Ecco ancora, l'importanza del rapporto società, economia, istituzioni, cioè di una società che dovrebbe essere «fondata sulla persona umana, aperta alla relazione»³².

La TP obiettivamente ha attribuito dei "vantaggi" agli operatori del settore - soprattutto alle medio-grandi aziende *in house* - che per primi (c.d. *first comers*) si sono buttati sulla "misurazione" della TP-SPL, talvolta secondo un proprio metodo che veicola anche *business* e tentativi di colonizzazione di altri metodi.

Certo, la TP non va mitizzata, né, peggio, dev'essere mitizzante: penso piuttosto ad un provento più sociale (cioè, lo ripeto, tributario) e meno egotico (ovvero tariffario autoreferenziale)³³. Intanto il baricentro delle scelte sui SPL e sui loro proventi è stato via via spostato dall'autorità comunale (o chi per essa) ad altri soggetti, esulcerandosi nella TP che

31 O.BAZZICHI, *Giuseppe Toniolo, op.cit.*, pp.111-112. Toniolo assume solo i postulati scientifici dell'utilitarismo, respingendo la definizione della morale come scienza deontologica, tutto per lui va finalizzato secondo l'etica, «cioè un ordine di conoscenza al di sopra dell'economia e da cui essa deve apprendere le nozioni relative alla gerarchia dei fini», nota 8 pag.129.

32 O.BAZZICHI, *op.cit.*, p.117

33 Non è certo cristiano assumere che l'uomo interiore è diverso da quello sociale. Piuttosto, l'uomo contemporaneo deve imparare a vivere (cioè a cambiare) insieme alle due dimensioni, pena la catastrofe cfr. G.VIGORELLI, *L'Europa letteraria*, Torino, 2021, pp. 88 e 91. Non serve una libertà dentro all'uomo e ai fatti prefabbricati da un sistema di SPL che guardando dall'esterno, poiché espunge come irrilevante (anche giuridicamente) la coscienza interiore: qui conta la sanzione morale ?



orienta le scelte alla convenienza del conferitore-utente (UD-UND) dei RU - ma la tariffa si applica anche per le esternalità, e pure a chi non produce rifiuti! - cosiccome il SPL è stato progettato da organi tecnici ed esterni. L'articolazione tariffaria basata sulla misurazione e tipologia dei rifiuti (non più alla c.d. "ricchezza" di cui al bene indiretto costituito dall'immobile detenuto) è orientata alla massimizzazione di un ottimo (che è forse paretiano, trascurandosi gli aspetti distributivi del problema) del SPL che si forma, appunto, sulla base del *budget* e della correlativa progettazione dei servizi come offerti-imposti all'utenza, la quale - si ripete - non essendo libera, può determinarsi solo entro questi meccanismi e limiti.

L'interesse non può qui essere realmente reciproco tra il SPL e l'utente-individuo, stante l'artificioso ponte eretto, come detto tecnicamente, tra le esigenze della società e quelle del SPL, il tutto scaturente, come visto, da decisioni autoritative costruite con metodi improntati a metodi utilitaristici. Comunque trattasi di scelte che non sono mai state pattuite o frutto di un vero contraddittorio: un altro *deficit* democratico. O, forse, va bene così?

11. Il valore pratico della «porta metodologica e teorica» anche nel settore dei rifiuti- tariffa- servizi pubblici locali: cenni introduttivi.

Come si è cercato sin qui di far comprendere, anche i fatti, i dati, le tecniche, le contabilità, le statistiche e quant'altro attiene alla c.d. «operatività»³⁴ dei servizi pubblici locali possono raccontare molto "altro".

Eppoi la questione del riferirsi alla "media" come parametro della diversità, della normalità e loro contrafforti, merita una valutazione oltre il criterio computazionale e il mero raffronto tabellare. Insomma vanno prima disepelliti i presupposti e le implicazioni delle scelte cosiccome "operate" o di cui sono intrise le tecniche (ad es. il «MTR») guardando ai loro effetti e al senso sociale, più che individuale, delle azioni, causa-effetto, delle impostazioni e dei rapporti che si vogliono instaurare. Oltre gli interessi economici ci sono importanti scelte valoriali (ideologiche?) che vengono spesso dissociate quando si affronta la prassi. Il che è errato e depistante. Quale razionalità regge tutto questo? Quali sono le intrusioni ideologiche? Quali sono le interpenetrazioni della descrizione con la teoria? La realtà contemporanea viene contraffatta dalla costruzione sugli atti-fatti?

Diciamolo francamente: le decisioni e le valutazioni spesso imperanti in questo ambito non possono limitarsi solamente a quelle micro-economiche. Eppoi: come si comportano i managers dei SPL? L'aziendalismo "di moda" sembra coprire le differenze e i criteri quivi utilizzati (nei loro riferimenti teorici, se non ideologici), ricorrendo a passaggi funzionali che hanno sempre come sfondo l'*homo oeconomicus*, la massimizzazione utilitaristica, le preferenze individuali, ecc.

³⁴ Anche il concetto di «operatività» è ambiguo e viene spesso usato a vanvera, come pretesto o strumento per "coprire" altro. L'esigenza pragmatica è un comodo *passe-partout*. Un po' come il concetto di «efficienza» che giustifica tante cose e spesso diventa un fine che adultera la comprensione di quel che si sta analizzando. I giudizi di efficienza forse esprimono scale di preferenza? Su questo mi riservo intervenire prossimamente.



Ma gli uomini, prima ancora che «utenti», non sono tutti e solo *homines oeconomici*.³⁵ Invece, nelle teorie prevalenti, si assumono visioni unidirezionali che, a cascata, portano a certi effetti. Inoltre si dimentica che l'azione politica, senza la formazione della volontà sociale, peraltro scarsa ed inconsapevole di tutto questo, è destinata all'insuccesso... di qui una "democrazia" che pare essere diventata un vuoto gridare.

12. La raucedine degli esperti di grido, anzi... che gridano. Welfare e giustizia sociale.

Bisogna, anche in questi studi-lavori-approfondimenti, credere nel confronto, nella vera discriminante intellettuale³⁶, in una ricerca che sia indagine completa nelle diverse espressioni e componenti della cultura e della storia (mai lineare)³⁷, fuori dal rauco gridare *slogans* e dalle soluzioni da *supermarket* organizzativo e giuridico.

Con la dovuta cautela mi azzardo ad affermare che il principio di autorità e di utilità sembrano di fatto convivere, in un SPL che, mettendo davanti il management e il suo armamentario tecnico, non mostra più la sola volontà politica di conduzione di un Ambito Territoriale Ottimale («ATO») o, comunque, di un Bacino territoriale di riferimento (salvo i casi eccessivi: ad es. le cc.dd. "zone rosse", ecc.), bensì poggiano sull'accordo (patto?) tra il management-vertice burocratico nominato e/o comunque frutto di gradimento politico (*rectius*, della compagine politica al potere) e i politici, ovvero la compagine partitica.

Si tratta, indubbiamente, di una sorta di paradossale compromesso che non si trova in un "accordo", essendo lo stesso compromesso a costituire il proprio... presupposto!³⁸

Se ci spostiamo alla società, si fanno discorsi che soffrono dell'impostazione per la quale essa viene ad essere "condizionata" dalle istituzioni: ma sono proprio questi discorsi che qui possono interessarci nel movimento tra società e amministrazione, tra società ed economica, nelle loro narrazioni e pretese reciproche. Per mia esperienza, non si può studiare e praticare il SPL senza considerare tutti questi rapporti, anche nelle varie temporalità (tempo breve, lungo, lunghissimo)³⁹.

In poche parole: lo stato deve gestire i rapporti sociali, piuttosto che solamente spendere, produrre e redistribuire. Quindi l'intervento statale in economia e il SPL assumono una loro importanza oltre quella strumentale che non possono ridursi o limitarsi alle prestazioni erogate parodiando, in vario modo, le imprese e le metodiche utilizzate nel settore privato. I

35 Come vorrebbe la teoria economica prevalente e pure di chi pigramente (o comodamente?) la segue nei SPL e nell'ambito tariffario. Su questo fondamentale "errore" tornerò in altra sede, nel frattempo concedetemi, provocatoriamente (ma non senza fondamenti come dimostreremo), di dire che ... la tariffa rifiuti, come pure quella idrica, ecc., non può dirsi cristiana!

36 «fra chi legge di più, chi cerca di più, chi capisce di più» così G.SALA, *Dialogo con il nostro professore*, (a cura di) F.VOLPI, *Ars Majeutica. Scritti in onore di Giuseppe Faggini*, Vicenza, 1985, p.11

37 F.MERUSI, *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, Napoli, 2011, p.9 «il passato convive con il presente e (..) il futuro era già cominciato da un pezzo. Le istituzioni della razionalità convivono a strati».

38 Ottimi spunti si trovano in A. ZANINI, *Filosofia economica. Fondamenti economici e categorie politiche*, Torino, 2005, p.117.

39 L'elemento temporale assume grande rilevanza non sono nell'ambito economico (vedasi ad es. J.M.Keynes contro l'atemporalità dei marginalisti), ma in generale nel campo del sapere contemporaneo (vedasi gli approdi, *in progress*, della fisica quantistica).



due settori infatti si compenetrano, anzi si ibridano ma questo non vuol dire che tutto si giustifica, anzi.

Con l'intervento dell'autorità pubblica viene supposta una situazione di adulterato *laissez faire*, il che vale ovviamente «nelle nuove forme di organizzazione, nelle frontiere in movimento fra servizi pubblici e i servizi privati, nell'embricazione fra l'economia ufficiale e l'economia informale»⁴⁰.

13. Giochi di specchi nei servizi pubblici tra regolazione, gestione e (P)olitica.

Nell'ambito del SPL e dei correlati mercati, troviamo un gioco di specchi: sono le grandi *multiutilities* e i grandi gestori affidatari ad assumere le decisioni migliori per lo svolgimento gestionale del SPL ad esse affidate? O forse, come cercherò di dimostrare, con la cinghia di trasmissione delle metodologie aziendali - che il MTR considera le "migliori", cosiccome evincibili dai provvedimenti dell'Autorità di Regolazione (nel settore in esame l'ARERA), anche essa in dialettica politica col Governo e Parlamento - esiste un contraddittorio continuo fra apparati statali e politici e le aziende di riferimento?

Ricordo che trattasi di aziende dei SPL (soprattutto le società quotate e le *multiutilities*) le quali grazie al loro «diritto speciale privato», ma più ancora per effetto del loro come dire.... respiro "politico", forse riescono ad aggirare lo Stato, chiedendo e ottenendo - come sembra - che il SPL venga disciplinato in modo tale da assicurare, conservare e potenziare l'esistenza e lo sviluppo delle medesime aziende, fuori dal rovello e dai rischi imprenditoriali cui sono soggetti i cosiddetti "mediocri".

Con l'avvento dell'ARERA ai conflitti si sostituisce la regolazione che si muove in termini di equilibri e compromessi⁴¹ a favore, appunto, dei soli «migliori della classe», ossia di quei soggetti non marginali (ovvero non le piccole imprese!) che nel mercato, nella sua competizione e nella presunzione delle economie di scala, come pure delle capacità di assicurare idonei investimenti per il SPL, "grazie" alla disciplina del MTR e per il sistema di contabilità specificatamente imposto dall'ARERA, diventano il nuovo faro dell'eccellenza gestionale cui gli altri devono seguire la scia e l'esempio. Anche qui si dovrebbe ragionare in termini economici col saggio di profitto (atteso e realizzato) di queste imprese?

Pochi si chiedono, con indipendenza di giudizio, se tutto ciò sia giusto, corretto, se sia un bene o un male. Insomma, di cosa (e, soprattutto, nel "come") stiamo parlando? Quantomeno bisognerà cominciare ad analizzare e valutare quanto si prospetta negli effetti che si realizzeranno e/o che si vogliono realizzare, tenendo uno sguardo a lungo termine.

Infine, va debitamente considerato che anche i SPL, in una economia avanzata, nel loro essere elementi «interdipendenti», vanno affrontati - come accennato - in sede Politica, nell'ambito della programmazione intesa come «una specie di amministrazione orizzontale

40 A. MINC, *L'avvenire dinanzi*, Milano, 1990, p. 136 «Da un punto di vista semplicemente regolamentare lo stato può esercitare considerevoli effetti di anticipazione nel gioco sociale, facilitando i mutamenti, apprendo per essi un quadro legale» ecc.

41 Sia consentito rinviare ad A. PIEROBON, *Il servizio pubblico e la tariffa della gestione dei rifiuti: fuori da una lettura descrittiva*, *Azienditalia*, 6, 2023 e ID, *Minime e inattuali riflessioni sulla tariffa rifiuti*, cit.



extracorporea»⁴².

14. Regna l'illusione retorica, mentre i fatti continuano a sfuggire.

Ognun si avvede come, anche nei SPL le "forme" e le "organizzazioni" si adattano, sono condizionate e "respirano" la situazione storica-economica del momento, cioè quella politica.

Talchè si pone, tra altro, la questione dell'insieme dei mezzi necessari - quali indubitabilmente sono il calcolo e la tecnica - per stabilire una relazione tra i vari saperi e materie, rifuggendo dall'errore di pensare che la razionalità funzioni, come presuppone la tariffa - soprattutto quella c.d. «a misurazione» o puntuale, «TP» - in base al solo interesse dell'agente economico (dell'utente domestico -«UD» e non domestico- «UND», più che della comunità). Quest'ultimo interesse è inteso sia come utilità individuale, sia come l'interesse dell'intervento del SPL, cosiccome (non dimentichiamolo) delle istituzioni⁴³.

Torniamo al delicato e ineludibile rapporto tra la società civile e lo stato, un rapporto sempre meno contrapposto e più correlato, tramite nuovi modelli e approcci che però portano in sé certune teorie e/o visioni di pensiero. E, sono proprio queste "visioni", oltre la descrittività dei sistemi e modi di gestire, che si leggono nella stratificata normativa che qui concerne:

- i SPL *lato sensu*;

- la materia dei rifiuti urbani (d'ora in poi «RU») e dei rifiuti speciali (d'ora in poi «RS», meglio indicabile nel rapporto (non tanto dualistico, bensì intersezionato) tra RU-RS e/o RU/RS;

- la tariffa, sia essa Tari, TP o loro forme ibridate;

Una disciplina che, vista assieme e relazionata, viene posta (soprattutto frammentariamente) dalle leggi finanziarie e dalle cosiddette «leggi provvedimento», che nelle "visioni" e strategie implicite o dichiarate (più o meno affidabilmente), consentono di ipotizzare altre strade, financo altre attuazioni che attingono ai principi, fuori dalle note «invarianti» gianniniane.

15. Segni clinici, fuori dagli equivoci, sulle tariffe dei servizi pubblici: cenni.

Sono quindi cambiate e stanno cambiando le dinamiche nell'organizzazione economica e sociale, puranche nel mercato, nelle istituzioni e, per quel che qui ci riguarda (nei suoi intrecci e comporsi), nei SPL, più esattamente: nel crescente rafforzamento di taluni soggetti (autorità regolatorie, autorità di governo dell'ATO, gestori affidatari, ecc.) a scapito di altri (soprattutto

42 Così G.RUFFOLO, *Il libro dei sogni*, Roma, 2007, p.21, ove, con riferimento al CIPE: «passava di tutto: Il Mezzogiorno, la crisi petrolifera, le direttive comunitarie, la riforma sanitaria, quella scolastica, le autostrade, le ferrovie, la riforma delle società per azioni, la ristrutturazione industriale; l'ira di Dio», ricordando che G.AMATO osservava «che di fatto il Cipe entrava a pieno titolo in quel "protezionismo pluridiretto" di cui facevano parte "la Banca d'Italia, la Cassa per il Mezzogiorno, l'Imi e naturalmente le grandi imprese pubbliche e private". Un potere fra gli altri» *Ivi*, p.22

43 La «police» è uno dei due grandi complessi del sapere e della tecnologia politica che consiste nell'insieme dei mezzi necessari per far crescere, dall'interno, le forze dello stato così A.ZANINI, *L'ordine del discorso economico. Linguaggio delle ricchezze pratiche di governo in Michel Foucault*, Verona, 2010, p.80 ss.

degli enti locali e delle regioni, in particolare quelle autonome), nel trasformismo degli strumenti utilizzati. Il tutto in uno strano *bricolage* concettuale che, sconvolgendo i valori, adultera anche le prove empiriche sugli effetti concreti (soprattutto in termini di equità, giustizia, solidarietà, uguaglianza, ecc.) delle tariffe cosiccome praticate, imprigionando la c.d. “società” in vincoli giuridici, sociali, amministrativi di non poco conto.

Si badi: non esiste un unico modo di erogare i SPL. Eppure oggi si assiste ad un atteggiamento quasi religioso (produttivo di credenze, consenso, accettazione) ad una forzata pseudo-cooperazione (che cela una larvata sudditanza) che, nel suo proselitismo e comunicazione⁴⁴, pare travolgere anche il sano buon senso.

Trovo, come ho già altrove argomentato, che le narrazioni in voga banalizzino l’evoluzione e la realtà dei SPL, come pure dei loro proventi tariffari, ma non solo. Infatti, le tariffe, in particolare quelle cosiddette “a misurazione”, “a contatore” o anche “puntuale” (che indico qui, seppur sussumendo impropriamente, con «TP»), se hanno in più casi prodotto buoni risultati - pervero in un rapporto causa-effetto⁴⁵ non lineare⁴⁶, anzi! - sono diventate degli strumenti per un più sicuro e rapido finanziamento di tutti i costi del servizio di gestione di un SPL, anche dei costi in precedenza obnubilati tra contributi e sovvenzioni: ad es. i costi di investimento (spesso “forzati”), di capitale⁴⁷, come pure quelli finanziati la tenuta in vita degli enti di governo (es. le Autorità di Governo dell’Ambito Territoriale Ottimale o «EGATO») e le attività istituzionali correlate, quali le spese imputabili *in parte qua* agli uffici tariffari e tecnici dei comuni interessati alla funzione di cui trattasi.

Tutto ciò in una visione che (applicando il vetero concetto economico di *homo oeconomicus*)

44 Nella cooperazione sociale e relazionale indotta dal linguaggio, che rende possibile la produzione cognitiva, va considerando il suo carattere simbolico - nell’atto performativo linguistico che è la chiave per comprendere l’essenza degli attuali paradigmi – talchè si potrebbe anche affermare: conta più il “come si dice” che il “che cosa si dice”: A. FUMAGALLI, *Bioeconomia e capitalismo cognitivo. Verso un nuovo paradigma di accumulazione*, Roma, 2010, p.193

45 La causazione sarebbe un presupposto, una procedura corrispondentista della verità. L’ambiguità non viene risolta dalla sola analisi teorica (che riporta all’opposizione vero/falso), riportando alla molteplicità dell’apertura relazionale alla forma specifica di un’alternativa (duplicità) « rilanciando l’idea e la pratica di un’etica della relazione, capace di offrire in positivo una gestione dell’ambiguità» ove l’equivocità dell’agire viene ricondotta alla contrapposizione di buono e cattivo, giusto e ingiusto, virtuoso e vizioso. La riduzione operata dall’etica si basa sulla scelta della coerenza. La relazione permette di tenere assieme ciò che è differente e al tempo ricerca una mediazione nell’intreccio: così le utilissime riflessioni in A.FABRIS, *Etica e ambiguità. Una filosofia della coerenza*, 2020, pp.105, 119, 132 *et passim*; ID, *RelAzione. Una filosofia performativa*, Brescia, 2016, p.119 *et passim*

46 Cfr. A.MASSARUTTO, *Un mondo senza rifiuti? Viaggio nell’economia circolare*, Milano, 2020, p.171. Come segnalano M. MOTTERLINI-F.GUALA, *Mente Mercati Decisioni*, Milano, 2015, p.XIV ss. è anche per questo che vanno costruiti nuovi modelli economici che tengano conto dei vincoli cognitivi e dell’influenza delle emozioni, avvicinando la teoria al mondo reale, colmando lo scarto tra *homo oeconomicus* e l’investitore in carne ed ossa, tra mercati efficienti e i mercati in tempi di crisi.

47 Che rimandano alle scelte del capitale finanziario piuttosto che alla categoria del costo di produzione. Il tasso di interesse tende - *coeteris paribus* - ad abbassare il saggio degli investimenti relativamente al saggio dei risparmi, come diceva Keynes, rendendo così instabile il rapporto tra investimenti e risparmi.



spaccia l'utente come il vero decisore-determinatore di una siffatta TP, cioè nel meccanismo che è stato congeniato nei metodi (anche caserecci) tariffari che considerano e utilizzano l'UD e/o l'UND, nella logica dell'agente-individuo economico calcolante entro uno predeterminato (e non libero) albero di "scelte", secondo una presunta convenienza, cosiccome imposta dal SPL.

In alcuni casi, nel tentativo di temperare e/o di trovare delle "giustificazioni" a un SPL - che rimane ancorato al diritto amministrativo, pur agendo nell'immaginario, con i rischi e l'autonomia di un soggetto imprenditoriale alla stregua di un privato - si è cercato di fare leva anche su altri elementi che ovviamente si rifanno al mondo p.c.d. "pubblico": ad es. introducendo per l'utenza dei premi, ulteriori riduzioni, delle agevolazioni, sanzioni, ecc.

Ma, ciò forse basta per sacramentalizzare, rendendo "giusta" una siffatta tariffa finanziante (e... modellante, sic!) un SPL che guarda sempre più al mondo privato?

Occorre, lo ripeto sommessamente da tempo, uno scavo archeologico e una analisi a tutto campo, rivedendo il metodo usuale, onde poter esprimersi fuori dai luoghi comuni.

16. La presupposizione ideologica nei meccanismi tecnici del MTR: le riduzioni in periodo Covid.

Com'è noto l'ARERA nel periodo Covid è intervenuta sulle agevolazioni tariffarie dei RU e quindi dell'UD e dell'UND, con la propria deliberazione n. 158/2020/RIF⁴⁸.

In pratica sono stati rimodulati i coefficienti presuntivi del c.d. «metodo normalizzato» di cui al D.P.R. 27 aprile 1999, n. 158, riducendo la parte variabile (d'ora in poi «PV») della tariffa proporzionalmente ai giorni di chiusura delle attività oppure facoltizzandosi l'abbattimento forfettario del 25%.

Questa scelta ci porta a riflettere sulla ricondita concezione-struttura del SPL e della sua tariffa, oltre ai loro meccanismi, ad es., quale sarebbe in questo contesto la funzione di un piano economico-finanziario (d'ora in poi «PEF»)?⁴⁹ Peraltro considerandosi l'almeno originario - ma io credo sia ancora fortemente attuale - ancoraggio dei SPL e dei suoi proventi tariffari, alla cultura tributaria⁵⁰.

Un SPL dovrebbe soddisfare le esigenze della comunità di riferimento (che poi: riguarda

48 Sia consentito rinviare a G. ANGELUCCI - A. PIEROBON, *Rifiuti ed emergenza sanitaria: gestione finanziaria e riflessi sulla tariffazione (Rifiuti nel periodo coronavirus flussi degli urbani indifferenziati, dei sanitari, degli speciali, tutte le problematiche e le soluzioni)*, Milano, giugno 2020; A. PIEROBON, *Le riduzioni della tariffa rifiuti in periodo Covid-19: solo cavalleria finanziaria?*, L'Ufficio Tecnico, 7-8, 2020.

49 *Ex multiis* A. PIEROBON, *La nuova tariffa sui rifiuti*, Bergamo, 1999; ID, *Il nuovo sistema tariffario per la gestione della tariffa: la tariffa tassata ovvero la tassa tariffata*, Livorno, 1999; ID, *Le tariffe per la gestione dei rifiuti*, Venezia, 1999; ID, *Governo e gestione dei rifiuti. Idee, percorsi, proposte*, Napoli, 2009; ID, *Nuovo manuale di diritto e gestione dell'ambiente. Analisi giuridica, economica, tecnica e organizzativa*, Santarcangelo di Romagna, 2012; ID, *La tariffa puntuale rifiuti. Servizio rifiuti dalla tassa al corrispettivo*, Milano, 2018; ID, *Governo e gestione dei rifiuti urbani: approcci, metodi, percorsi e soluzioni*, cit..

50 Anche per questo non è per me condivisibile, quantomeno negli approdi finali, la sentenza della Cassazione SS.UU. Civili, n. 8631-2020 decisa il 28 gennaio 2020 (dep. il 7 maggio 2020) che riguarda, appunto, la natura tributaria (o non) della tariffa rifiuti, pur se mossa dall'intento di ivi salvare l'applicazione dell'IVA.



solo le UD+UND?)⁵¹ anche flessibilmente, non potendo essere basato - come pare avvenire col MTR - su aridi e meccanici algoritmi. Con il che non si vuole demonizzare in ogni caso e modo l'utilizzo degli algoritmi⁵².

Ora, nello straordinario e tragico evento costituito dalla pandemia Covid-19, provando a "stressare", analiticamente parlando, il sistema delle riduzioni tariffarie del MTR si comprende meglio come è stato congeniato l'intero "pensiero" e il sistema del SPL-Tariffa⁵³. Anzitutto, non va dato per scontato che la PV del PEF - spesso culturalmente appaiata ad un "puro" corrispettivo - sia di per sé corretta nella propria costruzione metodologica e applicativa⁵⁴, ovvero coerente alle finalità sottese allo specifico provento finanziante un SPL.

Domandiamoci, ad es., perché il gestore affidatario del SPL, rispetto a quel che accade fuori dalla propria "colonia", cioè a quel cui incorre sul mercato c.d. "privato" l'impresa operante, a proprio rischio, debba essere manlevato - nella gestione del periodo Covid - dai rischi di minori introiti tariffari?

In prima battuta: se i RU gestiti dal SPL diminuiscono e quindi anche i relativi costi (quantomeno quelli c.d. operativi-diretti) perchè le UD+UND sono comunque tenute a pagare la tariffa per un servizio che risulta, per effetto della crisi Covid, essere quantomeno minore?

Più esattamente: molte attività private nel periodo Covid si sono giocoforza "fermate" (e così nei cantieri, pei tragitti degli automezzi, nel minor utilizzo degli autisti e del personale, negli approvvigionamenti, etc.) e, certamente, questi soggetti non potevano chiedere ai propri clienti di continuare a pagare corrispettivi anche per le mancate e/o minori prestazioni e/o forniture. Ovviamente, l'impresa privata "fermandosi" ha subito minori ricavi (entrate), peggiorando la propria situazione economico-finanziaria.

Invece, il gestore pubblico - col suo PEF "energumeno" sostenuto dalle volontà tecnopolitiche - continuava - e continua - ad esigere nei confronti delle utenze la tariffa che ha predeterminato, pur applicandosi una riduzione.

Nel Covid siamo in uno scenario - *rebus sic stantibus* - di obiettivi minori costi (al netto dei ricavi) in capo ai gestori del SPL stante la diminuzione quantitativa (macro e micro) della produzione dei rifiuti⁵⁵ e il minor utilizzo, da parte dei gestori medesimi, delle risorse (umane

51 Si pensi alle cosiddette "esternalità" e agli autori di esse, non riconducibili alla platea delle UD-UND.

52 Com'è stato ben osservato «Gli *algorithms* forniscono una risposta per prendere decisioni nel presente la cui base logica corrisponde alla "conoscenza senza coscienza, ma non scienza". Il metodo dice che cosa dovresti fare, ma non il perché» P.SAVONA, *Come un incubo e come un sogno*, Sovernia Mannelli, 2018, p.38.

53 A. PIEROBON, *Le riduzioni della tariffa rifiuti in periodo Covid-19: solo cavalleria finanziaria?*, Ufficio Tecnico, 7-8, 2020; ID, *Cosa possiamo imparare dalla gestione dei rifiuti in periodo Covid-19? Tra disordini, sirresi e percolamenti*, www.osservatorioagromafie.it e, più approfonditamente *Rifiuti ed emergenza sanitaria: gestione finanziaria e riflessi sulla tariffazione*, op. cit.

54 A. PIEROBON, *Ancora sulla parte fissa e variabile del provento (tariffa e altro) rifiuti*, Tributi Locali e Regionali, n. 3, 2014; ID, *Un'occasione per mettere a fuoco quota fissa e variabile*, *Azienditalia*, n. 1, 2018.

55 In marzo-aprile 2020 si è verificato un calo del 10% della produzione di RU (circa 500 mila tonn.) che potrebbe essere compensato dai nuovi rifiuti che rischiano l'abbandono. Si ipotizzano circa 160-440 mila tonnellate di questi nuovi rifiuti (mascherine e guanti), per un consumo giornaliero di 35-40 milioni di mascherine (peso medio 11 grammi) e di 70-80 milioni di guanti. Il che porta alla stima di una



e materiali) per l'erogazione dei servizi.

Certo, sono situazioni che vanno analizzate caso per caso, proprio perché ogni realtà ha le proprie specificità e particolarismi⁵⁶: il fatto però che l'ARERA abbia auspicato l'intervento politico (del Governo)⁵⁷ per stanziare delle somme a favore della fiscalità generale del comune, che poi verranno utilizzate anche per non fare aumentare la tariffa,⁵⁸ conferma queste mie brevi notazioni.

Un altro intervento riguarda i cosiddetti *bonus* sociali per le famiglie povere, e quelle che sono a rischio povertà o di esclusione sociale, ovvero le provvidenze già previste per altri settori: energia elettrica, gas e idrico. Anche qui dovrebbero essere i comuni (*rectius*, ETC o EGATO) a poter responsabilmente decidere sulla base della conoscenza delle proprie concrete situazioni socio-economico-territoriali.

Intanto l'ARERA, col documento per la consultazione 189/2020/R/RIF datato 26 maggio 2020, emanava i propri «Orientamenti per la copertura dei costi efficienti di esercizio e di investimento del servizio integrato dei rifiuti per il periodo 2018-2021 tenuto conto dell'emergenza epidemiologica da Covid-19».

L'Autorità a fronte degli oneri aggiuntivi emersi nelle attività gestionali evidenziava i seguenti maggiori costi⁵⁹per:

a) garantire l'operatività in sicurezza e tutela dei lavoratori, ad es. per l'approvvigionamento di DPI e per la pulizia e sanificazione straordinaria delle sedi, degli automezzi e degli strumenti di lavoro, nonché quelli relativi alla formazione del personale in materia sicurezza etc.;

b) l'incremento dei costi operativi di cui alle attività anche aggiuntive rispetto a quelle previste nei contratti di affidamento: ad es. igienizzazione/sanificazione e lavaggio di marciapiedi, strade e aree ad alta frequentazione, per l'approvvigionamento di prodotti ed equipaggiamenti e per il coordinamento del personale addetto alle operazioni di

produzione media tra 400/1100 tonnellate al giorno, così M. R. TOMASELLO, *Mascherine, guanti e camici usati. Scatta l'emergenza smaltimento*, *La Stampa*, 14 maggio 2020, p. 14.

56 Ciò anche nella presenza e composizione delle classi di utenza, così come nel rapporto tra il comune/ente d'ambito con il gestore, nella formulazione del PEF, etc.. Sia permesso rinviare A. PIEROBON, *La tariffa puntuale*, cit.; ID, *Tariffa puntuale. Alcune riflessioni sulla sua introduzione e applicazione*, *Azienditalia*, 3, 2016; ID, *L'Arera e il nuovo metodo tariffario rifiuti*, *Azienditalia*, 1, 2020, e alle numerose casistiche riportate e analizzate in ID, *Ho visto cose. Tutti i trucchi per rubare in Italia*, Milano, 2017.

57 L'ARERA con segnalazione al Parlamento n.136/2020/l/com caldeggiava l'intervento governativo stimando la necessità di circa 400 milioni di euro per fronteggiare il sostegno alle utenze non domestiche, Utilitalia stima perdite tra 1,25 e 2,5 miliardo a seconda degli scenari, numeri simili a quelli prospettati dai comuni Cfr. G. TROVATI, *Sindaci e aziende "con il blocco TARI emergenza rifiuti"*, *Sole 24 Ore*, del 13 maggio 2020.

58 Cfr. A. PIEROBON, *Debiti dei comuni per la gestione dei rifiuti: possibili rimedi*, *Azienditalia*, 5, 2019 ove, tra altro, ipotizzavo il ricorso alla fiscalità generale di cui al c.d. "Fondo di solidarietà" nonché a diverse forme di esazione affinché tutti gli utenti paghino il provento *de quo*, diminuendosi l'evasione/insolvenza, come ad esempio la proposta di riscuotere la tariffa tramite la bolletta dell'energia elettrica.

59 Cfr. *Rifiuti ed emergenza sanitaria*, cit.



igienizzazione, anche acquisendo servizi da terzi;

c) l'adozione di prassi e raccomandazioni emanate dalle autorità sanitarie, in particolare ISS, in merito alle modalità e frequenza della raccolta stradale della frazione indifferenziata dei rifiuti, alle modifiche nelle modalità di trattamento e smaltimento, in particolar modo della frazione indifferenziata, e all'attivazione di servizi domiciliari di raccolta per i soggetti positivi al tampone o in quarantena obbligatoria;

d) il conferimento delle frazioni indifferenziate e degli scarti provenienti dalle operazioni di trattamento (sia delle frazioni indifferenziate che differenziate) presso gli inceneritori e le discariche a causa delle ridotte possibilità di esportazione, della chiusura di alcune attività economiche "di sblocco" delle filiere, e dell'accesso prioritario agli impianti di trattamento garantito ai rifiuti sanitari.

Oltre ai predetti costi dovuti ai servizi ulteriori e/o integrativi posti dalle autorità preposte al governo della situazione pandemica, veniva ivi evidenziato che:

a) da parte dei gestori e consorzi per la gestione dei rifiuti di imballaggio, con riferimento ai rifiuti differenziati, si era verificata una contrazione dei ricavi da valorizzazione dei materiali destinati al riciclo, per la minore quantità della raccolta differenziata («RD») e per la sospensione, come detto, delle attività delle UND, e dalla discesa dei prezzi di mercato a seguito della contrazione della domanda (estera e interna);

b) non si erano verificate significative riduzioni di costo per la minore attività di raccolta presso le utenze chiuse, con la sostanziale stabilità dei costi di raccolta e trasporto (attenzione: stante la scarsa comprimibilità di questi costi, essendo ostacolate le modifiche alla organizzazione dei servizi!)⁶⁰, mentre gli enti territorialmente competenti-ETC avevano segnalato l'emersione di minori costi di gestione conseguenti alla predetta sospensione dei servizi erogati per le UND, la diminuzione del traffico e l'interruzione dei servizi come ad es. la raccolta dei rifiuti ingombranti e dei centri comunali di raccolta («CCR»).

17. Chi vuol trovare la verità deve essere eretico?

Più in generale l'ARERA registrava, coerentemente a quanto osservava l'ISPRA, che l'attività di raccolta aveva subito una contrazione dei volumi di circa il 10% nei mesi di marzo (dato non uniforme tra piccoli e grandi centri) e ciò senza contrarre, ma senza neppure riorganizzare il SPL, salvo le attività dedicate alla raccolta dei rifiuti presso gli utenti in isolamento domiciliare.

