

 **federalismi.it**
RIVISTA DI DIRITTO PUBBLICO ITALIANO, COMPARATO, EUROPEO

3 APRILE 2024

federalismi.it

Fascicolo n. 8/2024



ISSN 1826-3534

Numero 8, 2024

Tutti i contributi, ad eccezione dell'editoriale di apertura, sono stati sottoposti a *double blind peer review*.

Direttore responsabile: Prof. Annamaria Poggi

Vice Direttore responsabile: Prof. Federica Fabrizzi

Comitato di direzione: Prof. Andrea Biondi, Prof. Luisa Cassetti; Prof. Marcello Cecchetti; Prof. Carlo Curti Gialdino; Dott. Renzo Dickmann; Dott. Antonio Ferrara; Prof. Tommaso Edoardo Frosini; Prof. Diana Urania Galetta; Prof. Roberto Miccù; Prof. Andrea Morrone; Prof. Giulio M. Salerno; Prof. Maria Alessandra Sandulli; Prof. Sandro Staiano.

Redazione: dott. Federico Savastano (Redattore Capo); dott. Francesco Battaglia; Prof. Cristina Bertolino; dott. Giovanni Boggero; Prof. Tanja Cerruti; dott. Caterina Domenicali; dott. Giovanni Piccirilli; Prof. Massimo Rubechi; Prof. Martina Sinisi; Prof. Alessandro Sterpa.

Segreteria di redazione: dott. Simone Barbareschi; dott. Lucio Adalberto Caruso; dott. Adriano Dirri; dott. Luisa Giurato; dott. Eleonora Iannario; dott. Ekaterina Krapivnitskaya; dott. Nicola Pettinari; dott. Giulia Renzi; dott. Francesco Severa; dott. Sergio Spatola.

E-mail: redazione@federalismi.it



Sommario

EDITORIALE

- Regioni e coalizioni: le elezioni regionali in Sardegna e in Abruzzo, di *Pietro Ciarlo* iv

SAGGI E ARTICOLI

- Beni culturali e partenariato pubblico-privato atipico nel Codice dei contratti pubblici, di *Sandra Antoniazzi* 1
- Divieto di usura e ordine pubblico: la rilevanza usuraria degli interessi moratori, di *Ida D'Ambrosio* 34
- La co-programmazione tra politica e amministrazione. Teoria, prassi e nuove prospettive, di *Giammaria Gotti* 51
- Il sistema integrato di educazione e di istruzione dell'infanzia come amministrazione nazionale a rete, di *Angelo Mari* 92
- Libertà d'innovare e servizi pubblici: la Corte si pronuncia su taxi, NCC e molto altro (Corte cost., sent. 36/2024 e ord. 35/2024), di *Mario Midiri* 113
- Sui "diritti di cittadinanza digitale". Note a margine di un opaco percorso normativo, di *Marina Pietrangelo* 130
- Le comunità energetiche rinnovabili tra fondamento costituzionale e riparto di competenze legislative Stato-Regioni. Riflessioni alla luce della sentenza n. 48 del 2023 della Corte costituzionale, di *Francesco Sanchini* 144

FOCUS LAVORO, PERSONA, TECNOLOGIA

- Note (critiche) sul proselitismo sindacale mediante posta elettronica aziendale, di *Gianluca Bonanomi* 169
- *Robot Labor Law*. Linee di ricerca per una nuova branca del diritto del lavoro e in vista della sessione sull'intelligenza artificiale del G7 del 2024, di *Michele Faioli* 182
- L'azienda come motore per la *transizione giusta*: dalla Responsabilità Sociale d'impresa all'*advocacy*. Il caso del contratto di espansione, di *Filippo Lazzerara* 206



Regioni e coalizioni: le elezioni regionali in Sardegna e in Abruzzo

di Pietro Ciarlo

Professore emerito di Diritto costituzionale
Università degli Studi di Cagliari

1. Dalle elezioni in Sardegna e in Abruzzo si possono trarre alcune indicazioni sulle tendenze istituzionali in atto.

Innanzitutto, queste elezioni sono state a lungo al centro dell'attenzione delle televisioni e dei giornali nazionali, con dirette sui risultati alla stregua di quanto accade per le elezioni parlamentari. Ciò è stato possibile perché esse si sono svolte in giorni diversi. Quanto più le elezioni regionali si svolgeranno singolarmente, tanto più esse assumeranno spazio comunicativo. La tendenza naturale è, per una ragione o per l'altra, alla ulteriore diversificazione delle date, sembra un dettaglio, ma non lo è. Infatti, nonostante tale inusitata attenzione mediatica, i votanti sono diminuiti, in Sardegna dal 53,17% al 52,4% e in Abruzzo dal 53,11% al 52,19%. Vale la pena ricordare che l'affluenza alle elezioni politiche del 2022, pur essendo calata di ben nove punti percentuali rispetto alle elezioni precedenti, si è comunque attestata 63,91%. Certo, i dati di Sardegna e Abruzzo non sono quelli catastrofici della Lombardia, dove nel 2023 andò a votare solo il 41,68% degli aventi diritto con una diminuzione del 31,42% rispetto alla tornata precedente, ma comunque confermano la tendenza. Nelle elezioni regionali, né l'attenzione mediatica, né l'elezione diretta del Presidente, né l'immediata conoscenza dei risultati riescono a tenere alta la percentuale dei votanti. Soprattutto da parte dei partiti, le riflessioni serie su questi dati sono state veramente poche, forse perché mettono in evidenza con troppa crudezza la crisi di rappresentatività dei partiti stessi e dell'istituto regionale.

Tuttavia, queste elezioni lasciano intravedere anche dei segnali di ripresa del loro ruolo. Innanzitutto, di fatto e senza polemiche significative, è stato (finalmente) abbandonato qualsiasi riferimento ad elezioni primarie. Questo metodo di selezione delle candidature è, infatti, assolutamente inadatto a scegliere un candidato di coalizione per elezioni dirette.

Un'alleanza tra partiti può essere definita una coalizione quando ha una sua continuità nel tempo, altrimenti è un accordo puntuale su una qualche questione. Questo significa che i partiti della coalizione devono tenere aperto un negoziato permanente sulla ripartizione delle risorse e delle opportunità, negoziato che comprende certamente anche la distribuzione delle candidature in generale, e in particolare



alla presidenza delle regioni dove il turno unico impone accordi preventivi se si vogliono avere possibilità di vincere.

Da un punto di vista formale i partiti politici sono delle associazioni come le altre, quello che li distingue è il fatto che essi sono specializzati nella raccolta del consenso elettorale. Tra le tante associazioni solo i partiti hanno come finalità principale la partecipazione alle elezioni. Da ciò deriva che i partiti devono svolgere almeno la fondamentale funzione di selezionare le candidature. Ho sempre considerato le primarie molto negativamente. In primo luogo, perché le ho ritenute una sorta di istigazione alla guerra civile nei partiti. Ma soprattutto perché esse costituiscono una sorta di negazione di una delle principali funzioni dei partiti stessi: quella di scegliere i candidati. Il più delle volte non è facile, ma limitarsi a gettare la palla in mezzo al campo ed aspettare l'esito delle primarie equivale ad una deresponsabilizzazione dei partiti, in sostanza ad una loro negazione. Le primarie dietro la loro apparenza democratica nascondono, almeno in Italia, un potente fattore di deperimento dei partiti. Secondo me non ne vale la pena, nel senso che esse comportano più costi che benefici, atteso che, in modo presso che unanime, la crisi del nostro sistema della rappresentanza politica viene ricondotto alla obsolescenza dei partiti. L'associazione partito ha bisogno di una sua organizzazione, di organi responsabili capaci di assumere le decisioni necessarie. Se non ci riescono ne subiranno le conseguenze. Il *Todo modo* di Sciascia e soprattutto quello di Elio Petri insegna. La politica è un'arte difficile che non fa sconti. Chi sbaglia, prima o poi, paga.

Come accennato, le elezioni in Sardegna e in Abruzzo confermano, dunque, che le primarie sono sostanzialmente impraticabili nelle elezioni a turno unico e che in questo tipo di elezioni, se si vuole competere per la vittoria, è indispensabile la formazione di accordi interpartitici sul candidato presidente. L'esistenza di coalizioni facilita il raggiungimento di tali accordi perché consente un più articolato gioco delle compensazioni. Se si devono definire venti candidature e il rapporto tra i partiti ha una sua durezza, cioè se siamo dinanzi a delle coalizioni, si possono più agevolmente distribuire le aspettative e gli interessi, rispetto ad un accordo unico e puntuale.

Il nostro Paese ha avuto da sempre e continua ad avere governi di coalizione, nonostante dagli anni '90 in poi siano stati fatti innumerevoli tentativi di trasformare la nostra forma di governo in senso bipartitico. L'introduzione della forma di governo regionale e di quella comunale oggi vigenti va collocata nell'ambito di questi tentativi, ma se è valsa a migliorare il rendimento delle istituzioni, non ha prodotto alcuna riduzione del numero dei partiti. A mio modo di vedere il nostro problema non è il multipartitismo, ma il multipartitismo estremo. Il qualificativo "estremo" ha in se stesso una portata negativa.

Da Duverger in poi, passando per Leopoldo Elia, il numero dei partiti viene ritenuto fondamentale nell'analisi delle forme di governo. Quasi tutti i sistemi di partito dei paesi democratici sono multipartitici, tranne quello statunitense. Ormai anche quello britannico può essere considerato bipartitico solo con



molta buona volontà, perché sempre più spesso per la fiducia al gabinetto è essenziale il contributo dei partiti locali. Il multipartitismo è connaturato al pluralismo. Dobbiamo correggere il qualificativo non il sostantivo. Il multipartitismo non deve essere estremo, ma moderato. Il multipartitismo va gestito politicamente, ma le recenti elezioni regionali, soprattutto quelle sarde, hanno mostrato come la politica italiana soffra di una perdurante ed insufficiente cultura della coalizione, il che non smette di sorprendere considerando che tutti i nostri governi sono stati di coalizione e che questo ininterrotto andamento si riproduce quasi sempre anche a livello amministrativo.

2. Le coalizioni hanno le loro alchimie. I partiti nelle coalizioni devono collaborare, ma sono anche soggetti che competono tra loro alle elezioni. L'equilibrio tra queste spinte divergenti non è facile, ma deve essere comunque conseguito. La trentennale esperienza dei rapporti tra Democrazia cristiana e Partito socialista, nonché con gli altri partiti minori, ha molto da insegnare. Viceversa, il nostro Paese è attraversato da una inopinata infatuazione per la vocazione maggioritaria o per l'uomo solo al comando, alla fin fine espressione di una stessa mentalità dura a morire. In Sardegna Renato Soru, già Presidente della regione dal 2004 al 2009, a suo tempo ricandidato ma non rieletto, ha presentato una sua autonoma candidatura ottenendo l'8,6% e restando sotto la soglia di sbarramento del 10% prevista dalla legislazione elettorale sarda, soglia sicuramente elevata, ma comunque esistente. Stante che i voti ottenuti da questa candidatura sono in gran parte di centrosinistra, se Soru avesse avuto anche pochi voti in più, superando la soglia di sbarramento o meno non importa, avrebbe determinato la vittoria del candidato del centrodestra. Sul perché di questa candidatura, oserei dire autolesionista, mi basta notare che sicuramente ha agito l'infatuazione per l'uomo solo al comando. Se Soru avesse avuto una migliore cultura politica della coalizione e avesse collocato il suo movimento politico in quella per la Todde, oggi sarebbe il secondo partito della coalizione vincente, potendo, così, dare un contributo rilevante alle politiche per la Sardegna.

Sul versante del centrodestra la annunciata dispersione dei voti dovuta alla candidatura di Soru ha fatto ritenere ormai acquisito il risultato e probabilmente ha spinto il partito maggiore della coalizione, cioè Fratelli d'Italia, ad imporre un candidato poco condiviso dai partiti alleati. Viceversa, le elezioni del 25 febbraio hanno visto la vittoria della candidata del centrosinistra con il 45,4% dei voti contro il 45% del suo avversario di centrodestra. Va segnalato che quest'ultimo ha ottenuto un consenso inferiore rispetto alle liste che lo sostenevano attestato 48,8%. Secondo l'analisi dei flussi di voto proposta dall'Istituto Cattaneo, soprattutto nella città di Cagliari, ci sarebbe stato un significativo voto disgiunto a favore della candidata del centrosinistra, voto disgiunto proveniente dagli elettori leghisti e di Forza Italia. Questi dati sono incontrovertibili. In sede di interpretazione, va considerato che il voto disgiunto è difficilmente

gestibile spontaneamente dal singolo elettore e che, dunque, dai suddetti partiti della coalizione di centrodestra, con ogni probabilità, è giunta qualche indicazione di voto contraria al candidato dello stesso centrodestra, indicazione che, peraltro, deve aver trovato terreno fertile presso l'elettorato perché Truzzu come sindaco di Cagliari non è stato mai particolarmente popolare. In definitiva questa vicenda può essere considerata emblematica della scarsa cultura della coalizione oggi riscontrabile: il partito maggiore sentendosi certo del risultato positivo ha sostanzialmente imposto ai suoi partners un candidato poco gradito, ma questi ultimi, forse andando al di là delle loro stesse intenzioni, hanno determinato la sconfitta del candidato e della coalizione medesima, alla fin fine di loro stessi. Questa volta la vendetta è stata servita a caldo, ma forse con esiti poco meditati, probabilmente preterintenzionali.

In tutta questa vicenda il centrodestra sembra non aver considerato nella giusta luce i precedenti elettorali a disposizione. Attualmente la volatilità dell'elettorato e la labilità delle coalizioni devono portare a considerare come significativi solo i precedenti più vicini. In Sardegna alle elezioni politiche del 2022, ultimo dato elettorale disponibile, il centrosinistra, forse anche in virtù di un giudizio poco lusinghiero sulla Giunta regionale Solinas, era circa dieci punti avanti il centrodestra. Pur in un mutato contesto, recuperare 10 punti percentuali non è mai facile. Considerando anche i voti andati al terzo polo soriano, un certo recupero c'è stato, ma appena di qualche punto percentuale, poi bruciato dal dissenso nei confronti del candidato presidente.

Le coalizioni hanno le loro logiche. Imporre ai propri alleati una soluzione non gradita e chiederne allo stesso tempo la condivisione è molto rischioso.

In Abruzzo la vicenda è stata molto più lineare. Le coalizioni hanno condiviso i rispettivi candidati e l'esito è stato quello più probabile, nel senso che alle politiche del 2022 il centrodestra aveva quasi 20 punti percentuali di vantaggio rispetto alla coalizione del centrosinistra allargato. Inoltre, considerando che nelle elezioni amministrative il M5S ha risultati notevolmente inferiori rispetto alle politiche, l'esito era presso che scontato. Lasciano perplessi alcuni commenti al risultato. La coalizione di centrosinistra è stata ampia e convinta nel sostenere il proprio candidato, come è stato possibile perdere, si chiedono alcuni, trovando nell'eccessiva ampiezza della coalizione le ragioni della sconfitta stessa. Credo che il motivo di quest'ultima sia da ricercare, viceversa, in una ragione più semplice: il centrodestra in Abruzzo, in questa fase, prende più voti del centrosinistra. Ancora qui traspare una scarsa cultura della coalizione. Una coalizione ampia e coesa, nonché un candidato condiviso e autorevole sono le condizioni necessarie per competere, ma non assicurano la vittoria. Per vincere ci vogliono i voti che solo le liste possono assicurare. In Abruzzo le liste del centrodestra si sono dimostrate certamente più forti, presenti anche nel solco del consenso tradizionale *a là* Remo Gasperi.



Che l'esito delle elezioni abruzzesi abbia fatto mettere in discussione il metodo della coalizione da alcune componenti del centrosinistra mostra come la cultura della coalizione stessa soffra ancora di molte debolezze. D'altra parte, anche la coalizione di centrodestra non gode di buona salute. Quando nel 1973 l'opposizione di sinistra decise di intraprendere il viaggio verso la coalizione di governo per prima cosa dichiarò la propria fedeltà alla Nato. Oggi, *mutatis mutandi*, è molto difficile avere posizioni divergenti in Europa e convergenti nella coalizione nazionale, soprattutto se non si rinuncia all'asprezza dei toni si cumulano troppe tensioni. Difficile lenire, sopire, troncare e governare a queste condizioni. Alla fine prevalgono le vendette trasversali che sono state evidenziate nelle elezioni sarde.

Alle elezioni europee ciascun partito va per fatti suoi, ma le tematiche coalizionali dominano comunque la scena. Dopo i risultati saranno ancora queste tematiche a tenere il campo. Come anche le elezioni sarde e abruzzesi hanno mostrato la politica italiana è una politica fondata sulle coalizioni. Basta saperlo.



Beni culturali e partenariato pubblico-privato atipico nel Codice dei contratti pubblici*

di **Sandra Antoniazzi**

Professore associato di Diritto dell'economia
Università di Roma Tor Vergata

Abstract [It]: Il contributo esamina il partenariato pubblico-privato per interventi di conservazione e di valorizzazione di beni culturali immobili e mobili nella forma atipica (e meno nota) prevista dall'art. 134, comma 2, del Codice dei contratti pubblici, del Titolo III "I contratti nel settore dei beni culturali" in un contesto di evidente specialità. Questo schema di collaborazione si caratterizza per la flessibilità, necessaria nel settore del patrimonio culturale, e suscita interessanti spunti di riflessione e di approfondimento di esperienze innovative.

Title: Cultural Heritage and Atypical Public-Private Partnerships in the Public Contracts Code

Abstract [En]: The article examines the public-private partnership for conservation and valorisation works on immovable and movable cultural heritage in the atypical (and lesser known) form envisaged by Article 134, par. 2, of the Public Contracts Code, of Title III "Contracts in the cultural heritage sector" in a context of evident specialisation. This collaboration scheme is characterised by flexibility, which is necessary in the cultural heritage sector, and allows for interesting insights and innovative experiences.

Parole chiave: Beni culturali immobili e mobili, Conservazione e valorizzazione, Partenariato pubblico-privato speciale (art. 134, comma 2, d.lgs. n. 36/2023), Progetti innovativi

Keywords: Immovable and movable cultural heritage, Conservation and valorization, Special public-private partnership (Art. 134(2) Legislative Decree No. 36/2023), Innovative projects

Sommario: **1.** Introduzione: l'ambito dell'indagine. **2.** Il partenariato pubblico-privato atipico previsto dall'art. 134, comma 2, del Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 36/2023) per assicurare la fruizione del patrimonio culturale e favorire la ricerca scientifica applicata alla tutela e alla valorizzazione. **3.** Forme speciali di partenariato e l'intreccio con norme del Codice del Terzo settore. **4.** Il confronto con la concessione, la sponsorizzazione e la finanza di progetto. **5.** Il PPP speciale e la politica europea di intervento a partire dal Libro Verde del 2010. **6.** Considerazioni conclusive e alcune recenti iniziative di partenariato speciale.

1. Introduzione: l'ambito dell'indagine

Il contributo esamina alcune particolari soluzioni operative per interventi di conservazione e di valorizzazione dei beni culturali basate sulla forma atipica (e meno nota) di partenariato pubblico-privato prevista per tali attività dall'art. 134, comma 2, del Codice dei contratti pubblici¹, come collaborazione tra soggetti pubblici ed enti e organismi pubblici e tra soggetti pubblici e privati; la disposizione è contenuta nel Titolo III "I contratti nel settore dei beni culturali" in un contesto di specialità. Questo schema di rapporti si distingue dalla formula della c.d. "amministrazione condivisa"² assai interessante, ma

* Articolo sottoposto a referendum.

¹ Art. 134 "Contratti gratuiti e forme speciali di partenariato" del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36.

² In tema v. G. ARENA, M. BOMBARDELLI (a cura di), *L'amministrazione condivisa*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022; per la stretta relazione con i beni comuni, categoria a cui si riconducono i beni culturali v. G. ARENA, C. IAIONE (a cura di),



prevalentemente adottabile per alcuni interventi di conservazione (o manutenzione) realizzati da cittadini promotori in base a patti di collaborazione con gli enti pubblici (soprattutto enti locali) titolari della gestione dei beni (ad es. beni culturali comunali o verde pubblico).

Nel tempo, il coinvolgimento di soggetti privati si è evoluto verso forme articolate di collaborazione con gli enti pubblici per la gestione e valorizzazione del patrimonio culturale, diverse dall'erogazione di servizi da parte di un'impresa con prestazioni specifiche in attuazione della gestione indiretta disciplinata dal Codice dei beni culturali sul presupposto di una concessione o di un appalto pubblico di servizi³.

L'approfondimento del partenariato pubblico-privato come strumento speciale che si caratterizza per la flessibilità, aspetto necessario per la valorizzazione dei beni culturali, consente alcuni interessati spunti di riflessione e di innovazione. Tuttavia, l'applicazione del partenariato in questo settore suscita dibattito riguardo alla coesistenza di diversi interessi anche conflittuali e al complesso delle norme, fonte di un frequente contenzioso. Si consideri ad es., il caso dei musei e dei servizi aggiuntivi al servizio museale principale di fruizione pubblica, la cui disciplina è stata oggetto di modifiche con difficoltà interpretative. Per la cooperazione tra amministrazione e privati al fine della valorizzazione dei beni culturali, la base giuridica è rinvenibile in diverse disposizioni del Codice dei beni culturali e del Codice dei contratti pubblici, nonché in alcune norme del Codice del Terzo settore⁴. La valorizzazione è di certo un ambito elettivo in cui ben si inserisce la collaborazione tra soggetti pubblici e privati, ma la frammentazione delle norme e la lentezza degli adeguamenti alle esigenze concrete hanno di certo ostacolato l'azione delle amministrazioni e l'interesse costante dei privati.

La questione critica è l'individuazione delle modalità e degli strumenti più adatti per promuovere la partecipazione del privato alla gestione dei beni culturali mediante forme di partenariato; una nota relazione del 2016 della Sezione centrale di controllo della Corte dei Conti⁵ ha valutato le complessive iniziative di partenariato pubblico-privato finalizzate alla valorizzazione, nel periodo dal 2012 al 2016 prima dell'introduzione del partenariato atipico, evidenziando un bilancio non particolarmente positivo in relazione all'efficacia e al numero degli interventi nonché alle cause dell'insuccesso.

In generale, la difficoltà di estendere la partecipazione dei privati dipende soprattutto dal quadro intricato della disciplina; ad es., tra le varie forme di collaborazione, la relazione ha considerato la sponsorizzazione, che genera un rapporto negoziale tra ente pubblico e *sponsor*, ed è regolata dal d.m. 19 dicembre 2012

L'Italia dei beni comuni, Carocci, Roma, 2012; G. ARENA, *I custodi della bellezza*, Touring Club Italiano, Milano, 2020, pp. 207-209.

³ Art. 115 del d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42.

⁴ D.lgs. 3 luglio 2017, n. 117.

⁵ Relazione approvata con la Delibera 4 agosto 2016, n. 8/2016/G della Sezione centrale di controllo sulla gestione delle amministrazioni dello Stato, relativa a *Iniziative di Partenariato Pubblico-Privato nei processi di valorizzazione dei beni culturali*.

relativo alle norme tecniche e dalle linee guida⁶ in attuazione dell'art. 120 del Codice dei beni culturali. I casi individuati di sponsorizzazione sono davvero pochi, di modesto importo e territorialmente localizzati nelle Regioni del nord e del centro Italia, nonostante questo strumento rappresenti una valida soluzione di integrazione delle limitate risorse pubbliche da destinare alla valorizzazione dei beni culturali. Per alcune note esperienze di sponsorizzazione di rilevante entità economica, le considerazioni non sono migliori nel senso che, ad es. quella relativa al restauro del Colosseo ha evidenziato notevoli ritardi nell'attuazione delle procedure e dei lavori, considerata la data di stipulazione dell'accordo⁷.

Ulteriori strumenti di collaborazione sono previsti dall'art. 112 del Codice dei beni culturali, che riguarda gli accordi tra Ministero della Cultura ed enti territoriali per la valorizzazione di beni di proprietà pubblica, dall'art. 121 sulla collaborazione tra questi enti pubblici e le fondazioni bancarie mediante protocolli d'intesa e dagli artt. 115 e 117 per le concessioni a terzi di attività di valorizzazione e di gestione di servizi per il pubblico. La cooperazione promossa è, nella sostanza, aperta e dinamica, dato che può includere diversi soggetti pubblici e privati sia in una forma non strutturata mediante accordi o convenzioni, sia con soluzioni istituzionalizzate in fondazioni di partecipazione o in schemi societari.

2. Il partenariato pubblico-privato atipico previsto dall'art. 134, comma 2, del Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 36/2023) per assicurare la fruizione del patrimonio culturale e favorire la ricerca scientifica applicata alla tutela e alla valorizzazione

Il partenariato speciale introdotto⁸ dal d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici) si riferiva ai soli beni culturali immobili, ambito che è stato esteso ai beni mobili dall'art. 132, comma 2, del nuovo Codice; al fine di assicurare la fruizione del patrimonio culturale e favorire la ricerca scientifica applicata alla sua tutela e valorizzazione, lo Stato, Regioni ed enti territoriali possono attivare⁹ *forme speciali* di partenariato con enti e organismi pubblici (partenariato pubblico-pubblico) e con soggetti privati (partenariato pubblico-privato), dirette a consentire “il recupero, il restauro, la manutenzione programmata, la gestione, l'apertura alla pubblica fruizione e la valorizzazione di beni culturali” mediante *procedure semplificate* per individuare il partner privato. Infatti, l'ambito di applicazione riguarda i beni culturali in senso comprensivo includendo i beni immobili e mobili con possibilità di combinazioni, dato

⁶ In seguito, la circolare 17 giugno 2016, n. 28, del Ministero dei beni culturali ha inteso semplificare le procedure indicando indirizzi per l'applicazione degli artt. 19 e 151 del Codice dei contratti pubblici. V. S. ANTONIAZZI, *Contratti pubblici e beni culturali: specialità della disciplina e obiettivi di tutela, di conservazione e valorizzazione*, in AA. VV., *Scritti in onore di Eugenio Picotizza*, I, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019, pp. 67 ss.

⁷ Si rinvia alla Relazione della Sezione centrale di controllo della Corte dei Conti, cit., 47 ss. La stipulazione del contratto di sponsorizzazione risale al 21 gennaio 2011 e alla data della Relazione ancora non risultava attuato l'obiettivo di valorizzazione.

⁸ Art. 151.

⁹ La norma precisa, come il precedente art. 151, “con le risorse umane, finanziarie e strumentali disponibili a legislazione vigente”.

che la norma non precisa limiti da questo punto di vista. Questa innovazione normativa consente progetti integrati di valorizzazione ancora più interessanti, ad es. con riferimento ai musei, ai relativi beni e allestimenti.

Per le procedure semplificate, le modalità possono essere “analoghe o ulteriori rispetto a quelle previste dall’articolo 8”; la disposizione richiama il principio di autonomia contrattuale delle pubbliche amministrazioni nel perseguimento delle finalità istituzionali che consente la stipulazione di qualsiasi contratto, anche gratuito, salvi i divieti previsti dal Codice dei contratti pubblici e dalla legge, nonché la possibilità di ricevere “per donazione beni e prestazioni rispondenti all’interesse pubblico *senza obbligo di gara*”. Il riferimento all’art. 8 comporta qualche dubbio circa l’utile collegamento con l’art. 134, comma 2, del Codice; tuttavia, può essere rilevante l’assenza di un obbligo di gara per le procedure di individuazione del partner privato, considerate le ammesse procedure semplificate. Il punto meriterebbe un chiarimento normativo o indicazioni interpretative da parte del Ministero della Cultura, dato che già l’art. 151, comma 3, del precedente Codice richiamava le procedure semplificate previste per la sponsorizzazione *ex* comma 1 dell’art. 151 e art. 101 del Codice dei beni culturali.

In sostanza, la formulazione dell’art. 134, comma 2, potrebbe contribuire ad una più estesa applicazione del partenariato speciale, coinvolgendo istituti e luoghi della cultura per le sedi e i beni culturali ad essi afferenti e soggetti privati (imprese ed enti *non profit*), mediante soluzioni di progettazione strategica per beni culturali immobili e mobili e le molteplici finalità previste dalla disposizione.

Inoltre, il comma 1 dell’art. 134 prevede la possibile stipulazione di *contratti gratuiti* per tutte le attività di tutela e di valorizzazione, in base ai principi di cui all’art. 8, comma 1, sul presupposto di prescrizioni espresse dall’amministrazione competente circa la progettazione e l’esecuzione delle opere e forniture, la direzione dei lavori e il collaudo. Questo schema contrattuale, diverso dalla sponsorizzazione *ex* comma 4, contiene una *ratio* di ulteriore apertura alla collaborazione con gli enti *non profit* oppure con gli enti *profit* che intendano contribuire al sostegno della cultura a titolo gratuito mediante interventi che richiedono comunque uno schema negoziale senza obbligo di gara *ex* comma 3; probabilmente per queste soluzioni potranno essere riconosciute agevolazioni fiscali.

L’affermazione del modello di collaborazione tra pubblico e privato ha richiesto una rivoluzione “culturale” dell’amministrazione come evoluzione “coraggiosa” nell’esercizio della discrezionalità amministrativa e tecnica, al fine di sperimentare gli strumenti a disposizione, sul presupposto della loro conoscenza, dato che spetta all’ente pubblico la scelta tra gli schemi di cooperazione indicati dalla circolare ministeriale¹⁰ 9 giugno 2016, non sostituita da un atto più recente. Invero già l’art. 151, comma

¹⁰ Nota-circolare 9 giugno 2016, n. 17461; v. “Le forme speciali di partenariato pubblico-privato nel campo dei beni culturali”; ad oggi non risulta una diversa circolare in relazione al testo dell’art. 134 del nuovo Codice dei contratti pubblici.

3, del precedente Codice dei contratti pubblici¹¹ prevedeva, con una formulazione quasi identica, questa forma agevole di collaborazione come partenariato speciale. Quindi, dal 2016 il Ministero si è orientato verso la necessaria promozione e applicazione di forme “ibride” di partenariato non facilmente inquadrabili in uno specifico schema giuridico, ma agevoli e che possono favorire la gestione di istituti e luoghi della cultura poco valorizzati, come illustrato dal punto 11 della circolare¹².

La disposizione *ex art.* 151, comma 3, del precedente Codice è stata definita *norma aperta* il cui contenuto applicativo può meglio adattarsi alle esigenze del caso concreto anche con interventi di sperimentazione. L’istituto, che ha natura contrattuale, è presupposto di un “rapporto convenzionale di durata” e non comporta, quindi, l’istituzione di una specifica struttura organizzativa in forma di fondazione o di associazione oppure d’impresa, pur ammissibili comitati o “cabine di regia” per incontri tecnici di composizione mista; al partner privato è attribuito il monitoraggio o l’orientamento della fase esecutiva. Il Ministero delinea la possibilità di collegare il partenariato speciale agli accordi di cui all’art. 112 del Codice dei beni culturali la cui *ratio* è la definizione di politiche strategiche di sviluppo culturale territoriale mediante soggetti specifici oppure agli accordi volti a regolare servizi strumentali per la valorizzazione e la fruizione con la partecipazione dei privati interessati.

La disposizione istitutiva del partenariato speciale è una “norma in bianco” che consente accordi di contenuto indeterminato e “creativo”, anche se necessariamente vincolati dalla realizzazione di interessi pubblici secondo diverse combinazioni. Infatti, l’art. 71, comma 3, del Codice del Terzo settore in base al quale “I beni culturali immobili di proprietà dello Stato, delle Regioni, degli enti locali e degli altri enti pubblici, per l’uso dei quali attualmente non è corrisposto alcun canone e che richiedono interventi di restauro, possono essere dati in concessione a enti del Terzo settore a condizioni agevolate e secondo le procedure semplificate di cui all’articolo 151, comma 3, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50”. Inoltre, l’art. 89, comma 17, prevede che “In attuazione dell’articolo 115 del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, il Ministero dei Beni e delle Attività Culturali e del Turismo, le Regioni, gli enti locali e gli altri enti pubblici possono attivare forme speciali di partenariato con enti del Terzo settore individuati attraverso le procedure semplificate di cui all’articolo 151, comma 3, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, dirette alla prestazione di attività di valorizzazione di beni culturali immobili di appartenenza pubblica”.

Nonostante gli espressi riferimenti normativi e l’estensione dell’istituto ai beni mobili *ex art.* 134, comma 2, del Codice dei contratti pubblici del 2023, questo modello di partenariato necessita di una ricostruzione unitaria, al fine di promuovere un nuovo processo di efficace valorizzazione coinvolgendo il Ministero

¹¹ D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

¹² Punto 11, “Le forme speciali di partenariato pubblico-privato nel campo dei beni culturali”, della circolare 9 giugno 2016.

della Cultura, le Regioni e gli enti territoriali, le comunità e i privati, secondo gli intenti della Convenzione quadro di Faro del Consiglio d'Europa, superando così l'impostazione tradizionale e la distinzione tra settore pubblico e settore privato in base alla gestione diretta e indiretta mediante la concessione in base all'art. 115 del Codice dei beni culturali.

La realtà si è, in effetti, evoluta verso forme non del tutto inquadrabili in schemi giuridici predefiniti, suscitando un acceso dibattito sull'applicazione di adeguati strumenti di collaborazione. In particolare, ciò è emerso nella sentenza della Corte costituzionale n. 131 del 2020 che ha valorizzato la sussidiarietà orizzontale ex art. 118 Cost. come presupposto dell'attuale tendenza a superare lo schema dell'esclusiva azione pubblica come "intrinsecamente idonea allo svolgimento di attività di interesse generale e si è riconosciuto che tali attività ben possono, invece, essere perseguite anche da una autonoma iniziativa dei cittadini che, in linea di continuità con quelle espressioni della società solidale, risulta ancora oggi fortemente radicata nel tessuto comunitario del nostro Paese".

Peraltro, per garantire la costante ed efficiente presenza dello Stato nel settore dei beni culturali, è necessario garantire maggiori risorse finanziarie e personale professionalmente preparato nel rapporto di collaborazione tra pubblico e privato, dato che comporta una relazione e un confronto impegnativi per gli obiettivi strategici e i mezzi necessari all'attuazione. Di certo, può contribuire un contesto territoriale favorevole per la comunità e le imprese, che si distinguono per inventiva e capacità progettuale anche mediante soluzioni organizzative alternative o diverse rispetto a quelle previste dal Codice dei beni culturali.

In sostanza, per le iniziative sperimentali di collaborazione tra soggetti pubblici (spesso proprietari di beni meno noti) e privati, che non sono esattamente riconducibili agli schemi previsti dal Codice dei beni culturali per le caratteristiche degli interventi, si adotta lo schema del partenariato speciale con profili assai diversi rispetto al partenariato contrattuale tipico e alla concessione, preferendo una collaborazione su un *piano paritario* rispetto al rapporto tra ente che esercita un potere autoritativo e soggetto privato (imprese o associazioni *non profit*).

Con riferimento agli strumenti della concessione di servizi e della concessione in uso di beni culturali tra Codice dei contratti pubblici e Codice dei beni culturali, spesso l'amministrazione rallenta le iniziative private di valorizzazione volte ad ampliare la fruizione dei beni culturali, poiché i modelli tradizionali risultano inadeguati. Il partenariato può essere, invece, orientato verso soluzioni, realizzabili in tempi ragionevoli, di sperimentazione progettata per il caso concreto, anche mediante iniziative intraprese dal "privato sociale" e non solo di *crowdfunding*, oppure di costituzione di imprese culturali con un radicamento territoriale, espressione della comunità come imprenditorialità sociale, che manifesta un'attitudine alla



collaborazione secondo il modello della sostenibilità economica e considera l'impatto economico e sociale, oltre allo spiccato interesse per il settore dei beni culturali.

In effetti, le iniziative di questo nuovo partenariato atipico sono intraprese anche da soggetti che sono pienamente inseribili nel settore dell'impresa *profit* o nelle associazioni *non profit* in senso tradizionale con obiettivi di valorizzazione culturale e di sostenibilità economica mediante attività di natura imprenditoriale e commerciale, strumento di attuazione della missione culturale. Queste organizzazioni coinvolgono le comunità e derivano da proposte specifiche dei privati del territorio in cui è centrale la collaborazione con soggetti pubblici; il modello di attività è del tutto particolare, in quanto il presupposto è l'interesse a prendersi cura del patrimonio culturale nel territorio di appartenenza come iniziativa civica di "riappropriazione del bene comune culturale" e del "museo comune", finalità ben inseribili nel Terzo settore e presenti anche nell'amministrazione condivisa¹³.

Un'esperienza significativa riguarda il caso dell'iniziativa di valorizzazione del Parco archeologico dei Campi Flegrei¹⁴ sulla base di un piano strategico e di un nuovo modello di gestione volto ad ampliare la fruizione, considerata l'inadeguatezza dei modelli tradizionali, come ad es., la gestione diretta, non adeguatamente sostenibile dagli enti competenti, la concessione di servizi oppure la concessione in uso di beni culturali, schemi che comportano disponibilità di investimenti rilevanti. La flessibilità del partenariato atipico, adattabile al caso concreto, consente il coinvolgimento della comunità nella gestione del patrimonio culturale, tra l'altro ben in linea con la Convenzione di Faro¹⁵.

In questa esperienza è, infatti, centrale il ruolo della comunità, dato che all'iniziativa hanno partecipato cittadini, associazioni locali *non profit* e imprenditori, soggetti titolari di interessi culturali e di sviluppo territoriale, che hanno contribuito con risorse e competenze. I cittadini non s'inseriscono solo come utenti, ma come controparte nei procedimenti di attuazione della missione tramite associazioni culturali; il modello di attività è notevolmente condizionato da interessi diretti di tutela dell'equilibrio economico e di partecipazione allo sviluppo del territorio e, allo stesso tempo, di conservazione del patrimonio culturale. Queste organizzazioni, pubbliche o private, a prescindere dall'esistenza della finalità di lucro, partecipano con diverse modalità di sostegno delle spese di gestione e di creazione di valore economico mediante i ricavi derivanti dalle specifiche attività, dai contributi pubblici e dalle donazioni di privati.

¹³ V. nota 2.

¹⁴ Il partner pubblico è ovviamente la direzione del Parco Archeologico dei Campi Flegrei. Per approfondimenti v. S. CONSIGLIO, *Il partenariato pubblico privato come modello di riferimento*, in S. CONSIGLIO, M. D'ISANTO, F. PAGANO, *Partenariato Pubblico Privato e organizzazioni ibride di comunità per la gestione del patrimonio culturale*, in *Il Capitale Culturale, Studies on the Value of Cultural Heritage*, Supplementi, n. 11, 2020, pp. 367 ss.

¹⁵ Per approfondimenti v. A. SIMONATI, *Il ruolo della cittadinanza nella valorizzazione dei beni culturali alla luce della Convenzione di Faro: niente di nuovo sotto il sole?*, in *Riv. giur. urb.*, 2021, pp. 248 ss.

Per queste fasi, devono essere delineate strategie volte ad attrarre finanziamenti pubblici e visitatori per incrementare i ricavi dalla vendita di biglietti e dai servizi accessori (*bookshop*, ristorazione, utilizzo di spazi e vendita di altri prodotti), secondo un esteso spirito di collaborazione come nuovo indirizzo che sembra prevalere rispetto alla concorrenza tra imprese del settore e superare la logica tradizionale di esclusivo sostegno pubblico, tipico del settore culturale. Ciò anche in conseguenza della scarsità di risorse pubbliche, aspetto che ha suscitato un maggiore interesse per la collaborazione rispetto alla “competizione”. Tra l’altro, la collaborazione dev’essere intesa non solo rivolta all’esterno e al rapporto con i soggetti pubblici, ma anche all’interno dell’organizzazione come partecipazione ad una struttura cooperativa che può includere il volontariato diffuso.

Il nuovo contesto comporta difficoltà nella scelta della forma giuridica, considerata l’aspirazione a coordinare obiettivi, culturali e sociali, e profitto, storicamente contrapposti; le soluzioni si sono orientate verso la combinazione di schemi *non profit* (fondazioni e associazioni) per finalità sociali con i vantaggi di forme di sostegno finanziario e di benefici fiscali e nel contempo di strumenti *profit* per gestire gli aspetti commerciali dell’attività, nonostante il conflitto con i modelli previsti dalla disciplina di settore.

Nel nostro ordinamento questa evoluzione è piuttosto recente e, a seconda dei casi concreti, gli schemi possono consistere in cooperative sociali, fondazioni di comunità e di partecipazione nonché in cooperative di comunità come modelli di gestione che consentono di perseguire più obiettivi apparentemente contrapposti mediante un’organizzazione composita¹⁶.

Nel caso dei Campi Flegrei, l’innovazione è consistita nella stipulazione di *accordi* di partenariato con imprese culturali che hanno partecipato, mediante una manifestazione di interesse, a due gare per verificare l’adeguatezza della sperimentazione progettata. L’iniziativa ha raccolto l’adesione di varie imprese interessate a prendersi cura dei luoghi culturali, realizzando un modello condiviso dai cittadini per gli aspetti culturali e sociali. In questo contesto innovativo, le sperimentazioni coinvolgono la comunità e non solo i soggetti pubblici competenti in base al Codice dei beni culturali, che promuove la collaborazione pubblico-privata in più disposizioni.

Per queste soluzioni innovative sono adottabili il partenariato “semplificato” *ex art.* 134, comma 2, del Codice dei contratti pubblici del 2023 e gli schemi di cui agli artt. 55 e 56 del Codice del Terzo settore, che prevedono modalità di collaborazione compatibile. Secondo la Corte Costituzionale¹⁷, il d.lgs. n. 117/2017 avrebbe individuato, tra i soggetti pubblici e gli enti del Terzo settore, un “canale di amministrazione condivisa, alternativo a quello del profitto e del mercato: la co-programmazione, la co-

¹⁶ Si rinvia a P. VENTURI, D. STURABOTTI, *Imprese coesive. Relazioni e territorio come leve della competitività*, *Aiccon Short Paper*, 2017, n. 18, 2 ss., in www.aiccon.it.

¹⁷ Così Corte Costituzionale, 20 maggio 2020, n. 131, punto 2.1; v. commento E. ROSSI, *Il fondamento del Terzo settore è nella Costituzione. Prime osservazioni sulla sentenza n. 131 del 2020 della Corte Costituzionale*, 8 luglio 2020, in www.giurcost.it.

progettazione e il partenariato (che può condurre anche a forme di accreditamento) si configurano come fasi di un procedimento complesso espressione di un diverso rapporto tra il pubblico e il privato sociale, non fondato semplicemente su un rapporto sinallagmatico”. Questo schema ricondotto dalla Corte all’amministrazione condivisa, si basa sulla convergenza di obiettivi pubblici e privati e “sull’aggregazione di risorse pubbliche e private per la programmazione e la progettazione, in comune, di servizi e di interventi diretti a elevare i livelli di cittadinanza attiva, di coesione e protezione sociale, secondo una sfera relazionale che si colloca al di là del mero scambio utilitaristico” e rappresenta una delle più significative attuazioni del principio di sussidiarietà orizzontale¹⁸ ex art. 118, comma 4, Cost. Il d.l. 16 luglio 2020, n. 76, per la semplificazione e l’innovazione digitale, conferma questa linea, potenziando le dinamiche che favoriscono la cooperazione e non tanto la competizione, nel senso dell’impresa “partecipativa” e “collaborativa”; inoltre, come è noto, un chiaro *favor* per il partenariato pubblico-privato è emerso con riferimento ai progetti finanziabili dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza.

Negli ultimi anni si è affermato un significativo “cambiamento di rotta” nella gestione e valorizzazione dei beni culturali, degli istituti e luoghi della cultura, dato che sono promossi e applicati schemi che consentono soluzioni atipiche. In un settore in cui è prevalente la presenza di soggetti pubblici, sono emersi nuovi operatori e proprio i primi hanno sollecitato le relazioni con i privati secondo forme giuridiche non facilmente classificabili e la sperimentazione di nuove soluzioni imprenditoriali che si collocano tra l’efficienza aziendale e le finalità pubbliche.

3. Forme speciali di partenariato e l’intreccio con norme del Codice del Terzo settore

La cooperazione pubblico-privato rappresenta una soluzione operativa di costante considerazione mediante diversi schemi che includono le imprese; tuttavia, emergono difficoltà interpretative per il contesto intricato di norme circa la proprietà e la natura dei beni, le competenze di tutela e di valorizzazione, risolte solo in parte dal Codice e dagli atti normativi del Ministero. Inoltre, incidono le qualificazioni dei servizi museali e dei servizi per il pubblico come servizi pubblici di interesse generale, ma in alcuni casi con evidenti profili di carattere economico e concorrenziale che comportano l’applicazione del Codice dei contratti pubblici, con problemi di coordinamento con le norme del Codice dei beni culturali.

Sono, inoltre, possibili combinazioni di schemi giuridici, ad es. la concessione di uso del bene culturale, che include obiettivi di manutenzione, di restauro e di gestione di un servizio pubblico di apertura alla pubblica fruizione, potrebbe includere un progetto di valorizzazione; infatti, in base all’art. 115 del Codice dei beni culturali, sarebbe possibile la gestione indiretta mediante la concessione di servizi a terzi oppure

¹⁸ Così Corte Costituzionale, 20 maggio 2020, n. 131, cit.

l'affidamento di un appalto di servizi. Si prospetta inevitabilmente la questione complessa del rapporto tra valorizzazione economica, nel senso della redditività della gestione del patrimonio culturale¹⁹, e valorizzazione e fruizione del patrimonio culturale degli istituti e luoghi della cultura, che per loro naturale destinazione erogano servizi pubblici.

Le questioni problematiche riguardano non solo la compatibilità del progetto con la destinazione del bene, ma anche l'equilibrio economico-finanziario per la fattibilità dell'iniziativa, un'ulteriore condizione per attrarre investitori, se si considerano l'esigenza di un'adeguata remunerazione, la durata e la complessità delle procedure²⁰.

Nell'ordinamento italiano, il necessario legame tra beni culturali pubblici, tutela e fruizione pubblica è un quadro giuridico inderogabile che comporta rigidi vincoli e procedure amministrative; tuttavia, tali aspetti possono suscitare uno scarso interesse da parte di potenziali privati investitori, ad es. per la finanza di progetto, soprattutto se riferita agli istituti museali e ai luoghi della cultura, soluzione promossa dalle amministrazioni per obiettivi di recupero. Infatti, i limiti giuridici alle destinazioni d'uso, le intricate competenze e le diverse fasi di controllo della progettazione e degli interventi di recupero, che coinvolgono la Soprintendenza, non attraggono iniziative imprenditoriali.

La limitata applicazione della finanza di progetto²¹, che potrebbe invece consentire interventi di recupero funzionale di immobili culturali con finalità di tutela e di valorizzazione, dipende anche dalla scarsa redditività dei beni che non presentano una diretta "vocazione" economica o commerciale, considerata la disciplina in cui prevalgono gli interessi di tutela e di conservazione con alcune recenti aperture per i profili economici della valorizzazione, certamente necessaria per sostenere gli interventi. L'attività finanziata dovrebbe assicurare utili adeguati alla copertura dei costi e consentire ricavi secondo le regole

¹⁹ In tema v. A. L. TARASCO, *Diritto e gestione del patrimonio culturale*, Laterza, Bari-Roma, 2019, che affronta molteplici e interessanti aspetti di indagine sulla produttività economica.

²⁰ Si consideri l'art. 21 del Codice dei beni culturali con riferimento all'autorizzazione e la limitata chiarezza e celerità delle procedure per il controllo del progetto di fattibilità nell'art. 16 del d.m. 154/2017 circa la scheda tecnica (art. 147 del d.lgs. n. 50/2016). Si rinvia a G. MARI, *Concessione di valorizzazione e finanza di progetto: il difficile equilibrio tra conservazione, valorizzazione culturale e valorizzazione economica*, in *Aedon*, 2019, n. 2, pp. 7-8, che affronta anche l'evoluzione della disciplina ad es. il d.l. 20 settembre 2015, n. 146, aveva incluso nei servizi essenziali l'apertura al pubblico degli istituti e luoghi della cultura come fruizione e contenuto minimo della valorizzazione in quanto garantisce l'accesso al bene e delinea un "diritto alla prestazione" per il fruitore con la conseguenza che sarà comprimibile solamente da un interesse pubblico superiore. V. anche C. ZOLI, *La fruizione dei beni culturali quale servizio pubblico essenziale: il decreto-legge 20 settembre 2015, n. 146 in tema di sciopero*, in *Aedon*, 2015, n. 3.

²¹ V. A. CARDELLA, M. E. MUSUMECI, *Il project financing nei beni culturali*, in T. S. MUSUMECI (a cura di), *La cultura ai privati, Il partenariato pubblico privato (sponsorizzazioni e project financing) ed altre iniziative*, Walter Kluwer, Cedam, Milano, 2012, pp. 125 ss.; le Autrici richiamano alcuni casi ad es. Villa Tolomei a Firenze, il Museo Ex Depò di Ostia. Per un caso più recente in attuazione dell'attuale disciplina v. ex-carcere di San Domenico di San Gimignano oggetto di risanamento e valorizzazione del complesso monumentale mediante il contratto di concessione in finanza di progetto ex art. 183 del codice dei contratti pubblici, v. V. BARTOLONI, *Beni culturali e project financing. Il "caso" dell'ex-convento ed ex carcere di San Domenico di San Gimignano*, in *www.appalti&contratti*, 2021, n. 4.

dell'impresa privata²²; peraltro, le iniziative del Ministero per attivare la promozione di progetti di *project financing* non sono state numerose²³.

La finanza di progetto²⁴, che rientra nella categoria generale dei contratti di partenariato²⁵, in astratto può ben adattarsi alle strategie di valorizzazione con interventi di restauro e di servizio culturale per il pubblico *ex art.* 111, anche se il Codice dei contratti pubblici vigente non ne afferma l'espressa applicabilità²⁶ all'affidamento di lavori relativi ai beni culturali e alle concessioni di cui agli artt. 115 e 117 del Codice dei beni culturali. Tuttavia, occorre ricordare che l'art. 132, comma 1, del d.lgs. n. 36/2023 prevede un rinvio generalizzato alle pertinenti disposizioni del Codice per quanto non ricada già nelle norme specifiche sugli appalti nel settore dei beni culturali; inoltre, nell'interpretazione prevale un rapporto di *integrazione* tra gli artt. 115 e 117 del Codice dei beni culturali e il Codice dei contratti²⁷.

Il coinvolgimento delle imprese culturali, anche caratterizzate da schemi societari innovativi²⁸, risulta possibile prevalentemente mediante gli istituti di cui agli artt. 115 e 117 per attività di valorizzazione e di gestione dei servizi museali e di servizi per il pubblico di assistenza culturale e di ospitalità. Come è noto, l'art. 6, comma 3, del Codice dei beni culturali promuove la collaborazione con il privato in senso assai esteso, dato che "La Repubblica favorisce e sostiene la partecipazione dei soggetti privati, singoli o associati, alla valorizzazione del patrimonio culturale", senza distinzioni tra enti *profit* o *non profit*.

Invece, non vi sono rilevanti occasioni di coinvolgimento dei privati nell'attività di programmazione e neppure per le attività di tutela e di conservazione (a parte l'esecuzione degli interventi e dei lavori e i casi previsti di sponsorizzazione e di mecenatismo), in quanto attività pubbliche riservate agli enti competenti.

Il quadro normativo è spesso oggetto di integrazione e modifica, come nel caso dei musei statali²⁹, con il

²² Alcuni contrasti interpretativi riguardarono l'applicabilità dello schema nel settore dei beni culturali per i vincoli normativi, mentre il Consiglio di Stato affermò la piena compatibilità v. Sez. IV, 11 luglio 2008, n. 3507; Sez. IV, 23 luglio 2009, n. 4639; sulla compatibilità anche l'Autorità di vigilanza dei contratti pubblici, delibera 22 aprile 2009, che richiama questo orientamento. V. A. CARDELLA, M. E. MUSUMECI, *Il project financing nei beni culturali*, cit., p. 134 e pp. 138 ss., per la giurisprudenza e riguardo alla diffusione della finanza di progetto nel settore dei beni culturali in Europa e tra gli esempi di collaborazione pubblico-privata, la concessione pubblica per la realizzazione del Guggenheim Museum di Bilbao; A. L. TARASCO, *Diritto ed economia nella gestione del patrimonio culturale*, in T. S. MUSUMECI (a cura di), *La cultura ai privati*, cit., pp. 159-160.

²³ V. ad es. "Procedura di gara aperta per l'affidamento della concessione dei lavori di manutenzione ordinaria e straordinaria, restauro, rifuzionalizzazione e riqualificazione del Museo e Real Bosco di Capodimonte" pubblicato il 13 luglio 2021 e "Avviso per la ricerca di promotore di *Project Financing* di servizi culturali" pubblicato l'11 novembre 2014, in www.beniculturali.it.

²⁴ V. P. MICHARA, *La finanza di progetto nei beni culturali*, in *Aedon*, 2008, n. 1.

²⁵ Art. 180, comma 8 del Codice contratti pubblici del 2016; v. artt. 193-195 del nuovo Codice.

²⁶ Come l'art. 197 del d.lgs. n. 163/2004; v. ora l'art. 193 del d.lgs. n. 36/2023.

²⁷ In tal senso, G. SCIULLO, *La gestione dei servizi culturali tra Codice Urbani e Codice dei contratti pubblici*, in *Aedon*, 2018, n. 1; F. LIGUORI, *I servizi culturali come servizi pubblici*, in *Federalismi*, 3 gennaio 2018, n. 1.

²⁸ Si considerino ad es. le imprese *Benefit* il cui oggetto sociale include non solo il fine di lucro, ma anche lo scopo di un impatto positivo delle attività sulla società e sull'ambiente, che può ovviamente coinvolgere lo sviluppo della cultura; v. D. SICLARI, *Società Benefit e beni ed attività culturali*, in *Arte e diritto*, 2023, 179 ss.

²⁹ V. S. ANTONIAZZI, *Musei pubblici. Modelli giuridici di gestione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022, pp. 29 ss.

costante rischio di difficoltà interpretative e di incertezze, in assenza di una politica di costante sostegno e di superamento della diffidenza nei confronti delle attività d'impresa nel settore³⁰.

Gli accordi *ex art.* 112, comma 9 del Codice dei beni culturali per regolare servizi strumentali destinati alla fruizione e alla valorizzazione, possono coinvolgere “privati interessati” e non sono espressamente escluse persone giuridiche con fini di lucro; tuttavia, dal contenuto complessivo della disposizione sembra emergere il concetto di privati interessati come proprietari di beni culturali e non come operatori economici.

Nuove prospettive di collaborazione tra soggetti pubblici e privati possono derivare proprio dalle consentite “forme speciali di partenariato” *ex art.* 134, comma 2, del Codice dei contratti pubblici in un contesto di complessiva specialità e aperture verso nuove soluzioni per beni culturali immobili e mobili. La tutela giuridica differenziata, considerati gli interessi pubblici sottesi e la proprietà funzionalizzata alla fruizione pubblica³¹, non ostacola soluzioni atipiche di collaborazione *ex art.* 134 del Codice dei contratti pubblici: lo Stato, le Regioni e gli enti territoriali possono attivare forme speciali di partenariato con enti e organismi pubblici e soggetti privati, mediante procedure semplificate di individuazione del partner privato, analoghe o ulteriori a quelle previste per la sponsorizzazione³² come era previsto nel Codice del 2016, mentre ora è vigente il riferimento (non del tutto chiaro) all'art. 8. In particolare, l'individuazione del partner privato deriva da una procedura semplificata prevista dalla Circolare ministeriale³³ 9 giugno 2016, n. 17461; lo schema aperto consente anche il caso di partenariato pubblico-pubblico, che può coinvolgere l'amministrazione centrale e gli enti territoriali.

Pertanto, il carattere atipico delle forme *ex art.* 134 comporta alcune incertezze interpretative, dato che sono indicate finalità generali di ricerca scientifica, applicata alla tutela o alla valorizzazione, di

³⁰ Nella prospettiva di un'alleanza tra cultura ed economia v. P. ASPRONI, *Privati, imprese, enti e cultura*, in T. S. MUSUMECI (a cura di), *La cultura ai privati*, cit., pp. 177 ss.; in generale v. anche F. BENHAMOU, *L'economia della cultura*, il Mulino, Bologna, 2020.

³¹ La disciplina incentra l'attenzione sul carattere funzionale agli interessi pubblici e non tanto sul regime della proprietà; si rinvia a A. SERRA, *L'incidenza del regime dominicale dei beni culturali sulle modalità di gestione*, in *Aedon*, 2002, n. 3; S. FOÀ, *La gestione dei beni culturali*, cit., pp. 47 ss.; M. GRISOLIA, *La tutela delle cose d'arte*, Soc. ed. Foro Italiano, Roma, 1952, p. 202; M. S. GIANNINI, *I beni culturali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1976, pp. 24 ss. e in ID., *Scritti*, VI, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 1026 ss.

³² Si rinvia a S. ANTONIAZZI, *Contratti pubblici e beni culturali: specialità della disciplina e obiettivi di tutela, di conservazione e valorizzazione*, in *Scritti in Onore di Eugenio Piccozza*, cit., pp. 67 ss.

³³ §§ 7-8. È prevista la pubblicazione di un avviso sul sito internet della proposta di partenariato ricevuta o elaborata dall'amministrazione con il contratto descritto in sintesi; l'accordo può essere liberamente negoziato nel rispetto dei principi di imparzialità e di parità di trattamento e se vi siano più manifestazioni d'interesse, sarà necessario un minimo confronto concorrenziale, pur senza rigorose formalità. Peraltro, in base all'art. 151 del Codice dei contratti pubblici, le iniziative possono essere intraprese dagli enti con le risorse umane, finanziarie e strumentali disponibili a legislazione vigente; inoltre, resta fermo quanto previsto dall'art. 106, comma 2-*bis* del Codice dei beni culturali in tema di concessioni in uso di beni culturali; tale disposizione è confermata dall'art. 134, comma 3, del Codice del 2023. Peraltro, è assai probabile che il Ministero della Cultura adatti i contenuti delle circolari, in tema di PPP atipico, alla nuova disciplina sui contratti pubblici.

promozione della fruizione del patrimonio culturale con obiettivi diversi: il restauro, il recupero, la manutenzione programmata, la gestione e l'apertura alla fruizione pubblica, la valorizzazione di beni culturali senza preclusioni e, quindi, beni mobili e immobili, estendendo vistosamente l'ambito di applicazione.

Si prospetta il problema di definire le procedure "ulteriori" rispetto al principio di autonomia contrattuale *ex art. 8* del Codice dei contratti pubblici vigente e alle altre disposizioni in materia di partenariato pubblico-privato di cui agli artt. 174-175 e 198; inoltre, occorre qualificare caso per caso le forme speciali di partenariato, espressione indeterminata che non rinvia ad altre fonti. Ciò rileva per l'applicazione delle norme e l'individuazione del *partner* privato, distinguendo tra la disciplina ordinaria e quella speciale.

L'ambito delle forme speciali di partenariato *ex art. 134* non è di facile individuazione in relazione alla disciplina generale prevista dal Codice dei contratti pubblici che prevede la definizione e le forme tipizzate³⁴ del partenariato come operazione economica; tuttavia, il comma 3 dell'art. 174, afferma che nella tipologia dei contratti di cui al comma 1 rientrano anche "gli altri contratti stipulati dalla pubblica amministrazione con operatori economici privati che abbiano i contenuti di cui al comma 1 e siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela".

Per approfondire la categoria occorre richiamare l'orientamento del Ministero³⁵ che considera il partenariato per i beni culturali una forma del tutto speciale e molto diversa dalle altre soluzioni previste dal Codice dei contratti pubblici per le finalità specifiche espresse nella disposizione; in questo "contenitore" possono combinarsi "diversi tipi e cause contrattuali" e anche se non di tipo istituzionale, potrebbero essere inseriti aspetti organizzativi ad es. cabine di regia o comitati tecnici con una composizione mista e per obiettivi di programmazione o di controllo dell'attività.

Come è noto, la formula della *cooperazione* è frequente nel Codice dei beni culturali, soprattutto per le attività di valorizzazione³⁶ e di ricerca scientifica³⁷ oppure per attività volte alla tutela o nei rapporti con le fondazioni bancarie e i soggetti del Terzo settore mediante accordi³⁸. In particolare, le forme speciali di partenariato consistono in soluzioni di collaborazione in assenza di una prevalente connotazione economico-finanziaria, non riconducibili ai contratti tipici e neppure allo schema generale di partenariato³⁹ che contiene attività o progetti di organizzazione, la realizzazione e gestione di un'opera pubblica o di un servizio di interesse generale, la natura imprenditoriale del progetto per le valutazioni di

³⁴ Artt. 174-175 del Codice vigente e per la specifica figura della concessione v. art. 176. Per un confronto con il d.lgs. n. 50/2016 v. artt. 3, comma 1, lett. eee) per la definizione, 179-181 (disciplina generale), 182-191 norme per le figure specifiche indicate nell'art. 180.

³⁵ Circolare 9 giugno 2016, n. 17461, § 11.

³⁶ Artt. 6, comma 3; 11, comma 1; 112.

³⁷ Art. 118, comma 1.

³⁸ Art. 112.

³⁹ Artt. 3, comma 1, lett. eee), 180, 165, commi 3-5.

convenienza economica e di sostenibilità finanziaria, la redditività dell'investimento privato, la determinazione della durata del rapporto in relazione all'ammortamento e al rischio posto a carico del privato.

Il tratto rilevante è il rapporto tra le parti per una finalità comune da realizzare in collaborazione, modalità che però non si traduce nella costituzione di un ente distinto o di una società mista, come il partenariato c.d. istituzionalizzato⁴⁰. Lo schema è *aperto* e in esso possono rientrare diverse modalità di intervento nel settore dei beni culturali, sulla base di un accordo volto a realizzare interessi pubblici con il contributo operativo o finanziario delle parti.

La possibilità di elaborare forme speciali di partenariato consente agli enti di perseguire gli interessi pubblici connessi ai beni culturali con una significativa autonomia, mediante schemi contrattuali misti non tipizzati per “il recupero, il restauro, la manutenzione programmata, la gestione, l'apertura alla pubblica fruizione e la valorizzazione dei beni culturali immobili”. Ad es., la concessione in uso gratuito di gestione⁴¹ di beni del demanio culturale dello Stato che necessitano di interventi, favorisce la fruizione di immobili non aperti al pubblico o in disuso⁴² e la loro conservazione, finanziate dai ricavi della valorizzazione e dei servizi per il pubblico di cui all'art. 117 del Codice dei beni culturali oppure da erogazioni liberali (ad es., con l'*Artbonus*) o da sponsorizzazioni⁴³. Inoltre, il previsto recupero di beni culturali mobili e immobili consente di richiamare l'art. 6, comma 1, del Codice che include nella valorizzazione “la riqualificazione degli immobili e delle aree sottoposti a tutela compromessi o degradati”.

Per la specialità del settore, il rischio che si assume il privato si prospetta in parte diverso rispetto al PPP tipico proprio per la particolare natura del bene e degli interessi pubblici sottesi. L'adozione del PPP speciale è spesso giustificata dalla difficoltà per l'amministrazione di affrontare il costo complessivo di realizzazione di un progetto e dalla possibilità di contribuire solo in parte; inoltre, il rischio non è completamente trasferito al partner privato e l'ente esercita compiti di vigilanza sulla tutela dei beni culturali ed esercita il controllo sull'attività del privato che può essere anche modificata. Il privato

⁴⁰ Per approfondimenti v. S. ANTONIAZZI, *Società miste e servizi pubblici locali, Esperienze nazionali e modello europeo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, pp. 1-39. M. P. CHITI (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato, Concessioni, finanza di progetto, società miste, fondazioni*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2009.

⁴¹ V. d.m. 6 ottobre 2015. Si rinvia a M. CAMMELLI, *Cooperazione*, in C. BARBATI, M. CAMMELLI, L. CASINI, G. PIPERATA, G. SCIULLO, *Diritto del patrimonio culturale*, il Mulino, Bologna, 2020, pp. 308-309.

⁴² In tema v. M. CROCE, S. DE NITTO, *I partenariati per la valorizzazione del patrimonio dismesso, in disuso e scarsamente fruito*, in A. MOLITERNI (a cura di), *Patrimonio culturale e soggetti privati. antoniaCriticità e prospettive del rapporto pubblico-privato*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019, pp. 169 ss.

⁴³ Le specifiche finalità rappresentano gli elementi di distinzione rispetto alla figura generale di partenariato *ex art.* 180 del Codice dei contratti pubblici, dato che in questo caso la cooperazione è volta a garantire il finanziamento, la realizzazione e gestione di un'opera pubblica con l'obiettivo della remunerazione, dopo l'individuazione del partner con gara pubblica.

contribuisce al progetto con un apporto di carattere gestionale ed economico e partecipa agli utili dell'operazione secondo modalità in linea con la specialità e per questi aspetti il partenariato *ex art.* 134 sembra essere una soluzione adeguata a interventi adattabili alle specifiche caratteristiche del bene coinvolto⁴⁴.

La Circolare⁴⁵ 8 novembre 2019, n. 45 della Direzione Generale Musei, indirizzata proprio ai direttori dei musei dotati di autonomia speciale e ai direttori dei Poli museali regionali (ora Direzioni regionali Musei), illustra linee guida e modelli operativi per la realizzazione di forme speciali di partenariato e fornisce indicazioni per gli adempimenti preliminari (adozione della determina a contrarre da cui emergono le ragioni giuridiche ed organizzative della scelta, rispetto alla gestione diretta), la pubblicazione dell'avviso, il capitolato tecnico e delle prestazioni e i criteri di valutazione delle proposte ricevute.

La Direzione Generale promuove l'utilità del PPP per favorire un maggiore coinvolgimento di altri soggetti pubblici e privati (imprese culturali, creative, anche in forma di cooperative di esperti del settore) nella valorizzazione e gestione dei beni culturali mediante forme semplificate di scelta degli operatori, sottolineando che l'istituto è applicabile⁴⁶, “nella sua formulazione ampia e generica, a molti tipi a cause contrattuali, non prevedibili a priori”, come la fornitura di servizi di progettazione, assistenza museale, allestimento e presentazione di istituti della cultura per la fruizione pubblica, la consulenza organizzativa “e molto altro”. Più precisamente le forme elastiche di collaborazione tra enti o organismi pubblici e soggetti privati possono agevolare la gestione, il recupero e la valorizzazione di immobili, di musei o siti archeologici non aperti al pubblico oppure in abbandono, mediante investimenti e specifiche competenze del settore privato, al fine di assicurare la massima fruizione pubblica; in tal caso, è previsto un importo di base del canone che il privato sarà tenuto a versare all'ente pubblico a fronte dei ricavi che derivano dalla gestione.

Questa forma di collaborazione pubblico-privato sarebbe in concreto riconducibile alla concessione di servizi, ipotesi che rientra nel PPP tipico e, quindi, sarebbe dubbio il carattere effettivamente speciale. Tuttavia, questo tipo di partenariato rientra per le finalità e l'oggetto nel modello *ex art.* 134, comma 2, e ciò sembra giustificare di per sé il regime di deroga previsto per il settore culturale dal Titolo III del Codice dei contratti pubblici.

⁴⁴ Per questi aspetti, v. E. PROFETA, *La valorizzazione dei beni culturali quale terreno elettivo del partenariato pubblico-privato e, in particolare, pubblico-pubblico*, in *Rass. Avvocatura dello Stato*, 2019, pp. 270 ss.; P. ROSSI, *Partenariato pubblico-privato e valorizzazione economica dei beni culturali nella riforma del codice degli appalti*, in *Federalismi*, 17 gennaio 2018, n. 2.

⁴⁵ “Note esplicative e modelli operativi per la realizzazione di forme speciali di partenariato pubblico-privato nei beni culturali *ex art.* 151, comma 3, del Codice dei contratti pubblici”, ancora vigente dato che non è stata sostituita.

⁴⁶ Come già precisato dalla Circolare 9 giugno 2016, n. 17461.

La soluzione comporta comunque diversi profili critici di incoerenza con lo schema della concessione di servizi che, in realtà, rientra tra le forme tipiche di PPP indicate dal Codice dei contratti pubblici⁴⁷ e dovrebbe, quindi, comportare l'applicazione della procedura ordinaria con gara pubblica per l'individuazione del soggetto privato. La procedura semplificata sarebbe in linea con partenariati non riconducibili alle regole sulla concorrenza contenute nel Codice, in quanto riguardano servizi culturali di interesse generale ma non economico; i servizi per il pubblico che hanno rilevanza economica e la gestione di attività di valorizzazione sono comunque sottoposti all'obbligo della gara pubblica per l'affidamento in concessione o mediante appalto pubblico⁴⁸, come previsto dagli artt. 115 e 117 del Codice dei beni culturali.

La collaborazione tra pubblico e privato può riguardare anche gli enti *non profit* del Terzo settore, dato che ulteriori attività che precedono gli interventi di tutela, quali la ricerca di tecnologie per il restauro o la catalogazione possono basarsi su accordi con enti del Terzo settore. Inoltre, la Circolare del Ministero 9 giugno 2016 "Sponsorizzazioni di beni culturali" ha richiamato il principio di sussidiarietà orizzontale *ex* art. 118 Cost., l'art. 120 del Codice dei beni culturali e gli artt. 19 e 151 del Codice dei contratti pubblici (2016) nonché gli accordi con le fondazioni di origine bancaria che si impegnano ad eseguire progetti di restauro e di valorizzazione assumendo gli oneri organizzativi e finanziari. Tale rinvio al PPP speciale dovrà ritenersi riferito all'attuale art. 134 del nuovo Codice.

Il partenariato atipico è incluso anche nell'art. 71, comma 3, del Codice del Terzo settore; la norma prevede che i beni culturali immobili di proprietà dello Stato, delle Regioni, degli enti locali e degli altri enti pubblici per i quali non è corrisposto alcun canone e che necessitano di interventi di restauro, possano essere affidati in concessione a enti del Terzo settore che svolgono attività di interesse generale⁴⁹ con finalità culturale. Per la concessione di uso di beni culturali è previsto un canone agevolato determinato dalle amministrazioni interessate, per fini di riqualificazione e riconversione tramite interventi di recupero,

⁴⁷ Per gli aspetti caratterizzanti il PPP nel Codice dei contratti pubblici v. S. LUCATTINI, *Art. 174*, in G. F. FERRARI, G. MORBIDELLI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, La Tribuna, Piacenza, 2023, pp. 820 ss.; v. anche V. GIOMI, F. MERUSI, *Art. 134*, *ivi*, pp. 674 ss.; S. AMOROSINO, *Il partenariato pubblico privato dalle teorie giuridiche alla realtà del Codice dei contratti pubblici (e del decreto correttivo n. 56/2017)*, in *Urb. App.*, 2017, pp. 617 ss.; F. LATTANZI, *Art. 180*, in R. GAROFOLI, G. F. FERRARI (a cura di), *Nel Diritto Editore*, Bari, 2017, pp. 2604 ss.; S. SANTI, *Il partenariato pubblico-privato ed il contratto di concessione nella normativa europea e nazionale*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici*, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 133 ss.; A. BOTTO, S. CASTROVINCI ZENNA, *Diritto e regolazione dei contratti pubblici*, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 201 ss.

⁴⁸ V. art. 129 del nuovo Codice dei contratti pubblici con riferimento agli appalti riservati in relazione ai servizi sanitari, sociali e culturali individuati nell'Allegato XIV alla Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 febbraio 2014.

⁴⁹ V. art. 5, comma 1, lett. f), i), k) e z) circa interventi di *tutela e valorizzazione del patrimonio culturale* e del paesaggio, *organizzazione e gestione di attività culturali, artistiche* o ricreative di interesse sociale, di *promozione e diffusione della cultura* e della pratica del volontariato, *organizzazione e gestione di attività turistiche* di interesse sociale, culturale o religioso, *riqualificazione di beni pubblici inutilizzati* e di beni confiscati alla criminalità organizzata.

restauro, ristrutturazione a spese del concessionario, anche con l'introduzione di nuove destinazioni d'uso per lo svolgimento delle attività culturali.

Peraltro, il nuovo Codice dei contratti pubblici prevede alcune norme specifiche in tema di "Partenariato sociale" ex art. 201 e di contratti gratuiti di cui al comma 1 dell'art. 134, ai sensi dell'art. 8, comma 1, disposizioni che promuovono un più esteso coinvolgimento del Terzo settore⁵⁰.

La concessione d'uso è volta alla realizzazione di un progetto di gestione del bene che assicuri la "corretta conservazione", la pubblica fruizione e la migliore valorizzazione; l'individuazione del concessionario deriva dall'applicazione delle procedure semplificate e la durata dipende dal periodo di ammortamento dell'investimento come equilibrio economico-finanziario dell'iniziativa e comunque non oltre i cinquanta anni.

Inoltre, l'art. 89, comma 17, del Codice del Terzo settore⁵¹, prevede, in attuazione dell'art. 115 del Codice dei beni culturali, l'adozione di forme speciali di partenariato da parte del Ministero, delle Regioni, degli enti locali e di altri enti pubblici con enti del Terzo settore che esercitano le attività⁵² ex art. 5 dirette a prestazioni di valorizzazione di beni culturali immobili di appartenenza pubblica, individuati mediante le procedure semplificate. Tale soluzione potrebbe ritenersi applicabile anche agli interventi volti al recupero e al restauro indicati proprio da questa disposizione, assai simili a quelli previsti dagli artt. 55 e 56 del Codice del Terzo settore.