Su questi ultimi servizi attinenti la gestione dell'emergenza sanitaria, cioè dei flussi dei RS/RU prodotti dalle UD dichiarate a rischio e/o che avevano contratto il Covid, si costituiva autoritativamente (ricorrendo alle "ordinanze") un flusso distinto di RU/RS da gestirsi

60 Ecco un aspetto fondamentale sul quale occorrerebbe ben riflettere: la disciplina dei SPL autoproduce i propri presupposti. Il gestore SPL non può riorganizzare i propri servizi e attività a fronte di eventi di tal fatta e, comunque, non deve soffrire economicamente e finanziariamente per effetto di queste situazioni. Il che però non accade per gli imprenditori privati, almeno non nelle guarentigie e nelle privazioni di rischi di cui beneficiano i gestori del SPL. Epperò il MTR è congeniato su una impostazione contabile privatistica e del costo efficiente riferito alle risorse che, nel loro presupposto, rimangono equilibrate in una temporalità e situazione che sono... nuvolesche!



diversamente (nelle modalità di raccolta come pure in quelle di stoccaggio e del loro definitivo trattamento) dal flusso c.d. “normale” dei RU prodotti dalle utenze tutte, il che sembrava aver determinato un impatto sulla qualità-quantità di rifiuti oggetto di RD, con una riduzione stimata in circa il 2%-3%, principalmente dovuto, si ricorda ancora, per la sospensione dell’attività economica delle UND e dalla chiusura dei CCR⁶¹.

Le criticità connesse alla gestione delle tariffe e ai rapporti con gli utenti (riscossione) esacerbavano la situazione talchè molti comuni ricorrevano al posticipo della bollettazione per gli utenti e al differimento termini di pagamento della tariffa, il che ha comportato riduzioni nella liquidità pei comuni e/o loro gestori, cosicchè sono state riscontrate difficoltà ad onorare i contratti in essere, rischiando di pregiudicare la continuità dei servizi.

Ma tanto è avvenuto, appunto, nel presupposto - invero contraddittorio col sistema di pensiero importato dal MTR-PEF e dalla contabilità privatistica - di un SPL rigido, ovvero non rimodulabile o difficilmente riorganizzabile e, quindi, “tenendo” ferme le entrate attese del PEF da parte degli utenti (e non solo).

Per quanto riguarda non la Tari, ma la TP, alcuni gestori rinviavano i pagamenti, aprendo alla possibilità di rateizzare gli importi (ad es. per le UD in difficoltà economica) auspicando che i relativi oneri finanziari trovassero copertura nel MTR. Il che ci riporta al circolo vizioso dianzi accennato.

Veniva altresì sollecitata l’ARERA di revisionare il sistema di determinazione degli importi dovuti a titolo di Tari/TP per il conferimento dei RU-RS considerati quali rifiuti indifferenziati (d’ora in poi «RI») da parte degli utenti positivi al Covid-19 o comunque in isolamento domiciliare obbligatorio, in osservanza di pareri e linee guida emanate da vari organi nazionali.

Stante le criticità finanziarie derivanti dalla situazione Covid-19, della frammentazione gestionale e dei frequenti avvicendamenti tra gli operatori, l’ARERA riteneva opportuno prospettare l’integrazione del MTR al fine di garantire la copertura dei costi efficienti sostenuti dai gestori in relazione a tale emergenza, consentendo di integrare, per il 2020, il MTR con:

- a) gli obiettivi in termini di qualità del servizio (QL);
- b) l’ampliamento del perimetro gestionale (PG);
- c) un ulteriore obiettivo specifico C19 (2020) per tener conto delle ricadute dell’emergenza Covid-19.

In tal guisa si facultizzava il riconoscimento degli eventuali incrementi delle entrate tariffarie, ulteriori rispetto alla sola variabile del tasso di inflazione programmato, al fine di coprire eventuali oneri aggiuntivi riconducibili alla gestione del contesto emergenziale, anche per garantire la continuità nella fornitura di servizi essenziali, nonché il mantenimento di adeguati livelli qualitativi del servizio.

61 Sempre per l’ARERA, nonostante la contrazione dei flussi di frazioni differenziate, il rallentamento delle attività economiche nei mercati di sbocco dei rifiuti oggetto del recupero e il sensibile decremento degli scambi transfrontalieri avrebbero determinato problemi di accesso (sia fisico che economico) delle materie prime seconde sul mercato. In proposito il CONAI aveva segnalato alla medesima Autorità di aver presentato proprie istanze alle autorità competenti per la previsione di capacità di extra-stoccaggio delle frazioni destinate al recupero, adeguando le relative autorizzazioni.



Questi sono ragionamenti, a ben vedere, “ideologici” che non giustificano le soluzioni cosiccome proposte dall’ARERA, anzi che ne dimostrano la contraddittorietà e la incoerenza pur trattandosi di (o forse proprio perché si tratta) un sistema, si badi, apparentemente tecnico e sottratto alla politica. Insomma di una realtà frutto di una elaborazione astratta e strumentale ad altre finalità.

L’ARERA procedeva nell’applicazione del limite alla crescita annuale del totale delle entrate tariffarie segnalando, flebilmente e sempre incoerentemente (per quanto si è notato), agli:

- a) operatori: l’esigenza di contenimento degli oneri gestionali, in una logica di efficienza;
- b) utenti: l’indirizzo teso a minimizzare gli oneri complessivi recuperabili nelle tariffe, in una ottica di sostenibilità;
- c) ETC: la necessità di rafforzare le attività di monitoraggio e di verifica rispetto ai dati e agli altri elementi inseriti nel PEF, evitando di ammettere al recupero gli «oneri impropri» (regolazione locale o decentrata).

Si consentivano così, per il solo 2022, questi incrementi delle entrate per coprire maggiori oneri da emergenza Covid-19⁶².

Incidentalmente segnalo che il «PG» viene pensato anche per l’aggregazione dei gestori, oltre che per gli aspetti tecnici e/o operativi sui quali l’ARERA si è soffermata: una finalità quindi strategica, indipendente dalla situazione emergenziale pandemica. Sempre l’ARERA prevedeva un coefficiente il C19(2020) tenendo conto dei costi derivanti da eventi imprevedibili ed eccezionali per garantire continuità servizio nelle condizioni emergenziali dovute al diffondersi di Covid-19 nel limite massimo del 3% ETC, ciò anche in ottemperanza alle raccomandazioni ISS o alla normativa vigente ovvero per finalità sociali (vedasi l’elenco di cui al punto 4.7 del cit. documento Arera). Tutto questo per il 2020 non poteva superare il limite del 6,7%, fatta salva (appunto) la facoltà del cit. limite di aumento del 3%. Ove invece fossero stati superati questi limiti (rectius, prezzi massimi consentiti ex art. 2, comma 17 della Legge n. 481/95) sarebbe stato necessario inviare una apposita relazione all’Autorità.

E’ interessante ai fini metodologici (che illuminano meglio il MTR p.c.d. “ordinario” ⁶³) osservare che solo i costi efficienti di servizio sono riconosciuti rispetto ai costi effettivi rilevati, e che i costi di natura previsionale si introducono solo perché legati all’emergenza e quali componenti di costo integrativi (parte fissa-PF e PV) consententi, secondo il MTR, di

62 Si vedano le formule relative al limite annuale di crescita di cui ai punti 4.5. e 4.6 dell’ult. cit. documento ARERA.

63 L’ARERA adotta la metodologia di *benchmarking* che misura e confronta le *performance* conseguite dai servizi di una determinata azienda con quelle dei migliori concorrenti operanti sul mercato, cosiddette *best in class*. Si parte da un *set* di dati/informazioni e dal *panel* o campione ritenuto da ARERA rappresentativo, che diventano il riferimento per i confronti e l’efficientamento attraverso vari strumenti che passano dall’innovazione, alla eliminazione dei costi inutili, apparenti o nascosti lungo tutta la catena del valore, come pure all’esternalizzazione di attività. Certo non si può pensare a un sistema di marmo con poche variabili (cfr. nei contratti pubblici l’istituto del c.d. “quinto d’obbligo”). Peraltro tali meccanismi sono propri di tutti i sistemi monopolistici, come pure oligopolistici. Argomenti che, non rientrando nell’economia del presente scritto, approfondirò prossimamente.



intercettare i «costi sorgenti», generati appunto dall'emergenza Covid-19, nonché gli scostamenti (positivi o negativi) rispetto all'anno di riferimento a-2 delle componenti di costo già riconosciute nell'ambito sempre del MTR.

Il tutto doveva così quantificarsi sulla base di criteri oggettivi e verificabili⁶⁴, guardando alla specifica componente di costo fisso COVexpTF 2020 come somma algebrica degli scostamenti attesi rispetto ai valori di costo effettivi dell'anno di riferimento, onde integrare il totale delle entrate per la PF (inseribili: per le variazioni CSL e CC sempre da emergenza), idem per i COVexpTV 2020: oltre agli scostamenti dei costi variabili; nella variazione della componente CRT causata dalla maggiore frequenza dei passaggi per la RI; di CRD per la minor frequenza dei passaggi per la RD e delle componenti CTS e CTR per la variazione dei quantitativi inviati a smaltimento o al trattamento e/o dei corrispettivi per l'accesso alle infrastrutture dedicate - i costi sorgenti derivanti dell'attivazione di servizi di raccolta (anche domiciliare) dei RU rivolto ai soggetti positivi al tampone e/o in quarantena obbligatoria.

Si tratta di giustificazioni tecniche apparentemente coerenti nel sistema "chiuso" del MTR, non quando però le si riporta all'effettività di un sistema imprenditorial-gestionale posto fuori dall'ombrello rassicurante del SPL. Inoltre, l'ARERA nella sua elaborazione, evitando il c.d. double counting imponeva di tener conto degli effetti sui costi anticipati nel 2020, rendicontando ex post gli oneri effettivamente sostenuti scomputando quanto già intercettato nelle previsioni 2020. Una specifica componente di costo prospettica riguardava i COSexpTV, con finalità sociale volta alla copertura degli oneri sociali variabili derivanti dall'attuazione della misura di tutela a favore delle UD economicamente disagiate (vedi deliberazione Arera n. 158/2020). Per il 2020 e 2021 tale componente doveva integrare il totale delle entrate tariffarie del costo variabile del MTR. In presenza di minori entrate tariffarie rimaneva la facoltà dell'ETC di valorizzare il conguaglio RCND(TV) da recuperarsi dopo il 2020 (modulando nel tempo l'onere posto a carico utenti) con la rateizzazione per un massimo di 4 anni (conguaglio RCND -TV). Ed ecco la soluzione finale: introiettare le perdite e metterle in recupero a conguaglio per l'utenza futura tramite il debito con orizzonte massimo quadriennale. Addirittura gli ETC potevano estendere la rateizzazione per un massimo di 6 anni per recuperare le componenti RC-TV a e RC-TF di cui all'art. 15 del MTR.

Dal 2021 per 3 anni (art. 107, comma 5, D.L. n.18/2020, conv. con Legge 24 aprile 2020,n.27)⁶⁵

64 Tenuto conto del numero di raccolte riconducibili all'emergenza Covid-19 quali sono ad es.: i servizi domiciliari di raccolta per i soggetti positivi tampone o in quarantena obbligatoria; l'eventuale incremento della frequenza di raccolta dei rifiuti urbani indifferenziati; l'eventuale riduzione della frequenza della raccolta dei RU differenziati, delle superfici territoriali incrementali trattate con lavaggio sanificazione etc.; l'eventuale riduzione/sospensione di taluni servizi all'utenza (ritiro ingombranti,sfalci e potature, CCR); il numero degli interventi di sanificazione nei luoghi di lavoro e per gli automezzi, per la sicurezza etc.; i minori oneri per l'attivazione della cassa integrazione ordinaria («CIGO») e del fondo integrazione salariale («FIS»).

65 «I comuni possono, in deroga all'articolo 1, commi 654 e 683, della legge 27 dicembre 2013, n. 147, approvare le tariffe della TARI e della tariffa corrispettiva adottate per l'anno 2019, anche per l'anno 2020, provvedendo entro il 31 dicembre 2020 alla determinazione ed approvazione del piano economico finanziario del servizio rifiuti (PEF) per il 2020. L'eventuale conguaglio tra i costi risultanti dal PEF per il 2020 ed i costi determinati per l'anno 2019 può essere ripartito in tre anni, a decorrere dal 2021».



l'ARERA introduce due specifiche componenti di conguaglio: una per i costi fissi e una per i costi variabili commisurati allo scostamento tra entrate tariffarie applicate in deroga e quelle ricalcolate entro il termine del 31/12, in coerenza con il PEF e il MTR. Si ipotizza poi una clausola integrativa per contratti in essere tra i gestori subentranti, per evitare le problematiche di accesso al credito. E, ancora, sostenendo l'apparenza di una scelta politica e non tecnica, per mantenere la impalcatura ideologica sottesa al MTR, l'ARERA ha chiesto alla Cassa per i Servizi Energetici e Ambientali («CSEA») l'anticipazione sul 2020 dell'importo corrispondente alla valorizzazione del conguaglio RCND(TV) relativa al minor gettito derivante dall'applicazione della propria delibera n. 158⁶⁶.

18. E' solo tecnica? La tariffa mostra l'immanente relazionalità dei fatti non solo economici, ma soprattutto sociali.

Le proposte formulate dall'ANCI⁶⁷, relative alle riduzioni della Tari, di cui all'art. 1, comma 660, della Legge n. 147/2013, pur se ritenute episodiche, rinviano al Regolamento ex art. 52 del D.Lgs. 15 dicembre 1997, n. 446 (per le ulteriori riduzioni oltre a quelle del comma 659, lettere "a"- "e") che sono finanziate dalla fiscalità generale del Comune. Questo ribadisce che le soluzioni a queste situazioni di "guerra" o imprevedibili, non possono essere "chiuse" entro

66Si veda la «Segnalazione dell'Arera al Parlamento e Governo in merito alle misure a sostegno degli investimenti e a tutela delle utenze finali del servizio di gestione integrata dei rifiuti, urbani e assimilati, e del servizio idrico integrato e dei clienti finali di energia elettrica e gas naturale, in conseguenza dell'emergenza epidemiologica da covid-19» n.136/2020/I/COM del 23 aprile 2020, ove si affrontano più questioni. Si veda, anche, il punto 6.4 della delibera in rassegna, ove sia stato applicato il MTR e trasmessa la prevista documentazione all'Arera (cfr. punto 6.6 del documento).

67 Anci Risponde. Ancitel nel sito www.ancirisponde.ancitel.it, rispondendo alla domanda «Con riferimento alla Tari, si chiede se sia possibile, vista la situazione emergenziale, finanziare parzialmente il servizio di raccolta e smaltimento rifiuti, con le riserve di una nostra società partecipata, in modo da ridurre la tassa stessa a carico degli utenti». Cfr., pur se su altro tema, la risoluzione n. 3/DF del Ministero dell'economia e delle Finanze- Dipartimento delle finanze - Direzione legislazione tributaria e federalismo fiscale, prot. 8954 del 17 aprile 2020 avente per oggetto «Atti di accertamento esecutivo di cui all'art. 1, comma 792, della Legge 27 dicembre 2019, n. 160. Modalità di rateazione delle somme dovute. Quesito» richiamandosi all'orientamento della giurisprudenza amministrativa ove si afferma il principio della potestà regolamentare degli enti locali di cui all'art.52 del D.Lgs. n.446/1997 che è di ordine generale e che in materia di accertamento e riscossione dei tributi trova un limite solo nelle materie costituzionalmente coperte da riserva di legge. Quivi si indica l'ordinanza del Consiglio di Stato n. 4989 del 28 agosto 2011, citata peraltro nella risoluzione n.8/DPF del 30 luglio 2002, che statuisce espressamente che «Il principio della potestà regolamentare dei comuni e delle province è di ordine generale. In materia di accertamento e riscossione dei tributi (art.52 del D.Lgs. n.446/1997), trova un limite solo nelle materie coperte da riserva di legge (sanzioni, procedure contenziose, casi di prelievo obbligatorio non attribuito alla fiscalità locale)», si veda altresì la risoluzione 3/DF sempre della prefata Direzione del MEF, prot. 41980 del 22 novembre 2019, avente ad oggetto «Chiarimenti sulla tassa sui rifiuti (TARI). Rimborso da parte dei comuni e conseguente modalità di copertura dei costi. Possibili soluzioni», ove si richiamano anche le deliberazioni della Corte dei Conti sulla copertura degli importi da rimborsare a carico della fiscalità generale per le partite pregresse (estranei ai costi del servizio imputabili all'esercizio finanziario di competenza).



il sistema areriano (di un MTR, ma non solo) che pur mimando le dinamiche private, non contemplanò il loro adattarsi o riorganizzarsi con la scusa di assicurare i livelli minimi del servizio: direbbe Totò... «ma mi faccia il piacere!».

Dal punto di vista giuscontabile trattasi di risorse di parte corrente, ma le società partecipate possono utilizzare le loro riserve per il minor gettito della tariffa, in quanto la distribuzione di esse non incide sul conto economico della società, pur avendo riflessi di natura finanziaria sul rendiconto finanziario complessivo della sua gestione.

Il punto è che necessariamente l'ETC o l'EGATO - quindi, in sostanza, la politica come rappresentata nei loro organi di governo: consigli, assemblea, ecc. - deve concordare con il management dell'azienda il timing per la distribuzione delle riserve finanziarie. Dal punto di vista societario è necessario distinguere le riserve disponibili (verificando di non ricadere nelle cosiddette «perdite pregresse»), per cui nulla quæstio per la distribuzione ai soci. Se in bilancio si hanno costi pluriennali, finché non viene completato il loro ammortamento, possono ripartirsi gli utili solo se residuano riserve disponibili sufficienti a coprire parte di tali costi presenti in bilancio. Se vi sono riserve vincolate si devono rispettare le particolari procedure previste, ad es. per le riserve statutarie serve la volontà dell'Assemblea straordinaria, registrata presso l'agenzia delle entrate entro venti giorni dalla deliberazione (e soggetta alla imposta di registro), cosiccome per la distribuzione di riserve di utili disponibili⁶⁸.

Come detto l'art. 1, comma 654, della cit. Legge n. 147/2013 prevede la copertura integrale dei costi di investimento e di esercizio, mentre il comma 660 riguarda le ulteriori riduzioni ed esenzioni (diverse da quelle facoltative del comma 659), ma - come è stato notato⁶⁹ - la sua imprecisa formulazione porta alle riduzioni definite «atipiche» quali l'ISEE, disagio sociale, ecc., mentre le riduzioni «tipiche» sarebbero quelle di cui ai commi 649, 656 e 657 del più volte richiamato art. 1.

Per cui a fronte di minori/assenza di servizi per una minore produzione di rifiuti, ritenuta imprevista/imprevedibile, da parte di talune utenze (o categorie di utenze) si dovrebbe procedere (sempre stando entro la Tari/TP) alla diminuzione della PV, ciò comporta - in un PEF ... intangibile! - un aumento (quantomeno per l'effetto redistributivo) delle tariffe riguardanti le altre categorie di utenza.

Così pensando ed operando il PEF diventa una sorta di weberiana «gabbia di acciaio» che nel suo razionalismo, sembra dimenticarsi che la politica non può essere ridotta alla mera amministrazione tecnocratica e burocratica, subordinata alla tecnica e al mercato. Il modello della più alta funzionalità è infatti la vita, diversamente si desertifica l'esistenza dei singoli e delle comunità.

19. Nell'analisi delle riduzioni tariffarie periodo Covid-19 va ricercato il senso del servizio

⁶⁸ Sorge spontanea la domanda: la tariffa rifiuti è un mero ribaltamento dei costi della gestione dei servizi, al netto dei ricavi conseguibili? O forse essa gestione mima le logiche lucrative dei privati? O che altro? Il discorso ovviamente è più complesso collegandosi - ma non solo - alla *mission* dello specifico SPL.

⁶⁹ Così la nota di chiarimento IFEL-Fondazione ANCI del 24 aprile 2020 riguardante «Le facoltà di disporre riduzioni del prelievo sui rifiuti anche in relazione all'emergenza da virus COVID-19».



pubblico e della tariffa, come pure dei rapporti tra i soggetti coinvolti.

Come ho cercato di evidenziare l'impianto tariffario di un SPL non può prescindere da aspetti di valutazione politica, ossia emancipandosi da - e non vincolandosi a - le formule e calcoli matematici sottesi o richiesti nella predisposizione di un PEF, il quale non porta ad un macro-corrispettivo da tenersi "fisso", indipendente dalle prestazioni erogate/erogabili o non. Invece si evita l'intrusione di questi aspetti nella teorica tariffaria seppellendola sotto gli aspetti cosiddetti "tecnici", eludendo i veri problemi che sono sociali e impaludando il sistema nelle dinamiche privatistiche, in una cultura tutta da rivedere, poiché si guarda alla offerta p.c.d. "imprenditoriale" del SPL ("incrociata" con una domanda di SPL, derivante da una programmazione regionale, più o meno "condizionata", sulla quale meriterà tornare prossimamente), ove la finalità del MTR punta perlopiù sulla offerta.

In altre parole perché i gestori dei SPL debbono venire garantiti nel quantum di un corrispettivo (ricavi, volumi di affari) comunque da "garantirsi" dagli enti titolari (ETC-EGATO) anche nelle situazioni, come quella Covid, cosiddette "esterne" che hanno comportato variazioni (in diminuzione) delle prestazioni di servizi, ovvero un minor utilizzo di risorse umane e materiali e, quindi, una riduzione dei costi per il SPL?

Implicitamente sono le prospettive di profitto derivanti dall'affidamento del SPL che vanno garantite agli imprenditori della gestione di un SPL?

E, correlativamente, perché le utenze (UD+UND), nella situazione Covid, producendo e conferendo minori quantità di RU al SPL e quindi richiedendo e utilizzando minori servizi, dovrebbero continuare a sostenere e pagare i livelli di tariffa ex ante Covid? E, ancora, perché le medesime utenze dovrebbero beneficiare di riduzioni tariffarie che - per come calcolate/misurate - non sono certamente coerenti secondo un sistema di gestione privata?

Ricordo, infatti, che il MTR muove teoricamente e, p.c.d., "pesca" dai sistemi contabili e organizzativi privatistici, non adottando una contabilità pubblica, bensì nel riferimento al già visto paradigma dei «the best in class», dei soggetti operanti nella veste di società utilizzanti meccanismi e modalità perlopiù privatistiche. Ancora, quando nel sistema analitico del MTR vengono previste, per le vicende Covid, delle «riduzioni» alle utenze, si adottano meccanismi non tanto corrispettivo-sinallagmatici, quanto p.c.d. "similari" e più propriamente "tributari".

Il che diventa una conferma della peculiarità dei SPL che, a mio avviso, anche per la parte gestionale, dovrebbero essere - in un qualche modo - funzionalizzati all'interesse pubblico. Invece, si assiste ad una sorta di "tradimento" di questo agire, concretato coi meccanismi tecnici, quantomeno ove si pensi ad un SPL ricondotto alle metodiche private.

Difatti, i gestori dei SPL - non solo nella forma imprenditoriale e nei modelli utilizzabili - pur "sguazzando" in (e beneficiando di) una disciplina demaniale, si rifanno a processi gestionali privatistici.

Guardando dal lato delle utenze (ad es. le UND): certune di esse, per effetto della forzata chiusura (*ex lege*) dovuta al periodo Covid delle loro attività hanno subito una minore o assente fatturazione, ecc. Il SPL continua però a spacciare la tariffa - soprattutto quella TP - in chiave sinallagmatica, complice la "misurabilità" che consentirebbe di superare ogni obiezione in parte qua.

Ma, la c.d. «riduzione» (parziale elisione? sconto?) della PV della tariffa, per il periodo di



chiusura delle prefate attività, per quanto già notato, risulta incoerente, anzi persino ingiusta.

Inoltre, viene altresì colpita la PF della tariffa, che è solitamente più pingue rispetto alla PV, ma non solo.

Infatti, la mera decurtazione pro-quota della PV della tariffa, commisurata al periodo della chiusura Covid, non corrisponde perfettamente all'effetto subito dall'UND per la propria mancata fatturazione, risentente peraltro anche dell'effetto di trascinarsi della crisi, ovvero della difficoltà di riprendere l'attività e la fatturazione, che segue al primo periodo di riapertura/riavvio dell'attività. Un "ricominciare" che non potrà che essere graduale, incerto, sofferto⁷⁰.

Su altri aspetti, sia consentito rinviare a miei precedenti lavori sulla questione del SPL ed ai flussi dei "nuovi" rifiuti prodotti dalle UD+UND nel periodo Covid (ad es. DPI, mascherine, guanti, indumenti, ecc.) gestiti apparentemente nella dualità, ma più esattamente "tra" i RU/RS⁷¹,

In queste situazioni, emergenziali e/o di crisi (provocatoriamente potremmo dire... "di guerra") si agitano troppe contraddizioni, "scoppiando" "gli istituti e i concetti che nella normalità pigramente sonnecchiano e/o vengono digeriti - inconsapevolmente - dai più.

Vogliamo allora una economia programmata che integra e renda compatibili i «diversi sistemi di fini, in cui le finalità individuate mediante le scelte "politiche" si trovano in una posizione se non di esclusività perlomeno di egemonia»?⁷²

Riprendendo la questione circa una riduzione tariffaria intesa come "abbassamento" di una parte della tariffa per le UND che hanno dovuto "sospendere", in conseguenza di atti autoritativi o legislativi, la loro attività nel periodo Covid, dobbiamo essere capaci di comprendere quale sia il senso (anche sociale) della tariffa nel suo complesso e quali siano i rapporti tra l'ETC-EGATO ed i gestori del SPL.

Questi ultimi nel loro agire⁷³, per essere coerenti l'impostazione (anche ideologica) impressa ai SPL, debbono quantomeno rimodulare e riorganizzare i propri servizi e risorse, piuttosto che ottenere (come avviene nel pensiero areriano) il ripiano di deficit e/o delle perdite

70 Se si sospende l'attività dell'UND ad es. dall'1 gennaio al 30 maggio dell'anno X non è che dall'1 giugno l'attività riprenda automaticamente dallo stesso livello e allo stesso modo precedente alla sospensione dell'1 gennaio...

71 I quali rifiuti vengono classificati, a seconda: con codice EER 200301, codice EER famiglia "15", ma che possono essere - come visto - anche codificati con EER 180103, ove si tratti dei rifiuti codice EER 20 provenienti dalla raccolta (separata e svolta sempre in via prudenziale, come da istruzioni dianzi precisate e trasfuse in ordinanze emergenziali) dei flussi delle UD. Come ho altrove notato, questi servizi andrebbero meglio finanziati non tramite la tariffa, bensì con fondi governativi *ad hoc* oppure con tramite la fiscalità generale locale. Invece tramite le ordinanze si impone la realtà autoritativa, in una visione arrovesciata dove le cose sono *consequentia nominum*.

72 G.BECATTINI, *Scienza economica e trasformazioni sociali*, Firenze, 1979, p.216 e p.255. Peraltro «il pianificatore è tenuto a verificare la compatibilità sia fra le "mutazioni culturali" più o meno chiaramente implicate dal piano economico e la "cultura sociale" esistente, che fra le diverse "spinte culturali" contenute nel piano stesso» *Ivi*, p.257.

73 Che vuol dire anche nella propria politica di impresa, financo in una situazione monopolistica o oligopolistica.



economico-finanziarie.

Di qui, appunto, l'ulteriore occasione per riflettere sul MTR, sul PEF, oltre che sul SPL e sulla natura della tariffa.

20. Confutazione della giustificazione etica che si nasconde dietro la spiegazione tariffaria: intenti e latitudine esplorativa.

Occorre continuare ad approfondire la tematica del SPL, segnatamente quello relativo alla gestione dei rifiuti e al sistema tariffario, in particolare della TP, avendo a riferimento anche l'imperante - anche culturalmente parlando - mito dell'efficienza del SPL vieppiù intensificatasi con l'avvento del MTR.

Talvolta ho l'impressione (ma non rimango solo in questo) di essere vox clamantis in deserto, soprattutto in certi circoli e accademie (anche dei cosiddetti consulenti-esperti) di questa materia ove echeggia o, almeno, si percepisce una sorta di pensiero dominante che condiziona anche la pratica e/o la professione.

Una prima provocazione che mi sento di porre è la seguente: vogliamo davvero dei gestori come dire.... "obesi" nella loro potenza invasiva dei servizi pubblici e quindi nella loro p.c.d. "dominazione" anche culturale, oltre che economica? Chi è mai il nume tutelare di questa situazione? In altri termini, siamo solo di fronte a un SPL falansterio?

La mia ricostruzione è nell'intento più sistematica che esegetica, ma come si apprende nelle esperienze, le prove spesso sono empiriche, nonostante regni l'illusione retorica di coloro che svolgono letture perlopiù descrittive e/o meramente applicative di un pensiero che non viene da loro mai messo in dubbio, men che meno in crisi. Altre volte si verifica solo per comparazioni o analogie, ove «il verificabile è sostituito dal plausibile»⁷⁴.

Ma, si badi: senza una risposta concettuale rimane solo il dubbio empirico, mentre i fatti continuano a sfuggire.

21. Ragionando sui servizi pubblici locali, nei rapporti (tra) titolare, gestore, utenti-popolazione.

Continuando nell'intento ricostruttivo noto, nella rigidità regolatoria ed economica, che servono nuove forme di organizzazione sociale, più che nuove tariffe-meccaniche quali quelle apprestate da diverse TP di successo, oltre che dal MTR-2.

Ecco perché vorrei mettere in discussione le radici epistemologiche ed etiche del sistema tariffario, in generale del SPL cosiccome foucaultianamente disciplinato in Italia.

I SPL, lo ho già notato⁷⁵, sono stati ampiamente analizzati e discettati dalla dottrina e dalla giurisprudenza, nelle loro varie scuole di pensiero e/o orientamenti, i quali diventano imprescindibili in ogni approfondimento, epperò forse ci sono degli aspetti più sostanziali e reali di questo sistema che sono ancora trascurati e/o non del tutto esplorati. Ciò forse perché il sistema dei SPL è al contempo uno strumento fondamentale, ma anche - per chi voglia andare oltre le apparenze - un oggetto-concetto strumentalizzato.

Nel SPL la gestione è assistita da dispositivi tecnico-giuridici, che sono sempre più

⁷⁴ B.ANTOMARINI, *L'errore del maestro*, Roma, 2006, p.9

⁷⁵ A.PIEROBON, *Il servizio pubblico e la tariffa della gestione dei rifiuti: fuori da una lettura descrittiva*, cit.



appannaggio di organismi tecnocratici (in primis le Autorità di regolazione, quale ad es. l'ARERA), formalmente indipendenti dalla politica, in realtà ad essa embricata in vari modi.

Nello spazio-mercato dei SPL la compenetrazione (à la Galbraith) tra soggetti pubblici e privati è forte, subdola, condizionante persino il regolatore (l'ARERA che sembra fare il contrario...) il quale pensa di risolvere le crisi di settore adottando il cit. schema contabile-organizzativo dei «migliori della classe».

Invece, trattasi di schemi o sistemi-metodi nei quali ascosamente le grandi utilities, di fatto, dettano le regole anche grazie alle loro carsiche relazioni con più soggetti decisori.

Ciò avviene perché l'Autorità (come pure i concedenti) pensano che questi meccanismi e regole siano estrapolabili da quanto inserito nella gestione svolta dai... gestori dei SPL (ma anche, di riflesso, di chi ne ha la titolarità e competenza: ad es. gli EGATO od i comuni) trovando così - continua il loro pensiero - rimedio alle crisi che contrassegnano la materia dei rifiuti e i loro SPL; perfino credendo di poter evitare talune perniciose influenze tra il mondo della politica e gli imprenditori, concludendo che tutto il marchingegno del SPL va a beneficio dell'utenza o della comunità entrambi destinatari del medesimo servizio, anche nel di loro finanziamento-assoggettamento tariffario.

La tariffa solitamente applicata nel SPL dei RU, nella stragrande maggioranza dei casi non è obiettivamente caratterizzata dalla commutatività nel rapporto tra gestore e utente-popolazione, addirittura talvolta nemmeno lo è nel rapporto tra affidante e affidatario del servizio. In proposito basti riandare al concreto affidamento per come viene posto in gara e infine stipulato tra le parti.

Piuttosto è un rapporto che forse dovrebbe essere "a cascata", cioè partendo dal titolare arrivare al gestore, ma dove l'utente dovrebbe essere fuori dalla "cascata", non tanto perché non è una parte contrattuale nel rapporto del SPL dei rifiuti (com'è noto, qui non occorre un contratto per essere considerato un utente), quanto perché è il destinatario e al contempo l'attore di quel complesso sistema che (si badi) non è solo riducibile al gestionale.

Invece, il rapporto economicamente - se non anche organizzativamente parlando - viene spesso sostituito con quello arrovesciato di gestore-titolare, ove l'utente rimane il soggetto passivo delle altrui architetture e determinazioni. Anche il MTR soffre della sudditanza culturale di una gestione che (tra soggetti pubblici che si comportano da privati e soggetti privati che pensano di sfruttare il pubblico) trae linfa da aspetti imprenditoriali, dove però gli investimenti (soprattutto quelli rilevanti) vengono effettuati con risorse pubbliche, pur se estratti dalle "bollette" tariffarie, quando non dalla fiscalità generale. Insomma: pubblici quando serve, privati quando gestiscono.

22. Domanda e offerta nel SPL e sua regolazione: cenni.

Come ho cercato di dimostrare analizzando i fabbisogni standard, i livelli di prestazioni essenziali, i costi standard e quelli efficienti⁷⁶, è solo assumendo un costo storico quale base di riferimento, ovvero quello praticato in un certo momento storico, che statisticamente si può costruire (negli elementi comparabili, normalizzabili, ecc.) un riferimento-serie-base sul quale

76 A. PIEROBON, *I Fabbisogni standard nelle "Linee guida interpretative" e in correlazione al Metodo Tariffario ARERA: prime considerazioni ricostruttive del nuovo sistema*, Azienditalia, 8, 2023 e scritti ivi citati.



poi incrociare altri elementi informativi e dati.

Invece, nel MTR si ritiene bastevole assumere i dati in modo abbastanza scontato (per fonte, provenienza, affidabilità, ecc.), per poi “purificarli” e portarli all’efficientamento, ovvero ad un livello migliore rispetto a prima, quantomeno controllandone lo sviluppo (nel tempo, nella natura e composizione, ecc.) e le eventuali anomalie dei costi e dei ricavi (di allocazione, costituzione, dimensionamento, ecc.).

Ma è davvero proprio così? O, alla fin fine, come a me pare, i gestori (anche per inerzia o per incapacità degli enti titolari dei servizi) diventano dei price-maker cioè operatori non esposti alla concorrenza, cosicché “interferiscono” sui prezzi - frutto di politiche di costi-ricavi assieme ad altri fattori organizzativi, patrimoniali, financo di rendita e/o monopolistici - e anche sulle tariffe di questi servizi pubblici locali.

Ho già osservato che proprio l’ARERA e il MTR sono stati voluti (progettati?) per impedire tutto questo.

Si omette però di precisare che la domanda (demand-side) del SPL dei RU è “prefabbricata” dai sistemi di pianificazione pubblici e che non è molto flessibile e modificabile, nonostante la leva della prevenzione e/o delle esclusioni di certune sostanze o materiali. Ma la regolazione interviene solo sul lato dell’offerta (supply-side) del SPL? E proprio per questo si pensa che efficientando la gestione vengano eliminate queste problematiche?

Peraltro, la domanda è costruita su dati statistici, seppure “alterati” dalle definizioni normative (emblematica la distinzione tra RU ed i rifiuti speciali-«RS», come pure la nuova delimitazione dei rifiuti c.d. similari e via dicendo) che diventano complementari al mercato, anzi traducono in fatti gestionali l’idea.

Ma questa costruzione della domanda avviene in modo tale che ci si aspetti una sua previsione e stabilità nel suo divenire quali-quantitativo e nel tempo. Si pensi, ad es., sui flussi dei rifiuti prodotti in un ambito bacinale (la cui delimitazione sovente segue logiche amministrative⁷⁷) che, salvo variabili esogene o crisi od emergenze, dovrebbe rimanere, appunto, costante nel tempo, con lievi scostamenti stagionali.

Si tratta però di una scelta Politica poiché va compatibilizzata con quanto si intercetta con la (altrettanto prefabbricata nei piani regionali ex art. 199 D.Lgs. n. 152 del 2006) offerta del soggetto (privato o pubblico che sia) affidatario della gestione del servizio, anch’essa “passante” grazie all’assunzione di deliberazioni normative e decisionali.

Si conferma così il c.d. “monopolio” del SPL, in un MTR che consente di marginalizzare i soggetti esclusi o marginalizzati dagli anzidetti risultati dei the best che godono di rendite e della garanzia di ricavi che sono stati costruiti in modo molto diverso dalla concezione di un SPL non perseguente fini di lucro o non mosso da volontà di potenza (occupazione, clientele, prebende, dividendi ai comuni-soci, ecc.).

Trovo che il MTR sia sviante rispetto alle finalità pubbliche che si intendono nella concezione di un SPL senza fine di lucro e al servizio effettivo ed obiettivo della utenza e della comunità tutta. Insomma, i gestori riescono a ottenere un ritorno dalla gestione loro affidata, sia per gli investimenti che per coprire ogni altro costo, anzi i gestori mirano a rendite e profitti.

⁷⁷ A. PIEROBON, *Perimetrazione e dimensionamento di un ambito territoriale ottimale (ATO) relativo alle gestioni servizio idrico e/o rifiuti*, L’Ufficio Tecnico, 1-2, 2022.



23. Parole, parole, parole...

Allora, l'efficienza significa che si rende un servizio col minimo costo delle risorse utilizzate, ossia al minor costo possibile? Ancora, è la concorrenza che crea la possibilità di realizzare tanto consentendo l'ingresso di diverse aziende-competitive nel settore?

Questi elementi condizionano tutti gli operatori del mercato, di fatto sappiamo che «i più bravi della classe» portano ad un modello di pochi, oligopolistico, dove il circuito vizioso continua. L'ARERA dovrebbe limitarsi a controllare la offerta dei SPL, vigilando sull'ordinato svolgersi degli operatori del mercato, evitando che qualcuno altro fissi elementi tali da condizionare il mercato e quindi gli operatori. Però l'Autorità di regolazione che è forse solo formalmente indipendente, lascia che questa situazione sia determinata dal c.d. mercato, in una anomalia democratica che sconcerata. E' evidente che la politica qui è assente o latita. Parallelamente, i dirigenti dei vari enti, imprese, partners operanti in questo settore (oligopolistico) godono, alla fin fine, di una discrezionalità altamente soggettiva⁷⁸. Da lustri cerco di attenzionare, non solo gli addetti del settore, sui meccanismi non solo tecnici, evidenziando il metodo e l'idea che sta dietro e che alligna su mal posti concetti relativi al mercato libero, alla concorrenzialità, al rapporto stato-società.

24. Serve una reistituzionalizzazione.

E, quindi: la società è facilmente governabile? E l'economia? Insomma la politica dispone di queste capacità di governo? Perché la società e l'economia rimangono collegate e indipendenti nel loro movimento, che non può essere soggetto a dirigismo. Ecco perché torna l'interesse a considerare la società plurienergetica e non sussumibile al Politico e viceversa un Politico che aiuti questa rigenerazione, se non reistituzionalizzazione. Tutto ciò abbisogna di valori, di morale, di etica. Peraltro, in un sistema di valori dove - paradossalmente - ormai destra e sinistra dicono anche le stesse cose. Serve quindi un altro approccio concettuale, soprattutto nei fenomeni realissimi della crisi e delle precarietà che essa pone.

Nell'universo tariffario si presume che i costi del servizio trasfusi in tariffa (ricavo del gestore-SPL) siano sempre e automaticamente fronteggiati da somme a disposizione (reddito) dell'utenza: è una assunzione aprioristica (che esclude ad es. la questione dei redditi e della capacità di spesa dei destinatari) e che pone una identità che si assume pacifica e persistente, quando in realtà potrebbe "scassare" la vera normalità dell'utente (famiglia o non) che si trova in un diverso contesto. Il dare per scontato che chi riceve il servizio pubblico essenziale come quello dei rifiuti (ma ciò vale anche per l'idrico, ecc.) abbia le capacità reddituali per pagare il servizio come congegnato in una tariffa che risponde a logiche imprenditoriali è un aspetto soventemente trascurato dai tecnici. Certo si inventano soluzioni tecniche (e sub-culturali) incistandole anche nel MTR quali possono essere, ad es., quelle forme di "aiuto" alle utenze che versano in situazioni di crisi esterne (com'è stata quella pandemica Covid), ma non è ovviamente questo il rimedio, e men che meno, il tema che sto ponendo.

⁷⁸ Negli affari che conducono, come dire... endo e/o esoimpresa, potendo intraprendere iniziative dove, alla fine, sarà sempre la comunità ad assumersi i costi di eventuali loro insuccessi, perdite, errori: si veda *Il servizio pubblico e la tariffa della gestione dei rifiuti: fuori da una lettura descrittiva cit.*



Nel passaggio tra questi equilibri si mostra la necessità dell'obbligo normativo per cui dalla mera istituzione del SPL si ritagliano i soggetti-oggetti ad esso ricondotti. Un SPL esiste per l'utenza anche se non eroga alla medesima un servizio: vedasi, ad es., le questioni della parte fissa della tariffa correlata al possesso-detenzione di un immobile. E, il SPL viene finanziato (in parte capitale e corrente) con la tariffa obbligatoria e quindi sganciata da un elemento commutativo del servizio (il che riconferma una diversa natura del SPL nonostante il ricorso agli espedienti privatistici per caratterizzarlo in altro modo), un provento che però copre anche gli aspetti imprenditoriali del SPL, riconoscendo (come già notato) al gestore (costi e ricavi sono sempre finanziati dalla tariffa, come pure il profitto) che sostanzialmente non rischia mai, avendo sempre un ricavo "garantito". Sulla "garanzia" di questi risultati gestionali, consentiti (se non dati) dalla progettazione del SPL e dai sistemi di gara, mi pare si debbano ancora scoperciare tanti trucchetti e confusioni⁷⁹. Infine, non si considera che le tariffe si ripercuotono differentemente sulle classi sociali, perché l'uniformità applicativa viene spacciata tale tramite una corretta misurazione e costo del servizio, il che diventa una ingiustizia manifesta.

25. Pubblico quando serve, privato quando conviene.

L'approccio analitico mostra che la tariffa nel suo impatto è un momento essenziale dei rapporti sociali che non sono riducibili alla microeconomia statica fondata sulla misurazione come elemento di giustizia tributaria-sociale, perché (lo sappiamo) la giustizia tributaria si fonda su altro.

Per cui, lo ribadisco, siamo all'ingerenza del tecnicismo nella società.

Per questo l'eredità di Adam Smith si richiama ad un liberalismo destatalizzante (almeno nei livelli assunti oggi) in un nuovo approccio sociopolitico. Alla fine ad essere penalizzati sono gli utenti, a vantaggio delle imprese-gestori del SPL.

Non vogliamo arrivare ad una tragedia per capire la drammaticità degli impatti tariffari di un SPL, assieme ad una situazione economica difficilmente sostenibile dalla società civile e, in generale dalle imprese. Ma cosa si può fare?

L'ente titolare (EGATO, comune, ecc.) è garanzia della determinazione della domanda effettiva del SPL come pure del suo finanziamento che avviene grazie alla tariffa. In ultima analisi è lo Stato che assume la garanzia politica del SPL. Ma la domanda viene - come detto - costruita indipendentemente dai redditi e dai loro vincoli, e l'offerta tiene conto del quadro sociale, di contesto e tecnologico in cui essa si determina tramite le scelte degli EGATO che seguono la normativa e la pianificazione di altri soggetti... in ultima analisi la scelta dovrebbe essere Politica, in realtà essa viene rimessa (siamo forse in una chiusa democrazia di piano?) ad organi tecnici che sovradeterminano scelte politico-istituzionali.

Il sistema tariffario assieme alla regolazione del SPL non può essere illimitato superando gli interessi del mercato: ma è vero? Quale sarebbe altrimenti il limite del SPL? Un limite che, come sappiamo, va normativamente regolato, ma qui - ancora come sappiamo - entrano in campo i principi, i valori, e l'ordinamento europeo.

⁷⁹ Un esempio recente si può leggere in *Abdicazione di taluni comuni in materia di riprogettazione delle gare di appalto della raccolta e trasporto di rifiuti urbani*, cit.



26. Verità empiriche.

Il paradosso in questa complicatissima situazione (e trascuratezza culturale, finanche negli aspetti tecnico-politici) è che i poteri pubblici hanno da tempo incominciato a prestare attenzione ai conti e alla contabilità privatistica, fors'anche così "involgarando" le loro c.d. finalità squisitamente pubbliche.

Trovo che la conversione di molti boiardi ed esperti alla strumentazione societaria abbia comportato l'abiura della cultura amministrativa, quantomeno messa in letargo, nell'illusione che i problemi del proprio ente come pure quelli nazionali trovino soluzione solamente perseguendo i margini gestionali (se non i profitti) secondo una logica imprenditoriale, da innestarsi a fondo sui SPL.

Ma è chiaro che molti gestori (in accordo, consapevole o non, con i titolari dei SPL) cercano di rilanciare sempre più i loro fatturati, imponendo al mercato falsato - autoritativo e senza rischi - dei SPL di applicare le tariffe secondo metodi e sistemi pianificati ex ante, tali da consentire quella "garanzia" di cui si è sopra accennato.

Altresì i costi ed i ricavi vengono misurati nella novella gestione del SPL, nell'unica possibilità che resta, nel proclama dell'efficientamento. Una possibilità che viene spacciata o coperta come fosse una transizione (da un sistema o metodo tariffario ad un altro; da una normativa all'altra; ecc.) e/o un adeguamento (ai nuovi standard quali-quantitativi; alla disciplina ARERA; ecc.) che consiste nell'equilibrare questi costi - al netto dei ricavi: sui quali ci sarebbe ancora da dire - tramite il fronteggiamento (rectius, aumento) delle tariffe che sono state avviate nell'alveo privatistico (pur mettendo limiti, tetti, gradualità, ecc.): proventi che, paradossalmente, sono più manipolabili dei tributi tout court!

Si comprende che questo sistema consente - direttamente ma anche indirettamente - di avviare gli investimenti che necessitano al SPL per creare l'offerta, soprattutto impiantistica.

In questo humus di cultura pretesamente politico-economica, invero perlopiù tecno-manageriale, permane il mito delle raffinatezze tecniche, ambendosi ad una scienza esatta, nella governabilità dei SPL, pur nella ingovernabilità dell'economia (permeabile all'esterno), piuttosto mostrando, negli effetti prodotti, una società che si vorrebbe comandare. La tecnocrazia nella buromitologia alligna, complicando le cose al punto che i politici preferiscono abdicare al loro ruolo, lasciando fare ai tecnici (sintomatico è lo scippo delle competenze agli enti locali, pinguemente passate all'ARERA).

Il tutto, ho già altrove segnalato, nella virtù pedagogica della metronomica di sistemi tariffari, com'è il sistema della tariffazione puntuale, che fanno piegare gli utenti alle costrizioni microeconomiche, mentre comandando gli apparati: paradossalmente così allontanando, ovvero facendo perdere, la visione macroeconomica e dialettica con la società.

27. Ancora sul gioco di specchi

Come ho già osservato, nell'ambito del SPL (e dei correlati mercati) troviamo un gioco di specchi: sono le grandi multiutilities ad assumere le decisioni migliori per lo svolgimento gestionale del SPL ad esse affidate? O forse, con la cinghia di trasmissione delle metodologie aziendali reputate essere le migliori (sic!) cosiccome trasfuse nei metodi tariffari dall'ARERA, quest'ultima in dialettica politica col Governo e il Parlamento, esiste cioè un contraddittorio



continuo fra apparati statali e politici e le aziende di riferimento?

E' notorio che spesso si trova il modo di aggirare lo Stato, chiedendo discipline tali da conservare e potenziare l'esistenza e lo sviluppo delle società-gestori di cui trattasi.

Ecco che ai conflitti si sostituisce la regolazione, ma è una regolazione che - come notato - si muove in termini di equilibri e compromessi a favore dei «migliori della classe» che l'ARERA assume quale nuovo "faro" e riferimento dell'eccellenza gestionale.

E rieccoci al tema della società civile come interfaccia dello stato. Ma è così? La società che viene assunta come un elemento "naturale" può addirittura essere sussunta nell'apparato dello stato, tramite il comando giuridico, senza poi dire dell'effetto vampirizzante dei mass-media che seguono questi modelli culturali. Invece la società va relazionata, giammai contrapposta allo stato.

28. Mercato e non mercato, economia, società, comunità, utenza, ecc.: ripensare ai concetti del SPL.

In alcuni casi, nel tentativo di temperare e/o di trovare delle "giustificazioni" a un SPL - che secondo me dovrebbe rimanere ancorato al diritto amministrativo, pur agendo, nell'immaginario, con i rischi e l'autonomia di un soggetto imprenditoriale che si muove alla stregua di un privato - si è cercato di introdurre e/o di fare leva anche su altri elementi: ad es. introducendo per l'utenza premi, riduzioni, agevolazioni, sanzioni, ecc.

Ma, tutto questo forse basta per, come dire.... "sacramentalizzare", rendendo "giusta" una siffatta tariffa finanziante (e... modellante, sic!) un SPL? Ecco perché ripeto sempre che occorre, fuori dalla descrittività, uno scavo archeologico e una analisi a tutto campo per consentirci di esprimere fuori dai luoghi comuni⁸⁰.

Se - riallacciandosi a quanto più sopra accennato - consideriamo che l'economia è solo una parte di tutto quello che costituisce il nostro vivere (possiamo chiamare, per intenderci, questo la società?), anche il SPL va visto entro la società, non solo relazionata al mercato e al non mercato.

Se il SPL si pone - grazie ad una scelta politico-istituzionale - come un comando, una erogazione obbligatoria dove prevale l'elemento del potere assieme ad una autorità che si maschera dietro l'imprenditorialità, non dobbiamo allora ripensare alle competenze, alle funzioni, ai modelli, agli strumenti da utilizzarsi soprattutto considerando il largo contesto di relazioni che cambiano e, soprattutto gli effetti sulla comunità, ovvero (si badi) non solo degli utenti?

Questa sempre più ampliata presenza nel mercato dei SPL è al contempo verticale e orizzontale, grazie alle sicumere accordate dalla disciplina nazionale e dalle alleanze tra i vari players del settore (dell'opportunismo delle coorti manageriali e direttive)⁸¹, oltre che nello scambio politico e nell'influenza di lobbies.

80 A. PIEROBON, *Il servizio pubblico e la tariffa della gestione dei rifiuti: fuori da una lettura descrittiva*, op. cit.

81 Secondo la teoria di E. Penrose, come ben illustra G. SAPELLI, *Merci e persone. L'agire morale nell'economia*, Soveria Mannelli, 2002, p. 58; ID, *Introduzione*, A. SALSANO, *Il dono nel mondo dell'utile*, Torino, 2008, p. 8 ss. che denuncia il colpo di stato acquisitivo managerialistico nei «reticoli omofiliaci detti capitale sociale, che in realtà funzionano come famiglie mafiose non violente».



Nella tendenza in atto la mano visibile dello Stato si smarrisce in altrui mani, nella forte istituzionalizzazione dei SPL che “comandano” la comunità, non viceversa. E’ un lontano ricordo quello dello stato che fondava le regole del gioco economico, in un mercato stato di natura della società, il che - ricordiamolo - non è l’economia di mercato.

29. Razionalità e linguaggi della tecno-scienza nel SPL e nel positivismo della normativa.

Ricordo, solo per meglio esplicitare il mio approccio-idee, che la “verità” non è mai oggettiva, derivando essa da un dialogo interpersonale e condividendo un linguaggio, ad esempio, quello della tecno-scienza con una razionalità (propinata per unica) per la quale l’oggettività diventa una rassicurante e verificabile verità, poiché misurabile e dimostrabile. In questo modo vengono ridotte le molteplicità o equivocità ad un mondo “vero”, cioè pianificabile e calcolabile, ma il prezzo da pagare è che così forse non si possono vedere altri oggetti e non si può parlare di altro.

La domanda che pongo è quindi se esista (o meno) un SPL, una tariffa, che hanno un approccio e un pensiero che riposa sull’individuo che utilizza un servizio “a contatore” e paga il giusto. Utilizzando questo ragionamento, secondo questa “verità” molti vorrebbero far venire meno le critiche alla TP e/o le lamentazioni sui costi del SPL, nonché sull’iniquità di tasse e tributi.

Epperò quest’unica razionalità (nel suo “positivismo” di cui alle leggi, decreti, deliberazioni, ecc.) limita e organizza diversamente, non solo il nostro modo di pensare alla verità, puranche la nostra esperienza, le nostre relazioni e il nostro agire, il quale agire, aprendosi ad ulteriori possibilità viene chiamato, nella sua eccedenza rispetto a questi “fatti” “libertà”! Inoltre, quella “società” va intesa come il luogo in cui la “verità” corrisponde all’accordo tra gli interpreti, ossia di quell’oggettività che viene condivisa (in attesa di nuovi paradigmi o rivoluzioni) dalla confraternita-comunità dei tecno-scienziati. Ne viene che le specializzazioni o le frantumazioni nei vari saperi e discipline, fanno poi perdere l’immagine complessiva, cosicché si ha una realtà che si dà, per l’appunto, entro queste discipline e paradigmi.

Ciò avviene persino nelle formule e negli algoritmi - che, si badi, non sono i fatti... - consentendo che si veda e affronti solamente “quella” realtà, universalizzandola e rendendola manipolabile. Com’è stato affermato, «la verità vive in gran parte su un sistema di credito»⁸².

30. L’economia, come pure i SPL non sono distinti dalla politica, anzi!

Il punto è che non esiste una politica distinta dall’economia⁸³. Se prima erano i partiti a ricomporre la divisione tra questi aspetti, ora chi può “mediare” evitando il conflitto? E, inoltre, uno Stato o ente locale (rectius, quell’insieme tra apparato e politica) che interviene sui mercati (e sulla loro configurazione) non incide forse anche sulla società civile? Fuori da ogni

82 «I nostri pensieri e le nostre credenze “circolano” , finché nessuno le mette alla prova, proprio come le banconote, che circolano finché nessuno le rifiuta» W.JAMES, *Pragmatismo*, Milano, 1994, p.117 cit. da M.MARSONET, *Verità, scienza e diritto*, in (a cura di) M.C.AMORETTI, M.MARSONET, *Conoscenza e verità. Epistemologia giudiziaria*, Milano, 2007, p.148.

83 G.BECATTINI, *Un mondo di lacrime e sangue*, in (a cura di) C.ORSI, *op.cit.*, p.33



ipocrisia o illusione: con i SPL , come pure con le grandi aziende pubbliche di Stato, si svolgono non solo attività di gestione, ma pure di funzione politica. Quindi, con un determinato “interventismo” pubblico quali fini si intendono davvero perseguire?

Si tratta, ad ogni modo, di una politica di sostegno di interessi, senza solidarietà, che avviene sia incorporando nel livello gestionale anche le funzioni pubbliche, sia nelle leggi e provvedimenti di vario rango che consentono una maggiore pervasività nella programmazione, così come (si preferisce sempre questa forma) nelle competenze di taluni soggetti che operano nel settore dei SPL, un settore che comunque - è evidente - si rapporta al mercato e suoi operatori.

Insomma, è una composizione all'apparenza anarchica, in realtà possibile in queste dialettiche e con l'avvento (peraltro benedetto dall'UE) delle Autorità amministrative indipendenti con funzioni regolatorie, per quanto ci riguarda nel SPL di cui trattasi (come in quello idrico, energia, gas) l'ARERA, non mancando altri “echi” nell'AGCM e nell'ANAC che intervengono sia sulla programmazione che sull'esecuzione.

31. Tentare una sintesi sia pure in modo avventuroso: Adam Smith nei servizi pubblici?

Occorre evitare l'equivoco che inverte tra mezzi e fini anche nei metodi analitici dei SPL, come pure della tariffa, i quali pur usando strumenti anche raffinati di analisi, non vanno scambiati per competenza professionale o peggio ancora per il segno di un riconoscimento.

Vale quanto è stato detto per l'economista: uno scienziato sociale che descrive la realtà in modo preciso e al contempo propone soluzione ai problemi indagati, circa il conseguimento del fine ultimo che sta nel perseguimento di un maggior benessere collettivo, tramite «la comprensione dei problemi della società nella loro concretezza e completezza, nella loro prospettiva storica, nel loro quadro istituzionale»⁸⁴.

Non potendo essere specialisti in tutte le discipline, ma dovendone utilizzare tante, si corre il rischio di essere approssimativi e superficiali, epperò «di generalisti il mondo ha bisogno, perchè per agire non basta disporre di tante separate analisi specialistiche, occorre che qualcuno ne tenti una sintesi, sia pure in modo avventuroso».⁸⁵ Quindi uscendo dalle strettoie di pensiero dei SPL e dei metodi tariffari, che sembrano fondarsi ancora sul marginalismo⁸⁶, ricorriamo qui al pensiero di Adam Smith per il quale l'economia politica è «un ramo della

84 Lettera aperta a “La Repubblica” di FUÀ, BECATTINI, CASTELLINO, D'ALAURO, LOMBARDINI, RICOSSA E SYLOS LABINI 30/09/1988 cit. in R.GIUSTANELLI, *L'economista utile. Vita di Giorgio Fuà*, Bologna, 2019, p.279

85 R. GIULIANELLI, *op.cit.*, p.119; G. FUÀ, *Crescita, benessere e compiti dell'economia politica*, Bologna, 1994 cit. in *ibidem*, p.280.

86 «un po' come è avvenuto per «l'economia che oggi si insegna nelle università si fonda sulle scoperte del marginalismo (..) Una disciplina che ignora il processo di produzione, riduce gli aspetti psicologici delle transazioni a un equilibrio bidimensionale fra piacere e dolore, non attribuisce nessun ruolo speciale al lavoro, non considera la possibile esistenza di leggi economiche che agiscono a un livello profondo e non osservabile, indipendente dalla volontà razionale degli esseri umani, e riduce tutti gli operatori economici a soggetti che effettuano scambi, ignorando le classi sociali e gli altri rapporti di potere (...) caratterizzato da una forte impronta ideologica» così P. MASON, *Postcapitalismo. Una guida al nostro futuro*, Milano, 2016, p.198.



scienza dell'uomo di stato o del legislatore», presupponendo uno stato forte che provveda sia a fornire servizi di pubblica utilità, sia di garantire alla popolazione un alto tenore di vita.

I consigli di Smith si basano su considerazioni di ordine sociale o politico piuttosto che economico, essendo lui lontano dalla «fiducia dogmatica negli effetti benefici di una riduzione dell'intervento statale e nella capacità del mercato di autoregolarsi» di cui al credo liberale del 19° secolo. Insomma, la ricchezza era un aspetto della vita della comunità, ai cui scopi restava comunque subordinata (Polanyi): qui l'uso del mercato da parte del governo aveva un fine sociale ed era giustamente condizionato dalla società⁸⁷.

Così l'eccessiva attenzione ai metodi analitici rischia di far perdere una visione di sintesi e le correlazioni, il che va anche a scapito della dimensione sociale e politica degli studi, ciò è sicuramente accaduto per quelli economici, ma non solo⁸⁸. Le crisi economiche evidenziano le debolezze ed i limiti di molte teorie, nella «inadeguatezza epistemologica che investe sia il piano analitico che il piano empirico», bisogna allora «mettersi in testa che per far bene la professione dell'economista (la matematica e l'econometria NdR) son rilevanti solo se accompagnate da una buona conoscenza dei meccanismi istituzionali, della storia economica, della storia dell'economia politica, della filosofia della scienza»⁸⁹.

Ne viene che occorre impostare e «studiare i problemi economici rimuovendo l'ipotesi implicitamente accolta (..ossia NdR..) che l'analisi economica sia separabile dalle altre discipline sociali»⁹⁰. E quindi, anche lo studio e l'analisi di un SPL non può tenersi separata dalle altre discipline, e, la tariffa dei RU risulta essere funzionalizzata a una idea e certuni effetti. Per quanto dianzi illustrato la spiegazione della tariffa (come vorrebbero propinare alcune scuole di pensiero della TP) che spaccia l'utente come rispettato e decisore nell'ambito del SPL non è sostenibile, mostrandosi invece una essenza tecnico-manageriale, in un retroterra ideologico e di interessi che si rifà (come modello e guida) alla gestione imprenditoriale di altri settori, condotta secondo strumenti e modi che guardano al privato.

Insomma un SPL che si fa supportare da una tariffa strutturata con logiche e obiettivi abbastanza (volutamente e comodamente) "distanti" dal mondo amministrativo e tributario nel quale si era originata l'idea del SPL e del suo finanziamento. Anc

32. Economia cartesiana ed economia umanista o altro?

In precedenti lavori ho avuto modo di evidenziare che la tariffa di un servizio pubblico locale SPL può consentire l'identificazione dell'utente e del suo comportamento relazionandolo all'oggetto del servizio (ad es. il rifiuto urbano-RU) notando altresì che la

87 G. ARRIGHI, *Adam Smith a Pechino. Genealogie del ventesimo secolo*, Milano, 2008, pp.56-58

88 D. CAVALIERI, *Il bilancio in rosso della democrazia*, in (a cura di) C.ORSI, *op.cit.*, p.52 altri fattori sono indicati nelle ipotesi semplificatrici troppo irrealistiche, l'eccessiva fiducia riposta dagli economisti neoclassici nell'operare di meccanismi spontanei di riequilibrio del sistema e nella sottovalutazione dell'entità di risorse finanziarie e reali richieste per soddisfare crescita bisogni sociali.

89 S. LUCARELLI, *In modo instabile, proprio come la scienza economica*, in (a cura di) C.ORSI, *op.cit.*, p.111.

90 «Segnatamente la storia, il diritto e la demografia». Un modo che era adottato da A.Smith: P.SYLOS LABINI cit. in R.GIUSTANELLI, *op.cit.*, p.254 e nota 65 di p. 329.



tariffa può essere un pratico strumento economico che orienta i medesimi comportamenti dell'utenza.

Possiamo dire, sotto altra prospettiva, che il SPL è un servizio relazionale il cui valore non dipende solo dall'impegno e dalle motivazioni dell'utente-individuo, «ma anche dall'impegno di coloro con cui sono in rapporto» le persone e il SPL⁹¹. Laddove invece l'impegno venga chiesto solo basandosi sul criterio utilitaristico e imposto (dal "menu" dei servizi offerti e dalla loro teorica controprestazione)⁹² si ha da parte di un artificioso utente, un obbediente utilizzo-adempimento secondo un preciso e calcolato bilancio di convenienza predisposto dal SPL (gestore o titolare).

Certamente nello sfondo possono esservi obiettivi etico-finalistici ambientali, rimane però imperante una simulazione di relazione, perché il SPL viene per primo, come apparato di interessi, e, indirettamente e lontanamente in questo rapporto, si ha in considerazione l'utenza, se non quale soggetto cui fatturare la tariffa, indipendentemente dall'utilizzo del SPL o, peggio, illudendolo di pagare un SPL "giusto" poiché "misurato" e quindi determinabile in modo obiettivo e diretto.

Ricordo che per gli economisti - soprattutto quelli che si rifanno al filone "civile" - bisogna diffidare dagli apriorismi di ascendenza cartesiana, apprezzando più gli aspetti etici, nei loro risvolti sociali.

Ciò mi pare dovrebbe valere anche per le anzidette costruzioni di SPL e tariffarie che diventano una nuova occasione per riflettere sui rapporti tra l'azione economica e l'azione morale⁹³, meglio: sulla dimensione morale e non materialistica dell'esistenza⁹⁴. In tal senso vanno rigettati il soggettivismo e l'utilitarismo edonistico criticando un sistema tecno-giuridico che presuppone una natura umana da canalizzarsi verso una utilità generale da compiersi con l'individuo che nel solo meccanismo congeniato e offerto dal SPL, per l'appunto, calcola e quantifica il proprio interesse ad agire come gli viene chiesto-imposto dal medesimo SPL.

Qui i concetti di utile e giusto vanno distinti⁹⁵: l'individuo pensa anche al proprio utile, ma non può non ragionare quando agisce, trovando un accordo dentro le coordinate di una

91 L. BRUNI, *L'impresa civile. Una via italiana all'economia di mercato*, Milano, 2009, p.94

92 Anche P. SAVONA, *Che cos'è l'economia. Cinque conversazioni*, Piacenza, 1999, a p.XIV osserva «ho cominciato a percepire sempre più chiaramente che le dimensioni non razionali dell'azione umana, frammiste all'ignoranza delle regole della razionalità economica, sovrastano e determinano le scelte dei cittadini, rendendoli esposti alla volontà dei tecnocrati e dei profittatori invece di metterli in condizione di esercitare collettivamente e secondo le regole della democrazia i poteri propri della sovranità popolare».

93 Nelle fondamenta costituite sempre dalle relazioni tra le persone: G.SAPPELLI, *Merci e persone. L'agire morale nell'economia*, Soveria Mannelli, 2002, p.8

94 A.LORIA, *Una crociera eccezionale. Dialoghi con me stesso*, Milano, 1947, p.19 richiamando Dante e la Divina Commedia afferma che per Sigeri «la moralità delle azioni rampolla unicamente dalla loro maggiore o minore adeguazione alle esigenze della vita associata e che il cristianesimo e la sua dottrina non sono che espressioni di bisogni collettivi».

95 «Lo "utile" è cosa che risponde a un bisogno individuale del singolo ed è perciò soggettivo e imprevedibile: non è dunque necessario ma contingente, cioè puramente probabile. La previsione di un



sistema che nel livellamento generale sacrifica la concreta realtà fatta di differenze e di ingiustizie. La virtù in questo SPL non sta, ad esempio, nel differenziare il RU per rispettare l'ambiente e aiutare il vivere planetario, bensì nel differenziare il RU e operare nei modi e nei tempi come voluti dal SPL, ovvero in un predeterminato bilancio di calcolo (per pagare minori tariffe) secondo una idea e obiettivi che sono progettati dal SPL⁹⁶. Si potrà dire che ciò corrisponde ad un corretto buon senso. Invece, a ben vedere, mi pare che qui siamo nell'intorbidamento di una, ad esempio, tariffa a misura oTP che si spaccia quale paradigma del giusto: quando invece essa è frutto di una sorta di meccanizzazione del SPL, ove la techno-manager-burocrazia - in spudorata caccia di ricchezza e reputazione- si dota, tramite operazioni analitiche e di calcolo, di un metodo (*rectius*, una tecnica) in uno sguardo impassibile che vede nei rapporti umani solo la propria legge estranea all'etica, senza compassione, solidarietà e ben lontanamente da quant'altro può richiamarsi ai tributi nella piena attuazione degli artt.3, 23 e53 della Costituzione. Ciò sia che si consideri la capacità contributiva un doppione o un rafforzamento principio di eguaglianza; sia che la si consideri il metro di misura dell'eguaglianza nel principio distributivo delle imposte che si adatta perfettamente allo stato di diritto sociale attuativo del *suum cuique tribuere*⁹⁷.

33. Frammenti di valutazioni e di criticità

Nei precedenti scritti abbiamo assistito alla metamorfosi evolutiva del provento SPL partito dai tributi - di cui alla fiscalità locale - e ora diventato una tariffa che guarda al corrispettivo, e che non si è (il che, si noti, costituisce una contraddizione) sganciata dalla disciplina tributaria, quantomeno per molti aspetti per così dire "strumentali" (certezza del gettito, guarentigie pubbliche, assoggettamento fuori dal regime pattizio, eccetera). Epperò il SPL - balbettando di efficacia e di pubblico interesse - si è molto allontanato dai principi e dalle finalità sottese alla nostra grande e ricca cultura tributaria.

Nei ripari della disciplina settoriale (rifiuti, SPL, tariffa, disposizioni finanziarie, speciali, ecc.), grazie alla complicità dei soggetti del SPL, la razionalizzazione impressa al settore guarda perlopiù agli egoistici aspetti imprenditoriali e di profitto dei gestori e, spesso, dei loro committenti, in una - a me pare - pessima pedagogia del SPL.

utile futuro esige la conoscenza della correlazione meccanica di molte cose in un tutto, e questa è impossibile. Perciò l'utile è necessariamente limitato ad alcuni; ciò che è utile per uno può essere dannoso per altri. Ne deriva che l'espressione "utilità generale", adoperata dagli utilitaristici, porta con sé un grave equivoco. Essa infatti o significa l'utilità di "tutti" gli uomini, presenti e futuri, compreso l'agente, in senso quantitativo, e questo dal pd.v. morale è assurdo perché eleva a legge il numero; oppure vuol significare un criterio qualitativo, in nome del quale gli uomini, in quanto tali, sono degni, per il loro intrinseco valore, che si pensi alla loro utilità. Ma questo non è il significato che rientra nel sistema utilitaristico» G.FAGGIN,*Dal romanticismo all'esistenzialismo. Dieci lezioni*, Vicenza,2002, p.104 ss.

96 Sarebbe poi da chiedersi, più concretamente, chi decide nel SPL? Anche qui oltre le apparenze bisogna scavare e analizzare ogni singolo rapporto e situazione. Per un esempio che mostra l'invasione consulenziale in questo settore: A.PIEROBON, *Abdicazione di taluni comuni in materia di riprogettazione delle gare di appalto della raccolta e trasporto di rifiuti urbani*, Azienditalia, 5,2023.