Quindi, il partenariato assumerebbe un ruolo centrale in un ambito significativo di interventi sui beni culturali, rafforzando il radicamento territoriale; in effetti, la combinazione tra le ammesse forme speciali di partenariato e la disciplina del Codice del Terzo settore riguardo alla concessione di beni culturali immobili a enti *non profit* che esercitino attività con finalità culturale, consentirebbe la necessaria coerenza tra tutela, valorizzazione culturale ed economica secondo modalità certamente più agevoli, coinvolgendo i privati in rapporti flessibili inerenti alla pianificazione strategica e alla gestione.

L'art. 55 del d.lgs. n. 117/2017 prevede, in attuazione dei principi di sussidiarietà, efficacia, cooperazione, efficienza ed economicità, il metodo della co-programmazione⁵³ per individuare nel territorio di riferimento i servizi e gli interventi necessari per i settori indicati nell'art. 5. Questa disposizione può

⁵⁰ Si rinvia a J. VAVALLI, *Il partenariato quale espressione del diritto amministrativo paritario: proposte per un inquadramento giuridico dell'istituto*, in *Dir. amm.*, 2022, pp. 215 ss.

⁵¹ D.lgs. 3 luglio 2017, n. 117.

⁵² Art. 5, comma 1, lett. f), i), k) e z) del Codice del Terzo settore.

⁵³ Per un esame della *ratio* dell'art. 55 v. Corte Costituzionale 26 giugno 2020, n. 131; la norma instaura "un canale di amministrazione condivisa, alternativo a quello del profitto e del mercato: la co-programmazione, la co-progettazione e il partenariato (che può condurre a forme di accreditamento) si configurano come fasi di un procedimento complesso espressione di un diverso rapporto tra il pubblico ed il privato sociale, non fondato semplicemente su un rapporto sinallagmatico", ma "sulla convergenza di obiettivi e sull'aggregazione di risorse pubbliche e private per la programmazione e la progettazione, in comune, di servizi e interventi diretti a elevare i livelli di cittadinanza attiva, di coesione e protezione sociale, secondo una sfera relazionale che si colloca al di là del mero scambio utilitaristico".

essere collegata all'art. 112 del Codice dei beni culturali sugli accordi di valorizzazione⁵⁴, secondo cui il Terzo settore contribuisce nella fase istruttoria di decisioni più ampie, oggetto di un piano strategico di sviluppo culturale. Gli artt. 55 e 71 del Codice del Terzo settore prevedono strumenti appropriati per l'ampio panorama di beni culturali “minori” e meno noti in attesa di restauro, di riutilizzo e di restituzione alla fruizione pubblica e di valorizzazione.

Il partenariato speciale è, quindi, un “contenitore⁵⁵” che può includere contributi da erogazioni liberali e da sponsorizzazioni consistenti in somme di denaro o interventi tecnici oppure in servizi (di progettazione, servizi museali, presentazione pubblica di istituti e luoghi della cultura, consulenza di natura aziendale oppure organizzativa o di *marketing*). L'art. 134, comma 2, rende agevole l'individuazione di partner privati o pubblici in settori specialistici e anche per le iniziative di enti territoriali volte al recupero e alla pubblica fruizione di musei civici o luoghi culturali non particolarmente conosciuti.

4. Il confronto con la concessione, la sponsorizzazione e la finanza di progetto

Il partenariato speciale si distingue dalle altre forme di collaborazione tra pubblico e privato secondo lo schema della concessione di servizi o della concessione di uso di beni culturali pubblici in gestione a soggetti privati; il combinato disposto dell'art. 112 e dell'art. 115 del Codice dei beni culturali rappresenta il noto presupposto della gestione indiretta dei beni culturali “attuata tramite concessione a terzi delle attività di valorizzazione, anche in forma congiunta e integrata”.

In particolare, è coinvolta la concessione di servizi che il Codice dei contratti pubblici del 2016 definiva nell'art. 3, comma 1, lett. vv) come “contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più stazioni appaltanti affidano a uno o più operatori economici la fornitura e la gestione di servizi diversi dall'esecuzione di lavori di cui alla lettera II) riconoscendo a titolo di corrispettivo unicamente il diritto di gestire i servizi oggetto del contratto o tale diritto accompagnato da un prezzo, con assunzione in capo al concessionario del rischio operativo collegato alla gestione dei servizi⁵⁶”.

⁵⁴ Per approfondimenti L. MERCATI, *La collaborazione pubblico-privato nella gestione e nei processi di valorizzazione del patrimonio pubblico*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo. Dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, cit., pp. 491 ss. Per alcune riflessioni sul sistema antecedente al T. U. dei beni culturali v. T. ALIBRANDI, *Valorizzazione e tutela dei beni culturali: il ruolo dello Stato*, in *Foro amm.*, 1998, pp. 1641 ss. V. anche P. BILANCIA (a cura di), *La valorizzazione dei beni culturali tra pubblico e privato: studio dei modelli di gestione integrata*, Franco Angeli, Milano, 2005; M. CAMMELLI, *Pubblico e privato nei beni culturali: condizioni di partenza e punti di arrivo*, in *Aedon*, 2007, n. 2; D. MESSINEO, R. OCCHILUPO, *La gestione di musei e parchi archeologici e il coinvolgimento dei privati nel settore culturale: l'Italia nel confronto con la Francia, la Germania e la Spagna*, in *Aedon*, 2014, n. 3; G. SEVERINI, *Il patrimonio culturale e il concorso dei privati alla sua realizzazione*, in *Riv. giur. ed.*, 2015, pp. 322 ss.; F. CAPORALE, *Il rapporto pubblico-privato nel settore dei beni culturali*, in A. MOLITERNI (a cura di), *Patrimonio culturale e soggetti privati. Criticità e prospettive del rapporto pubblico-privato*, cit., pp. 383 ss.

⁵⁵ Circolare 9 giugno 2016, cit., 11.

⁵⁶ Art. 151 del Codice dei contratti pubblici del 2016; per la definizione v. art. 3, comma 1, lett. eee) e il contratto è disciplinato dall'art. 180.

Tale schema giuridico, adottato dal Codice dei beni culturali, è stato innovato in parte dagli artt. 176 ss. del Codice del 2023 “Dei contratti di concessione”, anche se la concessione di servizi è identica per gli aspetti operativi di base; per la gestione dei servizi culturali e museali, se di interesse economico, rileva la disciplina speciale per la concessione di servizi economici di interesse generale prevista dalla Parte II del Codice.

Si prospetta il quesito dell’applicabilità del d.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201, “Riordino della disciplina dei servizi pubblici locali”, se consideriamo l’art. 10 “Perimetro del servizio pubblico locale e principio di sussidiarietà” in relazione all’istituzione di servizi inerenti ai musei civici e l’art. 18 “Rapporti di partenariato con gli enti del Terzo settore”. Si ricorda, inoltre, che l’art. 113 *bis* del Testo unico degli enti locali inserisce i servizi culturali nell’ambito dei servizi privi di rilevanza economica, almeno fino alla dichiarazione di incostituzionalità⁵⁷ del 2004. Per le modalità di gestione erano previste l’affidamento diretto a determinati soggetti: istituzioni, aziende speciali, associazioni o fondazioni oppure società a capitale interamente pubblico con problemi di compatibilità con il Codice dei beni culturali⁵⁸. Dopo la sentenza della Corte Costituzionale del 2004, le autonomie locali non sono più vincolate ai tipi previsti dal T.u.e.l. e la scelta del modello di gestione dipende dalla rilevanza economica o meno; le Regioni possono prevedere nuovi schemi per la gestione di servizi pubblici privi di rilevanza economica, inclusi quelli culturali, oppure preferire soluzioni simili a quelle *ex* artt. 113 *bis* e 114 T.u.e.l., ad es. l’istituzione culturale autonoma o la società pubblica di capitali con diverse conseguenze giuridiche nel rapporto con l’ente locale⁵⁹.

Nelle concessioni di servizi, le combinazioni possibili sono varie, ad es. al concessionario può essere affidato il compito di sostenere gli investimenti per gli interventi necessari all’avvio della valorizzazione e a titolo di corrispettivo può essere riconosciuto il diritto alla percezione dei proventi derivanti dall’offerta dei servizi e, in particolare, per la vendita dei prodotti del *bookshop* e l’utilizzo delle audio guide, dei servizi didattici, per le visite guidate e la disponibilità di spazi per eventi privati⁶⁰. Tuttavia, l’esigenza di ingenti investimenti per l’esecuzione della concessione, ha limitato l’utilizzabilità ai progetti di valorizzazione di

⁵⁷ V. Corte Costituzionale 27 luglio 2004, n. 272.

⁵⁸ Tra l’altro, inizialmente gli schemi previsti dagli artt. 112 e 115, comma 6, del Codice si riferivano solamente allo Stato e alle Regioni; il riferimento agli enti territoriali è dipeso dal d.lgs. n. 156/2006.

⁵⁹ Per le questioni critiche v. A. L. TARASCO, *La gestione dei beni culturali degli enti locali: profili di diritto dell’economia*, in *Foro amm. CdS*, 2006, pp. 2384 ss.; S. ANTONIAZZI, *Musei pubblici. Modelli giuridici di gestione*, cit., pp. 304 ss.

⁶⁰ Si segnala il caso della convenzione per l’affidamento in concessione per un nuovo modello di gestione e valorizzazione dei beni culturali e della politica del turismo di Recanati; il Comune ha affidato i servizi a un soggetto privato per la rifunzionalizzazione e l’allestimento tecnologico del polo museale ed espositivo, la gestione dei servizi museali e turistici nonché la progettazione e gestione di interventi di produzione culturale. Per approfondimenti v. S. CONSIGLIO, M. D’ISANTO, F. PAGANO, *Partenariato Pubblico Privato e organizzazioni ibride di comunità per la gestione del patrimonio culturale*, in *Il Capitale Culturale, Studies on the Value of Cultural Heritage*, cit., pp. 361 ss.

beni e musei particolarmente noti con la conseguenza che questo modello non ha di fatto intensificato i rapporti di collaborazione.

Peraltro, l'art. 115, comma 3, del Codice dei beni culturali prevede, quale schema alternativo per la gestione indiretta, l'affidamento di appalto pubblico di servizi⁶¹ ora disciplinato dagli artt. 48 ss. del nuovo Codice.

La collaborazione tra pubblico e privato si caratterizza per ulteriori strumenti applicativi come emerge dal documento di riferimento c.d. *Libro Verde*⁶² del 2004 che ha illustrato la necessaria evoluzione comune agli Stati membri, ma più lenta nel nostro ordinamento. A causa delle restrizioni di bilancio, il partenariato si è diffuso in molti ambiti della sfera pubblica con un incremento delle risorse, dato che i finanziamenti privati assicurano un apporto significativo; il rischio collegato alle attività, sotto diversi profili e con alcuni limiti, in genere incombe sul privato e ciò attrae l'amministrazione. Inoltre, la collaborazione tra pubblico e privato consente al primo di beneficiare dell'esperienza, del *know-how* e delle soluzioni del privato nei settori pubblici e al secondo di estendere l'attività d'impresa, delineando nuove strategie.

Quindi, il partenariato comporta soluzioni ben integrabili in questo settore⁶³ nella forma contrattuale o in quella atipica oppure nel partenariato istituzionalizzato mediante fondazioni di partecipazione miste⁶⁴ oppure società miste⁶⁵ dato che tra le attività vi rientra la produzione di servizi di interesse generale e anche di rilevanza economica, quali sono i servizi culturali e museali a seconda dei contenuti e delle modalità di produzione. Sono possibili interventi combinati inserendo la sponsorizzazione alla luce del collegamento tra la specifica norma *ex art.* 120 del Codice dei beni culturali e l'art. 134, comma 4, del Codice dei contratti pubblici⁶⁶.

Le sponsorizzazioni⁶⁷ contribuiscono al sostegno finanziario della gestione del patrimonio culturale, in quanto consentono di reperire risorse economiche e tecniche dalle imprese senza comportare una partecipazione alle scelte strategiche; ovviamente questa misura ben si distingue dal mecenatismo con

⁶¹ Il d.l. 16 luglio 2020, n. 76 (conv. l. 11 settembre 2020, n. 120) ha integrato l'art. 115.

⁶² Per approfondimenti v. S. ANTONIAZZI, *Società miste e servizi pubblici locali, Esperienze nazionali e modello europeo*, cit., pp. 10 ss.

⁶³ Art. 151 del Codice dei contratti pubblici; per la definizione v. art. 3, comma 1, lett. eee) e il contratto è disciplinato dall'art. 180. V. anche artt. 112 e 115 del Codice dei beni culturali.

⁶⁴ Ad es. per la gestione di musei pubblici, v. S. ANTONIAZZI, *Musei pubblici, Modelli giuridici di gestione*, cit., pp. 316 ss.

⁶⁵ Si rinvia al d.lgs. n. 175/2016.

⁶⁶ V. anche gli artt. 19 e 151, commi 1-2 del Codice dei contratti pubblici del 2016.

⁶⁷ V. G. PIPERATA, *Servizi per il pubblico e sponsorizzazioni dei beni culturali: gli artt. 117 e 120*, in *Aedon*, 2008, n. 3; O. LOMBARDI, *Il caso Ercolano e la sponsorizzazione dei beni culturali: profili fiscali*, in R. CORDEIRO GUERRA, A. PACE, C. VERRIGNI, A. VIOTTO (a cura di), *Finanza pubblica e misure tributarie per il patrimonio culturale*, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 326 ss.; M. MATTALIA, *Il contratto di sponsorizzazione*, in T. S. MUSUMECI (a cura di), *La cultura ai privati, Il partenariato pubblico privato (sponsorizzazioni e project financing) ed altre iniziative*, cit., pp. 51 ss.

benefici fiscali⁶⁸ e dall'*Art Bonus*⁶⁹. La disciplina delle sponsorizzazioni culturali⁷⁰ ha un'attuale estesa applicazione in base agli artt. 120 del Codice dei beni culturali e 134, comma 4, del Codice dei contratti pubblici vigente, rafforzando il percorso di produttiva cooperazione tra pubblico e privato.

Il contratto di sponsorizzazione ha carattere atipico ed è definito dall'art. 120 del Codice dei beni culturali per le parti del rapporto e le prestazioni direttamente dipendenti dall'iniziativa o dal bene culturale a cui si riferisce. Lo *sponsor* privato (principalmente imprese) eroga un contributo in beni (in genere una somma di denaro come finanziamento) o servizi per la progettazione o l'attuazione di iniziative con fini di tutela e di valorizzazione del patrimonio culturale. L'erogazione può essere destinata ad iniziative del Ministero, delle Regioni, degli enti territoriali o di altri enti pubblici oppure di persone giuridiche private senza fini di lucro o di privati proprietari dei beni, che come controprestazione rendono noto al pubblico il collegamento tra il marchio, l'immagine o l'attività oppure il prodotto dello *sponsor* e l'iniziativa sostenuta. Le modalità di promozione, causa del contratto, devono ovviamente essere compatibili con il carattere artistico, storico, l'aspetto e il decoro del bene culturale da tutelare o valorizzare. Il contratto precisa le forme di erogazione e di controllo esercitabile dallo *sponsor* sulla realizzazione dell'iniziativa a cui è destinato il contributo.

La disposizione incentra l'attenzione sull'aspetto della disponibilità di risorse e di servizi tramite un soggetto esterno, regola lo schema e precisa che le iniziative devono essere compatibili con le esigenze del bene destinatario di interventi tutela e di valorizzazione; il controllo spetta alle amministrazioni della cultura.

L'art. 134, comma 4, del Codice dei contratti pubblici fornisce ulteriori elementi di definizione dell'istituto e della procedura, favorendo la scelta di rafforzare il contributo dei privati, dato che incentiva i contratti di sponsorizzazione e la partecipazione delle imprese sia per il caso del semplice finanziamento di un'iniziativa culturale, sia per interventi tecnici sul bene culturale a cura e a spese dello *sponsor* mediante una procedura di affidamento assai semplificata che consiste nella previa pubblicazione del sito dell'ente della ricerca di *sponsor* per interventi specifici ovvero dell'avvenuto ricevimento di una proposta, indicando

⁶⁸ Si rinvia alla l. 2 agosto 1982, n. 512 e all'art. 38 della l. 21 novembre 2000, n. 342 (erogazioni liberali per progetti culturali). Le donazioni erano previste anche dalla nota legge Bottai (l. 1° giugno 1939, n. 1089).

⁶⁹ V. d.l. 31 maggio 2014, n. 83, conv. nella l. 29 luglio 2014, n. 106. In tema e con riferimento ad un progetto specifico S. ANTONIAZZI, *Conservazione dei beni culturali e mecenatismo: competenze, alcuni profili di confronto con l'ordinamento spagnolo e il caso dell'Art Bonus*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2018, pp. 887 ss.

⁷⁰ Per approfondimenti v. G. FIDONE, *Il ruolo dei privati nella valorizzazione dei beni culturali: dalle sponsorizzazioni alle forme di gestione*, in *Aedon*, 2012, n. 1-2; A. MUSSO, *La sponsorizzazione come contratto commerciale*, in *Aedon*, 2013, n. 2; G. D. COMPORITI, *Sponsorizzazione ed erogazioni liberali*, in *Aedon*, 2015, n. 2; M. DE PAOLIS, *Le erogazioni liberali e il contratto di sponsorizzazione con la P.A.*, Giuffrè, Milano, 2015, pp. 35 ss., pp. 315 ss. e sul procedimento di scelta dello *sponsor*, pp. 359 ss.; V. FRANCESCHELLI, *Il contratto di sponsorizzazione trent'anni dopo*, in L. DE GRASSI, V. FRANCESCHELLI (a cura di), *Le industrie culturali e creative*, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 135 ss.; A. L. TARASCO, *Il patrimonio culturale, Modelli di gestione e finanza pubblica*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, pp. 250 ss.; P. ROSSI, *Partenariato pubblico-privato e valorizzazione economica dei beni culturali nella riforma del codice degli appalti*, cit.

sinteticamente il contenuto del contratto. Decorso il termine di pubblicazione, il contratto può essere “liberamente negoziato, purchè nel rispetto dei principi di imparzialità e di parità di trattamento fra gli operatori che abbiano manifestato interesse” e ferma l’applicazione degli artt. 66, 94, 95, 97 e 100 del Codice dei contratti pubblici circa la verifica dei requisiti degli esecutori e della qualificazione degli operatori economici.

Questo schema negoziale dev’essere inteso per le attività coinvolte in senso ampio come sostegno per diversi interventi, anche mediante un legame continuativo tra *sponsor* e istituto della cultura con prospettive di rilevante vantaggio pubblicitario; tuttavia, è sempre necessario un procedimento che assicuri la trasparenza delle decisioni del soggetto pubblico⁷¹.

Le risalenti difficoltà delle amministrazioni centrali nella gestione diretta dei beni culturali di loro competenza hanno, quindi, imposto al legislatore l’adozione di nuove soluzioni volte all’equilibrio tra tutela e valorizzazione per prospettive di sviluppo culturale, di efficienza e di economicità. Proprio l’art. 151 del Codice dei contratti pubblici del 2016 è stata la prima norma che ha consentito forme di partenariato speciale e atipico, favorendo la partecipazione dei privati nella pianificazione strategica di valorizzazione e di gestione sulla base di rapporti che possono essere costruiti con modalità flessibili, schema confermato dall’art. 134 del Codice del 2023. In seguito, il Codice del Terzo settore ha previsto una disciplina generale per l’affidamento a enti *non profit* di concessioni di beni immobili per finalità di restauro.

Il settore è arricchito dal *project financing*, che può riguardare la gestione e la valorizzazione dei beni culturali⁷² anche se l’art. 183 del Codice dei contratti pubblici del 2016 non prevedeva espressamente l’applicabilità all’affidamento di lavori e alle concessioni di cui agli artt. 115 e 117 del Codice dei beni culturali, diversamente dall’art. 197 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (precedente Codice dei contratti pubblici). Nel vigente quadro normativo occorre ora considerare gli art. 193 del nuovo Codice, che non presenta rilevanti differenze. Questo schema consente all’amministrazione di realizzare lavori pubblici o di pubblica utilità mediante concessione a imprese che utilizzano risorse proprie e ottengono la remunerazione dell’investimento dalla gestione dell’opera.

Si tratta di un istituto noto da tempo, che rientra nell’ambito del partenariato, ma con alcune difficoltà applicative per il necessario coordinamento con le competenze di tutela esercitate dell’amministrazione centrale e gli interessi pubblici prioritari incentrati sulla conservazione e sulla fruizione come disponibilità

⁷¹ Si rinvia al d.m. 9 giugno 2016 da cui emergono modalità procedurali di semplificazione e di concertazione già nella fase di elaborazione di progetti di fattibilità e l’applicazione della finanza di progetto e alle linee guida contenute nel d.m. 19 dicembre 2012 circa le nozioni generali e le norme tecniche elaborate con riferimento all’art. 120 del Codice dei beni culturali.

⁷² In tema v. G. MARI, *Concessione di valorizzazione e finanza di progetto: il difficile equilibrio tra conservazione, valorizzazione culturale e valorizzazione economica*, cit.

della conoscenza pubblica, che hanno imposto limiti rigidi alla diffusione del *project financing*, condizionando le iniziative.

Il legame necessario tra beni culturali pubblici e fruizione, in conseguenza dell'art. 9 Cost. che garantisce la promozione dello sviluppo della cultura e comporta vincoli giuridici, ha comportato un limitato successo di iniziative imprenditoriali basate sulla concessione di valorizzazione per interventi di restauro mediante *project financing* per il recupero ad es. di un istituto o di un luogo della cultura in combinazione con la gestione del medesimo da parte dell'investitore. Vi sono diversi ostacoli concreti, quali i limiti di destinazione d'uso del bene, le difficoltà interpretative e i tempi che dipendono dalle intricate competenze amministrative; probabilmente gli obiettivi potrebbero essere meglio realizzati, se le iniziative fossero previamente inserite in strategie di riqualificazione del territorio mediante i piani di sviluppo culturale ex art. 112 del Codice dei beni culturali che consentono di coordinare i compiti e gli interventi mediante accordi tra gli enti territoriali e i privati.

Le soluzioni di partenariato e di sponsorizzazione esaminate sono in linea con la moderna analisi economica che valorizza il contributo dei privati (imprese e altri enti) in senso finanziario ed operativo per obiettivi di efficienza ed innovazione. L'intervento pubblico è previsto a garanzia della tutela e della conoscenza dei beni culturali come previsto dall'art. 9 Cost. Senza dubbio la collaborazione tra soggetti pubblici e privati consente interessanti misure di integrazione reciproca: il pubblico esercita compiti costituzionalmente garantiti nell'interesse della collettività e i privati possono colmare le carenze del settore pubblico mediante un apporto di risorse finanziarie e organizzative, con benefici economici di incremento dei ricavi (ad es., per i musei), pur considerati i limiti giuridici nell'applicazione di criteri esclusivamente di mercato. Si considerino ad es., i servizi per il pubblico (vendita di riproduzione di opere d'arte, servizi di accoglienza dei visitatori, organizzazione di mostre, punti di ristoro, ecc.) volti a migliorare la fruizione dei beni culturali, sul presupposto di una concessione a terzi che consente l'esercizio di un'attività imprenditoriale.

Questo schema è certo ben diverso dal caso in cui l'impresa aderisce alla sponsorizzazione di un'iniziativa culturale, in quanto interessata dal vantaggio di immagine per l'associazione al marchio o al prodotto aziendale; tuttavia, vi sono alcuni profili di contatto, se consideriamo il possibile contributo in servizi o in interventi concreti sul bene realizzati da un'impresa specializzata, dato che possono prospettarsi questioni di compatibilità tra attività privata e interessi pubblici di tutela del bene e di procedure di scelta del contraente privato.

L'esternalizzazione di servizi è adottata come soluzione che favorisce l'efficienza della gestione delle attività del museo o del luogo della cultura (ad es., area archeologica) oppure può contribuire a qualificare e allestire uno spazio culturale per la pubblica fruizione come effettivo partner dell'amministrazione nella

realizzazione del progetto, mediante attività che comportano un ruolo più complesso rispetto a quello di semplice concessionario in uso del bene.

5. Il PPP speciale e la politica europea di intervento a partire dal Libro Verde del 2010

Per le caratteristiche, il PPP può rientrare certamente nella prospettiva più ampia delle strategie pubbliche di incentivazione delle attività culturali e delle imprese culturali e creative promosse dalla Commissione europea; l'istituzione ha, infatti, elaborato i tratti generali di una politica di intervento nel settore della cultura, a partire dal *Libro Verde* (2010), sollecitando l'impegno degli Stati membri nei confronti delle imprese culturali, di natura sociale o turistica, in linea con l'affermarsi dell'economia digitale, di nuove forme di competitività e di una nuova "cultura" imprenditoriale⁷³.

Il settore può contribuire alla crescita economica mediante soluzioni di promozione del patrimonio dei territori, della creatività e dell'innovazione che hanno condizionato in senso positivo gli ordinamenti interni. La Commissione indica obiettivi generali, tra i quali predisporre strumenti adeguati al fine di sperimentare e creare imprese, incentivando i finanziamenti, supportare le imprese culturali in senso economico nel territorio di appartenenza e in contesti più ampi. Il *Libro Verde* richiama la politica europea successiva al 2007 in relazione all'agenda di Lisbona che era incentrata su crescita ed occupazione, rafforzando il legame tra formazione, industrie culturali creative e piccole e medie imprese⁷⁴ e si basa su studi elaborati nella prospettiva dell'*Agenda europea della cultura*.

La finalità è quella di suscitare un dibattito sullo sviluppo del settore con una particolare attenzione per alcuni profili interdisciplinari, quali l'ambiente, lo spazio comune europeo della cultura e le prospettive di sviluppo. Sono affermati i concetti di "culturale" e di "creativo" che derivano dal contributo delle diverse impostazioni degli ordinamenti interni anche al fine di definire l'ambito delle attività coinvolte. Per le industrie creative, il *Libro Verde* si riferisce a imprese che utilizzano la cultura come *input* e gli *output* hanno natura soprattutto funzionale e includono architettura, design per moda e pubblicità. Il turismo e le innovazioni tecnologiche dell'informazione digitale e della comunicazione, si basano sulla produzione di nuovi contenuti e, quindi, si collegano a queste particolari industrie soprattutto perché garantiscono una veloce distribuzione dei beni e dei servizi culturali con puntuali riferimenti circa le modalità⁷⁵, comportando un'evoluzione dei modelli tradizionali.

La Commissione europea promuove la soluzione di una "gamma diversificata di imprenditori e la libera circolazione dei loro servizi" è il presupposto di un'offerta culturale differenziata" mediante un equo accesso

⁷³ Il *Libro Verde* richiama varie politiche europee "Europa 2020, Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva", "L'Unione per l'innovazione", "Un'agenda europea del digitale" e le strategie per il cambiamento climatico.

⁷⁴ V. *Libro Verde*, 4 ss.

⁷⁵ V. *Libro Verde*, 6.

al mercato secondo le regole della *concorrenza* che si applica anche in questo settore. Lo schema si basa sull'interazione tra prodotti, sistemi, processi e reti applicato alle imprese e agli utenti, contesto che favorisce l'innovazione e la comunicazione digitale mediante piattaforme e altri sistemi.

L'interesse degli utenti-consumatori della cultura e dei beni culturali si inserisce nel quadro degli obiettivi generali previsti dell'art. 167 TFUE, per il pieno sviluppo delle culture degli Stati membri nel rispetto delle loro diversità nazionali e regionali. L'azione dell'Unione è volta ad incentivare la cooperazione tra gli Stati membri e, se necessario, integrando l'azione in alcuni specifici settori quali il miglioramento della conoscenza e della diffusione della cultura e della storia dei popoli europei, gli scambi culturali non commerciali, la creazione artistica e letteraria compreso il settore audiovisivo.

La cooperazione è estesa ai Paesi terzi e alle organizzazioni internazionali, competenti in materia di identità culturale europea, e al Consiglio d'Europa; inoltre, l'UE tiene conto e promuove le diversità culturali in base alle altre disposizioni dei Trattati⁷⁶.

Ulteriori iniziative si ricollegano al *Libro Verde* e ad es. l'Agenda europea per il digitale, nell'ambito della strategia⁷⁷ "Europa 2020", ha introdotto nuovi concetti ed obiettivi al fine di creare un mercato unico dei servizi e dei contenuti digitali anche per la gestione dei diritti di proprietà intellettuale. In base all'"Unione dell'innovazione" sono state intraprese iniziative per rafforzare il ruolo delle imprese culturali e creative come soggetti attivi dell'innovazione e del cambiamento strutturale, mediante la promozione dell'imprenditorialità, facilitazioni per l'accesso al finanziamento, consultazioni aperte alle categorie e la collaborazione transnazionale. Più recentemente, è stata valorizzata la trasversalità della cultura nell'*Agenda 2030* con importanti nuove implicazioni per la cooperazione tra gli ordinamenti⁷⁸.

Il *Libro Verde* ha sollecitato l'attuazione di diversi obiettivi di "economia creativa" e tra questi la sperimentazione, l'innovazione e l'imprenditorialità culturale, ambito sottoposto ad un continuo adattamento anche per la natura immateriale⁷⁹ dei beni, delle opere e dei prodotti coinvolti di cui occorre favorire la massima circolazione, così per gli artisti e gli operatori culturali. La partecipazione degli utenti

⁷⁶ L'art. 167, comma 5, TFUE chiarisce che per contribuire alla realizzazione degli obiettivi previsti dalla disposizione, il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria e previa consultazione del Comitato delle Regioni, adottano azioni di incentivazione, ad esclusione di qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri. Il Consiglio, su proposta della Commissione, adotta raccomandazioni.

⁷⁷ Il *Libro Verde* richiama la ricerca *Study on the economy of culture in Europe* (2006) e il rapporto *Creative Economy – the Challenge of Assessing the Creative Economy – towards informed policy-making* (2008). Per approfondimenti, v. L. LAZZARETTI (ed.), *Creative Industries and Innovation in Europe, Concepts, Measures and Comparative Case Studies*, Routledge, London, 2013.

⁷⁸ Per approfondimenti v. G. IACOVONE, *Trasversalità della cultura nell'Agenda 2030 e ruolo della cooperazione*, 30 settembre 2020, in *Giustamm*, 2020, n. 3.

⁷⁹ Per l'evoluzione storica del concetto di beni culturali come beni immateriali v. C. TOSCO, *I beni culturali. Storia, tutela e valorizzazione*, il Mulino, Bologna, 2014, pp. 69 ss.

e l'accesso ai servizi è promosso mediante soluzioni di rete e la cooperazione tra le imprese e gli enti di formazione e le università⁸⁰.

Il documento approfondisce, in particolare, specifici modelli finanziari come il finanziamento collettivo *crowdfunding* attivato da “piccoli investitori”, il “credito creativo⁸¹” e la dimensione locale e regionale delle imprese culturali e creative con una rilevante incidenza sullo sviluppo dell'economia del territorio mediante la promozione del patrimonio culturale e del turismo sostenibile.

Per la gestione sostenibile del patrimonio culturale vi sono diverse interpretazioni economiche che ovviamente non possono trascurare gli aspetti giuridici; è, tuttavia, possibile sintetizzare un nucleo di quattro possibili obiettivi: la conservazione a favore delle future generazioni, la massimizzazione del numero dei fruitori del valore sociale e culturale, l'incremento dei beni e dei servizi culturali e della loro qualità, la produzione di risorse economiche necessarie per attuare le altre tre condizioni di sostenibilità come aspetto essenziale della stessa conservazione⁸².

Il patrimonio culturale necessita di costanti investimenti per far fronte ai costi di un'adeguata tutela e di risorse anche “autogenerate”, certo con diverse difficoltà, dato che la tendenza prevalente è quella di creare valore culturale per attrarre investitori privati esterni ad integrazione del finanziamento da parte dell'amministrazione centrale. Il debito pubblico interno comporta una pressione sulla capacità di spesa sempre più incentrata sulle questioni più urgenti e meno sugli interventi continuativi per la gestione e la conservazione. Peraltro, essendo coinvolti interessi pubblici, non è di trascurabile importanza il necessario equilibrio tra le risorse pubbliche utilizzate e il valore culturale e sociale offerto alla collettività anche a confronto con le aspettative di innovazione e di comunicazione.

È noto che i costi di conservazione non dipendono dal livello dei ricavi effettivamente conseguiti; è evidente l'opportunità di una *gestione strategica* per applicare meccanismi di creazione di valore al fine di garantire una gestione sostenibile nel senso del mantenimento dell'integrità e della futura fruizione pubblica. Secondo alcuni studi⁸³ per i profili di gestione economica, i risultati devono essere verificati alla luce di determinate prospettive nel senso di “risultato sociale” come diffusione del valore culturale e del

⁸⁰ V. *Libro Verde*, 10.

⁸¹ V. *Libro Verde*, 20.

⁸² Si rinvia a M. CAROLI, *Gestione del patrimonio culturale e competitività del territorio*, F. Angeli, Milano, 2016, pp. 25 ss.

⁸³ V. M. CAROLI, *op. cit.*, p. 29; spec. pp. 148, 150, 165. L'Autore delinea uno schema di “proposta di valore del patrimonio culturale” per gli enti di governo del settore per un certo insieme di beni culturali e al fine dello sviluppo sociale “a rete” di un sistema territoriale; il modello dipende dalla rilevanza culturale dei beni, dalla capacità di autofinanziamento, dalla visibilità e considerazione positiva del territorio e dalla capacità di attrazione di risorse private. In sintesi, le condizioni di attuazione consistono nella capacità progettuale ed efficienza, nella visibilità e nei contenuti culturali derivanti dall'integrazione di diversi beni, nell'attrazione di competenze e di investimenti. Le misure, secondo una logica di programmazione aziendale, per favorire lo sviluppo reticolare del patrimonio culturale e la relativa integrazione nel territorio consistono nella promozione della collaborazione tra i soggetti titolari di beni culturali e dell'integrazione tra offerta culturale e quella turistica mediante un piano strategico, al fine di sviluppare “la filiera produttiva della cultura”.

miglioramento della fruibilità, di “risultato di mercato” (coinvolgimento del pubblico e soddisfazione delle aspettative) e di “competizione” in relazione all’attrattività del sistema territoriale per finalità turistiche, di interesse culturale e di investimento. Infine, rileva il risultato economico come disponibilità di risorse per la conservazione e l’incremento del patrimonio culturale in un certo territorio.

Nella prospettiva macroeconomica e di moderna politica di sostenibilità e di *green economy*, i rapporti tra le imprese culturali e le altre industrie dovrebbero essere rafforzati nell’interesse dell’economia generale; molteplici legami possono essere instaurati tra istruzione, ricerca e amministrazione dei beni culturali anche mediante “partenariati creativi”. Il *Libro verde*, che ha di certo finalità di orientamento del settore, invitava gli interessati a formulare commenti riguardo ai contenuti e a rispondere alle specifiche domande ivi indicate con finalità di diretto coinvolgimento per acquisire utili indicazioni.

L’attenzione degli studi economici più recenti è incentrata sull’individuazione di strumenti per finalità di efficiente conservazione e valorizzazione dei beni culturali e di livelli minimi di qualità delle prestazioni⁸⁴ e dei servizi offerti dagli istituti della cultura, anche con il contributo di imprese e di altri enti privati. Gli studi giuridici hanno, invece, prevalentemente esaminato le norme del Codice dei beni culturali e le soluzioni di gestione senza considerare i necessari approfondimenti interdisciplinari che sarebbero, invece, utili dato che la disciplina non esclude l’applicazione di schemi aziendalistici e dell’impresa, di natura pubblica o privata oppure mista per obiettivi di effettiva economicità, di conseguimento di ricavi e di gestione autonoma, considerato l’ingente patrimonio culturale nazionale.

L’impresa culturale e creativa è stata evocata dal legislatore italiano⁸⁵, ma in poche norme che si limitano ad elencare le possibili attività in via esemplificativa e al fine esclusivo del riconoscimento della qualifica per l’applicazione di benefici fiscali e per l’accesso alle risorse di un fondo dedicato alle piccole e medie imprese creative, senza introdurre una dimensione giuridica adeguata per la diffusione del modello.

6. Considerazioni conclusive e alcune recenti iniziative di partenariato speciale

Il partenariato speciale ben s’inserisce nella categoria degli accordi previsti dall’art. 112 del Codice dei beni culturali per le proposte che possono essere presentate da soggetti privati come contributo alle strategie mediante specifici piani e progetti di attuazione, strumento adeguato alle esigenze di innovazione e semplificazione, per la valorizzazione dei beni culturali⁸⁶. Lo schema aperto si caratterizza per un’intrinseca “potenzialità espansiva” che integra le attività di valorizzazione *ex art.* 111 del Codice che sembrerebbe l’unico ambito di possibile esternalizzazione *ex artt.* 112 e 115 per la gestione indiretta;

⁸⁴ V. il d.m. n. 113 del 21 febbraio 2018 sui livelli minimi uniformi di qualità per i musei e luoghi della cultura di appartenenza pubblica.

⁸⁵ Legge di Bilancio 2018 (l. 27 dicembre 2017, n. 205) e legge di Bilancio 2021 (l. 30 dicembre 2020, n. 178). V. anche S. ANTONIAZZI, *Musei pubblici. Modelli giuridici di gestione*, cit., pp. 179 ss.

⁸⁶ Si rinvia a S. ANTONIAZZI, *Contratti pubblici e beni culturali*, cit., pp. 68-74, 78-79.

inoltre, vi sono limiti interni precisati da atti di orientamento ministeriale che nel tempo ne hanno circoscritto l'applicazione alla gestione dei servizi per il pubblico, soprattutto nei musei e nelle aree archeologiche⁸⁷.

La *ratio* dell'atipicità è quella di assicurare la massima *adattabilità* ed *elasticità* allo schema giuridico del partenariato per i beni culturali in relazione alle specifiche esigenze delle varie forme di cooperazione di medio e lungo periodo tra pubblico e privato; la pratica ha contribuito a ricostruire *figure ibride* di non facile inquadramento giuridico, quale conseguenza di una commistione di tipi e di cause negoziali, di finalità economico-sociali in un quadro ampio di azione che include la collaborazione scientifica per interventi di valorizzazione del patrimonio culturale in Italia e all'estero⁸⁸ e attività integrative della tutela (ad es., la ricerca per le tecnologie e le tecniche di restauro, catalogazione, digitalizzazione).

Questi aspetti sono stati già evidenziati dalla circolare⁸⁹ 9 giugno 2016, n. 17461 il cui contenuto di certo supera la natura di atto interno per finalità interpretativa e applicativa, dato che consiste in un'approfondita ricostruzione dell'istituto che si caratterizza per “una pluralità dinamica e mutevole di forme di partenariato” a cui possono aggiungersi una concessione in uso per la gestione di istituti della cultura non adeguatamente valorizzati⁹⁰ e soluzioni di collaborazione con soggetti del Terzo settore.

Il rapporto giuridico di durata ha fonte in una convenzione, ma non si limita all'attuazione di un partenariato contrattuale, e non è riconducibile al partenariato istituzionalizzato in un ente strutturato (fondazione, soggetto associativo, società mista). Tuttavia, nell'esecuzione può emergere una componente organizzativa o una qualche struttura, in forma di specifici comitati o “tavoli tecnici” oppure “cabine di regia” con una composizione mista a cui possono essere attribuiti compiti di indirizzo o di monitoraggio.

Per questi aspetti flessibili, lo schema speciale può essere esteso agli accordi di valorizzazione *ex art.* 112 del Codice dei beni culturali come “strumento di integrazione⁹¹” nella definizione delle strategie di sviluppo culturale o nell'erogazione di servizi strumentali comuni agli enti coinvolti. La partecipazione e il sostegno dei soggetti privati possono inserirsi sia nella fase di preparazione degli accordi per la definizione degli obiettivi e delle proposte di gestione dei beni, sia in quella di attuazione delle strategie mediante piani e progetti specifici.

La cooperazione tra amministrazioni e privati nella valorizzazione dei beni culturali presuppone la considerazione di un ampio quadro normativo, non limitato agli istituti del Codice dei beni culturali, dato

⁸⁷ V. A. L. TARASCO, *Il patrimonio culturale, Modelli di gestione e finanza pubblica*, cit., 164. L'Autore richiama l'indagine della Corte dei Conti, n. 22/2005/G sulle prime applicazioni degli artt. 112 e 115 del Codice.

⁸⁸ V. art. 67 del Codice dei beni culturali per i casi di uscita temporanea in attuazione di accordi con musei stranieri.

⁸⁹ Circolare 9 giugno 2016, cit., 9 ss.

⁹⁰ V. d. m. 6 ottobre 2015, in tema di concessione in uso a privati di beni immobili del demanio culturale dello Stato.

⁹¹ Circolare 9 giugno 2016, cit., 12.

che occorre considerare le norme del Codice dei contratti pubblici⁹² e del Codice del Terzo settore per specifici interventi o progetti di collaborazione per finalità di sviluppo territoriale a cui sono applicabili soluzioni speciali di PPP *ex art.* 134, comma 2, al fine della definizione di modelli operativi e organizzativi volti a perseguire l'interesse generale alla fruizione del patrimonio culturale "sottoutilizzato" o in stato di abbandono mediante il recupero del bene sulla base di un piano di investimento e di risorse diversificate (finanziamenti pubblici, proventi, donazioni, *crowdfunding*, quote di partecipazione dei soci privati); la durata dell'accordo contrattuale dev'essere coerente con l'entità dell'investimento iniziale di partecipazione.

Sugli aspetti economici in senso stretto, incentrati sul profitto derivante dalle attività che coinvolgono il patrimonio culturale, di certo devono sempre prevalere la conoscenza e la fruizione pubblica anche nella prospettiva europea di promozione, sviluppo e protezione della cultura⁹³ *ex art.* 167 TFUE. Tuttavia, l'attenzione recente degli operatori del settore e la politica culturale europea e nazionale considerano sempre più le possibili relazioni produttive tra patrimonio culturale e sviluppo economico del territorio, secondo una visione finalmente moderna.

E', inoltre, utile delineare un confronto tra il partenariato speciale e un'altra forma di collaborazione pubblico-privata di natura non tipizzata, più aperta alla spontanea iniziativa di cittadini della comunità locale e a soluzioni "pattizie" sulla base di un regolamento dell'ente coinvolto, per affermarne la distinzione⁹⁴. Il partenariato esaminato non è, infatti, riconducibile all'amministrazione condivisa promossa da enti pubblici, soprattutto locali, e cittadini, espressione di "democrazia diffusa" e di "partecipazione consapevole e responsabile alla vita della comunità ovvero, detto in altri termini, della democrazia⁹⁵", esperienza rilevante nell'ordinamento italiano che attrae i sistemi francese e spagnolo.

Tale interesse è sollecitato dai cittadini che intendono "prendersi cura", insieme alle amministrazioni, dei beni comuni (beni culturali, verde urbano, strutture sportive, ecc.) presenti sul loro territorio per finalità culturali, di svago e per contribuire volontariamente al benessere e all'identità della comunità con attività utili⁹⁶, ma non necessariamente inquadrabili in schemi negoziali caratterizzati da tecnicità. Gli elementi

⁹² Per i profili di coordinamento tra le discipline e gli accordi tra amministrazioni v. G. SCIULLO, *La gestione dei servizi culturali tra Codice Urbani e Codice dei contratti pubblici*, in *Aedon*, 2018, n. 1.

⁹³ Per alcuni collegamenti tra il settore dei beni culturali e diritto dell'UE v. S. ANTONIAZZI, *Contratti pubblici e beni culturali*, cit., pp.39-44.

⁹⁴ La distinzione dai partenariati previsti dal Codice dei contratti pubblici riguarda anche i partenariati sociali, nonostante alcune similitudini; sul punto v. F. GIGLIONI, *Forme e strumenti dell'amministrazione condivisa*, in G. ARENA, M. BOMBARDELLI (a cura di), *L'amministrazione condivisa*, cit., pp. 103 ss., che, tuttavia, individua alcune forme di partenariato dell'amministrazione condivisa (servizio civile, protezione civile, cooperative o imprese di comunità partecipate dalle amministrazioni).

⁹⁵ G. ARENA, *I custodi della bellezza*, cit., p. 50.

⁹⁶ G. ARENA, *op. ult. cit.*, pp. 192 ss. Più in generale, per il legame tra patrimonio culturale, territorio e identità nazionale v. T. MONTANARI, *Patrimonio culturale e identità*, in M. MALO, F. MORANDI (a cura di), *Declinazioni di patrimonio culturale*, il Mulino, Bologna, 2021, pp. 17 ss.; F. PONTANI, *Patrimonio culturale e identità nazionale*, ivi, pp. 27 ss.; L. DEGRASSI, *Patrimonio culturale e identità europea*, ivi, pp. 45 ss.

giuridici che regolano tali attività consistono in un regolamento del Comune che ha aderito a questa nuova soluzione e in particolari patti di collaborazione che regolano le specifiche attività, sulla base di una significativa promozione del diritto amministrativo della sussidiarietà da parte di un gruppo di studiosi⁹⁷ con effetti molto positivi.

Assai interessante l'indagine sui patti di collaborazione e i relativi interessi pubblici, tenendo conto che derivano dall'attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale e dall'iniziativa autonoma di privati e prevedono, come le fonti del diritto⁹⁸, regole giuridiche per una formula di amministrazione che ha acquisito un certo consenso. Tanto più che il recente Codice dei contratti pubblici del 2023 richiama l'amministrazione condivisa con riferimento al Terzo settore nell'art. 6 "In attuazione dei principi di solidarietà sociale e di sussidiarietà orizzontale, la pubblica amministrazione può apprestare, in relazione ad attività a spiccata valenza sociale, modelli organizzativi di *amministrazione condivisa, privi di rapporti sinallagmatici*, fondati sulla condivisione della funzione amministrativa con gli enti del Terzo settore di cui al decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117, sempre che gli stessi contribuiscano al perseguimento delle finalità sociali in condizioni di pari trattamento, in modo effettivo e trasparente e in base al principio del risultato⁹⁹". Questo specifico richiamo conferma la necessaria distinzione tra partenariato atipico e le modalità dell'amministrazione condivisa.

Alcune esperienze (2017-2021) di partenariato in forma speciale riguardano sedi culturali note e alcune meno conosciute con profili applicativi innovativi¹⁰⁰ che, tuttavia, evidenziano una fase sperimentale rilevante, dato che è stato istituito l'Osservatorio nazionale sui partenariati speciali pubblico-privato¹⁰¹; si incentra l'attenzione sui progetti che riguardano musei e parchi archeologici.

Un'applicazione interessante di partenariato attiene alla gestione della riproduzione digitale – attività di recente assai promossa per le collezioni museali – di affreschi da parte di un'impresa privata¹⁰², al fine

⁹⁷ Si rinvia a www.labsus.org, "laboratorio" di studiosi che analizzano le molteplici iniziative e l'evoluzione dell'amministrazione condivisa come espressione di sussidiarietà orizzontale; è proposto uno schema generale di regolamento utile per gli enti locali e specifiche indicazioni per la stesura di patti di collaborazione. Alcune Regioni hanno adottato leggi che hanno recepito in senso più ampio questo modello con riferimento ai beni comuni regionali; v. G. ARENA, *op. ult. cit.*, pp. 87 ss.; l.r. Lazio, 26 giugno 2019, n. 10, "Promozione dell'amministrazione condivisa dei beni comuni" e l.r. Toscana, 24 luglio 2020, n. 71, "Governo collaborativo dei beni comuni e del territorio, per la promozione della sussidiarietà sociale in attuazione degli articoli 4, 58 e 59 dello Statuto".

⁹⁸ Per approfondimenti v. G. ARENA, *op. ult. cit.*, pp. 145-149. V. anche ID., *Un approccio sistemico all'amministrazione condivisa*, in G. ARENA, M. BOMBARDELLI (a cura di), *L'amministrazione condivisa*, cit., 1 ss.; F. CORTESE, *Amministrazione condivisa e biografia giuridica della nazione*, ivi, pp. 15 ss.; M. BOMBARDELLI, *L'organizzazione dell'amministrazione condivisa*, ivi, pp. 113 ss.

⁹⁹ "Non rientrano nel campo di applicazione del presente codice gli istituti disciplinati dal Titolo VII del Codice del Terzo settore, di cui al decreto legislativo n. 117 del 2017".

¹⁰⁰ Per l'esame delle esperienze di applicazione del partenariato speciale, v. G. SCIULLO, *Il partenariato pubblico-privato in tema di patrimonio culturale dopo il Codice dei contratti*, in *Aedon*, 2021, n. 3, spec. pp. 158-159. Si rinvia all'Osservatorio nazionale sui partenariati pubblico-privato speciali v. www.forumterzosettore.it.

¹⁰¹ V. comunicato stampa del 25 maggio 2021 in www.forumterzosettore.it e in www.cooperativeitalia.it.

¹⁰² Nel partenariato *ex art.* 151, comma 3, risalente al 2017, era inclusa la società privata *Urban Vision* spa, coinvolta nel contenzioso circa la legittimità della scelta del *partner* privato, v. T.a.r. Campania, Sez. IV, 19 agosto 2019, n. 4366 e



dell'incremento dell'offerta per il Parco Archeologico di Pompei e della promozione del progetto mediante una campagna pubblicitaria; in questo caso, la digitalizzazione consiste nella riproduzione di affreschi asportati nel tempo dalla sede originaria e conservati in diversi musei. L'accesso alla riproduzione è consentito da un'App e, in base all'accordo con l'amministrazione, ad essa è corrisposta una limitata percentuale dei ricavi conseguiti dal privato che ha, inoltre, sostenuto la realizzazione e le spese della riproduzione digitale.

Il partenariato speciale promosso nel 2019 dal Parco Archeologico dei Campi Flegrei per manifestazioni d'interesse di operatori economici ed enti senza scopo di lucro, è incentrato sulla valorizzazione, promozione e fruizione al pubblico di due siti specifici, anche mediante il coinvolgimento dei cittadini residenti nel territorio con esperienze assai vicine all'amministrazione condivisa. Il partner privato è individuato per diverse attività di valorizzazione, ad es. iniziative culturali promozionali, servizio di accompagnamento e visite guidate; per queste ultime trattiene i ricavi di cui una percentuale è riservata al partner pubblico. Il partenariato è anche il presupposto per l'avvio di una collaborazione continuativa per la definizione di futuri progetti di valorizzazione e di promozione, e di un "laboratorio" permanente per la creazione di strategie volte all'integrazione degli interventi.

Nel 2021, il Parco ha pubblicato un avviso di partenariato che coinvolge il Terzo settore¹⁰³ per promuovere nel territorio la conoscenza e la fruizione pubblica dei luoghi di appartenenza, mediante programmi di attività didattiche e educative per la scuola e il pubblico in generale. I ricavi derivanti dalle attività spetteranno al partner privato e il Parco trattiene le somme che derivano dall'accesso ai siti coinvolti; anche in questo caso la collaborazione si estende alla definizione di ulteriori progetti di valorizzazione nell'ambito del programma presentato dal privato e delle strategie definite dall'ente.

Vi sono altre esperienze simili che riguardano una sede universitaria e un'impresa sociale per interventi volti alla valorizzazione e fruizione pubblica di servizi con riferimento ad immobili di rilevanza culturale di proprietà dell'ente pubblico; un altro caso consiste nella gestione di un archivio storico comunale per i servizi di accoglienza del pubblico, attività di ricerca e di riproduzione di documenti sulla base di una programmazione decisa in collaborazione tra l'ente locale e una cooperativa sociale¹⁰⁴.

Gli accordi di partenariato speciale per la gestione di immobili culturali attraggono i Comuni proprietari, ad es. il Comune di Cuneo ha pubblicato¹⁰⁵ nel 2021 un avviso esplorativo per sollecitare la presentazione di proposte progettuali da parte di soggetti privati circa la gestione per un medio-lungo periodo di locali situati nel Palazzo Santa Croce, sulla base di precedenti esperienze e di confronti in sede di "tavoli tecnici"

Cons. Stato, Sez. V, 28 dicembre 2020, n. 8403.

¹⁰³ Art. 89, comma 17, del Codice del Terzo settore.

¹⁰⁴ Questi casi risalgono rispettivamente al 2020 e al 2021; v. G. SCIULLO, *op. ult. cit.*, p. 158.

¹⁰⁵ Si rinvia al sito istituzionale www.comune.cuneo.it.

con esperti del settore culturale regionale. Il PPP speciale è ritenuto lo strumento più adatto per realizzare interessi pubblici culturali dei cittadini di Cuneo. La procedura si caratterizza per la flessibilità consentita al partner privato riguardo all'adeguamento dei locali e alla programmazione culturale nel "sito pilota" di "ForHeritage" in cui rientra l'immobile e alla proposta di convenzione al Comune.

Le esperienze di partenariato speciale sono, quindi, variegate e l'istituto ha acquisito un rinnovato interesse considerato l'art. 134 del Codice dei contratti pubblici 2023 che conferma lo schema ed estende l'applicazione a tutti i beni culturali; sarebbe, quindi, necessario un aggiornato atto interpretativo del Ministero della Cultura per orientare l'applicazione degli istituti. Tuttavia, i contenuti dei più recenti avvisi pubblici per l'attivazione di forme speciali di partenariato pubblico-privato, per la valorizzazione e gestione di beni culturali, illustrano in modo approfondito l'art. 134, comma 2, del d.lgs.n. 36/2023, gli aspetti operativi, il rispetto delle norme di tutela e conservazione del bene di cui al Codice dei beni culturali e gli obblighi previsti da un allegato "tecnico-prestazionale" in relazione al caso concreto¹⁰⁶.

Più in generale, occorre considerare la centralità del partenariato pubblico-privato per la gestione degli investimenti previsti dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza¹⁰⁷ e destinati al settore dei beni culturali. Queste considerazioni "valorizzano" ulteriormente il partenariato speciale per i beni culturali¹⁰⁸ come

¹⁰⁶ Gli avvisi pubblici sono reperibili nel sito istituzionale www.cultura.gov.it. V. ad es., per il Parco archeologico di Ostia Antica, "Avviso pubblico finalizzato all'attivazione di una forma speciale di partenariato pubblico-privato (art. 134 c. 2 del d.lgs. n. 36 del 31.03.2023) avente ad oggetto "Gestione del Teatro Antico di Ostia per le stagioni di spettacolo dal vivo-quadriennio 2024/2027" (MIC_PA-OANT, 21/12/2023, 0004744-P) [28.10.07/1/2019]; l'avviso costituisce esclusivamente un *invito a manifestare interesse*, non comportando l'assunzione di alcun vincolo da parte dell'Istituto, né relativamente alla prosecuzione dell'*iter* negoziale, né l'attribuzione di alcun diritto in ordine alla sottoscrizione dell'accordo partenariale. Il Parco si riserva ogni decisione in merito alla procedura, incluse eventuali modifiche dei contenuti, dei termini e delle modalità, "di sospenderla ed interromperla in qualsiasi stato procedimentale, senza che gli interessati possano avanzare alcuna pretesa a titolo di indennità e/o risarcimento". Per il Parco archeologico di Pompei, v. l'avviso pubblico (n. 43625677, 23/05/2023) finalizzato alla manifestazione di interesse per l'attivazione di un partenariato speciale per realizzare un programma di attività didattiche e ricreative nei siti di Pompei e Oplontis "allo scopo di rendere i suddetti siti luoghi sempre più vitali e inclusivi, e di favorire ed ampliare la loro conoscenza e fruizione presso il pubblico, nonché il coinvolgimento delle comunità locali accrescendo in tal modo la consapevolezza dell'eredità culturale del territorio"; l'intervento è definito "allestimento di *children museum* e la elaborazione e la realizzazione di un programma partecipato di gestione integrata delle attività educative, didattiche e ricreative". V. anche avviso pubblicato dal Mibac il 22 maggio 2020 per l'attivazione del partenariato speciale di cui all'art. 151, comma 3, del d.lgs. n. 50/2016 avente ad oggetto la gestione di servizi di assistenza al pubblico nel Bosco di Cerri presso il Real Sito di Carditello per il periodo estate-autunno 2020, destinato ad operatori economici. Inoltre, è stato utilizzato anche il partenariato pubblico-privato tipico *ex artt.* 180 e 183, comma 15, del d.lgs. n. 50/2016 mediante procedura aperta e affidamento diretto di cui all'art. 36, lett. a) per la realizzazione della mostra "I Farnese. Architettura, arte e potere" presso il Complesso monumentale della Pilotta di Parma (febbraio-giugno 2022), determina Direzione generale dei musei n. 808 del 9/11/2021.

¹⁰⁷ V. documento del Ministero della Cultura "Attuazione delle misure del PNRR", dicembre 2021, la Misura 2 che riguarda la "Rigenerazione di piccoli siti culturali, patrimonio culturale religioso e rurale" e il Piano nazionale "Borghi". Per il contenzioso riguardo all'assegnazione delle risorse a enti locali che hanno presentato progetti nella forma del partenariato tra soggetti pubblici (ente capofila e enti aggregati) v. Cons. Stato, Sez. VI, 6 febbraio 2023, n. 1232; 10 febbraio 2023, n. 1453; 31 marzo 2023, n. 3341. V. anche G. P. CIRILLO, *Il diritto al borgo come una delle declinazioni del diritto alla bellezza e come luogo "dell'altrove"*, 29 marzo 2023, in www.giustizia-amministrativa.it; C. ADESSO, *Strumenti di attuazione del PNRR e di rafforzamento della capacità amministrativa: il partenariato pubblico-privato e l'in house*, 29 giugno 2023, *ivi*.

¹⁰⁸ Per approfondimenti v. S. ANTONIAZZI, *Musei pubblici*, cit., pp. 267 ss.



formulato dal nuovo Codice dei contratti pubblici che dev'essere interpretato in stretto coordinamento con la disciplina del Codice dei beni culturali e con gli eventuali richiami al Codice del Terzo settore, qualora siano coinvolti soggetti *non profit*. E', infatti, evidente il quadro normativo complesso ma senza dubbio moderno, dato che supera l'impostazione tradizionale esclusivamente pubblicistica e coinvolge, con diverse possibili combinazioni di schemi giuridici, i soggetti privati (imprese *profit* e *non profit*, associazioni e fondazioni) in linea con gli indirizzi dell'Unione europea per la promozione del patrimonio culturale degli Stati membri. Queste tematiche in evoluzione saranno certamente oggetto della futura ricerca con nuove prospettive di studio e di approfondimento.



Divieto di usura e ordine pubblico: la rilevanza usuraria degli interessi moratori*

di Ida D'Ambrosio

Ricercatrice in Diritto dell'economia
Università Telematica Giustino Fortunato

Abstract [It]: Il presente articolo offre un contributo alla riflessione sull'annosa questione dell'applicabilità agli interessi moratori della disciplina antiusura. L'analisi è condotta non solo alla luce della più recente giurisprudenza della Corte di Cassazione, ma anche sulla base del collegamento rintracciato tra divieto di usura e ordine pubblico. L'analisi si concentra sulla definizione di limiti e criteri chiari per distinguere gli interessi moratori legittimi da quelli ritenuti usurari, con particolare attenzione agli impatti pratici e alle implicazioni sul sistema finanziario.

Title: Usury prohibition and public order: the usurious relevance of late payment interests.

Abstract [En]: This article contributes to the reflection on the longstanding issue of the applicability of usury regulations to late payment interests. The analysis is conducted not only in light of the most recent jurisprudence of the Court of Cassation but also based on the connection identified between the usury prohibition and public order. The focus of the analysis is on defining clear limits and criteria to distinguish legitimate late payment interests from those considered usurious, with particular attention to practical impacts and implications for the financial system.

Parole chiave: usura, interessi moratori; tasso soglia; reato; prezzo del denaro; ordine pubblico

Keywords: usury; late payment interest; threshold interest rate; offense or crime; Price of money; public order

Sommario: 1. Il fenomeno dell'usura negli interessi. 2. Lo sviluppo dell'usura nell'ordinamento interno. 3. Il divieto di interessi usurari all'interno di una cornice pubblicistica. 4. Il difficile ruolo degli interessi moratori nel dibattito pretorio sulla disciplina antiusura. 5. Il *decisum* della Corte di Legittimità a Sezioni Unite con la sentenza n. 19597 del 2020. 6. Conclusioni.

1. Il fenomeno dell'usura negli interessi

Sin dai tempi remoti la figura dell'usura, così come quella degli interessi, ha generato una questione sociale, prima ancora che giuridica, particolarmente discussa, attesa la poliedricità della sua portata tra prospettive economiche, giuridiche ed etiche.

Il suo *nomen*, che richiama l'accezione originaria di corrispettivo per l'uso del denaro altrui¹, inseguito al divieto canonistico-medievale del mutuo oneroso, acquisì una valenza esclusivamente *negativa*, quale

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ Il termine usura deriva dal latino *utor* (uso) e con esso nelle fonti romane si intendeva il compenso per l'uso di un capitale altrui, sia che rientrasse nei limiti di misura imposti dalla legge sia che fosse superiore: cfr. G. CERVENCA, *Usura* (dir. rom.), in *Enc. dir.*, 1992, XLV, p. 1125. Ancora, A. BUTERA, *Usura* (diritto romano e diritto canonico), in *Nuovo D.I.*, 1940, p. 801, il quale precisa che il vocabolo usura era utilizzato tanto per indicare l'uso di una cosa, specialmente il capitale concesso in uso ad altri, quanto per il corrispettivo di tale concessione (in quest'ultimo senso più comunemente si utilizzava il plurale *usurae*); A. CORDOVA, *Usura* (diritto moderno), in *Nuovo D. I.*, 1940, p. 804, specifica come il termine usura, da uso della cosa, per metonimia passò a significare il profitto per il denaro prestato; in

prestito eccessivo, e fu sostituito dall'espressione interesse. L'usura ha subito un percorso evolutivo profondamente condizionato dai mutamenti del sistema economico e dal ruolo della moneta nelle diverse epoche storiche.

Nell'economia primitiva, di tipo prevalentemente agricola, il denaro assunse principalmente una funzione di scambio e il prestito fu finalizzato al consumo². Sul finire del Medioevo, con lo sviluppo sempre più consistente del sistema economico, attraverso l'affermazione della figura del mercante, la moneta acquisì l'ulteriore funzione di motore dei processi produttivi³ e si riconobbe la naturale *fecundità* del denaro come capitale.

Parallelamente alla trasformazione economica e giuridica vi furono i mutamenti etico-sociali, con la conseguente discussione sull'ammissibilità degli interessi. La liceità degli stessi, riconosciuta in epoca romana⁴, fu messa sotto accusa con l'avvento del Cristianesimo.

A caratterizzare la nuova ideologia fu la concezione oggettiva del denaro come cosa sterile, unitamente all'idea che il prestito oneroso (al tempo, appunto, prevalentemente indirizzato al consumo) costituisse un vile sfruttamento a danno dei bisognosi e, quindi, violasse i precetti cristiani della carità e dell'amore per il prossimo e fosse contrario al principio di equità⁵.

Il divieto dell'usura fu dapprima applicato ai chierici e, solo successivamente, fu esteso a tutti i consociati⁶. In seguito al mutare del sistema economico vi fu un ripensamento del divieto sul piano sia etico sia giuridico-economico: in principio si ebbe una lenta e graduale apertura, per poi arrivare ad ammettere la liceità del prestito con interessi, con un riconoscimento normativo della legittimità delle *usurae*.

Grecia tale profitto prendeva il nome di τόκος (parto) poiché l'interesse è un parto, cioè un prodotto del capitale, con evidente analogia rispetto al concetto naturalistico di frutto.

²T. ASCARELLI, *Obbligazioni pecuniarie. Art. 1277-1284*, in A. SCIALOJA e G. BRANCA (a cura di) *Commentario del codice civile*, Bologna-Roma, 1971, pp. 576-577, dove pone in luce le ragioni dell'ostilità nei confronti degli interessi in un'economia precapitalistica.

³In tal senso, A. SMITH, *La ricchezza delle nazioni*, Torino, Utet, 2006, pp. 473-482.

⁴Risale già al diritto romano la questione sulla somma legittima da corrispondere nel contratto di mutuo. Numerosi e vari furono i provvedimenti in tema di *usurae* per la previsione di un tetto massimo alla misura degli interessi: una disposizione limitativa sul tasso-soglia si rintraccia nelle Dodici Tavole, che prevedevano il limite massimo, per gli interessi, nell'*uncia* (da cui deriva l'espressione *fenusunciarium*), pari a un dodicesimo del capitale per ogni mese. Cfr. C. NANI, *Storia del diritto privato italiano*, Torino, Fratelli Bocca Editori, 1902, p. 491; G. CERVENCA, *Usura* (dir. rom.), cit., pp. 1126-1127, richiama il lavoro di DE MARTINO, *Riforme del IV secolo a.C.*, in BIDR, 1975, LXXVIII, pp. 51 ss. Con la riforma giustiniana si intervenne ampiamente sulla materia, portando il limite generale degli interessi al sei per cento annuo e prevedendo, poi, una serie di tassi differenziati su base soggettiva, come l'otto per cento per i commercianti, fissando un limite anche per il *foenusnauticum* al dodici per cento, in G. CERVENCA, *Usura* (dir. rom.), cit., pp. 1127-1128.

⁵C. NANI, cit., p. 493, che evidenzia attentamente questo aspetto del fondamento del divieto canonico di *usurae*, mentre più spesso le fonti si limitano a valorizzare il dato formale del richiamo ecclesiastico alle sacre scritture, ai noti passi del Deuteronomio (CEI 2008), XXIII, 20-21 e del Vangelo di Luca (CEI 2008) VI, 34- 35. P. GROSSI, *Ricerche sulle obbligazioni pecuniarie nel diritto comune*, Milano, Giuffrè, 1960, pp. 132-133.

⁶A. BUTERA, *Usura*, in *Dig. ita.*, 1914-1921, p. 122, riferisce che il divieto canonico di esercitare l'usura è stato dapprima circoscritto agli ecclesiastici e poi esteso ai secolari da Papa Leone Magno.

In Germania, dove il divieto canonistico ebbe una minore influenza a causa della Riforma protestante, la legittimità degli interessi fu riconosciuta a livello normativo già nel XVI e nel XVII secolo e soprattutto dopo la Guerra dei Trent'anni, con il §174 del *Reichsabschied* del 1654⁷.

Ancora oggi gli istituti dell'usura e degli interessirappresentano un binomio caratterizzato da un instabile equilibrio, in costante evoluzione: in un momento di faticosa transizionesocio-economica, il problema della teorizzazione degli interessi e dell'usura è centrale nel dibattito contemporaneo⁸.

2. Lo sviluppo dell'usura nell'ordinamento interno

In Europa, a partire dai secoli XVI e XVII e, ancor più, con le codificazioni ottocentesche, attraverso un percorso lento e graduale, che coinvolse molti Paesi, si passò dal divieto generale dell'usura, proprio dell'età medievale, alla liceità delle *usurae*.

Invero, in seguito al crescente sviluppo economico e con la formazione di una nuova coscienza etico-giuridica, aperta al riconoscimento della liceità del prestito a interessi, si approdò al principio della libertà del prestito ad interesse⁹.

Con il riconoscimento della liceità degli interessi in ambito europeo si pose il problema della necessità o non di una loro limitazione e della relativa misura. Inizialmente, in vari ordinamenti e per alcuni periodi, fu prevista la possibilità di prestare il denaro dietro corrispettivo, senza interessi. A tal proposito, in Francia il prestito a interessi fu ammesso al tasso legale del 5% con provvedimento dell'Assemblea Costituente del 12 ottobre 1789¹⁰, ma nel 1793 fu introdotta la libertà assoluta nella determinazione degli interessi.¹¹ In Germania, con la Reichsgesetz del 14 novembre 1867, fu prevista la possibilità di concedere prestiti con interessi senza limiti quantitativi, ma nel caso in cui il saggio pattuito fosse stato superiore al 6%, il debitore avrebbe potuto risolvere il contratto tra il sesto e il dodicesimo mese dalla data di stipulazione¹².

⁷ B. INZITARI, *Delle obbligazioni pecuniarie*, in F. GALGANO (a cura di) *Commentario del Codice civile Scialoja – Branca*, Bologna, Zanichelli, 2011, pp. 270-271 e p. 517; in termini analoghi, cfr. anche B. INZITARI, *Interessi*, in *Dig. civ.*, Agg., X, 2016, p. 349; B. INZITARI, *Interessi – Legali, corrispettivi, moratori, usurari, anatocistici*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 5 e ancora B. INZITARI, *Problemi comparatistici in tema di interessi*, in C.M. MAZZONI – A. NIGRO (a cura di) *Credito e moneta*, Milano, Giuffrè, 1982, p. 574; C. NANI, cit., pp. 511-517; D. BUZZELLI, *Mutuo usurario e invalidità del contratto*, Torino, Giappichelli, 2001, p. 18.

⁸ C. GAMBA, *Licita usura – Giuristi e moralisti tra medioevo ed età moderna*, Roma, Viella, 2003, pp. 7-9, che offre una fotografia della complessità delle riflessioni medievali sul prestito oneroso, rivela con chiarezza la continuità di fondo esistente tra il dibattito medievale e quello contemporaneo in tema usura.

⁹ C. NANI, cit., pp. 513.

¹⁰ F. CAROCCIA, *Gli itinerari storici e geografici della disciplina degli interessi monetari*, in F. MARINELLI (a cura di) *La disciplina degli interessi monetari*, Napoli, 2002, p. 33; C.M. MAZZONI, *Frutti civili e interessi di capitale*, Milano, 1985, p. 18 e già prima C.M. MAZZONI, *Gli interessi di capitale e la loro classificazione come frutti civili*, in *Studi senesi*, 1980, p. 96.

¹¹ G.B. FERRI, *Interessi usurari e criterio di normalità*, in *Riv. dir. comm.*, 1975, I, p. 277; B. INZITARI, *Delle obbligazioni pecuniarie*, cit., pp. 504-505; C. NANI, cit., p. 514.

¹² B. INZITARI, *Delle obbligazioni pecuniarie*, cit., p. 517; F. CAROCCIA, *Gli itinerari storici e geografici della disciplina degli interessi monetari*, cit., pp. 51-52.

Anche in altri Paesi si ammise la liceità delle *usurae* senza limiti quantitativi, come in Inghilterra, in Belgio e in Prussia.

Con specifico riferimento all'ordinamento italiano, nel codice albertino l'interesse poteva eccedere il tasso legale solo nei casi previsti dalla legge, ma negli Stati sardi il limite fu eliminato nel 1857 e progressivamente anche nelle altre zone della penisola¹³.

In seguito, con la codificazione unitaria del 1865, si mantenne la libertà di concedere prestiti con interessi senza un'apposita limitazione quantitativa¹⁴ e il Codice penale Zanardelli del 1889, analogamente a quanto disposto dal Codice penale sardo del 1859, non prevede una norma di repressione dell'usura¹⁵.

Ciò evidenziato, si deve però anche mettere in luce come già nella codificazione unitaria italiana, pur in mancanza di una norma che limitasse quantitativamente il prestito oneroso, furono introdotte una serie di disposizioni che potremmo definire di contenimento degli interessi monetari¹⁶. Tra queste deve essere menzionato innanzitutto l'art. 1832 c.c. - sul mutuo con interesse - a norma del quale, decorsi cinque anni dal contratto, era consentito al debitore di restituire le somme che prevedevano un interesse superiore a quello legale mediante preavviso scritto di almeno sei mesi¹⁷, indipendentemente da ogni patto contrario. Ancora, va richiamato l'art. 1831, ultimo comma, del codice civile previgente, che imponeva la pattuizione per iscritto dell'interesse convenzionale eccedente la misura legale; ricordiamo, poi, l'art. 1232 del codice civile previgente, in tema di anatocismo. A queste norme se ne possono aggiungere altre che, pur se non

¹³ Si tratta della legge 5 luglio del 1857: cfr. G. PIOLA, *Interessi* (diritto civile) in *Dig. It.*, 1901, p. 53. A. MANNA, *La nuova legge sull'usura*, Torino, 1997, p. 5, rileva che «Con la progressiva annessione degli Stati preunitari nel Regno d'Italia, anche la repressione penale dell'usura fu eliminata in tutta la penisola, proprio per il prevalere delle nuove concezioni liberali nell'economia».

¹⁴ Così il Codice civile unitario italiano, pur mantenendo la naturale gratuità del mutuo, all'art. 1831, terzo comma, prevede che «L'interesse convenzionale è stabilito a volontà dei contraenti». In mancanza di convenzione tra le parti, l'art. 1831, secondo comma, stabilì che il saggio fosse del 5% in campo civile e del 6% in quello commerciale.