97 V.VELLUZZI, *Interpretazione e tributi. Argomenti, analogia, abuso del diritto*, Modena, 2015, p.30 (nota 44) e p.62.



Come già notato, gli amministratori-politici (degli enti locali, del parlamento, ecc.) perdono il loro ruolo e il loro peso “democratico” nello spostamento delle decisioni e delle competenze sulle tariffe dei SPL che ora sono passate - di fatto sicuramente, giuridicamente più perplessamente⁹⁸ - alle Autorità Nazionali Amministrative Indipendenti (ad es. l'ARERA). Ciò in una disciplina che (si badi) non deriva da leggi vagliate democraticamente, nei lavori delle commissioni e parlamentari, perché si è provveduto e si provvede (anche grazie alle cosiddette “leggi di copertura”) tramite “deliberazioni” di Enti pubblici, perlopiù tecniche e specialistiche, cui sottostanno, negli EGATO o negli enti territorialmente competenti («ETC») le deliberazioni attuative (determinative della tariffa, regolamentanti il SPL, affidative della gestione, ecc.) le quali, nel loro tecnicismo, non sono comprese appieno dalla comunità, dall'utenza e, persino, dai loro votanti-deliberanti.

Si arriva così ad un nuovo modo di comunicare (per *slides*, per comunicati, per riassunti, per estratti, per *slogans*, ecc.) che offende l'impegno e l'intelligenza dell'uomo medio, vulnerando la trasparenza e le regole che dovrebbero garantire l'imparzialità e la buona amministrazione. E, il c.d. mercato di riferimento dei SPL pur non essendo rigidamente delimitato⁹⁹ - si pensi agli impianti industriali, ad es. le acciaierie nelle loro connessioni-sinergie-complementarietà con la gestione dei rifiuti, dell'acqua, dell'energia, ecc. - sembra imprigionato in queste dirigistiche griglie a maglia vieppiù stretta, diventando appannaggio dei grandi players che fabbricano le regole grazie alle “asimmetrie informative”; giocando ai “migliori e peggiori scolari della classe”; alla “cattura del regolatore”, o, più banalmente confidando e traendo vantaggio dalla compenetrazione tra la governance e la gestione, tra politica e burocrazia, nella melassa di interessi che allignano e prosperano in questi settori a ricavi garantiti.

Come si concettualizzano quindi i SPL in questa tendenza, contesto e situazione? Qual'è la missione pubblica? Quale il ruolo del servizio, dell'utente, del gestore oltre che dei vari protagonisti?

In questa fase mi pare ragionevole affermare che rientrano nel concetto di SPL quei servizi la cui offerta pubblica, a differenza dei privati, può sostenersi nel tempo (con che orizzonte temporale?) garantendone l'universalità, la qualità e minimizzando i costi, in una auspicabile riduzione e/o contenimento del provento di finanziamento (tariffa e/o altro *nomen juris*).

34. Tra ignoranza, progresso, programmazione....

Faccio un passo indietro: la nostra condizione ordinaria di uomini è la ignoranza, e la nostra volontà è fallibile per Smith, come per Hayek: se siamo in grado di effettuare scelte etiche,

⁹⁸ Sono state censurate le funzioni regolatorie dell'ARERA in alcune sentenze (appellate al Consiglio di Stato) del TAR Lombardia, Sez. I, n. 1459 del 19 aprile 2023 (pubblicata il 12 giugno 2023); n. 501 del 27 febbraio 2023; n. 557 del 6 marzo 2023 e n. 486 del 24 febbraio 2023. In proposito sia permesso rinviare ad A.PIEROBON, *Manca una rete concettuale adeguata nel mare dei servizi pubblici locali (servizi, tariffe, rifiuti, concorrenza, libera iniziativa economica, ecc.)?*, www.osservatorioagromafie.it

⁹⁹ «sarebbe impossibile tener conto di tutti i costi e i vantaggi della produzione. Al contempo però, sappiamo che non tener conto neppure dei più importanti di essi falsa la nostra stima dei costi e dei vantaggi della produzione» R. L.HEILBRONER, *Il capitalismo del XXI secolo*, Milano, 2006, p.101.



siamo liberi di fare la storia. Il progresso nelle società pluraliste porta allo sviluppo sociale: verso l'ignoto per Smith e Hayek¹⁰⁰, invece, per Marx e Keynes, verso una meta identificata¹⁰¹.

Poiché gli economisti marginalisti o neoclassici (un pensiero che sembra condizionare ancora i modelli gestionali privati e dei SPL) concepiscono per l'impresa delle curve dei costi a "U", nel breve periodo, ossia quel noto «principio dei rendimenti decrescenti» per il quale, i costi fissi si ripartiscono su più unità, e, dopo, per i fattori variabili crescono i costi¹⁰², esse sono delle costruzioni di breve periodo, ovvero statiche. Ci hanno insegnato che in un regime monopolistico il prezzo di equilibrio ha luogo dove la curva del costo incontra la curva del ricavo marginale di cui alla curva dei prezzi della domanda. E' da chiedersi se l'andamento dei prezzi e i limiti del loro controllo governativo patiscano un ritardo dall'attività di una amministrazione pubblica che non sa spendere efficacemente ed efficientemente le risorse disponibili, anche nei divari territoriali. Ne viene che lo "spostare" ai gestori dei SPL questi aspetti, tramite un modello tariffario che internalizza i finanziamenti e consente gli investimenti, determinando una tariffa che interessa il bilancio delle utenze, incidendo e propagandosi (quantomeno per *asset* e dimensioni) all'economia nazionale, potrebbe essere una sorta di escamotage! Qui si tocca anche il problema della programmazione, sia statale o centrale, come pure delle aziende, tra le quali rientrano anche quelle del settore dei SPL, difatti gli obiettivi, le dimensioni, le ottimizzazioni, gli investimenti da effettuarsi non possono essere disgiunti dalla programmazione e dal contesto generale in un orizzonte pluriennale. Anche il PNRR (nel meccanismo di un Piano Marshall) che condiziona la concessione dei fonti alla realizzazione entro il 2026 degli investimenti (va di moda quel brutto termine della "messa a terra" che però mal si attaglia ai SPL), non è disgiunto da queste valutazioni e scelte.

Ancora si sta guardando all'individuazione di interventi settoriali: acqua, rifiuti, energia, gas, ecc. tramite la tematica-problematica della concorrenza e della tutela dell'utente, perdendo la integrazione-intersezione tra i diversi settori e tra le diverse materie, nel comun denominatore della ricaduta (per tutti) nelle trappole privatistiche. Non si tratta solo di guardare alle tariffe uniformate e tese a ridurre gli squilibri territoriali, quanto di rivolgersi più acconciamente anche al grande problema fiscale della capacità tributaria, della redistribuzione del reddito che può passare anche per l'assoggettamento di persone e non, di attività e di immobili in modo diverso. Ecco perché tutto va pensato in un quadro di insieme.

Sto tornando al punto dolente per il quale «la marginalizzazione del discorso economico di valori quali il bene comune, la giustizia sociale, la democrazia economica, la coesione e l'inclusione sociale, la partecipazione, ha imposto come unico principio di organizzazione

100 Per Hayek «Il principio fondamentale, secondo cui nel gestire i nostri affari dobbiamo fare uso il più possibile delle forze spontanee della società e ricorrere il meno possibile alla coercizione, è suscettibile di un'infinita varietà di applicazioni» cit. da L.CANOVA, *Quando l'oceano si arrabbia. Keynes per chi non l'ha mai letto*, Milano, 2020.

101 S.RICOSSA, *Impariamo l'economia. Capitale e lavoro-tecnologia e occupazione-profitti e salari-la new economy*, Milano, 2001, pp.99-100.

102 P.SYLOS LABINI, *Torniamo ai classici. Produttività del lavoro, progresso tecnico e sviluppo economico*, Roma-Bari, 2006, p.25



sociale quello della libertà e responsabilità dell'individuo a migliorare la propria condizione sociale»¹⁰³.

35. Il paradigma dell'utilitarismo si applica anche ai servizi pubblici locali?

Per vero, uno degli obiettivi che diventa un pregio della TP sta nell'identificazione tra l'utente (UD e UND)¹⁰⁴ e l'oggetto del SPL. Non voglio certo entrare - non avendone le competenze - sulla tematica filosofico-ontologica del soggetto-oggetto, ma per rendere più comprensibile il ragionamento provo a concretizzarlo sul caso del SPL relativo all'oggetto che riguarda i rifiuti: in precedenza i RU venivano perlopiù gettati anonimamente entro certi contenitori (originariamente unico: rifiuti indifferenziati, poi nella dualità tipologica del secco-umido, infine dalle varie tipologie di RU differenziabili e non) ad opera di "indistinguibili" soggetti-conferitori-utenti (UD e UND ma pure extra, cioè riferibili agli RS) salvo, forse, quelli che, per la loro appartenenza-presenza (sede dell'unità produttiva, dell'abitazione, del luogo di produzione anche di soggetti terzi, ecc.) erano riferibili - anche se presuntivamente - alla zona della "collocazione" del contenitore in parola.

In questo modo gli UD-UND non erano stimolati a svolgere la raccolta differenziata (RD), eccezion fatta per quei comportamenti virtuosi, motivati da senso etico del rispetto dell'ambiente ed altro ancora¹⁰⁵. Nella TP si instaura una correlazione tra soggetto-oggetto poiché l'utente (UD-UND produttori/detentori di RU) viene individualizzato, conferendo, tramite i contenitori specificatamente assegnategli dal SPL, il "proprio" RU facendo sì che il soggetto-oggetto interagendo e combinandosi può cambiare entrambi, addirittura - come si dirà oltre - p.c.d. "moltiplicandoli". Estremizzando e, al contempo, volendo semplificare, ipotizziamo i seguenti casi:

103 C. ORSI, *Postfazione. Teoria economica e scelta politica in tempo di crisi*, in (a cura di) C. ORSI, *op.cit.*, p.185 dal p.d.v. metodologico una teoria economica aggiornata ai problemi dovrebbe occuparsi della realtà piuttosto che di una razionalità astratta (ammettendo la compresenza di molteplici motivazioni per il comportamento umano), in una robusta coerenza interna ed esterna, aprendosi al dialogo permanente con altri ambiti disciplinari, tra i quali la filosofia, la psicologia, la storia. Soprattutto, se la teoria economica vorrà assolvere alla sua funzione sociale, allora dovrà per prima cosa recuperare al proprio interno quei valori che ha espulso dal suo nucleo centrale.

104 Nel comportamento dell'utente (UN-UND) che si abbrivia sin dall'acquisto dei "beni" (di consumo e non) fino al loro conferimento come rifiuti al SPL, effettuato secondo le modalità "differenziate-selettive" prestabilite dal SPL, salvo piccoli spazi di "libertà" (comunque limitati dal SPL) ad esempio nell'accesso e conferimento ai Centri Comunali di Raccolta.

105 Il segnale della tariffa «può far leva sul senso civico e sul senso di appartenenza alla comunità, stimolando dunque il cittadino a comportarsi in un certo modo non perché "gli conviene", ma perché "lo ritiene giusto" (.. il che viene confermato.. NdR.) anche dall'analisi di alcune realtà italiane, in cui l'introduzione del sistema di pesatura dei rifiuti ha favorito una riduzione dei conferimenti indifferenziati anche senza che fosse materialmente introdotta la tariffa» così A.MASSARUTTO, *Dalla tassa alla tariffa: cosa cambia davvero nel finanziamento del settore dei rifiuti?*, *Economia delle fonti di energia e dell'ambiente*, 3, 2001, p.63 e nota 14.



1. un produttore di RU (utente del SPL) getta tutti i propri rifiuti nello indifferenziato: il soggetto se ne infischia della differenziazione e l'oggetto è un rifiuto che esclude gli altri flussi di RU e che va trattato in un circuito impiantistico prefissato;

2. il medesimo produttore differenzia in modo precisissimo i propri RU e si hanno più tipologie di rifiuti differenziati: il soggetto è virtuoso per la RD e per l'oggetto abbiamo una molteplicità di flussi di RU che si "aprono" anche agli impianti intermedi e finali;

3. il produttore di RU inserisce nel contenitore dei rifiuti indifferenziati dei rifiuti considerati a rischio o pericolosi o infettivi (es. siringhe usate in quantità non modesta): il soggetto viola la "frontiera" tra RU non pericolosi e pericolosi, ma altresì l'oggetto rifiuto va considerato e gestito in modo ben diverso, vanificando anche quanto usualmente si applica ai rifiuti indifferenziati.

Il produttore di RU, nella propria sede o abitazione, clandestinamente disassembla e interviene su dei rifiuti di apparecchiature elettriche ed elettroniche (RAEE) conferendone poi alcune parti in modo coacervato con altri flussi di RU e/o abbandonandoli sul suolo pubblico: il soggetto diventa di fatto un gestore, che opera in violazione della normativa; in questa attività anche gli oggetti vengono "cambiati".

Ancora, gli oggetti-rifiuti nella loro materialità (cioè oltre la qualificazione giuridica di RU) si prestano, nella diversa loro gestione da parte del produttore iniziale, a "sconfinare" nei rifiuti speciali (RS), ad es. i rifiuti da imballaggi codice EER famiglia 20-codice EER famiglia 15; gli inerti codice EER famiglia 20- codice EER famiglia 17, soprattutto nelle fasi "intermedie" che vanno dal prelievo-raccolta allo stoccaggio e/o al trattamento in impianti propedeutici a quelli finali. Sintomatica è la nota vicenda-tematica del flusso "grigio" RU-RS codificato CER-EER 191212¹⁰⁶.

36. Primi rimedi: rinvio.

Si potrebbe realizzare - esogenamente per intervento normativo-burocratico o endogeneamente per scelte aziendali che trovano "sponda" in pratiche e/o si richiamano a certe processistiche e condizioni - una venuta meno (non solo una "esclusione") o un "alleggerimento" dell'oggetto e/o del soggetto che potrebbe portare alla loro p.c.d. "dissolvenza": ad es. ciò potrebbe avvenire laddove il materiale venga ad essere gestito come sottoprodotto- non rifiuto; oppure se si producono in output delle materie prime secondarie o un *End of Waste* e così via.

Anche questo p.c.d. "allontanamento", concettuale ed operativo, che si attua dal soggetto-oggetto illumina meglio questi rapporti e possibilità. Allora, che comportamento pone in essere il soggetto c.d. utente? Inoltre, da cosa viene guidato l'utente? Dalla propria convenienza, dall'elemento etico o da che altro?

Anche qui trovo che sia l'elemento etico che dovrebbe predominare rispetto a quello del mero calcolo di convenienza. Va evidenziato infatti che l'etica trasforma e governa le

106 A.PIEROBON, *Il rifiuto EER 191212: dall'origine ai destini. Il caso delle spedizioni transfrontaliere*, *Azienditalia*,5, 2021.

ambiguità, in un «agire performativo»¹⁰⁷ ove, tra le tante scelte possibili, nell'operatività esse vengono infine ridotte ad una alternativa, che nell'agire (un farsi e fare) diventa una sola. Si presuppone però qui un soggetto che possa avere alternative e possa scegliere tra di esse, il che (si badi) non accade nel SPL dei RU. Grossolanamente esemplificando: un SPL decide di svolgere il prelievo-raccolta dello RU secondo un sistema domiciliare con contenitori di varia volumetria-capacità dedicati-assegnati all'utenza X, prevedendo-imponendo una sorta di "offerta-menu" per il quale esponendo il contenitore - secondo una certa frequenza e/o calendario - davanti all'immobile di X, verrà applicato un meccanismo TP-SPL col criterio del c.d. "contatore" (es. il numero di svuotamenti di quel contenitore corrispondente ad un prefissato corrispettivo €/svuotamento cadauno) pervenendo ad un quantum che verrà contabilizzato entro la parte variabile (PV) della medesima TP nei confronti dell'utente X.

Si assume quindi che si realizzino effetti chiari e tangibili della TP, conoscibili dall'utente, però in una allocazione scarsa e certamente regressiva (diversamente, ad esempio, dalla tariffa del Servizio Idrico Integrato o SII)¹⁰⁸.

Si tratta di una regressività che va temperata con le entrate progressive, seppur, in generale, la progressività validissima come principio, non possa venire oltremodo accentuata altrimenti penalizzando solamente la ricchezza più alta.

Trascuro, nell'economia del presente scritto altri elementi che gravitano, o allignano, in questo sistema atenzionando sul presupposto che assume il SPL-TP circa il comportamento e la causalità del sistema che funziona in questo modo. Per cui la risposta dell'utente X che viene data al SPL sarebbe frutto dell'agire-decisione di "X" motivata dalla propria convenienza o calcolo utilitaristico. Ma, l'utente in un SPL non opera in un mercato, non è il consumatore che teoricamente opera in una razionalità strumentale, svolgendo le proprie valutazioni che, nel calcolo cognitivo, massimizzano l'utilità di cui alla nefasta cultura marginalistica. Però il paradigma dell'utilitarismo si conferma essere applicato nella gestione dei SPL.

37. Il metodo tariffario fa slalom tra meccanismi privati e istituti pubblici

Il metodo tariffario ad es. quello sui RU (da ultimo il MTR-2 areriano) non vuole però essere considerato e qualificato, come orgogliosamente un tempo avveniva, nell'alveo tributario, fermo restando che poi questo metodo si avvantaggia delle utilizzazioni, ad effetto pratico, di più istituti e procedure squisitamente appartenenti al mondo tributario, spostandosi (rectius, organizzandosi) però nei corrispettivi calcolati con logiche privatistiche o miste, anche qui, come segnalato, vulnerandosi taluni approdi e principi "culturali". Difatti, il provento tariffario, fuoriuscendo dal mondo tariffario (cui resta legato parassitariamente) viola

107 La teoria può descrivere e approfondire una certa situazione (..) ma non è in grado di governare le ambiguità in cui l'agire in generale, e l'agire filosofico in particolare, s'involgono (..) può farlo invece l'etica (della relazione) così A.FABRIS, *Etica e ambiguità*, op.cit, p.5.

108 A.MASSARUTTO, *Dalla tassa alla tariffa: cosa cambia davvero nel finanziamento del settore dei rifiuti?*, Economia delle fonti di energia e dell'ambiente,3, 2001, nota 57 di p.57 ivi concludendo che «Questo punto è essenziale nel determinare l'utilità di sistemi di tariffazione proporzionale alla quantità di rifiuti, ed è evidentemente funzione dell'efficacia della tariffa come strumento di politica ambientale nei confronti del cittadino».



anzitutto il fondamentale principio solidaristico (di uguaglianza?) e altri principi di rango costituzionale, potendosi “disorganizzare” col prezzo-corrispettivo c.d. “autoritativo” di quel mercato dei SPL, predisponendo ad una situazione oligopolistica o simile. Trovo che ciò venga bene provato dalla tariffa attuale, soprattutto da quella corrispettivo-puntuale, la quale ultima respirando e crescendo nel lato utilitaristico-individualistico sconfessa la visione dell’economia civile che si richiama, come notato, all’etica e ai fini.

E’ vero che nella parte fissa (PF) della tariffa per fortuna (grazie alla ricca cultura tributaria di matrice pubblicistica) esistono elementi p.c.d. di “contrappeso” quali sono le esternalità ambientali e quelli più solidaristici e redistributivi (uti cives per capirci), ma la tendenza dei SPL cosiddetti “corrispettivi”, evidenzia una altra finalità: quella di sgombrare e riordinare il mercato dei SPL - appetito e appetibile per la garanzia nei fatturati e nei minori rischi imprenditoriali conseguenti ad un sistema a corrispettivo - nel nuovo pascolo del mercato pubblico, più poroso al privato ed entrambi intonati al dominante sistema utilitaristico e individualistico.

38. Strumenti, mercato, gestione e governance si confondono nel servizio pubblico locale?

Gli strumenti tariffari (piani economici-finanziari o PEF) e i bilanci dei SPL possiamo dire che appartengono anche al mercato, contribuendo al suo efficiente funzionamento.

Non è solo una questione amministrativa-contabile, ma anche economica, che coinvolge le funzioni e le finalità del SPL, che non può ridursi alla sola economia aziendale. Se la convenzionalità della documentazione tariffaria «non può dire tutto a tutti», quel che rileva per la sua formazione sono i fenomeni che influiscono nel SPL, nell’azienda, nel mercato.

Non è la singola attività imprenditoriale che va astratta, nemmeno rilevano - nella visione amministrativa anche del SPL - solo i documenti giuridici, men che meno quelli riverniciati di tecnica, serve piuttosto una chiara informazione economica, anche supplementare, degli effetti che si vengono a produrre con le varie scelte operate dal SPL e sua tariffa.

Ciò al di là delle variabili e del numero elevato di relazioni, spesso molto complesse, che esistono tra le variabili stesse, dove i metodi aziendali e tariffari cercano di analizzare queste situazioni isolando gli elementi di maggior importanza, scartando il resto, ovvero eliminando tutte le complicazioni ritenute inessenziali¹⁰⁹. Rimane, come pare, la volontà che traspare dai comportamenti, siano essi privati come pure quelli pubblici (addirittura istituzionali, sintomatico è quanto in parte qua “orienta” l’ARERA), volontà che sembra essere tesa a realizzare un mercato dei SPL composto dai grandi players (dove gli altri sottostanno a logiche marginali, di commessa, di subappalto, ecc.), ciò sia per struttura del capitale, che per il metodo da adottare. Ed è un capitale che, oltre il linguaggio ermetico contabile dei documenti, si costituisce non tanto nel mercato finanziario, quanto grazie ai flussi di cassa attesi dalla gestione, in relazione al raggiungimento di scopi compatibili. Nella gestione e nel risultato che è unico, ossia dell’intera azienda, il reddito (grazie alla tariffa, ai ricavi budgetati, ecc.) accresce il capitale, nella confusione tra l’oggetto e il contenuto, la determinazione del reddito e del capitale, con la finalità dell’impresa operante nel SPL (soprattutto le aziende in house, o di

¹⁰⁹ Cfr. E. VIGANÒ, *Contenuti e finalità del bilancio (come modello convenzionale per l’impresa caratteristica)*, Padova, 2012

amministrazione indiretta, ad es. le aziende speciali). Il bilancio, il PEF, la tariffa devono senz'altro consentire facili comparazioni spazio-temporali. Ma può essere solamente un siffatto mercato a determinare le variazioni di valore oppure può farlo la gestione? Vogliamo ancora ragionare guardando alla singolarità aziendale? Quale scelte politiche servono (o non, quanto e come) per l'equilibrio e lo sviluppo della comunità?

Si badi, le tariffe e i loro strumenti possono essere uno strumento di politica economica, negli interessi macroeconomici: ciò si conferma ad esempio, nella già dianzi accennata crisi pandemica Covid di cui alla invocata (rectius, necessaria) e legislativamente prevista riduzione tariffaria dei SPL. Gli strumenti tariffari ipocriticamente slegati, come detto, nella loro determinazione effettiva (vedasi la parte variabile-corrispettiva) dalla base tributaria di riferimento che spalma gli oneri sul presupposto di una ricchezza immobiliare (dovrò tornare in altra sede sulla distinzione «possesso» e «detenzione», invece che proprietà) appaiono, mutatis mutandis, come quei «piani regolatori che sono diventati piani di massimizzazione dei profitti attraverso la rendita e la vendita delle aree»¹¹⁰. Questi proventi dovrebbero infatti intervenire anche su questi aspetti, come pure nei confronti di una sempre più intollerabile inflazione che depaupera la parte debole della società.

39. Il mercato dei servizi pubblici e l'inflazione (nelle rendite immobiliari).

Addirittura ove si assuma che sul mercato "guastato" dei SPL, organizzato in forme monopolistiche od oligopolistiche, prevalgono i *price maker* «cioè coloro che sono in condizione di influenzare i prezzi»¹¹¹ vi sarà o aumenterà l'inflazione.

Infatti, uno stato di continua pressione inflazionistica «avrà, qualitativamente, tutti gli effetti d'indebolimento dell'impalcatura sociale della società»¹¹² oltre ad «avere una parte notevole nella conquista futura dell'intrapresa privata da parte della burocrazia»¹¹³, invece il settore immobiliare viene da sempre considerato una «vera e propria cassa di risonanza degli umori economici» nel senso che si modificano i circuiti del risparmio che viene canalizzato sull'immobiliare, in presenza di un tasso di inflazione crescente e di un tasso di interesse non superiore ad esso, garantendo anche plusvalenze sostanziose¹¹⁴, il tutto in un sistema di fiscalità che lascia le briglie sciolte, anche allorquando si cedano gli immobili che valgono molto di più dei risparmi in valori mobiliare puranche con riferimento alle somme anzitempo investite.

Nel maggior impatto delle tariffe dei SPL per effetti degli aumenti dei costi complessivi, in presenza di una (come l'attuale, perdurante) crisi economica e di inflazione, le rendite si avvantaggiano anche della tariffa corrispettiva gravante sugli occupanti-detentori, mentre i

110 Cfr. F.FERRAROTTI, *Materiali per un'autobiografia intellettuale*, Chieti, 2020, p.100

111 P.SAVONA, *Inflazione, disoccupazione e crisi monetaria*, Milano, 1998, p.76

112 «e di rafforzamento delle tendenze sovversive» al sistema capitalistico, così J.A. SCHUMPETER cit. A.ZANINI, *Filosofia economica. Fondamenti economici e categorie politiche*, Torino, 2005, p.242

113 Sempre J.A. SCHUMPETER, *Ibidem*, p.243 potendo così determinarsi una economia pianificata completamente.

114A. MINC, *L'avvenire dinanzi*, Milano, 1990, p.143 nelle vere variabili: consumo, investimento e risparmio e p.240.



proprietari degli immobili beneficiano (appunto) della rendita da locazione o da altro utilizzo immobiliare, di per sé nemica dello sviluppo economico e della produzione sociale di un paese. Infatti, sono le rendite a bloccare i capitalisti-imprenditori che non possono adeguatamente investire i propri capitali, nella loro potenzialità produttiva inespressa, che diventa statica¹¹⁵. Lo stato dovrebbe semmai intervenire sulle condizioni di funzionamento del mercato (senza reprimerlo) degli alloggi, sugli affitti, ecc. potendo nei meccanismi finanziari-tariffari consentire ai proprietari di destinare parte dei canoni alle (maggiori e migliori) manutenzioni degli immobili già esistenti, con benefici effetti sulla questione degli alloggi da costruire, consumando spazio e terreni..... Peraltro l'inflazione oltre a favorire - se non cancellare - i debiti, com'è noto penalizza i produttori di reddito (in particolare i salariati), incentivando invece, appunto, gli speculatori ed i *rentiers*. Come è stato acutamente evidenziato, la lotta all'inflazione si impone in una interpretazione sistematica dell'art. 36 Cost. circa la «retribuzione sufficiente» e dell'art. 53 Cost. sui «criteri della capacità contributiva e della progressività» del sistema tributario proprio perché il fenomeno inflattivo implica, keynesianamente parlando, un meccanismo perverso di redistribuzione del reddito e uno scorrimento tra settori dei beni di consumo e dei beni capitali (intervenendo anche nelle scelte di investimento e di risparmio, che il tasso di interesse può giocare), ovvero un prelievo di ricchezza generalizzato che prescinde dalla capacità retributiva e dalla progressività, nell'obbligo di copertura finanziaria delle spese e della indicazione dei mezzi cui farvi fronte ex art. 81, u.c., Cost, adempiendovi con entrate effettive e non con un mero allargamento della base monetaria, nell'equilibrio nella finanza pubblica¹¹⁶.

Anche gli effetti redistributivi (invero mediocri nel nostro sistema) ne escono qui con le ossa rotte: in presenza di una inflazione eccedente i tassi di interesse, vengono ad essere penalizzate le categorie modeste che statisticamente hanno patrimoni composti perlopiù da (ancorchè modeste) liquidità¹¹⁷.

40. La tariffa tra microeconomia e macroeconomia? Cenni.

In buona sostanza la tariffa del SPL va messa sul microscopio guardando gli effetti microeconomici, considerando altresì i superiori interessi macroeconomici, e quindi tenendo conto degli effetti fiscali sulla società-comunità tutta, che vanno perseguiti nel rispetto dei più volte ripetuti principi (redistributivi, solidaristici, egualitari, ecc.). Quale politica economica-tariffaria deve manifestarsi in questo ambito tariffario? A maggior ragione se poi - come visto - i politici hanno abdicato in gran parte a favore della tecnocrazia e di altri soggetti (gestori e autorità di regolazione), i quali dietro un paravento tecnico svolgono in realtà una effettiva

115 L.BRUNI, P.SANTORI, S. ZAMAGNI, *Lezioni di storia del pensiero economico*, Roma, 2021 pp.219-220

116 G.CORSO, *La costituzione economica: principio di buona fede, equità della PA o del Giudice Amministrativo*, in (a cura di L.BENVENUTI, M. CLARICH), *Il diritto amministrativo alle soglie del nuovo secolo*, Pisa, 2010, p.63

117 A. MINC, *op.cit.*, p.130 con riferimento alla Francia degli anni '90 osserva «Per dieci anni, esse sono state le vittime di una redistribuzione inversa cinque volte superiore ai vantaggi di cui beneficiavano da parte di uno stato previdenziale».



attività politica di sostituzione, mirando ad un mercato di utenti ristretti dai criteri del calcolo utilitaristico, in un'economia poco solidale, a tacer d'altro?

Ora, la politica (dei parlamentari, del governo, dei rappresentanti negli enti esponenziali della comunità) sembra manifestarsi solo in occasione delle emergenzialità o di crisi¹¹⁸: vedasi ancora sintomaticamente il periodo Covid e la necessità di prevedere riduzioni o aiuti ai bilanci degli utenti tartassati dagli aumenti "a piè di lista" dei SPL, disponendo l'attingimento ad extra-risorse, sempre nella struttura e nei paradigmi del metodo tariffario, intervenendo nel meccanismo di ripartizione-ribaltamento dei cosiddetti "delta-costi" in un puzzle di agevolazioni e di aiuti (bonus, fondi, fondone, ecc.)¹¹⁹. Per cui, alla rovescia, viene a confermarsi che la tariffa del SPL è considerata fisiologicamente un corrispettivo costruito secondo una speciale metodologia (che rifugge, apparentemente, da scelte valoriali o ideologiche) per finanziare proprio questi servizi monopolistici, svolti in modalità più o meno privatistiche, ricorrendo al diritto pubblico per gli aspetti di certezza della copertura e dell'esazione tariffaria, ovvero senza un vero rischio imprenditoriale. Il che ci riporta, ancora, alla concettualità dei SPL e della tariffa, nei cambiamenti in atto: stato, mercato, politica, ecc.

41. La volontà di passare dai tributi ai corrispettivi a cosa corrisponde?

Si torna sempre al solito punto: la volontà ideologico-politica¹²⁰ di aver trasformato le entrate dei SPL da tributi, a corrispettivi di natura privatistica, collegando l'obbligazione alla fruizione di un servizio reso in uno schema sostanzialmente sinallagmatico, ma che tale non è in quel sistema tariffario. Peraltro, anche concedendo una TP di natura privatistica, essa obiettivamente preserva molteplici tratti simili a quelli delle entrate di natura tributaria: ad es. il pagamento di un servizio obbligatoriamente da istituire in regime di privativa ed al quale l'utente non può rinunciare; il presupposto principale dell'assoggettamento connesso all'occupazione di locali più che all'effettiva produzione di rifiuti, ecc., ciò in maniera tale da rendere in buona misura ininfluenza l'entità della fruizione del servizio.

Tant'è che, come ha ben osservato, il tributarista Lupi «La trasformazione di un tributo in un corrispettivo (...) realizza un disegno politico più raffinato. La trasformazione del tributo in prezzo consente di affermare di aver diminuito la tassazione, anche se quello che prima si pagava come tributo, ora lo si paga come prezzo»¹²¹.

118 «il mondo degli affari appoggia il governo nei momenti di emergenza, mentre il governo sostiene il mondo degli affari tra una emergenza e l'altra» R. L. HEILBRONER, *op.cit.*, p.63

119 A. PIEROBON, *Ancora nei puzzle delle agevolazioni e aiuti tariffari?*, Rifiuti-Bollettino di informazione normativa, 2021, 9, pp.13-15

120 Cfr. D'AMATI citato da A. GIOVANARDI, *Tributi comunali, Digesto*, 1999; L. TOSI, *Finanza locale*, in *Digesto* (agg.to), 2000; ID., *Principi generali del sistema tributario locale*, in *Riv. dir. trib.*, I, 1995, 23-24 e autori ivi citati.

121 R. LUPI, *Evasione fiscale, paradiso e inferno*, Milano, 2008, p.168, nota 29; ID., *Diritto tributario*, Milano, 2009, p.136.



Paradossalmente nel discrezionale (ma sempre autoritativo) meccanismo della tariffa puntuale può consentirsi l'ottenimento di un *surplus* di entrata¹²² illudendo l'utente di poter controllare l'uso del servizio, decidendone i relativi importi. L'aver poi spostato la giurisdizione della TP dal giudice tributario al giudice ordinario, consente di dare un colpo di spugna a tante questioni squisitamente di indole tributaria: cioè del giudice tributario competente a conoscere tutte le controversie in materia di tributi di ogni genere e specie, comunque denominati¹²³. Trattasi, insomma, di entrate che creano più facilmente consenso, che sono facilmente maneggiabili e che velocizzano il rapporto accertamento-introito effettivo, dando maggior certezza al gettito. In verità la tariffa-corrispettivo, a voler guardare in profondità, sembra essere una dissimulazione di una entrata che geneticamente mostra la sua natura pubblica nella sua vocazione tributaria, cioè costituzionale¹²⁴.

42. Cultura, Istituzioni, Politica sono variabili strumentali?

Ancora non mi sorprende (forse grazie ai miei capelli bianchi) sul fatto che si trascuri che «Cultura, Istituzioni, Politica (CIP)» sono variabili strumentali, influenti sull'economia¹²⁵. Ricordo che nella storia dei servizi pubblici, lo stato italiano degli anni Trenta affrontando la crisi dei problemi di riconversione industriale dopo la 1^a guerra mondiale, costituì l'IRI ente pubblico-holding come ente di gestione, modello di combinazione del diritto pubblico col diritto privato, negli ulteriori sviluppi del secondo dopoguerra con società a partecipazioni pubbliche sottoposte al Ministero delle partecipazioni statali. Venivano così caricate dei cosiddetti "oneri impropri" le holding pubbliche e le singole società, cioè di quelle attività non conformi alla logica della redditività imprenditoriale da conseguire sul mercato in posizione paritaria con gli imprenditori privati: di qui la proliferazione di passività, della negoziazione

122 Gli esempi sono tanti: il peso specifico discrezionalmente attribuito al volume dei rifiuti, per tipologia conferiti nei vari contenitori; il «prezzo» imposto per svuotamento o *forfait* di svuotamenti; la franchigia di svuotamenti comunque da tariffare; la imposizione di una componente fissa tariffaria entro la parte variabile per la dotazione del kit di attrezzature (c.d. costo a contatore) e così via. Il tutto in una serialità che porta a cifre enormi, nell'omeopatia dei meccanismi utilizzati: si vedano le casistiche riportate in A. PIEROBON, *Ho visto cose. Tutti i trucchi per rubare in Italia*, cit.

123 Cfr. T. MAGLIONE, *Aspetti processuali del sistema fiscale degli enti locali*, in F. Amatucci (a cura di), *Il nuovo sistema fiscale degli enti locali*, Torino, 2010, pp. 312-313.

124 Cfr. M. BERTOLISSI, *Fiscalità diritti libertà. Carte storiche e ambiti del diritto costituzionale*, Napoli, 2015, 48; ID., *Un giorno dopo l'altro*, Napoli, 2010; ID., *Livio Paladin appunti riflessioni ricordi di un allievo*, Napoli, 2015.

125 P. CIOCCA, *Ai confini dell'economia*, Torino, 2016, p.59. Un problema delicatissimo è quello della direzione del nesso causale, ovvero della reciproca interazione tra il c.d. REI (volume delle Risorse applicate alla produzione; il grado di Efficienza con cui le risorse vengono utilizzate, date le tecniche conosciute; le Innovazioni che esogeneamente innalzano la frontiera dell'efficienza e imprimono alla produttività un trendo positivo) e il c.d. CIP: tra variabili economiche e non. Si ha crescita se emergono istituzioni politiche ed economiche inclusive, non *extractive*, pp.57-60.



con i partiti, ecc. tutto a carico del bilancio dello Stato, aumentando progressivamente il debito pubblico, non potendosi finanziare questi interventi incrementando il gettito fiscale.

Basti ricordare le tristemente note vicende dell'EFIM, ENI, IRI, nell'ambito delle privatizzazioni, quali sono state le trasformazioni in SpA di imprese pubbliche che gestivano un servizio pubblico in regime di monopolio regolando artificialmente (con provvedimenti amministrativi) il mercato concorrenziale fra gestori.

Ha ragione il Merusi osservando che nei SPL la privatizzazione formale sembra essere stata utilizzata per espandere la pubblicizzazione sostanziale e garantire le società in house nate dopo le aziende municipalizzate, in una funzione elusiva di norme sulla finanza pubblica e sulla assunzione del personale, nel fenomeno delle partecipazioni comunali dove la "socializzazione a freddo" serve per sfuggire al caldo della normativa pubblica di cui all'istituto dell'organismo di diritto pubblico e nella manomissione legislativa del diritto privato (codice civile)¹²⁶. Ed è stata la normativa europea a imporre il passaggio dei SPL ad una regolazione pro-concorrenziale: in realtà non sarebbero essi servizi da considerarsi SPL perché tramite le prestazioni amministrative viene a superarsi l'erogazione da parte di soggetti pubblici. Comunque sia, occorre rassegnarsi (sic!) al fatto che la concorrenza non penetra a sufficienza in questi settori, soprattutto in quello dei rifiuti.

Ecco forse le ragioni della teorica indipendenza attribuita alle autorità indipendenti, quali l'ARERA che avrebbero la funzione ultima di realizzare la c.d. «democrazia economica» tramite un contraddittorio paritario (tra gli operatori di mercato), che sembra aver più valore della classica rappresentanza, nella necessità di garantire la c.d. "parità delle armi" e della concorrenza fra le imprese, oltre che di un maggior equilibrio fra le imprese e i consumatori in senso lato¹²⁷. Ma davvero possiamo confidare in una Authority che operi in questa ottica e finalità?

43. Conclusioni ancora di metodo: pur nella pratica, nell'operatività e negli effetti.

Come abbiamo visto, affrontare la complessiva vicenda dei servizi pubblici locali per la gestione dei rifiuti e loro governance, conduce necessariamente a una preliminare questione di metodo, anche in uno sguardo di Giano¹²⁸. Non basta limitarsi infatti alla lettura della sola disciplina ambientale e/o dei RU e dei rifiuti speciali (RS), di cui al D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (TUA) pur involgente taluni aspetti di cui alla titolarità, alla funzione e alla gestione dei rifiuti, toccando più livelli e competenze di diversi soggetti e ambiti. Quindi si deve guardare all'insieme e alle correlazioni tra i diversi aspetti della disciplina sui rifiuti; dei SSPPL nonché delle tariffe (Tari-Tia-TP)¹²⁹ ovvero alla risultante disciplina composita, dove il legislatore sta

126 F.MERUSI, *La legalità amministrativa tra passato e futuro. Vicende italiane*, Napoli, 2016 p. 202 ss.

127 M.D'ALBERTI, *Il nuovo diritto pubblico dell'economia nell'opera di Fabio Merusi: scenari*, in (a cura di L.BENVENUTI, M. CLARICH), *op. cit.*, p.40

128 Cfr. le preziose suggestioni, seppur su altri temi, di C.GALLI, in C. SCHMITT, *Amleto o Ecuba*, Bologna, 2012, p. 7 ss.

129 Pervero i proventi sono «scelti» dai Comuni nell'ambito della tipologia che viene distinta in: a) TARI presuntiva tributo; b) TARI puntuale tributo di cui al decreto del Ministero dell'ambiente 20 aprile 2017; c) la tariffa puntuale corretta di cui all'art. 9 del decreto cit.; d) TARI corrispettiva (di natura



spostando le competenze e/o le decisioni ad enti c.d. “tecnocratici”, cioè non eletti democraticamente (ARERA, Agenzie, Organi vari), giustificando ciò col tecnicismo delle materie, nella sua “amministrativizzazione” tecnico-giuridica. Anche l’analisi ricostruttiva storica svolta su queste connesse materie risulta confermare, oltre al trend in atto, una lettura necessariamente interrelata e di “insieme”¹³⁰.

Solo per limitarmi (ad esempio) al c.d. regime di privativa (assai rilevante per numerose questioni che interessano, oltre ai soggetti privati, i comuni ed i loro soggetti delegati, l’Autorità di ATO, eccetera), esso si originava nella intersezione (non sempre coerente) tra la normativa ambientale (un tempo addirittura in quella igienico-sanitaria risalente al 1865), quella dei servizi pubblici locali¹³¹, come pure quella c.d. delle entrate e/o tariffaria¹³². Anche la successiva (sic!) normativa del DPR 10 settembre 1982, n. 915 (la prima disciplina organica sulla gestione dei rifiuti) e del DPR 4 ottobre 1986, n. 902 (che approvava il nuovo regolamento delle aziende di servizi dipendenti dagli enti locali)¹³³ contemplava tutti a questi aspetti, che sono stati, nel tempo, condizionati dalle continue situazioni di emergenza o di crisi economica che hanno caratterizzato l’Italia e, altresì, dalle numerose “riforme” che sono state emanate, talune con obiettivo riflesso sulla materia che qui ci interessa. Basti qui ricordare, ad es., le cosiddette leggi Bassanini sull’amministrazione pubblica; la riforma della Costituzione del 2001 e quella recente sugli artt. 9 e 41-42 Cost.; la delega sul federalismo fiscale di cui alla Legge 5 maggio 2009, n. 42 ed altre ancora; il TUA o D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152 ss.mm.ii. e così via¹³⁴.

patrimoniale, non tributo) di cui all’art. 1, commi 667 e 668 della legge n. 147 del 2013: vedasi la sintesi evolutiva in *Minime e inattuali riflessioni sulla tariffa rifiuti*, cit. e nel volume *La tariffa puntuale rifiuti. Servizio rifiuti: dalla tassa al corrispettivo*, Milano, 2017.

130 Sia permesso rinviare alla ricostruzione *in parte qua* degli ultimi 150 anni in *L’insorgenza dei rifiuti similari nei servizi pubblici locali*, Azienditalia, 7, 2021; *L’estuario unificante dei rifiuti urbani: servizi pubblici, privativa, tariffa, ivi*, 2021, 6 e nei volumi: *La tariffa puntuale rifiuti. Servizio rifiuti: dalla tassa al corrispettivo*, cit.; *Governo e gestione dei rifiuti urbani: approcci, metodi, percorsi e soluzioni*, cit.

131 Si veda il fenomeno della c.d. «municipalizzazione» dal periodo giolittiano (Legge 29 marzo 1903, n. 103 e regolamento di attuazione R.D. 10 marzo 1904, n. 108) in poi (R.D. 15 ottobre 1925, n. 2578 ossia il Testo unico della legge sull’assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei comuni e delle province) un sistema che si è tramandato sostanzialmente immutato fino alla Legge 8 giugno 1990, n. 142 sugli enti locali, cui è seguito il D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267.

132 Cfr. R.D. 14 settembre 1931, n. 1175 (Testo Unico Finanza Locale); T.U. 3 marzo 1934, n. 383 (abolito dall’art. 7 del D.L. n. 702/1978 convertito dalla L. n. 3/1979) la Legge 20 marzo 1941, n. 366 (disposizioni sulla tariffa rifiuti abrogate dall’art. 56, comma 1, lett. “a” del D.Lgs. 5 febbraio 1997, n. 22 e dall’art. 264, comma 1, lett. “a” del TUA). Il D.Lgs. 15 novembre 1993, n. 507 ha istituito la Tarsu.

133 in esecuzione degli artt. 23 e 31 del R.D. 15 ottobre 1925, n. 2578 e dell’art. 4 della L. 23 aprile 1981, n. 153, abroga il regolamento di cui al R.D. n. 108/1904 di esecuzione della Legge n. 103/1903 (31) ove all’art. 7, comma 1 «I comuni possono esercitare servizi con diritto di privativa esclusivamente nei casi previsti dalla legge», determinandosi con l’esercizio di tale facoltà un monopolio legale, tra le quali attività v’è lo smaltimento dei RU (art. 3, comma 1, cit. D.P.R. n. 915) .

134 Gli interventi normativi nelle materie dei rifiuti, tariffa e servizi pubblici sono davvero diventati una sorta di... babele giuridica!



L'ARERA, come visto, è assai intervenuta sulla materia della tariffa e del servizio dei rifiuti¹³⁵: cfr. ex multis: deliberazione Arera del 31 ottobre 2019, n. 443/2019/R/RIF avente per oggetto la «definizione dei criteri di riconoscimento dei costi efficienti di esercizio e di investimento del servizio integrato dei rifiuti per il periodo 2018-2020» con cui si emana il nuovo metodo tariffario o MTR, come pure la tassonomia impiantistica stabilita dall'Arera con la delibera n.363 del 3 agosto 2021, ossia implicata nel contesto del nuovo metodo tariffario per la gestione dei rifiuti il «MTR-2».

La legge può delegare all'ARERA di implementare il dettato normativo con opzioni regolatorie che devono restare raffrontabili alla luce di indici, parametri e standard elaborati dalla comunità scientifica di riferimento. Invece, le funzioni che comportino scelte distributive o volte alla realizzazione di valori extra mercantili richiedono un mandato espresso del legislatore (si veda il circuito politico rappresentativo di cui all'art. 95 Cost.) e quindi «il deficit di legalità sostanziale non può essere “compensato” da una declinazione ‘procedurale’ del principio di legalità (..), e neppure aggirato con la teoria dei c.d. poteri impliciti»¹³⁶.

Peraltro gli interventi dell'ANAC, dell'AGCM, oltre alla numerosa giurisprudenza formata sulle casistiche che abbracciano tutte queste materie, hanno consentito - e consentono - di meglio interpretare la complessiva disciplina.

Per cui - è una ovvietà che va comunque sottolineata - quando si affrontano le questioni della governance e della gestione dei servizi dei rifiuti, non bisogna limitarsi a leggere singoli “pezzi” della Parte IV[^] del TUA, perché esse vanno correlate (si badi: doverosamente) alle disposizioni altresì da applicare (e rispettare) quali il Nuovo Codice degli Contratti Pubblici di cui al D.Lgs. 31 marzo 2023, n. 36 (cioè tutta la normativa sulle concessioni e sugli appalti¹³⁷); la disciplina tariffaria (MTR) e sulla qualità del servizio pubblico (TQRIF) dell'ARERA¹³⁸ che non può essere derogata; la disciplina sui servizi pubblici a rilevanza economica, recentemente oggetto di riordino col D.Lgs. 23 dicembre 2022, n. 201 e i tanti “pezzettini” di ausilio interpretativo costituito non solo dal diritto vivente, altresì da orientamenti, prese di posizioni,

135 L'ARERA (cfr., tra altro, la Legge 27 dicembre 2017, n. 205) svolge, com'è noto, funzioni di regolazione tariffaria e di qualità tecnico-contrattuale, ma nel suo ruolo e attività deve comunque inserirsi nel rispetto della «trasversalità delle competenze statali» (art. 117, comma 2, lett. “s” Cost.) che caratterizza le disposizioni di carattere sostanziale, come pure di quelle aventi contenuto organizzativo. Pertanto, si noti, solo il legislatore nazionale può definire «l'organizzazione delle corrispondenti funzioni amministrative anche attraverso l'allocazione di competenze presso enti diversi dai comuni (ai quali esse devono ritenersi generalmente attribuite secondo il criterio espresso dall'art. 118 Cost.), tutte le volte in cui l'esigenza di esercizio unitario della funzione trascenda il relativo ambito territoriale di governo, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza (sentenza n. 189 del 2021)» così la sentenza Consiglio di Stato, Sez. II, 7 marzo 2024, n. 2255.

136 Si veda, ancora, la cit. sentenza Consiglio di Stato n. 2255 del 2024 (punti 4.5-4.6) che, tra altro, sconfessa questa teoria.

137 Anche nelle “deroghe” di cui agli affidamenti diretti, tra i quali si annovera l'affidamento *in house providing* riallacciandosi a più disposizioni disseminate in diverse fonti normative, donde taluni appannamenti concettuali di parte della dottrina.

138 Testo Unico della Qualità del servizio dei rifiuti urbani di cui alla delibera ARERA del 18/01/2022, n. 15.



circolari, decisioni, indirizzi di più organi e/o enti (ad es. l'ANAC¹³⁹; l'AGCM; il SNPA/ISPRA; la Corte dei Conti; il Ministero dell'Ambiente- nelle sue varie denominazioni -¹⁴⁰; ecc.). A tacere poi dal ricorso ad altri "saperi" non meramente giuridici.

Onde meglio comprendere tutti questi aspetti che vanno ordinati a "sistema" mi pare davvero utile la lettura di cui alla già citata sentenza del Consiglio di Stato Sez. II n. 2255 del 7 marzo 2024 ¹⁴¹ (oltre a quella, sempre del Consiglio di Stato, Sez. II, 6 dicembre 2023, n. 10550) che hanno affrontato una casistica relativa alla impiantistica privata e pubblica in rapporto ai SPL rifiuti e l'ARERA (ma non solo anche nei rapporti con la pianificazione e legislazione regionale, gli EGATO, il Ministero dell'Ambiente, ecc.), adottando una perspicua interpretazione e interrelazione di più materie e prospettive, invero spesso equivocati negli impasti eclettici teorici o superficiali, tutto ciò senza cadere nei rivoli ed interessi particolaristici, ma sottolineando la necessità di un nuovo approccio e lettura della complessiva normativa.

Anzitutto la pregevole sentenza Cons. Stato n. 2555/2024 si richiama, oltre alle fonti europee, alla recente Legge 11 febbraio 2022, n 1 sulla «nuova assiologia compositiva» come trasversalmente voluta tra lo sviluppo economico e la tutela ambientale recata coi "nuovi" articoli 9 e 41-42 Cost.¹⁴². La sentenza indi si sofferma sulle attività gestionali dei rifiuti urbani (di "pubblico interesse" art. 177, comma 2 del TUA) le cui attività si svolgono in regime di monopolio, cioè in regime di «privativa» («monopolio legale») applicata ai rifiuti urbani in tutte le loro fasi gestionali, salvo che per il loro «avvio» al recupero (peraltro, consentito solamente alle UND cfr. l'art. 238, comma 10 del TUA e altre disposizioni ad essa riconducibili). Ed eccoci ai famosi (ma ancora spesso equivocati) principi "di autosufficienza" e "di prossimità" nella gestione dei rifiuti urbani del servizio "integrato" - in un sistema di governance che è anche multilivello - partendo dalla suddivisione del servizio medesimo in: a) orizzontale: di cui alla previsione degli Ambiti Territoriali Ottimali (AATTOO o ATO) per aumentare l'efficienza e l'economicità della gestione, evitando la frammentazione (cfr l'art. 200, comma 1, lett. "a", ma anche il comma 7 del medesimo art. 200 sui modelli alternativi o in deroga); b) verticale: ove l'operatore delle attività "a monte" e "a valle", è integrato "in quanto sussidiato dalla compensazione economica ricevuta per l'attività svolta in privativa", il che (si noti) "pone il problema di mitigare le interferenze sulle dinamiche concorrenziali delle altre fasi del ciclo" di gestione dei rifiuti. Le modalità di gestione del servizio dei rifiuti urbani e l'affidamento del servizio non potrebbe comunque sottrarsi alle ordinarie regole di cui al più

139 Si veda la delibera ANAC n. 1, ad. plenaria del 10 gennaio 2024 dove si affrontano le questioni tra le gare dei servizi raccolta rifiuti urbani e quella del conferimento alla impiantistica, propendendo per far svolgere ai comuni distinte gare *ex D. Lgs. 31 marzo 2023, n. 26*. Sul punto vedasi anche sentenza TAR Lombardia, Milano, Sez. I, 24 aprile 2023, n. 1012.

140 Ad es. il Programma Nazionale di Gestione dei Rifiuti (*ex art. 198-bis del TUA*), di cui al Decreto Ministero Transizione Ecologica n. 259 del 24 giugno 2022, oltre agli interpelli, circolari, eccetera.

141 Sulla sentenza del Consiglio di Stato Sez. II n. 2255 del 7 marzo 2024 sia permesso rinviare al commento nella rivista *Quotidiano della Pubblica Amministrazione*, Milano, 2024 dal titolo sintomatico *il rapporto tra la politica e la tecnica nel mondo dei rifiuti e dei servizi pubblici, e molto altro*.

142 Cfr. *Le modifiche agli artt. 9 e 41 Cost.: tra nobiltà dei fini e pateracchi*, Comuni d'Italia, 3. 2021.



volte cit. D.Lgs. n. 201/2022, richiamate anche dal D.Lgs. n. 36/2023 recante il nuovo “Codice dei Contratti Pubblici”: più esattamente il servizio dovrà essere affidato a terzi mediante procedura ad evidenza pubblica, a società mista, ovvero, laddove ne ricorrano i presupposti (sempre più striminziti), gestito attraverso società in house. Diversamente, l’attivazione e/o il mantenimento di gestioni difformi da quelle definite dalla legge devono considerarsi illegittime e potrebbero determinare, quantomeno, l’attivazione dell’ANAC e della Procura della Corte dei conti.



OSSERVATORIO



OSSERVATORIO DI DIRITTO CIVILE N. 1/2024

Civil law observatory n. 1/2024

Andrea Giocondi – Andrea Greco¹

Abstract [ITA]: questo numero contiene un massimario delle più importanti sentenze della Cassazione e della Corte costituzionale depositate nel secondo trimestre 2024. L'Osservatorio riporta anche una nota alla sentenza Cassazione Civile sulla qualificazione del fideiussore come consumatore o professionista.

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 second quarter of 2024. The Observatory also reports a note to the judgment Supreme Court on the qualification of the guarantor as a consumer or professional.*

Key words: *civil law – jurisprudential developments – regulatory innovation*

SOMMARIO: 1. La Suprema Corte torna ancora una volta sui criteri di qualificazione del fideiussore come consumatore o professionista. – 2. Il repertorio delle più importanti pronunce della suprema Corte di cassazione relative al secondo trimestre 2024. – 3. Il repertorio delle più importanti pronunce della Corte costituzionale relative al secondo trimestre 2024. – 4. Le principali novità normative.

1. La Suprema Corte torna ancora una volta sui criteri di qualificazione del fideiussore come consumatore o professionista. Nota a Cass. Civ., Sez. I, Ord. 7 maggio 2024, (ud. 19 dicembre 2023), n. 12286 – Pres. De Chiara – Rel. Valentino.

Cass. Civ., Sez. I, Ord. 7 maggio 2024, (ud. 19 dicembre 2023), n. 12286 – Pres. De Chiara – Rel. Valentino.

La massima: Nel contratto di fideiussione i requisiti soggettivi per l'applicazione della disciplina consumistica devono essere valutati con riferimento alle parti di esso senza considerare dunque il contratto principale. Deve quindi ritenersi consumatore il fideiussore persona fisica che pur svolgendo una propria attività professionale (o anche più attività professionali) stipuli un contratto di garanzia per finalità estranee alla stessa.

La vicenda giudiziaria: Sotto il profilo civilistico la vicenda, in sé semplice, può essere così riassunta. Il Tribunale di Como, con decreto emesso il 12 dicembre 2011, aveva ingiunto ad una società commerciale,

¹ In questo numero, il repertorio della giurisprudenza della Corte di cassazione così come la nota a Cass. Civ., Sez. I, Ordinanza 7 maggio 2024, (ud. 19 dicembre 2023), n. 12286 è stata curata dall'Avv. Andrea Greco. Il repertorio della giurisprudenza della Consulta e le novità normative dall'Avv. Andrea Giocondi.



U.C. S.r.l., ed ai due garanti di quest'ultima, di corrispondere ad un istituto di credito il complessivo importo di € 764.158,32 oltre gli interessi legali e le spese del procedimento. La domanda monitoria si fondava su una serie di rapporti finanziari intrattenuti tra la banca istante e l'obbligata principale e, più precisamente, su di un finanziamento chirografario di Euro 800.000,00, in relazione al quale, alla data del 28 ottobre 2011, la Banca vantava ancora un credito residuo di Euro 588.133,93 e di un affidamento in conto corrente di Euro 337.716,11 (relativo a varie operazioni di finanziamento) che, alla data del 3 novembre 2011, presentava un saldo debitore di Euro 176.024,39. Avverso il menzionato decreto ingiuntivo spiegavano opposizione i due garanti contestando la sussistenza e l'entità del credito azionato in via monitoria, l'illegittimo addebito della commissione di massimo scoperto, l'applicazione di interessi anatocistici e usurari, l'estinzione della fideiussione, ai sensi dell'art. 1956 c.c. Uno dei due garanti formulava, inoltre, domanda di annullamento della fideiussione a suo dire rilasciata in stato di incapacità naturale di intendere e di volere. Con sentenza n. 1395/16, il Tribunale di Como respingeva l'opposizione confermando il decreto opposto e la questione, interposto appello, veniva quindi devoluta alla Corte di Appello di Milano la quale, a sua volta, rigettava la domanda degli oppositori in primo grado, seppur con motivazioni parzialmente difformi rispetto a quelle che avevano sorretto la pronuncia del Tribunale. In particolare, la Corte meneghina accoglieva l'eccezione della banca di improponibilità di ogni contestazione del debito grazie alla clausola *solve et repete* ritenuta valida non essendo gli appellanti qualificabili come consumatori e ciò in quanto gli stessi, pur estranei alla compagine sociale, avevano inteso sostenere l'attività imprenditoriale del proprio figlio evidenziando in questo modo un «inequivoco coinvolgimento ... negli interessi, di natura imprenditoriale, della società garantita». La Corte di Appello confermava infine l'esclusione dell'annullabilità della fideiussione rilasciata da uno dei due fideiussori per incapacità naturale sulla scorta di quanto attestato dalla consulenza tecnica medico legale espletata nel giudizio di primo grado. Avverso detta sentenza i due garanti hanno proposto ricorso per cassazione affidandosi a cinque motivi, il secondo dei quali attinente alla loro natura di consumatori. La Banca ha risposto con controricorso.

I principi di diritto espressi nella pronuncia: Con la sentenza in oggetto la Suprema Corte è tornata a pronunciarsi sui criteri ermeneutici di qualificazione quali professionisti o consumatori dei garanti di società commerciali. I ricorrenti avevano, infatti, lamentato con il secondo motivo di ricorso per cassazione la violazione degli artt. 3, 33, comma 2, lett. t), 34, comma 4, 36, commi 1 e 3, cod. consumo per avere la Corte d'Appello di Milano considerato professionisti e non meri consumatori i fideiussori di una società commerciale pur essendo questi ultimi non soltanto privi di per sé della qualità di professionisti ma anche estranei alla compagine sociale dell'impresa garantita, che avevano favorito «per mere ragioni di *affectio* familiare nei confronti del figlio che ne era il titolare». La Corte di cassazione ha ritenuto detta censura fondata nel solco di una serie di più recenti provvedimenti tra i quali, da ultimo, anche la pronuncia resa dalla Suprema Corte a Sezioni unite con l'ordinanza n. 5868/2023, provvedimenti che avevano scardinato il diverso e più risalente orientamento, consolidatosi nei precedenti decenni. Come chiarito anche dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, infatti, nel contratto di fideiussione i requisiti soggettivi per l'applicazione della disciplina consumeristica devono essere valutati con riferimento alle parti di esso senza tener conto del contratto principale. Deve dunque sempre ritenersi consumatore il fideiussore persona fisica che, pur svolgendo una propria attività professionale o anche più attività professionali, stipuli il contratto di garanzia per finalità estranee alla stessa e ciò nel senso che la prestazione della fideiussione non deve costituire atto espressivo di tale attività né essere strettamente funzionale al suo svolgimento quale ad esempio l'ipotesi di cui è causa di garanti estranei alla compagine sociale della debitrice principale garantita. Di qui la conferma del principio, più volte riaffermato negli ultimi anni, secondo il quale «nel contratto di fideiussione i requisiti soggettivi per l'applicazione della disciplina consumeristica devono essere valutati con riferimento alle parti di esso senza considerare dunque il contratto principale. Deve quindi ritenersi consumatore il fideiussore persona fisica che pur svolgendo una propria attività professionale (o anche più attività professionali) stipuli un contratto di garanzia per finalità estranee alla stessa».



La giurisprudenza in materia: La questione relativa alla qualificabilità del fideiussore in termini di consumatore oppure di professionista ha fatto registrare, sulla scia dei pronunciamenti della Corte di Giustizia, una notevole evoluzione nella giurisprudenza nostrana fino a giungere alla stabile affermazione del principio sposato anche dalla sentenza in rassegna. È di non molti anni fa, infatti, l'affermazione secondo la quale pur premettendo che «per la fideiussione che accede a contratti bancari deve ritenersi sussistente il requisito oggettivo per l'applicabilità della disciplina delle clausole abusive introdotta dalla l. n. 52 del 1996, anche nel vigore dell'art. 1469-bis nel testo anteriore alla l. n. 526 del 1999» resta «l'ulteriore questione, attinente al requisito soggettivo di applicabilità della disciplina, della individuazione del soggetto che deve rivestire la qualità di consumatore e cioè la questione se detta qualità debba essere rivestita dal debitore principale, dal fideiussore o da entrambi. Coerentemente con quanto affermato in precedenza, la questione si deve risolvere nel senso che la qualità del debitore principale attrae quella del fideiussore. In tal senso è decisivo il carattere di accessorietà della fideiussione, in virtù del quale il contratto che costituisce l'obbligazione fideiussoria è collegato con il contratto costitutivo dell'obbligazione principale e proprio in virtù di tale collegamento rientra nell'ambito oggettivo di applicazione della direttiva. Nella specie, pertanto, poiché la fideiussione accede ad un contratto stipulato da un imprenditore collettivo, si deve escludere che ricorra il requisito soggettivo di applicabilità della disciplina delle clausole abusive nei contratti con i consumatori» (Cass. Civ., Sez. I, 11 gennaio 2001, n. 314). Detto principio, che faceva leva sull'accessorietà dell'obbligazione di garanzia rispetto a quella principale e, dunque, sulla necessità di far riferimento a quest'ultima per qualificare il garante come consumatore o professionista ha trovato a lungo conferma nella giurisprudenza di merito e di legittimità. Ancora una decina d'anno dopo, infatti, la Suprema Corte tornava a ribadire che in presenza di un contratto di fideiussione «è all'obbligazione garantita che deve riferirsi il requisito soggettivo della qualità di consumatore ai fini dell'applicabilità della specifica normativa in materia di tutela del consumatore di cui agli artt. 1469 bis e segg. cod. civ. nel testo vigente “*ratione temporis*”, attesa l'accessorietà dell'obbligazione del fideiussore rispetto all'obbligazione garantita» (Cass. Civ. Sez. III, 29 novembre 2011, n. 25212) ed addirittura ancora nel 2016, quando già a livello europeo iniziava a consolidarsi il mutamento di orientamento, i giudici di legittimità avevano modo di osservare come «la doglianza di pretermissione della pretesa qualità di consumatore degli originari attori è infondata: questa Corte ha già avuto modo di statuire che, in presenza di un contratto di fideiussione, è all'obbligazione garantita che deve riferirsi il requisito soggettivo della qualità di consumatore, ai fini dell'applicabilità della specifica normativa in materia di tutela del consumatore, attesa l'accessorietà dell'obbligazione del fideiussore rispetto all'obbligazione garantita (Cass. 29 novembre 2011, n. 25212); ma a diversa soluzione non può non pervenirsi pure nell'evenienza di contratto autonomo di garanzia, essendo comunque anch'esso, con tutta evidenza, funzionalmente inserito nell'attività dell'impresa garantita - quale elemento utile per il suo funzionamento anche solo corrente, onde appunto assicurarle il credito da parte di altri contraenti, i quali fidano sulla garanzia prestata o comunque la prendono in considerazione come elemento determinante nel momento in cui si inducono a contrattare con l'imprenditore garantito, così determinando un diverso e più favorevole andamento dell'attività di impresa - e quindi esulando dal concetto di consumo o bisogno personale del contraente, il solo che può giustificare appunto l'applicazione della disciplina generale del diritto del consumatore» (Cass. Civ., Sez. VI, 5 dicembre 2016, n. 24846). Il principio secondo il quale trovandoci di fronte ad un'obbligazione accessoria occorre far riferimento alla natura dell'obbligata principale per qualificare il garante era, del resto, ben presente anche nella giurisprudenza di merito come dimostrano non solo le già menzionate sentenze del Tribunale di Como e della Corte di Appello di Milano che hanno portato alla decisione oggi in commento, ma anche quella del Tribunale di Padova secondo il quale «in caso di fideiussione la qualità del debitore principale si somma a quella del fideiussore per effetto del carattere accessorio dell'obbligazione fideiussoria rispetto all'obbligazione principale. Nella specie, pertanto, poiché la fideiussione è stata prestata dall'attore a favore della Società srl (la quale non può considerarsi “consumatore” ai sensi del secondo comma dell'art. 1469 bis c.c.), va escluso che lo possa essere anche l'attore» (Tribunale Padova, Sez. II, 28 gennaio 2003, n. 189). A partire dalla seconda metà degli anni dieci del secolo, tuttavia, si notano i primi segni di un'inversione di tendenza prima a livello europeo e poi, con sempre maggiore convinzione a livello nazionale. Sotto questo punto di vista, il punto di svolta della giurisprudenza unionale si è avuto con le prime sentenze interpretative della



direttiva 93/13/CEE del Consiglio del 5 aprile 1993, direttiva che ha fortemente inciso sulla tutela del consumatore come dimostra in tempi recenti il filone giurisprudenziale che negli ultimi anni ha riguardato l'intersezione tra clausole abusive e decreto ingiuntivo non opposto. Prima dell'entrata a regime della direttiva 93/13/CEE del Consiglio del 5 aprile 1993, infatti, la Corte di giustizia aveva avuto modo di osservare «come l'art. 2, primo trattino, della direttiva del Consiglio 20 dicembre 1995, 85/577/CEE, per la tutela dei consumatori in caso di contratti negoziati fuori dei locali commerciali va interpretato nel senso che un contratto di fideiussione stipulato da una persona fisica, la quale non agisca nell'ambito di un'attività professionale, è escluso dalla sfera di applicazione della direttiva quando esso garantisca il rimborso di un debito contratto da un'altra persona la quale agisce, per quanto la concerne, nell'ambito della propria attività professionale» (Corte gius. – Quinta Sezione, 17 marzo 1998, C-45/96, Bayerische Hypotheken - und Wechselbank AG). Come abbiamo avuto modo di osservare poc'anzi, tuttavia, mentre la nostra Suprema Corte ribadiva che la natura accessoria dell'obbligazione di garanzia comportava la necessità di far riferimento all'obbligazione garantita per qualificare il garante come consumatore o professionista, la Corte di giustizia in due successive sentenze del biennio 2015/2016 rese sull'interpretazione della direttiva 93/13/CEE del Consiglio del 5 aprile 1993 mutava orientamento rispetto alla pronuncia del 1998 affermando che «gli articoli 1, paragrafo 1, e 2, lettera b), della direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, devono essere interpretati nel senso che tale direttiva può essere applicata a un contratto di garanzia immobiliare o di fideiussione stipulato tra una persona fisica e un ente creditizio al fine di garantire le obbligazioni che una società commerciale ha contratto nei confronti di detto ente in base a un contratto di credito, quando tale persona fisica ha agito per scopi che esulano dalla sua attività professionale e non ha alcun collegamento di natura funzionale con la suddetta società» (Corte gius. - Sesta Sezione, 19 novembre 2015, C-74/15, Dumitru Tarcău, Ileana Tarcău/Banca Comercială Intesa Sanpaolo România SA e a.) principio questo riaffermato in maniera ancora più esplicita a poco meno di un anno di distanza con l'ordinanza secondo la quale «gli articoli 1, paragrafo 1, e 2, lettera b), della direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, devono essere interpretati nel senso che tale direttiva si applica a un contratto di garanzia immobiliare stipulato tra persone fisiche e un ente creditizio al fine di garantire le obbligazioni che una società commerciale ha contratto nei confronti di detto ente in base a un contratto di credito, quando tali persone fisiche hanno agito per scopi che esulano dalla loro attività professionale e non hanno alcun collegamento di natura funzionale con la suddetta società, circostanze queste che spetta al giudice del rinvio verificare» (Corte Gius. – Decima Sezione, 14 settembre 2016, C-534/15 Pavel Dumitraș e Mioara Dumitraș contro BRD Groupe Société Générale – Sucursala Județeană Satu Mare). Il mutamento di prospettiva del giudice europeo è stato quindi recepito a livello nazionale dalla Suprema Corte la quale a pochi anni di distanza dalla sentenza che ribadiva ancora una volta il precedente orientamento ha avuto modo di affermare che «è vero, per contro, che la giurisprudenza comunitaria (Corte giustizia UE sez. 10, 14/09/2016, n. 534) rileva che il contratto di garanzia o di fideiussione, sebbene possa essere descritto, in relazione al suo oggetto, come un contratto accessorio rispetto al contratto principale da cui deriva il debito che esso garantisce (v., in tal senso, sentenza del 17/03/1998, Dietzinger, C45/96, EU:C:1998:111, punto 18), si presenta, dal punto di vista delle parti contraenti, come un contratto distinto in quanto è stipulato tra soggetti diversi dalle parti del contratto principale. È dunque in capo alle parti del contratto di garanzia o di fideiussione che deve essere valutata la qualità in cui queste hanno agito (ordinanza del 19/11/2015, C-74/15, punto 26). Aggiunge, però, che la nozione di "consumatore", ai sensi dell'art. 2, lett. b), della direttiva 93/13, ha un carattere oggettivo. Essa deve essere determinata alla luce di un criterio funzionale consistente nel valutare se il rapporto contrattuale in esame rientri nell'ambito di attività estranee all'esercizio di una professione (v. ord. C-74/15, punto 27 e giurisprudenza citata). Spetta al giudice nazionale, investito di una controversia relativa a un contratto idoneo a rientrare nell'ambito di applicazione di tale direttiva, verificare, tenendo conto di tutte le circostanze della fattispecie e di tutti gli elementi di prova, se il contraente in questione possa essere qualificato come "consumatore" ai sensi della suddetta direttiva» (Cass. Civ., Sez. III, 13 dicembre 2018, n. 32225). Alla sentenza sono quindi seguite in rapida successione, quasi a voler rimarcare il nuovo indirizzo, l'importante sentenza della Cass. Civ. Sez. VI - 1, 16 gennaio 2020, n. 742 nella quale la