¹⁵ Cfr. A. MANNA, cit., p. 5. Si vedano ancora B. INZITARI, *Delle obbligazioni pecuniarie*, cit., p. 509 nota n. 1; C.F. GROSSO, *Usura* (dir. pen.), in *Enc. dir.*, XLV, 1992, p. 1142; E. QUADRI, *Usura* (diritto civile.), in *Enc. Giur.*, XXXII, Roma, 1999, p. 1 e anche E. QUADRI, *Profili civilistici dell'usura*, in *Foro it.*, 1995, Vol. 118, n. 9, p. 322; F. SFORZA, *La normativa in materia di usura*, in *Diritto delle banche e degli intermediari finanziari* (a cura di) E. GALANTI, Padova, 2008, p. 1246; V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, IX, Torino, 1984, pp. 869-870. Cfr. anche F. LUPIA, *L'usura bancaria nella lente della giurisprudenza e in quella della Banca d'Italia*, in *Giustizia Civile.com*, 9 luglio 2015, p. 3. P. DAGNA, *Profili civilistici dell'usura*, Padova, 2008, pp. 20-21 a questo proposito sottolinea come tale modifica normativa sia stata il frutto della volontà di Vittorio Emanuele II e delle sue convinzioni liberali. D. MANZIONE, *Usura e mediazione creditizia - Aspetti sostanziali e processuali*, Milano, 1998, p. 14, evidenzia il ruolo assunto da Camillo Benso conte di Cavour; in tal senso, più recentemente, si veda anche D. MANZIONE, *L'usura. Sanzioni, prevenzione e tutela delle vittime*, Milano, 2013, p. 17, così, anche laddove le prestazioni corrispettive del contratto fossero state sproporzionate, si sarebbe comunque assicurata la massima espressione della libera volontà delle parti attraverso il contratto.

¹⁶ Esigenza manifestata dallo stesso legislatore nella relazione di accompagnamento del codice civile del 1865 nella quale, nella parte dedicata al libro III, si legge che «Non vuoi poi pretermettere un'altra considerazione generale, ed è che inscrivendo nel novello Codice il principio della libertà degli interessi, nell'atto che si rende omaggio ai desiderati della scienza economica, si vien consacrando pure una riforma alquanto ardita e contrastata non poco; sicché ogni rispetto di civile prudenza suggerisca almeno alcuni temperamenti e correttivi, atti ad infrenare gli abusi della sconfinata libertà degli interessi».

¹⁷ Per la precisione, l'art. 1832 del Codice civile previgente disponeva che «Il debitore può sempre, dopo cinque anni dal contratto, restituire le somme portanti un interesse maggiore della misura legale, non ostante qualsiasi patto contrario. Deve però darne sei mesi prima per iscritto l'avviso, il quale produce di diritto la rinunzia alla più lunga mora convenuta».

immediatamente attinenti alla tematica dell'usura, possono certamente trovare applicazione in alcune fattispecie concrete ad essa riconducibili: si pensi alle norme specifiche sulla rescissione in tema di divisione per lesione oltre il quarto¹⁸ e in tema di vendita di immobili per lesione oltre la metà¹⁹. Nonostante questo reticolato di precetti limitativi previsti nel codice del 1865, la mancanza di una norma specifica che ponesse un limite quantitativo alla prestazione di interessi creò un terreno fertile per abusi e da qui nacquero numerose iniziative per l'introduzione di una sanzione penale dell'usura²⁰.

Nel 1930 fu adottato il Codice penale Rocco che, facendo seguito ad alcuni interventi che erano già stati messi in atto dal regime fascista, introdusse il reato di usura all'art. 644²¹. Coerentemente, il legislatore del codice civile del 1942, preso atto della repressione penale del fenomeno dell'usura, ha ripreso alcune delle limitazioni già previste nel codice previgente e ne ha introdotto delle altre, sanzionando in particolare gli interessi usurari nell' art. 1815, secondo comma, e introducendo l'azione generale di rescissione per lesione all'art. 1448.

Alcune di queste norme disciplinano proprio gli interessi monetari, come l'art. 1815, secondo comma, c.c., relativo agli interessi usurari nel mutuo, e l'art. 1283 in tema di anatocismo; altre norme hanno una portata più ampia, ma sono destinate comunque ad incidere in misura determinante sulla disciplina della materia in discorso, come per il caso dell'azione di rescissione che necessariamente concerne anche fattispecie diverse rispetto a quelle che, sulla base della normativa penalistica, potevano e possono essere definite come usuarie²².

¹⁸ Disciplinata complessivamente dagli artt. 1038-1043 c.c. previgente.

¹⁹ P. DAGNA, cit., pp. 20-21, dove, oltre alle norme menzionate, in questo contesto vengono richiamate anche le disposizioni inerenti al divieto di patto commissorio e al divieto di patto leonino. Cfr. anche: I. TARDIA, *Usure civili e sovrapposizione antinomica delle discipline*, in *Riv. Dir. Econ., Trasp. e Amb.*, 2013, p. 448; E. QUADRI, *Profili civilistici dell'usura*, in *Foro it.*, 1995, V, pp. 338-339; L. CRISTOFANO, *Usura: la tutela civile e penale dei danneggiati*, Padova, 2001, pp. 203-210.

²⁰ L. VIOLANTE, *Usura (delitto di)*, in *Nss. D.I.*, Torino, 1977, pp. 381-382. Cfr. anche: P. DAGNA, cit., pp. 22, 24-25 e nota n. 96, dove, con riferimento alla situazione spiccatamente liberale esistente a cavallo tra il 1857 e il 1930 osserva che «La principale conseguenza di questa mancata repressione del fenomeno comportò ovviamente il dilagare di casi di approfittamento a danno dei contraenti più deboli economicamente, e a ciò fecero seguito numerose proposte di legge finalizzate ad arginare il fenomeno, sempre più incontrollato in assenza di strumenti normativi idonei ai quali la giurisprudenza potesse riferirsi»; A. MANNA, *La nuova legge sull'usura*, cit., p. 6.

²¹ Invero, giova ricordare come durante il regime fascista siano state introdotte delle apposite misure di repressione dell'usura quali la diffida, l'ammonizione e il confino.

²² Peraltro, data la struttura di questo rimedio e della fattispecie penale dell'usura, almeno nelle intenzioni del legislatore e fino al 1996, verosimilmente erano rari i casi in cui la rescissione poteva operare al di fuori della norma penale. In questi termini proprio la Relazione al Re n. 658, secondo cui «Al codice penale quello civile si ricollega fino al punto da lasciar presumere che si sia voluta dare una precisazione dei presupposti civilistici della sanzione comminata nel suddetto art. 644. È questa, anzi, la portata prevalente dell'azione generale di lesione introdotta con l'art. 1448, in quanto saranno rari i casi (permuta di immobili, contratti con reciproco scambio di prestazioni di fare) in cui l'azione stessa potrà operare al di fuori dell'ambito della norma penale». Sul punto cfr. anche P. DAGNA, cit., p. 30. Peraltro, come noto, il baricentro del coordinamento tra l'art. 1448 c.c. e l'art. 644 c.p. è stato completamente scardinato dalla riforma del 1996.

3. Il divieto di interessi usurari all'interno di una cornice pubblicistica

Il divieto degli interessi usurari è strettamente collegato al concetto di ordine pubblico²³ laddove incarna la funzione propria del diritto di stabilire un ordine nel mercato, soprattutto finanziario, attraverso l'imposizione di limiti civili e penali invalicabili. Tale funzione giustifica la limitazione che la disciplina sull'usura pone alla ragione di scambio nei contratti commutativi, al fine di mantenere l'equilibrio contrattuale²⁴.

L'equilibrio contrattuale, nel caso della normativa sull'usura, non viene garantito attraverso strumenti di giustizia procedurale, che mettono il contraente debole in una posizione negoziale paritaria, bensì attraverso strumenti di giustizia sostanziale: la disciplina sull'usura non si occupa degli aspetti soggettivi e procedurali della transazione (gli stati soggettivi dell'usurante e dell'usurato, le condizioni della negoziazione), ma stabilisce limiti rigorosi (superamento di un certo spread rispetto al tasso medio trimestrale per diverse operazioni di finanziamento) per la determinazione, altrimenti libera, della ragione di scambio. Questi limiti non sono legati a casi particolari, ma si applicano alle dinamiche di mercato comuni.

L'usura si configura quando gli interessi o i compensi superano uno specifico spread rispetto al tasso medio di mercato e sono comunque sproporzionati, soprattutto se la difficoltà economica o finanziaria è alla base della transazione. Questa regolamentazione ha un impatto sull'autonomia contrattuale, imponendo ai soggetti non bancari di conformarsi al comportamento dei soggetti bancari dal momento che il tasso corrente è rilevato sul comportamento di questi ultimi²⁵. Il meccanismo stabilisce limiti al prezzo del denaro, mantenendo il mercato entro determinati parametri. In questo modo la disciplina antiusura è riconducibile all'ordine pubblico che rileva, in tale ambito, nella sua triplice accezione di ordine pubblico economico di protezione, di ordine pubblico economico di direzione e di ordine pubblico economico *tout court* di repressione²⁶.

Non vi è dubbio che l'obiettivo principale della normativa antiusura sia proteggere l'usurato da condizioni contrattuali ingiuste, scaturenti, evidentemente, da uno stato di bisogno o da altre forme di debolezza contrattuale, ma la disciplina agisce anche come strumento di direzione laddove, costringendo entro una

²³ Sull'ordine pubblico L. LONARDO, *Ordine pubblico e illiceità del contratto*, Napoli, 1993. Sull'ordine pubblico economico G. FARJAT, *L'ordre public économique*, Paris, 1963.

²⁴ Cfr. A. GENTILI, *Usura e interessi moratori dal punto di vista della ratio legis*, in *Riv. di Diritto bancario*, 2021, Fasc. I, Sez. II, p. 93.

²⁵ Da sempre il diritto, mancando un criterio oggettivo di determinazione del giusto prezzo, lo individua nel prezzo corrente di mercato. Cfr. ad es. in tema di rescissione e *reductio ad aequitatem* Cass. 24 febbraio 1979, n. 1227, in *Giust. Civ. Mass.*, 1979, 2, p. 543; Cass., 6 marzo 2007, n. 5133, in *Impresa*, 2007, 6, p. 932; Cass., 9 febbraio 2011, n. 3176, in *Vita notar.*, 2011, 2, p. 970.

²⁶ Cfr. A. GENTILI, *cit.*, p. 95.

determinata soglia il corrispettivo delle transazioni, fissa la soglia massima del prezzo del denaro e imprime un ordine giuridico al mercato dei finanziamenti.

Infine, rileva l'ordine pubblico *tout court* laddove la disciplina dell'usura persegue una finalità repressiva che si manifesta attraverso la previsione di sanzioni: si pensi alla perdita del diritto a tutti gli interessi per il creditore usurario, ex art. 1815, 2° comma, c.c.²⁷..

Dunque, la disciplina sull'usura si basa su principi di protezione, direzione e repressione e solo quando sono contestualmente coinvolti tutti e tre i suddetti principi si è in presenza di una fattispecie usuraria, con conseguente applicazione della relativa disciplina. Il concorso di tutti e tre i tipi di ordine pubblico (di protezione, di direzione e repressivo) può contribuire a stabilire se siano riconducibili ad usura fattispecie dubbie, come quella degli interessi moratori.

4. Il difficile ruolo degli interessi moratori nel dibattito pretorio sulla disciplina antiusura

L'applicabilità della disciplina *antiusura*²⁸ agli interessi di mora rappresenta uno dei temi più interessanti e più dibattuti²⁹, a livello applicativo, dell'attuale sistema. Le discussioni³⁰, sia in sede pretoria sia in sede di dottrina, si erano già sviluppate³¹ ma l'ermeneutica interpretativa si è fatta più accesa con l'introduzione della riforma del 1996, a seguito della quale, in presenza di una fattispecie usuraria oggettiva, basata sulla predeterminazione delle soglie da rispettare, il problema dell'esatta individuazione degli elementi da prendere in considerazione si è imposto con forza all'attenzione degli interpreti³².

²⁷ Si ritiene comunemente che la norma non attenga solo al mutuo, nel cui ambito è collocata.

²⁸ La disciplina del fenomeno usurario ha natura polisistemica: essa trova referenti normativi nel Codice penale, agli artt. 644 e 644bis, nel Codice civile, segnatamente all'art. 1815 e nella legge n° 108 del 7 marzo 1996.

²⁹ G. GUIZZI, *Usura e interessi di mora: e quindi uscimmo a riveder le stelle*, in *Corr. Giur.*, 2020, 1305; C. COLOMBO, *Interessi di mora e usura: la parola alle Sezioni Unite*, in *Corr. Giur.*, 2020, pp. 37 ss.; L. STAGLIOLI CERINO, *L'usura sopravvenuta e il computo degli interessi moratori nell'evoluzione giurisprudenziale*, in *Corr. giur.*, 2021, P. 110; F. GRECO, *Problemi interpretativi della disciplina civilistica dell'usura*, in BARENGHI (a cura di), *La trasparenza bancaria venticinque anni dopo*, Napoli, 2018, p. 337 ss.

³⁰ R. MARCELLI, *La mora e l'usura: criteri di verifica*, in *Il caso.it*, 2014, p. 16.

³¹ M. LIBERTINI, *Interessi*, cit., p. 126, affermava che «*Ambedue le norme, pur essendo dettate in sedi diverse, sono applicabili a qualunque specie di interessi [...] la seconda [art. 1815, secondo comma, c.c.] in quanto [...] sostanzialmente volta a richiamare regole generali della disciplina dei contratti, la cui applicazione non può essere arbitrariamente limitata alla sola convenzione di interessi accedente al mutuo (può ben darsi un patto usurario attinente agli interessi moratori)*»; sul fronte opposto, nel 1984, O.T. SCOZZAFAVA, *Gli interessi monetari*, Napoli, 1984, pp. 211-213, sulla base della sua particolare sistemazione rilevava che «*Esaurita l'analisi dei problemi interpretativi che pone il divieto di interessi usurari, occorre stabilire se esso, oltre che agli interessi corrispettivi, sia anche applicabile a quelli moratori e compensativi. A tale quesito sembra possibile dare con sufficiente sicurezza risposta negativa [...]*». Per indicazioni sul periodo precedente la riforma si veda anche R. TETI, *Profili civilistici della nuova legge sull'usura*, in *Riv. dir. priv.*, 1997, pp. 482-483 e A.A. DOLMETTA, *Su usura e interessi di mora: questioni attuali*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2013, 5, pp. 503-504.

³² G. D'AMICO, *Principio di simmetria e legge anti-usura*, in *Contratti*, 2017, p. 501; S. PAGLIANTINI, *Spigolature su di un idolum fori: la c.d. usura legale del nuovo art. 1284 c.c.*, in G. D'AMICO (a cura di) *Gli interessi usurari. Quattro voci su un tema controverso*, Torino, 2016, pp. 63 ss.; G. D'AMICO, *Interessi usurari e contratti bancari*, in G. D'AMICO (a cura di) *Gli interessi usurari. Quattro voci su un tema controverso*, Torino, 2016, pp. 20 ss.; F. PIRAINO, *Usura e interessi*, in G. D'AMICO (a cura di) *Gli interessi usurari. Quattro voci su un tema controverso*, Torino, 2016; E. QUADRI, *Usura (dir. civ.)*, cit., pp. 4-5; G. PASSAGNOLI, *Contratto usurario e sopravvenienza normativa*, Padova, 2005, pp. 54-63; P.L. FAUSTI, *Il mutuo*, in P.

Il delicato e complesso legame tra interessi di mora e usura³³ pone, inevitabilmente, numerosi interrogativi nel dibattito giuridico: la prima questione attiene alla rilevanza usuraria di tali interessi, ma le soluzioni avanzate sul punto si legano con altre problematiche attraverso un intreccio talvolta impenetrabile. Sull'applicabilità della disciplina antiusura agli interessi di mora si rilevano contrasti, sin dalle primissime pronunce, tra la giurisprudenza di legittimità³⁴ e quella di merito³⁵.

PERLINGIERI (diretto da) *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, IV, 17, Napoli, 2004, pp. 168-175; G. FAUCEGLIA, *Art. 1815 – Interessi*, in E. GABRIELLI (diretto da) *Comm. Cod. civ.*, Torino, 2011, pp. 200-204; M. SEMERARO, *Usura originaria, usura sopravvenuta e interessi moratori*, in *Riv. diritto bancario*, 2015, pp. 1-20; D. SINESIO, *Gli interessi usurari: profili civilistici*, Napoli, 1999, pp. 60-64; A. RICCIO, *Il contratto usurario nel diritto civile*, Padova, 2002, pp. 119-123; G. BUFFONE, *Interessi usurari: interpretazioni ancora aperte*, in *Guida al diritto*, 2015, pp. 27-30; V. PANDOLFINI, *La disciplina degli interessi pecuniari*, Padova, 2004, pp. 424-436; P. DAGNA, cit., pp. 127-141; G. DI MARTINO, *Interessi moratori e punitivi tra risarcimento e sanzione*, Napoli, 2010, pp. 127-142; D. BUZZELLI, cit., pp. 161-171; F. ARATARI, *L'usura*, in F. ARATARI – L. IANNACCONE (a cura di) *Il contenzioso tra le banche e i clienti*, Milano, 2018, pp. 407-418; G. TUCCI, *L'usura tra autonomia privata e disciplina del mercato del credito*, in F. MACARIO e A. MANNA (a cura di) *Mercato del credito e usura*, Milano, 2002, p. 127; G. MARISCANO, *La più recente giurisprudenza in tema di interessi bancari*, in F. MARINELLI (a cura di) *La disciplina degli interessi monetari*, Napoli, 2002, pp. 219-220; F. LUPIA, *L'usura bancaria nella lente della giurisprudenza e in quella della Banca d'Italia*, in *GiustiziaCivile.com*, 2015, pp. 29-37; V. TAVORMINA, *Banche e tassi usurari: il diritto rovesciato*, in *I contratti*, 2014, pp. 90-92; C. DE ROBBIO, *L'usura bancaria: problematiche aperte e nuovi terreni di scontro*, in *Foro it*, 2014, pp. 687-688; G. MUCCIARONE, *Usura sopravvenuta e interessi moratori usurari tra Cassazione, ABF e Banca d'Italia*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2014, pp. 438-446; F. VANORIO, *Il reato di usura ed i contratti di credito: un primo bilancio*, in *Contratto e impresa*, 1999, pp. 523-525; D. GRIFFO, *Interessi moratori, usura e anatocismo: la querelle infinita*, in *Contratti*, 2015, pp. 507 ss. Si vedano inoltre: A.A. DOLMETTA, *Su usura e interessi di mora: questioni attuali*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2013, pp. 501-511 e A.A. DOLMETTA, *Problemi dell'usura: sul perimetro del carico economico rilevante*, in *Vita not.*, 2014, 3, pp. 1192-1196; U. SALANITRO, *Usura e interessi moratori, ratio legis e disapplicazione del tasso soglia*, in G. D'AMICO (a cura di) cit., pp. 79-105; P.L. FAUSTI, *Breve aggiornamento in tema di mora, usura, anatocismo e compenso per anticipata estinzione*, in *Studi in tema di mutui ipotecari*, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 219-236; C. COLOMBO, *Riflessioni sulla c.d. usura bancaria, tra Shakespeare e le istruzioni della Banca d'Italia*, in *Corr. giur.*, 2014, 12, pp. 1461-1465; M.N. MIZZAU, *La riduzione equitativa degli interessi moratori sproporzionati nell'attuale mercato del credito*, in *La nuova giur. civ. comm.*, 10, pp. 935-942; A. STILO, *Interessi moratori e "principio di simmetria" nella determinazione del tasso usurario*, in *Contratti*, 2016, 11, pp. 1043-1055; E. LABELLA, *Interessi di mora e applicabilità della normativa antiusura*, in *Contratti*, 2017, 2, pp. 131-143; A. LAMORGESE, *Interessi moratori ed usura*, in *Corr. giur.*, 2001, 8, pp. 1082-1086; V. SANGIOVANNI, *Interessi di mora e clausole di salvaguardia contro il rischio di usura*, in *Contratti*, 2016, 5, pp. 455-464 e V. SANGIOVANNI, *Interessi corrispettivi e moratori, tasso-soglia usura e clausola penale*, in *Danno e resp.*, 2015, 5, pp. 522-532; F. VOLPE, *Interessi moratori e usura*, in *Contratti*, 2015, 1, pp. 25-40 e F. VOLPE, *Usura e interessi moratori nel linguaggio dell'Arbitro Bancario Finanziario*, in *La nuova giur. civ. comm.*, 2014, 6, pp. 495-507; G. COLANGELO, *Interessi moratori. Divergenze tra ABF e Corte UE, Corte Costituzionale e Cassazione*, in *Contratti*, 2015, 3, pp. 257-269 e G. COLANGELO, *Legalizzazione dell'usura?*, in *Danno e resp.*, 2014, pp. 201-214; T. BARATTA, *La rilevanza della mora nella determinazione dell'usura: limiti al cumulo degli interessi*, in *Riv. merc. ass. e fin.*, 2016, 1, pp. 5-32; A. TARANTINO, *Usura e interessi di mora*, in *La nuova giur. civ. comm.*, 2013, pp. 677-684; C. ROBUSTELLA, *Sull'applicabilità del limite dei tassi «soglia» agli interessi moratori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, 3, pp. 1003-1027; E. TAMBORLINI, *Interessi corrispettivi e interessi moratori: affinità apparenti e diversità sostanziali*, in *GiustiziaCivile.com*, 11 ottobre 2017, pp. 1-20; L. PASCUCCI, *La controversa rilevanza degli interessi di mora nella valutazione di usurarietà delle prestazioni creditizie*, in *GiustiziaCivile.com*, 10 novembre 2017, pp. 1-60.

³³ F. PIRAINO, *Interessi moratori, usura e c.d. clausola di salvaguardia*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2020, p. 138 ss. P. SERRAO D'AQUINO, *Interessi moratori ed usura*, in *Rivista di diritto bancario*, 11, 2014, pp. 1 e ss.

³⁴ Cass. civ., sez. I, 22 aprile 2000, n. 5286; Cass. civ., sez. I, 17 novembre 2000, n. 14899; Cass. civ., sez. III, 4 aprile 2003, n. 5324; Cass. civ., sez. I, 9 gennaio 2013, n. 350, la quale richiama Corte Cost., 25 febbraio 2002, n. 29; Cass. civ., sez. I, 11 gennaio 2013, n. 602; Cass. civ., sez. I, 11 gennaio 2013, n. 603; ABF, Coll. Coord., 28 marzo 2014, n. 1875. Più recentemente Cass. civ., sez. VI, 6 marzo 2017, n. 5598 e Cass. civ., sez. VI, 4 ottobre 2017, n. 23192; Cass. civ., sez. III, 30 ottobre 2018, n. 27442; Cass. civ., 22 ottobre 2019, n. 26946; Cass. civ., 17 ottobre 2019, n. 26286; Cass. civ., 13 settembre 2019, n. 22890; ABF, Coll. Coord., 28 marzo 2014, n. 1875; Cass. civ., S.U., 8 settembre 2020, n. 19597.

³⁵ Trib. Como, 13 luglio 2017, n. 1088; Trib. Padova, 6 aprile 2017, in *ilcaso.it*; Trib. Siracusa, 10 febbraio 2017, n. 235, in *ilcaso.it*; Trib. Pavia, 25 gennaio 2017, n. 196, in *ilcaso.it*, afferma addirittura «Che anche l'interesse moratorio debba

L'Arbitro Bancario e Finanziario³⁶, che negli ultimi anni ha assunto un importante ruolo nel contenzioso bancario, ha sposato la tesi dell'irrilevanza. La Banca d'Italia, da parte sua, da tempo esclude gli interessi di mora dalla rilevazione dei tassi medi. Inoltre, a fronte delle ampie discussioni emerse sull'argomento e del consolidato orientamento della Corte di Cassazione, con i Chiarimenti del 2013 la Banca d'Italia, pur ritenendo di non considerare nei Tassi effettivi globali medi (T.e.g.m.) gli interessi di mora, sembrerebbe averne riconosciuto una non meglio precisata rilevanza ai fini dell'applicazione della normativa sull'usura³⁷.

Le argomentazioni addotte, a sostegno delle diverse ricostruzioni interpretative, sono state plurime.

Ai fini dell'irrilevanza degli interessi di mora rispetto alle norme antiusura, taluni interpreti hanno fatto perno sulla mancata inclusione degli interessi di mora all'interno dei t.e.g.m. e quindi dei tassi-soglia, sostenendo l'imprescindibile omogeneità dei termini da confrontare. Tale argomentazione, se considerata autonomamente, non può essere sufficiente ad escludere la rilevanza degli interessi di mora poiché i decreti ministeriali devono essere conformi al dettato normativo e una loro eventuale lacuna non può giustificare di per sé l'esclusione di una certa voce³⁸.

essere "considerato" ai fini del rispetto della normativa antiusura è principio non solo giuridicamente ineccepibile e autorevolmente sostenuto [...] ma anche condizione necessaria per la tenuta dell'intero sistema in materia di usura»; Trib. Bari, 8 novembre 2016, n. 5732, in *ilcaso.it*; Trib. Benevento, ord. 25 ottobre 2016, in *ilcaso.it*; Trib. Bari, ord. 18 ottobre 2016; Trib. Napoli Nord, 19 settembre 2016; Trib. Bari, ord. 22 luglio 2016; App. Roma, 7 luglio 2016, n. 4323, in *ilcaso.it*; Trib. Benevento, ord. decisa in camera di consiglio in data 11 maggio 2016; Trib. Pescara, decreto di rigetto del 30 aprile 2015, in *ilcaso.it*; Trib. Reggio Emilia, 24 febbraio 2015, fonte Pluris; Trib. Udine, 26 settembre 2014, in *ilcaso.it*; App. Venezia, 18 febbraio 2013. Possibilista Trib. Bergamo, 25 luglio 2017 n. 2130, in *ilcaso.it*; Trib. Milano, 16 febbraio 2017, n. 1906, in *ilcaso.it*, pur ammettendo la rilevanza usuraria degli interessi di mora, afferma che allo stato attuale non è possibile procedere ad un tale accertamento, stante l'assenza di appropriate rilevazioni da parte dei decreti ministeriali. Come già anticipato nel testo, preme ribadire che tutte queste decisioni, pur accomunate dall'ammissione della rilevanza degli interessi di mora, divergono ampiamente circa le modalità secondo cui ciò dovrebbe avvenire. Per una panoramica delle principali alternative che sono state proposte, si veda nel prosieguo del presente paragrafo. In senso contrario alla rilevanza: Trib. Brescia, 15 giugno 2017, n. 1857, in *ilcaso.it*, il quale opta per l'irrilevanza ma dà conto dell'esistenza di un consistente dibattito sul punto; Trib. Savona, 20 febbraio 2017, n. 204, in *ExParteCreditoris.it*; Trib. Roma, 26 gennaio 2016, n. 1463, in *ExParteCreditoris.it*.

³⁶ Cfr. ex multis ABF, Collegio di Roma, 17 gennaio 2014, n. 260, in Nuova giur. civ. comm., 2014, I, pp. 495 ss.; ABF, Coll. Coord., 23 maggio 2014, n. 3412, in *arbitrobancariofinanziario.it*, p. 9; ABF, Coll. Coord., 30 aprile 2014, n. 2666, in Nuova giur. civ. comm., 2014, I, pp. 495 ss., con nota di F. VOLPE, Usura e interessi moratori nel linguaggio dell'Arbitro bancario e finanziario; ABF, Coll. Coord., 28 marzo 2014, n. 1875, *ivi*, 2014, I, pp. 928 ss., con nota di M.N. MIZZAU, La riduzione equitativa degli interessi moratori sproporzionati nell'attuale mercato del credito; tutte le pronunce citate partono però dal presupposto che la l. n. 108/1996 non sia applicabile agli interessi di mora.

³⁷ A.A. DOLMETTA, *Su usura e interessi di mora: questioni attuali*, in *Banca borsa tit. cred.*, cit., p. 506, osserva che «In effetti, la combinazione della formula che «gli interessi di mora sono esclusi dal calcolo del TEG» con l'ulteriore affermazione della Comunicazione, per cui «in ogni caso anche gli interessi di mora sono soggetti alla normativa anti-usura [...]», non si manifesta di evidenza immediata ovvero di elementare coniugazione». Inoltre, se essi devono essere presi in considerazione, neppure si capisce perché non ne sia stata prevista una nuova e costante rilevazione, limitandosi a richiamare una valutazione oltremodo risalente, di dubbia tecnicità e unica per tutte le categorie di operazioni, categorie che negli ultimi anni sono pure aumentate.

³⁸ Sul punto vedi F. GRECO e A. ZURLO, *Interessi moratori, usurari età e tutela consumeristica: considerazioni a margine dell'alchimia delle Sezioni Unite*, in *Resp. Civ. e prev.*, 4, 2021, p. 1195.

Altri, invece, hanno preso le mosse dal dato letterale, laddove l'art. 644, quarto comma, c.p., fa riferimento alle “*remunerazioni a qualsiasi titolo*”; l'art. 1, comma 1, del d.l. 29 dicembre 2000 n. 394, convertito con l. 28 febbraio 2001 n. 24, menziona gli interessi promessi o comunque convenuti “*a qualunque titolo*”³⁹ e la relazione di accompagnamento della legge di conversione fa espresso riferimento agli interessi di mora⁴⁰. Altra importante argomentazione utilizzata è quella della natura degli interessi di mora, che secondo alcuni avrebbero una funzione prettamente *risarcitoria*⁴¹ e, come tali, resterebbero al di fuori delle fattispecie di cui all'art. 644 c.p., che fa riferimento alla natura corrispettiva degli interessi e degli altri vantaggi usurari; secondo altri, all'opposto, vi sarebbe un'affinità funzionale tra le due figure⁴².

Infine, in alcune riflessioni, si è posto l'accento sulla circostanza che l'usura dovrebbe incidere esclusivamente sul momento *fisiologico* del rapporto, mentre ne resterebbe al di fuori quello *patologico*, in cui, appunto, si collocherebbero gli interessi moratori.

Ne deriva che il tema della rilevanza usuraria degli interessi di mora si presta a interpretazioni contrapposte, in un dibattito che ha coinvolto tutti i possibili interlocutori: dottrina e giurisprudenza su più livelli, organismi di ADR, la Banca d'Italia e pure l'organo legislativo⁴³. Dibattito che può dirsi, in parte, sopito, come *infra* illustrato.

³⁹ Art. 1, comma 1, d. l. 29 dicembre 2000, n. 394, conv. con l. 28 febbraio 2001, n. 24.

⁴⁰ Disegno di legge n. 4941, Senato della Repubblica, nella cui Relazione si afferma che «4. L'articolato fornisce al comma 1 l'interpretazione autentica dell'articolo 644 del codice penale e dell'articolo 1815, comma secondo, del codice civile. Viene chiarito che, quando in un contratto di prestito sia convenuto il tasso di interesse (sia esso corrispettivo, compensativo o moratorio), il momento al quale rifarsi per verificarne l'eventuale usurarietà sotto il profilo sia penale che civile, è quello della conclusione del contratto, a nulla rilevando il pagamento degli interessi».

⁴¹ C. ROBUSTELLA, *Sull'applicabilità del limite dei tassi «soglia» agli interessi moratori*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 3, 2016, p. 1026 osserva che «in nessun modo la mora può essere considerata una remunerazione per l'uso del credito, poiché viene in rilievo nel momento in cui il rapporto entra nella fase patologica ed è quindi diretta a penalizzare il debitore per il ritardo nell'adempimento dell'obbligazione restitutoria».

⁴² A. RICCIO, *Il contratto usurario nel diritto civile*, Padova, 2002, p. 121.

⁴³ Peraltro, data la struttura di questo rimedio e della fattispecie penale dell'usura, almeno nelle intenzioni del legislatore e fino al 1996, verosimilmente erano rari i casi in cui la rescissione poteva operare al di fuori della norma penale. In questi termini proprio la Relazione al Re n. 658, secondo cui «Al codice penale quello civile si ricollega fino al punto da lasciar presumere che si sia voluta dare una precisazione dei presupposti civilistici della sanzione comminata nell'art. 644 suddetto. E, questa, anzi, la portata prevalente dell'azione generale di lesione introdotta con l'art. 1448, in quanto saranno rari i casi (permuta di immobili, contratti con reciproco scambio di prestazioni di fare) in cui l'azione stessa potrà operare al di fuori dell'ambito della norma penale». Sul punto cfr. anche P. DAGNA, *Profili civilistici dell'usura*, cit., p. 30. Peraltro, come noto e come si avrà occasione di vedere, il baricentro del coordinamento tra l'art. 1448 c.c. e l'art. 644 c.p. è stato completamente scardinato dalla riforma del 1996.

5. Il *decisum* della Corte di Legittimità, con la sentenza n. 19597 del 2020, resa a Sezioni Unite

A ricomporre *ad unum* la discussione⁴⁴ sulla disciplina applicabile agli interessi moratori e usurari⁴⁵, sorta tra gli interpreti e cristallizzata nelle pronunce pretorie, è intervenuta la Corte di Cassazione a Sezioni Unite con la sentenza n. 15797 del 2020⁴⁶.

Le Sezioni Unite hanno chiarito il dubbio se anche gli interessi di mora⁴⁷ siano soggetti alla normativa antiusura.

Come sopra evidenziato, sul tema è stato registrato un primo orientamento, rigorista e restrittivo⁴⁸, che ha cavalcato la tesi della *inapplicabilità* della disciplina antiusura agli interessi di mora, adducendo, a sostegno della posizione ermeneutica, diverse argomentazioni: in primo luogo l'interpretazione letterale delle norme e, principalmente dell'art. 1815, comma 2, c.c., che si riferisce ai soli interessi *corrispettivi*, e dell'art. 644, comma 1, c.p. che incrimina chi si fa «*dare o promettere*» interessi usurari «*in corrispettivo di una prestazione di denaro*». Altra argomentazione addotta è stata la funzione degli interessi: gli interessi corrispettivi hanno funzione remunerativa per il godimento del denaro, gli interessi moratori, invece, una funzione risarcitoria, rappresentando, ai sensi dell'[art. 1224 c.c.](#), il danno conseguente l'inadempimento di un'obbligazione pecuniaria. Ancora si è argomentato dall'[art. 1284, comma 4, c. c.](#), secondo cui se «*de parti non ne hanno determinato la misura, dal momento in cui è proposta domanda giudiziale il saggio degli interessi legali è pari a quello previsto dalla legislazione speciale relativa ai ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*»: invero, poiché il tasso della disciplina speciale, di cui all'art. 5 d.lgs. n. 231 del

⁴⁴ D. GRIFFO, *Interessi moratori, usura e anatocismo: la querelle infinita*, in *Contratti*, (I), 2015, p. 507.

⁴⁵ A. DOLMETTA, *cit.*, p. 501.

⁴⁶ Vedi F. GRASSELLI, *Interessi di mora al vaglio delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione: aspetti critici e prospettive future un anno dopo la pronuncia della Suprema Corte*, in *Dialoghi di Diritto dell'Economia*, 2022; a A. DIDONE, *Le Sezioni Unite e l'usura degli interessi moratori*. *Spunti critici*, in *Rivista di diritto bancario*, 2021, I, sez. II; P. MAZZAMUTO, *L'usurarietà degli interessi moratori. Considerazioni critiche sulla sentenza delle Sezioni Unite 18 settembre 2020, n. 19597*, in *Jus civ.*, 6, 2021, pp. 1830 ss; G. TAGLIAVINI, *Usura: il recente orientamento delle Sezioni Unite della Cassazione in tema di interessi di mora. Una nota tecnico-finanziaria*, in *Riv. di Diritto bancario*, 2020, pp. 1-10; F. PIRAINO, *Le Sezioni Unite su usura e interessi moratori: il fine non giustifica i mezzi*, in *I contratti*, 1, 2021, pp. 5-18.

La sentenza delle Sezioni Unite n. 15797 del 2020 è stata emessa a distanza di quasi un anno dalla ordinanza interlocutoria n. 26946 del 22 ottobre 2019, con la quale la Prima Sezione Civile della Suprema Corte aveva ad esse rimesso la problematica dell'usurarietà dell'interesse moratorio. L'ordinanza di rimessione sembra peraltro prendere spunto, in modo particolare, dalla sentenza della Cass., III Sez. Civ., del 30 ottobre 2018, n. 27442, in *Banca borsa tit. cred.*, 2019, II, pp. 1 ss., con note di P.L. FAUSTI e L. PASCUCCHI, ed in *Foro it.*, 2019, I, 2134, con nota di F. NAZERAJ, che, all'esito di un'ampia dissertazione, aveva concluso per la soggezione degli interessi moratori alla disciplina dettata dalla legge 108/1999: l'ordinanza di rimessione riconosce a questa pronuncia di aver operato «un vaglio più approfondito», ma si mostra chiaramente non persuasa e qualifica come «non del tutto appaganti» gli argomenti spesi da essa. Come poi risulterà anche dal testo, le Sezioni Unite, pur avendo recepito la medesima soluzione del precedente appena richiamato sull'aspetto centrale (la soggezione degli interessi moratori alla disciplina dettata dalla legge 108/1999), si è poi orientata in senso diverso sulle conseguenze, di assoluto rilievo pratico, del principio, raggiungendo così un risultato finale del tutto differente.

⁴⁷ M. COMANA, *Il tasso di mora nella disciplina sull'usura: un'analisi matematica*, in *Rivista di Diritto Bancario*, I, 2018, pp. 41 ss.

⁴⁸ Tesi sostenuta principalmente dall'ABF e da alcune pronunce di merito. A titolo esemplificativo s.v. in particolare Trib. di Roma, 18 settembre 2020, n. 11764.

2002, è spesso superiore al tasso-soglia usurario, ai fini dell'usura non possono rilevare gli interessi moratori convenzionali perché altrimenti la norma ammetterebbe una "usura legale". Altra argomentazione a sostegno della inapplicabilità della disciplina antiusura agli interessi di mora è stata la circostanza del mancato rilievo degli interessi moratori nel tasso soglia dei decreti ministeriali: nelle voci computate dai decreti ministeriali per la rilevazione del tasso medio non erano inclusi gli interessi di mora, mentre i due dati - T.e.g. del singolo rapporto e T.e.g.m. determinante il tasso soglia - dovevano essere omogenei: onde nel T.e.g. del singolo rapporto gli interessi moratori non dovevano essere conteggiati. Ancora, un'altra argomentazione è stata l'applicabilità dell'art. 1382 c.c. all'interesse di mora, che, se eccessivo, può essere ridotto d'ufficio dal giudice, ai sensi dell'[art. 1384 c.c.](#), mentre resterebbe a tal fine inapplicabile l'art. 1815, comma 2, c. c.

L'orientamento che esclude "l'usurarietà" degli interessi moratori si fonda, essenzialmente, sul principio della *disomogeneità* del trattamento normativo tra interessi che hanno finalità diverse.

L'opposto orientamento, di natura estensiva⁴⁹, poggia anch'esso su plurimi argomenti. Innanzitutto si fa leva sul tenore letterale delle norme (art. 1815, comma 2, cod. civ.; art. 644, comma 4, cod. pen.; art. 2, comma 4, l. n. 108 del 1996 e art. 1, comma 1, d.l. n. 394 del 2000, convertito in l. n. 24 del 2001) che non distinguono tra tipi di interessi ed, anzi, in alcuni casi, parlano espressamente di pattuizione «a qualsiasi titolo». Ancora si fa riferimento ai lavori preparatori della legge n. 24 del 2001, ove si afferma che si voleva considerare l'usurarietà di ogni interesse «sia esso corrispettivo, compensativo o moratorio». Si fa anche riferimento alla funzione degli interessi, che costituiscono pur sempre la remunerazione di un capitale di cui il creditore non ha goduto, in un caso volontariamente, nell'altro involontariamente. Si fa leva sulla *ratio* della norma: il criterio oggettivo previsto dalla legge n. 108 del 1996 intende tutelare le vittime dell'usura e il superiore interesse pubblico all'ordinato e corretto svolgimento delle attività economiche, fini che sarebbero vanificati ove si escludessero dall'ambito di applicazione gli interessi moratori; inoltre, in caso di esclusione, per il creditore potrebbe addirittura essere più conveniente l'inadempimento, con la possibilità, ad esempio, di fissare termini di adempimento brevissimi per determinare facilmente la mora e lucrare gli interessi.

Si fa anche leva sulla non rilevanza di quanto stabilito dall'art. 1284, comma 4, c. c., perché ivi il maggior tasso degli interessi legali ha la diversa funzione sanzionatorio/deflattiva a carico del debitore inadempiente, per i casi in cui l'inadempimento perseveri pur dopo la proposizione della domanda

⁴⁹ In tal senso, Cass. civ., 17 ottobre 2019, n. 26286, in *Dir. giust.*, 2019, con nota di R. BENCINI, *Mutuo e usura: finalmente un po' di chiarezza dalla Corte Suprema di Cassazione*; Cass. civ., 13 settembre 2019, n. 22890, in *IlSocietario.it*, 4 dicembre 2019, con nota di F. FIORUCCI, *L'usurarietà degli interessi di mora non si comunica agli interessi corrispettivi*; Cass. civ., 30 ottobre 2018, n. 27442, in *Banca borsa tit. cred.*, 2019, p. 43, con nota di L. PASCUCCHI, *Interessi moratori e usura: interpretazione abrogante dell'art. 1815, comma 2, c.c. in una recente decisione della Suprema Corte*; Cass. civ., 6 marzo 2017, n. 5598, in *Giust. civ. Mass.*, 2017; Cass. civ., 4 aprile 2003, n. 5324, in *Giust. civ. Mass.*, 2003.

giudiziale e non discende dalla semplice mora; dunque, ha una valenza prettamente sanzionatoria e punitiva anche nell'interesse generale al non incremento pretestuoso del contenzioso.

Si argomenta infine che è irrilevante la circostanza che i decreti ministeriali di rilevazione non includano gli interessi moratori nella definizione del T.e.g.m., e quindi, del relativo tasso-soglia, avendo la legge n. 108 del 1996 costruito il giudizio di usurarietà su di un unico tasso soglia per ciascun tipo di finanziamento e distinto solo tra i diversi modelli contrattuali, non anche tra le differenti specie di costo del credito, prevedendo uno spread tra T.e.g.m. e tasso-soglia, tollerato dal sistema, appunto per lasciare uno spazio ulteriore rispetto ai parametri di mercato.

La posizione favorevole all'applicabilità della normativa antiusura agli interessi moratori, opponendosi alla prima corrente interpretativa, si basa sul principio di *omogeneità* di trattamento degli interessi⁵⁰, pur nella diversità della loro funzione.

Le Sezioni Unite, riassunte ed esaminate le argomentazioni delle contrapposte tesi, sulla base delle *rationes legis* sottese alla disciplina antiusura (ovvero l'esigenza, plurioggettiva, di tutelare il fruitore del finanziamento, la repressione della criminalità economica, la direzione del mercato creditizio e la stabilità del sistema bancario) e alla lucidità dell'esigenza di piena tutela del soggetto debitore, affermano che il concetto di interesse usurario e la relativa disciplina repressiva non possono dirsi *estranei* all'interesse moratorio, così aderendo alla tesi dell'assoggettabilità del tasso di mora alla normativa antiusura.

Per le Sezioni Unite sussiste l'esigenza primaria di non lasciare il debitore alla mercé del finanziatore: quest'ultimo, se soggiace al limite della soglia usuraria quando pattuisce i costi complessivi del credito non può dirsi immune dal controllo quando, scaduta la rata o decorso il termine pattuito per la restituzione della somma, il denaro non venga restituito e siano applicati gli interessi di mora.

Secondo le Sezioni Unite la disciplina antiusura intende sanzionare non solo la pattuizione di interessi eccessivi, convenuti al momento della stipula del contratto quale corrispettivo per la concessione del denaro, ma anche la pattuizione degli interessi moratori, che sono comunque convenuti e costituiscono un possibile debito per il finanziato: se i primi considerano il presupposto della puntualità dei pagamenti dovuti, i secondi incorporano l'*incertus an* e l'*incertus quando* del pagamento.

Una volta stabilita l'assoggettabilità del tasso di mora alla disciplina antiusura, le Sezioni Unite si sono soffermate, sul piano applicativo, sul problema dell'individuazione del tasso soglia. Sul punto esse hanno sancito che laddove i decreti ministeriali di riferimento, vigenti al momento della conclusione del contratto, contengano anche l'indicazione del tasso di *mora* medio applicato dagli operatori, sebbene indicato separatamente dal T.E.G.M., di questo tasso medio di mora debba tenersi conto nell'individuazione della soglia limite per gli interessi moratori.

⁵⁰ A. STILO, *Interessi moratori e "principio di simmetria" nella determinazione del tasso usurario*, in *Contratti*, 2016, 11, p. 1043.

Se, invece, il decreto ministeriale di riferimento non preveda la maggiorazione media degli interessi, ai fini dell'individuazione del tasso soglia resta il termine di confronto del T.e.g.m. così come rilevato.

Le Sezioni Unite, infatti, ritengono che, in ragione della esigenza primaria di tutela del finanziato, sia giocoforza comparare il T.E.G. del singolo rapporto, comprensivo degli interessi moratori in concreto applicati, con il T.E.G.M così come in essi rilevato: sarà poi il previsto margine di tolleranza, sino alla soglia usuraria, che dovrà offrire uno spazio di operatività all'interesse moratorio lecitamente applicato. Un'ulteriore problematica che si è posta all'attenzione delle Sezioni Unite concerne l'individuazione delle conseguenze che derivano dall'acclarata usurarietà degli interessi di mora: gli Ermellini sostengono che nel caso in cui si accerti che il tasso di mora superi la soglia antiusura applichi l'art. 1815, comma 2, cod. civ.

Le Sezioni Unite ritengono che la norma citata possa essere interpretata nel senso che essa sanziona la pattuizione degli interessi usurari, con conseguente non debenza degli stessi, ma limitatamente al tipo di interessi che abbia superato quella soglia.

Invero, ove l'interesse corrispettivo sia lecito e solo il calcolo degli interessi moratori applicati comporti il superamento della predetta soglia usuraria, solo questi ultimi sono illeciti e preclusi, con la conseguente applicazione degli interessi nella misura dei corrispettivi lecitamente pattuiti, ex art. 1224, comma 1, c.c.. Il Collegio trae la sua convinzione dalla considerazione secondo cui, caduta la clausola degli interessi moratori, resta un danno per il creditore insoddisfatto che comporta l'applicazione della regola comune secondo cui il danno da inadempimento di obbligazione pecuniaria viene automaticamente ristorato con la stessa misura degli interessi corrispettivi, già dovuti per il tempo dell'adempimento in relazione alla concessione ad altri della disponibilità del denaro.

Ciò in quanto la nullità della clausola sugli interessi moratori non comporta anche quella degli interessi corrispettivi: pertanto anche gli interessi moratori saranno dovuti in minor misura, in applicazione dell'art. 1224 cod. civ., sempre che gli interessi corrispettivi siano lecitamente convenuti.

Tale conclusione è confortata - secondo le Sezioni Unite - dalla primaria esigenza di coerenza e non contraddittorietà con il diritto *euro-unitario*. La Corte di Giustizia dell'Unione Europea, infatti, adita più volte in via pregiudiziale con riguardo alle direttive in materia di consumatori, ha statuito che gli interessi corrispettivi continuano ad essere dovuti anche se cade la clausola sugli interessi moratori, indipendentemente dalla tecnica di redazione delle clausole medesime, in quanto la direttiva 93/13/CEE non osta a che si giunga alla «soppressione integrale di questi interessi, mentre continuano a maturare gli interessi corrispettivi previsti dal contratto⁵¹»: ciò in quanto «gli interessi corrispettivi hanno una funzione

⁵¹ V. Corte di Giustizia UE 7 agosto 2018, cause riunite C-96/16, Banco Santander SA e C-94/17, Rafael Ramon Escobedo Cortes, punti 76-78.

di remunerazione della messa a disposizione di una somma di denaro da parte del mutuante fino al rimborso della somma stessa» e ove «la clausola abusiva consiste in tale maggiorazione, la direttiva 93/13 esige unicamente che la maggiorazione stessa venga annullata».

Quanto agli effetti concreti, tenuto conto che il contratto di mutuo, nel cui *genus* va ricondotto ogni finanziamento, è un contratto di durata, agli effetti dell'[art. 1458 cod. civ.](#), una volta caduta la clausola sugli interessi moratori, restano dovute non solo le rate scadute al momento della caducazione del prestito, nella loro integralità, comprensive degli interessi corrispettivi in esse già conglobati, ma anche gli interessi moratori sull'intero prestito, nella misura dei corrispettivi pattuiti, sempre che il tasso degli interessi corrispettivi sia lecito.

Quanto alle rate a scadere, sorge l'obbligo di immediata restituzione dell'intero capitale ricevuto, sul quale saranno dovuti gli interessi corrispettivi, attualizzati, però, al momento della risoluzione: infatti, fino al momento in cui il contratto ha avuto effetto, il debitore ha beneficiato della rateizzazione, della quale deve sostenere il costo, pur se ricalcolato, attualizzandolo, rispetto all'originario piano di ammortamento non più eseguito; da tale momento, e sino al pagamento, vale l'art. 1224, comma 1, c.c.

La Corte si pronuncia, ancora, sulla rilevanza del tasso astratto e di quello in concreto applicato statuendo che, nel caso in cui il contratto preveda un tasso di mora sopra soglia, ma la banca applichi, a tale titolo, al momento dell'inadempimento, un tasso di misura inferiore, il mutuatario vanta comunque l'interesse ad agire ex art. 100 c.p.c. per far accertare la nullità e l'inefficacia della clausola, in quanto risponde ad un bisogno di certezza del diritto che le convenzioni negoziali siano accertate come valide ed efficaci oppure no, e l'interesse ad agire in un'azione di mero accertamento non implica necessariamente l'attualità della lesione di un diritto, essendo sufficiente uno stato di incertezza oggettiva.

In tale ipotesi la sentenza sarà di mero accertamento dell'usurarietà del tasso, ma in astratto, senza relazione con lo specifico diritto vantato dalla banca, posto che ancora non sarà attuale l'inadempimento ed il finanziatore ancora non avrà preteso alcunché a tale titolo.

Ne deriva che, se da un lato non può essere disconosciuto l'interesse ad agire ex art. 100 c.p.c., per la presenza nel contratto di una clausola sugli interessi usurari, dall'altro lato sarà limitato l'effetto della sentenza di accertamento, che varrà solo ad escludere l'interesse moratorio nella misura pattuita e non in senso assoluto l'applicazione dell'interesse moratorio.

Realizzatosi l'inadempimento, rileva unicamente il tasso che di fatto sia stato richiesto ed applicato al debitore inadempiente; cade l'interesse ad agire per l'accertamento della eventuale illegittimità del tasso astratto non applicato; i parametri di riferimento dell'usurarietà restano quelli esistenti al momento della conclusione del contratto che comprende la clausola censurata.

In conclusione, affermano le Sezioni Unite, ciò che rileva in ipotesi di inadempimento è il tasso moratorio applicato in concreto. Gli Ermellini, poi, si soffermano sull'atteggiarsi dei rispettivi oneri probatori: in particolare enunciano quali sono gli oneri probatori a carico delle parti nelle controversie sulla debenza e misura degli interessi moratori, ai sensi dell'art. 2697 cod. civ.

Il debitore, il quale intenda provare l'entità usuraria degli stessi, ha l'onere di dedurre il tipo contrattuale, la clausola negoziale, il tasso moratorio applicato in concreto, l'eventuale qualità di consumatore, la misura del T.e.g.m. nel periodo considerato.

Dal canto suo la banca dovrà indicare e provare i fatti modificativi o estintivi dell'altrui diritto: ad esempio, la pattuizione negoziata della clausola con il debitore; la diversa misura degli interessi applicati.

6. Conclusioni

La pronuncia della Cassazione e i principi di diritto che ne derivano lasciano spazio ad alcuni profili poco soddisfacenti, almeno sotto il profilo tecnico finanziario.

In primo luogo, è necessario sottolineare che l'esigenza di una simmetria tra TEG e TEGM è assicurata parzialmente. Innanzitutto, la rilevazione circa la maggiorazione di mora da parte della Banca d'Italia⁵² è poco soddisfacente, in quanto sporadica e ritardata. Il ritardo della rilevazione rispetto al periodo di riferimento definisce un livello di simmetria debole.

Ancora, l'art. 1815 c.c. e l'art. 644 c.p., in base al loro contenuto letterale, vanno in una direzione differente: l'art. 1815, al secondo comma, stabilisce che “*se sono convenuti interessi usurari, la clausola è nulla e non sono dovuti interessi*”. L'art. 644 c.p., al comma terzo, recita che “*la legge stabilisce il limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari*” e, al successivo comma, che “*per la determinazione del tasso di interesse usurario si tiene conto delle commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e delle spese, escluse quelle per imposte e tasse, collegate alla erogazione del credito*”. Ebbene, non si comprende quali siano i presupposti per un trattamento così differenziato della componente di mora, nel costo del credito, rispetto alle altre componenti. Non esistono infatti altri casi, tra i tanti analizzati in corso di contenzioso e di evoluzione giurisprudenziale, che sono stati affrontati mediante la prospettiva della riduzione dell'extra costo rispetto al limite usuraio. Ancora, la perplessità concettuale di aver considerato rilevante il fine remunerativo degli interessi di mora si connette con uno scarso allineamento tra concettualizzazione giuridica e realtà operativa della gestione bancaria. Anche la prospettiva di considerare il costo complessivo del finanziamento per il quale viene addebitato un costo di mora, in luogo del considerare separatamente il periodo ante scadenza e il periodo

⁵² R. MARCELLI, *L'usura della legge e l'usura della Banca d'Italia: nella mora riemerge il simulacro dell'omogeneità. La rilevazione statistica e la verifica dell'art. 644 c.c.: finalità accostate ma non identiche*, in *Rivista di diritto bancario*, 2015, p. 279.

post scadenza della rata, con i separati tassi soglia, è stata accantonata inopinatamente e andrebbe meglio considerata.

La sentenza, dalla complessa argomentazione, mira ad una soluzione del problema apprezzabile sotto il profilo tecnico: è necessario de-enfatizzare il problema degli interessi di mora. Si tratta di contratti di finanziamento che sono rispettosi del limite antiusura. La clausola riguardante il tasso di mora concerne una circostanza eventuale, per la quale valgono elementi di disincentivo al pagamento oltre ai termini temporali previsti ed elementi necessari di maggiorazione legati ai costi in capo alla banca. La clausola riguardante il tasso di mora è di conseguenza intrinsecamente “pericolosa” per la banca. Viene per forza di cose fissata con largo anticipo rispetto alla sua attivazione e in uno “spazio” compreso tra il tasso di decorrenza e il limite antiusura. È normale che il complesso di queste circostanze possa talvolta portare il costo del prestito oltre soglia. Si tratta di errori tecnici, più che di una intenzione di approfittare di una circostanza specifica per aumentare la redditività del finanziamento.

La soluzione, come definita con la sentenza della Corte di Cassazione, sarebbe adeguata rispetto al problema tecnico-finanziario, se venisse recepita dal legislatore. Se per legge si riconoscesse l’usuraietà del tasso di mora, ad esempio definendo un limite maggiorato rispetto alla soglia dei tassi di decorrenza oppure considerando l’insieme del periodo *pre* e *post* scadenza del finanziamento, la soluzione apparirebbe razionale, diretta ed efficace.

Sotto il profilo più strettamente giuridico, la pronuncia della Cassazione è coerente con il diritto *europolitano*⁵³: la giurisprudenza interna mostra di non percorrere vie isolate, ma s’insinua nel solco della disciplina pretoria sovranazionale, in una sincronia di livelli, interno ed internazionale, che recano la massima tutela per il contraente in posizione di debolezza.

⁵³ In particolar modo, lo sguardo degli Ermellini è stato rivolto alle Direttive e agli indirizzi interpretativi della Corte di Giustizia in materia di consumatori.



La co-programmazione tra politica e amministrazione. Teoria, prassi e nuove prospettive*

di Giammaria Gotti

Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale
Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa

Abstract [It]: Il presente lavoro si propone di studiare l'istituto della co-programmazione di cui all'art. 55 del Codice del Terzo settore (CTS) da una triplice prospettiva. La prima, teorica, intende approfondire la natura giuridica dell'istituto, attraverso un esame del suo fondamento costituzionale e normativo. La seconda, pratica, è diretta a verificare la "tenuta" concreta dell'istituto, specialmente alla luce delle più recenti esperienze sviluppatesi sul territorio. La terza, per così dire "evolutiva", è volta ad immaginarne le prospettive di sviluppo, con uno speciale occhio di riguardo all'Unione europea e alla progressiva affermazione a quel livello del principio di sussidiarietà orizzontale.

Title: Co-planning between policy and administration. Theory, practice and new perspectives

Abstract [En]: The purpose of this paper is to study the legal institution of *co-programmazione* under Article 55 of the Italian Third Sector Code (CTS) from three perspectives. The first, theoretical, aims to investigate its legal nature, through an examination of its constitutional and normative foundations. The second, practical, is aimed at verifying its concrete application by public authorities, especially in the light of the most recent experiences developed at local level. The third perspective is aimed at imagining its future developments, with a particular focus on the European Union and the progressive affirmation at that level of the principle of horizontal subsidiarity.

Parole chiave: co-programmazione; amministrazione condivisa; democrazia partecipativa; sussidiarietà orizzontale; enti locali

Keywords: participatory democracy; horizontal subsidiarity; local entities; shared administration; third sector

Sommario: **1.** Introduzione. **2.** La prospettiva teorica. **2.1** Il fondamento costituzionale tra principio partecipativo (artt. 2 e 3 Cost.) e sussidiarietà orizzontale (art. 118, ult. co., Cost.). **2.1.1** La complementarità tra democrazia partecipativa e amministrazione condivisa. **2.2** La normativa nazionale e regionale prima del Codice del Terzo settore. I "precedenti" della co-programmazione. **2.3** L'attuale fondamento normativo. L'art. 55 del Codice del Terzo settore. **2.4** Il ruolo degli enti locali. **2.5** Le novità nel nuovo Codice dei contratti pubblici. **3.** La prospettiva pratica. **3.1** Delimitazione dell'indagine. La Regione Toscana come "terra d'avanguardia" dell'amministrazione condivisa. **3.2** Il recepimento dei principi in materia di co-programmazione nell'ambito dell'autonomia regolamentare degli enti locali toscani. **3.3** Verso i regolamenti comunali per la co-programmazione ai sensi della LR Toscana n. 65/2020. **4.** La prospettiva evolutiva. **4.1** La forte promozione della democrazia partecipativa e la problematica configurazione del principio di sussidiarietà orizzontale nel diritto euro-unitario. **4.2** La "tolleranza" dell'Unione europea per l'amministrazione condivisa. Le "novità" del Piano d'azione europeo per l'economia sociale e della recente Raccomandazione sullo sviluppo delle condizioni quadro dell'economia sociale. **4.3** Una spinta e una frenata dall'Unione europea. **5.** Considerazioni conclusive.

* Articolo sottoposto a referaggio.

1. Introduzione

Il presente lavoro¹ si propone di studiare l'istituto della co-programmazione di cui all'art. 55 del Codice del Terzo settore (CTS) da una triplice prospettiva.

La prima, teorica, intende approfondire la natura giuridica dell'istituto, attraverso un esame del suo fondamento costituzionale e normativo, anche ponendolo in relazione con altri istituti già esistenti, contemplati dalla normativa nazionale e regionale. La seconda, pratica, è diretta a verificare la “tenuta” concreta dell'istituto, specialmente alla luce delle più recenti esperienze sviluppatesi sul territorio. Per motivi di spazio, non si poteva che optare per una delimitazione precisa del perimetro territoriale dell'indagine. Per questo, si è scelto di concentrare l'attenzione sulla Regione Toscana, da tempo “terra d'avanguardia” sul tema dei rapporti tra pubblica amministrazione e Terzo settore, come ben dimostrato dal fatto che tale Regione è stata la prima (e una delle poche) ad adottare una legge sulla promozione e il sostegno degli enti del Terzo settore (L.R. n. 65/2020). Si procederà quindi a verificare come l'istituto sia stato recepito nell'ambito dell'autonomia regolamentare degli enti locali di quella Regione. La terza prospettiva, per così dire “evolutiva”, è volta ad immaginare le prospettive di sviluppo dell'istituto, con uno speciale occhio di riguardo all'Unione europea e alla progressiva – seppur lenta – affermazione a quel livello del principio di sussidiarietà orizzontale. L'indagine, specialmente nella parte teorica e in quella cd. “evolutiva”, muoverà dall'esame dei principi costituzionali nazionali (ed europei) che hanno influenzato e continuano ad influenzare l'attuale disciplina normativa. L'istituto in esame, infatti, intercetta diversi temi di interesse costituzionalistico, dall'attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale allo sviluppo del principio partecipativo (art. 3, secondo comma, Cost.) attraverso l'affermazione della cd. democrazia partecipativa, così come la forte influenza dei principi “costituzionali” dell'Unione europea, quale quello di tutela della concorrenza e la sua difficile interazione con il principio di solidarietà.

L'adozione di questa triplice prospettiva aiuta a meglio comprendere e approfondire un punto centrale su cui questo lavoro intende soffermarsi, vale a dire la configurazione della *co-programmazione* tanto come mezzo di *democrazia partecipativa* - che aiuta nello sviluppo di un'efficace (e partecipata) politica pubblica del territorio - quanto come strumento di *amministrazione condivisa* della realtà territoriale, in attuazione del principio di *sussidiarietà orizzontale*. Un istituto, cioè, che si colloca tra politica e amministrazione, a metà strada tra la democrazia partecipativa e la sussidiarietà orizzontale, ove il Terzo settore diviene parte integrante non solamente del procedimento amministrativo, ma anche del processo decisionale politico

¹ Una prima versione del presente scritto è stata presentata dall'Autore in occasione della IV Conferenza annuale di ICON•S Italian Chapter, svoltasi presso l'Università Bocconi di Milano il 13-14 ottobre 2023, all'interno del panel «Le fondamenta costituzionali dell'amministrazione condivisa e le nuove modalità di collaborazione tra soggetti pubblici e privati: la sfida allo “sgretolamento delle formazioni sociali tradizionali”» presieduto dal prof. Luca Antonini, e in occasione del XVII Colloquio scientifico sull'impresa sociale, tenutosi presso l'Università degli studi di Perugia il 9-10 giugno 2023.

locale, rivelandosi insieme metodo politico-amministrativo capace di produrre progettualità sociale e strumento di rivitalizzazione della democrazia locale. Il citato aspetto testimonia il carattere “di confine” della co-programmazione: procedimento amministrativo (e quindi atto tecnico), ma al tempo stesso molto prossimo al momento della politica (nel senso di scelta valoriale orientata su priorità). Un esame attento, attraverso la triplice prospettiva sopra ricordata, aiuterà a meglio indagare tale carattere, gettando luce su un istituto che ormai si avvia a superare la sua fase di sperimentazione per integrarsi appieno all’interno dei meccanismi decisionali e dei procedimenti amministrativi italiani.

2. La prospettiva teorica

Questa prima sezione del lavoro intende indagare, da una prospettiva teorica, la natura giuridica dell’istituto in discorso.

La co-programmazione consiste, secondo la definizione fornita dal Codice del Terzo settore, nella “individuazione, da parte della pubblica amministrazione procedente, dei bisogni da soddisfare, degli interventi a tal fine necessari, delle modalità di realizzazione degli stessi e delle risorse disponibili” e costituisce una delle forme (insieme alla co-progettazione e all’accreditamento) attraverso cui si realizza quel “coinvolgimento attivo degli enti del Terzo settore” che le pubbliche amministrazioni devono assicurare “nell’esercizio delle proprie *funzioni di programmazione e organizzazione a livello territoriale degli interventi e dei servizi* nei settori di attività di cui all’articolo 5” del CTS. Come si nota, detto coinvolgimento attivo deve essere assicurato nell’esercizio delle funzioni di *programmazione* (oltre che di *organizzazione*²) di interventi e servizi. Può essere utile allora avviare la ricostruzione della natura dell’istituto proprio da qui, dalla menzionata attività di *programmazione*.

A tal fine, indispensabili sono gli studi di scienza dell’amministrazione, di scienza politica e di diritto amministrativo che hanno affrontato il tema. La programmazione può essere definita come “una prefigurazione del futuro”³. In linea molto generale, quindi, programmare significa dare un ordine alle cose, attraverso la previsione di possibili scenari futuri; in altre parole, gettare le base per decisioni future, “decidere sulle decisioni”⁴. Quest’ultima formula sta a significare che vengono prese decisioni secondo un certo disegno e che queste decisioni non esauriscono del tutto, dal punto di vista del suo contenuto,

² Per un approfondito esame sulla funzione di *organizzazione* della pubblica amministrazione, v. ad es. G. PALEOLOGO, *Organizzazione amministrativa*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXI, 1981, che peraltro rileva come “Dei vari possibili significati dell’espressione organizzazione amministrativa [sembra] giusto prescegliere, come più proprio, quello attinente al disegno ed alle caratteristiche delle figure soggettive di diritto pubblico e della struttura interna di esse, al regime d’incardinazione in tali strutture di agenti che prestano loro azione e volontà ed a quello dei rapporti fra tali agenti e gli enti d’appartenenza”, con l’esclusione di altri possibili contenuti del termine, come le “scelte dei vari tipi di possibili provvedimenti; in particolare, caratteristiche degli atti di piano, programma e direttiva”.

³ A. LIPPI - M. MORISI, *Scienza dell’amministrazione*, Bologna, il Mulino, 2005, p. 207.

⁴ Così M. CARABBA, *Programmazione* (voce), in *Dig. disc. pubbl.*, XII, Torino, Utet, 1997, p. 36: “programmare significa stabilire le premesse decisionali per decisioni future: più brevemente, pianificare significa decidere sulle decisioni”.

una successiva attività decisionale. La programmazione stabilisce quindi “le premesse decisionali di successive decisioni”, “struttura più o meno intensamente le successive situazioni decisionali, ma non anticipa le concrete decisioni sulle azioni da intraprendere...”⁵.

La programmazione, dunque, può essere considerata tanto come uno *strumento* o una *tecnica*⁶ dell’azione amministrativa per coordinare gli interventi pubblici⁷, quanto una vera e propria *attività* amministrativa, diretta ad individuare le specifiche azioni da realizzare per raggiungere obiettivi prefigurati e risultati attesi. L’esito della programmazione è quindi solitamente la definizione di documenti decisionali contenente determinate proposizioni che esprimono indirizzi volti a coordinare e orientare i soggetti pubblici o privati a cui si dirigono⁸. Se si accoglie questa ricostruzione, la programmazione ha allora dignità di vera e propria funzione amministrativa, molto vicina alla attività cd. di *indirizzo*⁹, specialmente quella di indirizzo politico-amministrativo¹⁰. Con le parole di Carabba, “se si fa riferimento alle definizioni elaborate dai giuristi di indirizzo politico, indirizzo politico-amministrativo e alta amministrazione, la programmazione si riferisce, o può riferirsi, a tutti e tre i momenti”¹¹. Per riassumere, dunque, l’attività di programmazione può essere considerata un modulo organizzativo della funzione di indirizzo politico-amministrativo, nella quale l’organo politico, a seguito dell’individuazione degli obiettivi strategici, le risorse ed i tempi occorrenti per il loro raggiungimento, rimette agli organi amministrativi la decisione in ordine alle modalità concrete di implementazione del programma¹².

Già da questa prima analisi volta a ricostruire l’esatta natura dell’attività programmatrice, emerge bene la vicinanza della programmazione al momento della politica. O meglio, si potrebbe dire che è proprio attraverso la programmazione che si passa dalla determinazione *politica* degli obiettivi al raggiungimento concreto dei risultati. È quindi l’attività che fa da cerniera tra il momento della politica e quello dell’amministrazione.

⁵ N. LUHMANN, *Stato di diritto e sistema sociale*, Napoli, 1978, p. 133.

⁶ Così M. S. GIANNINI, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, il Mulino, 1986, p. 130, secondo cui essa si sostanzia in una “tecnica dell’azione amministrativa di durata”.

⁷ Si v. per es. G. AMATO, *La programmazione come metodo dell’azione regionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1971, p. 413, secondo il quale la programmazione può essere considerata come una “tecnica della coerenza dell’azione pubblica, del coordinamento perciò degli interventi pubblici in vista della realizzazione dei fini prescelti”.

⁸ M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, II, pp. 803 ss.; S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, 1995, pp. 364 ss.

⁹ Riconduce il “programma” all’attività di indirizzo M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1966, p. 137.

¹⁰ Secondo M. S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981, pp. 607 e ss., la funzione di programmazione è inquadrabile all’interno della più ampia categoria concettuale delle funzioni di indirizzo e coordinamento.

¹¹ M. CARABBA, *Programmazione economica* (voce), in *Enc. Dir.*, 1987, p. 1131.

¹² M. D’ORSOGNA, *Programmazione strategica e attività decisionale della pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2001, p. 133, la quale afferma che “il termine “programmazione” vuole essere inteso come un modulo positivo di organizzazione delle funzioni pubbliche, e, in particolare, della funzione di indirizzo politico- amministrativo”.

Si può quindi con sicurezza affermare che la programmazione, per sua natura, “si colloca fra politica e amministrazione”¹³. Un’affermazione che coglie l’esatta fenomenologia della programmazione, “come prefigurazione - preordinazione dell’azione dei pubblici poteri in campo economico e sociale, inserita, com’è, all’interno delle modalità di governo della società industriale”: “rispetto alla tradizionale bipartizione (la politica come determinazione dei fini, l’amministrazione come attuazione; normazione - esecuzione; rappresentanza - burocrazia) la sequenza che caratterizza la programmazione come modo di agire dei pubblici poteri (obiettivi-modi e mezzi-controlli) certamente sottolinea la unità - continuità del processo decisionale, di attuazione, di gestione, di misura dei risultati”¹⁴.

La descritta natura dell’attività programmatica è stata tuttavia nel tempo profondamente influenzata dal progressivo affermarsi di due principi: quello di *partecipazione* e quello di *sussidiarietà*. L’esito più evidente di questo percorso di influenza può essere considerato senz’altro quella importante aggiunta, operata dal legislatore del 2017, del suffisso *co-* alla parola *programmazione*. Prima di esaminare però nel dettaglio le caratteristiche innovative di tale istituto, è utile ricostruire come quei principi (di partecipazione e di sussidiarietà) hanno nel tempo finito per “trasformare” la programmazione. Principi che oggi costituiscono senza dubbio il fondamento costituzionale della co-programmazione.

2.1. Il fondamento costituzionale, tra principio partecipativo (artt. 2 e 3 Cost.) e sussidiarietà orizzontale (art. 118, ult. co., Cost.)

La Costituzione italiana contiene una menzione puntuale della *partecipazione* nel contesto dell’art. 3, secondo comma, ove si lega il principio partecipativo a quello dell’uguaglianza sostanziale. Come magistralmente messo in evidenza da Atripaldi, il principio di partecipazione proclamato dall’art. 3, secondo comma, completa il quadro fisionomico del nuovo ordinamento, finalizzando il pieno sviluppo della persona all’accrescimento delle capacità e concrete possibilità di partecipare in modo effettivo alla vita politica, sociale ed economica del Paese¹⁵. Non è inoltre una coincidenza che i doveri inderogabili di solidarietà di cui all’art. 2 e il principio di partecipazione di cui all’art. 3 vengano riferiti ai medesimi ambiti (politico, economico e sociale). La partecipazione è infatti strettamente legata alla solidarietà di cui all’art. 2, in quanto fonte di “integrazione della persona nella vita dello Stato e della comunità sociale”, ove il cittadino non è mero destinatario dei vantaggi derivanti dall’azione dei pubblici poteri ma si configura

¹³ M. CARABBA, *Programmazione economica*, cit., pp. 1130 e ss.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ V. ATRIPALDI, *Contributo alla definizione del concetto di partecipazione nell’art. 3 della Costituzione*, in AA.VV., *Strutture di potere, democrazia e partecipazione*, Napoli 1974, p. 13.

quale vero e proprio “centro operante di questo processo di integrazione”¹⁶. Il dovere di solidarietà è quindi “dovere di *partecipare* alla creazione sociale”¹⁷.

È questa la base costituzionale per lo sviluppo della cd. democrazia partecipativa¹⁸, che già pochi anni dopo la Costituzione veniva definita come quel modello fondato sulla “partecipazione permanente di tutti i cittadini alla gestione della cosa pubblica”, capace di integrare (e non sostituire) i meccanismi della democrazia rappresentativa¹⁹. Questo modello avrà particolare fortuna in Italia dove, a partire dagli anni ‘60/’70, si assisterà ad un’esplosione di esperienze partecipative e all’affermazione di un “universo di nuove pratiche”, soprattutto tra espressioni dirette dei cittadini e della società e gli esecutivi (governi locali, in primo luogo, ma anche regionali)²⁰. Gli istituti della partecipazione hanno trovato poi un nuovo

¹⁶ G. M. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, Giuffrè, 1967, p. 51 e ss.

¹⁷ G. BERTI, *La responsabilità pubblica (Costituzione e amministrazione)*, Padova, Cedam, 1994, p. 357.