Suprema Corte motiva ampiamente il proprio mutamento di orientamento precisando che «Il Collegio ritiene di dovere abbandonare l'orientamento tradizionalmente seguito da questa Corte in punto di criteri selettivi dell'eventuale ascrizione del fideiussore alla categoria normativa di consumatore. Non può di certo essere ignorato, invero, il forte rilievo che, per la ricostruzione del diritto interno, vengono a rivestire gli interventi della Corte di Giustizia Europea (in proposito cfr., tra le altre, Cass., 3 marzo 2017, n. 5381; Cass., 8 febbraio 2016, n. 2468). D'altra parte, quello dell'accessorietà fideiussoria si manifesta tratto oggettivamente estraneo alla normativa di protezione del consumatore. Connotante la struttura disciplinare dell'impegno e dell'obbligazione assunti dal fideiussore, l'accessorietà non può non rimanere confinata entro tale ristretto ambito; di certo, non può venire proiettata fuori da esso, per spingerla sino a incidere sulla qualificazione dell'attività - professionale o meno - di uno dei contraenti; tanto meno, l'accessorietà potrebbe far diventare un soggetto (il fideiussore o, più in generale, il terzo garante) il replicante, ovvero il duplicato, di un altro soggetto (il debitore principale). Non è un caso, del resto, che gran parte della letteratura ha censurato aspramente la costruzione del fideiussore quale professionista di riflesso, pure evidenziando gli esiti paradossali a cui la stessa conduce in modo diretto, quale quello di dovere ritenere consumatore la banca, che presta fideiussione per il debito contratto da una persona fisica che non svolga alcun tipo di attività professionale. Così esclusa la rilevanza dell'attività svolta dal debitore principale per la qualificazione della posizione (di consumatore o meno) del fideiussore, va adesso segnalato che le citate decisioni della Corte di giustizia indicano - quale criterio per la positiva identificazione di un fideiussore nell'ambito della categoria del consumatore - la "valutazione se il rapporto contrattuale" di cui alla fideiussione nel concreto rientri, oppure no, "nell'ambito di attività estranee" all'esercizio della eventuale professione specificamente svolta dal soggetto che ha prestato la garanzia. Come si vede, si tratta del criterio generale, comune per l'identificazione di una contraente persona fisica nell'alveo protettivo di consumatore. Non si vede, d'altro canto, quale ragione oggettiva potrebbe mai giustificare un'identificazione del fideiussore (del terzo garante, in genere) in tale figura (di consumatore, appunto) sulla base di criteri diversi da quelli generali e comuni. Di conseguenza, alla stregua dell'interpretazione che, nell'attuale, questa Corte dà della nozione generale di consumatore (cfr., da ultimo, Cass., 26 marzo 2019, n. 8419), tale dev'essere considerato il fideiussore persona fisica che, pur svolgendo una propria attività professionale (o anche più attività professionali), stipuli il contratto di garanzia per finalità non inerenti allo svolgimento di tale attività, bensì estranee alla stessa, nel senso che si tratti di atto non espressivo di questa, né strettamente funzionale al suo svolgimento (c.d. atti strumentali in senso proprio)» ed infine, seppur in via incidentale, le Sezioni Unite Civili del 27 febbraio 2023, n. 5868 secondo le quali «superando l'automatismo precedentemente affermato fra qualifica del debitore principale e qualifica del garante, si afferma che "nel caso di una persona fisica che abbia garantito l'adempimento delle obbligazioni di una società commerciale, spetta quindi al giudice nazionale determinare se tale persona abbia agito nell'ambito della sua attività professionale o sulla base dei collegamenti funzionali che la legano a tale società, quali l'amministrazione di quest'ultima o una partecipazione non trascurabile al suo capitale sociale, o se abbia agito per scopi di natura privata". Onde, alla luce di tali premesse, la Corte ha stabilito che «gli artt. 1, paragrafo 1, e 2, lett. b), della direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, devono essere interpretati nel senso che tale direttiva può essere applicata a un contratto di garanzia immobiliare o di fideiussione stipulato tra una persona fisica e un ente creditizio al fine di garantire le obbligazioni che una società commerciale ha contratto nei confronti di detto ente in base a un contratto di credito, quando tale persona fisica ha agito per scopi che esulano dalla sua attività professionale e non ha alcun collegamento di natura funzionale con la suddetta società» (Corte di giustizia UE 9 novembre 2015, C-74/15, Tarcau; 14 settembre 2016, C-534/15, Dumitras). Ne deriva che il fideiussore, persona fisica, non è un professionista "di riflesso", non essendo quindi tale solo perché lo sia il debitore garantito. Questa Corte ha dunque in varie occasioni preso già atto delle citate decisioni della Corte di giustizia Europea (v. Cass. n. 742 del 2020; Cass. n. 32225 del 2018). Il Collegio condivide tale orientamento, in quanto le finalità della disciplina consumeristica sarebbero frustrate, ove dovesse ritenersi in sé che il garante di un professionista sia, per definizione, a sua volta qualificato come non consumatore».

La dottrina: La massima in esame costituisce frutto maturo della nozione di tutela del consumatore alla



luce dei principi enunziati dalla direttiva 93/13/CEE del Consiglio del 5 aprile 1993. È pertanto sullo sviluppo di quest'ultima nella dottrina italiana che è opportuno focalizzarsi e la letteratura in materia è ormai sterminata, circostanza per certi aspetti singolare se si tiene conto che ancora alla fine degli anni ottanta del secolo scorso un illustre giurista italiano interrogandosi se alla nozione di consumatore potesse attribuirsi una autonomia giuridica e non meramente lessicale osservava come «non sembra allo stato che una tale ricerca possa avere un esito positivo, e ciò per un duplice ordine di ragioni. Da un lato l'assenza – a differenza che in altri paesi – di un'organica disciplina che in qualche modo manifesti la volontà dell'ordinamento italiano di considerare il «consumatore» come un soggetto a priori individuabile e destinatario di una normativa in qualche modo differenziata. Anzi i pochi sparsi richiami alla figura del «consumatore» contenuti per lo più in testi amministrativi denotano un'estrema vaghezza se non gravi confusioni. In assenza di un'individuazione ricollegabile ad elementi naturali (ad es. il minore, la donna) o a disposizioni normative (il pubblico ufficiale, la persona giuridica, il lavoratore dipendente) il «consumatore» non costituisce un soggetto giuridicamente autonomo nell'ordinamento positivo italiano ma una figura rappresentativa di istanze – meritevoli della massima attenzione, senz'altro – che si estrinsecano de iure condendo e in sede di politica del diritto» V. ZENO ZENCOVICH, *Consumatore (tutela del) i) Diritto civile*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, 1988. Il punto di svolta nel riconoscimento dei diritti dei consumatori deve indubbiamente rinvenirsi nella direttiva 93/13/CEE del Consiglio del 5 aprile 1993 con la quale si è andati ad inserire nel complessivo e tradizionale quadro della creazione di un unico grande mercato europeo l'esigenza di tutela del consumatore; tutela senza la quale alcun ulteriore sviluppo del mercato unico sarebbe stata più possibile. Si esprime in tal senso C. DALIA, *Il lento divenire della nullità di protezione – di cui all'art. 6, paragrafo 1, della direttiva 93/13/CEE – nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea*, in *Comparazione e diritto civile*, 1/2020, 55 la quale precisa a riguardo che «la presenza di legislazioni nazionali differenti in materia di clausole abusive rappresenta il principale ostacolo alla creazione del mercato interno, in quanto legislazioni differenti generano mercati differenti che determinano non solo distorsioni della concorrenza, ma che disincentivano il consumatore, poco motivato alle transazioni transfrontaliere a causa dell'ignoranza delle norme giuridiche vigenti nei vari Stati (2° e 5° considerando)». Alla luce della direttiva in esame così come interpretata dalla Corte di giustizia, le clausole contrattuali lesive dei diritti dei consumatori devono ritenersi nulle per violazione di norme imperative inderogabili e la nullità, qualificata come di protezione, può essere rilevata anche d'ufficio ma solo a tutela della parte debole. Per un'attenta ricostruzione dell'evoluzione del peculiare concetto di nullità di protezione prevista dalla direttiva 93/13/CEE del Consiglio del 5 aprile 1993 si veda l'opera di G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici nulli*, Napoli, 2011 ed in tempi più recenti il già menzionato saggio di C. DALIA, *Il lento divenire della nullità di protezione – di cui all'art. 6, paragrafo 1, della direttiva 93/13/CEE – nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea*, in *Comparazione e diritto civile*, 1/2020. Più risalente nel tempo, e dunque meno aggiornato soprattutto sull'evoluzione giurisprudenziale di matrice europea sviluppatasi a partire dalla sentenza Corte gius., 27 giugno 2000, C-240/98 Océano Grupo Editorial SA contro Roció Murciano Quintero, C-241/98 Salvat Editores SA contro José M. Sánchez Alcón Prades, C-242/98 José Luis Copano Badillo, C-243/98 Mohammed Berroane e C-244/98 Emilio Viñas Feliú in Raccolta 2000 I - 04941 è l'opera di E. MINERVINI, *Tutela del consumatore e clausole vessatorie*, Napoli, 1999. Per una ricostruzione più specifica della nozione di fideiussore / consumatore si segnala invece l'interessante saggio di M. GIROLAMI, *La saga del fideiussore consumatore*, in *Rivista di Diritto Bancario*, Luglio/Settembre 2022, 655.

2. Il repertorio delle più importanti pronunce della suprema Corte di cassazione relative al secondo trimestre 2024.

- 1) Cass. Civ., Sez. II, Ord. 4 aprile 2024 (ud. 28 marzo 2024), n. 8940 – Pres. Mocci – Rel. Varrone.
Servitù – Modalità di costituzione per via negoziale

Per la costituzione di una servitù per via negoziale non è necessario l'impiego di formule sacramentali



essendo sufficiente che dal titolo risulti in modo non equivoco la volontà delle parti di costituire un vantaggio a favore di un fondo mediante l'imposizione di un carico o limitazione ad altro fondo in vista di una finalità di carattere permanente. L'esigenza che nell'atto costitutivo di una servitù siano specificamente indicati tutti gli elementi di questa non implica la necessità della espressa indicazione ed analitica descrizione del fondo servente e di quello dominante essendo sufficiente che i predetti elementi siano comunque desumibili dal contenuto dell'atto.

2) Cass. Civ., Sez. II, Ord. 8 aprile 2024 (ud. 18 gennaio 2024), n. 9313 – Pres. Carrato– Rel. Giannaccari.

Attuazione delle direttive sui rifiuti pericolosi e di imballaggio – Limiti di peso

La possibilità di non compilare i formulari corredati delle indicazioni prescritte dal quarto comma dell'art. 15 del d.lgs. n. 22 del 5 febbraio 1997 è consentita solo nelle ipotesi in cui il produttore di rifiuti non trasporti più di 30 Kg di rifiuti. Detto limite di peso non va quindi riferito al singolo trasporto o al singolo formulario ma ai trasporti complessivamente effettuati nella giornata.

3) Cass. Civ., Sez. II, Ord. 9 aprile 2024 (ud. 4 aprile 2024), n. 9450 – Pres. Mocci – Rel. Oliva.

Servitù – Modalità di costituzione di una servitù di passaggio

Il requisito dell'apparenza della servitù necessario ai fini dell'acquisto per usucapione o per destinazione del padre di famiglia si configura come presenza di segni visibili di opere permanenti obiettivamente destinate al suo esercizio tali da rendere manifesto che non si tratti di attività compiuta in via precaria ma di preciso onere a carattere stabile. Ne consegue che per l'acquisto di una servitù di passaggio non basta l'esistenza di una strada o di un percorso all'uopo idonei essendo viceversa essenziale che essi mostrino di essere stati realizzati al preciso scopo di dare accesso al fondo preteso dominante attraverso quello preteso servente ed occorrendo quindi un *quid pluris* che dimostri la loro specifica destinazione all'esercizio della servitù.

4) Cass. Civ., Sez. II, Ord. 26 aprile 2024 (ud. 11 aprile 2024), n. 11174 – Pres. Bertuzzi – Rel. Trapuzzano.

Unione Europea – Tutela del consumatore – Ordinanza di rimessione alla Corte di giustizia dell'Unione Europea

Si rimette alla Corte di giustizia dell'Unione europea la seguente questione pregiudiziale avente ad oggetto l'interpretazione della Direttiva 93/13/CEE del Consiglio del 5 aprile 1993 concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori e dell'art. 47 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea, nei sensi di cui in motivazione

"Se l'art. 6, paragrafo 1, e l'art. 7, paragrafo 1, della Direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, e l'art. 47 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea debbano essere interpretati: (a) nel senso che ostino all'applicazione dei principi del procedimento giurisdizionale nazionale, in forza dei quali le questioni pregiudiziali, anche in ordine alla nullità del contratto, che non siano state dedotte o rilevate in sede di legittimità, e che siano logicamente incompatibili con la natura del dispositivo cassatorio, non possono essere esaminate nel procedimento di rinvio, né nel corso del controllo di legittimità a cui le parti sottopongono la sentenza del giudice di rinvio; (b) anche alla luce della considerazione circa la completa passività imputabile ai consumatori, qualora non abbiano mai contestato la nullità/inefficacia delle clausole abusive, se non con il ricorso per cassazione all'esito del giudizio di rinvio; (c) e ciò con particolare riferimento alla rilevazione della natura abusiva



di una clausola penale manifestamente eccessiva, di cui sia stata disposta, in sede di legittimità, la rimodulazione della riduzione secondo criteri adeguati (quantum), anche in ragione del mancato rilievo della natura abusiva della clausola a cura dei consumatori (an), se non all'esito della pronuncia adottata in sede di rinvio".

5) Cass. Civ., Sez. III, Sent. 3 maggio 2024 (ud. 27 marzo 2024), n. 12007 – Pres. De Stefano – Rel. Tatangelo.

Mutuo – Realtà del contratto – Idoneità a fungere da titolo esecutivo nell'ipotesi in cui la somma concessa sia stata successivamente costituita in deposito infruttifero

Nel caso in cui venga stipulato un accordo negoziale in cui una banca concede una somma a mutuo e la eroghi effettivamente al mutuatario anche mediante semplice accredito senza consegna materiale del danaro ma al tempo stesso si convenga che tale somma sia immediatamente ed integralmente restituita dal mutuatario alla mutuante (e se ne dia atto nel contratto) con l'intesa che essa sarà svincolata in favore del mutuatario stesso solo al verificarsi di determinate condizioni deve riconoscersi come regolarmente perfezionato un contratto reale di mutuo ma al tempo stesso deve escludersi, ai sensi dell'art. 474 c.p.c. che dal complessivo accordo negoziale stipulato tra le parti risulti una obbligazione attuale in capo al mutuatario di restituzione della somma stessa in quanto tale obbligazione sorge – per volontà delle parti stesse – solo nel momento in cui la somma in questione sia successivamente svincolata in suo favore ed entri nuovamente nel suo patrimonio. Deve pertanto escludersi che un siffatto contratto costituisca da solo titolo esecutivo essendo necessario un ulteriore atto necessariamente consacrato nelle forme richieste dall'art. 474 c.p.c. che attesti l'effettivo svincolo della somma già mutuata e ritrasferita alla mutuante in favore della parte mutuataria.

6) Cass. Civ., Sez. III, Sent. 3 maggio 2024 (ud. 27 marzo 2024), n. 12007 – Pres. De Stefano – Rel. Tatangelo.

Mutuo – Validità dell'indicizzazione del tasso di interesse all'indice Euribor

I contratti di mutuo contenenti clausole che al fine di determinare la misura di un tasso d'interesse fanno riferimento all'Euribor stipulati da parti estranee ad eventuali intese o pratiche illecite restrittive della concorrenza dirette alla manipolazione dei tassi sulla scorta dei quali viene determinato il predetto indice non possono in mancanza della prova della conoscenza di tali intese e/o pratiche da parte di almeno uno dei contraenti e dell'intento di conformare oggettivamente il regolamento contrattuale al risultato delle medesime intese o pratiche considerarsi contratti stipulati in "applicazione" delle suddette pratiche o intese. Va pertanto esclusa la sussistenza della nullità delle specifiche clausole di tali contratti contenenti il riferimento all'Euribor, ai sensi dell'art. 2 della l. n. 287 del 1990 e/o dell'art. 101 TFUE.

7) Cass. Civ., Sez. III, Sent. 10 maggio 2024 (ud. 20 dicembre 2023), n. 12928 – Pres. Frasca – Rel. Tassone.

Prescrizione - Effetti della sospensione sui coobbligati in solido

In tema di assicurazione obbligatoria della responsabilità civile per la circolazione stradale, posto che coerentemente allo scopo della l. n. 990 del 1969 e succ. mod. assicuratore e responsabile civile sono obbligati in solido verso il danneggiato in termini di cd. "solidarietà atipica", non riconducibile ad una *eadem causa obligandi*, bensì rispettivamente all'obbligazione *ex delicto* per il responsabile ed all'obbligazione nascente dal rapporto assicurativo per la compagnia assicurativa, sebbene con attribuzione *ex lege* dell'azione diretta contro di essa al danneggiato, l'operare di una causa di sospensione della prescrizione a favore del danneggiato, per il verificarsi delle condizioni di cui all'art. 2941, n. 1 e n. 2, cod. civ., nei confronti del responsabile, non



può essere assoggettata alla regola di cui al secondo comma dell'art. 1310, comma 2, cod. civ. con conseguente inoperatività verso l'assicuratore, atteso che questa regola appare dettata per obbligazioni solidali effettivamente e sostanzialmente ad interesse comune dal lato passivo.

8) Cass. Civ., Sez. III, Sent. 13 maggio 2024 (ud. 22 aprile 2024), n. 12971 – Pres. Vincenti – Rel. Travaglino.

Procedura civile – Idoneità del duplicato informatico a costituire copia conforme per l'impugnazione del provvedimento

In regime di deposito telematico degli atti l'onere del deposito di copia autentica del provvedimento impugnato imposto a pena di improcedibilità del ricorso dall'art. 369 secondo comma, n. 2, c.p.c. è assolto non solo dal deposito della relativa copia informatica recante la stampigliatura solo rappresentativa dei dati esterni concernenti la sua pubblicazione ma anche dal deposito del duplicato informatico di detto provvedimento il quale ha il medesimo valore giuridico ad ogni effetto di legge dell'originale informatico e che per sue caratteristiche intrinseche non può recare alcuna sovrapposizione o annotazione (e, dunque, la stampigliatura presente nella copia informatica) che ne determinerebbe, di per sé, l'alterazione. Ne consegue che ai fini della verifica della tempestività dell'impugnazione i dati relativi alla pubblicazione ove non evincibili tramite i sistemi informatici in uso alla Corte di cassazione e in contestazione vanno attinti attraverso la consultazione del fascicolo di merito acquisito d'ufficio ai sensi dell'art. 137-bis c.p.c. per i giudizi introdotti con ricorso notificato a decorrere dal 1° gennaio 2023 ovvero, per i giudizi precedentemente introdotti tramite richiesta di attestazione dei dati stessi alla cancelleria del giudice che ha emesso il provvedimento impugnato, in presenza di istanza del ricorrente ai sensi dell'art. 369, ultimo comma, c.p.c..

9) Cass. Sez. Un. Civ., Sent. 13 maggio 2024 (ud. 30 gennaio 2024), n. 12946 – Pres. D'Ascola – Rel. Terrusi.

La disciplina sulla sospensione dei termini processuali nel periodo feriale trova applicazione anche ai giudizi o ai procedimenti di revisione delle condizioni di separazione o di divorzio nei quali si discuta del contributo di mantenimento o dell'assegno divorzile fatta salva l'ipotesi del decreto di riconoscimento dell'urgenza della controversia nel presupposto che la sua ritardata trattazione possa provocare pregiudizio alle parti.

10) Cass. Sez. Un. Civ., Sent. 3 giugno 2024 (ud. 26 marzo 2024), n. 12449 – Pres. D'Ascola – Rel. Scoditti.

Titolo esecutivo giudiziale – Interessi legali

Se il titolo esecutivo giudiziale nella sua portata precettiva individuata sulla base del dispositivo e della motivazione dispone il pagamento di “interessi legali” e in mancanza di uno specifico accertamento del giudice della cognizione sulla spettanza di interessi per il periodo successivo alla proposizione della domanda giudiziale secondo il saggio previsto dalla legislazione speciale relativa ai ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali (ex art. 1284, comma 4, c.c.) la misura degli interessi maturati dopo la domanda corrisponde al saggio previsto dall'art. 1284, comma 1, c.c., stante il divieto per il giudice dell'esecuzione di integrare il titolo.

11) Cass. Civ., Sez. Lav., Ord. 22 maggio 2024 (ud. del 9 maggio 2024), n. 14236 – Pres. Marotta – Rel. Rolfi.

Lavoratori stagionali – Nozione e limiti del lavoro stagionale



Il concetto di attività stagionale deve essere inteso in senso rigoroso e quindi comprensivo delle sole situazioni aziendali collegate ad attività stagionali in senso stretto, ossia ad attività preordinate ed organizzate per un espletamento temporaneo le quali sono aggiuntive rispetto a quelle normalmente svolte dall'impresa. Ne consegue che l'elenco delle attività stagionali di cui al d.P.R. n. 1525/1963 è da considerarsi tassativo e non suscettibile di interpretazione analogica, vincolo, questo, che si riflette anche sulla contrattazione collettiva di cui all'art. 5, comma 4 - ter, d.lgs. 368/2001, la quale deve a sua volta elencare in modo specifico le attività caratterizzate da stagionalità.

12) Cass. Civ., Sez. I, Ord. 28 maggio 2024 (ud. 7 maggio 2024) n. 14836 – Pres. De Chiara – Rel. Campese.

Rimborso anticipato del finanziamento e costo del credito - Nozione - Interessi e costi

L'articolo 16, paragrafo 1, della direttiva 2008/48 ha concretizzato il diritto del consumatore ad una riduzione del costo del credito in caso di rimborso anticipato sostituendo alla nozione generica di "equa riduzione" quella più precisa di "riduzione del costo totale del credito" e aggiungendo che tale riduzione deve riguardare tanto gli interessi che i costi. L'effettività del diritto del consumatore alla riduzione del costo totale del credito risulterebbe sminuita qualora la riduzione del credito potesse limitarsi alla presa in considerazione dei soli costi presentati dal soggetto concedente il credito come dipendenti dalla durata del contratto.

13) Cass. Sez. Un. Civ., Sent. del 3 giugno 2024, n. 15364 – Pres. D'Ascola – Rel. Criscuolo.

Consumatore residente in altro Stato membro dell'Unione Europea – Foro del consumatore – Nozione

Qualora un consumatore, convenuto in giudizio da un professionista, si sia costituito in giudizio ed abbia eccepito tempestivamente la carenza di giurisdizione del giudice adito invocando la sua qualità di consumatore ed il suo domicilio in altro Stato membro, non è necessario che egli deduca espressamente ed immediatamente nelle sue difese l'eccezione relativa al fatto "che le attività del professionista siano dirette, con qualsiasi mezzo, presso lo Stato del suo domicilio" di cui all'art. 17 comma 1 lett. c) Reg. UE 1215/2012, dovendo il giudice esaminare la propria competenza internazionale in base agli elementi di prova risultanti oggettivamente dal fascicolo, ivi incluse le prove costituenti, che devono essere ammesse, onde assicurare una verifica circa la ricorrenza degli elementi che fondano la competenza in favore della giurisdizione del luogo di domicilio del consumatore.

14) Cass. Sez. Un. Civ., Sentenza 3 giugno 2024 (ud. 27 febbraio 2024) n. 15130 – Pres. D'Ascola – Rel. Lamorgese.

Mutuo fondiario con ammortamento alla francese – Determinatezza dell'oggetto del contratto

In tema di mutuo bancario, a tasso fisso, con rimborso rateale del prestito regolato da un piano di ammortamento «alla francese» di tipo standardizzato tradizionale, non è causa di nullità parziale del contratto la mancata indicazione della modalità di ammortamento e del regime di capitalizzazione «composto» degli interessi debitori, per indeterminatezza o indeterminabilità dell'oggetto del contratto né per violazione della normativa in tema di trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti tra gli istituti di credito e i clienti.

15) Cass. Civ., Sez. I, Ord. 10 giugno 2024 (ud. 5 giugno 2024), n. 16083 – Pres. Mocci – Rel. Cavallino.

Alloggio del portiere – Qualificazione come servitù atipica

La destinazione di un locale ad alloggio del portiere è qualificabile come servitù atipica e non come obbligazione *propter rem*. Così inquadrata, è da escludere che il vincolo relativo all'alloggio del portiere si



risolva in uno svuotamento del contenuto del diritto di proprietà e ciò non solo in quanto si tratta di vincolo di destinazione diretto a beneficiare di un servizio anche le unità immobiliari di proprietà esclusiva degli obbligati ma anche e soprattutto perché il vincolo non annulla qualsiasi utilità connessa al godimento dell'immobile atteso che nei periodi nei quali il Condominio delibera di non avvalersi del servizio di portierato o se venga deliberata la cessazione definitiva di quel servizio sono i proprietari che possono utilizzare l'immobile.

16) Cass. Civ., Sez. II, Ord. 26 giugno 2024 (ud. 11 aprile 2024), n. 17560 – Pres. Orilia – Rel. Grasso.

Opere edilizie – Differenze tra ristrutturazione, ricostruzione e nuova costruzione

Nell'ambito delle opere edilizie – anche alla luce dei criteri di cui all'art. 31, primo comma lettera d) della l. 5 agosto 1978, n. 457 – si verifica una mera ristrutturazione ogni qual volta gli interventi comportando modificazioni esclusivamente interne abbiano interessato un edificio del quale sussistano e rimangano inalterate le componenti essenziali quali muri perimetrali, strutture orizzontali, copertura. È invece qualificabile come ricostruzione qualora siano venute meno per evento naturale o per volontaria demolizione dette componenti dell'edificio preesistente e l'intervento si traduca nell'esatto ripristino delle stesse operato senza alcuna variazione rispetto alle originarie dimensioni dell'edificio. Infine in presenza di aumenti di volumetria si verte in ipotesi di nuova costruzione come tale sottoposta alla disciplina in tema di distanze vigente al momento della medesima

3. Il repertorio delle più importanti pronunce della Corte costituzionale relative al secondo trimestre 2024.

1) Corte Cost., 22 aprile 2024 (ud. 22 febbraio 2024), n. 66 – Pres. Barbera – Rel. San Giorgio
 Unioni Civili – Matrimonio – Sentenza di rettificazione anagrafica di attribuzione di sesso – Scioglimento automatico

Va dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 26, della l. 20 maggio 2016, n. 76 (rubricata "Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze"), nella parte in cui stabilisce che la sentenza di rettificazione anagrafica di attribuzione di sesso determina lo scioglimento automatico dell'unione civile senza prevedere, laddove l'attore e l'altra parte dell'unione rappresentino personalmente e congiuntamente al giudice, fino all'udienza di precisazione delle conclusioni, l'intenzione di contrarre matrimonio, che il giudice disponga la sospensione degli effetti derivanti dallo scioglimento del vincolo fino alla celebrazione del matrimonio e comunque non oltre il termine di centottanta giorni dal passaggio in giudicato della sentenza di rettificazione.

2) Corte Cost., 22 aprile 2024 (ud. 22 febbraio 2024), n. 66 – Pres. Barbera – Rel. San Giorgio
 Unioni Civili – Matrimonio – Sentenza di rettificazione anagrafica di attribuzione di sesso – Ufficiale dello stato civile – Annotazioni

Va dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 70-*octies*, comma 5, del d.p.r. 3 novembre 2000, n. 396 (rubricata "Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'art. 2, comma 12, della l. 15 maggio 1997, n. 127"), aggiunto dall'art. 1, comma 1, lett. t), del d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 5, recante "Adeguamento delle disposizioni dell'ordinamento dello stato civile in materia di iscrizioni, trascrizioni e annotazioni, nonché modificazioni ed integrazioni normative per la regolamentazione delle unioni civili, ai sensi dell'articolo 1, comma 28, lett. a) e lett. c), della l. 20 maggio 2016, n. 76", nella parte in cui non prevede che l'ufficiale dello stato civile competente, ricevuta la comunicazione della



sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso, proceda ad annotare, se disposta dal giudice, la sospensione degli effetti derivanti dallo scioglimento dell'unione civile fino alla celebrazione del matrimonio e comunque non oltre il termine di centottanta giorni dal passaggio in giudicato della sentenza di rettificazione.

4. Le principali novità normative.

- **Decreto legislativo 3 maggio 2024, n. 62**, pubblicato in GURI - serie generale n. 111 del 14 maggio 2024, recante **“Definizione della condizione di disabilità, della valutazione di base, di accomodamento ragionevole, della valutazione multidimensionale per l'elaborazione e attuazione del progetto di vita individuale personalizzato e partecipato”**.

Il decreto ha dato attuazione alla delega al Governo di cui all'art. 1, comma 5, lettere a), b), c), d) e h), l. 22 dicembre 2021, n. 227, per assicurare alla persona il riconoscimento della propria condizione di disabilità, per rimuovere gli ostacoli e per attivare i sostegni utili al pieno esercizio, sulla base dell'uguaglianza con gli altri, delle libertà e dei diritti civili e sociali nei vari contesti di vita, liberamente scelti.

In particolare, il decreto, in aderenza alla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità del 13 dicembre 2006 di New York (ratificata e resa esecutiva in Italia tramite la l. 3 marzo 2009, n. 18), è intervenuto sulla definizione della condizione di disabilità, sulla valutazione di base, sull'accomodamento ragionevole, sulla valutazione multidimensionale per l'elaborazione e l'attuazione del progetto di vita individuale personalizzato e partecipato.

- **Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, 20 maggio 2024**, pubblicato in GURI - serie generale n. 121 del 25 maggio 2024, recante **“Rimodulazione degli incentivi per l'acquisto di veicoli a basse emissioni inquinanti”**.

Il decreto ha rimodulato le risorse e le destinazioni delle risorse nonché gli incentivi per l'acquisto di veicoli non inquinanti, destinati al trasporto di persone o di merci, effettuati da persone fisiche e giuridiche dalla data di entrata in vigore del decreto e sino al 31 dicembre 2024, nei limiti delle risorse disponibili stanziare.

- **Decreto legge 29 maggio 2024, n. 69**, pubblicato in GURI - serie generale n. 124 del 29 maggio 2024, recante **“Disposizioni urgenti in materia di semplificazione edilizia e urbanistica”**, c.d. **“Salva Casa”**.

Il decreto ha apportato modifiche al d.p.r. 6 giugno 2001, n. 380 (“Testo Unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia”, c.d. “T.U. Edilizia”), prevedendo nuove opere che possono essere considerate in edilizia libera nonché nuove tolleranze costruttive ed esecutive degli interventi realizzati entro il 24 maggio 2024 purché si tratti di minori difformità.

Il decreto, altresì, ha semplificato la normativa in tema di accertamento di conformità, ora richiedibile solo nei casi più gravi di difformità dalla normativa edilizia e urbanistica vigente sia al momento della realizzazione dell'opera sia al momento della presentazione dell'istanza di accertamento, nonché ha semplificato anche il mutamento di destinazione d'uso di singole unità immobiliari.

- **Decreto legge 25 giugno 2024, n. 84**, pubblicato in GURI - serie generale n. 147 del 25 giugno 2024, recante **“Disposizioni urgenti sulle materie prime critiche di interesse strategico”**.

Il decreto, in attesa che venga emanata una disciplina organica per il settore delle materie prime critiche, ha previsto misure urgenti dirette all'attuazione di un sistema di governo per l'approvvigionamento sicuro e sostenibile delle materie prime considerate “strategiche” ai sensi dell'art. 3, paragrafo 1 (che rinvia all'elenco di materie prime di cui all'Allegato I), e dell'art. 4, paragrafo 1 (che rinvia all'elenco di materie prime di cui all'Allegato II), del regolamento (UE) 2024/1252, del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 aprile 2024, in ragione del loro ruolo fondamentale nella realizzazione delle transizioni verde e digitale e nella salvaguardia della resilienza economica e dell'autonomia strategica.



OSSERVATORIO DI DIRITTO PENALE SOSTANZIALE N. 2/2024

Substantive criminal law observatory n. 2/2024

Gaia Gandolfi – Andrea De Lia¹

Abstract [ITA]: questo numero contiene un massimario delle più importanti sentenze della Cassazione e della Corte costituzionale depositate nel secondo trimestre 2024, 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 delle Sezioni Unite sulla fattispecie di cui all'art. 346-*bis* c.p.

Parole chiave: diritto penale sostanziale – evoluzioni giurisprudenziali – novità normative

Abstract [ENG]: this issue contains a summary of the most important rulings of the Supreme Court and the Constitutional Court filed in the second quarter of 2024, as well as references to some regulatory innovations in the field of substantive criminal law. The Observatory also reports a note to the judgment of the United Sections on the case referred to in art. 346-*bis* of the Criminal Code.

Key words: substantive criminal law – jurisprudential developments – regulatory innovation

SOMMARIO: 1. Premesse. – 2. Il repertorio delle più importanti pronunce della suprema Corte di cassazione relative al secondo trimestre 2024. – 3. Le Sezioni Unite sul millantato credito e la fattispecie di traffico di influenze illecite. – 4. Il repertorio delle sentenze della Corte costituzionale. – 5. Le novità normative.

1. Premesse.

In questa seconda uscita, l'Osservatorio contiene una rassegna delle massime relative ad alcune delle più interessanti pronunce della Corte di cassazione intervenute nel secondo trimestre del corrente anno.

Tra di esse, si segnala la sentenza delle Sezioni Unite sul tema della rilevanza penale di comportamenti inneggianti al disciolto partito fascista e di propaganda/istigazione di cui all'art. 604-*bis* c.p., nonché quella con cui la Cassazione, nella sua massima composizione, ha esaminato il delitto di millantato credito/traffico d'influenze, che è stata oggetto di una breve nota.

Segue un repertorio delle massime delle sentenze pronunciate dalla Consulta, nonché una rassegna delle novità normative, che s'incentra su alcune direttive europee, incidenti sulla materia penale.

2. Il repertorio delle più importanti pronunce della suprema Corte di cassazione relative al secondo trimestre 2024.

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 delle Sezioni Unite "Mazzarella", invece, è stata redatta da Andrea De Lia.



1) Cass., Sez. II, 3 aprile 2024, ud. 13 marzo 2024, n. 13559

Frode informatica – circostanza aggravante del furto o indebito utilizzi di identità digitale

La circostanza aggravante di cui all'art. 640-ter c.p (furto o indebito utilizzo dell'identità digitale) è integrata anche nelle ipotesi di utilizzo di credenziali di accesso a sistemi informatici gestiti da soggetti privati, atteso che la nozione di "identità digitale" non implica affatto l'esperimento di una procedura di validazione ad opera della PA.