¹⁸ Si v., *ex multis*, U. ALLEGRETTI, *Democrazia partecipativa*, in *Enc. Dir.*, Annali IV, Milano, 2011. Cfr. P. L. ZAMPETTI, *L’art. 3 della Costituzione e il nuovo concetto di democrazia partecipativa*, in *Studi per il XX anniversario dell’Assemblea costituente*, II, Valecchi, Firenze, 1969, ora leggibile anche in ID., *Dallo Stato liberale allo Stato dei partiti. La rappresentanza politica*, III ed., Giuffrè, Milano, 1993, pp. 181 e ss.; M. NIGRO, *Il nodo della partecipazione*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, XXXIV, 1980, pp. 225-236; G. BERTI, *La parabola regionale dell’idea di partecipazione*, in *Le Regioni*, 1974. A dire la verità, con riferimento alla disposizione dell’art. 3, secondo comma, Cost. che ci interessa (“effettiva *partecipazione* di tutti i lavoratori all’organizzazione *politica*, economica e sociale del Paese”) non vi è stato mai accordo unanime su che cosa si sia voluto intendere per “partecipazione politica” (e come essa si distingua da quella economica e sociale), in cosa consista la “organizzazione” alla quale essa è indistintamente riferita, quale significato attribuire a “lavoratori”. Da un lato, si è arrivati a sostenere che l’art. 3.2 Cost. costituisce fondamento di un autonomo “principio di partecipazione”, attributivo di un vero e proprio “diritto politico” alla partecipazione (in questo senso, per es., U. ALLEGRETTI, *Democrazia partecipativa*, in *Enc. Dir.*, Annali IV, Milano, 2011, p. 318). Dall’altro, si è ricordato che l’art. 3.2 Cost. non individua un regime politico nuovo in contrasto con il regime rappresentativo, ma la partecipazione cui si fa riferimento è quella tutelata nell’ambito del quadro istituzionale delineato nel sistema normativo previsto dalla Costituzione (così per es. V. ATRIPALDI, *Contributo alla definizione del concetto di partecipazione nell’art. 3 della Costituzione*, in AA.VV., *Strutture di potere, democrazia e partecipazione*, Napoli 1974, p. 24). In generale, si può dire che si è prestata maggiore attenzione all’uguaglianza sostanziale, riducendo la partecipazione a un “riflesso automatico o a un corollario di quest’ultima” (così A. SAVIGNANO, *Partecipazione politica*, in *Enc. Dir.*, XXXII, 1982, p. 11).

¹⁹ P. L. ZAMPETTI, *L’art. 3 della Costituzione e il nuovo concetto di democrazia partecipativa*, in *Studi per il XX anniversario dell’Assemblea costituente*, II, Valecchi, Firenze, 1969, ora leggibile anche in ID., *Dallo Stato liberale allo Stato dei partiti. La rappresentanza politica*, III ed., Giuffrè, Milano, 1993, pp. 181 e ss. Pier Luigi Zampetti, interrogandosi su come modificare le strutture democratiche per renderle aderenti alle “trasformazioni sociali conseguenza dell’arricchimento dell’uomo nel mondo odierno”, aveva individuato nell’allora nuovo concetto di democrazia partecipativa una forma di democrazia in grado di integrare (e non sostituire) quella rappresentativa. L’originale ricostruzione di Zampetti si basava sulla distinzione tra individuo *uti singulus* e *uti socius*, tra “*unidimensionalità* dell’uomo” e “*pluridimensionalità*” dello stesso. Se nella democrazia rappresentativa l’esercizio del potere è demandato ai rappresentanti (con riferimento all’individuo *uti singulus* – uomo comune cittadino), nella democrazia partecipativa l’esercizio del potere è invece demandato agli stessi titolari (con riferimento all’individuo *uti socius* – uomo come soggetto privato). La democrazia partecipativa ha quindi un carattere pluridimensionale, ove *unidimensionalità* e *pluridimensionalità* si riferiscono a due diversi modi di concepire l’uomo: “come essere puramente tutelato, indipendentemente dalla sua attività privata, e come soggetto agente, visto in relazione al mondo concreto in cui opera”.

²⁰ Sulla nozione di democrazia partecipativa e per una ricognizione del suo sviluppo in Italia, si v., *ex multis*, U. ALLEGRETTI, *Democrazia partecipativa* cit., pp. 295 e ss.; U. ALLEGRETTI, *La democrazia partecipativa in Italia e in Europa*, in *Rivista AIC*, n. 1/2011, pp. 1 e ss.; E. ROSSI, *Le finalità e gli strumenti della democrazia partecipativa nell’ordinamento giuridico italiano*, in *Diritto e società*, n. 3/2016, pp. 493 e ss.; F. BORTOLOTTI – C. CORSI (a cura di), *La partecipazione politica e sociale tra crisi e innovazione. Il caso della Toscana*, Futura, Firenze, 2012; M. DELLA MORTE, *Rappresentanza vs. Partecipazione. L’equilibrio costituzionale e la sua crisi*, Franco Angeli, Milano, 2012; A. FLORIDIA, *Un’idea deliberativa della democrazia. Genealogia e principi*, il Mulino, Bologna, 2017; A. VALASTRO (a cura di), *Le regole della democrazia partecipativa*, Jovene, Napoli, 2010.

slancio con l'approvazione della l. 8 giugno 1990, n. 142 sulle autonomie locali²¹, nell'ambito della quale – come si avrà modo di vedere più avanti – si configurano forme partecipative che si caratterizzano per il fatto che l'amministrazione ingloba in sé organismi di formazione sociale varia che esercitano soprattutto una funzione propositiva e consultiva.

La pervasività del menzionato principio partecipativo non ha potuto poi che influire anche sull'attività più propriamente amministrativa, nell'ambito della quale, specialmente dopo l'approvazione della legge 241 del 1990, iniziano ad affermarsi appositi istituti partecipativi (Capo III)²². Questa idea negli anni si arricchisce e l'esigenza di massima partecipazione dei cittadini al procedimento amministrativo (*partecipazione amministrativa*) si affianca allo sviluppo dell'idea di *amministrazione condivisa*. Il presupposto da cui si muove è quello per cui i cittadini divengono “coamministratori”, come bene rilevava Feliciano Benvenuti²³. Uno dei massimi teorici dell'amministrazione condivisa, Gregorio Arena, la definiva “un modello di amministrazione che coinvolge i cittadini, che mettendo a disposizione le proprie risorse, collaborano con la pubblica amministrazione come soggetti attivi (co-amministratori) alla ideazione, alla programmazione, alla progettazione e all'esecuzione di interventi di interesse generale”²⁴. Se quindi nella partecipazione amministrativa l'*interesse pubblico* - di cui unica portatrice e interprete rimane la pubblica amministrazione - si alimenta grazie all'apporto dei privati, nell'amministrazione condivisa vi è un *interesse generale* al cui perseguimento collaborano cittadini e amministrazione²⁵. Nel modello dell'amministrazione condivisa, quindi, cittadini e amministrazioni condividono la stessa funzione amministrativa: i cittadini sono portatori non solo di bisogni, ma anche di capacità, competenze e risorse che possono essere condivise e messe a disposizione dell'interesse generale²⁶.

²¹ Sul tema, si v. per tutti E. CASETTA, *Brevi osservazioni sugli istituti di partecipazione previsti dalla legge sulle autonomie locali*, in AA. VV., *Studi in memoria di Franco Piga, I, Diritto costituzionale e amministrativo*, Milano, 1992, pp. 227 ss.

²² La letteratura è ovviamente molto ampia. Si v., *ex multis*, C.E. GALLO, *La partecipazione al procedimento*, in AA. VV., *Lezioni sul procedimento amministrativo*, Torino, 1992; F. LEDDA, *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Dir. amm.*, 1993. F. GIGLIONI – S. LARICCIA, *Partecipazione dei cittadini all'attività amministrativa*, in *Enc. Dir.*, agg. IV, 2000, pp. 943 e ss.; R. CARANTA – L. FERRARIS – S. RODRIQUEZ, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, II edizione, Giuffrè, 2005.

²³ F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Marsilio, Venezia, 1994.

²⁴ G. ARENA, *Introduzione all'amministrazione condivisa*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, n. 3-4/1997, p. 29.

²⁵ *Ivi*, p. 45: “mentre nella partecipazione amministrativa il cittadino diventa parte attiva del procedimento decisionale della pubblica amministrazione, in una situazione di amministrazione condivisa il cittadino diventa parte attiva nella soluzione del problema”.

²⁶ Per alcune riflessioni più recenti sul tema, si v. i contributi dedicati alla sussidiarietà orizzontale e all'amministrazione condivisa raccolti nel fascicolo F. FABRIZZI – A. POGGI – G. M. SALERNO (a cura di), *Ripensare il Titolo V a vent'anni dalla riforma del 2001*, in *Federalismi.it*, 20/2022, in particolare A. S. BRUNO, *Il territorio nelle politiche della sussidiarietà orizzontale: tra tentativi di “demarchia” e proposte europee per un approccio place based*, pp. 162 e ss.; C. CAVALLARO – L. GIACHI – F. PROIA, *Le amministrazioni alla prova dell'art. 118 c. 4 della Costituzione: prassi per un'amministrazione condivisa*, pp. 180 e ss.; F. GIGLIONI, *Consolidamento e futuro dell'amministrazione condivisa*, pp. 204 e ss.; e i contributi raccolti in G. ARENA – M. BOMBARDELLI (a cura di), *L'amministrazione condivisa*, Editoriale scientifica, 2022.

Queste elaborazioni teoriche vengono confermate a livello costituzionale nel 2001, con l'introduzione del principio di *sussidiarietà orizzontale*²⁷. I principi di partecipazione e di solidarietà di cui agli artt. 2 e 3 della Costituzione sono stati infatti particolarmente rafforzati a seguito dell'introduzione in Costituzione, nel 2001, del principio di sussidiarietà orizzontale (art. 118, quarto comma, Cost.). Con le parole della Corte costituzionale (sentenza n. 131/2020), l'art. 118, quarto comma, Cost. "ha esplicitato nel testo costituzionale le implicazioni di sistema derivanti dal riconoscimento della «profonda socialità» che connota la persona umana e della sua possibilità di realizzare una «azione positiva e responsabile» ...": "valorizzando l'originaria socialità dell'uomo, si è quindi voluto superare l'idea per cui solo l'azione del sistema pubblico è intrinsecamente idonea allo svolgimento di attività di interesse generale e si è riconosciuto che tali attività ben possono, invece, essere perseguite anche da una «autonoma iniziativa dei cittadini» che, in linea di continuità con quelle espressioni della società solidale, risulta ancora oggi fortemente radicata nel tessuto comunitario del nostro Paese"²⁸. Il percorso si è quindi concluso con il menzionato art. 55 CTS che, sempre secondo la sentenza 131/2020 citata, ha creato fra amministrazioni ed Enti del Terzo Settore "un canale di amministrazione condivisa alternativo a quello del profitto e del mercato".

In definitiva, la previsione di un dovere per Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni di favorire l'autonoma iniziativa dei cittadini nel perseguimento dell'interesse generale va ad affiancarsi all'obbligo posto in capo alla Repubblica di rimuovere gli ostacoli di cui all'art. 3, secondo comma, della Costituzione, rendendo ancora più esplicito che tra le responsabilità dei pubblici poteri vi è quella di creare le "pre-condizioni dell'esercizio da parte di privati di attività idonee a realizzare interessi generali", liberando le loro "potenzialità partecipative"²⁹. In altre parole, si può affermare oggi che "dentro la sussidiarietà orizzontale s'è andata ad annidare la più esigente e irriducibile delle spinte partecipative"³⁰.

²⁷ Sul principio di sussidiarietà orizzontale, *ex multis*, A. D'ATENA, *Il principio di sussidiarietà nella Costituzione italiana*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1997, pp. 603 ss.; G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. pubbl.*, 1, 2002, pp. 5 ss.; A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Diritto pubblico*, 2002, pp. 51 ss.; I. MASSA PINTO, *Il principio di sussidiarietà. Profili storici e costituzionali*, Napoli, 2003; G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118 u.c. della Costituzione*, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Berti*, Napoli, 2005, pp. 179 ss.; T.E. FROSINI, *Profili costituzionali della sussidiarietà in senso orizzontale*, in *Rivista Giuridica del Mezzogiorno*, 2000, 31.

²⁸ Su tale fondamentale sentenza si v., *ex multis*, E. ROSSI, *Il fondamento del Terzo settore è nella Costituzione. Prime osservazioni sulla sentenza n. 131 del 2020 della Corte costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 3, 2020, pp. 49-60; L. GORI, *Gli effetti giuridici a lungo "raggio" della sentenza 131/2020 della Corte Costituzionale*, in *Impresa sociale*, n. 3, 2020, pp. 88; G. ARENA, *L'amministrazione condivisa ed i suoi sviluppi nei rapporti con cittadini ed enti del Terzo settore*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 3, 2020, pp. 1449 ss.

²⁹ G. ARENA - G. COTTURRI, *Introduzione. Il "valore aggiunto" della cittadinanza attiva*, in ID. (a cura di), *Il valore aggiunto. Come la sussidiarietà può salvare l'Italia*, Carocci, Roma, 2010, p. 14.

³⁰ G. COTTURRI, *Novità e portata progressiva della sussidiarietà orizzontale nella Costituzione italiana*, in *Astrid Online*, p. 3.

2.1.1 La complementarità tra democrazia partecipativa e amministrazione condivisa

Come è stato autorevolmente osservato, l'attuazione della sussidiarietà orizzontale mediante la costruzione di alleanze efficaci tra amministrazioni e società civile, mediante cioè le esperienze di amministrazione condivisa, si traduce in un “nuovo modo di vivere la democrazia”, che avvia una “prassi inedita di esercizio della sovranità da parte dei cittadini”³¹. Come bene rileva Violini³², questo profilo emerge anche dalla *Carta della sussidiarietà*, approvata durante la *Prima Convenzione nazionale della sussidiarietà* (12 marzo 2004), nella quale si legge, all’art. 1: “La sussidiarietà orizzontale dà vita ad un modo nuovo di esercitare la sovranità popolare definito cittadinanza attiva, che completa ed integra le forme tradizionali della partecipazione politica e della partecipazione amministrativa”.

Si è quindi a ragione parlato di un rapporto di complementarità tra democrazia partecipativa e amministrazione condivisa, che non sarebbe poi altro che il rapporto di complementarità fra “partecipazione *nel decidere*” e “partecipazione *nel trovare soluzioni*”³³. Come chiaramente osservato da Valastro, “partecipazione e sussidiarietà costituiscono infatti un *continuum*, ponendosi a pieno titolo come strumenti di un metodo di governo fondato sulla costruzione condivisa della democrazia”³⁴.

Sempre Valastro sottolinea come “l’interlocuzione con i poteri pubblici acquisisce gli strumenti per attraversare le politiche pubbliche in tutte le loro fasi, dai processi decisionali alla loro attuazione concreta e di nuovo, grazie all’accrescimento del capitale sociale, verso nuove e più evolute capacità di ideazione”. Forme di “partecipazione al fare” che rappresentano quindi un completamento – ed anzi un vero e proprio alimento – per la “partecipazione al decidere”: “quest’ultima, infatti, più antica nella sua teorizzazione ma assai più affaticata da un’attuazione mai completamente realizzatasi ... solo nella fucina dell’impegno concreto per la soluzione di problemi comuni può formarsi e continuamente rinnovarsi”³⁵.

In definitiva,

“il modello dell’amministrazione condivisa e della sussidiarietà orizzontale può dunque rilanciare e alimentare quello della democrazia partecipativa, perché l’impegno concreto ... genera negli abitanti nuova consapevolezza e nuove capacità ... rendendoli interlocutori sempre più competenti anche nei processi decisionali”³⁶.

³¹ Così F. M. GIORDANO, *Introduzione*, in D. CIAFFI – F. M. GIORDANO (a cura di), *Storia, percorsi e politiche della sussidiarietà. Le nuove prospettive in Italia e in Europa*, Il Mulino, 2020, p. 22.

³² L. VIOLINI, *Sussidiarietà e poteri sostitutivi*, in *Enc. Dir.*, I Tematici, V – Potere e costituzione, 2023, p. 1191.

³³ Questo aspetto è messo bene in rilievo da A. VALASTRO, *La democrazia partecipativa alla prova dei territori: il ruolo delle amministrazioni locali nell’epoca delle fragilità*, in ID. (a cura di), *Le regole locali della democrazia partecipativa. Tendenze e prospettive dei regolamenti comunali*, Jovene editore, 2016, pp. 3 e ss., e ID., *La democrazia partecipativa alla prova dei territori: tendenze e prospettive dei regolamenti comunali*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2016, spec. pp. 13 e ss.

³⁴ A. VALASTRO, *La democrazia partecipativa*, cit., p. 29.

³⁵ *Ivi*, p. 30.

³⁶ *Ibidem*.

Tuttavia, rimane ben ferma la distinzione tra i due concetti. Come è stato efficacemente sottolineato³⁷, la partecipazione all'erogazione di servizi o alla gestione di un bene comune è cosa comunque diversa dalla partecipazione alla elaborazione di decisioni politiche. Se la sussidiarietà orizzontale rafforza la prospettiva di una partecipazione di stampo *amministrativo* permettendo all'autonoma iniziativa della società civile di farsi portatrice del cd. "interesse generale", la democrazia partecipativa rafforza una partecipazione di carattere più *politico*, intesa come coinvolgimento diretto di quelle forze sociali nella definizione dell'interesse pubblico da parte delle istituzioni politiche.

A tale distinzione può ricondursi anche quella tra Terzo settore "di servizi", inteso come produttore di servizi a vantaggio di terzi quale apporto originale al sistema di welfare (che rappresenta ancora oggi il suo principale ambito di sviluppo) e Terzo settore "di *advocacy*"³⁸, facendosi con tale termine riferimento al ruolo da esso assunto "nella dimensione della partecipazione all'elaborazione delle politiche pubbliche, e perciò nel più ampio contesto di quella che è definita la democrazia partecipativa", "nelle attività cioè di elaborazione delle decisioni riguardanti il perseguimento dell'interesse pubblico, siano esse di rilievo strategico complessivo ovvero connesse alla programmazione di un determinato e specifico intervento"³⁹. Pur tenendo a mente questa fondamentale distinzione, non v'è dubbio che la *co-programmazione*, per sua stessa natura, possa configurarsi allo stesso tempo come strumento di democrazia partecipativa e di amministrazione condivisa, caratterizzandosi chiaramente come istituto a metà tra politica e amministrazione.

2.2. La normativa nazionale e regionale prima del Codice del Terzo settore. I "precedenti" della co-programmazione

Prima di passare all'esame dell'istituto della co-programmazione di cui all'art. 55 del Codice del Terzo settore, può essere utile qualche notazione di contesto sulla partecipazione del cd. "privato sociale" alla determinazione e attuazione delle politiche pubbliche a livello locale e sulle diverse forme che nel tempo essa ha assunto.

Coma già si accennava sopra, il livello nel quale si è registrata un'ampia diffusione e sperimentazione di esperienze di democrazia partecipativa è senz'altro quello locale, ove tali esperienze si sono poste spesso in relazione con l'attività di organi esecutivi deputati alla cura dell'interesse generale (come la giunta comunale)⁴⁰. D'altronde, numerose sono oggi le disposizioni, anche costituzionali, in cui si può rinvenire

³⁷ E. ROSSI, *Le finalità e gli strumenti della democrazia partecipativa nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Diritto e società*, n. 3/2016, p. 495.

³⁸ P. CONSORTI – L. GORI – E. ROSSI, *Diritto del Terzo settore*, II edizione, il Mulino, 2021, p. 40.

³⁹ *Ivi*, p. 35.

⁴⁰ Si v. sul punto P. CONSORTI – L. GORI – E. ROSSI, *Diritto del Terzo settore*, cit., p. 35.

il fondamento normativo della partecipazione a livello locale (artt. 6 e 8 TUEL⁴¹; art. 4, comma 4, l. 131 del 2003, in attuazione dell'art. 117, sesto comma, Cost.⁴²), disposizioni che lasciano aperti “spazi normativi considerevoli attraverso i quali è possibile dar vita a percorsi innovativi, che trovano quindi nell'attuale quadro costituzionale un sicuro fondamento”⁴³.

L'esigenza di creare sempre più ampie occasioni di partecipazione della società civile alle decisioni dei pubblici poteri, specialmente per quanto riguarda le attività di pianificazione e di programmazione delle politiche di settore a livello locale, è ormai da tempo oggetto di attenzione⁴⁴. Fu per la prima volta la legge 8 giugno 1990, n. 142 (recante *Ordinamento delle autonomie locali*) a disporre che “i Comuni valorizzano le libere forme associative e promuovono *organismi di partecipazione dei cittadini all'amministrazione locale*”. Successivamente, l'art. 2 della legge 3 agosto 1999, n. 265 introdusse nell'art. 2 della legge 142 cit. un'importante disposizione, in base alla quale “i comuni e le province svolgono le loro funzioni *anche attraverso attività che possono essere adeguatamente esercitate dalla autonoma iniziativa dei cittadini e delle loro formazioni sociali*”⁴⁵.

Un ruolo di particolare rilievo venne poi riconosciuto dalla legge n. 328 del 2000 (*Legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali*), che aveva previsto che gli enti locali “provvedono, nell'ambito delle rispettive competenze, alla programmazione degli interventi e delle risorse del sistema integrato di interventi e servizi sociali” secondo i principi, tra l'altro, “di *concertazione e cooperazione* tra i diversi livelli istituzionali, tra questi ed i soggetti di cui all'articolo 1, comma 4” (organismi non lucrativi di utilità sociale, organismi della cooperazione, associazioni e enti di promozione sociale, fondazioni e enti di patronato, organizzazioni di volontariato, enti riconosciuti delle confessioni religiose). In particolare, l'art. 3 di tale legge immaginava una cd. *programmazione negoziata*, frutto di concertazione e cooperazione tra i diversi livelli istituzionali e i soggetti del cd. privato sociale⁴⁶.

⁴¹ In particolare, l'art. 8, co. 1: “I comuni, anche su base di quartiere o di frazione, valorizzano le libere forme associative e promuovono organismi di partecipazione popolare all'amministrazione locale”

⁴² Le disposizioni citate costituiscono il fondamento della potestà *regolamentare* degli enti locali. Sono, infatti, soprattutto i regolamenti locali a prevedere e disciplinare i diversi istituti di partecipazione previsti.

⁴³ E. ROSSI – P. ADDIS – F. BIONDI DAL MONTE – E. STRADELLA – E. VIVALDI, *Identità e rappresentanza del Terzo settore*, in S. ZAMAGNI (a cura di), *Libro bianco sul Terzo settore*, Bologna, 2011, p. 121.

⁴⁴ C. CITTADINO - C. BOVA - M. F. DE FORGELLINIS – A. FERRANTE, *La partecipazione alle attività di pianificazione e programmazione delle politiche di settore*, in C. CITTADINO (a cura di), *Dove lo Stato non arriva. Pubblica amministrazione e terzo settore*, Passigli, Firenze, 2008, pp. 155 ss. Sulle forme di coinvolgimento dei soggetti del TS previste a livello locale, si v. E. ROSSI ET AL., *Identità e rappresentanza*, cit., pp. 121 e ss.

⁴⁵ A tal proposito si era osservato che “il legislatore ha evidentemente voluto in tal modo fare assumere alla partecipazione una valenza anche “surrogatoria” dell'azione dell'ente locale, sullo sfondo (almeno così parrebbe) di un'accezione estensiva del principio di sussidiarietà”: così E. DE MARCO, *Comune* (voce), in *Enc. Dir.*, Aggiornamento IV, 2000, p. 275.

⁴⁶ La previsione non è andata esente da critiche, incentrate specialmente sul carattere settoriale delle forme di partecipazione previste (riservate quindi al settore delle politiche sociali) e sulla insufficiente garanzia della partecipazione del TS alla definizione delle politiche pubbliche. In particolare, si sottolineava il rischio che una simile partecipazione si prestasse facilmente a strumentalizzazioni finalizzate all'accaparramento del consenso, piuttosto che essere diretta a

Ad ogni modo, è da tale disposizione che si sono sviluppate le oramai collaudate esperienze – con specifico riguardo ai servizi sociali – della *pianificazione sociale di zona*, variamente denominata, regolata e declinata a livello territoriale. Per fare un esempio, la LR Toscana n. 41 del 2005 (*Sistema integrato di interventi e servizi per la tutela dei diritti di cittadinanza sociale*) prevede all’art. 17, co. 1, che “nel rispetto del principio della sussidiarietà, la Regione e gli enti locali riconoscono la rilevanza sociale dell’attività svolta dai soggetti del terzo settore e, nell’ambito delle risorse disponibili, promuovono azioni per il loro sostegno e qualificazione”. Lo stesso articolo, al co. 2, definisce i “soggetti del terzo settore” ai fini della presente legge⁴⁷, stabilendo poi, al co. 3, che tali soggetti “concorrono, secondo quanto previsto dagli articoli 28⁴⁸ e [29], ai processi di *programmazione* regionale e locale. Tali soggetti, ciascuno secondo le proprie specificità, partecipano altresì alla *progettazione, attuazione ed erogazione* degli interventi e dei servizi del sistema integrato ai sensi di quanto previsto dalla normativa vigente”. In particolare, l’art. 29 disciplina il *Piano di inclusione zonale* (PIZ) che, tra l’altro, si occupa di determinare, con riferimento alla funzione fondamentale in ambito sociale dei comuni e in conformità con le disposizioni del piano sanitario e sociale integrato regionale, le attività da perseguire tramite le reti di servizi e di welfare territoriale e gli obiettivi di servizio, ai fini di migliorare e consolidare le politiche sociali.

Per un altro esempio, la legge regionale Lombardia 12 marzo 2008, n. 3 (recante *Governo della rete degli interventi e dei servizi alla persona in ambito sociale*) stabilisce, all’art. 13, che i *comuni* sono titolari delle funzioni amministrative concernenti gli interventi sociali svolti a livello locale e, in particolare, *programmano* la rete locale delle unità d’offerta sociali “*anche promuovendo la partecipazione dei soggetti di cui all’articolo 3*” (vale a dire persone fisiche, le famiglie e i gruppi informali di reciproco aiuto e solidarietà; i soggetti del terzo settore, le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative e gli altri soggetti di diritto privato che operano in ambito sociale; gli enti riconosciuti delle confessioni religiose, con le quali lo Stato ha stipulato patti, accordi o intese, che operano in ambito sociale). L’art. 18 della stessa legge, inoltre, prevede che il “piano di zona è approvato o aggiornato dall’Assemblea distrettuale dei sindaci ... *secondo modalità che assicurano la*

garantire un coinvolgimento effettivo nell’elaborazione di quelle politiche. Sul punto criticamente E. ROSSI ET AL., *Identità e rappresentanza*, cit., pp. 124 ss.

⁴⁷ Le organizzazioni di volontariato; le associazioni e gli enti di promozione sociale; le cooperative sociali; le fondazioni; gli enti di patronato; gli enti ausiliari di cui alla legge regionale 11 agosto 1993, n. 54 (*Istituzione dell’albo regionale degli enti ausiliari che gestiscono sedi operative per la riabilitazione e il reinserimento dei soggetti tossicodipendenti. Criteri e procedure per l’iscrizione*); gli enti riconosciuti delle confessioni religiose con le quali lo Stato ha stipulato patti, accordi o intese; gli altri soggetti privati non a scopo di lucro.

⁴⁸ In particolare, l’art. 28 istituisce presso la Giunta regionale la commissione regionale per le politiche sociali, “composta da rappresentanti delle organizzazioni sindacali, delle categorie economiche, delle associazioni di rappresentanza e tutela degli utenti, delle organizzazioni del terzo settore, degli iscritti agli ordini e alle associazioni professionali”, che esercita “funzioni consultive e propositive per la Regione nelle materie di cui alla presente legge e promuove iniziative di conoscenza dei fenomeni sociali di interesse regionale”.

più ampia partecipazione degli organismi rappresentativi del terzo settore” (co. 4). E gli esempi potrebbero continuare con riferimento a tutte le altre Regioni.

Ai descritti procedimenti, che riguardano in maniera specifica il settore degli interventi e servizi sociali, si affianca il più generale impianto della programmazione delle autonomie locali⁴⁹, sia nella fase di costruzione delle politiche territoriali che nella fase di implementazione delle stesse attraverso i piani esecutivi di gestione (spec. artt. 46 e 170 del TUEL⁵⁰). Il ciclo di programmazione degli enti locali è caratterizzato, essenzialmente, da due importanti documenti: le *Linee programmatiche di mandato* (art. 46, comma 3, TUEL), presentate dal Sindaco ed approvate dal Consiglio comunale ad avvio del mandato, nel quale sono individuati le azioni e i progetti da realizzare nel corso del mandato stesso; il *Documento Unico di Programmazione - D.U.P.* (art. 170 TUEL), presentato dalla Giunta comunale ed approvato dal Consiglio comunale, che rappresenta l'atto amministrativo presupposto ed indispensabile per l'approvazione del bilancio di previsione e si compone di una *sezione strategica* (Se.S.), contenente gli indirizzi e gli obiettivi strategici del mandato e di una *sezione operativa* (Se.O.).

Ad ogni modo, la funzione che assolverebbe in tali contesti la *partecipazione* è quella di consentire l'acquisizione delle scelte più adeguate alla cura degli interessi generali, contribuendo allo stesso tempo a legittimare democraticamente le scelte stesse e ad accrescere il consenso intorno ad esse⁵¹. Come messo in evidenza dall'Agenzia per il Terzo settore nelle *Linee guida sulla definizione di criteri e di modelli per la partecipazione del Terzo settore alla determinazione delle politiche pubbliche a livello locale* del 2001, l'esigenza di detta partecipazione derivava dalla “crisi del sistema rappresentativo classico dovuta ad una serie di fattori quali la presenza di sistemi elettorali scarsamente rappresentativi, l'assenza di democraticità nelle modalità di selezione delle candidature, il conseguente indebolimento delle assemblee elettive”⁵². Da qui si poneva l'urgenza di garantire “una partecipazione effettiva, consapevole e costruttiva al *policy making* della società civile organizzata”⁵³.

È questo il contesto entro il quale si inserisce l'istituto della co-programmazione ex art. 55 CTS che, non a caso, precisa che i procedimenti codicistici di amministrazione condivisa debbano essere realizzati “nel rispetto delle norme che disciplinano specifici procedimenti ed in particolare di quelle relative alla

⁴⁹ Un approfondito esame degli istituti programmatori delle autonomie locali, e del loro rapporto con il “nuovo” istituto della co-programmazione ex art. 55 CTS, si può trovare in A. BONGINI – P. I. DI RAGO – S. SEMERARO – U. ZANDRINI, *La co-programmazione ex art. 55. Connessione e coordinamento con gli istituti programmatori delle autonomie locali*, in *Impresa Sociale*, n. 2/2021.

⁵⁰ A cui peraltro si potrebbero aggiungere gli artt. 147 e ss. TUEL sui *controlli interni*, l'art. 169 TUEL sul *Piano esecutivo di gestione*, e ancora l'art. 10 d.lgs. 150/2009 (Attuazione della Legge 4 marzo 2009, n. 15, in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni), sul *Piano della performance*.

⁵¹ P. PANTALONE, *Organizzazione dei servizi sociali e partecipazione. Profili generali e considerazioni specifiche relative al caso della metropoli milanese*, in *Il diritto dell'economia*, vol. 31, n. 95, 2018, pp. 47 e ss.

⁵² Il testo delle Linee guida è disponibile [qui](#). Si v., in particolare, p. 5.

⁵³ *Ivi*, p. 6.

programmazione sociale di zona”. Il rapporto tra il nuovo istituto previsto dal CTS e gli altri istituti programmatori sopra esaminati, tuttavia, non è stato del tutto chiarito dalla disciplina statale che ora esamineremo, lasciando quindi soprattutto agli enti locali il compito di chiarirlo e precisarlo, nell’ambito della propria autonomia regolamentare. È anche questo il senso del richiamo, da parte dell’art. 55 CTS, tra i principi a cui deve ispirarsi il coinvolgimento attivo degli ETS da parte delle PP.AA., della “autonomia organizzativa e regolamentare” degli enti locali.

2.3. L’attuale fondamento normativo. L’art. 55 del Codice del Terzo settore

Come noto, oggi il già citato art. 55 del CTS disciplina la collaborazione tra pubbliche amministrazioni e gli enti del Terzo settore prevedendo che le amministrazioni pubbliche “nell’esercizio delle proprie funzioni di programmazione e organizzazione a livello territoriale degli interventi e dei servizi nei settori di attività di interesse generale assicurano il *coinvolgimento attivo* degli enti del Terzo settore, attraverso forme di co-programmazione e co-progettazione e accreditamento”⁵⁴. In particolare, il secondo comma dell’art. 55 disciplina l’istituto della co-programmazione, prevedendo che essa “è finalizzata all’individuazione, da parte della pubblica amministrazione procedente, dei bisogni da soddisfare, degli interventi a tal fine necessari, delle modalità di realizzazione degli stessi e delle risorse disponibili”.

La previsione rappresenta l’evoluzione di quanto era già stato previsto dal d.P.C.M. 30 marzo 2001 (*Atto di indirizzo e coordinamento sui sistemi di affidamento dei servizi alla persona ai sensi dell’art. 5 della l. 8 novembre 2000, n. 328*), che aveva evidenziato la necessità per le Regioni di prevedere il ricorso ad “adeguati processi di *consultazione*” con i soggetti del Terzo settore e con i loro organismi rappresentativi “riconosciuti come parte sociale” (art. 1, comma 2, lett. e)⁵⁵. In dottrina⁵⁶ si era infatti da tempo messa in evidenza la necessità di predisporre una serie di interventi positivi da parte delle istituzioni volti ad assicurare “le condizioni materiali” della partecipazione del privato sociale ai procedimenti amministrativi, specie in quelli di programmazione, data la difficoltà di continuare a procedere “in assenza di specifiche regole che stabiliscano obblighi in capo ai soggetti pubblici, specifiche procedure, garanzie”⁵⁷.

Un aspetto veramente innovativo è il fatto che la co-programmazione ex art. 55 CTS non sia più, come in passato, esclusivamente prevista con riferimento all’elaborazione del piano di zona dei servizi sociali

⁵⁴ Sul tema, in dottrina, *ex multis*, si v. E. FREDIANI, *La coprogettazione dei servizi sociali*, Torino, Giappichelli, 2021; A. FICI – L. GALLO – F. GIGLIONI (a cura di), *I rapporti fra pubbliche amministrazioni ed enti del terzo settore*, Napoli, Editoriale scientifica, 2020; S. PELLIZZARI – A. MAGLIARI (a cura di), *Pubblica amministrazione e Terzo settore. Confini e potenzialità dei nuovi strumenti di collaborazione e sostegno pubblico*, Napoli, Editoriale scientifica, 2019.

⁵⁵ Come ricordato da L. GORI, *Terzo settore e Costituzione*, Giappichelli, Torino, 2022, p. 212.

⁵⁶ Ad es. A. VALASTRO, *La democrazia partecipativa alla prova dei territori*, cit., p. 12.

⁵⁷ Fermo restando che, come messo in evidenza da L. GILI, *Il Codice del Terzo settore ed i rapporti collaborativi con la P.A.*, in *Urbanistica e Appalti*, n. 1/2018, p. 3, la co-programmazione “è intesa come forma di coinvolgimento degli enti del Terzo settore in termini non co-decisorii ma più squisitamente partecipativi”.

(come lo era con la legge n. 328/2000), ma venga oggi estesa a tutti gli ambiti di attività di interesse generale di cui all'art. 5 CTS⁵⁸. Si può quindi affermare che “i commi 1 e 2 dell'art. 55 CTS sviluppano [la] prospettiva di relazione tra sfera pubblica e sfera privata nell'esercizio delle funzioni di programmazione e organizzazione a livello territoriale degli interventi e dei servizi sociali, estendendola però all'intera gamma delle attività di interesse generale. Ciò comporta l'adozione di un *metodo* e di un *procedimento* di co-programmazione anche in settori che, attualmente, ne sono privi o che, comunque, non possono vantare un'esperienza storica così ampia e diffusa come quella dei servizi sociali. Si configura, in questo modo, un ampliamento della sfera di operatività del modello della programmazione partecipata, andando a ricomprendervi un insieme di attività di interesse generale, senza dubbio connesse alla sfera sociale, ma che va ben oltre il semplice riferimento ad interventi e servizi sociali”⁵⁹.

Come è stato osservato in dottrina, ciò “dovrebbe indurre le amministrazioni pubbliche a ripensare la competenza istituzionale a tenere i rapporti con il TS, che tradizionalmente viene delegata all'assessore ai servizi sociali”⁶⁰. A tal proposito può essere importante ricordare che anche le *Linee guida sulla definizione di criteri e di modelli per la partecipazione del TS alla determinazione delle politiche pubbliche a livello locale* dell'Agenzia per il Terzo settore avevano auspicato che a tenere i rapporti con il Terzo settore fosse “una sede centrale di coordinamento a competenza trasversale. In altri termini, se il Terzo settore è un soggetto politico di interlocuzione generale, esso deve interfacciarsi con un unico ufficio, che deve far capo a chi ha la funzione di coordinamento dell'amministrazione”⁶¹, come ad esempio l'ufficio del Sindaco.

Come chiarito dalle *Linee guida* adottate dal Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali con lo scopo di offrire un quadro condiviso di analisi degli articoli 55 e ss. del CTS e di supportare gli enti pubblici nella loro concreta applicazione (D.M. n. 72/2021), la co-programmazione si sostanzia in un'istruttoria partecipata e condivisa, nella quale il quadro di conoscenza e di rappresentazione delle possibili azioni da intraprendere è il portato della collaborazione di tutti i partecipanti al procedimento. I vantaggi concreti della co-programmazione sono quelli di promuovere la costruzione sul territorio di una rete capillare di vicinanza e solidarietà, sensibile in tempo reale alle esigenze che provengono dal tessuto sociale, (...) in grado di mettere a disposizione dell'ente pubblico sia preziosi dati informativi (altrimenti conseguibili in tempi più lunghi e con costi organizzativi a proprio carico), sia un'importante capacità organizzativa e di intervento⁶².

⁵⁸ P. CONSORTI – E. ROSSI – L. GORI, *Diritto del Terzo settore*, cit., p. 160.

⁵⁹ L. GORI, *Terzo settore e Costituzione*, cit., p. 213.

⁶⁰ P. CONSORTI – L. GORI – E. ROSSI, *Diritto del Terzo settore*, cit., p. 160.

⁶¹ Così le *Linee guida* citate *supra*, p. 10.

⁶² Ministero del lavoro e delle politiche sociali, DM 72/2021, *Linee guida sul rapporto tra pubbliche amministrazioni ed enti del Terzo settore negli art. 55-57 del d.lgs. n.117/2017 (Codice del Terzo settore)*, p. 8.

In dottrina si è infatti sottolineato come la co-programmazione sia “la *precondizione* affinché i successivi interventi e progetti risultino in linea con i principi enunciati dall’art. 55, comma 1. La co-programmazione rappresenta un terreno specifico di attività degli enti del Terzo settore, la cui posizione, all’interno dell’ordinamento, non è esclusivamente limitata allo svolgimento di attività *in concreto*, bensì è valorizzata dalla capacità di offrire alla P.A. una “rappresentazione” dei bisogni e delle esigenze di una comunità”⁶³. Secondo la sentenza n. 131 del 2020 della Corte costituzionale, ciò si sostanzia in “una delle più significative attuazioni del principio di sussidiarietà orizzontale valorizzato dall’art. 118, quarto comma, Cost.”, un originale canale di “amministrazione condivisa ... scandito per la prima volta in termini generali [come] una vera e propria procedimentalizzazione dell’azione sussidiaria”. Agli ETS è così “riconosciuta una specifica attitudine a partecipare insieme ai soggetti pubblici alla realizzazione dell’interesse generale”.

Si è peraltro affermato che la disciplina del Codice è orientata verso un modello di partecipazione che non è limitato alla *mera consultazione* degli ETS⁶⁴, ma che adotta un vero e proprio *metodo deliberativo*, fondato su uno “scambio di informazioni e di argomenti confortati da ragioni” e mirante “alla elaborazione di posizioni comuni per mezzo della discussione pubblica tra i soggetti”⁶⁵. Già in passato, infatti, si era sottolineato che “la deliberazione è qualcosa di più della consultazione dei soggetti che rappresentano interessi “propri”, mirando alla elaborazione di posizioni comuni per mezzo della discussione pubblica tra i soggetti”. Il metodo deliberativo sarebbe quello “più pertinente alla natura e alla *mission* del TS, perché presuppone che le parti che partecipano alla discussione siano mosse dalla volontà di addivenire a soluzioni condivise”, contribuendo così a “dotare di maggiore effettività la partecipazione alla determinazione delle politiche pubbliche da parte di soggetti esclusi dal tradizionale circuito della rappresentanza politica”⁶⁶.

2.4. Il ruolo degli enti locali

Occorre poi fare un cenno all’importante ruolo degli enti locali rispetto al nuovo istituto della co-programmazione. Per fare questo, occorre notare che la disciplina dettata dall’art. 55 CTS rimane alquanto

⁶³ L. GORI, *Terzo settore e Costituzione*, cit., p. 211. Se quindi dovessimo riassumere brevemente i punti di forza della “nuova” co-programmazione, potremmo dire che essi risiedono essenzialmente nella sua flessibilità nell’articolazione del procedimento amministrativo: tutte le PA sono chiamate ad impegnarsi in essa, tutti gli ambiti di attività di interesse generale sono interessati, tutti gli ETS possono essere coinvolti e chiederne l’attivazione. La capacità della co-programmazione di adattarsi, dunque, ai temi e alle questioni più disparate.

⁶⁴ Si è anzi detto che essa rappresenta una delle più recenti evoluzioni in tema di tecniche di partecipazione all’attività amministrativa, configurandosi come partecipazione “precoce”, “un contraddittorio che si instaura *usque ab initio*”. Così L. GORI, *Terzo settore e Costituzione*, cit., p. 213. Sul punto si v. anche E. FREDIANI, *I rapporti con la pubblica amministrazione alla luce dell’art. 55 del codice del Terzo settore*, in *Non Profit*, 1, 2017, p. 163.

⁶⁵ G. LEONDI, *Riforma del Terzo settore e autonomie locali*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 46.

⁶⁶ E. ROSSI ET AL., *Identità e rappresentanza*, cit., p. 127.

generica sotto alcuni profili, per esempio su quale debba essere lo svolgimento in concreto del “coinvolgimento attivo” o su quali siano i criteri per l’individuazione, da parte della pubblica amministrazione, dei soggetti con cui svolgere attività di co-programmazione. La norma si limita infatti a prevedere che le forme di co-programmazione attraverso cui assicurare il coinvolgimento attivo degli enti del Terzo settore siano poste in essere “nel rispetto dei principi della legge 7 agosto 1990, n. 241, nonché delle norme che disciplinano specifici procedimenti ed in particolare di quelle relative alla programmazione sociale di zona”.

La genericità della disciplina dettata dall’art. 55 CTS, se da un lato potrebbe apparire criticabile, lascia dall’altro un’ampia discrezionalità alle pubbliche amministrazioni⁶⁷, consentendo così, per esempio, l’intervento delle fonti locali in funzione integrativa. Non sembra infatti che si possa ragionevolmente negare che gli enti locali abbiano la competenza a dare attuazione a tali disposizioni legislative. In dottrina si è infatti messo in evidenza come gli enti locali abbiano sviluppato una “significativa capacità di disciplinare, con proprio regolamento, alcuni istituti innovativi”, così che “non sembrano esservi ostacoli a che la fonte comunale dia attuazione, nell’ambito della propria competenza, all’art. 55 del Codice in tema di coinvolgimento degli ETS attraverso forme di co-programmazione e co-progettazione, specialmente laddove il legislatore statale e quello regionale omettano di dettare una disciplina più completa ed organica, giocando, in tal senso, ancora una volta, ruolo di “volano” dell’innovazione”⁶⁸.

Sono quindi anzitutto i *regolamenti degli enti locali* – che, come noto, hanno oggi copertura a livello costituzionale (art. 117, sesto comma, Cost.) – a poter disciplinare e sperimentare forme innovative di collaborazione⁶⁹. Lo chiarisce lo stesso art. 55 CTS, richiamando espressamente i principi della “autonomia organizzativa e regolamentare” locale⁷⁰. Con riferimento a queste forme innovative, si è parlato di “diritto pubblico informale”, in quanto esse, non spesso inquadrabili e riconducibili a norme di fonte legislativa, trovano il proprio riconoscimento giuridico nella disciplina offerta da norme

⁶⁷ Come messo in rilievo da L. GORI, *Terzo settore e Costituzione*, cit., p. 214: “non può essere sottovalutata la circostanza che l’art. 55, commi 1 e 2, CTS, in realtà, rappresenti una sorta di “scheletro normativo” che ciascuna pubblica amministrazione procedente, nei limiti dei propri poteri e attribuzioni, è chiamata ad integrare definendo proprie modalità, procedimenti ed effetti”. Lo stesso A. prosegue osservando che, se si ragionasse diversamente, “risulterebbe assai difficile immaginare una sorta di procedimento del tutto astratto rispetto al contesto territoriale, slegato dall’attività di interesse generale che ne è oggetto e dai nessi che si intendono creare fra tale co-programmazione e le successive fasi di co-progettazione”, e che quindi “pare ammissibile, in linea generale, che Regioni ed enti locali ... possano dettare proprie norme al fine di integrare quanto previsto dal legislatore all’art. 55 CTS”.

⁶⁸ *Ivi*, p. 321.

⁶⁹ L. GORI, *Il sistema delle fonti nel diritto del Terzo settore*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2018, p. 47, secondo cui l’ambito naturale delle fonti locali è rappresentato proprio dalla “promozione delle attività e delle finalità del TS, riconoscendo per prime – come fonti dotate di maggiore prossimità rispetto ai fenomeni sociali – nuove istanze che chiedono di essere qualificate, disciplinate e promosse”.

⁷⁰ Come rilevato da A. BONGINI – P. I. DI RAGO – S. SEMERARO – U. ZANDRINI, *La co-programmazione ex art. 55*, cit., p. 51: “tale principio costituisce lo snodo della costruzione del procedimento di co-programmazione perché attribuisce all’Ente Locale la potestà di intervenire a regolamentare la disciplina della co-programmazione territoriale, negli ambiti previsti dall’articolo 5 e per le loro competenze amministrative”.

comunali⁷¹. Proprio con riferimento al recente modello di amministrazione condivisa e grazie agli spazi lasciati aperti per gli enti locali, si iniziano a registrare alcuni regolamenti locali volti a disciplinare nel dettaglio le forme di collaborazione con il Terzo settore⁷². Sul punto si tornerà, nel dettaglio, più avanti. In definitiva, con le parole di Gori, “questa matrice *dal basso* rappresenta il ‘cuore’ giuridico e politico del cambiamento di paradigma in attuazione dell’art. 118 u.c. Cost: una innovazione creata principalmente nei *laboratori periferici* dei Comuni”⁷³. Inoltre, i Comuni non solo rientrano certamente tra le amministrazioni pubbliche alle quali si riferiscono le norme del CTS sulla *amministrazione condivisa*, ma costituiscono “i primi e i più immediati interlocutori” degli ETS⁷⁴. Non v’è poi dubbio che la *democrazia partecipativa*, se è certamente considerata paradigma di buon governo per tutti i livelli dei poteri pubblici, è proprio con riferimento ai Comuni che la sua concreta applicazione trova “una qualche giustificazione maggiormente cogente”⁷⁵. Il livello comunale è infatti quello in cui meglio si realizza l’identificazione tra livello istituzionale e comunità in esso insediata. Questa immedesimazione fra istituzione e comunità ha giustamente portato ad affermare che non si può pensare di “staccare il Comune, la sua organizzazione, il modo di svolgere le sue funzioni dalla sussistenza e operatività della sua comunità di riferimento” e che il principio partecipativo “di interazione effettiva e piena tra istituzioni e società appartiene alla natura focale del Comune come ente di base”⁷⁶.

Il contesto locale rimane quindi un punto di sguardo privilegiato⁷⁷. Come di recente si è detto, “saremmo di fronte alla rivincita dei territori fisici e delle loro rispettive comunità”⁷⁸, secondo “un paradigma dell’autonomia tutt’altro che banale, sostenuto da una potente narrazione sulle magnifiche e progressive sorti del policentrismo della “società aperta” e, sul piano strettamente giuridico, sull’ascesa del principio di sussidiarietà al cielo dei principi fondamentali della Costituzione”⁷⁹.

⁷¹ F. GIGLIONI, *Il diritto pubblico informale alla base della riscoperta delle città come ordinamento giuridico*, in *Riv. giur. ed.*, 2018, II, p. 3 e ss.

⁷² A. VALASTRO, *La democrazia partecipativa*, cit., pp. 21 e 27, ove si nota che oggi “è in atto una seconda stagione, animata e stimolata dai grandi mutamenti sociali e istituzionali intervenuti nel frattempo e - soprattutto - dalla rinnovata spinta partecipativa e solidaristica che le nuove crisi hanno impresso alle comunità locali” e che i “regolamenti, ancora pochi perché legati all’evoluzione assai recente del modello dell’amministrazione condivisa, sono tuttavia molto significativi perché costituiscono i primi tentativi di rendere effettivamente complementari i due modelli e le due facce della partecipazione. In alcuni casi ci si limita ad affiancare la previsione degli istituti di democrazia partecipativa e di amministrazione condivisa all’interno dello stesso regolamento, che assurge così a vera normativa-quadro della partecipazione collaborativa tout court; in altri casi gli organismi della partecipazione organica vengono ripensati come luoghi non solo del proporre ma anche «del fare e dell’agire»”.

⁷³ L. GORI, *La riforma del Terzo settore e gli spazi di autonomia regionale*, in *Politiche sociali*, n. 2/2019, pp. 326-327.

⁷⁴ G. LEONDINI, *Riforma del Terzo settore e autonomie locali*, cit., p. 151.

⁷⁵ U. ALLEGRETTI, *Modelli di partecipazione e governance territoriale. Prospettive per i processi partecipativi nei comuni “dopo” le circoscrizioni*, in *Istituzioni del federalismo*, n. 2/2011, p. 205.

⁷⁶ *Ivi*, p. 207.

⁷⁷ Sul tema, si v. recentemente l’approfondita analisi di A. ARCURI, *La dimensione territoriale dell’amministrazione condivisa: i casi del Comune di Bologna e della Regione Toscana*, in *Istituzioni del federalismo*, n. 3/2022.

⁷⁸ I. MASSA PINTO, *Territorio e potere*, in *Enc. Dir.*, I Tematici, V – Potere e costituzione, 2023, p. 1224.

⁷⁹ A. CANTARO, *I modelli: autonomia e autodeterminazione nelle vicende del costituzionalismo*, in *Rivista AIC*, n. 3/2019, p. 19.

2.5. Le novità nel nuovo Codice dei contratti pubblici

Occorre ricordare a questo punto dell'indagine un recente intervento normativo del legislatore nazionale, che ha interessato direttamente la materia che ci occupa. Si tratta del nuovo Codice dei contratti pubblici, in particolare l'art. 6 del d.lgs n. 36/2023, in base al quale

“in attuazione dei principi di solidarietà sociale e di sussidiarietà orizzontale, la pubblica amministrazione può apprestare, in relazione ad attività a spiccata valenza sociale, modelli organizzativi di amministrazione condivisa, privi di rapporti sinallagmatici, fondati sulla condivisione della funzione amministrativa con gli enti del Terzo settore di cui al codice del Terzo settore di cui al decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117, sempre che gli stessi contribuiscano al perseguimento delle finalità sociali in condizioni di pari trattamento, in modo effettivo e trasparente e in base al principio del risultato. Non rientrano nel campo di applicazione del presente codice gli istituti disciplinati dal Titolo VII del codice del Terzo settore, di cui al decreto legislativo n. 117 del 2017”.

Dalla lettura della norma, si comprende come il legislatore abbia voluto definire un ambito di rapporti collaborativi fra PA e Terzo settore *più ampio* rispetto a quella fino ad oggi disciplinato dal Codice del Terzo settore. Come è stato osservato, si potrebbe dire che “il legislatore si sia mosso secondo una prospettiva a *cerchi concentrici*”⁸⁰. C'è anzitutto un cerchio più largo – quello dell'amministrazione condivisa “in senso ampio”, definita nel primo periodo della norma –, in base al quale la pubblica amministrazione e gli enti del Terzo settore possono apprestare modelli organizzativi di amministrazione condivisa, le cui caratteristiche siano rispondenti ai requisiti stabiliti dall'art. 6 citato. Dentro questo cerchio più ampio, poi, vi è il sottoinsieme costituito dagli istituti della co-programmazione, della co-progettazione e dell'accreditamento di cui al CTS. In altre parole, l'amministrazione condivisa non si esaurisce negli istituti disciplinati dal CTS. Le pubbliche amministrazioni possono invece promuovere esperienze e modelli ulteriori di amministrazione condivisa, purché rispondano ai requisiti fissati dall'art. 6 del nuovo Codice dei contratti.

Nell'attesa di verificare come le amministrazioni daranno attuazione a tale nuova, innovativa disposizione, non v'è dubbio che possano essere anzitutto gli enti locali, nell'ambito della propria autonomia regolamentare, a sperimentare queste nuove forme ed esperienze di condivisione della funzione amministrativa.

⁸⁰ Così L. GORI, *Come il Codice dei contratti pubblici riconosce il rapporto con il Terzo settore*, in *Cantiereterzosettore.it*, 16 maggio 2023, a cui si rinvia per un puntuale commento su tutti gli aspetti rilevanti considerati dalla norma. Si v. anche F. GIGLIONI, *L'amministrazione condivisa nel nuovo codice dei contratti pubblici*, 17 aprile 2023, in [Labsus.org](https://www.labsus.org).

3. La prospettiva pratica

Un recente studio⁸¹, che ha tentato di raccogliere tutti gli avvisi di co-programmazione e co-progettazione sinora pubblicati dalle pubbliche amministrazioni, ha dimostrato che “dal dataset emerge che, quanto al tipo di procedimenti attivati, gli avvisi censiti fanno riferimento nella stragrande maggioranza dei casi (il 92,7% del totale) a procedimenti di co-progettazione. Al contrario, i procedimenti di co-programmazione ... rimangono al di sotto del 10% e si concentrano quasi interamente nel 2021 e nel 2022”⁸². Inoltre, a conferma anche di quanto rilevato sopra, si sottolinea che “in circa il 70% degli avvisi inclusi nel dataset, l’amministrazione procedente è il Comune”⁸³.

Si tratta ora, quindi, di adottare una prospettiva più pratica, al fine di tracciare alcune linee di tendenza dell’applicazione concreta della co-programmazione, verificando se e come l’istituto in discorso sia stato recepito dalle pubbliche amministrazioni. Una simile indagine è particolarmente utile se si vuole misurare non solo se e come la co-programmazione sia stata accolta a livello locale, ma anche per comprendere la configurazione che questa potrebbe assumere di qui ai prossimi anni⁸⁴. Come si diceva, infatti, è proprio dentro i *laboratori periferici* dei Comuni che è possibile misurare con maggior precisione la riuscita delle nuove pratiche collaborative.

3.1. Delimitazione dell’indagine. La Regione Toscana come “terra d’avanguardia” dell’amministrazione condivisa

Come si anticipava, la scelta è stata quella di delimitare l’analisi dal punto di vista geografico, in modo tale da meglio concentrarsi su una specifica esperienza regionale e individuare così con maggiore precisione aspetti di successo e punti critici di una prima applicazione dell’istituto sul territorio. Si è scelto quindi di concentrare l’attenzione sulla Regione Toscana, da sempre considerata una “terra d’avanguardia” per la promozione e il sostegno del Terzo settore e per lo sviluppo di pratiche collaborative tra pubblico e privato sociale⁸⁵.

⁸¹ P. VESAN – F. RAZETTI – M. PAPA, *L’amministrazione condivisa e l’“effetto di sistema”: prime valutazioni*, in *Impresa sociale*, 2/2023, che restituisce i risultati preliminari di un progetto di ricerca in corso di realizzazione da parte di ricercatori dell’Università della Valle d’Aosta e di uno studio realizzato in collaborazione con il Forum Nazionale del Terzo Settore, che ha condotto un’ampia indagine ricostruendo un ampio repertorio di avvisi di co-programmazione e co-progettazione pubblicati sino ad oggi.

⁸² *Ivi*, p. 90.

⁸³ *Ivi*, p. 91.

⁸⁴ Una prima e parziale rassegna dei risultati della presente indagine si può leggere anche in G. GOTTLI, *Co-programmazione e autonomia regolamentare dei Comuni. Riflessioni alla luce di alcune recenti esperienze toscane*, in *Impresa sociale*, n. 3/2023, pp. 30 e ss.

⁸⁵ Da segnalare che di recente anche le Regioni Emilia-Romagna (LR 13 aprile 2023, n. 3, *Norme per la promozione ed il sostegno del Terzo settore, dell’amministrazione condivisa e della cittadinanza attiva*), Umbria (LR 6 marzo 2023, n. 2, *Disposizioni in materia di amministrazione condivisa*) e Molise (LR 7 ottobre 2022, n. 21, *Disciplina del terzo settore*) hanno seguito l’esempio toscano (LR 22 luglio 2020, n. 65, *Norme di sostegno e promozione degli enti del Terzo settore toscano*) e sono intervenute a disciplinare con legge la materia in maniera più o meno organica. Per un commento, si rinvia a L. GORI, *Amministrazione*

Già nel 2018, infatti, la Regione Toscana, con la LR 31 ottobre 2018 n. 58 (*Norme per la cooperazione sociale in Toscana*) aveva recepito l'istituto codicistico in esame. All'art. 14, la legge statuisce un impegno della Regione a favorire il coinvolgimento degli ETS anche attraverso lo strumento della co-programmazione. Si stabilisce poi che, attraverso quest'ultima, "oltre a quanto previsto dall'art. 55, comma 2, del d.lgs. 117/2017, vengono rilevati i bisogni della comunità di riferimento, le possibili azioni, risorse, tempi e modalità di coinvolgimento delle cooperative sociali e degli altri enti del terzo settore". Inoltre, "la co-programmazione della Regione" deve avvenire "secondo quanto previsto dall'articolo 2", nel rispetto cioè dei preesistenti strumenti di programmazione regionale. Questi sono gli strumenti di programmazione di cui alla legge regionale 7 gennaio 2015, n. 1 (*Disposizioni in materia di programmazione economica e finanziaria regionale e relative procedure contabili*)⁸⁶, che definiscono le modalità della partecipazione delle cooperative sociali al perseguimento delle finalità di sviluppo della Regione; le già citate forme previste dagli artt. 26 e 27 della LR n. 41/2005 e quelle di cui all'art. 15 della LR 24 febbraio 2005, n. 40 (*Disciplina del sistema sanitario regionale*)⁸⁷. Infine, si stabilisce che "gli enti locali, singoli o associati, e le aziende pubbliche di servizi alla persona possono disciplinare il procedimento di co-programmazione nel rispetto del principio di autonomia organizzativa e regolamentare e garantendo il rispetto dei principi di trasparenza, pubblicità, concorrenza e giusto procedimento".

La scelta del 2018 è stata poi riproposta - estesa a tutti gli ETS ai sensi dell'art. 4 CTS, a tutte le pubbliche amministrazioni della Regione e a tutte le attività di interesse generale ai sensi dell'art. 5 CTS - dalla LR 22 luglio 2020 n. 65 (*Norme di sostegno e promozione degli enti del Terzo settore toscano*), la prima legge regionale italiana dedicata, dopo l'approvazione del CTS, in maniera generale al Terzo settore. L'art. 3 della legge impone alla Regione e ai suoi enti dipendenti, alle aziende e agli enti del servizio sanitario regionale e, *nel rispetto della loro autonomia regolamentare*, agli enti locali singoli o associati, di assicurare, "*nell'esercizio delle proprie funzioni di programmazione e organizzazione a livello territoriale*", il coinvolgimento attivo degli enti del Terzo settore, anche attraverso forme di co-programmazione.

condivisa, anche la Regione Umbria approva una legge per favorirla, in *Cantiereterzosettore.it*, 16 marzo 2023. Sul ruolo delle Regioni nell'attuazione dell'art. 55 del Codice del Terzo settore e in generale della normativa sul Terzo settore, si v. S. PELLIZZARI, *La co-progettazione nelle esperienze regionali e nel Codice del Terzo settore*, in S. PELLIZZARI – A. MAGLIARI (a cura di), *Pubblica amministrazione e Terzo settore*, cit., pp. 89 ss.; L. GORI, *La riforma del Terzo settore e gli spazi di autonomia regionale*, cit., pp. 317 ss.; ID., *La legislazione regionale del Terzo settore. Una panoramica*, in *Impresa sociale*, 3, 2023, pp. 20 e ss.

⁸⁶ In particolare, il *Programma regionale di sviluppo (PRS)*, il *Documento di economia e finanza regionale (DEFER)*, gli altri strumenti della programmazione regionale di settore e di programmazione finanziaria.

⁸⁷ "La Regione, le aziende unità sanitarie locali e le società della salute promuovono e assicurano la partecipazione degli utenti, delle organizzazioni sindacali, delle organizzazioni di volontariato, delle associazioni di tutela e di promozione sociale, della cooperazione sociale e degli altri soggetti del terzo settore al processo di programmazione socio-sanitaria in ambito regionale e locale e valorizzano il contributo degli operatori, delle associazioni professionali e delle società scientifiche accreditate attraverso adeguate modalità di consultazione".

Con riferimento specifico alla co-programmazione (art. 9), la legge anzitutto fa “salve le discipline regionali di settore in materia di programmazione e di pianificazione e l'autonomia regolamentare degli enti locali”. Con una scelta di grande rilievo, la legge stabilisce poi che le amministrazioni assicurano il coinvolgimento degli enti del Terzo settore *anche* mediante l'attivazione di procedimenti di co-programmazione, in relazione alle attività di interesse generale, “*motivando le esigenze che eventualmente impediscono l'attivazione di tale istituto*”. L'attivazione della co-programmazione, dunque, si configura come una attività obbligatoria di coinvolgimento attivo, la cui impossibilità o inopportunità deve essere motivata dall'amministrazione⁸⁸. Tuttavia, si stabilisce che il “coinvolgimento attivo” avvenga *anche* attraverso la co-programmazione. Di conseguenza, quest'ultima è solo una delle possibili modalità, ma non l'unica: il soddisfacimento dell'attività programmatoria potrebbe avvenire, infatti, attraverso quelle altre forme espressamente fatte salve dalla legge. Come il CTS, anche la LR Toscana non chiarisce del tutto il rapporto tra la-co-programmazione e gli altri istituti programmatori, lasciando all'interprete e alle singole pubbliche amministrazioni il compito di identificare con maggiore precisione il perimetro applicativo del nuovo istituto.

In ogni caso, si prevede che attraverso il procedimento di co-programmazione le pubbliche amministrazioni “acquisiscono gli interessi ed i bisogni rappresentati dagli enti del Terzo settore e dalle altre amministrazioni, elaborano il quadro dei bisogni e dell'offerta sociale, assumono eventuali determinazioni conseguenti nelle materie di propria competenza”. Infine, il successivo art. 10 stabilisce un quadro di principi essenziali in tema di co-programmazione. Principi che gli enti locali, qualora scelgano di attivare i procedimenti di co-programmazione, devono recepire nell'ambito della propria *autonomia regolamentare*⁸⁹. L'effetto del procedimento in discorso, in ogni caso, dovrebbe essere la modifica o l'integrazione degli strumenti di pianificazione e gli atti di programmazione, previsti dalla disciplina di settore⁹⁰.

⁸⁸ L. GORI, *Terzo settore e Costituzione*, cit., 329.

⁸⁹ In particolare, merita di essere ricordato che, fra i principi di cui all'art. 10, la legge permette che l'amministrazione procedente preveda la partecipazione “di ulteriori soggetti, diversi dagli enti del Terzo settore, purché il relativo apporto sia direttamente connesso ed essenziale con le finalità e l'oggetto” della co-programmazione. Una previsione che ha la finalità di permettere l'allargamento del novero dei soggetti coinvolti, al fine di raccogliere il maggior numero possibile di informazioni e contributi. Secondo L. GORI, *Terzo settore e Costituzione*, cit., p. 330, “non parrebbe verificarsi, in questo caso, una ipotesi di *omologazione* censurata dalla sentenza C. cost. n. 131 del 2020. Non viene in rilievo, infatti, a questo proposito, il problema dell'eventuale gestione di specifici interventi o servizi, bensì solo di accrescere il quadro conoscitivo e programmatorio della P.A.”.

⁹⁰ Può essere utile, infine, segnalare che la co-programmazione ex art. 55 CTS e artt. 9 e 10 LR 65/2020 è espressamente menzionata e disciplinata anche in una legge regionale toscana di settore, recante disciplina delle rievocazioni storiche regionali (LR 3 agosto 2021, n. 27).

3.2. Il recepimento dei principi in materia di co-programmazione nell'ambito dell'autonomia regolamentare degli enti locali toscani

Come si è già rilevato, l'art. 10 della LR 65/2020 stabilisce che

“gli enti locali, qualora scelgano di attivare i procedimenti di co-programmazione di cui alla presente legge, danno attuazione ai principi di cui al comma 1 nell'ambito della propria autonomia regolamentare”. Può quindi essere opportuno cercare di vedere se e come questa disposizione sia stata recepita a livello locale. Dal punto di vista metodologico, la scelta è stata quella di muoversi attraverso un'analisi degli atti amministrativi generali, in particolare i *regolamenti* ex art. 117, co. 6, Cost. o i già citati *documenti di programmazione strategico-gestionale* (cd. Documento Unico di Programmazione - DUP) ex art. 170 TUEL dei comuni capoluogo di provincia della Toscana. Il riferimento al DUP è particolarmente significativo, in quanto è il principale strumento per la guida strategica e operativa di un comune, e rappresenta il presupposto necessario di tutti gli altri strumenti di programmazione. Si ricordi, infatti, che l'art. 151 del TUEL stabilisce che “Gli enti locali ispirano la propria gestione al principio della programmazione” e che l'art. 170 TUEL, fra l'altro, recita che “Il Documento unico di programmazione ha carattere generale e costituisce la guida strategica ed operativa dell'ente”, precisando altresì che “Il Documento unico di programmazione costituisce atto presupposto indispensabile per l'approvazione del bilancio di previsione”.

Quanto al Comune di Firenze, nel *DUP 2022-2024*, si cita la *co-programmazione*, nell'ambito dell'obiettivo strategico 13.3 (“Realizzare la grande Firenze metropolitana più vicina ai cittadini valorizzando il ruolo dei Quartieri”), ove il Comune si impegna a coinvolgere sistematicamente i “quartieri” sulle questioni inerenti i singoli territori attraverso “tavoli periodici di co-programmazione e co-progettazione” su tematiche riguardanti opere e servizi, individuando e definendo gli strumenti e le procedure obbligatorie da implementare per rafforzare i poteri consultivi e propositivi previsti⁹¹. Tra i regolamenti, manca un atto che sistematizzi in maniera organica gli istituti di amministrazione condivisa a livello comunale. Si può citare il *Regolamento sulla collaborazione tra cittadine, cittadini e amministrazione per la cura, la gestione condivisa e la ri-generazione dei beni comuni urbani*, approvato nel 2017⁹², nell'ambito del quale si prevede l'istituzione, “al fine di garantire la relazione con le cittadine e i cittadini attivi” di un *Ufficio per l'amministrazione condivisa*, che provvede direttamente all'attivazione degli uffici interessati e che si avvale della collaborazione di un “tavolo” composto dai soggetti coinvolti e dai rappresentanti del/dei Quartieri territorialmente

⁹¹ Nel *DUP 2023-2025*, si aggiunge l'obiettivo specifico “Promuovere la cittadinanza attiva a livello locale e rafforzare il rapporto con le associazioni del territorio attraverso iniziative partecipate guidate e coordinate dai Quartieri; valorizzare gli strumenti per la collaborazione tra cittadine, cittadini e amministrazione per la cura, la gestione condivisa e la ri-generazione dei beni comuni urbani, realizzando patti di collaborazione come ulteriore strumento di gestione del patrimonio immobiliare pubblico”. Sulla stessa linea anche il *DUP 2024-2026*.

⁹² Testo disponibile sul sito del [Comune di Firenze](https://www.comune.fi.it).

interessati. Dall'esame degli atti generali del Comune, non sembra però che sia stato ancora pienamente recepito nell'ambito della propria autonomia regolamentare il nuovo modello prefigurato dal CTS e dalla LR Toscana 65/2020.

Quanto al Comune di Pisa, nel *DUP 2022-2024* si cita la *co-programmazione* nell'ambito della Missione 6 - Politiche giovanili, sport e tempo libero, ove il Comune si impegna a creare un "tavolo di co-progettazione e co-programmazione" con il CUS di Pisa e con l'Università e Usid per coinvolgere gli studenti pisani, fuori sede con e senza disabilità. Pochi i riferimenti nel *DUP 2023-2025*⁹³. Maggiore attenzione invece è dedicata nel *DUP 2024-2026*⁹⁴. Anche a Pisa, con deliberazione del Consiglio Comunale n. 36 del 14 settembre 2017, modificata nel 2021, è stato approvato un *Regolamento sulla collaborazione tra le cittadine e i cittadini attivi e amministrazione per la cura e la rigenerazione dei beni comuni urbani di Pisa*. Quanto al Comune di Lucca, nel *DUP 2023-2025* vi sono alcuni importanti riferimenti alla co-progettazione e al terzo settore⁹⁵. Nel *DUP 2024-2026*⁹⁶ il Comune si impegna anche a "Sviluppare/Creare un sistema di programmazione condivisa e partecipata, migliorando al contempo gli strumenti di monitoraggio propedeutici", pur non facendo espresso riferimento all'istituto codicistico in esame. Anche a Lucca è presente il Regolamento sulla gestione condivisa dei beni comuni, approvato nel 2017. Vi è poi l'importante *Regolamento generale per la concessione di contributi e benefici economici a persone ed enti pubblici e privati* del 2019⁹⁷, modificato nel maggio 2023, che si dichiara espressamente ispirato al principio di sussidiarietà orizzontale, di cui all'art. 118, comma 4, Costituzione. Quanto al Comune di Massa, nel

⁹³ Il DUP è disponibile sul sito del [Comune di Pisa](#).

⁹⁴ Il DUP 2024-2026 è disponibile al [seguente link](#): nel primo obiettivo strategico della Missione 1 (Servizi istituzionali, generali e di gestione") si legge che "Pisa intende crescere nell'ottica di uno sviluppo sostenibile prestando la massima cura verso le necessità della città e dei quartieri e intende farlo con il contributo fondamentale dei cittadini, delle associazioni, degli enti del terzo settore e delle organizzazioni che compongono una comunità ricettiva e vivace che può prendere parte attiva alle attività amministrative attraverso processi meramente deliberativi quando richiesto dall'Amministrazione. Partecipazione e sussidiarietà rappresentano valori inestimabili perché consentono di ottimizzare le risorse e alimentano il senso civico e la responsabilità collettiva".

⁹⁵ Nell'ambito degli *interventi per soggetti a rischio di esclusione sociale*, in particolare per la progettazione e gestione delle linee di finanziamento PNRR 1.2 "Percorsi di autonomia per persone con disabilità", 1.3.1 "Housing temporaneo", 1.3.2 "Stazione di posta"; nell'ambito del *P.5 Formazione e lavoro. Sviluppo economico e attività produttive*, ove si afferma che "l'Amministrazione intende promuovere azioni volte a favorire il coordinamento tra le forze sociali, i centri per l'impiego, gli imprenditori ed il Terzo settore al fine di individuare aree di lavoro a valore aggiunto per la Città che possano costituire occasione d'impiego in particolare per i giovani, le donne, i disoccupati"; nell'ambito del *T.1.6 Valorizzazione del patrimonio immobiliare dell'Ente*, ove l'impegno è "individuare nuove soluzioni per migliorare la locazione/concessione a canone di immobili non utilizzati per fini istituzionali nonché l'assegnazione dei beni ad enti del terzo settore per uso sociale e culturale".

⁹⁶ Il testo è consultabile sul sito del [Comune di Lucca](#).

⁹⁷ Il Comune, in attuazione dei propri programmi, sostiene, mediante la concessione di benefici economici e non, l'attività dei soggetti che operano nelle seguenti aree o settori: a) sociale e sanitario; b) culturale; c) educativo e ricerca; d) sportivo; e) turistico; f) ambientale; g) turistico e sviluppo economico; h) ricreativo. La concessione di contributi avviene mediante avvisi o bandi pubblici periodici ed a seguito di oggettiva valutazione comparativa delle richieste, sulla base dei criteri e dei punteggi predeterminati. Tali avvisi o bandi sono, di norma, preceduti da appositi atti di programmazione operativa dell'Organo di governo competente.



2019 sono stati approvati il regolamento per la cura condivisa dei beni comuni e un regolamento che istituisce la “Consulta Comunale sulla Disabilità”, senza però che in entrambi si faccia un riferimento espresso agli istituti di cui al CTS. Anche a Pisa, Lucca e Massa, quindi, mancano regolamenti volti a recepire in maniera organica i principi statali e regionali sull’amministrazione condivisa.

Quanto al Comune di Pistoia, nel *DUP 2022-2024*, il Terzo settore viene citato nell’ambito dell’obiettivo strategico 18, ove ci si impegna ad “effettuare un report organico degli spazi comunali liberi a disposizione e delle richieste da parte delle Associazioni del Terzo Settore di luoghi da usare per la propria attività”. Nel *DUP 2023-2025*, inoltre, con riferimento alle politiche di inclusione sociale, si afferma che “il ricorso alla coprogettazione con le realtà del terzo settore del territorio sta portando buoni risultati: la coprogettazione dovrà continuare a prendere campo e diventare la modalità ordinaria di gestione dei servizi”⁹⁸. Anche a Pistoia, nel 2016, è stato adottato il regolamento della partecipazione attiva per la collaborazione dei cittadini alla cura dei beni comuni. Si segnala inoltre il regolamento sulla *Consulta del volontariato*, istituita presso l’amministrazione comunale, comunque non aggiornato alle novità previste dal Codice del Terzo settore⁹⁹. Quanto al Comune di Grosseto, pochi i riferimenti nei *DUP 2023-2025*¹⁰⁰ e *2024-2026*¹⁰¹, specialmente nell’ambito della missione 12 dedicata a diritti sociali, politiche sociali e famiglie. Anche a Grosseto è stato adottato un regolamento sulla gestione dei beni comuni, nel 2015¹⁰². Vi è poi anche a Grosseto un regolamento “per la concessione di benefici economici” del 2021¹⁰³, che tra le altre cose prevede che l’Amministrazione Comunale possa sostenere le iniziative e le attività di Enti ed associazioni pubbliche e private che operino *senza fini di lucro* nel settore sociale. Nessun riferimento, tuttavia, ai nuovi istituti dell’amministrazione condivisa. Quanto al Comune di Siena, si segnala anche qui la presenza del Regolamento sulla gestione dei beni comuni¹⁰⁴. Nei *DUP 2022-2024* e *DUP 2023-2025* si trova invece l’obiettivo operativo di “costruire reti sussidiarie e solidali”, citando la necessità di collaborazione con il Terzo settore¹⁰⁵. Quanto al Comune di Arezzo, il *DUP 2023-2025* include l’obiettivo di “potenziare gli investimenti economici nel terzo settore”.

Quanto al Comune di Prato, nel *DUP 2023-2025*¹⁰⁶ si possono trovare riferimenti importanti anche agli istituti della co-programmazione e della co-progettazione. Si legge che “si continuerà nell’azione di sostegno alle fasce deboli della città e quelle a rischio con politiche integrate, ... anche promuovendo

⁹⁸ I DUP sono disponibili [qui](#).

⁹⁹ Il Regolamento è disponibile sul sito del [Comune di Pistoia](#).

¹⁰⁰ Il testo è consultabile [qui](#).

¹⁰¹ Il testo è disponibile nell’[apposita sezione](#) del sito web del Comune di Grosseto.

¹⁰² Il testo del Regolamento è disponibile [qui](#).

¹⁰³ Il Regolamento è disponibile sul sito del [Comune di Grosseto](#).

¹⁰⁴ Il Regolamento è disponibile [qui](#).

¹⁰⁵ I DUP sono consultabili in apposita sezione del sito web del [Comune di Siena](#).

¹⁰⁶ Il DUP è consultabile sul sito del [Comune di Prato](#).

tavoli di concertazione con le realtà associative e del terzo settore, in modo da far convergere tutta la città, nella sua componente pubblica e privata, verso l'obiettivo comune di dare risposte concrete a tutti". Vi è poi l'impegno di "promuovere azioni di cittadinanza attiva attraverso patti di collaborazione e gestioni condivise fra il Comune e l'associazionismo, il terzo settore, le organizzazioni di vicinato per dare nuova vita a spazi non valorizzati, strutture dimesse, luoghi degradati" e di "sviluppare le relazioni con i soggetti portatori di interesse e la rete del Terzo settore (Associazionismo, Cooperative Sociali e Imprese Sociali) anche al fine di promuovere la co-programmazione e la co-progettazione degli interventi con riferimento anche alla progettazione e gestione di interventi per sostenere le famiglie nell'attuale crisi pandemica". Da segnalare, tra i regolamenti, il *Regolamento sulle modalità di iscrizione e di gestione del registro regionale delle associazioni di promozione sociale* del 2017, comunque non aggiornato al CTS; il *Regolamento per la concessione di patrocinii, contributi e agevolazioni* del 2016, in attuazione dell'art. 12 della l. 241/1990, modificato da ultimo nel 2023; il regolamento sulla gestione condivisa dei beni comuni del 2017. Infine, si segnala un *Regolamento sulla partecipazione*¹⁰⁷, da ultimo modificato nel 2022, che tra l'altro prevede l'istituzione di *Consulte* con un funzionamento su base tematica e composte dalle associazioni operanti nel Comune e previamente iscritte ad un Albo comunale, che vengono interpellate dall'Amministrazione Comunale, tramite i propri organi, mediante la richiesta di espressione di pareri, specie quando si tratti di compiere scelte rilevanti su temi di interesse generale e relativi alla *programmazione* amministrativa.

Quanto al Comune di Livorno, assume grande rilievo il *Regolamento relativo ai rapporti con le associazioni ed altri soggetti del terzo settore* del 2017 che, tra l'altro, detta regole generali sulla concessione di contributi al privato sociale da parte del Comune. Nel 2022, in attuazione di questo Regolamento, è stato pubblicato un bando per l'erogazione di contributi. Tra i requisiti qualitativi in possesso degli enti del Terzo settore che il Comune valuterà ai fini dell'erogazione, figura anche "coinvolgimento attivo nelle forme di co-programmazione e/o co-progettazione poste in essere con gli enti pubblici del territorio"¹⁰⁸. Inoltre, particolarmente importante anche il *DUP 2023-2025* del Comune, dove il ruolo del terzo settore e dell'amministrazione condivisa sono particolarmente valorizzati. In particolare, un intero capitolo è dedicato a "Definire nuove strategie di integrazione tra Comune e Terzo Settore per promuovere una comunità solidale e responsabile". Si legge che l'Amministrazione intende "promuovere un maggior coinvolgimento del Terzo Settore in tutte le fasi di intervento: dall'analisi dei fabbisogni alla valutazione dei risultati". In questo senso, "oltre ad accrescere il numero delle opportunità di collaborazione", il Comune dichiara espressamente che "si rende necessario definire e disciplinare nuove modalità operative con particolare riferimento alla stesura di un *Regolamento comunale per la co-programmazione e la co-progettazione*

¹⁰⁷ Il Regolamento è consultabile sul sito del [Comune di Prato](#).

¹⁰⁸ Bando consultabile sul sito del [Comune di Livorno](#).



ai sensi della LR 65/2020”. Questa attività sarà svolta in un percorso di condivisione con la Consulta delle Associazioni, in seno alla quale saranno consolidati i gruppi di lavoro già avviati e ne potranno essere istituiti di nuovi sulla base dei bisogni rilevati. Infine, l’Amministrazione intende sottoporre al Consiglio Comunale una proposta di revisione del Regolamento relativo ai rapporti con le associazioni e gli altri soggetti del Terzo Settore, per adeguarlo alle novità introdotte dal d.lgs. 117/2017. Assai numerosi i riferimenti al Terzo settore anche nel *DUP 2024-2026*¹⁰⁹. Si conferma l’obiettivo operativo dedicato a “definire nuove strategie di integrazione tra Comune e Terzo Settore”, attraverso il perseguimento di tre finalità: promuovere l’iniziativa autonoma delle formazioni sociali che perseguono finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale senza fine di lucro; definire e disciplinare nuove modalità di coinvolgimento attivo del Terzo Settore nelle funzioni di programmazione, progettazione e realizzazione di interventi finalizzati a soddisfare i bisogni della comunità locale (attraverso il nuovo Regolamento sull’amministrazione condivisa sopra citato); adeguare gli strumenti comunali di rapporto col Terzo Settore al nuovo quadro normativo introdotto dal d.lgs. 117/2017.

Dalla nostra indagine emerge sì un panorama variegato - con alcune eccezioni particolarmente virtuose (Livorno soprattutto) – ma si possono comunque individuare alcuni punti fermi: *i*) nessuno tra i comuni capoluogo ha adottato un regolamento generale sull’amministrazione condivisa, in attuazione di quanto previsto dall’art. 10 LR 65/2020; solo il Comune di Livorno si è impegnato ad adottarlo nei prossimi anni; *ii*) tutti i comuni esaminati hanno adottato un regolamento sulla gestione condivisa dei beni comuni; i regolamenti sui servizi sociali o in tema di disabilità – laddove presenti – sono invece tutti antecedenti al 2017 o comunque non aggiornati ai nuovi istituti codicistici; lo stesso vale, laddove presenti, per i regolamenti sui rapporti con l’associazionismo locale, per la concessioni di contributi ex art. 12 l. 241/1990 o quelli sulla partecipazione; *iii*) solo in alcuni Comuni, gli istituti della co-programmazione e della co-progettazione e, più in generale, il ruolo del Terzo settore trovano un posto nell’ambito della pianificazione strategica comunale; gli esempi più virtuosi sono sicuramente Livorno e Prato, ove il ruolo del Terzo settore sembra davvero riuscire a trascendere il settore dei servizi sociali e ad abbracciare numerosi ambiti di attività di interesse generale; in alcuni casi i riferimenti sono specifici per uno o più obiettivi operativi (Firenze, Pisa, Lucca e Pistoia) o comunque abbastanza limitati (Grosseto, Arezzo, Siena e Massa).

Infine, merita di essere segnalata una corposa ricerca, dal titolo *Co-progettare la Co programmazione e la Co-progettazione: una ricognizione nel territorio toscano*, condotta nel 2022 da Rete UP Umanapersona, Legacoop sociali Dipartimento area welfare della Regione Toscana e Confcooperative- Federsolidarietà Toscana, i cui esiti sono stati di

¹⁰⁹ Testo consultabile sul sito del [Comune di Livorno](https://www.comune.livorno.it).

recente pubblicati sulla rivista *Impresa sociale*¹¹⁰. Partendo dall'analisi delle tendenze emergenti dagli avvisi di bandi raccolti, la ricerca ha strutturato un percorso di indagine attraverso un questionario semi strutturato e auto somministrato ai rappresentanti di otto enti partecipanti (per lo più cooperative sociali), al fine di valutare lo stato dell'arte dell'attuazione e del recepimento degli istituti dell'amministrazione condivisa da parte degli ETS e delle PP.AA. in Toscana. La ricerca, pur non restituendo un quadro completo, ha il merito di segnalare alcune linee di tendenze e alcune criticità, specialmente dal punto di vista degli ETS coinvolti. Un punto importante che emerge dalla ricerca è proprio il problema del coordinamento “di sistema” della co-programmazione con gli altri istituti programmatori. In particolare, si rileva che “il deficit di chiarezza sullo statuto procedimentale della co-programmazione deriva ... da una sua difficile collocazione ed integrazione nel quadro degli strumenti programmatori, non solo generali, ma anche specifici per il settore sociosanitario. La necessità avvertita, sicuramente dagli operatori economici ma presumibilmente da tutti gli stakeholder coinvolti, è quindi quella di raggiungere una coerenza di sistema. A livello locale, questa esigenza è percepita soprattutto sotto il profilo della strategia e della visione che gli enti pubblici dovrebbero avere per definire sostanza e forma degli interventi da attuare”¹¹¹. Da qui tutta l'importanza di avere, a livello locale, un regolamento che possa regolare, chiarire o precisare i rapporti con i diversi strumenti programmatori locali.

3.3. Verso i regolamenti per la co-programmazione ai sensi della LR 65/2020

Dal quadro sopra descritto emerge una certa difficoltà dei Comuni di recepire pienamente il modello di amministrazione condivisa così come configurato dal CTS e dalla LR 65/2020, quantomeno nell'ambito della propria autonomia regolamentare. Se infatti sono ormai parecchi gli avvisi di co-programmazione pubblicati dagli enti locali, gli atti generali dei Comuni faticano ancora a recepire in maniera sistematica i principi dettati dalla LR 65/2020 e a declinarli in appositi regolamenti. In particolare, una piena attuazione di quanto previsto dall'art. 10, co. 2, della stessa LR richiederebbe, con tutta probabilità, l'emanazione di una sorta di regolamento generale sull'amministrazione condivisa (sul modello del già sperimentato – e accolto dalla totalità dei grandi comuni esaminati sopra – regolamento sulla gestione condivisa dei beni comuni). È chiaro che l'assenza di regolamenti non esclude che i Comuni promuovano comunque percorsi di co-programmazione (anche se pochi lo fanno) e di co-progettazione (e invece lo fanno in molti); così come il fatto che vi siano regolamenti o altri atti che fanno riferimento all'amministrazione condivisa non significa che essa sia poi realmente praticata. In ogni caso, la scelta di un Comune di dare traduzione regolamentare alle previsioni del Codice – anche se poco ci può dire della loro effettiva

¹¹⁰ G. VIGNANI, *Co-progettare la Co-programmazione e la Co-progettazione: una ricognizione nel territorio toscano*, in *Impresa sociale*, n. 1/2023.

¹¹¹ *Ivi*, p. 90.

traduzione a livello di concrete pratiche amministrative – apparirebbe comunque come una chiara indicazione politica che difficilmente potrebbe essere ignorata in sede amministrativa.

Se, come si è visto, i grandi comuni sopra esaminati hanno finora rinunciato ad emanare un regolamento generale di attuazione dell'art. 10, co. 2 (solo il Comune di Livorno si è espressamente impegnato a farlo nei prossimi due anni), la strada è stata aperta dal piccolo Comune di Cascina¹¹², in Provincia di Pisa. Si tratta del *Regolamento comunale per la disciplina della amministrazione condivisa fra amministrazione comunale e gli enti del terzo settore*, una delle primissime esperienze in ambito regionale, approvato nell'agosto del 2022¹¹³.

Per quanto più interessa con riferimento alla *co-programmazione*, essa è vista come “modalità ordinaria di valorizzazione attiva degli ETS nella *costruzione e condivisione della programmazione pubblica*, relativa alle attività di interesse generale individuate ai sensi dell'art. 5 CTS” (art. 7.1). La costruzione della programmazione pubblica, nelle materie di cui all'art. 5 CTS, è quindi ordinariamente svolta attraverso la co-programmazione, che assicura il coinvolgimento degli ETS. Si prevede, inoltre, che “il Comune promuove la più ampia partecipazione al percorso di programmazione, coinvolgendo, tutti gli ETS operanti sul territorio” (art. 7.2). La disposizione è particolarmente significativa, in quanto mira a coinvolgere nel percorso di programmazione condivisa tutti gli ETS del territorio. Inoltre, rispetto a quanto previsto dall'art. 10 della LR 65/2020, si aggiunge che durante il procedimento di co-programmazione “sono altresì condivise valutazioni sui bisogni della popolazione e del territorio, sul grado di soddisfazione dei servizi e degli interventi, sul miglioramento possibile, sull'opportunità di innovare la progettazione degli stessi” (art. 7.3). Si stabilisce, infine, che “l'esito della valutazione, nel rispetto delle prerogative degli enti locali e della disciplina in materia di conflitti di interesse, consiste nella programmazione partecipata dei servizi ed interventi” (art. 7.4) e che “la programmazione può essere aggiornata annualmente su proposta della Giunta Comunale in relazione a nuove esigenze o all'esito delle esperienze di collaborazione” (art. 7.5)¹¹⁴.

L'importanza di un simile regolamento, volto a recepire i principi generali di cui all'art. 55 CTS e di quelli più dettagliati della LR 65/2020, è non solo quella di fungere da guida più precisa per l'amministrazione comunale nei procedimenti di amministrazione condivisa, ma soprattutto quella di inserire sistematicamente gli istituti nell'ambito dell'organizzazione amministrativa comunale, regolando così i

¹¹² Testo disponibile sul sito del [Comune di Cascina](#).

¹¹³ Il [regolamento](#) si compone sostanzialmente di tre parti: la prima contiene le disposizioni di carattere generale e individua le finalità del regolamento stesso, delineando l'ambito oggettivo e soggettivo di applicazione; la seconda riguarda la disciplina relativa alle modalità di attivazione del procedimento di co-programmazione; la terza quella relativa alla co-progettazione.

¹¹⁴ Il successivo art. 8 chiarisce poi le due modalità di attivazione del procedimento: 1) mediante un avviso, pubblicato a seguito di specifico atto a firma del Dirigente del competente settore, nel quale si rende nota la volontà di procedere alla specifica co-programmazione; 2) mediante un avviso, finalizzato all'istituzione di un Elenco generale di ETS, periodicamente aggiornato, ai fini della successiva attivazione dei partenariati previsti nella programmazione di cui al precedente art. 7.



rapporti con i preesistenti istituti programmatori (DUP, linee programmatiche del Sindaco). Attraverso questo Regolamento, quindi, l'amministrazione comunale si dota di una sorta di statuto generale della partecipazione alle attività di programmazione, sciogliendo concretamente quei nodi descritti nella parte teorica, vale a dire il delicato rapporto del momento politico della programmazione con quello più amministrativo.

Tra gli altri comuni che in altre Regioni hanno adottato un regolamento sull'amministrazione condivisa¹¹⁵, è da segnalare il Comune di Brescia che, nel novembre 2022, ha adottato un regolamento simile, denominato *Regolamento per la disciplina dei rapporti col terzo settore*. Per quanto più interessa ai nostri fini, con riferimento alla *co-programmazione*, il Regolamento bresciano prevede espressamente che questa debba “raccordarsi con il documento recante le *linee programmatiche del Sindaco*, previsto dalla vigente disciplina, relative alle azioni ed ai progetti di intervento e di servizi da realizzarsi nel corso del mandato” e “con il *Documento Unico di Programmazione* (DUP), ed in particolare con la relativa sezione strategica, che ha orizzonte temporale pari a quello del mandato amministrativo”. Inoltre, si prevede che il Comune possa “tener conto, per quanto di propria competenza, degli esiti delle procedure di co-programmazione, espletate in applicazione del presente Regolamento, nell'ambito della *pianificazione sociale di zona*” (art. 5). In questo modo, viene disciplinata molto puntualmente la relazione tra i diversi strumenti programmatori comunali.

Con riferimento alla co-programmazione, l'esperienza di Brescia è però del tutto peculiare nel panorama nazionale anche per un altro motivo. Per quanto riguarda nello specifico le politiche sociali, è istituito dal 2016 il *Consiglio di Indirizzo del Welfare* (CIW), quale *sede permanente* della Città di Brescia ai fini dello svolgimento dell'attività di co-programmazione nell'ambito delle politiche di welfare. Al *Consiglio* è affidato il compito di “stimolare, raccogliere tramite specifici incontri di confronto, la progettualità di tutti gli attori del welfare in una visione condivisa che valorizzi tutte le risorse umane, organizzative, finanziarie e strumentali presenti sul territorio” e costituisce “tavolo di co-programmazione e di partecipazione civile dei diversi portatori di interesse sul tema sociale della città ... con lo scopo di condividere informazioni, esigenze, istanze utili ad orientare, attraverso il dibattito pubblico ed il libero confronto di idee e proposte, le scelte e le azioni volte a realizzare un sistema di welfare sempre più adeguato” (art. 1, co. 2 e 3 del *Regolamento*). In virtù della sua natura *permanente*, dunque, l'esperienza bresciana costituisce un esempio di attuazione virtuosa della previsione del CTS anche *oltre* il dettato normativo, che immagina appunto un *procedimento* di co-programmazione piuttosto che una *sede*

¹¹⁵ Si fa riferimento ai regolamenti di disciplina generale dei rapporti tra il Comune e gli enti del Terzo settore, ai sensi dell'art. 55 del Codice del Terzo settore (di recente, a titolo di esempio, lo ha adottato anche il [Comune di Milano](#)) e non ai cd. *regolamenti sull'amministrazione condivisa dei beni comuni*, che hanno un oggetto più circoscritto, vale a dire la disciplina delle forme di collaborazione tra i cittadini e l'amministrazione per la cura, la rigenerazione e la gestione condivisa dei beni comuni urbani. Sul punto, v. la [pagina dedicata di Labsus](#).

permanente entro la quale esso deve svolgersi. Una co-programmazione, dunque, non confinata in atti episodici e dinamiche contingenti, ma strutturata in forme di interlocuzione permanente.

Il fatto che a Brescia sia stata prevista una “sede permanente” di co-programmazione sembra proprio dimostrare la volontà e la determinazione dell’amministrazione comunale di non guardare alla co-programmazione solo come un procedimento isolato da attivare in caso di necessità, ma come uno strumento indispensabile per la programmazione sociale della città che consente la duratura e ininterrotta partecipazione del terzo settore alle scelte anche politiche in materia sociale. In questo si apprezza tutta l’importanza dell’esperienza bresciana, che si colloca davvero molto bene “a metà strada” tra l’istituto (più di stampo amministrativistico) della co-programmazione e quello (più politico) della democrazia partecipativa¹¹⁶.

4. La prospettiva evolutiva

Conclusa l’analisi pratica, pare importante fare delle ultime considerazioni per così dire “evolutive”, immaginando come i principi *nazionali* di partecipazione e sussidiarietà orizzontale e il relativo istituto della co-programmazione possano essere influenzati dal panorama euro-unitario. Un panorama in evoluzione, che oggi finisce per interessare anche la sussidiarietà orizzontale e l’amministrazione condivisa.

4.1. La forte promozione della democrazia partecipativa e la problematica configurazione del principio di sussidiarietà orizzontale nel diritto euro-unitario

Nel rapporto Unione-Stati membri, è noto il rilievo assegnato al principio di sussidiarietà, nella sua dimensione *verticale*¹¹⁷ (art. 5 TUE). Quanto invece al rapporto dell’apparato governante dell’Unione con i suoi cittadini, è assente nei Trattati un chiaro riconoscimento del principio di sussidiarietà *orizzontale*, quale principio regolatore dei rapporti tra sfera pubblica e privata¹¹⁸.

Quest’ultima concezione della sussidiarietà, anche se non accolta in via esplicita dai Trattati¹¹⁹, con riferimento all’Unione sembra doversi intendere non tanto, nella sua accezione *negativa*, come astensione

¹¹⁶ Sull’esperienza del CIW, sia consentito rinviare nel dettaglio a G. GOTTI, *Sperimentando la co-programmazione a livello locale. L’esperienza bresciana del Consiglio di indirizzo del welfare della città*, in *Impresa sociale*, n. 4/2022.

¹¹⁷ Sul principio di sussidiarietà verticale nell’ordinamento dell’Unione europea, si v., tra i tanti, P. RIDOLA, *Sussidiarietà “verticale”, autonomie e principio federativo*, in ID., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, cit., spec. pp. 403-408.

¹¹⁸ Sul punto v. in particolare M. C. MARCHETTI, *La sussidiarietà orizzontale nel contesto dell’Unione europea: processi decisionali e aspetti istituzionali*, in D. CIAFFI – F. M. GIORDANO (a cura di), *Storia, percorsi e politiche della sussidiarietà. Le nuove prospettive in Italia e in Europa*, il Mulino, 2020, secondo cui, nonostante gli sforzi orientati a promuovere la partecipazione dei cittadini europei ai processi decisionali, non si rinvengono “processi di redistribuzione delle responsabilità tra cittadini e istituzioni”. Più in generale, si v. sul tema, di recente, L. VIOLINI, *Sussidiarietà e poteri sostitutivi*, cit., pp. 1175 e ss.

¹¹⁹ Cfr. M. LUCIANI, *Diritti sociali e integrazione europea*, cit., p. 382, che sostiene che nel caso del Trattato sull’Unione “la

dall'intervento pubblico in settori di competenza della società civile, quanto, in una accezione *positiva*, come impegno ad avviare un “rapporto di collaborazione fra soggetti pubblici e privati che preveda anche momenti di partecipazione di questi ultimi al processo decisionale pubblico”¹²⁰. Si possono infatti individuare come esempi “in senso molto lato” del principio di sussidiarietà orizzontale nell'Unione europea - in senso *positivo*, e cioè nel senso che lo Stato e la stessa Unione europea possono fornire un sostegno economico, istituzionale e/o legislativo alle organizzazioni della società civile, favorendone l'autonoma iniziativa, ma non in senso *negativo*, cioè nel senso che lo Stato e l'Unione dovrebbero astenersi dall'intervenire nei settori di competenza degli organismi della società civile ed in cui questi ultimi riescano ad operare in maniera autosufficiente - nella consultazione delle associazioni rappresentative della società civile da parte della Commissione e nell'iniziativa legislativa dei cittadini di cui all'art. 11 TUE¹²¹. La sussidiarietà orizzontale in senso positivo, dunque, finisce per coincidere con gli strumenti di democrazia partecipativa previsti a livello UE.

Nell'Unione europea, infatti, la democrazia partecipativa occupa una posizione di primo piano. L'inserimento del principio di democrazia *partecipativa* nel quadro normativo dell'Unione va fatto risalire al Trattato “costituzionale” del 2004, in particolare all'art. I-46 che, al par. 3, affermava che i cittadini hanno “diritto a partecipare” alla vita democratica dell'Unione e al successivo art. I-47 sul principio della “democrazia partecipativa”, che elencava gli strumenti con cui rafforzare il coinvolgimento dei cittadini europei nella vita democratica dell'Unione. Il principio è stato poi riprodotto, senza sostanziali modificazioni, nell'attuale titolo II del TUE, contenente le “disposizioni relative ai principi democratici”, in particolare all'art. 10, par. 3, primo periodo, TUE, secondo cui “ogni cittadino ha il diritto di *partecipare* alla vita democratica dell'Unione” e all'art. 11 TUE, che riempie di contenuto quest'ultima affermazione, specificando alcune modalità in cui si concretizza il principio della democrazia partecipativa¹²².

lettera delle sue previsioni potrebbe offrire più di un motivo per sospettare che il principio di sussidiarietà sia stato concepito anche nella sua accezione «orizzontale». *Contra* A. MOSCARINI, *Sussidiarietà e libertà economiche*, in F. MODUGNO (a cura di) *Trasformazioni della funzione legislativa*, cit., p. 299 ritiene che il principio di sussidiarietà orizzontale sia stato formalizzato già dal Trattato di Roma.

¹²⁰ Così, con riferimento alla formulazione del principio contenuta nell'art. 118, quarto comma, della Costituzione italiana, G. ARENA, *Introduzione alla sussidiarietà*, in M. FREY (a cura di), *Horizontal subsidiarity in the new Europe – Citizens and institutions collaborating for consumers' rights*, Pisa, Edizioni ETS, 2005, pp. 29-30.

¹²¹ Così M. MORELLI, *La democrazia partecipativa nella governance dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 34.

¹²² Sulla democrazia partecipativa nell'Unione europea, si v. *ex multis* E. GROSSO, *Cittadinanza e vita democratica in Europa dopo il Trattato di Lisbona*, in A. LUCARELLI – A. PATRONI GRIFFI, *Dal Trattato costituzionale al Trattato di Lisbona. Nuovi studi sulla Costituzione europea*, Napoli, 2009, pp. 225 e ss.; E. DE MARCO, *Elementi di democrazia partecipativa*, in P. BILANCIA – M. D'AMICO, *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, Giuffrè, Milano, 2009; V. CUESTA LOPEZ, *The Lisbon Treaty's provisions on democratic principles: a legal framework for participatory democracy*, in *European Public Law*, 16, 1, 2010, pp. 123-138; C. MARXSEN, *Participatory Democracy in Europe: Article 11 TEU and the Legitimacy of the European Union*, in F. FABBRINI – E. HIRSCH BALLIN – H. SOMSEN (eds.), *What form of government for the European Union and the Eurozone?*, Hart Publishing, 2015, pp. 151-169; A. FISCHER-HOTZEL, *Democratic Participation? The involvement of citizens in policy-making at the European Commission*, in *Journal of Contemporary European Research*, 6, 3, 2017, pp. 335-352.

Tali modalità consistono nel *i*) pubblico scambio di opinioni, espressione del dialogo civile c.d. *orizzontale*¹²³, volto ad attribuire ai “cittadini” e alle “associazioni rappresentative” una sorta di “diritto di accesso ad una tribuna pubblica”¹²⁴; *ii*) nel dialogo civile c.d. *verticale* tra le istituzioni, le associazioni rappresentative e la società civile¹²⁵ (si pensi ai diversi strumenti multimediali predisposti dalla Commissione, quali i *dialoghi con i cittadini*¹²⁶ e i dibattiti pubblici con i commissari europei e altri responsabili decisionali dell’UE; la piattaforma *Dì la tua*¹²⁷, per esprimere la propria opinione sulle iniziative della Commissione; la piattaforma *REFIT*¹²⁸, per suggerire come migliorare la normativa vigente dell’UE; le presentazioni del lavoro della Commissione attraverso i suoi vari canali di *social media*¹²⁹); *iii*) nelle “consultazioni” della Commissione¹³⁰, vale a dire l’obbligo gravante sulla Commissione di procedere, nello svolgimento dei propri compiti, specialmente nella fase antecedente la proposta di atti legislativi e non legislativi (come per es. le cd. *comunicazioni* o i *piani d’azione*), ad ampie consultazioni delle “parti interessate”; *iv*) nell’iniziativa dei cittadini¹³¹.

L’Unione ha poi promosso anche il cd. dialogo *civile*¹³², con la società civile e i cittadini, impegnandosi, nella fase di elaborazione delle proprie politiche, in *discussioni* con le “ONG”, “i prestatori di servizi sociali”, “esperti del mondo accademico” e, più in generale, con “il pubblico”. In particolare, per “società civile” la Commissione europea, a partire dal noto *Libro Bianco sulla governance europea*, ha inteso “le organizzazioni non governative (ONG), le associazioni professionali, le organizzazioni di carità, le organizzazioni di base (CBOs), le organizzazioni che cointeressano i cittadini nella vita locale e comunale, con un particolare contributo delle chiese e delle comunità religiose”¹³³.

¹²³ L’obbligo in capo alle istituzioni UE di dare “ai cittadini e alle associazioni rappresentative, attraverso gli opportuni canali, la possibilità di far conoscere e di scambiare pubblicamente le loro opinioni in tutti i settori di azione dell’Unione” (art. 11.1 TUE).

¹²⁴ Così C. GREWE, *Article I-47 – Principe de la démocratie participative*, in L. BURGORGUE-LARSEN, A. LEVADE, F. PICOD (a cura di), *Traité établissant une Constitution pour l’Europe. Parties I et IV «Architecture constitutionnelle». Commentaire article par article*, Bruxelles, 2007, pp. 626-627.

¹²⁵ “Le istituzioni mantengono un dialogo aperto, trasparente e regolare con le associazioni rappresentative e la società civile” (art. 11.2 TUE).

¹²⁶ Si v. l’apposito [sito web](#).

¹²⁷ Si v. l’apposito [sito web](#).

¹²⁸ Si v. l’apposito [sito web](#).

¹²⁹ Si v. l’apposito [sito web](#).

¹³⁰ “Al fine di assicurare la coerenza e la trasparenza delle azioni dell’Unione, la Commissione europea procede ad ampie consultazioni delle parti interessate” (art. 11.3 TUE).

¹³¹ “I cittadini dell’Unione, in numero di almeno un milione, che abbiano la cittadinanza di un numero significativo di Stati membri, possono prendere l’iniziativa d’invitare la Commissione europea, nell’ambito delle sue attribuzioni, a presentare una proposta appropriata su materie in merito alle quali tali cittadini ritengono necessario un atto giuridico dell’Unione ai fini dell’attuazione dei trattati” (art. 11.4 TUE).

¹³² Per un’analisi di tale concetto e del ruolo della società civile nella *governance* dell’Unione europea, si v. S. SMISMANS, *European Civil Society: Shaped by Discourses and Institutional Interests*, in *European Law Journal*, 4, 2003; K.A. ARMSTRONG, *Rediscovering Civil Society: The European Union and the White Paper on Governance*, in *European Law Journal*, 1, 2002; O. DE SCHUTTER, *Europe in Search of its Civil Society*, in *European Law Journal*, 2, 2002.

¹³³ La Commissione ricomprende nella definizione anche le organizzazioni sindacali e le associazioni padronali (le “parti

Da questa breve panoramica, si può evincere che a livello dell'Unione vi è una forte promozione della democrazia partecipativa e della sussidiarietà orizzontale in senso positivo, intese entrambe come forme di partecipazione della società civile (e, all'interno di essa, del privato sociale) all'*elaborazione* delle politiche pubbliche. Manca, tuttavia, un pieno accoglimento di quell'altra, fondamentale, dimensione della sussidiarietà orizzontale, che si è chiamata *negativa*. La collaborazione tra pubblico e privato, a livello dell'Unione, è sì particolarmente promossa nell'ambito dell'elaborazione delle politiche, ma è piuttosto assente nel momento in cui le amministrazioni sono chiamate ad attuarle. Questo perché manca, a livello euro-unitario, un principio paragonabile a quello accolto nell'art. 118, quarto comma, della Costituzione italiana.

4.2. La “tolleranza” dell'Unione europea per l'amministrazione condivisa. Le “novità” del Piano d'azione europeo per l'economia sociale e della recente Raccomandazione sullo sviluppo delle condizioni quadro dell'economia sociale

Tutto ciò si riflette in maniera netta anche sulla materia che ci occupa. Il modello di cui sopra, in cui si intende la sussidiarietà orizzontale solo come coinvolgimento dei privati o dei cd. *stakeholders* nell'elaborazione delle politiche, e non anche nella loro fase attuativa, ha impedito una piena affermazione a livello euro-unitario della logica dell'*amministrazione condivisa*. Logica che, anzi, pare del tutto assente anche solo nel linguaggio utilizzato dalle istituzioni dell'Unione.

Si pensi, per esempio, al recente *Piano d'azione europeo sull'economia sociale*, pubblicato dalla Commissione nel dicembre 2021¹³⁴, con l'accattivante titolo “*Creare un'economia al servizio delle persone*”¹³⁵. Il Piano, dopo aver fornito un'importante *definizione* di “economia sociale”, si pone l'ambizioso obiettivo di sviluppare “quadri politici e giuridici adeguati a far prosperare l'economia sociale”. Rientrano in questo ambito la *fiscaltà*, gli *appalti pubblici* e la disciplina degli *aiuti di Stato*, che devono essere adattati alle esigenze dell'economia sociale. Gli ostacoli al pieno sviluppo dell'economia sociale, sempre secondo la Commissione, non sono però solo culturali o politici, ma sono anche di natura squisitamente giuridica. Per questo si rendono necessarie azioni dirette a rafforzare la collaborazione tra amministrazioni pubbliche e organizzazioni dell'economia sociale. Inoltre, nel novembre 2023 il Consiglio ha adottato una *Raccomandazione sullo sviluppo delle condizioni quadro dell'economia sociale*¹³⁶, la quale mira ad orientare gli Stati

sociali”), anche se ne riconosce un “ruolo particolare”, tale da meritare un'autonoma considerazione. Cfr. Commissione europea, *La governance europea. Un libro bianco*, 25 luglio 2001, COM(2001) 428 final, 15.

¹³⁴ Per una più approfondita analisi del contenuto del Piano, sia consentito rinviare a G. GOTTI, *Il Piano d'azione europeo per l'economia sociale e i riflessi sull'ordinamento italiano*, in *Rivista Impresa sociale*, n. 3/2022.

¹³⁵ Commissione europea, *Creare un'economia al servizio delle persone: un piano d'azione per l'economia sociale*, COM(2021) 778 final, 9.12.2021.

¹³⁶ Raccomandazione del Consiglio del 27 novembre 2023 sullo sviluppo delle condizioni quadro dell'economia sociale, C/2023/1344.

membri nella promozione di una strategia e di quadri giuridici favorevoli all'economia sociale e di misure che ne agevolino lo sviluppo.

Con riferimento specifico al tema dei rapporti tra amministrazioni pubbliche ed economia sociale, occorre da subito notare che l'UE non utilizza il *linguaggio* dell'amministrazione condivisa. Per l'UE, il contemperamento tra tutela della concorrenza e finalità sociali si realizza ancora soprattutto nell'ambito della disciplina degli appalti, per es. attraverso i cd. appalti “socialmente responsabili” o quelli “riservati” (v. per esempio quanto previsto dalla Direttiva 2006/123/CE¹³⁷; o dal considerando n. 114 della direttiva 2014/24/UE¹³⁸; o ancora l'art. 77, par. 2, direttiva 2014/24/UE¹³⁹). La Commissione, infatti, ricorda nel *Piano* che la revisione delle norme UE in materia di appalti pubblici effettuata nel 2014 “ha creato per le autorità pubbliche a tutti i livelli numerose possibilità di utilizzare gli appalti pubblici per raggiungere obiettivi politici diversi, tra cui la promozione della protezione ambientale e il perseguimento di obiettivi sociali”¹⁴⁰. E infatti oggi le norme europee sugli appalti menzionano espressamente gli *aspetti sociali* tra gli elementi che possono essere inclusi nei criteri di aggiudicazione sulla base del criterio della “offerta economicamente più vantaggiosa”¹⁴¹.

¹³⁷ La Direttiva 2006/123/CE relativa “ai servizi del mercato interno”, stabilisce, fra l'altro, che “(...) 3. La presente direttiva lascia impregiudicata la libertà, per gli Stati membri, di definire in conformità del diritto comunitario, quali essi ritengano essere servizi d'interesse economico generale, in che modo tali servizi debbano essere organizzati e finanziati, in conformità con le regole sugli aiuti concessi dagli Stati, e a quali obblighi specifici essi debbano essere soggetti (...)”

¹³⁸ La Direttiva appalti 2014/24/UE, al considerando n. 114, afferma che «certe categorie di servizi, per la loro stessa natura, continuano ad avere una dimensione limitatamente transfrontaliera, segnatamente i cosiddetti servizi alla persona quali taluni servizi sociali, sanitari e scolastici. I servizi di questo tipo sono prestati all'interno di un particolare contesto che varia notevolmente da uno Stato membro all'altro a causa delle diverse *tradizioni culturali*. (...) Gli Stati membri e le autorità pubbliche sono *liberi di fornire tali servizi direttamente o di organizzare servizi sociali attraverso modalità che non comportino la conclusione di contratti pubblici*, ad esempio tramite il semplice finanziamento di tali servizi o la concessione di licenze o autorizzazioni a tutti gli operatori economici che soddisfano le condizioni definite in precedenza dall'amministrazione aggiudicatrice, senza che vengano previsti limiti o quote, a condizione che tale sistema assicuri una pubblicità sufficiente e rispetti i principi di trasparenza e di non discriminazione».

¹³⁹ Art. 77 della direttiva 2014/24/UE: “Gli Stati membri possono prevedere che le amministrazioni aggiudicatrici possano riservare ad organizzazioni il diritto di partecipare alle procedure per l'aggiudicazione di appalti pubblici esclusivamente per i servizi sanitari, sociali e culturali. Un'organizzazione di cui al paragrafo 1 deve soddisfare tutte le seguenti condizioni: a) il suo obiettivo è il perseguimento di una missione di servizio pubblico legata alla prestazione dei servizi di cui al paragrafo 1; b) i profitti sono reinvestiti al fine di conseguire l'obiettivo dell'organizzazione. Se i profitti sono distribuiti o redistribuiti, ciò dovrebbe basarsi su considerazioni partecipative; c) le strutture di gestione o proprietà dell'organizzazione che esegue l'appalto sono basate su principi di azionariato dei dipendenti o partecipativi, ovvero richiedono la partecipazione attiva di dipendenti, utenti o soggetti interessati; e d) l'amministrazione aggiudicatrice interessata non ha aggiudicato all'organizzazione un appalto per i servizi in questione a norma del presente articolo negli ultimi tre anni.

¹⁴⁰ COM(2021) 778 final, cit., p. 9.

¹⁴¹ Come ricordato da G. GUERINI in S. PELLIZZARI – A. MAGLIARI (a cura di), *Pubblica amministrazione e Terzo settore. Confini e potenzialità dei nuovi strumenti di collaborazione e sostegno pubblico*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019, p. 196, si era ormai fatta strada nella politica europea “l'idea che esistono diversi modi di fare economia ed impresa, che è possibile azionare le leve delle politiche pubbliche, anche come strumenti per orientare una politica per lo sviluppo inclusivo, e che pertanto la concorrenza non è un dogma ma può essere orientata da una responsabilità sociale o ambientale”.

Da allora la Commissione si è impegnata in molteplici iniziative per sensibilizzare sul “valore aggiunto” degli appalti pubblici cd. “socialmente responsabili”, ad esempio pubblicando, di recente, una revisione della guida “Acquisti sociali” contenente suggerimenti pratici per le stazioni appaltanti¹⁴². Tuttavia, la Commissione osserva nel *Piano* che “le gare d’appalto pubbliche sono ancora aggiudicate per la maggior parte solo in base al criterio del prezzo e gli appalti pubblici socialmente responsabili continuano a essere molto meno noti e sviluppati”. La Commissione si impegna quindi ad aumentare i propri sforzi “per mettere in evidenza i vantaggi e i modi concreti di utilizzare gli appalti pubblici” socialmente responsabili. Insomma, la Commissione sembra dire che sono le autorità pubbliche a non aver saputo cogliere appieno le opportunità offerte dalla normativa europea.

Nel *considerando* n. 20 della citata *Raccomandazione*, si legge che la collaborazione con le autorità pubbliche costituisce “elemento essenziale” per lo sviluppo dell’economia sociale. Il Consiglio ricorda il margine di flessibilità offerto dalle norme e dalle strategie dell’Unione e nazionali in materia di appalti pubblici, in base al quale le amministrazioni aggiudicatrici possono servirsi degli appalti pubblici in modo più strategico definendo criteri innovativi, ecologici e sociali. Si sottolinea che “la maggior parte delle aggiudicazioni avviene tuttavia ancora esclusivamente sulla base del prezzo” e che per tale ragione “i soggetti dell’economia sociale faticano a competere nelle normali procedure d’appalto, nonostante possano apportarvi un valore aggiunto maggiore”.

Di conseguenza, il Consiglio raccomanda agli Stati membri di “incoraggiare le proprie amministrazioni aggiudicatrici ad acquistare beni e servizi in modo strategico, di perseguire gli obiettivi sociali”. A tale fine, “sono invitati a sfruttare appieno gli strumenti messi a disposizione dalla normativa dell’Unione in materia di appalti pubblici, compresi quelli per l’organizzazione di determinati servizi, noti come servizi alla persona e come servizi di interesse generale, attraverso un regime specifico ispirato al *principio di solidarietà*”. Questo facendo ricorso a tipi diversi di strumenti strategici, tra cui la “adozione di orientamenti strategici e strategie di appalto, sostenuti dalla leadership che prevedano un’assunzione di impegno che spazi dal livello politico fino ai decisori e ai responsabili della gestione del bilancio” e la “fornitura di orientamenti ai livelli amministrativi adeguati per agevolare l’accesso agli appalti pubblici da parte dei soggetti dell’economia sociale” e un “incoraggiamento di un *dialogo* strutturato, trasparente e non discriminatorio con i portatori di interessi dell’economia sociale e di altre aree al fine di elaborare una strategia per appalti pubblici socialmente responsabili”.

Infine, per quanto più interessa ai fini del presente lavoro, grande rilievo assume il punto 10 della *Raccomandazione*. Si legge infatti che

¹⁴² Commissione europea, *Acquisti sociali — Una guida alla considerazione degli aspetti sociali negli appalti pubblici (seconda edizione)*, 2021/C 237/01, testo consultabile [qui](#).

“Si raccomanda agli Stati membri di dare attuazione a *meccanismi di consultazione e dialogo* tra autorità pubbliche e organizzazioni che rappresentano l’economia sociale, ad esempio formando gruppi di alto livello e sostenendo la nascita e lo sviluppo di reti rappresentative dell’economia sociale”.

“Meccanismi di consultazione e dialogo” che in Italia si ritrovano, tra l’altro, anche nei meccanismi partecipativi propri del nuovo istituto della co-programmazione ex art. 55 CTS.

In definitiva, quelle previste dal *Piano* e dalla *Raccomandazione* sono misure assai timide, che si sostanziano nel “permettere” allo Stato membro di alleggerire l’impostazione concorrenziale, che è però cosa molto diversa dallo sviluppare una teoria e una conseguente normativa che contemperino principio di concorrenza e principio di collaborazione tra pubblica amministrazione ed economia sociale. Amplicissima è infatti la distanza tra il livello di dibattito europeo sul tema e quello italiano, ove ormai da tempo la Corte costituzionale italiana parla di “nuovo rapporto collaborativo con i soggetti pubblici”, di un “canale di amministrazione condivisa, alternativo a quello del profitto e del mercato” (sentenza n. 131 cit.). Tuttavia, anche a livello dell’Unione sembra apprezzarsi un progressivo cambio di prospettiva, con una maggiore attenzione per l’economia sociale che si traduce anche nella raccomandazione di una più forte posizione di questa nel dialogo politico e nella cooperazione con le autorità pubbliche (punto 10) e nella puntuale menzione – non scontata – del *principio di solidarietà*¹⁴³ (punto 15), richiamato espressamente come principio a cui gli Stati membri dovrebbero ispirarsi nella predisposizione di regime giuridici per l’organizzazione di determinati servizi di interesse generale.

4.3. Una spinta e una frenata dall’Unione europea

In definitiva, si potrebbe affermare che dall’Unione deriva una forte *spinta* verso la promozione di modelli di democrazia partecipativa, in linea con quanto già da tempo sperimentato a livello nazionale anche in ambito locale, nella direzione quindi di un’ampia partecipazione della società civile all’elaborazione delle politiche pubbliche. Allo stesso tempo, tuttavia, il diritto dell’Unione sembra determinare anche una *frenata* nella direzione della promozione dell’amministrazione condivisa. Un modello quasi “sconosciuto” a quel livello, dove ancora i rapporti pubblico-privato nell’ambito dell’attività amministrativa rimangono nettamente ancorati ad un paradigma concorrenziale e ad una impostazione sinallagmatica – e non collaborativa – di quei rapporti.

¹⁴³ È ampio il dibattito in dottrina circa lo “spazio” del principio di solidarietà all’interno del diritto dell’Unione europea. Per una ricostruzione si v., *ex multis*, si veda, T. RUSSO, *La solidarietà come valore fondamentale dell’Unione europea: prospettive e problematiche*, in AA.VV., *Dialoghi con Ugo Villani*, Cacucci, Bari, 2017 p. 667 ss; G. BULTLER, *Solidarity and its limits for economic integration in the European Union’s internal market*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, n. 3, 2018, p. 310 ss. Si ricordi peraltro che la Corte di giustizia, con sentenza del 16 febbraio 2022, causa C-157/21, *Polonia c. Parlamento e Consiglio* qualifica la solidarietà come “principio fondamentale del diritto dell’Unione” (punto 147).

Non potrà quindi certamente dirsi che l'istituto della co-programmazione, inteso almeno come *procedimento amministrativo*, trovi un pieno fondamento nel diritto dell'Unione europea. Al massimo, si può affermare che è un modello da essa “tollerato”, con riferimento ad alcuni specifici ambiti di attività (quelli oggi ben individuati dall'art. 5 CTS). Anche se, come ha ricordato la Corte costituzionale italiana, non c'è alcuna incompatibilità tra diritto UE e la nuova disciplina dell'amministrazione condivisa prevista nel CTS¹⁴⁴, in quanto “è lo stesso diritto dell'Unione che mantiene, a ben vedere, in capo agli Stati membri la possibilità di apprestare, in relazione ad attività a spiccata valenza sociale, un modello organizzativo ispirato non al principio di concorrenza ma a quello di solidarietà”. Si potrebbe quindi dire che l'amministrazione condivisa è espressione di una *tradizione culturale* del nostro Paese, e in quanto tale rispettata dall'Unione.

La co-programmazione intesa invece come modello di *partecipazione politica* alla definizione degli obiettivi programmatici degli “esecutivi” territoriali può senz'altro trovare, nei diversi e sperimentati modelli di partecipazione a livello europeo, un sicuro e solido ancoraggio. Non solo, infatti, sono assai frequenti a livello dell'Unione europea le occasioni partecipative della società civile nelle procedure di elaborazione delle politiche della Commissione, ma sono ormai anche incoraggiati dall'Unione stessa meccanismi di consultazione e di dialogo politico tra i soggetti dell'economia sociale e le autorità pubbliche, rendendo così l'istituto italiano della co-programmazione uno strumento non così distante da quelli praticati e promossi a livello euro-unitario.

5. Considerazioni conclusive

Ogni prospettiva che è stata adottata nel presente lavoro è in grado di restituire delle interessanti conclusioni, che aiutano a tracciare una comune linea di sviluppo dell'istituto codicistico esaminato.

¹⁴⁴ Può essere opportuno a questo proposito fare riferimento alla giurisprudenza della Corte di Giustizia che, in talune decisioni proprio riferite all'Italia, ha assegnato precipua rilevanza al principio di solidarietà, giungendo a ritenere prevalente tale principio (per la valenza assegnata dalla Carta costituzionale) rispetto a quello di concorrenza. Si fa riferimento soprattutto a Corte di giustizia dell'Unione europea, quinta sezione, sentenza 28 gennaio 2016, in causa C-50/14, *CASTA e a.*, e a Corte di giustizia dell'Unione europea, quinta sezione, sentenza 11 dicembre 2014, in causa C-113/13, *Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» e a.*, che, secondo quanto affermato dalla stessa Corte costituzionale italiana nella citata sent. 131/2020, “tendono a smorzare la dicotomia conflittuale fra i valori della concorrenza e quelli della solidarietà”. In particolare, nella sentenza *Spezzino*, la Corte di giustizia giunge ad affermare “gli articoli 49 TFUE e 56 TFUE devono essere interpretati nel senso che non ostano ad una normativa nazionale che, come quella in discussione nel procedimento principale, prevede che la fornitura dei servizi di trasporto sanitario di urgenza ed emergenza debba essere attribuita in via prioritaria e con affidamento diretto, in mancanza di qualsiasi pubblicità, alle associazioni di volontariato convenzionate, purché l'ambito normativo e convenzionale in cui si svolge l'attività delle associazioni in parola contribuisca effettivamente alla *finalità sociale* e al perseguimento degli *obiettivi di solidarietà* ed efficienza di bilancio su cui detta disciplina è basata”. In altre parole, quindi, l'attribuzione di tale servizio al volontariato non solo si presta ad assicurare un equilibrio di bilancio, ma è pure compatibile con i principi di solidarietà e di sussidiarietà (nella sua dimensione orizzontale). Per un'efficace rassegna del dibattito giurisprudenziale sul tema, si v. A. ALBANESE, *I servizi sociali nel Codice del Terzo settore e nel Codice dei contratti pubblici: dal conflitto alla complementarità*, in *Munus*, 1, 2019.

Muovendo dalle conclusioni che si possono trarre dall'esame condotto secondo la *prospettiva teorica*, un aspetto di grande rilievo che emerge da quell'analisi – confermato come si è visto anche dall'analisi pratica – è quello del rapporto della co-programmazione con gli altri istituti programmatori locali previsti dalla normativa nazionale e regionale. Un rapporto che, come abbiamo cercato di dimostrare, potrebbe essere precisato, nell'assenza di univoche indicazioni nel CTS e nelle leggi regionali, proprio dai regolamenti comunali. Il richiamo dell'art. 55 del CTS alla “autonomia regolamentare” dei Comuni può infatti costituire la via per realizzare un solido *corpus* normativo e amministrativo della disciplina della partecipazione degli enti del Terzo settore alla vita pubblica locale, e questo sia in chiave di “sussidiarietà decisionale” – nell'elaborazione delle politiche pubbliche, in una logica di democrazia partecipativa – sia di “sussidiarietà azionale” – in una logica di amministrazione condivisa – ¹⁴⁵, chiarendo le modalità di coinvolgimento degli enti del Terzo settore nelle scelte strategiche dell'ente locale territoriale e in tutte le fasi di programmazione previste dalla normativa. Le PP.AA. e gli ETS dovrebbero quindi rendersi conto, come affermato da Gori¹⁴⁶, che la valorizzazione dell'amministrazione condivisa è la “cartina di tornasole di una *trasformazione* dell'amministrazione, in grado di propagarsi sino a lambire tratti essenziali della forma di stato, disegnando un nuovo scenario di *democrazia*”, e che soprattutto realizza “una diversa dislocazione del potere politico” e una “trasformazione della partecipazione dei cittadini all'esercizio delle funzioni pubbliche, al di là delle forme più consolidate”. È in questo quadro di *dislocazione del potere politico* e al contempo di *trasformazione dell'amministrazione* che va ad inserirsi l'istituto codicistico, invitando tutti i soggetti pubblici a riorganizzare le proprie funzioni programmatiche alla luce di questo nuovo, mutato, contesto. Tutto ciò realizza una trasformazione della stessa democrazia a livello locale: l'aver esperito forme di amministrazione condivisa diventa un fattore di legittimazione ulteriore della decisione politica assunta a quel livello. Il procedimento amministrativo registra così un processo collaborativo virtuoso che non può non riverberarsi positivamente – accrescendone la democraticità – sul sistema di governo locale.

Quanto alle conclusioni dell'indagine effettuata secondo una *prospettiva pratica*, una delle grandi sfide che emerge è sicuramente quella del recepimento dei principi sull'amministrazione condivisa nell'ambito dell'autonomia regolamentare degli enti locali. Tale recepimento contribuirebbe, a nostro parere, a indirizzare gli enti locali in almeno due, importanti, direzioni. La prima, è quella di configurare la co-programmazione non solo come un procedimento, ma come un vero e proprio *sistema* per lo svolgimento dell'attività programmatica, valorizzandone quindi la natura *circolare*. È un punto messo in evidenza dalle

¹⁴⁵ Sono espressioni di L. AZZENA, *Vecchi e nuovi paradigmi per le politiche pubbliche in tempi di crisi. La doppia faccia della sussidiarietà orizzontale*, Il Mulino, Bologna, 2015, che mette in evidenza una “sussidiarietà decisionale”, che consiste nella partecipazione della società di intervenire sulle decisioni dei pubblici poteri, ed una “sussidiarietà azionale”, che vede invece la società civile coinvolta nell'azione amministrativa.

¹⁴⁶ L. GORI, *Terzo settore e Costituzione*, cit., p. 345.

citare *Linee guida* sul rapporto tra pubbliche amministrazioni ed enti del Terzo settore (DM 71/2021), seppure solo con riferimento alla *co-progettazione*¹⁴⁷. Inoltre, la seconda direzione è quella di un progressivo superamento di quel difetto di riconoscimento da parte delle istituzioni della capacità del Terzo settore di contribuire a orientare le scelte politiche (ovviamente negli specifici campi di applicazione). Per molto tempo è rimasta ben salda nelle pubbliche amministrazioni la visione del Terzo settore come mero erogatore di servizi. Questa visione, dovuta ad una rappresentazione se non distorta quanto meno non adeguata del Terzo settore, ha generato uno scarso coinvolgimento di quest'ultimo nei luoghi deputati al dialogo e al confronto politico. La co-programmazione invita a ripensare questa visione: gli ETS non possono più essere considerati meri erogatori di servizi, ma sono soggetti che partecipano a pieno a titolo alla programmazione, collaborando insieme ai soggetti pubblici nella “individuazione dei bisogni da soddisfare, degli interventi a tal fine necessari, delle modalità di realizzazione degli stessi e delle risorse disponibili”. Nel mondo della società solidale, infatti, la partecipazione *democratica* è ancora molto viva. E gli enti locali difficilmente potranno ignorarlo.

Interessanti conclusioni emergono anche dalla *prospettiva evolutiva*. Alla luce di quanto detto sopra, si potrebbe dire che la co-programmazione abbia un fondamento robusto nel diritto dell'Unione europea. Una tale affermazione potrebbe essere convincente, anche perché nel caso della co-programmazione (a differenza, invece, della co-progettazione) non c'è alcuna finalità *lato sensu* “di affidamento”, che possa creare problemi di compatibilità con la disciplina europea della concorrenza. Inoltre, come si è detto, la co-programmazione appare molto simile ai modelli di democrazia partecipativa sperimentati a livello UE nell'elaborazione delle politiche della Commissione. Occorre tener presente, tuttavia, che i modelli europei di partecipazione alle attività della Commissione sono aperti in generale a tutta la società civile, e non riservati a una specifica categoria di enti. Solo recentemente, all'interno della Raccomandazione del Consiglio sull'economia sociale, si legge l'invito agli Stati membri a “dare attuazione a meccanismi di consultazione e dialogo tra autorità pubbliche e organizzazioni che rappresentano l'economia sociale”. Raccomandazione che potrebbe sì sembrare una prima, anche se non del tutto esplicita, apertura dell'Unione al modello italiano della co-programmazione, ma che allo stesso tempo rimane troppo generica e ancora esclusivamente riferita al momento politico e non anche a quello propriamente amministrativo. Inoltre, non sembra vi siano ancora le condizioni per affermare che l'Unione europea consenta espressamente una procedura (come quella di co-programmazione) che incide fortemente sull'esercizio dei pubblici poteri ma che è riservata ad una sola categoria di enti (gli enti del Terzo settore),

¹⁴⁷ In tale documento, si legge infatti che essa “dovrebbe essere riattivata – nei termini e con le modalità disciplinati da ogni singolo avviso, anche in relazione alla peculiarità dell'oggetto del procedimento – allorquando si manifesti la necessità o, anche, l'opportunità di rivedere o implementare l'assetto raggiunto con la co-progettazione”.

categoria giuridica che – seppure molto vicina, ma non coincidente, a quella di “soggetti dell’economia sociale” oggi accolta nel citato Piano d’azione – il diritto dell’Unione ancora non conosce.

Infine, si potrebbe criticare lo sviluppo di un’Unione orientata nel senso del principio di sussidiarietà orizzontale, inteso esclusivamente nella sua accezione *positiva* descritta sopra. Infatti, a livello di Unione europea, il principio di sussidiarietà orizzontale sarebbe in grado sviluppare le sue potenzialità come “fattore di socializzazione e di democratizzazione” solo a condizione che esso non venga utilizzato “in una prospettiva esclusivamente funzionalistica ed efficientistica”¹⁴⁸. Nel senso cioè che non venga utilizzato dalle istituzioni europee (e in particolare dalla Commissione) esclusivamente come mezzo per acquisire il contributo di *stakeholders* nell’ambito dell’elaborazione delle politiche (accrescendo così la legittimità o l’apparenza di legittimità dei propri processi decisionali), lasciando poi però al margine gli stessi soggetti quando si tratti di contribuire allo svolgimento di attività di interesse generale.

Si potrebbe dunque dire, in chiusura, che il livello nazionale e quello europeo sono interessati da due *linee di tendenza* che sembrano andare in direzioni opposte. Da un lato, nel nostro Paese, la sfida è quella di superare la concezione degli enti del Terzo settore come meri erogatori di servizi, iniziando a concepirli finalmente come soggetti in grado di contribuire a orientare le scelte politiche, creando - se non istituzionalizzando - apposite sedi di dialogo permanente a ciò dedicate. A livello europeo, invece, la sfida è quella di sviluppare appieno il principio di sussidiarietà orizzontale, anche nella sua dimensione per così dire “negativa”. Non basta il coinvolgimento dei privati nell’elaborazione delle politiche pubbliche, se poi l’attuazione di quelle stesse politiche è condizionata da stringenti regole europee che ancora promuovono e sponsorizzano le usuali logiche concorrenziali e non quelle collaborative.

Due linee di tendenza i cui contrasti meritano senz’altro un tentativo di ricomposizione. Tentativo che può portare il nostro Paese ad imparare dall’Unione ciò che essa ha sperimentato di positivo nell’ambito del coinvolgimento dei cittadini nel momento *politico*, ma che può portare anche l’Unione a imparare qualcosa da una consolidata e positiva tradizione culturale del nostro Paese, aiutandola a valorizzare il contributo collaborativo che il privato sociale può apportare nel momento *amministrativo*. In questo complesso quadro, si crede, si inserisce l’istituto della co-programmazione: tra politica e amministrazione, con un punto di equilibrio ancora tutto da individuare.

¹⁴⁸ In questi termini si è espresso P. RIDOLA, *Sussidiarietà e democrazia*, in ID., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, cit., pp. 374-375.



Il sistema integrato di educazione e di istruzione dell'infanzia come amministrazione nazionale a rete^{*}

di Angelo Mari

Professore a contratto di Programmazione e direzione amministrativa
Università LUMSA

Abstract [It]: L'articolo analizza il sistema integrato di educazione e istruzione dell'infanzia in corso di realizzazione nell'ordinamento italiano. Il lavoro parte da alcuni dati socio economici rilevanti, per poi soffermarsi sull'evoluzione storica della normativa e della giurisprudenza sugli asili nido e sulla scuola dell'infanzia. Esamina inoltre la distribuzione delle competenze tra stato regioni e comuni, gli organi e le procedure miste introdotte con la riforma che configura un modello innovativo di amministrazione nazionale a rete.

Title: The integrated system of early childhood education as a national network administration

Abstract [En]: The article analyzes the integrated system of early childhood education being implemented in the Italian legal system. The work starts from some relevant socio-economic data, and then focuses on the historical evolution of legislation and jurisprudence on early childhood education and nursery school. It also examines the distribution of responsibilities between the state, regions and municipalities, the mixed bodies and procedures introduced with the reform which sets up an innovative model of national network administration.

Parole chiave: sistema integrato, servizi per l'infanzia, organi e procedure miste, indirizzi educativi, insegnanti, sussidiarietà orizzontale

Keywords: integrated system, early childhood education, mixed bodies and procedures, educational directives, teachers, horizontal subsidiarity

Sommario: 1. I temi e i problemi aperti. 2. L'assetto instabile delle competenze. 3. La portata della riforma e le esigenze di approfondimento. 4. Dallo *split system* al sistema integrato di educazione e istruzione. 5. Indirizzi educativi nazionali e qualificazione dei docenti. 6. Organi e procedure miste per la *governance* del nuovo sistema. 7. Oltre la distinzione materiale tra educazione e istruzione. 8. Verso un modello innovativo di amministrazione nazionale a rete.

1. I temi e i problemi aperti

In occasione dell'elaborazione, approvazione e revisione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) si è fatto un gran parlare dello stato e delle prospettive dei servizi socio educativi per l'infanzia¹,

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, nell'ambito della Missione 4, azione M4C1 "Potenziamento dell'offerta dei servizi di istruzione: dagli asili nido alle università", ha individuato lo specifico obiettivo di "aumentare significativamente l'offerta di posti negli asili nido e nelle scuole dell'infanzia". La misura ha stabilito che alla fine del periodo di riferimento (anno 2026) saranno creati oltre 200.000 nuovi posti, con un aumento di circa il 60% rispetto alla situazione attuale. Queste previsioni iniziali sono state riviste leggermente al ribasso con la revisione del PNRR della fine dell'anno 2023 e sono soggetto a monitoraggio continuo per ulteriori aggiustamenti. La giurisprudenza ha già avuto occasione di affermare che la programmazione - e l'utilizzazione - dei finanziamenti deve essere conforme allo specifico vincolo di destinazione. Cfr. Tar Lazio, sez. III, Roma, 15 febbraio 2023, n. 2738.

vale a dire di quei servizi erogati prevalentemente in ambito comunale, rivolti ai bambini, ai genitori e considerati un investimento fondamentale da più punti di vista: economico², pedagogico e delle neuroscienze³, dell'inclusione⁴ e, più in generale, dell'intera società⁵.

L'esigenza di nuovi e più estesi investimenti, pubblici e privati, nel settore è un tema presente nelle più accurate riflessioni a livello internazionale nei sistemi socio economici avanzati⁶. Nel nostro Paese, tale necessità poggia sulla difficoltà di garantire una copertura territoriale accettabile dell'offerta, dal momento che, come è noto, non solo la percentuale media di servizi presenti sul territorio è inferiore rispetto alla media europea⁷, ma essa è anche notevolmente differenziata da regione a regione, tra città e piccoli comuni, tra Centro, Nord e Sud del Paese. Diversificata sul territorio è anche la presenza di strutture

² È nota la tesi, rappresentata dalla cosiddetta curva di Heckman, secondo la quale gli investimenti economici in servizi per la prima infanzia e in programmi prescolastici sono quelli che rendono di più nello sviluppo nel tempo del capitale umano sia in termini di efficienza economica sia nella riduzione delle disuguaglianze. Cfr. J.J. HECKMAN, *Achieving a High Return on Early Childhood Investment, in Big Ideas for children. Investing in Our Nation's Future*, First Focus, Washington, D.C., 2009, p. 49 e ss, in www.firstfocus.net; www.heckmanequation.org. Sull'evoluzione italiana, si veda G. BERTOLA, P. SESTITO, *Il capitale umano*, in G. TONIOLO (a cura di) *L'Italia e l'economia mondiale dall'Unità a oggi*, Collana storica della Banca d'Italia, Marsilio, Venezia, 2013.

³ R. REGNI, L. FOGASSI, *Maria Montessori e le neuroscienze. Cervello, mente, educazione*. Fefè editore, Roma, vol. 43, 2019, dove si evidenzia che i primi anni di vita sono fondamentali per lo sviluppo cognitivo del bambino.

⁴ Il tema dell'inclusione interessa molti aspetti che vanno dall'immigrazione alla disabilità. Cfr., K.A. MAGNUSON, J. WALDFOGEL, *Early childhood care and education: effects on ethnic and racial gaps in school readiness*, in *The Future of Children*, vol. 15, 2005, 169-196; C. BERTOLINO, *I criteri di accesso agli asili nido quali presidio di eguaglianza nella loro funzione socio-educativa*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 19 febbraio 2019; G. SOBRINO, *Leggi regionali e violazione del principio di eguaglianza. Le discriminazioni verso i non cittadini operate dalle leggi regionali*, in *Diritti regionali*, n. 1, 2019. Sulla questione specifica del rapporto tra disabilità e istruzione, si vedano S. TROILO, *Tutti per uno o uno contro tutti? Il diritto all'istruzione e all'integrazione scolastica dei disabili nella crisi dello stato sociale*, Giuffrè, Milano, 2012; L. GIANI, *Disabilità e diritto all'istruzione: alla ricerca di un difficile equilibrio tra persona e valore economico della prestazione (pubblica)*, in M. INTERLANDI (a cura di), *Funzione amministrativa e diritti delle persone con disabilità*, Editoriale scientifica, Napoli, 2022, p. 139 e ss.

⁵ Si pensi soltanto ai temi dell'occupazione femminile, al problema dell'attuale *trend* decrescente delle nascite, alla questione dell'inclusione sociale di genere, alla storica esigenza di democratizzazione del sistema e alla piena attuazione del principio di uguaglianza formale e sostanziale di cui all'art. 3 della Costituzione. Su quest'ultimo aspetto sono illuminanti le riflessioni di U. ALLEGRETTI, *Pubblica amministrazione e ordinamento democratico*, in *Il Foro italiano*, parte V, 1984, 17 e ss.; si veda anche S. SASSI, *La conciliazione della vita lavorativa e della vita familiare: un'applicazione del principio di uguaglianza*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 2, 2010, p. 491 e ss.

⁶ Sull'importanza strategica dei servizi per la prima infanzia, si veda, OECD, *Starting Strong VI. Supporting Meaningful Interactions in Early Childhood Education and Care*, Parigi, 2021. Si veda inoltre, D. L. KIRP, *The Sandbox investment. The preschool Movement and Kids-First Politics*, Harvard University Press, 2007; id., *Five big ideas for transforming children's lives and America's Future*, Public Affair, New York, 2011.

⁷ L'Unione europea pone particolare attenzione al tema dell'ampliamento della quantità e qualità dell'offerta di servizi per l'infanzia. Nell'ultimo ventennio è stata adottata una serie di raccomandazioni. Tra le più recenti: Raccomandazione (UE) 2021/1004 del Consiglio del 14 giugno 2021, che istituisce una "garanzia europea per l'infanzia", dove si persegue l'obiettivo di garantire "l'accesso effettivo e gratuito a un'educazione e cura della prima infanzia di alta qualità, all'istruzione e alle attività scolastiche". L'Italia si è adeguata adottando il previsto PANGI (Piano d'Azione Nazionale per l'attuazione della Garanzia Infanzia, operativo da giugno 2022); Raccomandazione del Consiglio UE "in materia di educazione e cura della prima infanzia: obiettivi di Barcellona per il 2030" dell'8 dicembre 2022. Qui si raccomanda che entro il 2030: almeno il 45% dei bambini di età inferiore ai tre anni partecipi all'educazione e almeno il 96% dei bambini di età superiore sia accompagnato verso l'inizio dell'istruzione primaria obbligatoria frequentando strutture educative.

private che erogano il servizio, più numerosa per gli asili nido⁸ meno per le scuole dell'infanzia⁹. Va anche detto che la domanda effettiva – più che doppia rispetto all'offerta - risulta inferiore rispetto alla domanda potenziale, perché a volte fattori culturali e socio-economici (ad esempio la scarsa occupazione femminile o le difficoltà economiche che non consentono di pagare le rette¹⁰) condizionano l'approccio dei genitori, con la conseguenza che in alcuni ambienti si preferisce (o si è costretti a) crescere i bambini nei primi anni di vita solo nell'ambito familiare¹¹.

E' in tale contesto che va inquadrata la riforma in atto sul sistema integrato di educazione e istruzione dell'infanzia. Essa da una parte cerca di rafforzare l'offerta di servizi e, dall'altra, ridisegna l'intero percorso educativo che precede la scuola primaria sia dal punto di vista pedagogico¹² sia sotto l'aspetto istituzionale e organizzativo.

2. L'assetto instabile delle competenze

Alla situazione di fragilità strutturale sopra richiamata, si accompagna un quadro regolatorio incerto e non ancora in perfetto equilibrio. In effetti, ben prima della riforma costituzionale del 2001 si era molto discusso sul riparto di competenze tra Stato, regioni e enti locali in materia di asili nido¹³ e questa

⁸ L'ultima rilevazione Istat mostra i seguenti dati essenziali: nell'anno educativo 2021/2022 sono attivi 13.518 nidi e servizi integrativi per la prima infanzia e sono autorizzati oltre 350mila posti (48,8% dei quali a titolarità pubblica, 51,2% privata); rispetto al numero totale dei bambini residenti in Italia, la percentuale di posti disponibili è pari al 28%, mentre il 49% dei bambini è in lista di attesa avendo i genitori presentato la domanda di iscrizione. L'Umbria è la regione con il più alto livello di copertura (43,7%), seguita da Emilia Romagna (41,6%), Valle d'Aosta e Provincia Autonoma di Trento (41,1%); la Toscana, il Friuli- Venezia Giulia e il Lazio si attestano sopra la soglia del 33% (38,4%, 36,8% e 36,1%); fra le regioni del Sud, restano ancora al di sotto del 15% Campania, Sicilia e Calabria (11,7%, 13% e 14,6% rispettivamente), mentre la Sardegna con il 32,5% fa registrare il livello più alto; i capoluoghi di provincia hanno una copertura media del 35,3%, mentre i Comuni non capoluogo, nel loro insieme, hanno una copertura di posti inferiore di ben dieci punti percentuali (24,9%). In Italia la frequenza di un servizio educativo per la prima infanzia risulta inferiore alla media europea: nel 2021 i bambini che frequentano una struttura educativa risultano pari al 33,4% dei residenti di 0-2 anni, compresi i bambini iscritti alla scuola dell'infanzia cosiddetti anticipatari (contro il 37,9% della media Ue); la Francia e la Spagna sono ben al di sopra del 50% e altri paesi, come l'Olanda e la Danimarca, si attestano al 74,2% e al 69,1%. Cfr. ISTAT, *Offerta di nidi e servizi integrativi per la prima infanzia*, anno educativo 2021/2022, Report 23 novembre 2023.

⁹ Per quanto riguarda la scuola dell'infanzia, la copertura è molto elevata e si attesta intorno al 93%, che colloca l'Italia nella fascia alta dei paesi occidentali. Cfr. OECD, *Education at Glance 2023*, Parigi, 2023, p. 167 e ss. Le sedi delle scuole dell'infanzia statali sono 13.135 (61%), con 809.861 alunni, quelle paritarie 8.303 (39%), con 449.819 alunni. Cfr. MIM, Ufficio di statistica, *Focus "principali dati della scuola – avvio anno scolastico 2023-2024"*, www.miur.it.

¹⁰ Anche se dal 2016 è stato introdotto il *bonus* per pagare parte delle rette per la frequenza degli asili nido, erogato dall'Istituto Nazionale per la Previdenza Sociale sulla base dell'Indicatore della Situazione Economica Equivalente delle famiglie richiedenti (art. 1, comma 355, legge 11 dicembre 2016, n. 232, *Bilancio di previsione dello Stato per l'anno 2017 e bilancio pluriennale per il triennio 2017-2019*).

¹¹ Cfr. in proposito, F. ZOLLINO, *Il difficile accesso ai servizi di istruzione per la prima infanzia in Italia: i fattori di offerta e di domanda*, in Banca d'Italia, *Questioni di Economia e Finanza*, n. 30 del 2008; P. LIBERACE, *Contro gli asili nido. Politiche di conciliazione e libertà di educazione*, Rubbettino, Catanzaro, 2009. E' evidente che nella fase immediatamente successiva alla nascita si applicano le normative sull'astensione obbligatoria dal lavoro, per cui i servizi per l'infanzia interessano di fatto i bambini dai quattro mesi in poi.

¹² Sui profili pedagogici della riforma si veda, A. BONDIOLI, D. SAVIO, *Educare l'infanzia. Temi chiave per i servizi 0-6*, Carocci, Roma, 2018.

¹³ A. ROCCELLA, *Asili nido*, in *Digesto discipline pubblicistiche*, I, Utet, Torino, 1987, pp. 418-421.

incertezza si è accentuata subito dopo, in quanto nulla si è disposto nella specifica materia, per cui sull'argomento è stata spesso interpellata la Corte costituzionale¹⁴.

Il quadro per certi versi è diventato ancora più complesso a seguito dell'emanazione della legge sulla "buona scuola"¹⁵, che ha introdotto uno stretto legame tra asili nido e scuola dell'infanzia, configurandolo quale un unico percorso educativo e di istruzione, anche se, come si vedrà, sul piano ordinamentale i due segmenti rimangono in sostanza ancora separati. Va anche detto che questo disegno si è innestato in un contesto dove la legislazione regionale sugli asili nido aveva svolto per quasi cinquant'anni un ruolo determinante e, per alcuni aspetti, di "supplenza" rispetto a quella statale, soprattutto nella qualificazione giuridica di tale tipologia di servizi e nella disciplina delle modalità organizzative¹⁶.