2) Cass., Sez. VI, 5 aprile 2024, ud. 13 febbraio 2024, n. 14027

Corruzione propria

Ai fini della configurabilità del reato di cui all'art. 319 c.p. non è, *ex se*, sufficiente la mera accettazione, da parte del soggetto qualificato, di un'indebita utilità quale "prezzo" dell'interferenza illecita da realizzare nei confronti di altro pubblico ufficiale, essendo, invece, necessario verificare, in concreto, se alla "presa in carico" dell'interesse del soggetto corruttore abbia fatto seguito il compimento di uno specifico atto contrario ai doveri d'ufficio.

3) Cass., Sez. IV, 8 aprile 2024, ud. 20 marzo 2024, n. 14095

Detenzione di sostanze stupefacenti – confisca c.d. "allargata" o per "sproporzione"

L'art. 85-bis d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 che, all'esito della novella introdotta dall'art. 4, comma 3-bis d.l. 15 settembre 2023, n. 123, convertito, con modificazioni, in l. 13 novembre 2023, n. 159, ha incluso il delitto di cui all'art. 73, comma 5, d.P.R. n. 309/1990 nell'alveo dei reati costituenti presupposto della confisca c.d. "per sproporzione" di cui all'art. 240-bis c.p., si applica retroattivamente entro i limiti previsti dall'art. 200, comma 1, c.p.; al fine di individuare il regime applicabile, occorre, allora, aversi riguardo alla legge vigente al momento in cui è stata emessa la sentenza di primo grado.

4) Cass., Sez. III, 9 aprile 2024, ud. 13 marzo 2024, n. 14644

Reati edilizi – permesso di costruire in deroga *ex art.* 14 d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380

L'intervento edilizio che, sebbene inserito in un più ampio intervento urbanistico programmato mediante *project financing*, si sostanzia nella realizzazione di un edificio a destinazione residenziale deve essere assentito nel rispetto e non in deroga della strumentazione urbanistica vigente, trattandosi di immobile teso a soddisfare un interesse esclusivamente privato e, dunque, disallineato rispetto a quello pubblico che solo consente il rilascio di un permesso di costruire ai sensi dell'art. 14 d.P.R. n. 380/2001.

5) Cass., Sez. III, 10 aprile 2024, ud. 22 marzo 2024, n.14725

Omesso versamento di ritenute certificate – circostanza attenuante dell'aver agito per motivi di particolare valore morale o sociale

In tema di omesso versamento di ritenute certificate, il fatto che l'imprenditore abbia adempiuto doverosamente alla propria obbligazione retributiva nei confronti dei lavoratori, ovvero al pagamento dei fornitori, non legittima l'applicazione della circostanza attenuante di cui all'art. 62, n. 1 c.p., atteso che le predette condotte non si pongono in linea con il tratto caratterizzante detta circostanza, ovvero sia l'oggettiva rispondenza dei motivi perseguiti a valori morali o sociali concretamente apprezzabili e riconosciuti preminenti dalla collettività.

6) Cass., Sez. I, 10 aprile 2024, ud. 28 febbraio 2024, n.14843

Concorso di reati – tratta di persone e riduzione o mantenimento in schiavitù o servitù

Il delitto di tratta di persona libera di cui all'art. 601, comma 1, secondo periodo c.p. può concorrere con quello di riduzione in schiavitù *ex art.* 600, comma 1, seconda ipotesi c.p., non sussistendo tra le due ipotesi criminose un rapporto di specialità *ex art.* 15 c.p. Le due fattispecie, difatti, sono caratterizzate da una rapporto di specialità reciproca bilaterale per aggiunta,



presentando ciascuno dei predetti reati, rispetto all'altro, un elemento aggiuntivo eterogeneo: mentre il delitto di tratta contiene, invero, delle condotte di "commercio" della persona che non sono necessarie nella struttura del reato di cui all'art. 600 c.p., quest'ultimo contiene, invece, il conseguimento della riduzione in schiavitù, estraneo agli elementi costitutivi del primo.

7) Cass., Sez. IV, 11 aprile 2024, ud. 3 aprile 2024, n. 14892

Infortunati sul lavoro

In tema di responsabilità del datore di lavoro per l'infortunio occorso ad un proprio dipendente, gravando sul datore medesimo un generale obbligo di vigilanza in merito al rispetto, all'interno del cantiere, delle norme antinfortunistiche, laddove detta vigilanza risulti particolarmente difficoltosa per le dimensioni del cantiere, per la complessità delle lavorazioni ovvero per altra causa, egli è tenuto ad organizzare, attraverso il meccanismo delle deleghe e mediante la nomina di preposti, che l'attività di controllo sia effettiva. Il datore, infatti, deve prevenire ed evitare prassi di lavoro non corrette e, conseguentemente, foriere di pericoli.

8) Cass., Sez. III, 11 aprile 2024, ud. 27 marzo 2024, n. 14961

Reato permanente – favoreggiamento e concorso di persone

Non è configurabile il reato di favoreggiamento di cui all'art. 378 c.p. (che implica una condotta realizzata "dopo che fu commesso un delitto") in relazione alle fattispecie permanenti, atteso che con riguardo a dette ultime ipotesi criminose qualunque agevolazione del reo, posta in essere prima che la condotta di questi sia cessata, integra un concorso nel reato *ex art.* 110 c.p.

9) Cass., Sez. I, 17 aprile 2024, ud. 3 aprile 2024, n. 15950

Attività di gestione dei rifiuti non autorizzata

Il reato di smaltimento di rifiuti in mancanza di autorizzazione di cui al comma 1 dell'art. 256 d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, è configurabile anche nell'ipotesi in cui l'attività sia del tutto occasionale, non essendo necessario, ai fini della punibilità, accertare una forma organizzata o abituale di condotta illecita.

10) Cass., Sez. II, 17 aprile 2024, ud. 19 gennaio 2024, n. 16043

Reati associativi

La differenza tra fattispecie associative e fattispecie concorsuali *ex artt.* 110 ss. c.p. va ravvista nella circostanza che mentre in queste ultime l'accordo criminoso risulta circoscritto alla realizzazione di uno o più reati singolarmente individuati, esaurendosi dopo la commissione degli stessi, le prime si caratterizzano per la finalizzazione dell'accordo associativo alla costituzione di una struttura permanente, dotata di organizzazione e mezzi per il perseguimento del fine criminoso comune, nell'ambito della quale i singoli associati si propongono di commettere una serie indeterminata di delitti.

11) Cass., Sez. VI, 17 aprile 2024, ud. 20 marzo 2024, n. 16090

Maltrattamenti in famiglia

Il reato di cui all'art. 572 c.p. è configurabile anche in ipotesi di condotte reciproche poste in essere dai familiari in danno vicendevole, non prevenendo la disposizione incriminatrice *de qua* forme di "autotutela". Ad ogni buon conto, anche laddove si volesse tenere in considerazione l'elemento della reciprocità, sarebbe necessaria la sussistenza di offese di intensità e gravità equivalenti dei comportamenti.

12) Cass., Sez. Unite, 17 aprile 2024, ud. 18 gennaio 2024, n. 16153

Manifestazioni fasciste – salute romano



La condotta posta in essere nel corso di una manifestazione pubblica, sostanziante la risposta alla c.d. “chiamata del presente” e il c.d. “saluto romano” integra il reato di cui all’art. 5 l. 20 giugno 1952, n. 645 qualora, avuto riguardo alle circostanze del caso concreto, appaia idonea ad integrare il pericolo di riorganizzazione del partito fascista, vietata dalla XII disposizione transitoria e finale della Costituzione. Laddove, poi, in relazione al contesto fattuale complessivo, la predetta condotta sia espressiva di una manifestazione tipica delle organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi di cui all’art. 604-*bis*, comma 2, c.p. (“Propaganda e istigazione a delinquere per motivi di discriminazione razziale etnica e religiosa”), può configurarsi anche il reato di cui all’art. 2, comma 1, d.l. 26 aprile 1993, n. 122 (recante “Misure urgenti in materia di discriminazione razziale, etnica e religiosa”), convertito dalla l. 25 giugno 1993, n. 205.

Tra le due disposizioni sopra richiamate non sussiste un rapporto di specialità *ex art.* 15 c.p.: ad un nucleo comune rappresentato dalle «manifestazioni tenute in pubbliche riunioni», si aggiunge, in ognuna di esse, un elemento di differenziazione, atteso che, se ai sensi dell’art. 5 l. n. 645/1952 le manifestazioni devono essere quelle «usuali del disciolto partito fascista ovvero di organizzazioni naziste», l’art. 2, comma 1, d.l. n. 122/1993 richiama, invece, le manifestazioni esteriori, proprie ed usuali «delle organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi» aventi tra i propri scopi l’incitamento alla discriminazione o alla violenza. Le due norme, dunque, in presenza dei presupposti di legge, possono concorrere.

13) Cass., Sez. III, 18 aprile 2024, ud. 10 aprile 2024, n. 16175

Reati edilizi

In materia di abusi edilizi, affinché il manufatto possa definirsi precario e, come tale, non soggetto al preventivo rilascio di un titolo abilitativo, è necessario che esso sia obiettivamente ed intrinsecamente destinato a soddisfare esigenze temporanee e contingenti, essendo irrilevante la circostanza che lo stesso sia stato realizzato con materiali non abitualmente utilizzati per l’edificazione di costruzioni stabili.

14) Cass., Sez. III, 18 aprile 2024, ud. 10 aprile 2024, n. 16177

Reati edilizi – causa di non punibilità *ex art.* 131-*bis* c.p.

In tema di reati edilizi, è esclusa l’operatività della speciale causa di non punibilità di cui all’art. 131-*bis* c.p. nelle ipotesi di opere abusive di oggettiva consistenza, che impattino in maniera significativa sull’assetto del territorio, non potendosi, in siffatti casi, qualificare l’offesa in termini di particolare tenuità.

15) Cass., Sez. III, 18 aprile 2024, ud. 10 aprile 2024, n. 16191

Attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti – ruolo del responsabile tecnico

Ai sensi dell’art. 12 d.m. 3 giugno 2014, n. 120 del Ministero dell’ambiente e della tutela del territorio e del mare (recante “Regolamento per la definizione delle attribuzioni e delle modalità di organizzazione dell’Albo nazionale dei gestori ambientali, dei requisiti tecnici e finanziari delle imprese e dei responsabili tecnici, dei termini e delle modalità di iscrizione e dei relativi diritti annuali”), compete al responsabile tecnico porre in essere tutte le azioni volte a garantire la corretta organizzazione nella gestione dei rifiuti da parte dell’impresa nel rispetto della normativa di riferimento, nonché vigilare sulla corretta applicazione della normativa medesima. Sicché, detto soggetto è titolare di una posizione di garanzia in relazione al rispetto delle disposizioni in materia di gestione dei rifiuti di cui al d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, con conseguente responsabilità dello stesso per gli illeciti connessi alla violazione di tale normativa.

16) Cass., Sez. III, 19 aprile 2024, ud. 28 marzo 2024, n.16470

Reati edilizi – ordine di demolizione

In tema di abusi edilizi, l’ordine di demolizione di cui ai commi 2 e 3 dell’art. 31, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, integra una sanzione amministrativa avente una finalità ripristinatoria del



bene giuridico leso e carattere “reale”, nel senso che detta sanzione è correlata alla *res* e non già al proprietario, spiegando effetti sul soggetto che è in diretto rapporto con il bene, indipendentemente dalla circostanza che quest’ultimo sia stato o meno l’autore dell’abuso.

17) Cass., Sez. VI, 19 aprile 2024, ud. 7 marzo 2024, n. 16659

Abuso d’ufficio

In tema di abuso d’ufficio, ha efficacia retroattiva l’innalzamento, previsto dall’art. 50, comma 1, lett. b, d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, del limite-soglia al di sopra del quale il contratto di appalto di servizi deve essere preceduto da una procedura ad evidenza pubblica, essendo la predetta disposizione una norma extrapenale integratrice di quella penale. Per l’effetto di detta “successione mediata” di leggi, deve, dunque, escludersi la rilevanza penale degli appalti di servizi di valore eccedente il previgente limite-soglia, ma inferiore a quello da ultimo introdotto (pari ad € 140.000,00).

18) Cass., Sez. IV, 23 aprile 2024, ud. 17 aprile 2024, n. 16865

Infortuni sul lavoro – formazione

Il datore di lavoro è penalmente responsabile dell’infortunio occorso al proprio dipendente in caso di violazione dell’obbligo di formazione di cui all’art. 37 d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81. Grava, infatti, su detto soggetto l’onere di assicurare al lavoratore un’attività di informazione e formazione, indipendentemente sia dalla conoscenza personale del lavoratore in merito alle mansioni assegnate, sia dall’apprensione di detta conoscenza da altri lavoratori, anche posti in relazione gerarchica tra di loro.

19) Cass., Sez. II, 30 aprile 2024, ud. 10 aprile 2024, n. 17503

Tentativo

In tema di delitto tentato, la valutazione della idoneità degli atti deve essere eseguita in relazione alla possibilità che alla condotta consegua lo scopo perseguito dal soggetto agente; deve trattarsi di atti dotati di un’effettiva e concreta potenzialità lesiva, alla luce di una prognosi effettuata non nella prospettiva del soggetto agente, bensì in quella del bene protetto. Se ciò è vero, altrettanto vero è, però, che il concetto di idoneità non è *ex se* sufficiente ai fini della rilevanza penale della condotta posta in essere, atteso che un medesimo atto potrebbe apparire potenzialmente idoneo a conseguire una pluralità di risultati; sicché, solo l’univoca direzione del predetto atto al conseguimento del risultato criminoso avuto di mira dal soggetto agente si pone nel solco del principio di offensività del fatto.

20) Cass., Sez. VI, 7 maggio 2024, ud. 17 aprile 2024, n.17855

Violazione degli obblighi di assistenza familiare – causa di esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto

La causa di esclusione della punibilità di cui all’art. 131-*bis* c.p. non opera in relazione alle fattispecie di cui agli artt. 570 e 570-*bis* c.p., ostandovi l’abitudine del comportamento e non rilevando l’eventuale esiguità di ogni singolo inadempimento, trattandosi di reati a consumazione prolungata in cui ogni singola omessa contribuzione aggrava l’offesa al bene giuridico tutelato.

21) Cass., Sez. V, 7 maggio 2024, ud. 14 febbraio 2024, n.17965

Istigazione o aiuto al suicidio

Il reato di cui all’art. 580 c.p. è una fattispecie plurisoggettiva necessaria impropria, nella misura in cui l’evento lesivo è correlato al necessario concorso tra l’azione autolesiva del soggetto passivo e la condotta del soggetto agente, che deve sostanziarsi nella determinazione o nel rafforzamento dell’altrui volontà suicida, ovvero in un’attività agevolatrice dell’esecuzione del suicidio.



Nelle ipotesi di partecipazione morale, intesa quale rafforzamento della volontà suicidaria, la condotta per definirsi tipica deve essere intrinsecamente finalizzata all'*exitus*; in tale prospettiva, allora, affinché possa dirsi integrato l'elemento soggettivo che assiste detta fattispecie (dolo generico) è indispensabile non solo la prefigurazione, in capo al soggetto attivo, dell'evento come dipendente dalla propria condotta, ma anche la consapevolezza della effettiva serietà dell'altrui proposito suicidiario, al cui consolidamento la condotta del soggetto agente deve concorrere.

22) Cass., Sez. III, 21 maggio 2024, ud. 9 maggio 2024, n. 20028

Inquinamento - rifiuti

Sono esclusi dalla normativa in materia di rifiuti esclusivamente quei materiali che, derivando dallo sfruttamento di una cava, rimangono entro il ciclo produttivo di estrazione e pulitura. Laddove, invece, all'esito dell'attività di estrazione, si dia luogo ad una successiva, diversa attività di lavorazione sui prodotti della cava, i residui di detta ulteriore lavorazione debbono considerarsi rifiuti, sottoposti, dunque, alla normativa di settore in merito al loro smaltimento, ammasso, deposito e scarica.

23) Cass., Sez. V, 23 maggio 2024, ud. 5 aprile 2024, n. 20520

Diffamazione – causa di non punibilità – scritti presentati innanzi all'Autorità giudiziaria

Le "offese che concernono l'oggetto della causa" di cui all'art. 598 c.p. sono quelle che, sebbene non propriamente necessarie, si appalesino strumentali e funzionali alla difesa; da ciò deriva, allora, che le espressioni offensive contenute in uno scritto difensivo, pur non essendo giustificate nell'ambito processual-civilistico e, pertanto, espunte dal giudicante ai sensi dell'art. 89 c.p.c., rientrano nell'ambito operativo dell'art. 598 c.p. allorché attengano all'oggetto della controversia nei termini di cui sopra.

24) Cass., Sez. III, 28 maggio 2024, ud. 15 maggio 2024, n. 20844

Edilizia e urbanistica

La collocazione su un'area di una "casa mobile" destinata, stabilmente, a privata abitazione in assenza di permesso di costruire, integra il reato di cui all'art. 44, comma 1, lett. b), d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380; ciò in quanto il titolo abilitativo, relativamente agli alloggi *de quibus*, non è necessario per i soli interventi aventi quali requisiti la collocazione all'interno di una struttura ricettiva all'aperto, un ancoraggio al suolo temporaneo, la conformità alla normativa regionale di settore, la destinazione alla sosta ed al soggiorno, occasionali e limitati nel tempo, di turisti.

25) Cass., Sez. I, 28 maggio 2024, ud. 6 marzo 2024, n. 21021

Intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro

La consumazione del delitto di cui all'art. 603-*bis* c.p. avviene nel momento e nel luogo di effettiva occupazione del lavoratore in condizioni di sfruttamento; talché, la condotta contestuale sotto il profilo spazio-temporale integra un unico reato indipendentemente dal numero dei lavoratori coinvolti, laddove, invece, l'impiego di una pluralità di lavoratori in diversi luoghi, anche nell'ipotesi in cui sia unica la gestione amministrativa, dà luogo ad un concorso materiale di reati.

26) Cass., Sez. VI, 29 maggio 2024, ud. 11 aprile 2024, n. 21104

Turbata libertà del procedimento di scelta del contraente

La disposizione incriminatrice di cui all'art. 353-*bis* c.p., al pari di quella di cui al precedente art. 353 c.p. ("Turbata libertà degli incanti"), circoscrive la tutela penale alle sole procedure finalizzate alla cessione di beni o all'affidamento all'esterno dell'esecuzione di un'opera o della gestione di un servizio; detto delitto, dunque, non si configura nelle ipotesi di concorsi pubblici (nel caso al vaglio la suprema Corte, accogliendo uno dei motivi di ricorso spiegati dal soggetto



interessato, ha escluso la configurabilità del delitto di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente nel caso di procedura di concorso pubblico per la designazione di un dirigente sanitario, atteso che non sarebbe sufficiente, a tal fine, il richiamo all'esistenza di una procedura di valutazione comparativa finalizzata alla designazione del dirigente medesimo, non avendo ad oggetto la scelta, in simili ipotesi, di un contraente per cessione di beni o affidamento all'esterno dell'esecuzione di un'opera o della gestione di un servizio).

27) Cass., Sez. II, 3 giugno 2024, ud. 12 aprile 2024, n.22232
Estorsione e truffa c.d. "vessatoria"

L'elemento di divergenza tra il delitto di estorsione mediante minaccia e quello di truffa aggravata *ex art.* 640, comma 2, n. 2 (c.d. "vessatoria") è rappresentato dal concreto atteggiarsi del pericolo prospettato. Nella truffa c.d. "vessatoria" il danno viene prefigurato come possibile ed eventuale e non promanante dal soggetto agente: in detta ipotesi, allora, non vi è una reale coercizione della volontà della persona offesa, la quale si determina all'azione o all'omissione in ragione dell'errore ingenerato. Nel delitto di estorsione mediante minaccia, invece, ad essere prospettato è il pericolo reale di un accadimento, la cui realizzazione dipende dal soggetto agente; alla persona offesa, dunque, che in questo caso non versa in stato di errore, si pone l'alternativa tra subire lo spossessamento voluto dal reo, oppure incorrere nel danno minacciato.

28) Cass., Sez. II, 20 giugno 2024, ud. 6 giugno 2024, n. 24559
Estorsione

È configurabile il delitto di cui all'art. 629 c.p. allorché, alla luce delle circostanze del caso concreto, l'azione giudiziale intrapresa dal soggetto agente si appalesi strumentale all'ottenimento di un profitto ingiusto in ambito extragiudiziale, come nel caso in cui venga coltivata una pluralità di iniziative giudiziarie volte a minare la resistenza economica della controparte, costretta a sostenere anticipatamente spese e costi per le costituzioni in diverse cause, al solo fine di giungere ad una transazione al di fuori del giudizio medesimo e proprio allo scopo di estinguerlo.

3. Le Sezioni Unite sul millantato credito e la fattispecie di traffico di influenze illecite. Nota a Cass., Sez. Un., 15 maggio 2024, n. 19357, Pres. Cassano – Rel. Aprile – P.G. Viola (parz. diff.), imp. Mazzeola.

La massima: non sussiste continuità normativa tra il delitto di traffico di influenze illecite di cui all'art. 346-*bis* c.p., come modificato dall'art. 1, comma 1, lett. t), l. 9 gennaio 2019, n. 3, e il reato di millantato credito "corruttivo" di cui all'art. 346, comma 2, c.p., abrogato dalla medesima legge, le cui condotte potevano, e tuttora possono, configurare gli estremi del reato di truffa, in passato astrattamente concorrente con quello di millantato credito "corruttivo", purché siano formalmente contestati e accertati in fatto tutti gli elementi costitutivi del reato di cui all'art. 640 c.p.

La vicenda giudiziaria: secondo la ricostruzione dell'accusa, l'imputato, detenuto presso la casa circondariale di Frosinone, si sarebbe fatto promettere e in parte consegnare una somma di denaro da un altro soggetto ristretto, essendo stato prefigurato falsamente a quest'ultimo un imminente trasferimento presso un altro istituto carcerario in Sardegna, nonché la possibilità di corrompere un funzionario della struttura penitenziaria evitando, così, il trasferimento medesimo. Ciò attraverso il supporto di un agente di polizia penitenziaria, rimasto non identificato, il quale avrebbe fatto intendere al malcapitato, in un'occasione, che la traduzione presso altro istituto di detenzione sarebbe stata imminente (il tutto in evidente accordo con l'imputato). In prima battuta, il Tribunale di Frosinone affermò, dunque, la penale responsabilità



dell'imputato ai sensi e per gli effetti dell'art. 319-*quater* c.p., ovvero sia per induzione indebita, su di una linea che venne confermata in sede di gravame. A seguito di ricorso per cassazione, tuttavia, la suprema Corte annullò la sentenza di secondo grado, per carenza di motivazione, e, nel corso del giudizio di rinvio, la Corte d'appello di Roma riqualificò il fatto nell'alveo dell'art. 346-*bis* c.p., rideterminando, per l'effetto, la condanna inflitta. Nell'occasione, in particolare, venne stabilito che la condotta tenuta dal reo, sanzionabile originariamente in base al secondo comma dell'art. 346 c.p. (atteso che il reo si sarebbe fatto promettere e consegnare denaro col *pretesto* di acquisire il favore del soggetto qualificato), vigente all'epoca dei fatti, sarebbe stata pienamente sussumibile nell'art. 346-*bis* c.p., come riformato dalla l. n. 3/2019 (c.d. "Spazzacorrotti"), sussistendo tra le due previsioni piena continuità normativa. Avverso la decisione rescissoria della Corte territoriale, allora, è insorto l'interessato, spiegando vari motivi di doglianza. In particolare, oltre a dedurre il difetto di offensività della condotta realizzata rispetto al bene giuridico tutelato dalla disposizione incriminatrice di riferimento (ovvero sia il buon andamento della P.A.), il ricorrente ha censurato la decisione di merito sostenendo che il comportamento tenuto, connotato da artifici e raggiri, avrebbe dovuto essere qualificato in termini di truffa, per la quale sarebbe, però, difettata la condizione di procedibilità e, cioè, la querela della persona offesa. Assegnata la causa alla Seconda Sezione Penale della Corte di cassazione, il ricorso è stato, allora, rimesso alle Sezioni Unite sulla scorta del contrasto interpretativo insorto in ordine agli effetti delle novità introdotte dalla riforma del 2019. Per un indirizzo, infatti, si sarebbe verificata *abrogatio sine abolitione*, con conseguente, piena continuità normativa tra l'abrogato art. 346 c.p., regolante il millantato credito, e la nuova fattispecie, onnicomprensiva, del traffico di influenze illecite, di cui al citato art. 346-*bis* c.p. Per un altro orientamento (sposato, per la verità, anche dalla Procura generale in sede di requisitoria, allorché, per altro verso, si era invocato l'annullamento con rinvio della pronuncia gravata), invece, la mancata riproduzione nella disposizione da ultimo citata dell'inciso "col pretesto" avrebbe importato un fenomeno di *abolitio criminis*, correlato al millantato credito "corruttivo", con la conseguenza che millanterie di tal fatta, se corredate da artifici o raggiri, avrebbero potuto essere ricondotte solo nell'alveo dell'art. 640 c.p. Secondo la linea da ultimo richiamata, in particolare, tale soluzione sarebbe stata sospinta da una serie di fattori; a fronte della chiara volontà del legislatore di innestare il rapporto tra le due disposizioni in termini di perfetta continuità, infatti, avrebbero dovuto ritenersi preponderanti altri elementi, ossia la strumentalità dell'art. 346-*bis* c.p. al contrasto di condotte prodromiche alla corruzione, nonché la previsione della punibilità del terzo, assente nella previgente disciplina del millantato credito di cui al citato art. 346 c.p., norma prevalentemente posta a tutela del patrimonio della vittima. Talché, secondo siffatta tesi, l'incompatibilità logico-strutturale del millantato credito, quale speciale forma di truffa, rispetto al nuovo art. 346-*bis* c.p. Pertanto, le Sezioni Unite sono state chiamate a rispondere al quesito «*se sussista continuità normativa tra il reato di millantato credito di cui all'art. 346, secondo comma, c.p. – abrogato dalla l. n. 3/2019 – e il reato di traffico di influenze illecite di cui all'art. 346-bis c.p., come modificato dall'art. 1, comma 1, lett. t) della citata legge*».

I principi di diritto espressi nella pronuncia: le Sezioni Unite, innanzitutto, hanno analizzato la struttura del millantato credito e delle due, diverse fattispecie contemplate dal primo e dal secondo comma dell'art. 346 c.p., oggi abrogato; figure "ambigue", ad avviso della Corte, già sotto il profilo assiologico, poiché a fronte della collocazione tra i reati contro la Pubblica Amministrazione, la disposizione di riferimento avrebbe dovuto ritenersi posta a tutela, perlomeno in via concorrente, del patrimonio del terzo, con la conseguente giustificazione della non punibilità di tale ultimo soggetto, in quanto *deceptus*. La natura più spiccatamente ingannatoria della condotta descritta dal secondo comma della citata disposizione, inoltre, per la Corte avrebbe giustificato il più grave trattamento sanzionatorio accordato per l'ipotesi "corruttiva". Di seguito, le Sezioni Unite hanno richiamato il testo originario dell'art. 346-*bis* c.p. sottolineando come tale fattispecie fosse finalizzata, *ab initio*, a colpire condotte prodromiche alla



corruzione, in un contesto reso particolarmente problematico per via della mancata emanazione da parte del legislatore italiano di una normativa tesa a disciplinare l'attività di *lobbying*. Successivamente, il giudice di legittimità ha posto il faro sulle novità introdotte dalla citata "legge Spazzacorrotti" e passando, così, alla risoluzione del quesito di diritto sottoposto con l'ordinanza di rimessione, ha rimarcato come «l'intenzione del legislatore» rappresenterebbe un canone interpretativo recessivo rispetto ad altri parametri, tra cui quello del tenore letterale della norma. Quanto alla successione delle leggi nel tempo, le Sezioni Unite hanno soggiunto, sempre in linea generale, come l'ipotesi della continuità normativa dovrebbe essere vagliata attraverso un confronto strutturale astratto tra le norme incriminatrici, escludendosi la fruibilità del criterio della "doppia punibilità in concreto". Sulla scorta di tali premesse, allora, si è ritenuto che la l. n. 3/2019, abrogando l'art. 346 c.p., avrebbe determinato una discontinuità normativa rispetto al millantato credito "corruttivo", di cui al comma 2 della disposizione dianzi citata. Dirimente, in questo senso, sarebbe la previsione della punibilità del terzo da parte del rinnovato art. 346-*bis* c.p., disegnato dal legislatore come fattispecie necessariamente plurisoggettiva. In tale direzione, i principi costituzionali di materialità e di offensività imporrebbero – ha proseguito la Corte regolatrice – di interpretare la nuova, complessa figura di traffico di influenze illecite e la locuzione «*vantando relazioni asserite*» in termini di "reato-contratto", ovvero di fattispecie che si realizzerebbe solo allorché il terzo, lungi dall'essere ingannato, concludesse un *pactum sceleris* pur essendo a conoscenza del fatto che l'interlocutore non abbia ancora acquisito il "credito" presso il soggetto qualificato. Né del resto potrebbe avallare una soluzione di senso opposto la sentenza "Maldera" (su cui *infra*), intervenuta sul rapporto tra concussione e induzione indebita, atteso che in quel caso – hanno sottolineato le Sezioni Unite – sarebbe rimasto invariato l'elemento portante, originario, caratteristico della concussione di cui all'art. 317 c.p., rappresentato dallo squilibrio delle posizioni assunte dal soggetto qualificato e dall'*extraneus*; di contro, nel caso del millantato credito e del traffico di influenze "allargato", l'asimmetria dei rapporti, caratteristica dell'impianto dei delitti di cui all'art. 346 c.p., sarebbe del tutto assente nel secondo. Mentre allora la condotta di "millantare un credito", di cui al comma 1 dell'art. 346 c.p., potrebbe rientrare – ha proseguito la Cassazione nella sua massima composizione, seppur attraverso un veloce inciso – nella formulazione attuale dell'art. 346-*bis* c.p., non altrettanto potrebbe dirsi per quella del millantato credito "corruttivo", sussistendo, perlomeno ad avviso delle Sezioni Unite, una rilevante divergenza lessicale col nuovo testo della disposizione da ultimo richiamata. Del resto, si è ribadito, punire il soggetto ingannato rappresenterebbe soluzione costituzionalmente inaccettabile. Talché, il traffico di influenze illecite oggi sanzionerebbe soltanto condotte sprovviste di contenuto fraudolento. Per altro verso, tra il secondo comma dell'art. 346 c.p. e la truffa non si sarebbe configurato un concorso apparente, trovandosi le norme in rapporto di specialità bilaterale. Con la conseguenza che condotte connotate dagli elementi caratteristici di entrambi i delitti, realizzate in precedenza alla riforma del 2019, resterebbero punibili esclusivamente a titolo di truffa. Talché, movendo l'obiettivo al ricorso, la Corte ha rilevato che, abrogato l'art. 346 c.p., per via di una carenza di contestazione e non sussistendo nel caso di specie prove circa l'integrazione degli elementi costitutivi del delitto di truffa (induzione in errore e ingiusto profitto), la sentenza gravata avrebbe dovuto essere annullata senza rinvio.

La giurisprudenza in materia: la soluzione sposata dalle Sezioni Unite era stata espressa in precedenza, tra l'altro, dalla sentenza Cass., Sez. IV, 7 febbraio 2020, n. 5221, "Impeduglia", proprio in relazione al millantato credito "corruttivo". La tesi della continuità normativa, tuttavia, era risultata maggioritaria in giurisprudenza. In base a tale linea ermeneutica, si sarebbe realizzata tra le norme in comparazione una sorta di "fusione per incorporazione", al netto della novità della punibilità del terzo. Ciò sulla base della sostanziale sovrapposibilità del concetto di millantato credito, di cui all'art. 346 c.p., alla locuzione «*vantando relazioni asserite*», di



cui al nuovo delitto di traffico di influenze illecite, nonché della circostanza che dai lavori preparatori fosse emersa chiaramente la volontà del legislatore di stabilire un legame di continuità tra la disposizione dianzi citata e il nuovo testo dell'art. 346-*bis* c.p. (originariamente introdotto dalla l. 6 novembre 2012, n. 190, c.d. "legge Severino" e successivamente modificato, per l'appunto, dalla "legge Spazzacorrotti"). Si tratta di una soluzione accolta, tra le tante, da Cass., Sez. II, 14 marzo 2019, n. 17980, "Nigro". Con la sentenza Cass., Sez. VI, 12 maggio 2021, n. 35581, "Grasso", peraltro, la suprema Corte, nell'affermare il rapporto di continuità normativa tra il millantato credito c.d. "corruttivo" (art. 346, comma 2, c.p.) e l'art. 346-*bis* c.p., nella formulazione attualmente vigente, aveva sviluppato un interessante parallelismo con i rapporti tra l'art. 317 c.p., in tema di concussione, e l'art. 319-*quater* c.p., sull'induzione indebita, richiamando la nota sentenza "Maldera" delle Sezioni Unite (Cass., Sez. Un., 24 ottobre 2013, n. 12228). Tale pronunciamento, nello stabilire la continuità tra la disposizione da ultimo richiamata e la concussione per induzione di cui al testo antecedente allo "spacchettamento", avrebbe espresso «considerazioni che perfettamente si attagliano anche al rapporto tra le due fattispecie degli artt. 346 e 346-*bis* c.p., dal momento che anche quest'ultima, così come quella del precedente art. 319-*quater*, è stata introdotta per estendere l'area della rilevanza penale, senza alcun intento selettivo rispetto alle situazioni già sanzionate (come dimostrano anche le modifiche apportate dalla l. n. 3 del 2019, per dirimere possibili incertezze sul piano dei soggetti agenti e dell'oggetto del patto illecito). La sottoposizione a pena del "compratore di fumo", infatti, non modifica la fattispecie naturalisticamente intesa, il patto, cioè, da lui stipulato con il millantatore e soggetto a sanzione già secondo la norma previgente; né l'estensione della punizione anche al suo interlocutore incide, sotto il profilo assiologico, sul disvalore della condotta di esso millantatore, che rimane evidentemente identico. Non vi può essere dubbio, dunque, sul rapporto di continuità normativa tra le due fattispecie. Del resto, in questi termini si è espresso anche lo stesso legislatore, con indicazione certamente non vincolante per l'interprete, ma che comunque non può essere pretermessa in presenza di un testo normativo con essa obiettivamente compatibile». Quanto al tema della successione delle leggi nel tempo, si rammenta che la Cassazione, con plurimi arresti (vd. Cass., Sez. Un., 26 marzo 2003, n. 25887, "Giordano" e Cass., Sez. Un., 26 febbraio 2009, n. 24468, "Rizzoli"), ha affermato come la continuità normativa tra due disposizioni penali dovrebbe essere accertata attraverso il confronto strutturale astratto, ovvero sia usufruendo del criterio della specialità di cui all'art. 15 c.p. applicato alla formulazione delle fattispecie incriminatrici, impiegato anche per dirimere il dilemma tra concorso reale e apparente. In merito agli altri aspetti che connotano gli intricati rapporti tra le norme in disamina, occorre rimarcare come con la sentenza Cass., Sez. Un., 21 gennaio 2010, n. 12822, "Marcarino", venne stabilito che l'art. 346 c.p. tutelasse il bene giuridico del buon andamento e dell'imparzialità dell'azione amministrativa. Si tratta, però, di una soluzione controversa, tanto è vero che successivamente, con la sentenza Cass., Sez. VI, 28 novembre 2014, n. 50078, venne affermato che l'interesse protetto, invece, sarebbe stato rappresentato dal prestigio della P.A. (secondo la linea, per il vero, sposata dal legislatore nel 1930, come emergente dai lavori preparatori). In alcuni casi, di contro, la suprema Corte sostenne, anche a valle della citata pronuncia "Marcarino", come il bene giuridico tutelato fosse rappresentato dal patrimonio del terzo. Su questo argomento occorre però aggiungere che la giurisprudenza, prima del varo dell'art. 346-*bis* c.p., riteneva (con una soluzione in forte tensione col principio di legalità e tassatività) che il millantato credito si potesse configurare tanto nel contesto di pure millanterie, quanto in situazioni in cui, effettivamente, il soggetto agente disponesse di un reale canale di dialogo con l'*intranseus* e di una concreta capacità di determinare l'azione amministrativa (vd. Cass., Sez. VI, 5 novembre 1997, n. 11487, nonché Cass., Sez. VI, 27 gennaio 2000, n. 2645). Il che avvalorerebbe la tesi della plurioffensività, in termini di alternatività tra la tutela del patrimonio (nel caso di millanteria "pura") e del buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa (in quello della sussistenza di un reale potere di influenzare il soggetto investito del *munus* pubblico). A seguito dell'introduzione dell'art. 346-*bis* c.p.,



nel 2012, tuttavia, il panorama si è profondamente modificato, atteso che la nuova figura incriminatrice si è imperniata sulla reale esistenza di relazioni tra il soggetto attivo e quello qualificato, attraendo una parte della casistica che in precedenza la giurisprudenza prevalente riconduceva al millantato credito che, dal canto suo, ha così più univocamente assunto la funzione di sanzionare condotte di natura fraudolenta e, dunque, di tutelare il patrimonio del *deceptus* (piuttosto che l'invero evanescente bene costituito dal prestigio della P.A.). Quanto ai (complicatissimi) rapporti tra millantato credito e truffa, mentre con una prima, ormai risalente pronuncia (Cass., 7 luglio 1936, "Paltrinieri"), si affermò che «il delitto di millantato credito non può concorrere con la truffa, essendo, rispetto ad essa un'ipotesi speciale ai sensi dell'art. 15 c.p.», con due successivi arresti (Cass., 17 dicembre 1937, "Longetti"; Cass., 28 marzo 1939, "Valenza") la suprema Corte giunse a risultati diametralmente opposti, fondati sulla ipotizzata diversità dei beni giuridici tutelati dalle norme («il reato di truffa non può assorbire quello di millantato credito, che ha un'oggettività giuridica speciale quale è quella della tutela del prestigio della Pubblica Amministrazione. Ben possono, quindi, i due reati concorrere»). La giurisprudenza, sul punto, si è mostrata ondivaga anche nei decenni successivi (Vd. Cass., 26 giugno 1941, "Di Gati", per il concorso apparente, e, per il concorso reale, Cass., 10 novembre 1950, "Serra"). Venendo a tempi più recenti, la configurabilità del concorso è stata affermata anche da Cass., Sez. VI, 3 dicembre 1982, Cass., Sez. VI, 10 maggio 1983, Cass., Sez. IV, 21 ottobre 1985, Cass., Sez. VI, 15 ottobre 1986, Cass., Sez. VI, 10 maggio 1994, tutte in *Dejure*. Ancora, si rammenta Cass., Sez. VI, 24 novembre 1998, n. 13657: «i reati di millantato credito e di truffa possono concorrere anche se la violazione consista in una unica azione, in quanto allo specifico raggirato considerato nella fattispecie di millantato credito, consistente nelle vanterie di ingenerenze o pressioni presso pubblici ufficiali, può accompagnarsi un atto diretto alla induzione in errore del soggetto passivo, al fine del conseguimento di un ingiusto profitto con altrui danno». Con la sentenza Cass., Sez. VI, 4 maggio 2001, n. 20105, invece, si è affermato: «la condotta tipica del reato previsto dall'art. 346 c.p., primo comma, corrisponde alla "vendita di fumo", come in primo luogo fatto palese dall'impiego nella norma penale del verbo "millantare". Termine che semanticamente comprende un'esagerazione e che quindi denota un vantarsi non corrispondente a realtà (significativa al riguardo è la radice etimologica "millanta", da cui l'azione del moltiplicare per mille). E l'interpretazione testuale è confermata da quella finalistica: ove il legislatore avesse inteso quale disvalore di per sé punibile il reale traffico di influenze (la diffusa "raccomandazione", sia pure accompagnata da un prezzo) non avrebbe potuto, per il principio d'eguaglianza, mandare esente da pena chi il favore ha richiesto e che, per aver sollecitato o accettato il mercimonio, si trova in posizione non meno riprovevole del patrono. Se dunque è esatto che il millantato credito, previsto dal primo comma, è in quanto tale una figura qualificata di artefazione della realtà, resta anche evidente che chi falsamente si accredita di un accesso privilegiato presso il pubblico ufficiale (e perciò riceve denaro o altre utilità) induce in errore, raggirandola, la persona da cui si procura, con danno di quest'ultima, l'ingiusto profitto. La vanteria che precede la vendita, creando nel destinatario un motivo dell'agire basato su una falsa convinzione, si risolve compiutamente in un raggirato, con comprensione della condotta repressa dall'art. 640 c.p. in quella di cui al comma primo dell'art. 346 dello stesso codice. Ferma restando la finalità di tutela del prestigio della P.A. propria della figura del millantato credito, va considerato che, se il legislatore ha limitato la punibilità di chi vanta un'influenza verso pubblici ufficiali all'ipotesi in cui simile vanteria non ha corrispondenza nella realtà, la protezione apprestata, oggettivamente diretta ad impedire anche un arricchimento senza causa, comprende pure il patrimonio del privato, con il corollario che il reato di cui al primo comma dell'art. 346 c.p. deve essere annoverato tra quelli plurioffensivi. Ed allora anche per questa via si conferma l'assorbimento della truffa nel millantato credito, previsto dall'art. 346, primo comma, c.p., a causa della coincidenza in entrambe le ipotesi criminose della protezione del patrimonio, con l'ulteriore specificazione della salvaguardia del prestigio della P.A. per il secondo reato». Si tratta, però, di una soluzione che non è stata affatto



condivisa da molte pronunce più recenti, come ad esempio Cass., Sez. VI, 25 febbraio 2003, n. 15118 e Cass., Sez. VI, 17 novembre 2003, n. 49579, nonché Cass., Sez. VI, 24 febbraio 2004, n. 19647, mentre invece è stata sposata da Cass., Sez. VI, 30 settembre 2005, n. 39932, nonché da Cass., Sez. VI, 7 giugno 2006, n. 30150, che hanno contribuito a determinare, dunque, un contesto particolarmente altalenante. Cass., Sez. VI, 5 novembre 2009, n. 9470, Cass., Sez. VI, 16 ottobre 2013, n. 45899, Cass. Sez. VI, 29 gennaio 2015, n. 8994, nonché Cass., Sez. VI, 28 dicembre 2016, n. 9960 hanno riconosciuto, poi, la configurabilità del concorso formale tra millantato credito e truffa nel contesto della medesima azione. Tale linea è divenuta con il tempo maggioritaria, essendo stata sposata anche da Cass., Sez. VI, 13 gennaio 2017, n. 9961. È dello stesso anno, però, la sentenza Cass., Sez. VI, 12 luglio 2017, n. 40940, con la quale è stata negata la configurabilità del concorso tra truffa e millantato credito “corruttivo” (art. 346, comma 2, c.p.) che, in effetti, tra le due differenti ipotesi disciplinate dal citato art. 346 c.p. rappresenta quella che più fortemente evoca condotte di natura fraudolenta. Nonostante questi orientamenti contrastanti, però, la questione della configurabilità del concorso reale tra millantato credito, “semplice” o “corruttivo”, da un lato, e truffa, dall’altro, non è mai approdata al vaglio delle Sezioni Unite. Ciò, in un contesto in cui le incertezze sono state alimentate da una flessione della fattispecie di truffa ad opera della giurisprudenza, che l’ha applicata, in non rare occasioni, per colpire condotte non riconducibili ad artifici e raggiri o, meglio, non sostanziati vere e proprie messe in scena, quali, per l’appunto, la mera menzogna (vd., ad esempio, Cass., Sez. II, 8 giugno 2006, n. 23623).

La dottrina: per un quadro generale, antecedente alla riforma del 2019, relativo ai delitti di millantato credito e traffico di influenze illecite, con riferimenti giurisprudenziali e dottrinali ai temi nodali affrontati dalla sentenza in rassegna (genesì del delitto di cui all’art. 346 c.p., bene tutelato, applicabilità della figura a condotte prodromiche alla corruzione, impatto dell’introduzione dell’art. 346-bis c.p., anche nel prisma della configurabilità del concorso reale tra truffa e millantato credito), sia consentito il rinvio a A. DE LIA, *I rapporti tra millantato credito e truffa: ieri, oggi, domani*, in *Cass. Pen.*, 2017, 11, 4062 ss. Sulla figura di traffico di influenze illecite e sulle “sorti” del millantato credito a valle della riforma del 2019 si è formata una letteratura imponente. Tra i tanti contributi, vd. F. CINGARI, *La riforma del delitto di traffico di influenze illecite e l’incerto destino del millantato credito*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2019, 6, 749 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. Giust.*, 2019, 1, 947 ss; E. LA ROSA, *L’inafferrabile tipicità del traffico di influenze illecite tra persistenti ambiguità e riforme abortite*, in *Foro It.*, 2022, 3, 2, 166 ss. In argomento, si veda anche V. MONGILLO, *Splendore e morte del traffico di influenze illecite*, 22 marzo 2024, in www.sistemapenale.it. Questo Autore, in particolare, dopo aver ricostruito la “storia” della fattispecie di millantato credito ed aver posto in discussione la correttezza degli orientamenti giurisprudenziali che in passato estendevano l’art. 346 c.p. al caso di condotte realmente idonee a sfociare nel mercimonio delle funzioni pubbliche, ha censurato le scelte attuate dal legislatore sotto il profilo della tecnica definitoria impiegata nella formulazione e riformulazione dell’art. 346-bis c.p., nonché la stessa opportunità legislativa dell’introduzione del delitto di traffico di influenze illecite (mettendo in risalto la mancanza di obblighi internazionali di incriminazione), specie in relazione alla carenza di disciplina interna relativa alle attività di *lobbying*. Quanto alla soluzione sposata dalla sentenza delle Sezioni Unite qui annotata, l’Autore (fondandosi sull’informazione provvisoria) ha sostenuto che essa sarebbe scaturita dall’inaccettabile ossimoro della punibilità del *deceptus*. In effetti, forse è proprio questa la motivazione che appare più convincente tra quelle spese dalla Corte, atteso che il richiamo ad opera dell’art. 346-bis c.p. di condotte di *vanteria* di relazioni *asserite* (*id est*, inesistenti) finalizzate ad ottenere un *quid per remunerare l’intra-neus* avrebbe potuto, di per sé, avallare la tesi della perfetta continuità normativa tra millantato credito “corruttivo” e traffico di influenze illecite “allargato”. In ordine alla sentenza oggetto



della presente analisi, occorre, inoltre, sottolineare che la soluzione della discontinuità normativa e, conseguentemente, dell'*abolitio criminis* è stata espressamente sposata dalle Sezioni Unite in relazione alla fattispecie di cui al comma 2 dell'art. 346 c.p., ovvero sia al già menzionato millantato credito "corruttivo". Tuttavia, a ben considerare, tale approdo non è stato giustificato soltanto per via della mancata riproduzione della locuzione "col pretesto", ma alla luce di una serie di elementi caratteristici del delitto di cui all'art. 346-bis c.p., tra cui la finalità della norma incriminatrice (creazione di un avamposto di tutela rispetto alla corruzione) e la previsione della punibilità del terzo, ritenuta incompatibile con l'ipotesi dell'inganno. Sulla scorta di tali motivazioni, allora, è assai difficile sostenere (come, invece, sembrerebbero intendere le Sezioni Unite, seppur con un *obiter*) che il millantato credito "semplice" possa ritenersi punibile in base all'art. 346-bis c.p. attualmente vigente (così anche M. GAMBARDELLA, *I rapporti intertemporali fra l'abrogato millantato credito, l'attuale traffico di influenze illecite e la truffa*, in *Cass. Pen.*, 2023, 12, 3950 ss). L'impostazione in questa sede accolta avrebbe, dunque, effetto *tranchant* sull'annosa ed insoluta problematica della configurabilità del concorso tra millantato credito (e, in particolare, tra quello "semplice") e truffa, condizionata a sua volta dalla *vexata quaestio* della fruibilità del criterio della specialità in concreto e, soprattutto, dagli orientamenti giurisprudenziali in ordine alla definizione dei concetti di artificio e raggirio, che sono stati sinora dilatati (per attrarre condotte che non si estrinsecano in vere e proprie *mise-en-scène* nell'alveo dell'art. 640 c.p.) o ristretti (per giustificare il cumulo tra truffa e millantato credito/traffico di influenze) al fine di avallare soluzioni costantemente *contra reum*. Del resto, ritenere che la millanteria finalizzata ad ottenere un corrispettivo come prezzo per la mediazione possa determinare l'addebito per i delitti di cui agli artt. 346-bis e 640 c.p. e che quella strumentale al versamento di una remunerazione per l'*intraneus* possa sostanziare solo la truffa rappresenterebbe una soluzione del tutto irragionevole. Sulla c.d. "Riforma Nordio", che propone una profonda riformulazione del delitto di traffico di influenze illecite, che s'innesterebbe sul requisito delle «relazioni esistenti», non lasciando, dunque, spazio all'incriminazione di ipotesi riconducibili al millantato credito *stricto sensu* inteso (ovverosia a condotte di natura fraudolenta), vd. M. PELISSERO, *Sulla proposta di abolizione dell'abuso d'ufficio e di riformulazione del traffico d'influenze illecite*, 18 settembre 2023, in *www.sistemapenale.it*; R. CANTONE – A. MILONE, *Le modifiche al traffico di influenze da parte del DDL Nordio; tutt'altro che mere precisazioni!*, 10 gennaio 2024, *loc. ult. cit.* Per quanto riguarda la configurabilità della c.d. "truffa in atti illeciti", vd. F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale, II, delitti contro il patrimonio*, Milanofiori – Assago, 2016, 212-213. Sulla condotta tipica nel reato di truffa ed in ordine alle interpretazioni lasche della giurisprudenza, che conducono alla valorizzazione di condotte non riconducibili, a rigore, agli artifici e raggiri, vd. E. MEZZETTI, *Reati contro il patrimonio*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da C.F. Grosso, T. Padovani e A. Pagliaro, XV, Milano, 2013, 375 ss. Muovendo, ora, al caso scrutinato dalla sentenza in commento, la soluzione assolutoria sposata dalle Sezioni Unite è dipesa dalla circostanza che in merito alla truffa «non sono stati formalmente contestati né accertati tutti gli elementi costitutivi». In realtà, sul punto, occorre osservare che il fatto, per come accertato nelle fasi di merito, sembrerebbe pienamente inquadrabile nell'alveo dell'art. 640 c.p. Tale conclusione parrebbe supportata non solo o non tanto dalle caratteristiche della condotta tenuta "direttamente" dall'imputato, estrinsecatasi in una menzogna, bensì dall'intervento, nell'organizzazione dell'illecito, di un terzo soggetto qualificato, ovvero sia l'agente di polizia penitenziaria che avrebbe falsamente prefigurato l'imminente trasferimento del detenuto. Si è trattato, allora, di una frode sufficientemente articolata che ben avrebbe potuto essere ricondotta – specie in considerazione delle letture estensive offerte dalla giurisprudenza circa la condotta tipica, cui si è fatto cenno – al delitto di truffa, peraltro aggravato dall'ingeneramento del timore di un pericolo immaginario e, dunque, procedibile d'ufficio. Per quanto concerne, poi, il difetto di contestazione, si tratta di una complicata questione processuale, che non può essere esaminata *ex professo* in questa sede. In ogni caso occorre notare che, qualora non fossero intervenute



cause di sospensione, risalendo il fatto al luglio del 2013, in presenza di un ricorso per cassazione non inammissibile (perché non manifestamente infondato), la Corte avrebbe dovuto *comunque* annullare la sentenza senza rinvio in ragione dell'intervenuta prescrizione del reato.

4. Il repertorio delle sentenze della Corte costituzionale.

1) Corte cost., 18 aprile 2024, ud. 16 aprile 2024, n. 62 – Pres. Barbera – Rel. Viganò

Reato di danneggiamento aggravato – cose esposte per necessità o per consuetudine alla pubblica fede – procedibilità d'ufficio – difetto di ragionevolezza rispetto alla disciplina prevista per il reato di furto aggravato dalla medesima circostanza – “riforma Cartabia”

Deve essere disposta la restituzione degli atti ai giudici rimettenti per un nuovo esame della rilevanza e della non manifesta infondatezza delle questioni sollevate con le ordinanze di remissione, in quanto a seguito della scelta operata dal legislatore attraverso il d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, con il quale non è stata introdotta la procedibilità a querela per le ipotesi di danneggiamento aggravato, di cui all'art. 635 c.p., per il ricorrere della circostanza di cui all'art. 625, n. 7, c.p., atteso che, dopo le ordinanze di rimessione, è entrato in vigore il d.lgs. 19 marzo 2024, n. 31, che ha previsto la procedibilità a querela per siffatte ipotesi nonché una specifica normativa transitoria di carattere processuale.

2) Corte cost., 23 aprile 2024, ud. 20 marzo 2024, n. 71 – Pres. Barbera – Rel. Prosperetti

Reato di sottrazione e trattenimento di minore all'estero – procedibilità d'ufficio – difetto di ragionevolezza rispetto alla disciplina prevista per il reato di sottrazione di persone incapaci

La questione di legittimità costituzionale sollevata è infondata. Il regime di procedibilità d'ufficio per il delitto di cui all'art. 574-*bis* c.p., relativo alla sottrazione e al trattenimento di minore all'estero, è giustificata dalla maggiore offensività della condotta descritta dalla norma incriminatrice rispetto a quella prevista dall'art. 574 c.p., che è procedibile a querela. La scelta operata dal legislatore sul punto, non è incongrua, mentre non rileva la circostanza che la condanna potrebbe finire con l'alterare i rapporti e l'unità familiare. Piuttosto, la ricomposizione familiare rappresenta un elemento valorizzabile dal giudice in sede di scelta del trattamento sanzionatorio e dalla concessione del beneficio della sospensione condizionale. Del resto, il legislatore ha recentemente introdotto lo strumento della giustizia riparativa, cui le parti potrebbero accedere proprio nella prospettiva del recupero delle relazioni interpersonali danneggiate dal reato. La procedibilità d'ufficio è strumentale alla prevenzione del crimine e ad evitare possibili condizionamenti che potrebbe subire un genitore ad opera dell'altro, autore del reato, al fine di rimettere la querela.

3) Corte cost., 10 maggio 2024, ud. 11 aprile 2024, n. 84 – Pres. Barbera – Rel. Viganò

Pene sostitutive – detenzione domiciliare – difformità della disciplina rispetto a quella prevista dall'ordinamento penitenziario – “Riforma Cartabia”

Non si ravvede violazione dell'art. 76 Cost. nell'esercizio della delega attribuita con la l. 27 settembre 2021, n. 134, attraverso l'emanazione del d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, nella misura in cui la disciplina della detenzione domiciliare, come pena sostitutiva, di cui all'art. 56 della l. 24 novembre 1981, n. 689, non è stata uniformata in tutti i suoi aspetti a quella della misura alternativa alla detenzione, di cui alla l. 26 luglio 1975, n. 354 sull'ordinamento penitenziario. Né possono ravvedersi profili di illegittimità sotto il profilo della violazione del principio di ragionevolezza e della finalità rieducativa della pena, di cui agli artt. 3 e 27 Cost. Il legislatore delegato, infatti, ha tenuto conto, nel creare regimi differenziati, della diversità dell'ambito in cui si inseriscono le discipline *de quibus*, come espressamente previsto nella legge delega.

4) Corte cost., 13 maggio 2024, ud. 16 aprile 2024, n. 86 – Pres. Barbera – Rel. Pettiti

Rapina – mancata previsione di un'attenuante per i fatti di minor disvalore



È costituzionalmente illegittimo l'articolo 628, secondo comma, c.p., nella misura in cui non prevede che la pena da esso comminata sia diminuita in misura non eccedente un terzo quando per la natura, la specie, i mezzi, le modalità o circostanze dell'azione, ovvero per la particolare tenuità del danno o del pericolo, il fatto risulti di lieve entità. In via consequenziale, ai sensi dell'articolo 27 della l. 11 marzo 1953, n. 87, l'incostituzionalità va estesa all'articolo 628, primo comma, c.p., nella parte in cui non stabilisce che la pena da esso comminata è diminuita in misura non eccedente un terzo quando per la natura, la specie, i mezzi, le modalità o circostanze dell'azione, ovvero per la particolare tenuità del danno o del pericolo, il fatto risulti di lieve entità. Ciò in quanto una siffatta circostanza è prevista per il delitto di estorsione, di cui all'art. 629 c.p.

5) Corte cost., 14 maggio 2024, ud. 16 aprile 2024, n. 88 – Pres. Barbera – Rel. Antonini

Depenalizzazione dei reati minori in tema di immigrazione irregolare – ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato

Non è fondata la questione di legittimità costituzionale sollevata in ordine alla mancata depenalizzazione degli illeciti disciplinati dall'art. 10-*bis* d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, non sussistendo una violazione della delega conferita con la l. 28 aprile 2014, n. 67.

6) Corte cost., 20 maggio 2024, ud. 16 aprile 2024, n. 91 – Pres. Barbera – Rel. Patroni

Griffi

Pornografia minorile – utilizzo di minori per esibizione, spettacoli o realizzazione di materiale pornografico – mancata previsione di una circostanza attenuante per fatti di minore gravità

Deve essere dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 600-*ter*, comma 1, n. 1), c.p., nella parte in cui non prevede, per il reato di produzione di materiale pornografico mediante l'utilizzazione di minori di anni diciotto, che nei casi di minore gravità la pena comminata sia diminuita in misura non eccedente i due terzi. Per il reato di produzione di materiale pedopornografico, l'assenza di un meccanismo che consenta al giudice di modulare l'entità della pena alla gravità del fatto, può condurre ad effetti irragionevoli e sproporzionati, perché l'art. 600-*ter*, comma 1, n. 1), c.p., nella sua ampiezza, è idonea a includere, nel proprio ambito applicativo, condotte assai dissimili tra loro.

7) Corte cost., 13 giugno 2024, ud. 21 maggio 2024, ord. n. 106 – Pres. Barbera – Rel.

Viganò

Sequestro di persona *ex art.* 605 c.p. – procedibilità a querela

La questione sollevata dal giudice *a quo*, con la quale si censura la scelta del legislatore delegato di introdurre la procedibilità a querela per il delitto di sequestro di persona di cui all'art. 605, comma 1, c.p., pure nelle ipotesi aggravate dall'essere stato il fatto compiuto ai danni di un pubblico ufficiale, è manifestamente infondata. Il legislatore delegato, in attuazione della riforma Cartabia, aveva ricevuto ampio mandato al fine di introdurre la procedibilità a querela e, in questa prospettiva, la scelta in sede di attuazione si appalesa come estrinsecazione della discrezionalità attribuita dalla delega stessa. All'accoglimento della censura sollevata, peraltro, si opporrebbe l'effetto della reviviscenza della procedibilità d'ufficio, che sarebbe *in malam partem* e, dunque, preclusa. D'altro canto non si è al cospetto di una c.d. "norma di favore", per cui la Corte costituzionale gode di più ampi poteri e per cui non sussistono preclusioni nel senso appena sopra descritto.

8) Corte cost., 27 giugno 2024, ud. 4 giugno 2024, ord. n. 113 – Pres. Barbera – Rel. Viganò

Particolare tenuità del fatto – art. 131-*bis* c.p. – incendio boschivo colposo *ex art.* 423-*bis*, comma 2, c.p.



La questione sollevata dal giudice *a quo*, con la quale si lamenta l'irragionevolezza dell'art. 131-*bis* c.p. nella parte in cui espressamente esclude l'operatività della disposizione a fattispecie di incendio boschivo colposo è inammissibile in quanto il fatto oggetto del processo è stato commesso in data antecedente alla riforma attuata dal legislatore, con la quale è stato introdotto nel corpo dell'art. 131-*bis* c.p. l'incendio boschivo colposo come "reato ostativo". Per giurisprudenza costante la causa di non punibilità in disamina rappresenta istituto di diritto penale sostanziale e, in quanto tale, è sottoposta al principio di irretroattività delle norme penali sfavorevoli.

5. Le novità normative.

- Direttiva (UE) 2024/1203 del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'11 aprile 2024 sulla tutela penale dell'ambiente, che sostituisce le direttive 2008/99/CE e 2009/123/CE, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea in data 30 aprile 2024.

La Direttiva, che dovrà essere recepita dagli Stati membri entro il 21 maggio 2026, «stabilisce norme minime per la definizione dei reati e delle sanzioni al fine di tutelare più efficacemente l'ambiente, nonché per le misure finalizzate alla prevenzione e al contrasto della criminalità ambientale». L'art. 3, paragrafo 2, elenca le condotte, «intenzionali, nonché [...] poste in essere quanto meno per grave negligenza», sostanzianti reato laddove provochino «il decesso o lesioni gravi alle persone o danni rilevanti alla qualità dell'aria, del suolo o delle acque, a un ecosistema, alla fauna o alla flora»; al successivo paragrafo 3 del medesimo articolo è stata introdotta la figura del c.d. "reato qualificato" che si sostanzia qualora le condotte illecite di cui al paragrafo 2 provochino «la distruzione di un ecosistema di dimensioni o di valore ambientale considerevoli o di un *habitat* all'interno di un sito protetto o danni diffusi e rilevanti, irreversibili o duraturi, a tale ecosistema o *habitat*; o danni diffusi e rilevanti, irreversibili o duraturi alla qualità dell'aria, del suolo o delle acque». Sono considerate penalmente rilevanti anche le condotte di istigazione e favoreggiamento alla realizzazione dei reati di cui all'art. 3. La Direttiva prevede, poi, pene detentive a carico dei trasgressori la cui durata varia a seconda della tipologia e della gravità del fatto (art. 5), nonché sanzioni a carico delle persone giuridiche laddove il fatto di reato sia stato commesso a vantaggio dell'ente «da qualsiasi soggetto che detenga una posizione preminente in seno alla persona giuridica interessata, individualmente o in quanto parte di un organo di tale persona giuridica» (artt. 6 e 7). I successivi artt. 8 e 9 sono dedicati alle circostanze aggravanti ed attenuanti; l'art. 10 attiene tratta delle misure necessarie che gli Stati membri debbono predisporre al fine di «consentire il tracciamento, l'identificazione, il congelamento e la confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato», mentre all'art. sono indicati i termini di prescrizione dei reati elencati nelle Direttiva.

- Direttiva (UE) 2024/1226 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 24 aprile 2024, relativa alla definizione dei reati e delle sanzioni per la violazione delle misure restrittive dell'Unione e che modifica la direttiva (UE) 2018/1673, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea in data 29 aprile 2024.

L'obiettivo principale della Direttiva, che dovrà essere recepita dagli Stati membri entro il 20 maggio 2025, è quello di stabilire delle norme minime comuni relative alle definizioni dei reati connessi alla violazione delle misure restrittive dell'Unione europea, adottate ex artt. 29 TUE e 215 TFUE.

In tale prospettiva, l'art. 3 elenca diverse condotte che, se dolose (o, in alcuni specifici casi, se realizzate con grave negligenza), sostanziano reato, anche nelle forme dell'istigazione, del favoreggiamento e del tentativo (art. 4). Le pene detentive previste sono calmierate in base alla tipologia ed alla gravità del fatto (art. 5) e sono specificate anche sanzioni a carico delle persone giuridiche, laddove il reato sia stato commesso a vantaggio dell'ente «da qualsiasi soggetto che



detenga una posizione preminente in seno alla persona giuridica interessata, individualmente o in quanto parte di un organo di tale persona giuridica» (artt. 6 e 7). Tra le ulteriori prescrizioni compendiate nella Direttiva, si evidenziano: quelle relative alla previsione di circostanze aggravanti ed attenuanti (artt. 8 e 9); quelle afferenti alla predisposizione, da parte degli Stati membri, di misure idonee a consentire «il congelamento e la confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato», nonché «dei fondi o delle risorse economiche oggetto di misure restrittive» (art. 10); quelle riguardanti il termine di prescrizione dei reati (art. 11).

- Direttiva (UE) 2024/1260 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 24 aprile 2024 riguardante il recupero e la confisca dei beni, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea del 2 maggio 2024.

La Direttiva, che dovrà essere recepita dagli Stati membri entro il 23 novembre 2026, al punto 7 del “considerando” rimarca la necessità di implementare i poteri dell'Autorità giudiziaria finalizzati a «privare i criminali dei proventi delle loro attività criminose».

In particolare, gli articoli da 11 a 19 sono dedicati al congelamento ed alla confisca di beni (per “congelamento”, ai sensi dell'art. 3, comma 1, n. 5 della Direttiva, si intende «il divieto temporaneo di trasferimento, distruzione, conversione, destinazione o movimento di un bene, o il fatto di assumerne temporaneamente la custodia o il controllo»).

Quanto al congelamento, questo comprende sia le «azioni immediate», finalizzate «a conservare i beni fino all'emissione di un provvedimento di congelamento», sia il congelamento in senso stretto, ovverosia un provvedimento volto ad assicurare l'apprensione e la conservazione temporanea dei beni suscettibili di un'eventuale, successiva confisca, rispetto alla quale il congelamento è strumento prodromico (art. 11).

In ordine, invece, alla confisca, tra le diverse ipotesi disciplinate – confisca “tradizionale”, avente ad oggetto beni strumentali e proventi derivanti da un reato in base a una condanna definitiva (art. 12); confisca nei confronti di terzi non in buona fede (art. 13); confisca “estesa”, che può colpire beni di cui il soggetto condannato abbia la disponibilità, qualora il valore di essi risulti sproporzionato rispetto al reddito legittimo del soggetto interessato (art. 14) – si segnala la confisca «non basata sulla condanna», che consente di disporre la misura ablativa anche nelle ipotesi in cui non sia possibile concludere il processo penale in corso per ragioni tassativamente indicate (art. 15). In particolare, la confisca senza condanna può essere applicata laddove il giudizio non possa essere portato a compimento per malattia, fuga, decesso dell'indagato o dell'imputato, ovvero per decorso dei termini di prescrizione del reato se inferiori a 15 anni (in base al diritto nazionale). Tale ultima misura è, inoltre, subordinata alla circostanza che «il procedimento penale avrebbe potuto portare a una condanna penale perlomeno per i reati che possono produrre, direttamente o indirettamente, un vantaggio economico considerevole», e che l'organo giudicante sia «convinto che i beni strumentali, i proventi o i beni da confiscare derivino dal reato in questione o siano ad esso connessi direttamente o indirettamente». L'art. 16 della Direttiva regola, altresì, la confisca di «patrimonio ingiustificato collegato a condotte criminose», una misura ablativa residuale (applicabile laddove difettino i presupposti delle figure sopra richiamate), avente ad oggetto «beni identificati nel contesto di un'indagine connessa a un reato purché l'organo giurisdizionale nazionale sia convinto che i beni identificati derivino da condotte criminose commesse nel quadro di un'organizzazione criminale e tali condotte possano produrre, direttamente o indirettamente, un vantaggio economico considerevole». Ai fini dell'adozione di tale forma di confisca l'Autorità giudiziaria è chiamata a valutare tutte le circostanze del caso concreto, quali la sproporzione del valore dei beni rispetto al reddito legittimo del soggetto interessato; l'assenza di una «plausibile» fonte lecita dei beni; l'esistenza di una relazione tra il soggetto interessato e consorterie criminali. La medesima disposizione prevede, poi, che i reati presupposto della misura sono quelli indicati nell'art. 2, paragrafi da 1 a 3, laddove puniti con una «pena privativa della libertà della libertà di durata massima non inferiore ai quattro anni».



- Direttiva (UE) 2024/1385 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 14 maggio 2024 sulla lotta alla violenza contro le donne e alla violenza domestica, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea in data 24 maggio 2024.

La Direttiva, che deve essere recepita dagli Stati membri entro il 14 giugno 2027, è finalizzata a «fornire un quadro giuridico generale in grado di prevenire e combattere efficacemente la violenza contro le donne e la violenza domestica».

In tale ottica, il capo 2 della suddetta Direttiva è dedicato alle fattispecie che debbono essere qualificate come reati dall'ordinamento interno degli Stati membri, quali, tra le altre, le mutilazioni genitali femminili, il matrimonio forzato, lo *stalking*, le molestie e l'istigazione alla violenza o all'odio *on line* (artt. 3-9). Le sanzioni, disciplinate all'art. 10, sono graduate in base alla tipologia ed alla gravità del fatto di reato commesso. Sono, inoltre, previste disposizioni che mirano a garantire i diritti delle vittime e a scongiurare fenomeni di c.d. "vittimizzazione secondaria", quali, a titolo esemplificativo, meccanismi incentivanti la presentazione delle denunce anche per mezzo di sistemi informatici (art. 14); misure finalizzate alla valutazione individuale delle esigenze di protezione, anche della vita privata, nonché di assistenza della vittima (artt. 16, 17, 20 e 25-28); strumenti volti a favorire l'esercizio dell'azione civile nell'ambito del processo penale (art. 24).



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.

<https://www.ambientediritto.it/>

La Rivista Giuridica AMBIENTEDIRITTO.IT 1974-9562 è riconosciuta ed inserita nell'Area 12 - (Classe A) - Riviste Scientifiche Giuridiche. ANVUR: Agenzia Nazionale di Valutazione del Sistema Universitario e della Ricerca (D.P.R. n.76/2010). Valutazione della Qualità della Ricerca (VQR); Autovalutazione, Valutazione periodica, Accredimento (AVA); Abilitazione Scientifica Nazionale (ASN). Repertorio del Foro Italiano Abbr. www.ambientediritto.it. - Catalogo (CINECA) - Codice rivista: E197807 - (Codice DoGi:) 9080 - Archivio Collettivo Nazionale dei Periodici ((ACNP)) Codice rivista PT03461393 - Catalogo internazionale (ROAD), patrocinato dall'UNESCO.