Ma qual è la situazione attuale? Senza ripercorrere l'evoluzione giurisprudenziale degli ultimi venticinque anni¹⁷, è sufficiente qui evidenziare l'odierno punto di arrivo che sembra essersi attestato sulla seguente situazione: a) i comuni esercitano le funzioni amministrative di regolazione locale e di gestione diretta o indiretta¹⁸ dei servizi tre mesi-tre anni e gestiscono le scuole dell'infanzia comunali paritarie; b) le regioni esercitano la potestà normativa concorrente sull'organizzazione e caratterizzazione delle strutture e la funzione amministrativa di programmazione territoriale; c) lo Stato determina i livelli essenziali delle prestazioni, definisce i principi fondamentali della materia, le norme generali sull'istruzione; sul piano amministrativo si occupa della programmazione nazionale, del monitoraggio, della valutazione del sistema e gestisce il personale statale nella scuola dell'infanzia.

¹⁴ V. DE SANTIS, *Il riparto delle competenze in materia di asili nido: la Corte precisa collocazione, natura e funzione del servizio alla luce della Costituzione riformata*, in *Giurisprudenza italiana*, n. 1, 2005; Non meno travagliata è la vicenda giurisprudenziale relativa all'ordinamento scolastico, si veda M. TROISI, *L'istruzione, una materia contesa tra Stato e Regioni*, in *Italian Papers on Federalism*, www.ipof.it, n. 3, 2020.

¹⁵ Legge 13 luglio 2015, n. 107 di *Riforma del sistema nazionale di istruzione e formazione e delega per il riordino delle disposizioni legislative vigenti*.

¹⁶ E. FERIOLI, *Esiti paradossali dell'innovativa legislazione regionale in tema di asili nido, tra livelli essenziali ed autonomia finanziaria regionale*, in *le Regioni*, n. 2/3, 2004, p. 743 e ss. Una ricognizione della situazione regionale è stata svolta dal consorzio MIPA, *Stato dell'arte, criticità e sviluppi del sistema educativo integrato 0-6. La normativa regionale sui servizi educativi per l'infanzia*, Roma, 2020.

¹⁷ Per la ricostruzione dell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in materia, si rinvia a A. MARI, *Il sistema integrato di educazione e di istruzione dell'infanzia. Un ordinamento ad assetto variabile*, Aracne, Roma, 2017, p. 42 e ss. La pronuncia cardine può essere considerata la sentenza n. 370 del 2003 che trae origine dai ricorsi presentati da alcune regioni (Marche, Toscana, Emilia Romagna e Umbria) contro diverse disposizioni della legge 28 dicembre 2001, n. 448 – legge finanziaria 2002 – compreso l'art. 70 dove si prevedeva l'istituzione di un Fondo statale per gli asili nido a destinazione vincolata. Si vedano inoltre le considerazioni svolte da C. BERTOLINO, *I servizi educativi per la prima infanzia tra Stato e Regioni: un lungo cammino giunto ormai alla meta?*, in *Munus*, n. 2, 2017, p. 401 e ss.

¹⁸ Per gestione indiretta si intende sia il ricorso a istituzioni comunali, aziende speciali e fondazioni sia a enti del terzo settore, in prevalenza cooperative sociali, tramite convenzioni, contratti di appalto, concessione, somministrazione di lavoro, e così via.

E' evidente che il tema è toccato sia dalla proposta di attuazione del regionalismo differenziato¹⁹ sia dalla collegata definizione preventiva dei livelli essenziali delle prestazioni relativi ai diritti sociali²⁰ attualmente al centro del dibattito politico istituzionale²¹. Per cui siamo di fronte a una sorta di *working in progress* che inciderà sugli sviluppi futuri del sistema.

3. La portata della riforma e le esigenze di approfondimento

Il ricordato percorso di riforma del settore educativo previsto dalla legge sulla buona scuola è stato concretamente varato nel 2017, quando è stato introdotto il “sistema integrato di educazione e istruzione dalla nascita sino a sei anni”, con l’obiettivo appunto di unificare in un unico percorso pedagogico e, in parte, istituzionale e amministrativo gli asili nido (fino a tre anni di età) e la scuola dell’infanzia (da tre a sei anni)²². Come ricordato, l’avvio e l’implementazione del nuovo sistema sono chiamati a confrontarsi con un quadro ordinamentale al tempo stesso frammentato e dinamico, per cui il punto di approdo verso l’assetto rispondente alle aspettative di unitarietà sembra ancora lontano.

Appare subito evidente che la portata della riforma si presta a diverse riflessioni e può essere indagata sotto molteplici profili giuridici. E' noto che la dottrina giuspubblicistica si è molto occupata del sistema scolastico nel suo complesso²³ e si è occupata sporadicamente degli asili nido, per lo meno da un punto di vista globale e ordinamentale²⁴ e non legato a specifici aspetti riferiti per lo più all’assetto passato²⁵. Non risultano invece studiati abbastanza i profili ordinamentali relativi all’intero percorso zero sei di recente istituzione, soprattutto dal punto di vista giuridico amministrativo.

¹⁹ Disegno di Legge *Disposizioni per l’attuazione dell’autonomia differenziata delle Regioni a statuto ordinario ai sensi dell’articolo 116, terzo comma, della Costituzione*, approvato dal Senato il 23 gennaio 2024. Atto Camera n. 1665, XIX legislatura. Si veda al riguardo l’approfondimento svolto nell’ambito della rivista *Tuttoscuola* da A. RUBINACCI, G.M. SALERNO (a cura di), *Autonomia differenziata. Analisi e proposte operative per l’istruzione*, Roma, 2023.

²⁰ Si veda in proposito il *Rapporto finale* presentato dal Comitato tecnico scientifico con funzioni istruttorie per l’individuazione dei livelli essenziali delle prestazioni, in www.federalismi.it, n. 27 del 2023. Sulla definizione sostanziale di livelli essenziali delle prestazioni e sul legame con i diritti “che prescindono dal territorio”, si veda L. TORCHIA, *Sistemi di welfare e federalismo*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4, 2002. Sul tema specifico, D. CABRAS, *Un primo livello essenziale in materia di servizi socio educativi per l’infanzia*, in www.federalismi.it, n. 19, 2007.

²¹ L’art. 1 della legge 29 dicembre 2022, n. 197 (bilancio dello Stato 2023), commi da 791 a 798, ha disciplinato la procedura per la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti in tutto il territorio nazionale, stabilendo che le condizioni particolari di autonomia di cui all’articolo 116, terzo comma, della Costituzione è consentita subordinatamente alla determinazione dei relativi LEP.

²² D. lgs. 13 aprile 2017, n. 65, *Istituzione del sistema integrato di educazione e di istruzione dalla nascita sino a sei anni, a norma dell’articolo 1, commi 180 e 181, lettera e), della legge 13 luglio 2015, n. 107*.

²³ Tra gli studi più recenti, si veda A. SANDULLI, *Scuola e istruzione*, in *Enciclopedia del Diritto*, I tematici, vol. III, Funzioni amministrative, Giuffrè, Milano, 2022, e l’ampia bibliografia ivi riportata.

²⁴ Tra i rarissimi contributi della scienza giuridica, va segnalato l’ampio e approfondito saggio di C. BERTOLINO, *I servizi educativi per la prima infanzia tra Stato e Regioni: un lungo cammino giunto ormai alla meta?*, *cit.*

²⁵ Ad esempio, G. SARNO, *Asili*, in *Enciclopedia del diritto*, III, 1958, pp. 185-190; U.M. COLOMBO, *Asilo nido*, in *Nuovissimo digesto italiano*, Utet, Torino, 1980, Appendice, pp- 436-439; A. ROCCELLA, *Asili nido*, *cit.*. In tutti questi scritti si sottolinea la differenza tra asili nido e asili d’infanzia (poi scuola materna); S. FREGO LUPPI, *Scuola materna e asili nido*, in *Digesto discipline pubblicistiche*, Utet, Torino, 1997, vol. XIII, 629 ss..

Per tale ragione in questo scritto si intende approfondire il tema, ma sotto uno specifico aspetto, vale a dire l'organizzazione e funzionamento del sistema e la sua specifica qualificazione giuridica. L'idea di fondo risiede nel fatto che nella ricordata frammentazione istituzionale l'apparato unitario disegnato dal legislatore può concretamente svilupparsi soltanto se viene a configurarsi un modello innovativo che sia in grado di superare i potenziali steccati, mettendo in campo strutture sinergiche non conflittuali o meglio in grado di prevenire e risolvere i conflitti sia positivi sia negativi. D'altra parte, in tutte le riflessioni scientifiche sviluppate intorno a questo argomento si fa riferimento all'importanza di un adeguato ed efficiente sistema di *governance*²⁶ che rappresenta uno dei "pilastri della qualità"²⁷ e può costituire al tempo stesso un punto di forza oppure un elemento di potenziale criticità²⁸. Si tratta in sostanza di cercare di sviluppare una teorica condivisa in modo tale che, sul piano attuativo pratico, tutti gli attori siano consapevoli dell'esatta portata del percorso riformatore e del fatto che ognuno di essi concorre in sincronia alla effettiva realizzazione.

4. Dallo *split system* al sistema integrato di educazione e di istruzione

In Italia, a differenza di altri Paesi europei, lo sviluppo degli asili nido e della scuola dell'infanzia (in precedenza scuola materna) hanno proceduto su binari separati: il primo legato alla cura dei piccoli e al sostegno delle madri lavoratrici, quindi in un'ottica prevalentemente socio assistenziale²⁹; il secondo considerato come struttura iniziale del sistema nazionale di istruzione³⁰. A livello internazionale tale modello è indicato con la locuzione *split system*, per differenziarlo da quelli unitari, dove il percorso educativo iniziale non presenta soluzioni di continuità³¹.

Vi è da dire che in entrambi i casi il percorso non è obbligatorio, per cui sono i genitori (o coloro che esercitano la responsabilità genitoriale) che decidono autonomamente se farlo frequentare o meno ai propri figli.

²⁶ OECD, *Literature review on early childhood education and care for children under the age of 3*, Parigi, 2020.

²⁷ Senato della Repubblica, *Zero/sei. Obiettivi, monitoraggio e valutazione*, Roma, 2018 (a cura di R. CECCARONI).

²⁸ Per molteplici profili giuridici (e in parte economici) che interessano il settore, si veda, F. FRACCHIA, *Il sistema educativo di istruzione e formazione*, Giappichelli, Torino, 2008. Per la verità anche le scuole materne delle origini sono state caratterizzate "per lungo tempo come esclusivamente assistenziali". Così, L. CALCERANO, G. MARTINEZ Y CABRERA, *Scuola (ordini e gradi)*, in *Enciclopedia del diritto*, volume XXXVI, Giuffrè, Milano, 1989, p. 904.

²⁹ Le tappe principali di tale percorso sono ricostruite da C. BERTOLINO, *I servizi educativi per la prima infanzia tra Stato e Regioni: un lungo cammino giunto ormai alla meta?*, *cit.*, soprattutto p. 408 e ss.

³⁰ Gli studi sull'evoluzione del sistema scolastico italiano iniziano l'analisi proprio dalla scuola materna (ora infanzia). In proposito si veda A.L. FADIGA ZANATTA, *Il sistema scolastico italiano*, il Mulino, Bologna, 1971. All'inizio del nuovo Millennio il tema si intreccia con la questione della parità scolastica; in effetti la l. 10 marzo 2000, n. 62, definisce e regola il "sistema nazionale di istruzione", sulla cui base poggia oggi la relativa "organizzazione diffusa" mista pubblica e privata, così A. SANDULLI, *Il sistema nazionale di istruzione*, il Mulino, Bologna, 2003, p. 75 e ss.

³¹ Per l'analisi comparata dei diversi sistemi presenti nei Paesi europei, si veda EURYDICE REPORT, *Early Childhood Education and Care in Europe*, Bruxelles, 2019. Qui si mette in evidenza che anche i sistemi di governance variano da Stato a Stato, ma non dipendono dalla struttura del percorso; di conseguenza vi sono situazioni dove vi è un unico centro di riferimento ministeriale pur in presenza un "separate setting".

Non è questa la sede per ripercorrere le ragioni storiche sottostanti a siffatta scelta italiana di separazione³², va messo in evidenza però che dall'assetto richiamato scaturiscono parecchie conseguenze giuridiche. A grandi linee si può dire che, sotto il profilo delle posizioni dei destinatari, l'asilo nido è un servizio a domanda individuale sottoposto a meccanismi tariffari; la scuola dell'infanzia è un servizio universale e, quando pubblico, gratuito. Dal punto di vista organizzativo, i servizi socio educativi tre mesi tre anni sono gestiti dai comuni (direttamente o tramite esternalizzazioni) o da enti e organizzazioni private da questi autorizzati o accreditati³³; vi sono anche “nidi aziendali” sia privati, sia pubblici (statali, regionali, comunali e di altri enti)³⁴ e “nidi familiari” gestiti in abitazioni private; la scuola dell'infanzia è gestita dall'amministrazione statale dell'istruzione oppure nell'ambito di strutture paritarie facenti capo ad altre organizzazioni o enti, a cominciare dagli stessi comuni. Riguardo al personale, negli asili nido operano educatori in possesso di titoli di studio regionali o statali; nella scuola dell'infanzia operano insegnanti in possesso di titoli di studio previsti per l'accesso a quella professione (oggi laurea a ciclo unico in scienze della formazione primaria); questi professionisti è affiancato il personale di supporto tecnico e amministrativo.

In tale complesso contesto vanno poi considerate le sperimentazioni degli ultimi vent'anni che ibridano ancora di più il quadro ordinamentale. Il riferimento è all'introduzione delle cosiddette sezioni ponte o “sezioni primavera” dedicate ai bambini da 24 a 36 mesi, che possono poggiarsi, dal punto di vista organizzativo, sugli asili nido o sulle scuole dell'infanzia³⁵, quindi su strutture comunali o statali, e alla possibilità di iscrizione “in anticipo” alla scuola dell'infanzia dei bambini che compiono i tre anni entro il mese di aprile dell'anno successivo all'inizio dell'anno scolastico di riferimento³⁶. Gli anticipi sono

³² In sintesi, si può rilevare che il passaggio da una società contadina ad una società industriale e post industriale, i cambiamenti delle strutture familiari, l'inserimento della donna nel mercato del lavoro organizzato, le esigenze di tutela della salute sono tutti elementi che a cavallo tra Ottocento e Novecento costituiscono il presupposto per la nascita e lo sviluppo della legislazione in materia di cura ed educazione della prima infanzia, che si pone in un ambito diverso rispetto agli obiettivi dell'istruzione, centrati ad esempio sull'esigenza di alfabetizzazione. Si vedano al riguardo G. GENOVESI, *Storia della scuola in Italia dal Settecento a oggi*, Laterza, Roma-Bari, 1998; N. D'AMICO, *Storia e storie della scuola italiana*, Zanichelli, Bologna, 2010; D. CAROLI, *Per una storia dell'asilo nido in Europa tra otto e novecento*, Franco Angeli, Milano, 2014; G. RICUPERATI, *Storia della scuola in Italia*, Editrice La Scuola, Brescia, 2015.

³³ Sui diversi modelli di gestione dei servizi, si veda S. NERI, *Servizi di welfare e Comuni. Nuove politiche e trasformazioni organizzative*, Carocci, Roma, 2020, specialmente p. 75 e ss.

³⁴ È noto il caso degli asili nido aziendali del Ministero della Difesa, finanziati da un'apposita legge statale contestata da alcune regioni. La Corte costituzionale, con sentenza n. 114 del 2009, ha avuto occasione di precisare che le amministrazioni statali ben possono organizzare e gestire asili nido – che rientra nella materia esclusiva relativa all'ordinamento e organizzazione amministrativa dello Stato - ma la programmazione e la progettazione di questi servizi deve essere effettuata “nel rispetto delle disposizioni normative e regolamentari vigenti nelle regioni presso le quali sono individuate le sedi di tali servizi”.

³⁵ Introdotte, in via sperimentale e sulla base di esperienze già in atto in alcune regioni e comuni, dall'art. 1, comma 630, della legge 27 dicembre 2006, finanziaria 2007. Le modalità operative e il finanziamento sono stabiliti da accordi quadro nazionali sottoscritti in sede di Conferenza unificata Stato, regioni e autonomie locali, che poi trovano attuazione tramite protocolli di intesa locali.

³⁶ D.P.R. 20 marzo 2009, n. 89, recante *Revisione dell'assetto ordinamentale, organizzativo e didattico della scuola dell'infanzia e del primo ciclo di istruzione*.

destinati ad essere superati, ma ciò è “subordinato alla effettiva presenza sui territori di servizi educativi per l’infanzia che assolvono la funzione di educazione e istruzione”³⁷.

Bastano questi pochi elementi per comprendere come, l’obiettivo di configurare un unico iniziale percorso educativo zero sei anni posto poi in continuità con la scuola primaria³⁸ fissato nel ricordato decreto legislativo n. 65 del 2017, deve trovare necessariamente punti di equilibrio stabili in un settore caratterizzato dalla presenza di forze istituzionali potenzialmente contrastanti.

Al riguardo si può osservare che è proprio in questo segmento socio educativo e di istruzione che sono chiamate a confrontarsi, più che in altri contesti educativi, dinamiche ordinamentali sempre attive, soprattutto riguardo ai diversi ruoli istituzionali statali, regionali e locali. Questi, seppur distinti, devono trovare modalità di coordinamento e cooperazione necessaria per poter assicurare la quantità e qualità del servizio reso da soggetti pubblici e privati e al tempo stesso garantire la tutela di diritti sociali di cui sono titolari i fruitori, una volta ammessi alla fruizione. In effetti, basta far riferimento alle prime disposizioni del decreto per avere conferma di quanto appena affermato. Si stabilisce infatti che il sistema “promuove la continuità del percorso educativo e scolastico, con particolare riferimento al primo ciclo di istruzione, sostenendo lo sviluppo delle bambine e dei bambini in un processo unitario, in cui le diverse articolazioni del sistema...collaborano attraverso attività di progettazione, di coordinamento e di formazione comuni”³⁹. L’obiettivo quindi è di superare definitivamente lo *split system*.

5. Indirizzi educativi nazionali e qualificazione dei docenti

Per raggiungere questo obiettivo sono stati previsti diversi strumenti. In primo luogo, in attuazione della normativa, sono stati varati due atti di indirizzo centrali: le “linee pedagogiche per il sistema integrato zero sei” e gli “orientamenti nazionali per i servizi educativi per l’infanzia”. Si tratta di testi con finalità diverse, ma strettamente interconnessi. L’intento delle linee è di offrire un contributo alla realizzazione sull’intero territorio nazionale degli obiettivi espressi nella riforma. Ma, come esplicitato nello stesso documento, così si “delinea una cornice culturale, pedagogica e istituzionale in cui si colloca il sistema educativo integrato dalla nascita fino ai sei anni, per favorirne lo sviluppo e il consolidamento e innescare processi che incidano positivamente sugli attuali assetti istituzionali. Il testo non ha carattere ordinamentale e si inserisce nella normativa vigente, che è caratterizzata dalla coesistenza di competenze statali, regionali e locali”⁴⁰.

³⁷ Art. 14, comma 2, d.lgs. n. 65/2017.

³⁸ Il dibattito sulla opportunità di unificare il percorso educativo e di istruzione si è sviluppato a partire dagli anni Novanta. Si veda, ad esempio, M. LIVOLSI (a cura di), *Un modello per la scuola*, La Nuova Italia, Firenze, 1991, p. 25.

³⁹ Art. 1, comma 3, lett. a), d.lgs. n. 65/2017.

⁴⁰ D.M Istruzione 22 novembre 2021, n. 334, *Adozione delle “Linee pedagogiche per il sistema integrato zero sei” di cui all’articolo 10, comma 4, del decreto legislativo 13 aprile 2017, n. 65*. Le linee guida sono strutturate in sei parti: diritti dell’infanzia; un

Gli orientamenti sono ispirati, invece, dalle finalità di mettere in comune il patrimonio di esperienze e di conquiste maturate a partire dagli anni Settanta, favorire un'ulteriore elaborazione di proposte educative di qualità per i bambini fino ai tre anni, delineare una prospettiva alla quale fare riferimento per il futuro. Nei ricordati documenti, elaborati e approvati dalla Commissione mista - che sarà esaminata nel paragrafo successivo - e adottati con decreto ministeriale, si sottolinea sempre l'aspetto della complessità ordinamentale, quasi a ribadire e ricordare che l'unificazione del sistema non avviene per moto spontaneo dei singoli attori, ma presuppone un forte coinvolgimento ideale da tradurre poi in virtuose prassi amministrative e in “una collaborazione stretta e generosa (per la quale) tutti sono chiamati al massimo della responsabilità, mettendo sempre al centro i bambini e i loro diritti”⁴¹.

Le linee pedagogiche e gli orientamenti appena richiamati hanno lo scopo sia di fornire ai genitori e alle famiglie un parametro di valutazione delle attività educativo/didattiche, sia di dare indirizzi a chi ha la responsabilità organizzativo gestionale dei servizi, sia di indicare tracce operative a educatori e insegnanti. Questi, nell'ambito della loro libertà di insegnamento, sono chiamati a svolgere il proprio lavoro in funzione della piena attuazione del nuovo sistema. Per tale ragione, tra gli obiettivi della riforma è prevista la necessaria ed elevata qualificazione dei professionisti⁴².

Il tema non è certo nuovo e, nella storia della scuola italiana, sono stati sperimentati modelli differenti per assicurarla: si va dai titoli di studio direttamente abilitanti ai percorsi di qualificazione obbligatoria *post lauream*⁴³. Alla qualità di educatori e insegnanti si lega inevitabilmente un'altra questione cruciale connessa al loro *status* giuridico ed economico. In effetti, sotto tale profilo, asili nido e scuole dell'infanzia rimangono mondi separati. Basti considerare che a parità di prestazioni vengono applicati diversi contratti collettivi nazionali di lavoro⁴⁴: per le organizzazioni pubbliche quelli relativi ai comparti istruzione e ricerca (scuole statali) e funzioni locali (scuole e asili comunali)⁴⁵; per le scuole paritarie private i contratti

ecosistema formativo; la centralità dei bambini; curriculum e progettualità: le scelte organizzative; coordinate della professionalità; le garanzie della governance.

⁴¹ D.M. Istruzione 24 febbraio 2022, n. 43, *Adozione degli “Orientamenti nazionali per i servizi educativi per l'infanzia” di cui all'articolo 5, comma 1, lettera f) del decreto legislativo 13 aprile 2017, n. 65*. La struttura del testo è articolata in cinque capitoli: i servizi educativi per l'infanzia: patrimonio del passato, prospettive per il futuro; diritti e potenzialità dei bambini; l'alleanza educativa con i genitori; la professionalità educativa; un ambiente accogliente e propositivo.

⁴² Si consideri solo un quarto di educatori e insegnanti attualmente in servizio nel segmento zero sei possiedono un titolo universitario e che l'età media è superiore ai cinquant'anni. Ciò significa anche che nei prossimi dieci anni ci sarà un pressoché totale ricambio generazionale. Cfr. CNEL, *Relazione 2022 al Parlamento e al Governo sui livelli di qualità dei servizi offerti dalle Pubbliche Amministrazioni centrali e locali alle imprese e ai cittadini*, Roma, 2023, p. 434.

⁴³ La portata storica e teorica di questi temi è ricostruita da U. POTOTSCHNIG, *Insegnamento (libertà di)*, in *Enciclopedia del diritto*, volume XXI, Giuffrè, Milano, 1971, p. 721 e ss.

⁴⁴ Applicare diversi contratti collettivi nazionali di lavoro significa, ad esempio, incidere sul numero di ore settimanali di lavoro da svolgere, sul diverso impegno complessivo annuale, con ampi o limitati periodi di ferie, sul trattamento economico, e così via.

⁴⁵ Nell'ambito pubblico ci si è trovati a volte di fronte a tentativi di “shopping contrattuale”, che comporta l'applicazione di un Ccnl di un comparto piuttosto che un altro, a seconda delle convenienze economiche delle amministrazioni (è un fenomeno che ha interessato gli enti locali, lo stato, la sanità). Si vedano al riguardo le considerazioni svolte da G.

di categoria; per i privati autorizzati, accreditati o appaltatori e concessionari di servizi esternalizzati una platea di contratti collettivi relativi a circa dieci differenti comparti (che si applicano nel segmento fino a tre anni)⁴⁶. Non mancano poi situazioni dove nella stessa struttura, ad esempio comunale, si utilizzano lavoratori dipendenti pubblici al mattino e lavoratori esternalizzati nel pomeriggio, in una sorta di ulteriore ibridazione pubblico/privato, facente capo a contratti collettivi diversi⁴⁷. Di conseguenza, è del tutto logico che si auspichi anche per questo aspetto la definizione di un quadro di riferimento unitario, con la conseguente riduzione del numero dei contratti collettivi nazionali da applicare⁴⁸.

Infine, come già accennato, la riforma cerca di elevare il livello professionale del personale educativo e, nel fare ciò, riconduce nell'ambito centrale la competenza. In effetti, si prevede la qualificazione universitaria obbligatoria del personale dei servizi educativi per l'infanzia tramite il conseguimento della laurea in Scienze dell'educazione e della formazione nella classe L19 ad indirizzo specifico per educatori dei servizi educativi per l'infanzia o della laurea quinquennale a ciclo unico in Scienze della formazione primaria integrata da un corso di specializzazione per complessivi 60 crediti formativi universitari, anche se continuano ad avere validità per l'accesso ai posti i titoli conseguiti nell'ambito delle specifiche normative (anche regionali) acquisiti in precedenza. Il che produce due effetti: da una parte, la regia sul conseguimento dei titoli universitari rimane soggetta ai meccanismi centrali di accreditamento e monitoraggio che fanno capo al Ministero dell'università e della ricerca e all'Agenzia per la valutazione (Anvur), escludendo le regioni dalla possibilità di disciplinare il conseguimento di titoli professionali di accesso come era in passato⁴⁹; dall'altra che, almeno per un certo periodo, lavoreranno fianco a fianco educatori laureati ed educatori in possesso di un titolo di studio secondario statale o di tipo professionale regionale⁵⁰, tant'è che il miglioramento della qualificazione degli operatori è affidato anche a percorsi

CENTAMORE, *Cosa succede se un datore di lavoro pubblico applica il CCNL di un comparto diverso da quello nel quale è ricompreso?*, in *Diritto delle relazioni industriali*, n. 3, 2023, p. 792 e ss. La giurisprudenza si è espressa in senso contrario, qualificando l'applicazione di un Ccnl non pertinente come condotte antisindacali. Cfr. Tribunale di Napoli, 23 novembre 2022, n. 6091.

⁴⁶ M. MARI, *La contrattualistica nei servizi educativi e nelle scuole dell'infanzia*, in Gruppo Nazionale Nidi e Infanzia (a cura di), *Gestire il sistema educativo territoriale integrato*, Zeroseiup, Bergamo, 2016; id. *Contratti e costi nei nidi e nei servizi d'infanzia: un rapporto da riprogettare*, in *Rivista delle politiche sociali*, n. 2, 2011, p. 341 e ss.

⁴⁷ S. NERI, *I contratti di lavoro nei servizi per l'infanzia: criticità e sfide per le parti sociali e gli attori pubblici*, in A. GARBARINI (a cura di), *Tre scommesse per la realizzazione del sistema 0-6*, Zeroseiup edizioni, Bergamo, 2023, p. 51 e ss..

⁴⁸ CNEL, *Relazione 2022 al Parlamento e al Governo sui livelli di qualità dei servizi offerti dalle Pubbliche Amministrazioni centrali e locali alle imprese e ai cittadini*, p. 434.

⁴⁹ Sui meccanismi procedurali di accreditamento e monitoraggio dei corsi di studio, si veda per tutti A. MARRA, *Università e ricerca scientifica*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 2022 (III volume tematico), p. 1235 e ss.

⁵⁰ Il periodo transitorio è indefinito. Infatti, i contenuti dei corsi di laurea specifici sono stati definiti con d.m. 9 maggio 2018, n. 378; tuttavia, data la difficoltà a trovare sul mercato un sufficiente numero di laureati, con la nota ministeriale dell'8 agosto 2018, n. 14176 si è disposto che "sino al recepimento da parte degli Atenei di quanto previsto dal D.M. n. 378/2018, oltre ai titoli riconosciuti validi dalla normativa regionale, continueranno ad avere validità, ai fini dell'accesso alla professione, i titoli conseguiti all'interno della classe L19, pur in assenza dell'indirizzo specifico di cui al D.M. n. 378/2018, e i titoli di laurea quinquennale a ciclo unico in Scienze della formazione primaria (LM 85bis), pur in assenza dell'integrazione di specializzazione per complessivi 60 CFU".

formativi del personale in servizio organizzati congiuntamente tra Stato e regioni, attraverso la stipula di protocolli d'intesa⁵¹.

Legata alle attività professionali del personale educativo e insegnante è la funzione di “coordinamento pedagogico” nel sistema integrato zero sei, anch'essa prevista ma non ben definita dalla normativa, almeno negli aspetti istituzionali e di inquadramento del personale chiamato ad esercitarla. Pertanto, anche per l'attuazione di questa funzione le regioni definiscono gli ambiti territoriali di riferimento⁵² e stipulano a livello locale protocolli e accordi che vedono coinvolti tutti i livelli di governo: ufficio scolastico regionale statale, regione, Anci locale⁵³.

E' evidente che anche in riferimento ai titoli di studio necessari ad accedere alle attuali posizioni di educatore, insegnante, coordinatore, il sistema integrato si presenta frammentato, così come, di conseguenza, i sistemi di reclutamento del personale⁵⁴. Pertanto, è stato proposto di ridefinire i titoli di accesso prevedendo “una formazione universitaria di base con un percorso specifico unico per l'educazione zero sei, che qualifichi professionalmente entrambi i segmenti in raccordo con la scuola primaria, garantendo la continuità dell'esperienza educativa offerta ai bambini, in base alla loro età, immaginando soluzioni progressive immediate legate all'espansione dell'offerta di servizi in attuazione del PNRR”⁵⁵. Questa proposta, che in sostanza prospetta di introdurre un percorso universitario educativo tre più due per l'infanzia e non un nuovo ciclo unico quinquennale, sembra condivisibile; è chiaro che essa presuppone l'istituzione del nuovo titolo magistrale⁵⁶, un percorso di revisione degli attuali ordinamenti didattici universitari di attuazione e, anche qui, un periodo transitorio per passare dal sistema attuale all'altro⁵⁷.

⁵¹ Si veda, ad esempio, il protocollo d'intesa sottoscritto dalla regione Toscana e l'Ufficio scolastico regionale il 29 novembre 2019. CENTRO REGIONALE di documentazione per l'infanzia e l'adolescenza, *Verso la costruzione del sistema integrato 0-6. La formazione in servizio del personale educativo e docente*, Firenze, 2018.

⁵² Ad esempio, Regione Liguria, delibera della Giunta regionale n. 675/2023, *Approvazione delle modalità di istituzione dei coordinamenti pedagogici territoriali e di costituzione dei Poli per l'infanzia di cui al d.lgs. 65/2017*; Regione Toscana, Decreto del Presidente della Giunta regionale n. 39R/2023, *Disposizioni in materia di poli per l'infanzia e requisiti organizzativi e strutturali dei servizi educativi per l'infanzia. Modifiche al d.p.g.r. 41/R/2013*.

⁵³ A titolo di esempio si possono citare i protocolli di intesa: per le Marche (20 febbraio 2019); per la Sicilia (11 aprile 2019), per la Calabria (8 marzo 2023), per la Sardegna (29 maggio 2023). Per uno studio empirico, si veda C. STRINGHER, U. SANDRE, L. DONA', *I coordinamenti pedagogici territoriali: una rassegna sistematica qualitativa e un'analisi comparativa dei modelli regionali di implementazione*, in *qtimes.it*, n.1, 2023.

⁵⁴ Sui profili generali del tema, si veda, L. SALTARI, *La formazione e il reclutamento degli insegnanti in Italia*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 2, 2014, p. 445 e ss.

⁵⁵ CNEL, *Relazione 2022 al Parlamento e al Governo sui livelli di qualità dei servizi offerti dalle Pubbliche Amministrazioni centrali e locali alle imprese e ai cittadini*, p. 434.

⁵⁶ La proposta è volta a ridisegnare il “filone” universitario dedicato alla pedagogia dell'infanzia mettendo in continuità curricolare lo specifico indirizzo della classe di laurea triennale L-19 (Lauree in scienze dell'educazione e della formazione) già previsto dalla normativa con una nuova classe di laurea magistrale biennale abilitante da istituire, che permetta l'accesso all'insegnamento nella scuola dell'infanzia (così come l'attuale laurea a ciclo unico LM-85bis, Scienze della formazione primaria).

⁵⁷ Non mancano proposte concrete in tale senso. Si veda ad esempio G. VENTURA, M. NUTINI, *La formazione in servizio e il fabbisogno di educatori e insegnanti per il sistema integrato zero sei*, in *Rivista trimestrale di scienza dell'amministrazione*

6. Organi e procedure miste per la *governance* del nuovo sistema

Il nuovo modello di organizzazione e gestione del sistema integrato di educazione e istruzione dell'infanzia è strutturato secondo organi e procedure miste che vedono coinvolti tutti i livelli di governo. Non si tratta di una riedizione di formule istituzionali sperimentate negli anni Settanta dopo le prime due regionalizzazioni, proprio perché nel frattempo è cambiato il quadro legislativo e costituzionale, il che ha richiesto l'invenzione di meccanismi diversi, che però risentono inevitabilmente dell'impostazione di allora⁵⁸.

Un primo aspetto che emerge con chiarezza mostra come la dimensione organizzativa del servizio vada distinta sia dalla dimensione professionale degli addetti sia dalla dimensione procedurale di gestione, anche se esse si influenzano reciprocamente. In effetti, la situazione è analoga a quanto è stato recentemente messo in rilievo dalla Corte costituzionale nella pronuncia sul dimensionamento territoriale delle istituzioni scolastiche. Anzi, si può evidenziare che i due profili, educazione e istruzione, vanno necessariamente ad integrarsi anche sotto questo aspetto, se non altro perché le scuole dell'infanzia sono spesso allocate nell'ambito degli istituti scolastici comprensivi statali⁵⁹.

D'altra parte, se si ripercorre l'evoluzione della legislazione a partire dalla prima legge sugli asili nido degli anni Settanta, si riscontra spesso il ricorso a forme di "regionalismo cooperativo", proprio perché in questo settore nessuno dei livelli di governo ha mai avuto la piena ed esclusiva competenza sulla materia⁶⁰. Ed ancora, tracce della necessaria collaborazione tra i diversi attori istituzionali si rinvencono nelle disposizioni relative al parallelo percorso portato avanti negli anni Novanta di "federalismo" a

scolastica, n. 1, 2023, p. 15 e ss. Per le questioni di carattere generale relative alla riforma delle classi di laurea, si veda F. VELLA, *La riforma dei settori scientifico disciplinari e delle classi di laurea: un'agenda per il futuro*, in A. MARRA, M. RAMAJOLI (a cura di), *Come cambia l'università italiana*, Giappichelli, Torino, 2023, p. 159 e ss.

⁵⁸ F. CORTESI, *Le regioni co-legislatori e co-amministratori; ambizioni originarie, oscillazioni attuative, potenziali traguardi*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 1, 2023, p. 335 e ss.

⁵⁹ Corte costituzionale, sentenza 22 dicembre 2023, n. 223, dove si è distinta la competenza centrale in materia di definizione dell'organico dei dirigenti scolastici statali e, di conseguenza, del numero massimo degli istituti scolastici autonomi, dalla competenza regionale sulla determinazione del numero e della dislocazione territoriale dei plessi, ovvero dei centri di erogazione del servizio e dalla competenza mista in materia di risorse finanziarie pubbliche.

⁶⁰ L. 6 dicembre 1971, n. 1044, *Piano quinquennale per l'istituzione di asili-nido comunali con il concorso dello Stato*, dove si prevede che il piano degli interventi coinvolga i comuni, le regioni e il ministero (allora della salute).

Costituzione invariata⁶¹ e di riforma dell'organizzazione del governo⁶², quando si è posta l'esigenza di coordinamento territoriale delle attività ormai facenti capo a plessi organizzativi diversi⁶³.

Su tali basi si costruisce dunque il nuovo sistema integrato, chiamato a configurare come già detto in un unico tratto il percorso di educazione e di istruzione nei primi anni di vita dei bambini, ponendolo poi in continuità con la scuola primaria⁶⁴. Si tratta di un nuovo modello pedagogico e amministrativo che in tanto può funzionare in quanto riesce a trovare la sintesi ottimale tra componenti diverse, in un assetto ordinamentale dove permane una indubbia "concorrenza delle competenze"⁶⁵. Ciò appare evidente se si esaminano le principali disposizioni del decreto legislativo n. 65/2017, la normativa regionale che ne è seguita e gli atti amministrativi di programmazione e di attuazione. D'altro canto, come è stato osservato anni fa da autorevole dottrina, non sempre l'espansione delle organizzazioni è in parallelo con l'espansione dell'azione amministrativa⁶⁶, tant'è che il nuovo disegno organizzativo di cui si sta parlando non sta producendo ancora l'effettiva riconfigurazione del sistema ordinamentale.

Se gli obiettivi posti dalla riforma sono chiari, le soluzioni organizzative introdotte per assicurarne il raggiungimento sembrano più ispirate all'esigenza di trovare punti di raccordo necessitati tra elementi differenti (norme, strutture, procedure) che ai classici principi di efficienza, efficacia, economicità e di tutela dei destinatari del servizio. Si ha l'impressione insomma che l'implementazione del sistema integrato di educazione e di istruzione dell'infanzia sia pensato sulla spinta delle moderne istanze delle scienze pedagogiche e rischi di funzionare, dal punto di vista istituzionale, solo in astratto; per tale ragione esso presuppone in concreto una lunga fase di attuazione dato il contesto di riferimento multilivello e multiorganizzato, che ha bisogno di essere ricondotto comunque a momenti di unitarietà. Ed ancora, per le stesse ragioni, l'impostazione del sistema vede la prevalenza di disposizioni prospettiche, ispirate ad un

⁶¹ Soprattutto d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112 *Conferimento di funzioni e compiti amministrativi dello Stato alle regioni ed agli enti locali, in attuazione del capo I della legge 15 marzo 1997, n. 59*, soprattutto artt. 135, 136, 137, 138 e 139. Per un commento, si veda G. FALCON (a cura di), *Lo stato autonomista. Funzioni statali, regionali e locali nel DL n. 112 del 1998 di attuazione della Legge Bassanini n. 59 del 1997*, il Mulino, Bologna, 1998.

⁶² In effetti, già in quel contesto si stabiliva ad esempio che "ai fini di un coordinato esercizio delle funzioni pubbliche in materia di istruzione è costituito presso ogni ufficio scolastico regionale un organo collegiale a composizione mista, con rappresentanti dello Stato, della regione e delle autonomie territoriali interessate, cui compete il coordinamento delle attività gestionali di tutti i soggetti interessati e la valutazione della realizzazione degli obiettivi programmati". Art. 75, comma 3, D.lgs. 30 luglio 1999, n. 300 *Riforma dell'organizzazione del Governo, a norma dell'articolo 11 della legge 15 marzo 1997, n. 59*.

⁶³ Cfr al riguardo A. PAJNO, L. TORCHIA (a cura di), *La riforma del governo. Commento ai Decreti legislativi n. 300 e n. 303 del 1999 sulla riorganizzazione della Presidenza del Consiglio e dei ministeri*, Bologna, il Mulino, 2000.

⁶⁴ Occorre ricordare che l'art. 7 del d.lgs. n. 65/2017, nello specificare le funzioni e i compiti degli enti locali, stabilisce che essi "facilitano iniziative ed esperienze di continuità del Sistema integrato di educazione e di istruzione con il primo ciclo di istruzione", introducendo così un esplicito riferimento ad un arco temporale più esteso, fino all'undicesimo anno di età.

⁶⁵ Si veda al riguardo F. TRIMARCHI BANFI, *Sul regionalismo cooperativo*, in *Diritto amministrativo*, n. 1, 2021, p. 123 e ss.

⁶⁶ M.S. GIANNINI, *I pubblici poteri negli stati pluriclasse*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 2, 1979, p. 391.

meccanismo di progressiva attuazione anche attraverso fasi sperimentali che richiederà alcuni anni per arrivare a completo compimento.

Passando ad approfondire la struttura della *governance*, il primo tratto da mettere in evidenza concerne l'attribuzione di una sorta di “regia attenuata” di governo del sistema al Ministero dell'istruzione (e del merito). In effetti, si stabilisce che “il Ministero dell'istruzione..., nel rispetto delle funzioni e dei compiti delle Regioni e delle Province autonome di Trento e Bolzano e degli enti locali, indirizza coordina e promuove il Sistema integrato di educazione e di istruzione su tutto il territorio nazionale”⁶⁷. Ciò comporta almeno due conseguenze: la prima, relativa allo spostamento dal centro di riferimento nazionale dalla Presidenza del Consiglio al Ministero dell'istruzione, per cui ad esso è affidato il coordinamento delle strutture centrali competenti sui diversi aspetti della materia (Ministero del lavoro e delle politiche sociali, Ministero della salute, dipartimenti presso la Presidenza del Consiglio, es. famiglia, pari opportunità, disabilità)⁶⁸; la seconda, relativa alla indispensabile introduzione di organi e procedure miste, stato, regioni, enti locali, che nel rispetto delle prerogative istituzionali territoriali molto rilevanti in materia di servizi per l'infanzia, assicurino il funzionamento del sistema⁶⁹. Anche qui non si tratta della riedizione di un tipo di funzione statale governativa di indirizzo e coordinamento pre-riforma costituzionale del 2001⁷⁰, quanto piuttosto del tentativo di mettere a regime e in forma unitaria un settore di intervento pubblico, storicamente separato, attraverso un'attività ministeriale di tipo politico-amministrativo, caratterizzata, tra l'altro, da una posizione di indubbia debolezza⁷¹.

Prova ne siano le forme organizzative miste introdotte sia a livello centrale sia a livello regionale. In effetti, è stata istituita la “Commissione per il sistema integrato di educazione e di istruzione”, con compiti consultivi e propositivi; essa, nominata dal Ministro, è formata da esperti designati dal ministero dell'istruzione, dalle regioni e dagli enti locali. Tra i compiti specifici della Commissione va evidenziato

⁶⁷ Art. 1, comma 4, d.lgs. n. 65/2017. La competenza in materia del Ministero dell'istruzione è ribadita dall'art. 3 del d.l. 12 luglio 2018, n. 86, convertito in l. 9 agosto 2018, n. 97, *Disposizioni urgenti in materia di riordino delle attribuzioni dei Ministeri dei beni e delle attività culturali e del turismo, delle politiche agricole alimentari e forestali e dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, nonché in materia di famiglia e disabilità*.

⁶⁸ Così espressamente previsto dal Pnrr, p. 181.

⁶⁹ Lo stesso Ministero con nota 19 febbraio 2018, n. 404, nel dare i “primi orientamenti operativi” per gli Uffici Scolastici Regionali, sottolinea che “tenendo conto della complessità dei livelli di governo del sistema integrato è opportuno, nel rispetto delle competenze dei diversi soggetti (Amministrazione scolastica, Regione, Enti locali, servizi e istituzioni educative statali, private e paritarie, Università), attivare in ogni Regione un tavolo di confronto interistituzionale- in questa prima fase, anche di carattere informale - che veda la presenza dei rappresentanti delle diverse componenti del costituendo sistema integrato “zerosei”.

⁷⁰ Cfr. al riguardo in termini generali, C. PADULA, *Principio di sussidiarietà verticale e interesse nazionale: distinzione teorica, sovrapposizione pratica*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 1, 2006, p. 817 e ss.; E. GIARDINO, *La costituzione “dimenticata” il riconoscimento e la promozione delle autonomie locali*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 1, 2021, p. 89 e ss.; L. CALIFANO, *I nodi irrisolti del regionalismo italiano*, in *Cultura giuridica e diritto vivente*, vol. 10, 2022.

⁷¹ Sullo spostamento di poteri centrali dalla Presidenza del Consiglio dei ministri verso i ministeri e le conseguenze in ordine al loro esercizio, si veda G. REPETTO, *La tensione essenziale. Governo, amministrazione e separazione dei poteri*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 1, 2023, p. 363 e ss.

quello di elaborazione le linee pedagogiche per il sistema integrato, di cui si è detto nel paragrafo precedente⁷². Presso il Ministero è costituita anche una “Cabina di regia” per supportare, monitorare e valutare l’attuazione e l’efficacia del Piano di azione pluriennale (che è l’atto generale che la prevede). La Cabina, costituita da quattro rappresentanti del ministero e quattro della Conferenza Unificata, è presieduta da un rappresentante del Ministero e valuta quanto incidono gli interventi previsti dalle programmazioni regionali sul raggiungimento degli obiettivi strategici del Sistema zero-sei anche con compiti di proposta⁷³.

Gli organismi misti a livello regionale sono frutto in parte di iniziative spontanee territoriali, per il resto sono pensati e organizzati sulla base di indicazioni centrali volte a garantire l’attuazione della riforma. Ad esempio, sono attivi i “tavoli paritetici regionali”, istituiti con decreto del direttore generale dell’Ufficio Scolastico Regionale competente, quale luogo di confronto fra regione, comuni e Ministero. Ad essi sono attribuiti compiti di coordinamento, monitoraggio, consultivi e propositivi rispetto alle politiche regionali afferenti al sistema integrato zero sei, con particolare riferimento al processo di costruzione degli atti programmatori⁷⁴. La legislazione regionale successiva alla riforma prevede anch’essa organismi analoghi di raccordo e coordinamento locale, con varie denominazioni: consulta regionale e commissioni distrettuali per i servizi educativi⁷⁵; tavolo interistituzionale permanente⁷⁶; consulta regionale per i servizi all’infanzia⁷⁷.

Il tratto comune degli organismi misti ricordati è ravvisabile nella compresenza contestuale – con modalità diverse da caso a caso - di rappresentanze sia di provenienza politica (presidenti, sindaci, assessori) sia di provenienza burocratica (dirigenti e funzionari pubblici) sia di provenienza sociale (coordinatori sindacali, dei soggetti del terzo settore, di reti professionali e familiari formali o informali). Queste ultime componenti a volte sono espressamente previste dalla normativa, a volte accedono per così dire indirettamente agli organi collegiali tramite designazioni degli enti titolari della rappresentanza. Pertanto, il dato più evidente che emerge è l’intreccio e la commistione tra istanze politiche, istanze amministrative e istanze sociali, il che mette da parte il principio della distinzione dei poteri, che sembrava definitivamente acquisito dall’ordinamento. A ciò si potrebbe obiettare che in realtà gli organismi richiamati hanno solo compiti consultivi, che lasciano impregiudicati gli ambiti di azione degli organi di

⁷² La Commissione è stata nominata con d.m. 26 gennaio 2018, n. 48, poi più volte modificato; da ultimo con d.m. 12 giugno 2023, n. 110, i decreti sono consultabili in www.istruzione.it/sistema-integrato-06/commissione.html.

⁷³ La Cabina di regia è stata nominata con d.m. 18 marzo 2019, n. 2020, poi con d.m. 29 marzo 2023, n. 58. I decreti sono consultabili in www.istruzione.it/sistema-integrato-06/cabina-di-regia.html.

⁷⁴ Art. 11, Delibera del Consiglio dei Ministri 5 ottobre 2021, di adozione del *Piano di azione nazionale pluriennale per la promozione del Sistema integrato di educazione e di istruzione*.

⁷⁵ L.R. Lazio, 5 agosto 2020, n. 7, *Disposizioni relative al sistema integrato di educazione e istruzione per l’infanzia*.

⁷⁶ L.R. Piemonte, 3 novembre 2023, n. 30, *Disciplina dei servizi educativi per l’infanzia e disposizioni relative al sistema integrato di educazione e istruzione dalla nascita sino a sei anni*.

⁷⁷ L.R. Umbria, 16 ottobre 2023, n. 13, *Sistema integrato di educazione e istruzione per l’infanzia fino a sei anni di età*.

vertice e le attività dell'amministrazione, ma tale obiezione cade nel momento in cui si appalesa che le decisioni di programmazione, di coordinamento, di attuazione, di monitoraggio e valutazione sono fortemente influenzate dalle loro attività⁷⁸.

Per quanto riguarda i profili procedurali, un ruolo importante è demandato a protocolli di intesa stipulati dagli stessi enti statali e locali per la realizzazione ad esempio dei “poli per l'infanzia”. Questi accolgono, in un unico plesso o in edifici vicini, più strutture di educazione e di istruzione per bambine e bambini fino a sei anni di età, nel quadro di uno stesso percorso educativo, in considerazione dell'età e nel rispetto dei tempi e degli stili di apprendimento di ciascuno. Essi si caratterizzano quali laboratori permanenti di ricerca, innovazione, partecipazione e apertura al territorio, anche al fine di favorire la massima flessibilità e diversificazione per il miglior utilizzo delle risorse, condividendo servizi generali, spazi collettivi e risorse professionali⁷⁹. Nei poli per l'infanzia la gestione non può che essere congiunta tra chi gestisce la scuola dell'infanzia e chi gestisce i servizi per la prima infanzia, secondo regole e strumenti definiti a livello territoriale regionale tramite gli stessi protocolli d'intesa.

Anche i meccanismi di finanziamento sono misti. Viene infatti istituito, presso il Ministero dell'istruzione, il Fondo nazionale per il sistema integrato di educazione e di istruzione che è ripartito d'intesa con la Conferenza unificata. Il Fondo opera “esclusivamente come cofinanziamento della programmazione regionale” ed è erogato, sulla base di quest'ultima, direttamente ai comuni⁸⁰. Il che pone un necessario collegamento in coerenza e sintonia tra i diversi livelli di governo, proprio per evitare che venga indebolita o peggio bypassata la competenza decisionale della regione.

7. Oltre la distinzione materiale tra educazione e istruzione

Alla luce delle considerazioni finora svolte, ci si può avvicinare al ragionamento conclusivo fissando innanzi tutto l'attenzione sulla duplicità di materia – istruzione e educazione – che interessa la riforma. Ad avviso di autorevole dottrina, nel nostro ordinamento, persiste una indubbia distinzione tra “istruzione” ed “educazione” che sono “concetti diversi anche sul piano giuridico-costituzionale”. Da ciò se ne ricava che “i poteri pubblici sono necessariamente chiamati ad assolvere la prima funzione, lasciando alla società civile e, in particolare, alle famiglie, l'indirizzo sulla seconda”. Nel contempo però dallo stesso autore viene evidenziato che il segmento di istruzione iniziale “concorre all'educazione e allo

⁷⁸ Il tema è stato affrontato in termini generali da G. REPETTO, *La tensione essenziale. Governo, amministrazione e separazione dei poteri*, cit.

⁷⁹ Art. 3, d.lgs. n. 65/2017, dove si specifica che per potenziare la ricettività dei servizi e sostenere la continuità del percorso educativo e scolastico, le Regioni, d'intesa con gli Uffici scolastici regionali, tenuto conto delle proposte formulate dagli Enti Locali e ferme restando le loro competenze e la loro autonomia, programmano la costituzione di Poli per l'infanzia definendone le modalità di gestione, senza dar luogo ad organismi dotati di autonomia scolastica.

⁸⁰ Art. 12, comma 4, d.lgs. n. 65/2017.

sviluppo affettivo, psicomotorio, cognitivo, morale, religioso e sociale dei bambini promuovendone le potenzialità di relazione, autonomia, creatività, apprendimento, e ad assicurare un'effettiva eguaglianza delle opportunità educative⁸¹.

Non sembra azzardato allora affermare che, in ossequio a quanto fin qui messo in evidenza, nel sistema integrato di educazione e istruzione per l'infanzia, si supera la distinzione tra i due concetti – soprattutto sotto il profilo giuridico ordinamentale - e ciò non solo per la denominazione formale, ma soprattutto in riferimento al dato giuridico sostanziale, peraltro messo da tempo in evidenza dalla stessa giurisprudenza costituzionale⁸²; il che non mette da parte il concorso delle famiglie nella gestione, ma anzi ne enfatizza il ruolo partecipativo⁸³.

In effetti, nel segmento relativo ai bambini da tre mesi a sei anni, la distinzione tra educazione e istruzione non ha più ragione di essere, perché si è di fronte ad un percorso che, sotto il profilo normativo e istituzionale (e, prima ancora, pedagogico), tenta di trovare formule di integrazione e di farle funzionare. Ciò va ricondotto innanzi tutto ad una lettura evolutiva del dettato costituzionale.

Secondo tale prospettiva, le diverse “agenzie educative” non operano a nome o per conto dello Stato, ma operano in un quadro di garanzie di autonomia e di pluralismo giuridico, culturale e istituzionale⁸⁴; inoltre la riforma del 2001 ha avuto proprio l'effetto di configurare l'organizzazione del sistema di governo della scuola con un “accentuato carattere policentrico” dove il vecchio modello verticistico che faceva capo al Ministero è venuto a modellarsi in senso orizzontale nella prospettiva di un sistema a rete⁸⁵. Proprio in tale prospettiva, l'interesse generale da perseguire, da non considerarsi come solo statale, deve risultare

⁸¹ A. SANDULLI, *Scuola e istruzione*, in *Enciclopedia del Diritto*, cit., pp. 1015, 1016 e 1031.

⁸² Basti ricordare la sentenza della Corte costituzionale n. 467 del 2002, che dichiara l'illegittimità della normativa per gli invalidi nella parte in cui non estende(va) l'indennità mensile di frequenza ai minori iscritti agli asili nido. Nella pronuncia si afferma che “il servizio fornito dall'asilo nido non si riduce ad una funzione di sostegno alle famiglie nella cura dei figli o di mero supporto per facilitare l'accesso dei genitori al mercato del lavoro, ma comprende anche finalità formative, essendo rivolto a favorire l'espressione delle potenzialità cognitive, affettive e relazionali del bambino. Le finalità di educazione e formazione sono peraltro confermate a livello normativo, essendo ora gli asili nido riconosciuti come “strutture dirette a garantire la formazione e la socializzazione delle bambine e dei bambini di età compresa tra i tre mesi e i tre anni ed a sostenere le famiglie e i genitori” (art. 70 della legge 28 dicembre 2001, n. 448, “Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - legge finanziaria per il 2002”)”. Si veda al riguardo A. MARI, *La legislazione sui servizi per la prima infanzia tra Stato e regioni*, in www.federalismi.it, n. 25 del 2013.

⁸³ È previsto infatti che il sistema integrato “sostiene la primaria funzione educativa delle famiglie, anche attraverso organismi di rappresentanza, favorendone il coinvolgimento, nell'ambito della comunità educativa e scolastica”, art. 1, comma 3, lett. e) d.lgs. n. 65/2017.

⁸⁴ Così, P. LILLO, *Le istituzioni educative nella Costituzione italiana*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 7, 2019. L'autore fa riferimento soprattutto agli articoli 2, 3, 33, 34 e 38 Cost.

⁸⁵ M. GIGANTE, *L'istruzione*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, *Diritto amministrativo speciale*, Tomo primo, Giuffrè, Milano, 2003 (sec. ed), pp. 778-822, Si veda anche R. MORZENTI PELLEGRINI, *Istruzione e formazione nella nuova amministrazione decentralizzata della Repubblica: analisi ricostruttiva e prospettive*, Giuffrè, Milano, 2004.

dalla necessaria integrazione degli interessi centrali, di quelli dei territori sub statali e, soprattutto, dalla condivisione comune e partecipata dell'obiettivo⁸⁶.

In altre parole, le dinamiche istituzionali sottese alla piena attuazione del sistema integrato di educazione e di istruzione dell'infanzia scontano la presenza di forze orientate verso l'accentramento oppure verso l'affermazione spinta delle autonomie territoriali. E ciò è vero nel duplice senso di assetto delle competenze legislative (e regolamentari) e distribuzione delle competenze amministrative. Pertanto, il quadro normativo che oggi si presenta all'interprete è volto a trovare momenti unificanti attraverso la costruzione di un modello ordinamentale innovativo che, se rimane troppo ancorato alle ricordate logiche di separazione, rischia di non poter essere completamente attuato.

8. Verso un modello innovativo di amministrazione nazionale a rete

Dall'analisi condotta emerge che il nuovo sistema di educazione e di istruzione dell'infanzia è caratterizzato proprio dal momento dell'integrazione, che pur configurando una sorta di moderna co-legislazione e co-amministrazione necessaria⁸⁷, può essere ricondotta al concetto di amministrazione nazionale, inteso come sistema organizzativo al tempo stesso diffuso e interconnesso, pubblico e privato⁸⁸. In effetti, il sistema non permette la distinzione rigida di sfere di competenza e di titolarità di compiti, per cui l'attività svolta si pone lungo un *continuum* che non può conoscere soluzioni di continuità. Inoltre, questo è il modello che distribuisce le responsabilità e le imputazioni giuridiche⁸⁹ delle attività in modo tale da doverle riferire contemporaneamente ai diversi livelli di governo secondo linee che non corrono in verticale o in orizzontale, ma piuttosto si intersecano continuamente⁹⁰.

Sotto un diverso punto di vista, la situazione giuridica soggettiva dei destinatari del servizio è riconosciuta meritevole di tutela da parte dell'ordinamento a prescindere dal riferimento territoriale e dalla stessa qualificabilità come diritto sociale⁹¹ (tipico dell'istruzione obbligatoria), situazione che va tuttavia intesa

⁸⁶ C. BERTOLINO, *Leale collaborazione tra Stato e Regioni a vent'anni dalla Riforma del Titolo V*, in www.federalismi.it, n.19, 2022, p. 62.

⁸⁷ Si veda al riguardo, F. CORTESI, *Le regioni co-legislatori e co-amministratori: ambizioni originarie, oscillazioni attuative, potenziali traguardi*, cit.

⁸⁸ Tale accezione di amministrazione nazionale come struttura amministrativa sistemica non è sovrapponibile perfettamente con il significato che ad essa si dà nell'ambito dei rapporti tra Unione europea e Stati membri. Si vedano in proposito L. SALTARI, *Amministrazioni nazionali in funzione comunitaria*, Giuffrè, Milano, 2007; R. CAVALLO PERIN, A. POLICE, F. SAIITA (a cura di), *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra stato nazionale e integrazione europea*, Firenze University Press, 2016.

⁸⁹ Per il concetto di "centro di imputazione, si veda G. GUARINO, *L'organizzazione pubblica*, Giuffrè, Milano, 1977, p. 90 e ss. Le principali caratteristiche sono: individualità, stabilità e dinamicità; su di essi ricadono gli effetti giuridici delle attività e dei comportamenti. Si veda anche G. PALEOLOGO, *Organizzazione amministrativa*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXI, Giuffrè, Milano, 1981, p. 135 e ss.

⁹⁰ Queste considerazioni traggono spunto da L. TORCHIA, *Le amministrazioni nazionali*, Cedam, Padova, 1988, specialmente pp. 68, 228 e 231.

⁹¹ In passato è stata avanzata la tesi che gli asili nido e le scuole materne configurano in capo ai potenziali destinatari una sorta di "diritti di credito con facoltà di esigere determinate prestazioni di servizio pubblico, o di partecipare alle decisioni

come necessità dell'intervento pubblico volto ad organizzare il servizio direttamente o indirettamente⁹²; di conseguenza questa dimensione – relativa alla concreta presenza sul territorio di centri di erogazione del servizio - ne condiziona comunque l'effettività⁹³.

In questo quadro, il sistema integrato di educazione e di istruzione dell'infanzia assume appunto la veste di amministrazione nazionale la quale, per come è stata conformata, si distribuisce sul territorio secondo un modello di organizzazione a rete. In pratica, il sistema si “organizza in funzione della collettività servita e, dunque, non del centro o della periferia”⁹⁴. Esso, sul piano normativo vede la compresenza di disposizioni statali (livelli essenziali, principi fondamentali e norme generali sull'istruzione), disposizioni regionali (standard territoriali e strutturali) e disposizioni comunali (regole di gestione). Queste operano nello stesso contesto e nello stesso momento e si applicano a tutti i soggetti erogatori del servizio a prescindere dal plesso organizzativo di appartenenza. Inoltre, sulla base di siffatto quadro regolatorio, la definizione delle linee strategiche fondamentali sono definite tramite intese in Conferenza unificata Stato, regioni e autonomie locali⁹⁵; la Conferenza, insieme con la Commissione per il sistema integrato di educazione e di istruzione e la Cabina di regia ricordate nel paragrafo 6, viene così a costituire la struttura centrale di riferimento del sistema. Poi, l'erogazione dei servizi puntuali fa capo a soggetti pubblici (Stato, regioni, enti locali) e privati (autorizzati o accreditati) che concorrono insieme verso l'obiettivo condiviso di assicurare un servizio di interesse generale adeguato in quantità e qualità su tutto l'ambito nazionale. Così, nella distribuzione delle competenze istituzionali, il Ministero dell'istruzione e del merito non opera come organo al quale fanno capo i compiti prevalenti di settore – che sono, si è visto, distribuiti per lo

della comunità locale o di ottenere informazioni ad esse relative, ecc. con un chiaro carattere di realtà...in cui la res è il territorio e il territorio la residenzialità delle persone”. Così, R. CAVALLO PERIN, *La configurazione della cittadinanza amministrativa*, in *Diritto amministrativo*, n. 1, 2004, p. 208.

⁹² Il diritto sociale presuppone sia la regolazione legislativa sia l'organizzazione amministrativa di erogazione. Sul punto si veda, G. CORSO, *I diritti sociali nella Costituzione Italiana*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 2, 1981, p. 755 e ss.

⁹³ Basti considerare che la legge 30 dicembre 2021, n. 234 (bilancio dello Stato per il 2022), art. 1, comma 172, fissa i livelli essenziali relativi agli asili nido quale percentuale di copertura del servizio. Si stabilisce infatti che “Il livello minimo da garantire...è definito quale numero dei posti dei servizi educativi per l'infanzia, equivalenti in termini di costo standard al servizio a tempo pieno dei nidi, in proporzione alla popolazione ricompresa nella fascia di età da 3 a 36 mesi, ed è fissato su base locale nel 33 per cento, inclusivo del servizio privato... Dall'anno 2022 l'obiettivo di servizio è fissato...dando priorità ai bacini territoriali più svantaggiati e tenendo conto di una soglia massima del 28,88 per cento, valida sino a quando anche tutti i comuni svantaggiati non abbiano raggiunto un pari livello di prestazioni. L'obiettivo di servizio è progressivamente incrementato annualmente sino al raggiungimento, nell'anno 2027, del livello minimo garantito del 33 per cento su base locale, anche attraverso il servizio privato.

⁹⁴ Sulle amministrazioni composte ed il modello delle organizzazioni a rete, si veda C. FRANCHINI, *L'organizzazione*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, parte generale, tomo primo, Giuffrè, Milano, 2003, soprattutto p. 320 e ss.; C. FRANCHINI, G. VESPERINI, *L'organizzazione*, in S. CASSESE (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 125.

⁹⁵ Il d.lgs. n. 65/2017 prevede che la Conferenza unificata esprima l'intesa sul Piano nazionale pluriennale (art.8, comma 3), sulla definizione della soglia massima di partecipazione economica delle famiglie alle spese di funzionamento dei servizi educativi per l'infanzia (art.9, comma 1); sul riparto del Fondo nazionale per il sistema integrato (art. 12, comma 3), sugli incrementi del livello di copertura dei servizi educativi per l'infanzia, delle sezioni primavera e delle scuole dell'infanzia (art. 13, comma 2).

più sul territorio – ma quale soggetto portatore degli interessi statali di coordinamento e monitoraggio, nell’ambito del sistema integrato (nazionale) di educazione e di istruzione⁹⁶.

Esigenze unitarie nazionali, per lo meno sotto il profilo metodologico, richiedono anche meccanismi di valutazione e autovalutazione condivisi, soprattutto in termini di *output* e *outcome* raggiunti⁹⁷. Anche qui la regia dei processi valutativi è affidata a istituti nazionali (non statali) i quali, anche sulla base delle scienze pedagogiche e alle migliori esperienze internazionali, stanno sviluppando nel segmento educativo tre mesi sei anni strumenti e procedure da applicare da parte delle singole strutture organizzative di erogazione⁹⁸. Il che costituisce una sorta di elemento di completamento dell’amministrazione nazionale, proprio perché consente ai diversi attori di programmare in modo autonomo azioni di miglioramento innalzando il livello di qualità complessiva e particolare dei servizi resi⁹⁹.

Un ultimo profilo da evidenziare risiede nel fatto che nel descritto modello organizzativo nazionale a rete trova spazio il principio di sussidiarietà orizzontale, volto a favorire la presenza di servizi privati, ma sembrano esigui gli spazi per quello di sussidiarietà verticale, in quanto il sistema rimane fortemente ancorato alla dimensione territoriale prossima ai fruitori, tant’è che non sono nemmeno previsti dalla specifica normativa effettivi poteri sostitutivi¹⁰⁰ nei casi in cui le realtà territoriali non riescano a realizzare gli interventi necessari ad espandere l’offerta e a far funzionare i servizi¹⁰¹.

In conclusione, il percorso di attuazione della riforma del sistema integrato di educazione e di istruzione dell’infanzia sembra orientato verso un modello organizzativo innovativo di amministrazione nazionale a rete, dove si supera la dicotomia asilo nido/scuola dell’infanzia sotto i diversi punti di vista fin qui esaminati. In sostanza, non si è di fronte all’assorbimento del segmento educativo di età zero tre anni

⁹⁶ Tale tratto dell’evoluzione delle organizzazioni è messo in evidenza da S. CASSESE, *Le trasformazioni dell’organizzazione amministrativa*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 2, 1985, p. 380.

⁹⁷ Sull’*educational evaluation* in ottica formativa, si veda M. FERRARI, “*Servizi*” per l’infanzia e famiglie in Italia: dall’assistenza verso la partecipazione inclusiva, in *Cultura pedagogica e scenari educativi*, n. 1, 2023, p. 61.

⁹⁸ Va ricordato che con D.P.R. 28 marzo 2013, n. 80 è stato emanato il *Regolamento sul sistema nazionale di valutazione in materia di istruzione e formazione*. Il sistema nazionale è costituito dall’Istituto nazionale per la valutazione del sistema di istruzione e formazione (INVALSI) e dall’Istituto nazionale di documentazione, innovazione e ricerca educativa (INDIRE).

⁹⁹ C. CANALI, T. VECCHIATO, *Integrare la valutazione di esito e la valutazione di impatto*, in *Transatlantic Forum on Inclusive Early Years, Il futuro nelle nostre mani. Investire nell’infanzia per coltivare la vita*, il Mulino, Bologna, 2016, p. 79 e ss.

¹⁰⁰ La carenza di poteri sostitutivi è stata considerata una contraddizione della normativa sui Lep relativi agli asili nido definiti con la ricordata legge di bilancio 2022, in quanto lascia “del tutto sguarnite le persone che avrebbero dovuto, grazie alle risorse vincolate, beneficiare delle relative prestazioni” nel caso in cui i comuni non si attivino o non siano in grado di utilizzare le risorse finanziarie disponibili nei tempi dovuti. Cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 71/2023, dove si sottolinea che spetta al legislatore colmare tale lacuna, nell’ambito delle possibilità previste dall’art. 120 Cost. Per alcune valutazioni, si veda E. DI CARPEGNA BRIVIO, *Le vie costituzionali della solidarietà comunale*, in www.osservatorioaic.it, n. 5, 2023; più in generale sul rapporto tra scelte (e non scelte) legislative e giurisprudenza costituzionale, M. DELSIGNORE, *I servizi sociali nella crisi economica*, in *Diritto amministrativo*, n. 3, 2018, p. 587 e ss.

¹⁰¹ Il tema è stato oggetto dal recente rapporto LABSUS, *Le scuole. Da beni pubblici a beni comuni. Sull’amministrazione condivisa dell’educazione*, Roma, 2022, dove si analizzano anche i “patti di collaborazione” territoriali e i “patti educativi di comunità” relativi all’infanzia.

nell'ambito ministeriale e nel sistema nazionale di istruzione¹⁰², né al completo decentramento del segmento tre sei anni verso lo schema socio educativo curato dagli enti locali. Siamo di fronte, insomma, ad un modello innovativo che ridisegna il percorso preparatorio alla scuola dell'obbligo, mettendo al centro dell'attenzione prima le esigenze psico pedagogiche e sociali dei bambini, poi quelle dei genitori, delle famiglie e della società.

In funzione di tali obiettivi si introduce nell'ordinamento il sistema integrato di educazione e di istruzione dell'infanzia che supera lo *split system* tradizionale e gli assetti istituzionali ad esso legati. Ciò intanto potrà essere effettivamente portato a compimento in quanto gli attori pubblici e privati coinvolti ne comprendano la portata e condividano la bontà dell'impianto. In tale quadro, le decisioni strategiche e le attività di implementazione e di gestione dovranno essere portate avanti in sinergia, con lo stesso orientamento costruttivo e nella medesima direzione¹⁰³, rischiando altrimenti di vanificare le virtù del disegno riformatore e di accentuare anziché superare le fragilità ordinamentali e territoriali ricordate all'inizio¹⁰⁴.

¹⁰² Tale ipotesi di passaggio dei servizi zero tre al sistema nazionale di istruzione, che, secondo una chiave di lettura, sembra scaturire dall'impostazione della riforma del sistema integrato di educazione e istruzione dell'infanzia, è comunque considerata dalla dottrina difficilmente realizzabile per molteplici ragioni legate all'insufficiente numero di servizi esistenti, ai problemi di finanziamento delle spese di gestione dei servizi, alla messa a punto di raccordi e rapporti virtuosi tra i diversi livelli di governo. Così, C. BERTOLINO, *I servizi educativi per la prima infanzia tra Stato e Regioni: un lungo cammino giunto ormai alla meta?*, cit., p. 436.

¹⁰³ S. BUSETTI, B. DENTE, *Designing multi-actor implementation: A mechanism-based approach*, in *Public Policy and Administration*, dicembre, 2016.

¹⁰⁴ È evidente che un ruolo importante sarà giocato dalla digitalizzazione delle attività, con tutti i limiti e le potenzialità che essa comporta nell'ambito educativo e scolastico. Per una riflessione sul tema, si veda A.L. GALARDINI, *I servizi educativi per l'infanzia durante la pandemia*, in *Minorigiustizia*, n. 4, 2020. Più in generale sulle potenzialità della tecnologia nel rafforzamento delle capacità di decidere nelle pubbliche amministrazioni, si veda L. TORCHIA, *Riforma amministrativa*, in *Enciclopedia del diritto*, I, tematici III, Giuffrè, Milano, 2022, p. 987 e ss.



Libertà d'innovare e servizi pubblici: la Corte si pronuncia su taxi, NCC e molto altro (Corte cost., sent. 36/2024 e ord. 35/2024)*

di Mario Midiri

Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico
Università LUMSA

Abstract [It]: L'innovazione tecnologica investe la sfera dei servizi pubblici e può innalzare i livelli di efficienza ed inclusione. In attesa che il legislatore intervenga, le corti compiono uno sforzo di rilettura dell'ordinamento e nella giurisprudenza recente della Corte costituzionale vi è una indicazione importante su come coniugare il principio di effettiva fruizione dei diritti fondamentali: sono dunque da segnalare le due decisioni del marzo 2024, sui servizi taxi e NCC, che presentano una forte sinergia con la giurisprudenza della Corte di giustizia UE.

Title: Public services and freedom to innovate: the Constitutional Court rules on cabs, private-hire vehicles services, and more (Judgment No. 36/2024 and Order No. 35/2024)

Abstract [En]: Technological innovation affects the sphere of public services and can help increase their efficiency and inclusiveness. To this end, an updated regulatory framework is needed. In turn, the courts are trying to update the regulatory system: the principle of effective enjoyment of fundamental rights is enhanced along with the freedom to innovate. A valuable assessment of these issues is in two judgements taken by the Constitutional Court in March 2024, in synergy with the case-law of the European Court of Justice.

Parole chiave: innovazione tecnologica, servizio pubblico, piattaforme digitali, libertà d'iniziativa economica, tutela della concorrenza, servizio taxi, servizio di trasporto con conducente

Keywords: technological innovation, public services, digital platforms, economic freedom, competition rules, taxi services, private-hire vehicles services

Sommario: **1.** Cambiamenti veloci e anacronismo legislativo. **2.** Il principio di proporzionalità "preso sul serio": il caso Barcellona dinanzi alla Corte di giustizia UE. **3.** Corte costituzionale: le novità della sentenza n. 36/2024, dopo le prudenti aperture delle sentenze nn. 265/2016 e 56/2020. **4.** Tutela della concorrenza e libertà d'innovare. **5.** L'utilità sociale è cosa diversa dalle istanze protezioniste (ordinanza di autorimessione n. 35/2024). **6.** La risposta delle istituzioni ai processi di cambiamento.

1. Cambiamenti veloci e anacronismo legislativo

I servizi pubblici hanno nel diritto positivo la loro disciplina formale: l'oggetto del servizio, le modalità di gestione, le fonti di finanziamento. La legge, però, non crea dal nulla il servizio. L'invenzione del motore a scoppio ha consentito la diffusione su larga scala e a prezzi accessibili del servizio di trasporto pubblico. Senza la scoperta dell'energia elettrica non si sarebbe nemmeno immaginato il relativo servizio

* Articolo sottoposto a referaggio.

e non si sarebbe posta l'esigenza di provvedere al suo sviluppo mediante la riserva giuridica di attività in capo ad enti pubblici¹.

L'attività di gestione e di organizzazione dei beni, delle risorse (anche immateriali) e delle infrastrutture del servizio è regolata dal diritto a fini di utilità sociale, garantendo universalità ed efficienza², sulla base della registrazione degli assetti economici e tecnologici "presupposti" dalla fattispecie normativa.

Tuttavia, la tecnologia non si ferma. Opera nel senso della decentralizzazione, grazie all'invenzione e diffusione di strumenti e apparati in grado di fornire su scala individuale beni socialmente utili. Quando ciò accade, la previsione legislativa della gestione pubblica in regime di esclusività perde la sua ragion d'essere. Nessuno penserebbe, oggi, a includere la "fabbrica e vendita del ghiaccio" tra i servizi pubblici: il successo di massa del frigorifero ha fatto venir meno i presupposti della scelta compiuta dal legislatore con il testo unico del 1925, sull'assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei comuni e delle provincie³. A dimostrazione che un'attività è qualificata come servizio pubblico per rispondere a

¹ Riserva che nell'ordinamento italiano è stata giustificata, sulla base dell'art. 43 Cost., dai fini di utilità generale individuati dall'art. 1, legge 6 dicembre 1962, n. 1643, istitutiva dell'Enel, cui venne affidata l'utilizzazione coordinata e potenziata degli impianti, "allo scopo di assicurare con minimi costi di gestione una disponibilità di energia elettrica adeguata per quantità e prezzo alle esigenze di un equilibrato sviluppo economico del Paese". Per una sintesi del dibattito sulla riserva di attività economica, M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, Il Mulino, 1977, 126 ss.

² Sull'impatto ordinamentale dello sviluppo tecnologico, S. CASSESE, *Il mondo nuovo del diritto*, Bologna, Il Mulino, 2008, 47 ss.; M. CLARICH, *Istituzioni, nuove tecnologie, sviluppo economico*, in *Dir. pubbl.*, 2017, 75. Sulla evoluzione della categoria del servizio pubblico e sulla inerenza di fini sociali all'attività industriale quale tratto distintivo, v. *ex multis*, G. CAIA, *I servizi pubblici*, in L. MAZZAROLI, G. PERICU, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA, *Diritto amministrativo*, Bologna, Monduzzi, 2005, vol. II, 131 ss.; M. DUGATO, *I servizi pubblici locali*, in *Trattato di diritto amministrativo, dir. amm. speciale*, a cura di S. CASSESE, III, Milano, Giuffrè, 2003, 2^a ed., 2581; F. MERUSI, *Cent'anni di municipalizzazione: dal monopolio alla ricerca della concorrenza*, in *Dir. amm.*, 2004, 37 ss.; G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici locali*, Bologna, Il Mulino, 2005.

³ Art. 1, r.d. 15 ottobre 1925, n. 2578, che approva il testo unico sull'assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei comuni e delle provincie (prima, l. 29 marzo 1903, n. 103, e r.d. 30 dicembre 1923, n. 3047): i comuni potevano assumere "l'impianto e l'esercizio diretto dei pubblici servizi e segnatamente di quelli relativi agli oggetti seguenti: 1° costruzione di acquedotti e fontane e distribuzione di acqua potabile; 2° impianto ed esercizio dell'illuminazione pubblica e privata; 3° costruzione di fognature ed utilizzazione delle materie fertilizzanti; 4° costruzione ed esercizio di tramvie a trazione animale o meccanica; 5° costruzione ed esercizio di reti telefoniche nel territorio comunale; 6° impianto ed esercizio di farmacie; 7° nettezza pubblica e sgombrò di immondizie dalle case; 8° trasporti funebri, anche con diritto di privativa, eccettuati i trasporti dei soci di congregazioni, confraternite ed altre associazioni costituite a tal fine e riconosciute come enti morali; 9° costruzione ed esercizio di molini e di forni normali; 10° costruzione ed esercizio di stabilimenti per la macellazione, anche con diritto di privativa; 11° costruzione ed esercizio di mercati pubblici, anche con diritto di privativa; 12° costruzione ed esercizio di bagni e lavatoi pubblici; 13° fabbrica e vendita del ghiaccio; 14° costruzione ed esercizio di asili notturni; 15° impianto ed esercizio di omnibus, automobili e di ogni altro simile mezzo, diretto a provvedere alle pubbliche comunicazioni; 16° produzione e distribuzione di forza motrice idraulica ed elettrica e costruzione degli impianti relativi; 17° pubbliche affissioni, anche con diritto di privativa, eccettuandone sempre i manifesti elettorali e gli atti della pubblica autorità; 18° essiccatoi di granturco e relativi depositi; 19° stabilimento e relativa vendita di semenzai e vivai di viti ed altre piante arboree e fruttifere".

specifiche istanze del tessuto sociali⁴ e cessa di esserlo quando viene meno l'interesse che giustifica l'esercizio diretto o il regime concessorio⁵.

Si realizza dunque nel corso del tempo una complessa interazione tra dinamica socio-economica, sviluppo tecnologico ed evoluzione normativa. In fasi di rapido cambiamento dei mercati e dei rapporti sociali da essi conformati⁶, l'ordinamento giuridico può restare indietro⁷. Ciò vale tanto più quando si aprono fasi di trasformazione degli assetti di poteri, con il passaggio da sistemi basati sulla centralizzazione e sulla gerarchia a strutture decentralizzate e partecipative⁸.

⁴ Si pensi alla inurbazione del Centro-nord e alle prime esperienze di municipalizzazione nei comuni interessati dallo sviluppo industriale (e con giunte a maggioranza moderata e liberale). Fino al 1870, soltanto Genova, Vercelli, Brescia, Rovigo, La Spezia e Cesena disponevano del pubblico servizio del gas. Dopo il 1880, l'ambito di intervento si estende agli acquedotti (Spoleto, Udine, Terni, Vercelli), ai trasporti urbani (nel Genova 1895), alle centrali elettriche (Brescia nel 1893 e Verona nel 1898): v. i dati riportati da G. PISCHEL, *L'azienda municipalizzata*, Cispel, Roma, 1972.

⁵ Si pensi ancora alla fabbricazione e alla vendita del ghiaccio, oggetto negli USA di una importante decisione della Supreme Court: *New State Ice Co. v. Liebmann*, 285 U.S. 262 (1932), con opinione dissenziente del giudice Brandeis, favorevole alla sperimentazione nei singoli Stati, ma pronto a riconoscere che “a regulation valid for one kind of business may, of course, be invalid for another; since *the reasonableness of every regulation is dependent upon the relevant facts*” (302, corsivo ns.). Sulla obsolescenza provocata dalla tecnologia e sulle conseguenze di ciò in tema di *legal framing*, U.S. Court of Appeal, 7th Circuit, 7 ottobre 2016, *Illinois Transportation Trade Association v. City of Chicago*, case 16-2009, redattore il Giudice Posner, che riforma parzialmente U.S. District Court of Illinois, sent. 25 aprile 2016, case n. 1:14-cv-00827; su questa importante sentenza si tornerà più avanti.

⁶ Nell'economia delle piattaforme digitali, perde centralità il titolo proprietario: quello che conta è la capacità di fornire ed utilizzare beni e servizi. Il più importante servizio di trasporto urbano non di linea è gestito da Uber, che non possiede alcun veicolo. AirBnb è un “albergatore” (per così dire) onnipresente, ma non ha immobili di proprietà. La *media company* maggiormente valutata (Facebook) crea qualche contenuto, ma non più di tanto, e degli oltre due milioni di *app* presenti in Apple App Store, pochissime sono quelle sviluppate dalla società. Per una sintesi, O. LOBEL, *The Law of the Platform*, in *Minnesota Law Review*, 2016, e *San Diego Legal Studies Paper* No. 16-212: “What has previously been the realm of personal property is shifting to the realm of access”.

⁷ Sembra un'esagerazione (ed essendo immersi nel processo l'analisi è inevitabilmente parziale), ma non è inverosimile che sia alla fine, anche per gli effetti della rivoluzione digitale, il mondo costruito nell'800 e riprogettato nel secolo successivo: D. ROUSSEAU, *Le numérique, nouvel objet du droit constitutionnel*, in *Nouveaux Cahiers Conseil constitutionnel*, 2017/4, n. 57, 9. Sulla «frattura tra il mondo di ieri e quello di oggi», F. PIZZETTI, *Dati e diritti nell'epoca della comunicazione elettronica*, in ID., *I diritti nella “rete” della rete*, Torino, Giappichelli, 2011, 7 ss.

⁸ Per una lettura di questi processi in una prospettiva d'insieme ottimistica (pur riconoscendo l'esistenza di effetti negativi sul piano sociale), E. BRYNJOIFSSON, A. MCAFEE, *La nuova rivoluzione delle macchine* (2014), trad. it. Feltrinelli, 2015; degli stessi AA., *The Great Decoupling*, in *Harvard Business Review*, June 2015, 66-74 e, *Machine, Platform, Crowd: Harnessing our Digital Future*, New York, W.W. Norton, 2017. Sul potere acquisito dalle grandi piattaforme grazie all'estrazione dei dati e sui rischi che da ciò derivano per i processi della democrazia, sono ben noti gli scritti allarmati di S. ZUBOFF, *The Age of Surveillance Capitalism*, London, Profile Books Ltd, 2019, trad. it., *Il capitalismo della sorveglianza*, Roma, Luiss Univ. Press, 2019; ID., *Surveillance Capitalism or Democracy? The Death Match of Institutional Orders and the Politics of Knowledge in our Information Civilization*, in *Organization Theory*, 2022, vol. 3, 1 ss. Sull'effetto di contenimento dei nuovi poteri privati perseguito dalla recente legislazione europea (in part., Digital Market Act, Digital Services Act), v. G. MONTI, *The Digital Markets Act. Institutional Design and Suggestions for Improvement*, 2021, TILEC Paper No. 2021-04, <https://srn.com/abstract=3797730>.; M. MIDIRI, *I Signori del Tech e la sfida sulle regole: il caso Amazon*, in questa *Rivista*, n. 28/2023, 100 ss.: l'aspettativa è che regole comportamentali tollerabili dalle grandi imprese – destinate ad applicarsi anche all'esterno del mercato unico europeo sulla base del c.d. *Brussels Effect* – possano riequilibrare i rapporti di forza sul mercato, correggendo vistose asimmetrie, favorendo l'ingresso di nuovi operatori. Sull'influenza delle soluzioni regolatorie elaborate dalle UE, A. BRADFORD, *The Brussels Effect: How the European Union Rules the World*, OUP, Oxford, 2020. Parlano di “external governance” S. LAVANEX, F. SCHIMMELFENNIG, *EU Rules beyond EU Borders: Theorising External Governance in EU Politics*, in *Journ. Eur. Public Policy*, 2009, 16, 791 ss. Sulla migrazione delle soluzioni elaborate in sede giurisdizionale, K. KOWALIK-BANCZYK, O. POLLICINO, *Migration of European Judicial Ideas Concerning Jurisdiction Over Google on Withdrawal of Information*, in *German Law Journ.*, 2016, 328 ss. Sul controllo, in base al principio di proporzionalità, degli atti della Commissione UE applicativi dei nuovi regolamenti UE e in part. del DMA, G.

Sul legislatore incombe allora una sfida impegnativa⁹. Affinché tutti possano fruire pienamente delle libertà fondamentali, è necessaria una costante opera di ricalibratura e adeguamento normativo. L'innovazione non dovrebbe essere condizionata o “congelata” da regolazioni troppo rigide, in assenza di un preminente interesse generale¹⁰. Le norme anacronistiche non dovrebbero restare in vigore, perché dannose per il benessere generale.

Al tempo stesso, la politica ha il compito essenziale di affrontare le tensioni sociali provocate dal mutamento: potrebbero risultare opportune misure compensative per evitare squilibri sociali, ma qui si apre la difficoltà di calibrare l'intervento pubblico evitando che esso si risolva in misure meramente difensive di interessi corporativi.

Non si tratta di questioni astratte: ne vedremo il rilievo esaminando i casi di giurisprudenza oggetto di questo scritto.

2. Il principio di proporzionalità “preso sul serio”: il caso Barcellona dinanzi alla Corte di giustizia UE

Le corti non possono eludere le richieste di tutela generate dalle fasi di transizione. Nella sfera dei servizi pubblici, le vie seguite per dare una lettura aggiornata dei sistemi normativi mostrano una diversità di approccio da parte dei giudici europei rispetto a quelli statunitensi, con una più marcata propensione dei primi a considerare le ragioni del servizio pubblico¹¹. E così, nelle due sentenze su Uber del 2017 e 2018,

PITRUZZELLA, *Digital antitrust reforms in the EU and the US: What role for the courts?* (interview by J. MacLennan, 9.03.2021), in *Concurrences*, 2021, events.concurrences.com/en/digital-competition-2021.

⁹ “I mercati in transizione sono una questione complicata per i legislatori e per coloro che interpretano e applicano la legge”. Il settore dei taxi è “un caso di studio di mercato in transizione”: Conclusioni dell'Avvocato Generale della Corte giust. UE Szpunar (15.12.2022), nella causa C-50/21, *Prestige and Limousine, S.L. c Area Metropolitana de Barcelona e al.*, ECLI:EU:C:2022:997, nn. 1-2, causa poi decisa dalla Corte con sent. 8 giugno 2023, ECLI:EU:C:2023:448, richiamata da Corte cost., sent. n. 36/2024, di cui parleremo estesamente in seguito.

¹⁰ Sulla *chilling effect doctrine*, v. *Wieman v. Updegraff*, 344 U.S. 183, 195 (1952) (Frankfurter, J., concurring); *Zwickler v. Koota*, 389 U.S. 241, 256 n.2 (1967) (Harlan, J., concurring). Sull'*effet dissuasive* nella giurisprudenza UE, v. in part. Trib. UE, 25/03/2015, causa T-556/08, *Slovenská pošta*, EU:T:2015:189, n. 137, Corte giust., sent. 7/09/2022, *Cilevičs e a.*, C-391/20, EU:C:2022:638, punto 61, su restrizioni che vietino o ostacolino l'esercizio di un diritto o libertà (nella specie, di stabilimento: art. 49 TFUE) o anche soltanto lo rendano in concreto “meno attraente”, e sent. 8/06/2023, *Prestige and Limousine SL c Area Metropolitana de Barcelona*, causa C-50/21, cit., n. 61. Sugli effetti di limitazione o condizionamento di diritti e garanzie che discendono da norme (solo) indirettamente discriminatorie: v., sulle misure disciplinari applicabili ai giudici, Corte giust. UE, sent. 26/03/2020, cause riunite C-558/18 and C-563/18, *Miasto Łowicz e Prokurator Generalny*, EU:C:2020:234, nn. 58-59; v. anche sent. 18/06/2020, causa C-78/18, *Comm. c. Ungheria*, EU:C:2020:476, su norme statali lesive della libertà di circolazione dei capitali (art. 63 TFUE) e anche della libertà di associazione (art. 12 Carta diritti fondamentali UE), del rispetto della vita privata (art. 7 Carta), della protezione dei dati personali (art. 8 Carta), senza che sussistano imperative ragioni d'interesse generale.

¹¹ Sulla diversa prospettiva istituzionale seguita dai giudici statunitensi rispetto alle corti europee, V. ZENO-ZENCOVICH, *Uber: modello economico e implicazioni giuridiche*, in *MediaLaw*, n. 1/2018, 140; per un raffronto tra le sentenze su Uber e la posizione della Corte di giustizia su Airbnb (Corte giust. UE, Grande sez., 19/12/2019, *Airbnb Ireland*, C-390/18, ECLI:EU:C:2019:1112), M.E. BUCALO, *I servizi delle piattaforme 'online' fra giurisprudenza sovranazionale e interna e necessità di regolazione dell'economia collaborativa. Riflessioni a partire dal caso Airbnb*, in questa *Rivista*, n. 22/2020. Sugli orientamenti emersi nelle corti statunitensi e, in part. sulla base concettuale offerta alla nuova disciplina delle *transportation network companies* dalla

la Corte di giustizia ha escluso che il servizio offerto da Uber, stante la sua complessità, possa rientrare nella disciplina garantita ai servizi della società dell'informazione¹². Il servizio d'intermediazione attraverso la piattaforma digitale è parte integrante di un servizio complessivo il cui elemento principale è il servizio di trasporto¹³, e quest'ultimo è soggetto a regolazione, per il momento a livello statale, non essendovi ancora norme comuni per i servizi di trasporto non collettivi in aerea urbana sul fondamento dell'art. 91.1 TFUE¹⁴.

Le regolazioni degli Stati devono però rispondere al principio di proporzionalità, non essendo giustificabili vincoli regolatori non necessari o eccessivi rispetto all'interesse pubblico perseguito, come pure prescrizioni discriminatorie e palesemente irrazionali.

La Corte di giustizia UE, investita dal giudice spagnolo (come nel caso *Uber Spain*), ha affrontato il tema delle restrizioni poste all'attività dei *vehículos de turismo con conductor* (assimilabili al nostro NCC: noleggio con conducente) nell'area metropolitana di Barcellona¹⁵, sotto un duplice profilo: se sussista un motivo

sentenza, est. Posner, della Corte d'appello del 7th Circuit, 7/10/2016, *case* 16-2009, *Illinois Transportation Trade Association v. City of Chicago*, M. MIDIRI, *Nuove tecnologie e regolazione: il «caso Uber»*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2018, 1017 ss.

¹² Art. 1, punto 2, direttiva 98/34, cui rinvia l'art. 2, lettera a), direttiva 2000/31. La direttiva 98/34 è stata abrogata e sostituita dalla direttiva di codificazione 2015/1535.

¹³ Uber non si limita a mettere a disposizione una mera piattaforma; crea un'offerta di servizio di trasporto, che rende accessibile con strumenti informatici e di cui organizza il funzionamento generale, esercitando un'influenza determinante sulle condizioni della prestazione. Fissa infatti, mediante l'applicazione, il prezzo massimo della corsa; riceve tale somma dal cliente prima di versarne una parte al conducente; esercita un controllo sulla qualità dei veicoli e dei loro conducenti nonché sul comportamento di quest'ultimi, che può portare, se del caso, alla loro esclusione: Corte giust. UE, sent. 20/12/2017, in causa C-434/15 *Elite Taxi c. Uber Spagna*, ECLI:EU:C:2017:98, seguita dalla sent. 10/04/2018 in causa C-320/16, *Uber France*, ECLI:EU:C:2018:221. La decisione della Corte si inserisce nella giurisprudenza che nei servizi di trasporto ricomprende i servizi intrinsecamente connessi all'atto fisico di trasferimento di persone o di beni da un luogo a un altro tramite un mezzo di trasporto: Corte giust. UE, sent. 15/10/2015, *Grupo Ierelesa*, C-168/14, punti 45 e 46; parere 2/15 (Accordo di libero scambio con Singapore), del 16 maggio 2017, EU:C:2017:376, punto 61. Nelle conclusioni sulla causa 320/16, *Uber France*, cit., l'Avvocato Generale Szpunar ha affrontato un'ulteriore questione, se Uber possa essere assimilato ad un *franchisor*: ha concluso negandolo. È vero che il *franchisor* può esercitare – come fa Uber – uno stretto controllo sulle attività dei suoi *franchisees*, al punto che questi ultimi sono percepiti dai clienti come succursali del *franchisor* anziché come imprese indipendenti. Tuttavia, il *franchisor* si limita a fornire servizi (licenze di marchi, know-how, fornitura di apparecchiature, consulenza, ecc.) ai *franchisees*. Esso non ha alcun rapporto con gli utenti dei servizi finali; i prestatori di tali servizi finali sono esclusivamente i *franchisees*. Uber, invece, è direttamente coinvolta nell'erogazione agli utenti del servizio finale, cosicché deve essere considerata la prestatrice di detto servizio, diversamente da un *franchisor*.

¹⁴ Per i servizi in materia di trasporto vale, invero, la disposizione speciale dell'art. 58 TFUE (e non il principio della libera prestazione dei servizi ai sensi dell'art. 56 TFUE, attuato dalla direttiva 2006/123). La libera circolazione dei servizi in materia di trasporti potrà essere regolata dalla politica comune prevista dal titolo VI, TFUE, artt. 90-100. Tuttavia, non essendovi ancora norme comuni per i servizi di trasporto non collettivi in aerea urbana sul fondamento dell'art. 91.1, TFUE, la potestà regolatoria resta in capo agli Stati membri (l'art. 4, lettera g), TFUE ascrive il settore dei trasporti alla competenza concorrente tra UE e Stati membri): D.U. GALETTA e M. GIAVAZZI, *Trasporti terrestri*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, a cura di G. GRECO e M.P. CHITI, p. sp., IV, Milano, Giuffrè, 2007, 2174. V. nella sentenza della Corte *Uber Spain*, causa C-434/15, sopratt. i nn. 46-47: "... occorre constatare che i servizi di trasporto non collettivi in aerea urbana così come i servizi ad essi indissolubilmente legati, quali il servizio d'intermediazione di cui al procedimento principale, non hanno portato all'adozione da parte del Parlamento europeo e del Consiglio dell'Unione europea di norme comuni o di altre misure, sul fondamento dell'articolo 91, paragrafo 1, TFUE. Ne consegue che, allo stato attuale del diritto dell'Unione, è compito degli Stati membri disciplinare le condizioni di prestazione dei servizi d'intermediazione come quello di cui al procedimento principale nel rispetto delle norme generali del Trattato FUE".

¹⁵ Le restrizioni esaminate dalla Corte sono due: la previsione di un'autorizzazione specifica per l'esercizio dell'attività di servizi di NCC nell'agglomerato urbano di Barcellona, che si aggiunge all'autorizzazione nazionale richiesta per la fornitura di servizi di NCC urbani e interurbani; la limitazione del numero di licenze di siffatti servizi di NCC a un trentesimo del

imperativo di interesse generale che giustifichi la limitazione all'esercizio di una libertà protetta dal diritto UE (art. 49 TFUE: libertà di stabilimento) e, in secondo luogo, se la norma restrittiva rispetti il principio di proporzionalità, e sia quindi idonea a garantire la realizzazione dell'obiettivo perseguito senza eccedere quanto necessario per conseguirlo. Sul primo punto, la Corte ricorda che la corretta gestione del trasporto, del traffico e dello spazio pubblico di un agglomerato urbano, e la protezione dell'ambiente possono certamente costituire motivi imperativi di interesse generale¹⁶. Non così il mantenimento di un equilibrio economico tra taxisti e conduttori NCC: questo è un motivo meramente economico, che non è idoneo a giustificare una limitazione di una libertà fondamentale garantita dal Trattato¹⁷.

La Corte affronta poi una questione di notevole rilevanza: i limiti della discrezionalità degli Stati membri nel qualificare un'attività economica come servizio d'interesse economico generale (SIEG)¹⁸. Gli Stati sono legittimati a definire la portata e l'organizzazione dei loro SIEG tenendo conto di obiettivi propri della politica nazionale. Dispongono a tal fine di un ampio potere discrezionale (che può essere rimesso in discussione dalla Commissione solo in caso di errore manifesto); detto potere non è illimitato e deve essere esercitato nel rispetto del diritto dell'Unione. Ora, la circostanza che il servizio taxi sia "fortemente regolato" non basta a qualificarlo come SIEG – e dunque a fare scattare di per sé la speciale disposizione, derogatrice delle norme a tutela della concorrenza, posta dall'art. 106 TFUE¹⁹ – occorrendo a tal fine la

numero di licenze di servizi di taxi concesse per detta area urbana. Quanto alla prima (l'autorizzazione specifica per gli NCC di Barcellona), essa costituisce di per sé una restrizione all'esercizio della libertà garantita dall'art. 49 TFUE, perché limita l'accesso al mercato per qualsiasi nuovo arrivato (Corte giust., sent. 10/03/2009, *Hartlauer*, C-169/07, EU:C:2009:141, punto 34 e, per analogia, sent. 22/01/2002, *Canal Satélite Digital*, C-390/99, EU:C:2002:34, punto 29). Anche la limitazione del numero di licenze NCC a un trentesimo di quelle per taxi deve essere qualificata come restrizione alla libertà di stabilimento, dal momento che restringe il numero di prestatori di servizi di NCC stabiliti in detta area urbana (sentenza *Prestige and Limousine*, cit., punto 61).

¹⁶ Corte giust., sentenze 24/03/2011, *Comm. c. Spagna*, C-400/08, EU:C:2011:172, punto 74, 30/01/2018, *X e Visser*, C-360/15 e C-31/16, EU:C:2018:44, punti 134 e 135.

¹⁷ La Corte respinge qui uno dei principali argomenti opposti dall'amministrazione di Barcellona: v. punti 71-72 della sentenza *Prestige and Limousine*, cit.; v. altresì Corte giust., sentenze 11/03/2010, *Attanasio Group*, C-384/08, EU:C:2010:133, punto 55; 24/03/2011, *Comm. c. Spagna*, loc. cit.; 22/10/2010, *Yellow Cab Verkehrsbetrieb*, C-338/09, EU:C:2010:814, punto 51.

¹⁸ Sui servizi d'interesse economico generale v. gli artt. 14 e 106 TFUE. Detti articoli non fissano le condizioni di uso di tale espressione. Soccorre la giurisprudenza: Corte giust., 18 giugno 1998, C-35/96, *Comm. c. Italia*; v. anche Comm. europea, *Comunicazioni in tema di SIEG in Europa*, 26 settembre 1996 e 19 gennaio 2001. Secondo Corte cost., sent. n. 325/2010, la figura comunitaria dei servizi d'interesse economico generale (SIEG) e quella interna dei SPL di rilevanza economica hanno contenuto omologo: entrambe fanno riferimento ad un servizio reso mediante un'attività economica che fornisce *prestazioni necessarie*, dirette a realizzare anche "fini sociali", nei confronti di una generalità indifferenziata di soggetti; sul che v. Corte giust. 21 settembre 1999, C-67/96. Per attività economica si intende qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato: v. Corte giust. 18 giugno 1998, C-35/96; 10 gennaio 2006, C-222/04; 16 marzo 2004, cause riunite C-264/01, C-306/01, C-354/01 e C-355/01, nonché Commissione UE, *Libro verde sui servizi d'interesse generale*, 21 maggio 2003, § 2.3, punto 44. Per una maggiore estensione dei SIEG rispetto alla figura di diritto interno si veda, però, F. TRIMARCHI BANFI, *I servizi pubblici nel diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, 1073. In R. CARANTA, *Il diritto UE sui SIEG*, in *Le Regioni*, 2011, 1175, la condivisibile osservazione che le istituzioni, statali o substatali, sono chiamate a qualificare i servizi in base ai parametri fissati dalle istituzioni dell'Unione, "uniche competenti a dire l'ultima parola".

¹⁹ La Corte, in *Prestige and Limousine*, cit., punto 80, ricorda però che in base all'art. 106.2., TFUE, le deroghe alle norme del Trattato "sono consentite *solo se necessarie* all'adempimento della specifica missione affidata a un'impresa incaricata della

presenza di caratteri specifici rispetto a quello di altre attività economiche, e l'affidamento di una specifica missione di servizio pubblico mediante atti sufficientemente precisi del potere pubblico²⁰.

Quanto al rispetto del principio di proporzionalità, spetta al giudice del rinvio valutare la necessità del requisito della autorizzazione specifica, richiesta per i NCC nell'agglomerato urbano di Barcellona. Tuttavia, la Corte fa presente che misure meno restrittive potrebbero bastare per raggiungere gli obiettivi d'interesse pubblico: nessun elemento del fascicolo a sua disposizione dimostra che la limitazione imposta ai NCC “non ecceda quanto necessario per conseguire detti obiettivi”²¹. Il che è di notevole interesse, perché sposta sull'amministrazione pubblica, che introduce il vincolo, l'onere di provarne la necessità, al fine di dimostrare il rispetto del principio di proporzionalità, “preso sul serio”.

3. Corte costituzionale: le novità della sentenza n. 36/2024, dopo le prudenti aperture delle sentenze nn. 265/2016 e 56/2020

Il dibattito di questi anni, e i recenti sviluppi della giurisprudenza UE, animano le due pronunzie della Corte costituzionale depositate nel marzo 2024, la sentenza n. 36 e l'ordinanza di autorimessione n. 35/2024: esse rivelano un indirizzo della Corte più netto rispetto a quello – prudente e con circoscritte aperture – delle decisioni pregresse sul tema.

Nella sentenza n. 265 del 2016, il nostro giudice costituzionale aveva tratto spunto da un giudizio su una legge regionale in materia di trasporto urbano non di linea, verosimilmente orientata in funzione “anti Uber”, per dare voce alla «domanda di un inquadramento giuridico univoco e aggiornato»²². La legge regionale è dichiarata illegittima perché in violazione dell'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost., ma la parte più interessante della motivazione è l'auspicio – che si legge fra le righe – di un aggiornamento della disciplina posta dalla legge 15 gennaio 1992, n. 21, e successive integrazioni. Legge rapidamente invecchiata perché superata dall'evoluzione del mercato, che ha reso assai meno netta la netta differenziazione (su cui si basa la legge) tra servizio taxi e attività di noleggio con conducente, la prima

gestione di un SIEG” (corsivo aggiunto); v. anche Corte giust., sent. 3/09/2020, *Vereniging tot Behoud van Natuurmonumenten in Nederland e a. c. Comm.*, C-817/18 P, EU:C:2020:637, punti 96 e 97).

²⁰ Corte giust., sentenza *Prestige and Limousine*, cit., punti 77-81, con richiamo della già citata sent. 3/09/2020, *Vereniging tot Behoud van Natuurmonumenten*, punto 95, e della sent. 7/11/2018, *Comm. c. Ungheria*, C-171/17, EU:C:2018:881, punto 51.

²¹ Sentenza *Prestige and Limousine*, cit., punto 98.

²² Corte cost., sent. n. 265/2016, red. Cartabia, su cui v. il commento di O. POLLICINO, V. LUBELLO, *Un monito complesso ed una apertura al dibattito europeo rilevante: Uber tra giudici e legislatori*, in *Giur. cost.*, 2016, 2479; M. MIDIRI, *Evoluzione tecnologica, anacronismi legislativi e nuove esigenze di regolazione*, ivi 2306 ss.; D. TEGA, *Uber in Piazza del Quirinale n. 41: la «gig economy» arriva alla Corte costituzionale*, in *Le Regioni*, 2017, n. 3, 580 ss. Osserva la Corte, *cons. in diritto* n. 5, che «[...] rispetto all'assetto delineato dalla legislazione statale in vigore, che risale nei suoi tratti essenziali al 1992, l'evoluzione tecnologica, e i cambiamenti economici e sociali conseguenti, suscitano questioni variamente discusse non solo nelle sedi giudiziarie, ma anche presso le autorità indipendenti e le istituzioni politiche, per la pluralità degli interessi coinvolti e i profili di novità dei loro intrecci [...] Nel contesto di un dibattito così animato, relativo a fenomeni la cui diffusione è grandemente agevolata dalle nuove tecnologie, è comprensibile che, soprattutto dalle aree metropolitane più direttamente interessate, si levi la domanda di un *inquadramento giuridico univoco e aggiornato*» (corsivo ns.).

soggetta a obblighi di servizio pubblico (e al contempo “protetta” dal *numerus clausus* delle licenze e dalla tariffa determinata dall’ente locale), la seconda riservata a un’utenza specifica e con vincoli di attività, fra cui l’obbligo del rientro in rimessa, oggi non più giustificabili da un punto di vista economico, di efficienza e di sostenibilità ambientale²³.

Nel 2020, ritornando sul tema con la sentenza n. 56, la Corte censura, alla luce del principio di proporzionalità (e di razionalità intrinseca), l’art. 10-*bis*, comma 1, lettera *e*), d.l. 14 dicembre 2018, n. 135, convertito in l. 11 febbraio 2019, n. 12²⁴. La disposizione era già stata criticata dall’Autorità garante della concorrenza e del mercato²⁵, i cui rilievi sono in parte recepiti in sentenza: il rigido obbligo, ivi posto, di iniziare e terminare ogni singolo servizio di NCC presso la rimessa, è «un aggravio organizzativo e gestionale irragionevole», sproporzionato rispetto all’obiettivo di circoscrivere il servizio NCC ad un’utenza specifica. E qui viene in rilievo l’innovazione tecnologica: il rientro, ogni volta, alla sede o alla rimessa per raccogliere le richieste o le prenotazioni non è affatto necessario per evitare le temute interferenze con il servizio di piazza, proprio perché è possibile usare gli strumenti tecnologici, il cui uso

²³ Sui vincoli territoriali del servizio NCC, v. l’art. 29, comma 1-*quater*, d.l. 30 dicembre 2008, n. 207, convertito in l. 27 febbraio 2009, n. 14, che ha modificato l’art. 3 l. 15 gennaio 1992, n. 21 ponendo a carico dei prestatori dei servizi di NCC l’obbligo di avere la sede e la rimessa esclusivamente nel territorio del comune che ha rilasciato l’autorizzazione; di iniziare il servizio dalla rimessa e di ritornarvi al termine dello stesso; di sostare, a disposizione dell’utenza, esclusivamente all’interno della rimessa. La normativa restrittiva è stata però sospesa per lungo tempo: un decennio (la futura “*rideterminazione della disciplina*” di cui alla legge 15 gennaio 1992, n. 21” è alla base della norma di sospensione dettata dall’art. 7-*bis*, comma 1, d.l. 10 febbraio 2009, n. 5, convertito in l. 9 aprile 2009, n. 33, per sospendere “nelle more” l’efficacia delle modifiche restrittive inserite nella legge n. 21/1992 dall’art. 29 comma 1-*quater* d.l. 30 dicembre 2008, n. 207, cit.; questa sospensione è stata confermata dall’art. 7-*bis*, comma 1, d.l. 10 febbraio 2009, n. 5, modificato, da ult., dall’art. 1 comma 1136 lettera *b*), l. 27 dicembre 2017, n. 205, finché non è stato approvato l’art. 10-*bis* d.l. 14 dicembre 2018, n. 135, convertito in l. 11 febbraio 2019, n. 12. Con norma di delega al Governo, la legge annuale per la concorrenza e il mercato 4 agosto 2017, n. 124 (art. 1 comma 179) aveva prefigurato la complessiva revisione dei vincoli amministrativi esistenti, riconoscendo la specificità delle nuove forme di mobilità mediante piattaforma tecnologica: la delega avrebbe dovuto armonizzare le competenze regionali e degli enti locali, al fine di promuovere la concorrenza e tutelare il consumatore. Nel 2018 è emerso però un indirizzo diverso: l’art. 10-*bis* d.l. 14 dicembre 2018, n. 135, inserito in sede di conversione, recupera l’impostazione del 2008, sia pure con alcuni temperamenti. Questo andamento erratico della legislazione si spiega alla luce del conflitto di interessi sorto tra i tassisti – gravati dagli obblighi di servizio pubblico – e gli altri soggetti che offrono servizi di trasporto urbano non di linea per un’utenza specifica: i c.d. NCC, che si sono rafforzati sul piano operativo grazie alle piattaforme digitali d’intermediazione come Uber.

²⁴ Sulla sent. n. 56/2020, red. De Pretis, v. i commenti di E. CARUSO, *La disciplina del trasporto pubblico non di linea alla luce della sentenza n. 56/2020 della Corte cost.*, in *Munus*, 2020, num. 1, pag. 111; G. MAZZANTINI, *Il ruolo della Corte costituzionale nell’incentivare la diffusione dei principi di ‘better regulation’ nella regolazione concorrenziale dei mercati: la sentenza n. 56 del 2020*, in *www.osservatoriosullefonti.it*, 2021, n. 2; M. MIDIRI, *La Corte apre (con prudenza) alle piattaforme digitali d’intermediazione*, in *Giur. cost.*, 2020, n. 2, 670 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *La tutela della concorrenza nella giurisprudenza costituzionale. Questioni di competenza e questioni di sostanza*, in *Dir. pubbl.*, 2020, num. 2, 595 ss. V. anche quanto si dirà *infra* al n. 4.

²⁵ Agcm, segnalazione 15 ottobre 2019, AS1620, inviata alle Camere e al Governo ai sensi dell’art. 21 l. 10 ottobre 1990, n. 287 (in *agcm.it*): l’art. 10-*bis* d.l. n. 135/2018 mantiene i vincoli territoriali all’offerta di servizi NCC (sebbene in termini leggermente più ampi rispetto alla normativa del 2008, cit.), sia per l’obbligo di partenza e ritorno in rimessa per ogni servizio, sia per la possibilità di disporre di rimesse nel solo territorio della provincia o area metropolitana in cui ricade il comune autorizzante. Il meccanismo regolatorio predisposto dal legislatore rende, ad avviso di Agcm, «più difficile l’incontro della domanda di servizi di mobilità non di linea con la relativa offerta, con l’effetto di *deprimere il benessere dei consumatori finali*». Tutto ciò, unitamente alla moratoria al rilascio delle nuove autorizzazioni NCC sino alla realizzazione del registro informatico pubblico nazionale delle imprese di taxi e di NCC, comporterà una pressione verso l’alto dei prezzi dei servizi e lo scadimento della loro qualità in termini di accessibilità al servizio (corsivo aggiunto).

è ammesso dalla stessa normativa impugnata: residuo della più sostanziosa apertura che animava la legge annuale per la concorrenza del 2017²⁶.

Su altri punti la Corte sceglie un approccio *deferential*. Superano lo scrutinio di proporzionalità sia l'obbligo di ricevere le richieste di prestazioni e le prenotazioni presso la rimessa o la sede, anche con l'utilizzo degli strumenti tecnologici; sia il temporaneo blocco di nuove autorizzazioni per il servizio di NCC fino all'operatività del registro informatico pubblico nazionale delle imprese del settore. Per la prima norma, la Corte si appoggia sulla diversità strutturale tra i due tipi di servizio (i vettori NCC, a differenza dei tassisti, non possono rivolgersi a un'utenza indifferenziata), trascurando le spinte verso una graduale assimilazione dei due sottosectori in un unico mercato dei servizi di trasporto urbano non di linea²⁷. Quanto alla seconda, rileva che si tratta di norma temporanea, inidonea a radicare uno squilibrio competitivo a vantaggio dei titolari di licenze per taxi, non considerando la pericolosità di un termine finale incerto, ancorato ad un adempimento amministrativo fino al 2024 non realizzatosi²⁸.

Rispetto alla linea temperata delineata dalle pronunce prima richiamate, la Corte interviene nel 2024 con più nettezza, prestando un'attenzione prioritaria al valore dell'innovazione, anche in un ambito segnato da forte regolazione, come i servizi pubblici, che è il presupposto per il pieno dispiegarsi delle libertà fondamentali di cui l'efficienza del trasporto urbano – specialmente nelle grandi aree metropolitane – è un fattore condizionante²⁹.

²⁶ La cui delega - art. 1, comma 179, l. 4 agosto 2017, n. 124, cit. alla nota 22 - è scaduta il 29 agosto 2018 senza essere attuata: è cambiata la legislatura – il 23 marzo 2018 è iniziata la XVIII – e sono mutati gli equilibri in sede politico-parlamentare.

²⁷ Comunicazione della Commissione UE concernente un trasporto locale di passeggeri su richiesta, taxi e veicoli a noleggio con conducente, ben funzionante e sostenibile, 2022/C 62/01, in Gazz. Uff. UE, 4/02/2022.

²⁸ Soltanto nel marzo 2024 – sostanzialmente in coincidenza con il deposito della sent. n. 36 e della ord. n. 35 del 2024 – è circolato lo schema del d.P.C.M. attuativo del citato art. 10-*bis*, comma 6, d.l. n. 135/2018. Sulle due fattispecie indicate nel testo, la Corte non ha dato ascolto alle indicazioni della Autorità garante della concorrenza e del mercato, che ritiene obsoleta la differenziazione regolatoria tra le due classi di servizi. L'Agcm aveva contestato non soltanto la novella, ma un tratto essenziale della legge quadro n. 21/1992, e cioè la rilevante differenza regolatoria nella disciplina tra i due tipi di servizi, taxi e noleggio con conducente, che l'Autorità ritiene «obsoleta». In numerosi ambiti urbani i taxi offrono, tramite il tradizionale radiotaxi o mediante app gestite in cooperativa, servizi con prenotazione di varia tipologia, così sovrapponendosi – osserva l'Agcm – all'attività degli NCC; invece, gli NCC, in ragione degli obblighi di esercizio prescritti dalla legge di settore, non possono rivolgere i propri servizi ad un'utenza indifferenziata, pena la comminazione di elevate sanzioni. V. Agcm, segnalazione AS 1137, 4 luglio 2014, sulla legge per la concorrenza 2014; parere al Ministero dell'interno AS 1222, 29 settembre 2015; segnalazione 10 marzo 2017, AS1354, sulla riforma del settore; AS1620 del 15 ottobre 2019, disciplina dell'attività di noleggio con conducente, già cit. (tutte in *agcm.it*).

²⁹ Sul peso che le tecnologie del trasporto hanno avuto nel determinare la forma urbana, E. GLAESER, *Triumph of the City*, New York, Penguin Books, 2011, trad. it., *Il trionfo della città*, Milano, Bompiani, 2013. Oggi, i principali fattori d'innovazione sono la connettività e la digitalizzazione. La «comunità intelligente», o *smart city*, ha tra i suoi assi portanti il miglioramento delle condizioni di mobilità. Elementi comuni a tali assi sono la connettività diffusa e la digitalizzazione delle comunicazioni e dei servizi, con prevedibile decentralizzazione delle decisioni: cfr. G.F. FERRARI, a cura di, *Smart City: L'evoluzione di un'idea*, Mimesis, Milano-Udine, 2020; Id., *Smartness and the Cities*, in G.M. RACCA, C.R. YUKINS, a cura di, *Joint Public Procurement and Innovation. Lessons Across Borders*, Bruxelles, Bruylant, 2019, 173 ss.; E. CARLONI, *Città intelligenti e agenda urbana: le città del futuro, il futuro delle città*, in *Munus*, 2016, 235 ss.; F. GASPARI, *Città intelligenti e intervento pubblico*, in *Diritto econ.*, 2019, 71 ss.; cfr. pure Agenzia per l'Italia digitale, *Architettura per le comunità intelligenti*, 3 ottobre 2012. Sulla «comunità intelligente» (art. 20, co. 16, d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, conv. in l. 17 dicembre 2012, n. 221), F. FRACCHIA, P. PANTALONE, *Smart City: condividere per innovare (e con il rischio di escludere?)* in questa *Rivista*, 2015, n. 22.

Vengono in rilievo le libertà di circolazione e di soggiorno, il diritto al lavoro e allo studio, la libertà di stabilimento (artt. 16, 41, 34, 4 e 35 Cost., e artt. 49 TFUE)³⁰. La diffusione di questi diritti, e l'effettività del loro esercizio, si avvantaggiano dell'innovazione tecnologica. Nella prospettiva del mercato efficiente – e attento ai bisogni del cittadino utente – la ricerca di nuove tipologie di fornitura del servizio, sottolinea la sent. n. 36/2024, non può essere vietata in astratto senza una ponderazione dei costi e dei benefici³¹.

Muovendo da tali premesse, la Corte sfrutta gli spazi ermeneutici a sua disposizione per reinterpretare il sistema normativo vigente, sia con riguardo alle norme di legge statale invocate dallo Stato come norma interposta per l'applicazione dell'art. 117, 2° comma, lett. e), Cost. (e cioè l'art. 2, comma 3-*bis*, legge n. 21 del 1992 e l'art. 6, comma 1, lettera e), d.l. 4 luglio 2006, n. 223, conv. in l. 4 agosto 2006, n. 248)³², sia con riferimento alla legge regionale impugnata³³. Osserva la Corte che il decreto-legge n. 223 del 2006 è intervenuto a regolare in modo organico lo svolgimento dei servizi innovativi nel settore dei taxi (per cui vi era l'esigenza di apposita norma di legge)³⁴, senza vietarli, tuttavia, per l'attività di NCC. Viene qui in gioco quale principio di chiusura, anche a fini ermeneutici, la libertà dell'iniziativa economica privata: quando il legislatore ha inteso introdurre limiti e divieti, li ha posti in maniera esplicita³⁵.

Viene dunque espresso il principio della necessaria tipizzazione dei divieti alla libertà d'iniziativa economica. Non vale dunque il canone interpretativo dell'*ubi voluit ibi dixit*, perché l'art. 6, d.l. n. 223 del 2006 non concede *ex novo* poteri o facoltà ai privati, ma è norma di regolazione³⁶.

Qui si avverte la distanza rispetto alla sistemazione concettuale offerta dalle pronunce precedenti (in part., la sent. n. 56/2020), imperniata sull'ampio spazio di disciplina legislativa statale esclusiva in forza della lettera e) dell'art. 117, 2° co., Cost., per definire il punto di bilanciamento tra libertà economica e interessi pubblici con riferimento al servizio taxi e a quello, distinto, dei NCC³⁷.

³⁰ Sul grado di effettività della libertà di circolazione (art. 16 Cost.), quale “condizione per l'esercizio di altri diritti, concernenti le sfere più diverse, dal lavoro, allo studio, alla cultura, allo svago, al turismo”, Corte cost., sent. n. 36/2024, red. Pitruzzella, *cons. dir.*, n. 12.2.

³¹ “Un indistinto divieto di svolgere i servizi innovativi, che prescindesse quindi dalla necessaria valutazione di eventuali esternalità negative, lederebbe il nucleo essenziale dell'iniziativa economica privata e del processo competitivo che su di essa si fonda”: sent. n. 36/2024, *cons. dir.*, n. 9.

³² Detto art. 6, d.l. n. 223/2006 ad avviso del ricorrente riconoscerebbe la facoltà di erogare servizi innovativi ai soli titolari della licenza per il servizio di taxi: la Corte, come vedremo, disattende questa interpretazione.

³³ La legge reg. Calabria n. 37 del 2023 persegue l'obiettivo di dettare norme in materia di trasporto di persone mediante autoservizi pubblici non di linea in applicazione della legge n. 21/1992: essa “dev'essere interpretata in armonia con la normativa statale, in mancanza di indici testuali di segno contrario”: sent. n. 36/2024, *cons. dir.*, n. 4.1.

³⁴ Secondo la sent. n. 36/2024, occorre infatti precisare il nesso che intercorre tra le forme innovative, incentivate dal legislatore statale, e gli speculari obblighi di servizio che caratterizzano il servizio taxi. Tale esplicitazione normativa (per i taxi) non può condurre a ritenere che il legislatore abbia con ciò precluso l'adozione di detti servizi innovativi per l'attività di NCC.

³⁵ Sulla evoluzione diacronica della disciplina del servizio di NCC, v. sentenza 36/2024, n. 6.1.

³⁶ Per “regolare in modo organico lo svolgimento dei servizi innovativi nel settore dei taxi”, che è settore “peculiare..., contraddistinto da una marcata connotazione pubblicistica e perciò bisognoso di regole dettagliate”: sent. 36/2024, nn. 6.2. e 6.3. La Corte richiama Cass. civ., II sez., sent. 19/05/2017, n. 12679; ord. 18/10/2021, n. 28565.

³⁷ V. infatti al. 5.4 della sentenza n. 56/2020, cit.: “nemmeno il giudizio negativo sul livello di apertura alla concorrenza del mercato degli autoservizi pubblici non di linea, che la ricorrente formula facendo propri, fra gli altri, vari interventi

4. Tutela della concorrenza e libertà d'innovare

In questi vent'anni, la giurisprudenza della Corte ci ha assuefatto all'accezione estesa della materia esclusiva statale prevista dalla lettera e) dell'art. 117, 2° comma, Cost.³⁸. La tutela della concorrenza include sia le misure di tutela in senso proprio (per contrastare atti e comportamenti delle imprese pregiudizievoli per l'assetto concorrenziale), sia le misure di promozione, “che mirano ad aprire un mercato o a consolidarne l'apertura, riducendo i vincoli alle modalità di esercizio delle attività economiche, in particolare le barriere all'entrata”³⁹. La Corte non si è fermata a questo: l'ambito coperto dall'art. 117, 2° comma, lettera e) Cost., si estende alle regole di accesso al mercato e, in via più generale, al bilanciamento tra le libertà economiche e gli interessi pubblici⁴⁰. Lo Stato, esercitando la propria competenza esclusiva, «trasversale e finalistica», può incidere «sulla totalità degli ambiti materiali» entro cui si estendono le competenze regionali concorrenti o residuali⁴¹, nei limiti in cui detta incisione sia effettivamente necessaria per garantire gli interessi sottesi alla competenza statale esclusiva⁴². Come precisa la sentenza n. 56/2020, rientra in detta competenza statale esclusiva la definizione del punto di equilibrio fra il libero esercizio dell'attività di trasporto e gli interessi pubblici interferenti con tale libertà; il legislatore regionale non è

dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM), mette realmente in discussione la competenza dello Stato a regolare tale mercato *anche al fine di preservarne la struttura, tenendo distinti i due settori dell'autoservizio pubblico non di linea*. Sicché risulta confermata l'inerenza di tale disciplina alla materia della tutela della concorrenza e la riconducibilità alle scelte politiche del legislatore statale del mantenimento di detta distinzione.” (corsivo aggiunto)

³⁸ A partire dalla sent. n. 14/2004: V. ONIDA, *Applicazione flessibile e interpretazione correttiva del riparto di competenze*, in *Le Regioni*, 2008, 773; G. FALCON, *Un problema, due risposte, ivi*, 817. e poi, fra le varie, sentenze nn. 325/2010, 125/2014, 30/2016, 265/2016, 5/2019. L'accezione larga e “trasversale” di detta competenza esclusiva ha ricondotto allo Stato il potere di bilanciamento tra le libertà economiche e gli interessi pubblici (Corte cost., sentenze nn. 80/2006, 30/2016, 5/2019). La tutela della concorrenza ha carattere prevalente e funge da limite alla disciplina che le Regioni possono dettare in forza delle loro competenze (ad es., in materia di commercio, sentenze n. 38/2013 e n. 299/2012; cfr. pure sent. n. 165/2014). Il criterio di prevalenza fa recedere il principio di sussidiarietà, che imporrebbe specifica giustificazione secondo i canoni della “lealtà” evocati da Corte cost., sent. n. 303/2003 sulla falsariga della giurisprudenza costituzionale tedesca: cfr. BVerfGE 12, 205, 254, 22 febbraio 1961; BVerfGE 81, 310, 337, 22 maggio 1990 (dietro v'è lo scritto di R. SMEND del 1916, sulla fedeltà al patto di unione come principio costituzionale non scritto: *Ungeschriebenes Verfassungsrecht im monarchischen Bundesstaat*, in *Staatrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, Berlin 1968, 39; cfr. A. D'ATENA, *La declinazione verticale e la declinazione orizzontale del principio di sussidiarietà*, in *Scritti Pace*, I, Napoli 2012, 597). La Corte ha avallato la penetrazione della normativa statale pro-concorrenziale fino a coprire anche la normativa di dettaglio (riserve in M. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella Costituzione*, in *Merc. conc. reg.*, 2015, 504). Il “criterio di prevalenza” della competenza esclusiva statale fa recedere il principio di sussidiarietà (che impone specifica giustificazione: sent. n. 303/2003). Nel caso di revisioni complesse che tocchino le competenze regionali anche in profili non strumentali alla garanzia della concorrenza, la Corte prescrive, invero, di osservare i canoni di adeguatezza e proporzionalità e modalità cooperative: il decreto legislativo attuativo di delega dovrà essere assistito dall'intesa con regioni e enti locali nella sede della Conferenza unificata: sent. n. 251 del 2016.

³⁹ V. oltre le sentenze prima cit., Corte cost., sent. n. 265/2016, cit., *cons. diritto*, n. 4.3, e *ivi* richiamate le sentt. nn. 125/2014 e 30/2016.

⁴⁰ Corte cost., sentenze nn. 30 e 265 del 2016.

⁴¹ Corte cost., sentenze nn. 83 del 2018, 165 del 2014, 38 del 2013, 299 del 2012.

⁴² Cfr. Corte cost., sentenze nn. 287 del 2016, 2 del 2014, 291 e 18 del 2012, 150 del 2011, 288 e 52 del 2010, 452, 431, 430 e 401 del 2007 e 80 del 2006. Il riferimento alla tutela della concorrenza, però, non può «essere così pervasivo da assorbire, aprioristicamente, le materie di competenza regionale». Si impone il rispetto del principio di proporzionalità delle prescrizioni regolatorie rispetto al fine perseguito, che deve trovare «rigorosa applicazione nel contesto delle relazioni fra Stato e regioni», soprattutto quando - come nel caso in esame - la previsione statale comprime significativamente l'autonomia regionale: v. sent. n. 56/2020, *cons. in diritto*, al n. 5.5, ed *ivi* richiamate le sentenze nn. 137 del 2018, 98 del 2017, 452 e 401 del 2007.

legittimato ad alterare l'assetto degli interessi così delineato, che comprende anche i poteri regolatori e conformativi dei servizi pubblici⁴³. La conseguenza applicativa di tale indirizzo è la ritrazione della competenza regionale in materia di trasporti *ex art.* 117, 4° comma Cost. per tutto ciò che attiene a detto bilanciamento⁴⁴.

Occorre rilevare che alcune valenze ricondotte dalla Corte sotto lo schermo protettivo dell'art. 117, 2° comma, lett. e), Cost., rientrano a fatica nella nozione della concorrenza conosciuta dal diritto europeo: nulla hanno a che fare con la tutela *ex post* di tipo repressivo, e neppure può ricondursi alla promozione della concorrenza una disciplina vincolistica dell'attività economica. Si fatica, infatti, a comprendere come si possa applicare tale etichetta a norme statali che in realtà pongono "limiti" all'esercizio della libera iniziativa economica privata, in nome di interessi pubblici (nella sentenza n. 50/2020 la Corte parla espressamente di "interferenza")⁴⁵.

Su questo profilo di notevole rilevanza, la sentenza n. 36/2024, pur mantenendo una linea di formale continuità con i precedenti, fornisce una interpretazione della materia esclusiva *ex art.* 117, 2° comma, lett. e), più fedele al lessico europeo. Intanto, la legge regionale impugnata è ricondotta senza esitazioni nell'alveo della competenza regionale residuale nella materia del trasporto pubblico locale⁴⁶, e soprattutto si valorizza con una lettura armonica di detto parametro, inerente alla cornice delle attribuzioni Stato-regioni, con "i principi costituzionali che s'intersecano con la tutela della concorrenza"⁴⁷.

Viene dunque in rilievo il complessivo rapporto tra poteri pubblici, imprese e privati consumatori di beni e servizi⁴⁸, ed appare essenziale il nesso tra la promozione della concorrenza (che giustifica l'incidenza

⁴³ Sent. n. 56/2020, *cons. in diritto*, al n. 5.4 ed *ivi* richiamate le sentenze nn. 80 del 2006 e 30 del 2016. La Corte include dunque nella nozione di concorrenza - ai fini dell'equilibrio di attribuzioni tra lo stato e le regioni - la fissazione delle condizioni per l'accesso degli operatori; detta disciplina "non frazionata" deve considerare anche "valutazioni sistemiche".

⁴⁴ Il d.lgs. 19/11/1997, n. 422, "decreto Burlando", ha attribuito a regioni ed enti locali funzioni per i servizi di trasporto pubblico d'interesse regionale e locale, come ricorda Corte cost., sent. n. 222/2005, n. 4 *cons. diritto*. Le regioni svolgono funzioni di programmazione e controllo attraverso i piani regionali dei trasporti (PRT) e i programmi triennali dei servizi (PTS). L'organizzazione del servizio in ambito comunale, la determinazione delle modalità di gestione, l'attività di regolazione sono attribuzioni comunali. Alla provincia spetta la pianificazione dei servizi in ambito provinciale (art. 1, comma 85, legge n. 56/2014).

⁴⁵ Corte cost., sent. n. 56/2020, *loc. cit.*

⁴⁶ Sent. n. 36/2024, n. 4.4.

⁴⁷ Sent. n. 36/2024, n. 7.

⁴⁸ Cfr. G. CORSO, *La tutela della concorrenza come limite della potestà legislativa (delle regioni e dello Stato)*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 982 e spec. 986 s.; C. PINELLI, *La tutela della concorrenza come principio e come materia*, in *rivistaaic.it*, n. 1/2014; M. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella Costituzione. Una rassegna critica della giurisprudenza costituzionale dell'ultimo decennio*, in *Merc. concorrenza reg.*, 2014, 503. Nella letteratura più recente v. sopratt. M. AINIS, G. PITRUZZELLA (a cura di), *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, Roma-Bari, Laterza, 2019; F. CINTIOLI, *Orizzonti della concorrenza in Italia*, Torino, Giappichelli, 2019; F. DONATI, *La tutela della concorrenza tra Costituzione e diritto dell'Unione europea*, in *Riv. reg. mercati*, n. 1/2020, 13; M. MANETTI, *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, in *Quad. cost.*, 2019, 315. Fin dalla sentenza n. 401/2007 la Corte ha affermato che la tutela della concorrenza - in part. della concorrenza "per" il mercato - richiede uniformità delle condizioni di esercizio dell'attività d'impresa, e ciò a prescindere dalle dimensioni dell'attività esercitata (v. al n. 2.1. del *cons. in diritto* di detta sent. n. 401/2007 il richiamo ai principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di riconoscimento reciproco, di proporzionalità e di trasparenza nelle procedure di evidenza pubblica per l'aggiudicazione degli appalti pubblici), superando un orientamento che

della normativa statale sulle materie di competenza regionale) e la “eliminazione dei limiti e vincoli alla libera esplicazione della capacità imprenditoriale”⁴⁹.

In questa ottica, la libertà d’innovare riveste un ruolo essenziale, quale “cardine della libertà d’iniziativa economica privata e dell’interazione fra le imprese in un mercato efficiente e attento ai bisogni dei consumatori”⁵⁰. Nel settore del trasporto urbano, flessibilità e digitalizzazione sono valorizzati come fattori di efficienza e di inclusività⁵¹, in piena coerenza – aggiungiamo noi – con i tratti più vitali della storia dei servizi pubblici locali.

La sentenza n. 36 non lo dice espressamente, ma nell’approccio ora seguito dalla Corte non c’è più spazio per coprire con lo schermo dell’art. 117, 2° comma, lett. e), Cost., discipline conformative degli assetti di mercato con compressione delle libertà economiche.

5. L’utilità sociale è cosa diversa dalle istanze protezioniste (ordinanza di autorimessione n. 35/2024)

Non meno interessante è la *ratio* che anima l’ordinanza n. 35/2024. Chiamata a giudicare sulla legittimità di una ulteriore legge regionale della Calabria⁵², la Corte si ritrova quale norma interposta la disposizione sulla istituzione del registro informatico pubblico nazionale (delle imprese titolari di licenza per il servizio di taxi e di quelle titolari di autorizzazione per il servizio di NCC) che è condizione per il rilascio di nuove autorizzazioni NCC.

tendeva a far coincidere l’ambito della tutela con gli interventi di carattere «macroeconomico», intesi come afferenti all’intero mercato nazionale: cfr. sent. n. 14/2004, ed *ivi* enunciato il nesso tra competenza legislativa esclusiva ex art. 117 secondo comma lettera e) Cost. e l’adozione, da parte del legislatore statale, di «misure pubbliche volte a ridurre squilibri, a favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato o ad instaurare assetti concorrenziali»; «strumenti di politica economica che attengono allo sviluppo dell’intero Paese», aventi «rilevanza macroeconomica»; un’applicazione di questo assunto della sent. n. 14/2004 nella sent. n. 107/2005.

⁴⁹ Il carattere finalistico della tutela costituzionale della concorrenza implica che essa non si risolva in una dimensione meramente statica e conservativa, ma si estrinsechi “in via prioritaria, nell’ampliamento dell’area di libera scelta sia dei cittadini, sia delle imprese” (sentenza n. 430 del 2007): sent. n. 36/2024, *cons. diritto*, n. 8.

⁵⁰ Sent. n. 36/2024, *cons. diritto*, nn. 8-9.

⁵¹ Nella sent. n. 36/2024, al n. 10.4, v. il richiamo alla citata sentenza *Prestige and Limousine* della Corte giust. e in part. al punto 96, sulla accessibilità della piattaforma tecnologica ai non vedenti.

⁵² Corte cost., ord. n. 35/2024, red. Antonini. È impugnata la legge della Regione Calabria 24 aprile 2023, n. 16, che consente il rilascio a “Ferrovie della Calabria S.r.l.”, già abilitata allo svolgimento del servizio di noleggio di autobus con conducente, di titoli autorizzatori non cedibili, nell’ambito del territorio della Regione Calabria, ai fini dello svolgimento del servizio di noleggio con conducente; tali autorizzazioni sono rilasciate nel limite massimo di duecento autovetture, proporzionato alle esigenze dell’utenza, previa verifica del possesso dei requisiti di cui all’art. 6, legge n. 21/1992. L’impugnativa si fonda sulla violazione dell’art. 117, 2° comma, lett. e), Cost., e degli artt. 5, comma 1, e 8, comma 1, legge n. 21 del 1992, e dell’art. 10-*bis*, comma 6, d.l. n. 135/2018, conv. in legge 12/2019. Detto art. 10-*bis*, comma 6, d.l. n. 135/2018, prevede, come si è già detto, l’istituzione, entro un anno dall’entrata in vigore del decreto-legge, di un registro informatico pubblico nazionale delle imprese titolari di licenza per il servizio di taxi e di quelle titolari di autorizzazione per il servizio di NCC; «fino alla piena operatività» di detto archivio informatico, non è consentito il rilascio di nuove autorizzazioni per l’espletamento del servizio di NCC con autovettura, motocarozzetta e natante.

La sentenza n. 56/2020, come abbiamo visto, aveva salvato l'art. 10-*bis*, comma 6, d.l. n. 135/2018 in quanto norma delimitata nel tempo. Ma in realtà, la struttura normativa della disposizione nascondeva una insidia per il carattere ordinatorio del termine per l'attuazione amministrativa (la piena operatività del suddetto registro informatico) e il permanere del divieto di nuove licenze NCC fino a tale adempimento. La Corte osserva, correttamente, che non si tratta di «un mero inconveniente di fatto», o di mere «circostanze contingenti» che attengono alla fase applicativa della disposizione (sent. n. 170/2017), non idonee a giustificare la questione di legittimità costituzionale di una norma. Il vizio – sottolinea l'ordinanza n. 35, smentendo quindi la sent. n. 56/2020 – inerisce alla struttura stessa del meccanismo normativo (cfr. sent. n. 132/2018). Trattandosi di parametro interposto, la Corte ritiene pregiudizialmente necessario, al fine della definizione del giudizio sulla legittimità della legge regionale, affrontare la questione della legittimità costituzionale dell'art. 10-*bis*, comma 6, d.l. n. 135/2018.

Di notevole interesse – e assolutamente convergenti con la motivazione della sentenza n. 36 – sono le ragioni che sorreggono l'autorimessione.

La Corte, oltre a dubitare della intrinseca razionalità dell'art.10-*bis*, comma 6, d.l. n. 135/2018, solleva, in riferimento al principio di proporzionalità, la questione della connessione razionale tra il mezzo predisposto dal legislatore e il fine che questi intende perseguire (cfr. sent. n. 8/2024). Ancora, dubita che la disposizione sia giustificata da un motivo di utilità sociale.

Limiti all'esercizio della libertà d'iniziativa economica privata sono costituzionalmente ammissibili solo quando essi siano diretti alla protezione di valori primari attinenti alla persona umana e all'utilità sociale (sentenze n. 150/2022, n. 151 e n. 47 del 2018, n. 16/2017, n. 56/2015). E qui la Corte apre uno squarcio nel sipario e dice chiaramente che la disposizione sembra “rispondere a un'istanza protezionistica”⁵³, non invocabile come limite alla libertà d'iniziativa economica (anche) alla luce del diritto UE (l'ord. n. 35 invoca la libertà di stabilimento di cui all'art. 49 TFUE e cita la sentenza *Prestige and Limousine*).

L'affondo della Corte è di tale portata che potrebbe non bastare la tempestiva emanazione del d.P.C.M. attuativo del citato l'art. 10-*bis*: vedremo con la sentenza definitiva. Intanto, è da sottolineare come gli argomenti della giurisprudenza Ue (un motivo economico, come la difesa di uno specifico settore, non può sostanziare un motivo d'interesse generale) si sono tradotti nella nostra giurisprudenza costituzionale ascrivendo alla clausola generale dell'utilità generale⁵⁴ una valenza puntuale, debitrice del diritto europeo.

⁵³ L'ord n. 35/2024 avverte che blocchi o sospensioni delle autorizzazioni funzionali all'esercizio di attività economiche possono tradursi in «una indebita barriera all'ingresso nel mercato», ponendosi in contrasto, altresì, con la libertà formale di accesso al mercato garantita dal primo comma dell'art. 41 Cost. (sent. n. 7/2021), e che proprio il mercato del trasporto pubblico non di linea è caratterizzato da una inadeguata apertura all'ingresso di nuovi soggetti (sent. n. 8/2024).

⁵⁴ Sulla definizione del contenuto di tale clausola sulla base del contesto relazionale in cui essa è destinata a realizzarsi, cfr. L. MENGONI, *Spunti per teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 5 ss. (con riferimenti agli scritti di Hedemann e Bückling); C. CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 21, 28; F. PEDRINI, *Le clausole generali*.

6. La risposta delle istituzioni ai processi di cambiamento

Restano aperti alcuni interrogativi sull'impatto di questi sviluppi della giurisprudenza.

Nello Stato membro (Spagna) in cui è stata sollevata la questione pregiudiziale decisa dalla sentenza *Prestige and Limousine*, il Governo ha sfruttato un decreto di recepimento del diritto UE per introdurre norme che, secondo i primi commenti, dovrebbero consentire alle amministrazioni locali di continuare a porre vincoli regolatori per gli NCC a tutela del traffico, dell'ambiente, dello spazio urbano, e quindi anche un rapporto quantitativo tra licenze taxi e licenze NCC (con possibile elusione della sentenza della Corte di giustizia)⁵⁵. A tal fine, il Real Decreto-ley 5/2023, del 28 giugno 2023, ha novellato alcune disposizioni della c.d. LOTT (Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres: legge 30 luglio 1987, n. 16), dichiarando espressamente (art. 151) il servizio di trasporto passeggeri mediante taxi come “servicio de interés público”⁵⁶.

La politica nazionale – all'indomani della sentenza della Corte del Lussemburgo, depositata l'8 giugno 2023 e “preannunciata” dalle impegnative conclusioni dell'Avvocato Generale – ha voluto riaffermare la sua piena discrezionalità nel definire il perimetro dei servizi pubblici, sottratti all'applicazione delle norme sulla concorrenza. Discrezionalità non disconosciuta dalla giurisprudenza UE, ma non sottratta a un sindacato esterno in casi di esercizio manifestamente difforme rispetto ai principi europei.

La rivendicazione degli spazi di autonomia statale in un ambito così delicato e dalle molteplici implicazioni, come quello dei servizi pubblici, è certamente giustificabile: la concorrenza, evidentemente, non si svolge nel vuoto ordinamentale⁵⁷. È lo stesso diritto europeo a richiedere una tutela equilibrata dei beni economici ed extraeconomici, nella cornice della «economia sociale di mercato altamente competitiva»⁵⁸.

Non si può eludere, però, la domanda sottesa alle pronunzie del 2024 prima analizzate: quali sono gli interessi in gioco, e i diritti del cittadino, in una fase di transizione che richiede un quadro normativo

Profili teorici e aspetti costituzionali, Bologna, Bononia Univ. Press, 2013, 307 ss.; M. MIDIRI, *I rapporti economici*, in G. LEMME (a cura di), *Diritto ed economia del mercato*³, Milano, Wolters Kluwer, 2021, 101 ss.

⁵⁵ V., fra i commenti a caldo, quello su El País, 20/06/2023, che parla dell'accordo tra governo e operatori taxi: <https://elpais.com/economia/2023-06-20/el-gobierno-y-los-taxistas-vislumbran-un-acuerdo-para-limitar-las-rtc.html>.

⁵⁶ V. il testo del real decreto-ley 5/2023, in BOE n. 154 del 29 giugno 2023: v. in part. nel libro terzo (*Medidas urgentes para la ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea*), il titolo IV (*Medidas para la adecuación al Derecho de la Unión Europea en materia de arrendamiento de vehículos con conductor*) e nella specie gli articoli 149-151, che novellano la citata legge 16/1987.

⁵⁷ Resta essenziale N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, Laterza, 1998; v. pure *Dibattito sull'ordine giuridico del mercato*, Bari, Laterza, 1999 (che fa seguito al volume cit. di Irti) e *ivi* in part. gli interventi di L. ELIA, G. ROSSI, M. DRAGHI, M. LIBERTINI, B. LIBONATI.

⁵⁸ V., con specifico esame dell'art. 3 TUE, M. LIBERTINI, voce *Concorrenza*, in *Enc. dir. Annali*, III, Milano 2010, 192. Sulla concorrenza quale «strumento» (o «principio-mezzo», come suggerito da M. Draghi) e l'utilità sociale, cfr. M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica*, in *rivistaaic.it*, 2011, spec. 53 s. e in *Dir. soc.*, 2011, 636 e *ivi* la considerazione dell'utilità sociale come valore che definisce «l'orientamento del mondo degli scopi», sicché non si potrebbe effettuare il bilanciamento tra l'una e l'altra, essendo beni non equiordinati, come invece ammesso invece da Corte cost., sent. n. 270/2010, *Alitalia*.

aggiornato, che sia in grado di sfruttare i benefici dell'innovazione salvaguardando al tempo stesso i valori, essenziali per la qualità della vita, che ineriscono alla offerta dei servizi pubblici⁵⁹. La nostra Corte ha ragione nel mettere in luce i danni della sclerosi legislativa: potranno ricavarne limitati vantaggi, e per poco tempo, alcune categorie di operatori, ma il danno al benessere collettivo rischia di essere considerevole.

Guai a riproporre soluzioni organizzative che cozzano con i mutamenti intervenuti nella sfera economica e in quella sociale. Come osservava il giudice Brandeis, la ragionevolezza della regolazione non è un dato astratto: essa dipende dai “fatti rilevanti”⁶⁰.

Le corti – anche la nostra, oggi, e con grande persuasività – insistono sui cambiamenti intervenuti nella sfera dei servizi. Razionalità e adeguatezza sono canoni che consentono di misurare la norma con contenuti ad essa esterni, anche con le acquisizioni della tecnica⁶¹. Non sono mancate le occasioni in cui la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità per irragionevolezza sopravvenuta, determinata dallo sviluppo tecnologico⁶².

L'antico argomento della *natura delle cose*⁶³ riemerge in nuova forma come ragionevole rispondenza della norma alla realtà dei rapporti economici che mutano sulla spinta dell'innovazione. Nasce da qui l'esigenza di ricalibrare la regolazione, rimuovendo misure restrittive o intrusive che non hanno più giustificazione⁶⁴, avendo cura, nello stesso tempo, di incanalare le spinte *disruptive* in un assetto ordinamentale ordinato.

⁵⁹ Sul nesso tra l'offerta dei servizi pubblici e la cura dell'esistenza (*Daseinsvorsorge*), E. FORSTHOFF, *Die Verwaltung als Leistungsträger*, Stuttgart, Kohlhammer Verlag, 1938; ID., *Rechtsstaat im wandel*, Stuttgart, Kohlhammer, 1964, trad. it., *Stato di diritto in trasformazione*, Milano, Giuffrè, 1973, 195 ss.; ID., *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, München-Berlin, C.H. Beck, IX ed., 1966, 340; e poi, L. MARTÍN RETORTILLO, *La configuración jurídica de la Administración pública y el concepto de Daseinsvorsorge*, in *Revista de Administración Pública*, n. 38, maggio-agosto, 1962, 35-65; F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, Il Mulino, 2000, 68 ss. Sulla moltiplicazione delle categorie di servizio, G. PIPERATA, *Tendenze recenti nelle riforme della disciplina italiana sui servizi pubblici locali*, in *Munus*, 2016, n. 1, V ss.

⁶⁰ *Dissenting opinion* in *New State Ice Co. v. Liebmann*, 285 U.S. 262 (1932), cit.

⁶¹ Sulla scomposizione del sindacato di ragionevolezza nelle figure della corrispondenza, finalità, pertinenza ed evidenza, e sulla utilizzazione di contenuti esterni alla norma, specialmente di “nozioni e cognizioni comuni, pacifiche, universali”, C. LAVAGNA, *Ragionevolezza e legittimità costituzionale*, in *Studi in memoria di C. Esposito*, Padova, Cedam, III, 1573, 1586. Sulla contrarietà alla “natura delle cose” come sintomo dell'arbitrio legislativo, sopratt. nell'ottica del riscontro dell'ingiustificata disparità di trattamento e, dunque, della violazione del principio di eguaglianza, M. SACHS, *Grenzen des Diskriminierungsverbot*, München, Vahlen, 1987; M. KRUGMANN, *Gleichheit, Willkür und Evidenz*, in *Juristische Schulung*, 1998, 7, e la letteratura richiamata da G. SCACCIA, *Gli “strumenti” della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2000, 241 ss.

⁶² Cfr. Corte cost., sent. n. 365/2010, red. Cassese: considerato lo sviluppo tecnologico delle comunicazioni elettroniche delle notificazioni, è irragionevole l'effetto discriminatorio determinato dalla normativa denunciata; sent. n. 2/1986: la razionalità legislativa, in tema di modificazioni della disciplina lavoristica, è verificata anche in base all'evoluzione tecnologica; sent. n. 441/1988, sull'ammodernamento tecnologico come *ratio* fondante dell'agevolazione creditizia e quindi di uso di fondi pubblici; sent. n. 796/1988, red. Cheli, sull'interesse nazionale allo sviluppo tecnologico e all'automazione dei processi produttivi come limite alla competenza di regioni a statuto speciale e di province autonome; sent. n. 344/1993, red. Baldassarre, sui mutamenti nella comunicazione politica per effetto dello sviluppo tecnologico.

⁶³ N. BOBBIO *Über den Begriff “Natur der Sache”*, in *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, 44, 1958, 305, tr. it., *La natura delle cose*, in ID., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, Ed. Comunità, 1965, 197, e *Appendice b, La natura delle cose nella dottrina italiana*, *ivi*, 225; P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano, Giuffrè, 2000, 51, 134-171.

⁶⁴ Una regolazione ingiustificatamente intrusiva (Corte cost., sentenze nn. 247 e 152/2010, n. 167/2009) genera inutili ostacoli “a detrimento degli interessi degli operatori economici, dei consumatori, degli stessi lavoratori e reca danno all'utilità

Questi processi sollecitano una risposta dinamica degli ordinamenti giuridici⁶⁵ affinché si abbia piena fruizione dei benefici della innovazione in un quadro di sostenibilità sociale. Compito notevole: il nostro giudice costituzionale ha dato il suo contributo a un arricchimento del dibattito pubblico. Le decisioni del 2024 sono (anche) un messaggio alle istituzioni politiche⁶⁶.

sociale": così la sentenza n. 200/2012, red. Cartabia, sulla normativa in tema di liberalizzazioni, viste come razionalizzazione della regolazione.

⁶⁵ Sulla "reattività" dei pubblici poteri come principio di buon governo, P. ROSANVALLON, *Le bon gouvernement*, Paris, Ed. Seuil, 2015, 279 ss. Sulle sfide che incombono sugli ordinamenti democratici, S. CASSESE, *La democrazia e i suoi limiti*, Milano, Mondadori, 2017 e, sul punto chiave della gestione dei conflitti, G. AZZARITI, *Diritto e conflitti*, Roma-Bari, Laterza, 2010. Sui limiti del *Technological Solutionism* v., dopo il *pamphlet* di A.M. WEINBERG, *Can Technology Replace Social Engineering?* (1966), ripubbl. in W.B. THOMSON (ed.), *Controlling Technology: Contemporary Issues*, Buffalo, N.Y., 1991, 41, M. OELSCHLAEGER, *The Myth of the Technological Fix*, in *Southwestern Journ. Philosophy*, 1979, vol. 10, n. 1, 43 ss.; S. F. JOHNSTON, *Techno-Fixers: Origins and Implications of Technological Faith*, Kingston, Montreal, 2020. Sullo spazio del diritto nell'era del dominio della tecnica, v. infine l'acuta riflessione sistemica condotta da N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, Bari-Roma, Laterza, 2004; ID. *Diritto e tecnica (in dialogo con Severino e Mengoni)*, in *Lo Stato*, 2016, n. 6, 35.

⁶⁶ Il lettore ricorda certamente lo sfortunato tentativo del Governo, sul finire della XVIII legislatura (2022) di inserire nella legge annuale per la concorrenza una norma di delega che avrebbe consentito l'adozione di un decreto legislativo per la revisione della disciplina in materia di trasporto pubblico non di linea, "promuovendo la concorrenza anche in sede di conferimento delle licenze e garantendo una miglior tutela del consumatore nella fruizione del servizio (v. atto Senato n. 2469, relazione introduttiva e spec. sull'art. 8, p. 16). Le proteste dei tassisti hanno poi portato le Camere a stralciare la norma. Il seguito è ben noto: con la nuova legislatura lo sforzo del Governo si è indirizzato verso un aumento del numero delle licenze attraverso il rilascio in via sperimentale licenze aggiuntive, a carattere temporaneo, per l'esercizio del servizio taxi in favore di chi sia già titolare di licenza; i comuni capoluogo di regione o sede di città metropolitana o di aeroporto possono incrementare il numero delle licenze del 20 per cento rispetto alle licenze già rilasciate, mediante un concorso straordinario – e con una procedura semplificata – per il rilascio, a titolo oneroso, di nuove licenze a nuovi operatori. Da segnalare l'apprezzabile previsione dell'utilizzo di veicoli a basso livello di emissioni quale condizione obbligatoria per il rilascio della licenza nel concorso straordinario. V. il c.d. decreto *asset*, d.l. 10/08/2023, n. 104, conv. in legge 9/10/2023, n. 136. Questa normativa è utile; resta però aperta la questione – ora messa in luce in termini chiarissimi dalla Corte cost. – dell'adeguamento dell'offerta di servizi agli strumenti tecnologici per l'interconnessione dei passeggeri e dei conducenti, per garantire la piena effettività del diritto alla mobilità.

Sui “diritti di cittadinanza digitale”. Note a margine di un opaco percorso normativo*

di Marina Pietrangelo

Prima ricercatrice del Consiglio Nazionale delle Ricerche
Istituto di informatica giuridica e sistemi giudiziari

Abstract [It]: Il contributo indaga i “diritti di cittadinanza digitale” nella legislazione nazionale, alla luce dei recenti indirizzi politici sovranazionali. L’esame evidenzia i limiti della normativa interna, nella quale tali diritti insistono soltanto sulla sfera amministrativa del rapporto pubblico-privato, risultando non di rado “tecnificati” (l’esercizio del diritto coincide con l’uso della soluzione IT). Ne discende una cittadinanza digitale sbilanciata in favore della performance dell’amministrazione, alla quale non corrispondono misure adeguate in termini di maggiore partecipazione democratica.

Title: “digital citizenship rights”. Remarks on an obscure regulatory pathway

Abstract [En]: The paper analyzes the current dimension of “digital citizenship rights” between national legislation and European political programs. The analysis shows some problems of national legislation. The rights belong to the administrative dimension of the public-private relationship and have not evolved into true rights of democratic e-participation. Digital citizenship is reduced to improving the performance of digital administration.

Parole chiave: Diritti di cittadinanza digitale, Amministrazione digitale, Partecipazione democratica digitale

Keywords: Digital citizenship rights, Digital administration, E-participation

Sommario: 1. Premessa. 2. La questione definitoria tra indirizzi politici sovranazionali e formule legislative interne. 3. Il catalogo dei “diritti di cittadinanza digitale” secondo il legislatore statale. 4. Il diritto capostipite all’uso delle tecnologie. 5. Gli altri diritti di cittadinanza digitale: i diritti “tecnificati” e i principi “mortificati”. 6. Per concludere.

1. Premessa

Solo la metà degli europei ritiene che i propri diritti siano ben tutelati nell’ambiente digitale; un terzo di essi non li considera adeguatamente protetti e pensa che occorra fare di più. La percentuale delle persone consapevoli che tali diritti debbano essere rispettati anche online varia molto a seconda dei Paesi: si va dall’80% circa di Lussemburgo, Slovenia o Danimarca, al 40% di Italia o Romania.¹ Questi dati poco confortanti sono tratti da uno speciale sondaggio della Commissione europea sulla conoscenza e sulla consapevolezza da parte di cittadine e cittadini europei dei “diritti digitali”, intesi come diritti fondamentali già garantiti nella dimensione offline e ora esercitabili anche online².

* Articolo sottoposto a referaggio.

1 Cfr. Commissione europea, *Report Special Eurobarometer 532 on “the digital decade”*, 2023.

2 Per una riflessione sull’estensione del campo semantico della cittadinanza, v. P. COSTA, *Cittadinanza*, Laterza, Roma-Bari, ed. 2021, secondo cui “Occorre quindi guardarsi dall’identificare il discorso della cittadinanza con i diritti di cittadinanza: i diritti di cittadinanza infatti (se con questa espressione ci riferiamo a una classe di diritti il cui fondamento rinvii direttamente o indirettamente alla civitas) sono semplicemente una delle molteplici categorie di diritti messe a fuoco dal discorso della cittadinanza nel suo sviluppo storico. Valga a riprova il seguente esempio: il discorso giusnaturalistico della cittadinanza (la rappresentazione giusnaturalistica del soggetto e del suo rapporto con l’ordine)

Garantire i “diritti digitali” equivale quindi ad assicurare una rinnovata “cittadinanza digitale”? Se sì, le formule “diritti digitali” e “diritti di cittadinanza digitale” si equivalgono? Quale natura e quali effetti ad esse assegna il nostro sistema giuridico?

La questione non è solo terminologica, se si concorda sull'idea per cui l'esercizio consapevole dei diritti nell'ambiente digitale costituisce una leva potente per arginare alcune derive della digitalizzazione, compreso il rischio latente della sostituzione delle relazioni umane con mere connessioni.³

Per una prima risposta ai molti interrogativi appena elencati può, dunque, risultare di qualche utilità un'analisi della normativa statale in materia di “diritti di cittadinanza digitale”, a venti anni dalla sua adozione e nel contesto degli attuali indirizzi politici sovranazionali. Gli esiti dell'indagine svolta mostrano – tesi che s'intende qui sostenere - uno scollamento tra la dimensione materiale della cittadinanza digitale e il disegno normativo. Come si mostrerà nel seguito, infatti, per il nostro legislatore i “diritti di cittadinanza digitale” insistono soltanto sulla sfera amministrativa del rapporto pubblico-privato e risultano non di rado “tecnificati”, nel senso che l'esercizio del diritto coincide con l'uso della soluzione IT. Ne discende una rappresentazione normativa della cittadinanza digitale tutta sbilanciata in favore della performance amministrativa e deficitaria sul fronte delle garanzie per accrescere la partecipazione democratica.

2. La questione definitoria tra indirizzi politici sovranazionali e formule legislative nazionali

La Conferenza permanente dei Ministri dell'istruzione del Consiglio d'Europa ha proclamato per il 2025 l'“anno europeo dell'educazione alla cittadinanza digitale”⁴, saldando così le politiche educative e formative *sulla* cittadinanza con quelle *per* la transizione digitale, con l'obiettivo di non lasciare indietro nessuno nella contemporanea società digitalizzata. Secondo il Consiglio la cittadinanza digitale è “the capacity to participate actively, continuously and responsibly in communities (local, national, global,

svincola i diritti da qualsiasi appartenenza politica per collegarli direttamente al soggetto come tale.” (p. 3). La letteratura è amplissima. Tra i molti, sulla inevitabile astrattezza del concetto che racchiude una “varietà di fenomeni positivi”, v. R. QUADRI, *Cittadinanza*, voce, in *Novissimo Digesto Italiano*, Utet, Torino, vol. III, 1959, pp. 306-335; sulle trasformazioni del concetto di cittadinanza nella società globalizzata, v. C. AMIRANTE, *Cittadinanza (teoria generale)*, voce, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Treccani, Roma, 2003, p. 1 ss.; sulla cittadinanza come appartenenza, v. G.U. RESCIGNO, *Note sulla cittadinanza*, in *Diritto pubblico*, n. 3, 2000, pp. 751-765; G. AZZARITI, *La cittadinanza. Appartenenza, partecipazione, diritti delle persone*, in *Diritto pubblico*, n. 2, 2011, pp. 425-450.

³ In tal senso A. SIMONCINI, *Il diritto alla tecnologia e le nuove disuguaglianze*, in F. S. MARINI, G. SCACCIA (a cura di), *Emergenza Covid-19 e ordinamento costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 191-204.

⁴ Council of Europe, MED-26(2023)06 final, 29 September 2023, Standing Conference of Ministers of Education, *The Transformative Power of Education: Universal Values and Civic Renewal*, Resolution 5 on the establishment of a European Year of Digital Citizenship Education in 2025 in Council of Europe member States (DCEY2025), p. 15 ss.

online and offline) at all levels (political, economic, social, cultural and intercultural)”⁵ Questa definizione fa salvo il concetto storicizzato di cittadinanza, ma lo estende alla dimensione online.⁶

L'educazione alla cittadinanza digitale è oggi prioritaria anche per l'Unione europea, che insiste anzitutto sul rafforzamento delle *digital skills* all'interno dei programmi nazionali degli Stati membri su istruzione e formazione.⁷ La valorizzazione delle abilità e competenze digitali è, infatti, uno degli obiettivi dell'ultimo programma strategico sul digitale, denominato “Percorso per il decennio digitale”⁸, di cui è parte anche la Dichiarazione interistituzionale di Parlamento, Consiglio e Commissione su diritti e principi digitali, che è un manifesto politico sui diritti fondamentali dell'Unione “riletta” in chiave digitale: essa attualizza i valori europei e i diritti fondamentali di Trattati e Carta di Nizza, riaffermandone l'applicabilità anche nell'ambiente digitale.⁹ In continuità con i più recenti indirizzi eurounionali in materia, vi si afferma che lo sviluppo delle tecnologie digitali deve rispondere all'imperativo “le persone - e i loro diritti (corsivo aggiunto) - al centro”¹⁰. Le competenze digitali devono quindi crescere di pari passo con la consapevolezza dei diritti che mediante tali abilità possono essere agiti. I “cittadini digitali” devono essere

5 Cfr. Council of Europe, Recommendation CM/Rec(2019)10 adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe on 21 November 2020, *Developing and promoting digital citizenship education*, p. 9. La “educazione alla cittadinanza digitale” è invece definita come “the empowerment of learners of all ages through education or the acquisition of competences for learning and active participation in digital society to exercise and defend their democratic rights and responsibilities online, and to promote and protect human rights, democracy and the rule of law in cyberspace.”

6 Sulle evoluzioni del concetto di cittadinanza alla luce della complessità socio-economica contemporanea, v. ampiamente P. RIDOLA, *Cittadinanza, identità, diritti*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 1, 2022, pp. 14-50.

7 Nel mese di novembre 2023 sono state adottate dal Consiglio dell'Unione europea due raccomandazioni: *Council Recommendation on the key enabling factors for successful digital education and training*, 23 November 2023; e *Council Recommendation on improving the provision of digital skills and competences in education and training*, 23 November 2023. In estrema sintesi, gli Stati membri sono invitati a: integrare le tecnologie digitali nell'insegnamento; formare gli insegnanti all'uso degli strumenti didattici digitali; sostenere la ricerca e lo sviluppo nell'ambito della didattica digitale; adottare misure di cybersicurezza nell'istruzione e nella formazione; investire nelle infrastrutture, nella connettività e nell'accessibilità digitali.

8 Decision (EU) 2022/2481 of the Parliament and Council of 14 December 2022 establishing the Digital Decade Policy Programme 2030. La prima relazione sullo stato del decennio digitale è stata pubblicata nel 2023 (*2023 Report on the state of the Digital Decade*). Il rapporto contiene anche il *Digital Decade Country Report 2023*.

9 *European Declaration on Digital Rights and Principles for the Digital Decade* (2023/C 23/01), Chapter I (Putting people at the centre of the digital transformation), § 1. Essa ha natura politica. L'elenco dei principi declinabili online è lungo: centralità delle persone; solidarietà e inclusione, tramite la connettività, l'istruzione, la formazione e le competenze digitali; condizioni di lavoro giuste ed eque; accesso a servizi pubblici digitali online; libertà di scelta nelle interazioni con gli algoritmi e i sistemi di intelligenza artificiale e in un ambiente digitale equo; partecipazione allo spazio pubblico digitale; sicurezza e protezione; autonomia e responsabilità; rispetto della vita privata e controllo individuale sui dati; sostenibilità. Un prima valutazione d'impatto a cura del servizio studi della Commissione è in SWD(2023) 570 final Commission Staff Working Document, *Implementation of the Digital Decade objectives and the Digital Rights and Principles, Accompanying the document Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions Report on the state of the Digital Decade 2023*. Per un primo commento v. C. COCITO, P. De Hert, *The transformative nature of the EU Declaration on Digital Rights and Principles: Replacing the old paradigm (normative equivalency of rights)*, in *Computer Law & Security Review*, 50, 2023; F. BRAVO, *I principi in materia di protezione dei dati personali. Dalla “riscrittura” delle tavole dei valori alla “rilettura” nel diritto vivente, nel solco delle rules of construction*, in F. BRAVO (a cura di), *Dati personali, protezione, libera circolazione e governance. 1. Principi*, Pacini, Pisa, 2023, pp. 1-54., specie p.18 ss.; G. DE GREGORIO, *The Declaration on European Digital Rights and Principles: A First Analysis from Digital Constitutionalism*, in blog *The Digital Constitutionalist*, 02 February 2022; P. DE PASQUALE, *Verso una Carta dei diritti digitali (fondamentali) dell'Unione europea?*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, n. 1, 2022, pp. 163-172.

10 *European Declaration on Digital Rights cit.*, Chapter I.

capaci di usare gli strumenti (*being online*), in condizioni di benessere e sicurezza anche nell'ambiente digitale (*well-being online*), con la consapevolezza di vantare una pluralità di diritti (*rights online*).¹¹

Diritti digitali e diritti di cittadinanza digitale, dunque, coincidono? Nella rappresentazione sovranazionale parrebbe di sì. In ogni caso, quale che sia la formula impiegata, essi devono intendersi come diritti fondamentali della persona già tutelati nelle Carte dei diritti e “trasformati” dall'uso degli strumenti digitali. La recente dichiarazione dell'Unione contiene proprio una rassegna di tali “diritti digitali”: dalla libertà d'espressione al diritto alla protezione dei dati personali, dalla libertà di associazione al diritto alla riservatezza delle proprie comunicazioni, dal diritto al rispetto della vita privata e più ancora.¹²

Le cose non stanno esattamente così quando osserviamo la regolazione nazionale, perché il legislatore statale, come si dirà meglio nel seguito, pur prefiggendosi di ampliare la sfera dei diritti digitali, ne ha invece delimitato l'ampiezza (e il respiro): li ha chiamati cioè “diritti di cittadinanza digitale”, ma li ha disciplinati *solo* come posizioni soggettive circoscritte al rapporto pubblico-privato.

Nei paragrafi seguenti verranno esaminate le norme statali, che risalgono al principio degli anni Duemila, ma sono state oggetto di modifica in più occasioni. Tra i molti, saranno considerati specialmente gli interventi riformatori del periodo 2015-2017, perché destinati precisamente a costruire una Carta dei diritti di cittadinanza digitale, dopo anni di ritardi nell'attuazione, incertezze regolatorie e cattiva manutenzione.

3. Il catalogo dei “diritti di cittadinanza digitale” secondo il legislatore statale

Per comprendere a pieno le evoluzioni normative che coprono all'incirca un ventennio occorre anzitutto rammentare per sintesi alcuni passaggi significativi del percorso legislativo sui diritti di cittadinanza

11 Tra tutti, v. J. RICHARDSON, E. MILOVIDOV, *Digital citizenship education handbook*, Council of Europe, ed. 2022. Per una prima riflessione sul legame tra istruzione, cultura ed esercizio dei diritti nell'ambiente digitale, v. A. IANNUZZI, *Diritto all'istruzione e cultura digitale*, in *Informatica e diritto*, n. 2, 2009, pp. 131-152. Da ultimo, sull'educazione alla cittadinanza digitale, v. M. MARTONI, *Datificazione dei nativi digitali. Una prima ricognizione e alcune brevi note sull'educazione alla cittadinanza digitale*, in *Federalismi.it*, n.1, 2020, pp. 119-136.

12 Non è questa la sede per approfondire il legame ineludibile tra l'esercizio dei diritti legislativamente previsti di cui si ragiona qui e la più pervasiva e condizionante garanzia dell'accesso a Internet. Anche a livello nazionale, il dibattito è stato ampio. Tra i molti, volendo, M. PIETRANGELO, *La società dell'informazione tra realtà e norma*, Giuffrè, Milano, 2007, specie pp. 145 ss.; i contributi in *Id.* (a cura di), *Il diritto di accesso a Internet*, ESI, Napoli, 2011; S. RODOTÀ, *Una Costituzione per internet?*, in *Politica del diritto*, n. 3, 2010, pp. 337-351; G. AZZARITI, *Internet e Costituzione*, in *Politica del diritto*, n. 3, 2011, pp. 367-378; P. COSTANZO, *Miti e realtà dell'accesso ad Internet (una prospettiva costituzionalistica)*, in P. CARETTI (a cura di), *L'informazione: il percorso di una libertà*, Volume II, Passigli, Firenze, 2012, p. 9 ss.; L. CUOCOLO, *La qualificazione giuridica dell'accesso a Internet, tra retoriche globali e dimensione sociale*, in *Politica del diritto*, n. 2-3, 2012, p. 263 ss.; G. DE MINICO, *Uguaglianza e accesso a Internet*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 6 marzo 2013; R. ALLEGRI, G. D'IPPOLITO (a cura di), *Accesso a Internet e neutralità della rete fra principi costituzionali e regole europee*, Aracne, Roma, 2017; P. PASSAGLIA, *La problematica definizione dell'accesso a Internet e le sue ricadute su esclusioni sociali e potenziali discriminazioni*, in *MediaLaws*, n. 3/2021, pp. 125-144; M.R. ALLEGRI, *Il diritto di accesso a Internet: profili costituzionali*, in *MediaLaws*, n. 1, 2021, pp. 57-80.

digitale, ripartendo proprio dalla questione terminologica.¹³ Fino al 2015 la regolazione di cui si tratta era intestata alla "amministrazione digitale", intesa come attività delle pubbliche amministrazioni svolta mediante strumenti informatici e telematici, e disciplinata nel decreto legislativo n. 82 del 2005 denominato per l'appunto "Codice dell'amministrazione digitale".¹⁴ Nel 2015 il legislatore statale approva una legge delega per la riorganizzazione delle pubbliche amministrazioni, con la quale prevede di riformare anche l'attività amministrativa digitalizzata, già regolata dal Codice citato; e con l'occasione innova la disciplina previgente anche dal punto di vista linguistico.¹⁵ La rubrica della delega che apre alle

13 L'inadeguatezza e l'imprecisione del lessico sono elementi ricorrenti nella regolazione nazionale *sul digitale* (particolarmente nella materia della "amministrazione digitale"). Si registrano, da un lato, un certo vezzo di esterofilia linguistica, nel ricorso a termini o espressioni in lingua inglese, non necessarie ai fini dell'efficacia comunicativa del testo normativo; dall'altro, il ricorso a un lessico specialistico proprio del settore informatico impiegato tuttavia dai legislatori in senso atecnico. Su questo profilo cfr. Cons. Stato, *Commissione speciale istituita con decreto del Presidente dello stesso Consiglio di Stato del 1° marzo 2016, n. 32*, parere n. 785/2016. Si tratta del parere sullo schema del d.lgs. n. 179/2016. Il Consiglio richiede un «linguaggio normativo più chiaro, poiché le norme del CAD si rivolgono ad una collettività non sempre munita delle necessarie conoscenze tecnico-informatiche. Peraltro, l'esigenza di chiarezza delle disposizioni contenute nel decreto legislativo dovrebbe derivare anche dalla considerazione che la non facile comprensione delle norme potrebbe limitare, seppur indirettamente, l'esercizio dei diritti digitali dei cittadini e delle imprese». Riflette sul linguaggio del primo decreto attuativo (d.lgs. n. 179/2016) anche B. CAROTTI, *L'amministrazione digitale: le sfide culturali e politiche del nuovo Codice (Commento a d.lg. 26 agosto 2016, n. 179)*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 1, 2017, p. 7-18.

14 Per un commento al "primo" Codice, v. E. CARLONI (a cura di), *Codice dell'amministrazione digitale*, Maggioli, Rimini, 2005; G. CASSANO-C. GIURDANELLA (a cura di), *Il Codice della pubblica amministrazione digitale: commentario al D. Lgs. n. 82 del 7 marzo 2005*, Giuffrè, Milano, 2005; I. D'ELIA-M. PIETRANGELO (a cura di), *Il Codice dell'amministrazione digitale. Relazioni e contributi al Convegno DAE 2005*, num. spec. di Informatica e diritto, ESI, Napoli, 2005. Sul Codice dopo i decreti correttivi, v. C. BOCCIA-C. CONTESSA-E. DE GIOVANNI, *Codice dell'Amministrazione digitale. D.Lgs 7 marzo 2005, n. 82 commentato e annotato per articolo*, La Tribuna, Piacenza, 2018; B. CAROTTI, *L'amministrazione digitale e la trasparenza amministrativa*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 5, 2015, pp. 625-629; ID, *Il correttivo al Codice dell'amministrazione digitale: una meta-riforma*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 2, 2018, p. 131-141. Per la prima letteratura sull'amministrazione digitale, cfr. E. ZAMPETTI, *Lo stato verso l'automazione. L'informatica al servizio della Pubblica Amministrazione*, Rizzoli, Milano, 1971; A. PREDIERI, *Gli elaboratori elettronici nell'amministrazione dello Stato*, Il Mulino, Bologna, 1971; S. CASSESE, *Informatica e amministrazione pubblica*, in Aa.Vv., *L'informatica nello Stato. Atti del convegno promosso da CNR e IRI, Roma, 28 giugno 1978*, Edindustria, Roma, 1979, p. 31 ss.; S. RODOTÁ, *L'informatica nello Stato: questioni di metodo e problemi reali*, *ivi*, p. 39 ss.; I. D'ELIA, C. CIAMPI, *L'informatica nella Pubblica Amministrazione. Problemi, risultati, prospettive*, La Nuova Italia Scientifica, Roma, 1987. Per un inquadramento più recente dell'amministrazione digitale, v. i contributi in R. CAVALLO PERIN, D.-U. GALETTA (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Giappichelli, Torino, 2020. Sull'evoluzione dell'amministrazione da digitale in algoritmica e sull'impatto nel quadro costituzionale, v. A. SIMONCINI, *Amministrazione digitale algoritmica. Il quadro costituzionale*, R. CAVALLO PERIN, D.-U. GALETTA (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione cit.*, pp. 1-42. D.-U. GALETTA, J.C. CORVÀLAN, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in *Federalismi.it*, n. 3, 2019.

15 Legge 7 agosto 2015, n. 124 (Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche), su cui, tra molti, v. B.G. MATTARELLA, *Il contesto e gli obiettivi della riforma (commento a l. 7 agosto 2015, n. 124)*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 5, 2015, p. 621 ss.; G. CORSO, *La riorganizzazione della P.A. nella legge Madia: a survey*, in *Federalismi.it*, n. 20, 2015. A proposito della delega, scrive S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Introduzione. Parte prima. La digitalizzazione dell'amministrazione*, in S. CIVITARESE MATTEUCCI- L. TORCHIA (a cura di), *La tecnificazione*, vol. IV, di L. FERRARA, D. SORACE (a cura di), *op. cit.* p. 11 ss.: "L'indicazione di sintesi che emerge è che l'introduzione della legislazione di termini quali 'cittadinanza digitale' e 'innanzitutto digitale' non dovrebbero essere sovrastimati. L'idea, presupposta alla suddetta riforma, che spostare l'attenzione dalle politiche ai diritti per rendere l'e-government effettivo appare retorica." (p. 13). Parla di norma-manifesto, V. CERULLI IRELLI, *La tecnificazione*, *ivi*, p. 280 ss, per il quale l'articolo 1 "(...) contiene un grande manifesto di civiltà digitale che serve fundamentalmente a far sì che le amministrazioni operino meglio, cioè in maniera più veloce, più informata, perché dovrebbero attingere liberamente a tutte le informazioni in circolazione in tempi rapidissimi." (p. 81).

modifiche e integrazioni delle norme sull'amministrazione digitale è, infatti, intitolata “Carta della cittadinanza digitale”, con una formulazione che preludeva al rafforzamento dei diritti e in certa misura riprendeva e rilanciava le ambizioni del Codice originario.¹⁶ Quest'ultimo, infatti, aveva innovato radicalmente il quadro regolatorio previgente sull'attività amministrativa digitalizzata, prevedendo nuovi “diritti dei cittadini e delle imprese”¹⁷ funzionali a garantire alla collettività l'accesso alle IT nei rapporti con una amministrazione che andava via via imponendone l'uso esclusivo per il godimento di tutta una serie di servizi e prestazioni. Quelle disposizioni avevano posto le basi legislative per assicurare a chiunque l'uso consapevole di strumenti già al tempo avanzati e diffusi; ma prefiguravano anche una cittadinanza digitale intesa come realizzazione personale e partecipazione sociale, da sviluppare nel seguito con misure ulteriori rispetto a quelle già previste per la sfera amministrativa. Quanto il primo Codice sia stato lungimirante lo ha mostrato da ultimo la pandemia da covid-19, che imprimendo un'accelerazione incontrollata all'uso del digitale, ha fatto saltare ogni forma di tutela, mettendo in luce un grande bisogno di diritti.¹⁸

Nel biennio 2016-2017 sono stati adottati due decreti delegati (n. 179/ 2016 e il n. 217/2017), i quali però non paiono aver corrisposto all'ambizioso progetto sulla cittadinanza digitale: la platea dei diritti è rimasta circoscritta; e non sono state approntate misure specifiche per l'esercizio di quei diritti di partecipazione sociale e politiche che erano già *in nuce* nel primo Codice. Sono mancate pure una manutenzione straordinaria, capace di rendere più certa una legislazione già erosa da interventi spesso affidati alla decretazione d'urgenza;¹⁹ e il riordino della governance del digitale pubblico, sempre più complessa per

16 Per una prima ricostruzione v. F. COSTANTINO, *La c.d. cittadinanza digitale*, in *Diritto pubblico*, n. 1, 2023, pp. 143-178, in cui è riferita anche l'evoluzione del quadro regolatorio; G. PASCUZZI, *La cittadinanza digitale. Competenze, diritti e regole per vivere in rete*, Il Mulino, Bologna, 2021, in cui è rintracciabile un vero e proprio catalogo dei diritti di cittadinanza digitale; S. D'ANCONA, P. PROVENZANO, *Gli strumenti della Carta della cittadinanza digitale*, in R. CAVALLO PERIN, D. -U. GALETTA (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione cit.*, pp. 223-246.

17 Cfr. Sez. II, Capo I, d.lgs. n. 82/2005.

18 Mette bene in luce questo risvolto A. SIMONCINI, *Il diritto alla tecnologia cit.* Al proposito, v. anche O. POLLICINO, *Potere digitale*, voce, in *Enciclopedia del diritto - I Tematici V*, in M. CARTABIA, M. RUOTOLO (a cura di), *Potere e Costituzione*, 2023, Giuffrè, Milano, pp. 410-446, secondo cui durante la pandemia anche le amministrazioni hanno abusato dello strumento digitale.

19 Sulle radici della difficile governance del digitale, v. M. S. GIANNINI, *Relazione nel dibattito generale*, in AA.VV., *L'informatica nella riforma della pubblica amministrazione. Atti della Conferenza nazionale, Roma 11-12 novembre 1981*, ed. CNEL, Roma, 1981; P. COSTANZO, *La governance di Internet in Italia*, in O. POLLICINO, V. LUBELLO, E. BERTOLINI (a cura di), *Internet. Regole e tutela dei diritti fondamentali*, Aracne, Roma, 2013, pp. 41-58; E. CARLONI, *Amministrazione aperta e governance dell'Italia digitale*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 11, 2012, pp. 1041-1046. Il decreto-legge 9 febbraio 2012, n. 5 (Disposizioni urgenti in materia di semplificazione e di sviluppo) con l'art. 47 ha istituito l'Agenda digitale italiana, affidandone l'attuazione ad una apposita cabina di regia. Il successivo decreto-legge 22 giugno 2012, n. 83 (Misure urgenti per la crescita del Paese), ha istituito un ulteriore organismo, l'Agenzia per l'Italia digitale, che si unisce ai preesistenti già deputati all'attuazione dell'Agenda digitale; e che opera con la finalità, tra le altre di promuovere «la rimozione degli ostacoli tecnici, operativi e organizzativi che si frappongono alla realizzazione dell'amministrazione digitale e alla piena ed effettiva attuazione del diritto all'uso delle tecnologie previsto dall'articolo 3 del codice dell'amministrazione digitale, di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, e successive modificazioni» (art. 20, co. 3, lett. d) Tale è la complessità odierna della *governance* del digitale che non sono mancate di recente proposte indirizzate a un suo riordino. In tale senso,

l'accresciuto numero di soggetti con compiti e funzioni ad essa riferibili.²⁰ Dal punto di vista sostanziale si fatica a rintracciare in quei decreti novità di rilievo sul versante dei diritti, mentre risulta confermata l'innovazione sul piano linguistico-formale, perché i cosiddetti “diritti di cittadinanza digitale” sono così chiamati proprio nel d.lgs. n. 179/2016. Si prevede lì, infatti, che l'Agenzia per l'Italia digitale (Agid), cioè l'ente governativo che ha in carico l'attuazione delle politiche in materia digitalizzazione pubblica, predisponga e pubblichi sul web una “Guida dei diritti di cittadinanza digitale”.²¹

Al catalogo dei diritti di cittadinanza rinvia anche il recente Codice degli appalti pubblici, che disciplina la digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti nel rispetto dei suddetti diritti.²² Riassumendo: i diritti di cittadinanza digitale sono diritti introdotti col Codice del 2005, poi così rinominati dal 2016 in poi, con buona pace delle incertezze definitorie. Si tenga pure conto che “Guida” poc'anzi citata ha compiuto una vera e propria opera di ricognizione di questi diritti, benché a fini meramente informativi. A dispetto del carattere non vincolante del documento, se ne può trarre una ulteriore conferma in ordine alla loro natura di diritti alla “fruizione dei servizi della Pubblica Amministrazione”: anche in questo caso, restano fuori dalla ricognizione i diritti di partecipazione democratica.

Nel catalogo dei “diritti di cittadinanza digitale” contenuto nella Guida predisposta dall'Agid sono censiti il diritto all'uso delle tecnologie; il diritto all'accessibilità; il diritto all'identità digitale; il diritto ad effettuare

per esempio, cfr. il disegno di legge d'iniziativa parlamentare AS908, *Disposizioni in materia di legge annuale per il digitale*, d'iniziativa del sen. Nicita et all. (XIX legislatura), depositato il 12 ottobre 2023, che propone la costituzione di un Comitato di coordinamento (Comitato per lo sviluppo digitale e la regolazione) composto da un rappresentante di tutti i soggetti (autorità indipendenti e agenzie governative) che oggi presidiano per settori la vasta materia. Il ddl affida al Comitato il compito di predisporre e trasmettere al Governo una “relazione annuale sullo stato dello sviluppo digitale nel Paese e sugli ostacoli tecnologici e regolatori al dispiego dell'innovazione digitale”, comprensiva della verifica sull'attuazione della regolazione vigente. Il 7/11/2023 il testo risulta assegnato alla VIII Commissione, esame non ancora iniziato.

20 La lista degli interventi sul Codice è amplissima. Esso è stato integrato e corretto in principio dal d.lgs. 4 aprile 2006, n. 159, sulla base della delega originaria. A seguire è stato modificato e integrato dal d.lgs. 30 dicembre 2010, n. 235, emanato sulla base della delega contenuta nell'art. 33 della legge n. 69 del 2009 (Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile). A questa prima stagione di novelle, e di interventi sistematici, è poi seguita una fase di modifiche non coordinate e alluvionali, con disposizioni contenute all'interno di decreti-leggi *omnibus*, tra cui il d.l. n. 179/2012 (Ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese); o il d.l. n. 83/2015 (Misure urgenti in materia fallimentare, civile e processuale civile e di organizzazione e funzionamento dell'amministrazione giudiziaria); o da ultimo, con leggi di stabilità, come la legge n. 147/2013 (legge di stabilità 2014) o la legge n. 190/2014 (legge di stabilità 2015). Sulla qualità della regolazione nella materia dell'amministrazione digitale, volendo M. PIETRANGELO, *La qualità della regolazione e la normativa statale in materia di “Agenda digitale”*, in *www.tecnichenormative.it*, Studi e contributi, n. 1, 2014.

21 Comma 1-*quinquies* dell'art. 17 del d.lgs. n. 82/2005, introdotto dal d.lgs. n. 179 del 2016. La Guida è stata adottata con la Determinazione Agid 9 marzo 2022, n. 57 (Approvazione della Guida di riepilogo dei diritti di cittadinanza digitali previsti dal Codice dell'amministrazione digitale e relativa pubblicazione sul sito web istituzionale di AgID in base all'articolo 17, comma 1-*quinquies* del Codice dell'Amministrazione Digitale.).

22 Cfr. il decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36 (Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici), articolo 19 (Principi e diritti digitali): “Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti assicurano la digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti nel rispetto dei principi e delle disposizioni del codice dell'amministrazione digitale, di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, *garantiscono l'esercizio dei diritti di cittadinanza digitale (corsivo aggiunto)* e operano secondo i principi di neutralità tecnologica, di trasparenza, nonché di protezione dei dati personali e di sicurezza informatica”.

pagamenti con modalità informatiche; il diritto a comunicare con i soggetti del settore pubblico utilizzando esclusivamente modalità e strumenti informatici.²³ A questi diritti oggi corrispondono procedure abilitanti, cioè soluzioni IT, predisposte per consentire la fruizione dei servizi online: firma elettronica, posta elettronica certificata, carta nazionale dei servizi, sistema pubblico di identità digitale (Spid), carta d'identità elettronica (Cie), applicazione IO per i servizi pubblici e PagoPA per i pagamenti verso l'amministrazione, sistemi di fatturazione elettronica, per stare alle più note.

Le considerazioni svolte confermano, dunque, un approccio restrittivo del nostro ordinamento nazionale, nel quale la “cittadinanza digitale” è da intendersi (solamente) come l'insieme dei “diritti digitali che, grazie al supporto di una serie di strumenti e processi (ad esempio l'identità digitale, la posta elettronica certificata e il domicilio digitale, le firme elettroniche, i pagamenti informatici), contribuiscono a facilitare a cittadini e imprese la fruizione dei servizi della Pubblica Amministrazione.”²⁴ Non sono i diritti fondamentali esercitabili nell'ambiente digitale ma sono diritti aventi ad oggetto “L'utilizzo da parte del privato delle tecnologie digitali nei rapporti di diritto pubblico (...)”; “(...) Al riconoscimento di siffatto diritto fa da contraltare l'obbligo dell'amministrazione di renderne effettivo l'esercizio, dotandosi di un domicilio digitale e curandone con diligenza la funzionalità.”²⁵

4. Il diritto capostipite all'uso delle tecnologie

Se allora i diritti di cittadinanza digitale coincidono con la famiglia di diritti previsti nel Codice del 2005 e poi rinominati, si può considerare ad essi logicamente sovraordinato il diritto capostipite all'uso delle tecnologie, introdotto dall'articolo 3 del Codice.²⁶ Si tratta di una previsione al tempo ritenuta fortemente innovativa, adottata peraltro sulla scia di altre due disposizioni di tenore analogo: l'articolo 3 del d.lgs. n. 259/2003 (Codice delle comunicazioni elettroniche)²⁷ e l'articolo 1 della legge n. 4/2004 (Disposizioni

23 Agid, *Guida cit.*, p. 5-6.

24 Agid, *Guida cit.*, p. 3.

25 Così da ultimo Cons. St., sez. II, 6 febbraio 2023, n. 1211, 9.2, 9.3.

26 L'articolo 3 nel testo originario: “Diritto all'uso delle tecnologie. 1. I cittadini e le imprese hanno diritto a richiedere ed ottenere l'uso delle tecnologie telematiche nelle comunicazioni con le pubbliche amministrazioni centrali e con i gestori di pubblici servizi statali nei limiti di quanto previsto nel presente codice.”; e nel testo oggi vigente: “1. Chiunque ha il diritto di usare, in modo accessibile ed efficace, le soluzioni e gli strumenti di cui al presente Codice nei rapporti con i soggetti di cui all'articolo 2, comma 2, anche ai fini dell'esercizio dei diritti di accesso e della partecipazione al procedimento amministrativo, fermi restando i diritti delle minoranze linguistiche riconosciute”. L'uso degli strumenti informatici e telematici nel procedimento amministrativo - da intendersi anche per l'esercizio dei diritti azionabili nei confronti delle amministrazioni, così come regolati dalla legge n. 241 del 1990 - era già previsto nel 2005, quando la legge n. 17/2005 ha introdotto nella legge n. 241/1990 il nuovo art. 3-bis (Uso della telematica): “1. Per conseguire maggiore efficienza nella loro attività, le amministrazioni pubbliche incentivano l'uso della telematica, nei rapporti interni, tra le diverse amministrazioni e tra queste e i privati.”

27 Nel testo allora vigente: “Art. 3. Principi generali. 1. Il Codice garantisce i diritti inderogabili di libertà delle persone nell'uso dei mezzi di comunicazione elettronica, nonché il diritto di iniziativa economica ed il suo esercizio in regime di concorrenza, nel settore delle comunicazioni elettroniche. I provvedimenti riguardanti l'accesso o l'uso di servizi e applicazioni attraverso reti di comunicazione elettronica, da parte degli utenti finali, rispettano i diritti e le libertà

per favorire e semplificare l'accesso degli utenti e, in particolare, delle persone con disabilità agli strumenti informatici)²⁸. Senza entrare nel dettaglio degli ambiti di applicazione di queste diverse disposizioni, occorre qui almeno rammentarne la *ratio* riformatrice, in un percorso regolatorio sulla digitalizzazione che allora come oggi era a prevalente traino economico, e che si faceva finalmente carico della digitalizzazione anche in termini di opportunità e garanzie per la collettività. Nel Codice originario il riconoscimento del diritto all'uso delle tecnologie è stata una conquista perché esso insisteva sulla relazione del cittadino con le amministrazioni (nella prima versione addirittura sulle sole comunicazioni), ma nella *ratio* ambiva a far emergere la centralità della persona nella società digitalizzata.²⁹

Il dibattito sulla natura giuridica dell'articolo 3 del Codice è durato a lungo, anche in ragione delle continue modifiche della norma che via via ne mutavano l'ambito di applicazione soggettivo attivo e passivo, l'oggetto, e pure i termini di giustiziabilità prima davanti al giudice ordinario, poi dal giudice amministrativo.³⁰ Non vi sono più dubbi, tuttavia, sul fatto che esso “rappresenta un vero e proprio diritto del cittadino”³¹.

5. Gli “altri” diritti di cittadinanza digitale: i diritti “tecnificati” e i principi “mortificati”

Nel secondo decennio di vita del Codice prendono forma nuovi istituti, a metà strada tra il diritto e la soluzione tecnica che lo rende godibile. Anch'essi appartengono alla famiglia dei diritti di cittadinanza digitale. Tra questi, il diritto all'assegnazione dell'identità e del domicilio digitale, funzionali a garantire l'accesso ai servizi online. Nelle definizioni normative, l'identità digitale è la “rappresentazione informatica della corrispondenza tra un utente e i suoi attributi identificativi”, mentre il domicilio è un “indirizzo elettronico eletto presso un servizio di posta elettronica certificata o un servizio elettronico di recapito certificato qualificato”.³² Sono misure abilitanti per l'accesso alle prestazioni erogate online, che segnano

fondamentali delle persone fisiche, garantiti dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e dai principi generali del diritto dell'Unione europea. (...)”.

28 Articolo 1, comma 1: “La Repubblica riconosce e tutela il diritto di ogni persona ad accedere a tutte le fonti di informazione e ai relativi servizi, ivi compresi quelli che si articolano attraverso gli strumenti informatici e telematici.”.

29 In tal senso, sulla concezione di una amministrazione digitalizzata sì, ma non sbilanciata sul versante organizzativo, v. già E. ZAMPETTI, *Lo Stato verso l'automazione cit.*

30 Si ricorda qui che nella versione vigente l'ambito di applicazione soggettivo passivo copre una platea più estesa dei soggetti pubblici, mentre in quella originaria esso era circoscritto alle sole amministrazioni statali. Un'altra sostanziale novità introdotta nel 2016 è ravvisabile nell'ambito oggettivo della disposizione, poiché l'esercizio del diritto esce dalla sfera comunicativa ed entra a tutto tondo in quella dei «rapporti» tra amministrazioni (o altri enti) e amministrati, recuperando così l'ambizione originaria del legislatore del 2005. Sull'articolo 3, volendo M. PIETRANGELO, *Il diritto all'uso delle tecnologie nei "rapporti" con le pubbliche amministrazioni: luci ed ombre*, in I. D'ELIA, M. PIETRANGELO (a cura di), *Il Codice cit.*, pp. 73-87; ID., *Oltre l'accesso ad Internet. Tra tutele formali ed interventi sostanziali. A proposito dell'attuazione del diritto di accesso ad Internet*, in M. NISTICÒ, P. PASSAGLIA (a cura di), *Internet e Costituzione*, Giappichelli, Torino, 2014, pp. 169-188.

31 Cons. St. n. 1211/2023 cit., 9.2.

32 D.lgs. n. 82/2005, articolo 3-bis (Identità digitale e Domicilio digitale) 01. Chiunque ha il diritto di accedere ai servizi on-line offerti dai soggetti di cui all'articolo 2, comma 2, tramite la propria identità digitale e anche attraverso il punto di

il progredire della digitalizzazione pubblica, ma tradiscono una certa burocratizzazione e tecnicizzazione dei diritti medesimi: il “diritto tecnicato” finisce cioè per coincidere con l'applicazione IT.³³

Accanto a queste specifiche posizioni soggettive introdotte dal legislatore nel secondo decennio degli anni Duemila, nell'impianto normativo ancora resistono alcune norme di principio di grande respiro democratico, che risalgono agli esordi regolativi. Queste disposizioni di principio già nel 2005 ponevano le basi per una disciplina di dettaglio, che non è seguita, sia sulla cultura digitale che sulle forme e sui metodi della partecipazione democratica online. Si tratta dell'articolo 8 sull'alfabetizzazione informatica, che è “precondizione per continuare a godere dei più elementari diritti civili”³⁴; e dell'articolo 9 sulla “partecipazione democratica elettronica” cioè sulla “partecipazione dei cittadini al processo democratico e per facilitare l'esercizio dei diritti politici e civili”. La norma sulla partecipazione è stata integrata nel 2015-2017 con un riferimento espresso anche alla partecipazione nei processi decisionali delle istituzioni pubbliche, senza tuttavia che ad essa sia seguita una sincera attuazione.³⁵ Il legislatore del 2005 si era invece proiettato nel futuro, lasciando intravedere le potenzialità delle IT per vivificare i metodi della partecipazione popolare, dal dibattito pubblico alle consultazioni nei processi decisori, dai referendum consultivi fino all'esercizio del diritto di voto.³⁶

Nel solco tracciato dalle due previsioni del Codice appena ricordate si sono innestati di recente alcuni interventi normativi settoriali, per quanto a una prima valutazione gli effetti non paiono aver irrobustito

accesso telematico di cui all'articolo 64-bis.”. Gli istituti dell'identità e del domicilio digitale sono stati modificati dai seguenti atti: d.l. n. 179/2012 (Ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese); d.l. n. 69/2013 (Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia); legge n. 190/2014 (Legge di bilancio 2015); e i già menzionati d.lgs. n. 179/2016 e d.lgs. n. 217/2017.

33 Cfr. nella legge delega n. 124/2015, l'art. 2, co. 1, lettera h): “(...) semplificare le condizioni di esercizio dei diritti e l'accesso ai servizi di interesse dei cittadini”. Sulla necessità di rendere effettivi i diritti al digitale ha molto insistito la Commissione speciale del Consiglio di Stato in sede consultiva sugli schemi di decreti correttivi del 2016 e del 2017 (cfr. Cons. Stato, *Commissione speciale istituita con decreto del Presidente dello stesso Consiglio di Stato del 1° marzo 2016, n. 32*). Per un esame complessivo dell'attività consultiva svolta dal Consiglio di Stato, v. C. BOCCIA, *Il nuovo Codice dell'Amministrazione digitale e l'apporto del Consiglio di Stato*, in C. BOCCIA, C. CONTESSA, E. DE GIOVANNI, *Codice cit.*, p. 5 ss.

34 Così Cons. St. sez. IV, decr. 21 ottobre 2022, n. 5055. Il Consiglio di Stato, sia pure in sede cautelare, sollecita un'attenta riflessione sui limiti degli obblighi di collaborazione con la pubblica amministrazione richiesti dalla normativa sulla c.d. cittadinanza digitale, chiedendosi – tra l'altro – se sul cittadino possa gravare “l'onere di munirsi d'una sorta di 'ufficio informatico' per potersi correttamente rapportare con l'amministrazione pubblica, e che gli vada perciò riconosciuto, in ogni caso di difficoltà (salvo a postulare un generale obbligo di alfabetizzazione informatica quale precondizione per continuare a godere dei più elementari diritti civili), un soccorso amplissimo – preventivo, ma anche successivo – a carico della controparte pubblica (che, per proprie esigenze, abbia imposto modalità di accesso esclusivamente telematiche)” (par. II, b.3).

35 Il riferimento è al DPCM 15 settembre 2017, n. 169 (Regolamento recante disciplina sull'analisi dell'impatto della regolamentazione, la verifica dell'impatto della regolamentazione e la consultazione), che prevede l'uso della “telematica” per le consultazioni interne all'analisi e verifica dell'impatto della regolamentazione.

36 Sui “modi della partecipazione” online, v. ampiamente A. HINTZ ET ALL., *Digital Citizenship in a Datafied Society*, Polity Press, UK, 2018. Sul tema, tra i primi, v. P. MARSOCCI, *Cittadinanza digitale e potenziamento della partecipazione politica attraverso il "web": un mito così recente già da sfatare?*, in *Rivista AIC*, n. 1, 2015; e volendo M. PIETRANGELO, *Le pubbliche amministrazioni sul web tra comunicazione, consultazione e partecipazione*, in S. CIVITARESE TORCHIA (a cura di), *Tecnicizzazione cit.*, pp. 95-112. Con un respiro più ampio, v. ampiamente A. CARDONE, *“Decisione algoritmica” vs Decisione politica. A.I. Legge Democrazia*, Editoriale scientifica, Napoli, 2021.

in modo significativo la dimensione materiale della cittadinanza digitale.³⁷ La legge n. 15 del 2019 sull'insegnamento scolastico dell'educazione civica ha introdotto l'insegnamento dell'educazione alla cittadinanza digitale, con l'obiettivo - già ricordato a proposito degli analoghi indirizzi sovranazionali - di raccordare la "somministrazione" di competenze informatiche con un percorso formativo orientato alla "crescita personale e alla cittadinanza partecipativa attraverso adeguate tecnologie digitali" o a "essere consapevoli di come le tecnologie digitali possono influire sul benessere psicofisico e sull'inclusione sociale".³⁸ La legge disegna un programma scolastico ambizioso per gli "adolescenti digitali", ma non pare di potersi intravedere un pieno sviluppo dei primi percorsi di alfabetizzazione informatica, né un diritto all'educazione digitale (alla cittadinanza digitale), se non come pretesa azionabile nei confronti di un'istituzione scolastica che non desse seguito alle prescrizioni di legge.

Analogamente, la legge delega n. 33 del 2023 ha immaginato per le persone anziane un percorso "di alfabetizzazione informatica e pratiche abilitanti all'uso di nuove tecnologie idonee a favorire la conoscenza e la partecipazione civile e sociale"³⁹, il quale però nello schema di decreto attuativo

37 Sulla dimensione materiale della cittadinanza, v. L. G. BAGLIONI, *Per una nuova definizione di cittadinanza. Note sociologiche essenziali*, in *Studi di sociologia*, n. 1, 2020, pp. 63-80: "Per far ciò è però necessario tener conto dei capitali della persona, poiché se i diritti sono il fondamento legale dell'azione, i capitali sono l'alimento materiale che li traduce in pratiche di cittadinanza. Entrambi costituiscono risorse per l'azione della persona, ma con differente funzione. Tale azione è da intendersi nel duplice senso della potenzialità, ovvero la capacità come novero di condotte possibili, e dell'azione vera e propria, ossia i funzionamenti come volume di cittadinanza concretamente sviluppato tra è infatti possibile definire la cittadinanza come la capacità d'azione di un individuo all'interno di una società, frutto della combinazione di risorse personali e istituzionali." (p. 76).

38 Cfr. l'articolo 5 della legge 20 agosto 2019, n. 92 (Introduzione dell'insegnamento scolastico dell'educazione civica), che ha previsto l'innesto dell'educazione alla cittadinanza digitale nell'insegnamento trasversale dell'educazione civica. La legge elenca una serie di "abilità e conoscenze digitali essenziali" piuttosto ambiziose: "a) analizzare, confrontare e valutare criticamente la credibilità e l'affidabilità delle fonti di dati, informazioni e contenuti digitali; b) interagire attraverso varie tecnologie digitali e individuare i mezzi e le forme di comunicazione digitali appropriati per un determinato contesto; c) informarsi e partecipare al dibattito pubblico attraverso l'utilizzo di servizi digitali pubblici e privati; ricercare opportunità di crescita personale e di cittadinanza partecipativa attraverso adeguate tecnologie digitali; d) conoscere le norme comportamentali da osservare nell'ambito dell'utilizzo delle tecnologie digitali e dell'interazione in ambienti digitali, adattare le strategie di comunicazione al pubblico specifico ed essere consapevoli della diversità culturale e generazionale negli ambienti digitali; e) creare e gestire l'identità digitale, essere in grado di proteggere la propria reputazione, gestire e tutelare i dati che si producono attraverso diversi strumenti digitali, ambienti e servizi, rispettare i dati e le identità altrui; utilizzare e condividere informazioni personali identificabili proteggendo se stessi e gli altri; f) conoscere le politiche sulla tutela della riservatezza applicate dai servizi digitali relativamente all'uso dei dati personali; g) essere in grado di evitare, usando tecnologie digitali, rischi per la salute e minacce al proprio benessere fisico e psicologico; essere in grado di proteggere sé e gli altri da eventuali pericoli in ambienti digitali; essere consapevoli di come le tecnologie digitali possono influire sul benessere psicofisico e sull'inclusione sociale, con particolare attenzione ai comportamenti riconducibili al bullismo e al cyberbullismo." (art. 5, co. 2). Per una prima rassegna delle iniziative e buone pratiche attuative dei principi codificati nell'art. 5 della legge n. 92/2019, v. M. MARTONE, *Datificazione cit.* Più in generale, sulla legge n. 92/2019, v. S. PANIZZA, *La reintroduzione dell'insegnamento scolastico dell'educazione civica da parte della legge n. 92/2019, con a fondamento la conoscenza della Costituzione. Tra buone intenzioni e false partenze*, in *dirittifondamentali.it*, 2/2019; ID., *Le Linee guida ministeriali per l'insegnamento dell'educazione civica a partire dall'anno scolastico 2020/2021*, in *dirittifondamentali.it*, 2/2020, pp. 1222-1230; G. VESPERINI, *Una legge manifesto sull'insegnamento dell'educazione civica. Commento a legge 20 agosto 2019 n. 92 (Introduzione dell'insegnamento scolastico dell'educazione civica)*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 5, 2019, pp. 552-555.

39 Cfr. la legge 23 marzo 2023, n. 33 (Deleghe al Governo in materia di politiche in favore delle persone anziane), articolo 3 (Delega al Governo in materia di invecchiamento attivo, promozione dell'inclusione sociale e prevenzione

attualmente all'esame del Parlamento si preannuncia già molto schiacciato sul rapporto di servizio con l'amministrazione, prevedendo in definitiva solo “attività di formazione delle competenze digitali delle persone anziane e di supporto delle stesse nell'utilizzo dei servizi erogati in rete dalle pubbliche amministrazioni”.⁴⁰

Da ultimo, bisogna aggiungere che rende ancora più incerto il quadro appena tratteggiato pure l'assenza di coordinamento con altre normative che insistono sul medesimo ambito, regolando una rilevante parte dell'attività amministrativa digitale. Tra queste, il d.lgs. n. 33 del 2013 che disciplina i diritti digitali alla trasparenza amministrativa, dal punto di vista sostanziale senz'altro riferibili all'idea di una cittadinanza digitale, come d'altro canto si evince dalla lettera della norma per cui “La trasparenza (...) concorre ad attuare il principio democratico e i principi costituzionali di eguaglianza, di imparzialità, buon andamento, responsabilità, efficacia ed efficienza nell'utilizzo di risorse pubbliche, integrità e lealtà nel servizio alla nazione. Essa è condizione di garanzia delle libertà individuali e collettive, nonché dei diritti civili, politici e sociali, integra il diritto ad una buona amministrazione e concorre alla realizzazione di una amministrazione aperta, al servizio del cittadino”.⁴¹

6. Per concludere

Tirando le fila del discorso, sulla base di quanto annotato sopra non pare si possa sostenere che i diritti di cittadinanza digitale odierni costituiscano una evoluzione del primo nucleo di garanzie introdotto dal legislatore statale nel 2005, a dispetto della loro successiva ridefinizione. Pur avendo egli introdotto anzitempo una buona regolazione, non si coglie in essa una progressione a favore della dimensione partecipativa, che resta in ombra. E in definitiva questi di diritti dal nome altisonante sembrano

della fragilità), comma 2, lettera a: “2. Nell'esercizio della delega di cui al comma 1, oltre che ai principi e criteri direttivi generali di cui all'articolo 2, comma 2, il Governo si attiene ai seguenti ulteriori principi e criteri direttivi: a) con riguardo agli interventi per l'invecchiamento attivo e la promozione dell'autonomia delle persone anziane: (*omissis*) 7) al fine di favorire l'autonomia nella gestione della propria vita e di garantire il pieno accesso ai servizi e alle informazioni, promozione di azioni di alfabetizzazione informatica e pratiche abilitanti all'uso di nuove tecnologie idonee a favorire la conoscenza e la partecipazione civile e sociale delle persone anziane; (*omissis*)”.

40 Cfr. gli articoli 19 (Rete dei servizi di facilitazione digitale) e 20 (Percorso per le competenze trasversali e per l'orientamento per ridurre il divario digitale) dello “Schema di decreto legislativo recante disposizioni in materia di politiche in favore delle persone anziane” (XIX Leg., Senato della Repubblica, AG n. 121), trasmesso dal Governo il 23 gennaio 2024.

41 V. il comma 2 dell'articolo 1 (Principio generale di trasparenza) del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33 (Riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni. Sulla “trasparenza amministrativa digitale” anche in relazione all'esercizio di altri diritti fondamentali, la letteratura è vasta. Da ultimo, tra i molti, v. B. PONTI, *Attività amministrativa e trattamento dei dati personali*, Franco Angeli, Milano, 2023; E. CARLONI, *Il paradigma trasparenza. Amministrazioni, informazione, democrazia*, Il Mulino, Bologna, 2022; C. COLAPIETRO, *Il complesso bilanciamento tra il principio di trasparenza e il diritto alla "privacy": la disciplina delle diverse forme di accesso e degli obblighi di pubblicazione*, in *Federalismi.it*, n. 14, 2020, pp. 64-91. Sulla cittadinanza amministrativa, anche qui senza pretesa di esaustività, v. R. CAVALLO PERIN, *La configurazione della cittadinanza amministrativa*, in *Diritto amministrativo*, n. 1, 2004, pp. 201-208; A. BARTOLINI, A. PIOGGIA (a cura di), *Cittadinanze amministrative*, VIII, in L. FERRARA, D. SORACE (a cura di), *A 150 anni cit.*

“concessi” più per raggiungere la migliore performance amministrativa, che per corrispondere ai bisogni reali delle persone.⁴² Non a caso molte delle misure da ultimo previste per dare seguito alle previsioni di legge sopra richiamate sono state disposte grazie alla spinta sulla digitalizzazione amministrativa impressa dal PNRR.⁴³ Dato comunque positivo, visto che tutte le riforme passate del Codice sono state adottate col vincolo dell'invarianza di risorse umane, finanziarie e strumentali, compresa la delega sulla Carta della cittadinanza digitale, il cui ambizioso progetto risultava quindi in partenza già depotenziato. Così regolati, i nostri diritti risultano anche disallineati dalle attuali aperture politiche sovranazionali - di cui bisognerà comunque monitorare gli esiti -, che rappresentano la cittadinanza digitale come esercizio di diritti fondamentali.⁴⁴

D'altro canto, i diritti esprimono la irrinunciabile dimensione formale di questa cittadinanza, ma occorre tradurli in azione, in pratiche di cittadinanza digitale che si alimentano col capitale umano.⁴⁵ Al di là quindi della lettera della legge, è quindi opportuno riferirsi alla cittadinanza digitale nella sua dimensione materiale come a una comunità di persone, che con adeguate capacità e mezzi diventa massa critica che agisce consapevolmente i propri diritti nell'ambiente digitale; che resiste agli urti e alle pressioni degli abusi digitali; che può riaggregarsi in corpi intermedi, contro la deriva della disintermediazione; che può farsi contro potere.⁴⁶ Perché gli utenti dei servizi online, come i consumatori digitali, sono anzitutto cittadine e cittadini digitali e i diritti all'uso delle tecnologie - vecchi o nuovi, quale che sia la loro denominazione - devono ridiventare strumenti di emancipazione personale e di lotta sociale, possono risultare determinanti per contrastare le nuove compressioni degli ordinamenti democratici

42 Secondo G.L. CONTI, *Fra Usability e User Experience: verso il nuovo Codice dell'amministrazione digitale*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2, 2016, “Il vero senso della cittadinanza digitale, probabilmente, non sta nella digitalizzazione della pubblica amministrazione. Sta nel riconoscimento ai cittadini della possibilità di esercitare i propri diritti secondo una logica che parta dalla user experience della cittadinanza” (p. 20).

43 Per esempio, gli investimenti dell'intervento “Servizi digitali e cittadinanza digitale” del PNRR sono stati destinati alla digitalizzazione dei pagamenti della pubblica amministrazione favore di persone fisiche o giuridiche attraverso terminali di pagamento (POS); e al servizio di collegamento delle imprese alla Piattaforma Digitale Nazionale Dati. La formazione alla educazione digitale, anche per gli anziani, per ora è ferma al finanziamento della “Rete di servizi di facilitazione digitale”, che dovrà attivare poi attivare le iniziative riconducibili alla educazione digitale svolte, stimate in un costo complessivo di 135 milioni di euro (fonte: XIX Leg., Senato della Repubblica, Servizio studi – Dipartimento affari sociali, *Dossier Schema di decreto legislativo recante disposizioni in materia di politiche in favore delle persone anziane*, AG n. 121, 5 febbraio 2024).

44 Nel Piano sul decennio digitale della UE le i pilastri sono 4: *digital infrastructures, digitalisation of businesses e digitalisation of public services, digital skills*. Dentro questo progetto ampio e pesante è inserita anche la dichiarazione sui diritti digitali.

45 Così L. G. BAGLIONI, *Per una nuova definizione di cittadinanza cit.*

46 “Achieving a digital transformation that enables the EU to become truly sovereign, resilient, and competitive as well as more sustainable will require the strong and long-lasting support of the European people for conducting the necessary reforms and policy actions” (SWD(2023) 570 final Commission Staff *cit.*, p. 3). Sulla cittadinanza come capitale sociale, tra i molti suoi lavori, v. G. ARENA, *Amministrazione e società. Il nuovo cittadino*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 1, 2017, pp. 43-55; e il più recente v. ID., *Cittadini si diventa. Come produrre senso civico e nuovo capitale sociale*, in *Diritto Pubblico*, n. 1, 2023, pp. 61-72.

contemporanei.⁴⁷ Finanche nella dimensione locale invece oggi il cittadino inter-attivo e inter-agente non è il co-costruttore della propria città, ma è cittadino-sensore, che vive in spazi urbani ripensati e ridefiniti dalle stesse grandi piattaforme che i protettori dell'interesse pubblico dichiarano di voler contrastare.⁴⁸

Bisogna preservare l'idea di un futuro diverso e possibile: “il 'futuro' appartiene alla macchina, ma l'uomo, attraverso le proprie scelte, ha il potere di farlo diventare 'possibile' secondo una determinata linea di sviluppo, e quindi di garantirsi una dimensione adatta allo svolgimento della propria personalità”⁴⁹; un futuro in cui la tecnologia dovrebbe essere utilizzata per unire le persone, e non per dividerle.⁵⁰

47 Questa sensibilità che si coglie in A. SIMONCINI, *Il diritto alla tecnologia cit.*, che prospetta un cambio di passo: “dal 'diritto sociale alle tecnologie' al 'diritto delle tecnologie sociali’” (p. 203). Per una teoria della cittadinanza digitale come soggettività politica v. ampiamente E. ISINI, E. RUPPERT, *Being Digital Citizens*, Rowman & Littlefield International, London, 2021. Sullo stretto legame tra esercizio dei diritti e capacità, v. ampiamente A. K. SEN, *Human Rights and Capabilities*, in *Journal of Human Development*, 6, n. 2, 2005, pp. 151-166.

48 Sul punto v. N. CUPPINI, *On Platforming. Notes for Navigating Contemporary Hyper-Urbanscapes*, online sulla *Rivista di Into the Black Box Collective*, 19/6/2021, secondo cui le infrastrutture digitali urbane che hanno rimodellato le nostre città e le comunità che abitiamo sono Airbnb, Uber, Booking, Deliveroo, Amazon, Foodora e poi ancora Zoom, Teams, per restare alle più note. Analogamente, A. Shapiro, *Design, Control, Predict. Logistical Governance in the Smart City*, Minnesota University Press, 2020, registra il fallimento dell'idea delle smart cities come luoghi di costruzione di una migliore dimensione di vita collettiva grazie alle IT. Sulla dimensione della comunità smart come potenziale di sviluppo del concetto di cittadinanza digitale intesa come soggettività politica, v. C. COLAPIETRO, *Intelligenza artificiale e smart cities. A mo di introduzione*, in M. GIANNELLI, V. PAGNANELLI (a cura di), *Smart cities. Diritti, libertà e governance*, Giappichelli, Torino, 2023, p. XVII-XXIV, in particolare XXIII. Al proposito, v. anche M. CAPORALE, *Dalle "smart cities" alla cittadinanza digitale*, in *Federalismi.it*, n. 2, 2020, pp. 29-46.

49 Così nel 1970 E. ZAMPETTI, *Lo Stato verso l'automazione cit.*, p. 5, che ragiona del “futuribile”, cioè della interdipendenza di futuro e di possibile, e della responsabilità dei pubblici poteri dinanzi a “innovazioni che sono destinate a coinvolgere tutte le componenti della collettività nazionale”.

50 Così nel 2022 la *European Declaration cit.*, Chapter II (Solidarity and inclusion), § 1.

Le comunità energetiche rinnovabili tra fondamento costituzionale e riparto di competenze legislative Stato-Regioni. Riflessioni alla luce della sentenza n. 48 del 2023 della Corte costituzionale*

di Francesco Sanchini

Assegnista di ricerca in Istituzioni di diritto pubblico
Università degli Studi di Firenze

Abstract [It]: Le comunità energetiche rinnovabili assumono una significativa rilevanza nel perseguimento degli obiettivi di neutralità climatica definiti a livello europeo nonché nel contrasto alla povertà energetica, costituendo un inedito modello di produzione e consumo dell'energia dai molteplici vantaggi ambientali, economici e sociali. Evidenziato il complesso impianto di disciplina multilivello del fenomeno, l'analisi si interroga in particolare sulla relativa dimensione costituzionale, anche sotto il profilo della collocazione sul piano del riparto di competenze legislative fra Stato e Regioni. Aspetto, quest'ultimo, su cui è peraltro intervenuta la Corte costituzionale con la sentenza n. 48 del 2023.

Title: Renewable energy communities between constitutional dimension and division of State-Regions legislative competences. Reflections considering sentence no. 48 of 2023 of the Constitutional Court

Abstract [En]: Renewable energy communities assume a significant relevance in pursuit of the climate neutrality objectives defined at European level and in the fight against energy poverty, constituting an unprecedented model of energy production and consumption with multiple environmental, economic and social advantages. Having highlighted the complex multilevel disciplinary system of the phenomenon, the analysis examines the relative constitutional dimension, also on perspective of the division of legislative competences between the State and the Regions. Aspect, on which the Constitutional Court also intervened with sentence no. 48 of 2023.

Parole chiave: Comunità energetiche rinnovabili; Costituzione; Ambiente; Sussidiarietà orizzontale; Regioni

Keywords: Renewable Energy Communities; Constitution; Environment; Horizontal subsidiarity; Regions

Sommario: 1. Introduzione. 2. Il “rompicapo” della disciplina sulle comunità energetiche rinnovabili fra diritto europeo e (problematica) attuazione interna. 3. Quale fondamento costituzionale per le comunità energetiche rinnovabili? 4. “Oltre” la dimensione statale: il contributo delle Regioni nella promozione delle CER. 5. Comunità energetiche rinnovabili e riparto di competenze legislative fra Stato e Regioni: la sentenza n. 48 del 2023 della Corte costituzionale. 6. Osservazioni conclusive.

1. Introduzione

L'attuale fase di transizione energetica, come noto, sta imponendo un progressivo abbandono delle fonti fossili in favore di meccanismi di approvvigionamento a ridotta emissione di CO₂.

* Articolo sottoposto a referaggio.

Gli effetti disastrosi legati al surriscaldamento globale rendono evidente come questo percorso, assai difficoltoso per le implicazioni socioeconomiche ad esso sottese, richieda una notevole rapidità di azione. Il (tanto auspicato) raggiungimento degli obiettivi di neutralità climatica, difatti, esige ormai risposte concrete ed efficaci, avvicinandosi inesorabilmente il “punto di non ritorno” oltre il quale l’equilibrio terrestre potrebbe risultare definitivamente compromesso.

Ad un simile scenario, già di per sé drammaticamente reale, si aggiungono ulteriori elementi di complessità sul fronte geopolitico, connessi ai molteplici conflitti mondiali in atto e al conseguente innalzamento dei prezzi dell’energia prodotta da fonti tradizionali.

Nel panorama globale è indubbiamente quello russo-ucraino a costituire una delle più significative minacce per i paesi europei, imponendo loro l’esigenza – sempre più pressante – di accelerare il passaggio verso meccanismi di produzione e consumo di energia diversificati e, soprattutto, più sostenibili.

I benefici che possono generare forme “alternative” di produzione energetica non si limitano, tuttavia, all’aspetto prettamente ambientale.

Grazie alla decisiva spinta promanante dall’esperienza europea, difatti, stanno emergendo metodi innovativi che, assieme agli evocati vantaggi sul fronte della neutralità climatica, possiedono positive ricadute anche sul piano economico e sociale.

Uno strumento rilevante in tale prospettiva è rappresentato dalle comunità energetiche – ed in particolare da quelle “rinnovabili”, meglio note con l’acronimo “CER” – che incarnano uno dei paradigmi con maggiore potenziale rispetto alla ricordata esigenza di attuare un repentino “cambio di passo” sul fronte dell’approvvigionamento energetico.

Si tratta di un modello di produzione, consumo e redistribuzione dell’energia prodotta da fonti rinnovabili facente capo ad un soggetto giuridicamente autonomo a partecipazione aperta, volontaria e senza finalità di lucro, che può essere composto da un’ampia platea di soggetti (quali persone fisiche, imprese, amministrazioni comunali e persino enti religiosi, del Terzo settore o di ricerca).

Una volta prodotta e consumata, l’energia da fonte rinnovabile in eccesso viene redistribuita sul territorio, favorendo in tal modo la diffusione di forme di autosufficienza energetica basata sull’azione collaborativa dei soggetti presenti a livello locale.

Un simile approccio determina un mutamento radicale di prospettiva, atteso che il cliente finale da mero “consumer” diviene “prosumer”¹: questi, infatti, da semplice acquirente e fruitore di energia assume la veste di attivo partecipante alla produzione e redistribuzione della stessa.

¹ Tale espressione, come noto, fu utilizzata per la prima volta dal sociologo statunitense A. TOFFLER, *The Third Wave*, New York, 1980.

Rilevante, così, appare il ruolo delle CER che, in ragione della loro peculiare conformazione e funzionamento, riescono a perseguire finalità apprezzabili anche al di là dello stretto perimetro ambientale.

Se infatti è innegabile il loro apporto alla riduzione di emissioni inquinanti, non meno significative si presentano le implicazioni sul piano del minor costo dell'energia nonché, ancora, a livello sociale, contribuendo al contrasto della povertà energetica mediante la promozione di forme di auto-organizzazione collettiva su base territoriale.

Tali caratteristiche sembrano collocare a pieno titolo le CER nel solco del tessuto valoriale tracciato dalla Costituzione, evocando – secondo quanto avremo modo di verificare – principi di preminente rilevanza, primi su tutti quelli di solidarietà, pluralismo sociale, sussidiarietà orizzontale e tutela dell'ambiente.

Malgrado la presenza di un quadro giuridico che, come vedremo, è risultato sin da subito poco lineare, le comunità energetiche rinnovabili costituiscono un fenomeno in progressiva ascesa e in grado di suscitare una sempre maggiore considerazione².

Basti pensare all'attenzione in tal senso emersa nella prospettiva dei legislatori regionali, terreno su cui di recente, secondo quanto avremo modo di verificare, si è reso persino necessario l'intervento del giudice costituzionale.

² Fra le più recenti indagini è possibile ricordare quella condotta, ad esempio, da Legambiente, che ha stimato – al maggio 2022 – circa un centinaio di comunità energetiche rinnovabili e configurazioni di autoconsumo collettivo, di cui 59 mappate a partire dal giugno 2021. In tal senso si esprime il rapporto “Comunità rinnovabili. Il ruolo di sole, vento, acqua, terra nel raggiungimento degli obiettivi climatici e lo sviluppo dei nuovi modelli energetici nei territori per una transizione equa e solidale”, reperibile in *Legambiente.it*, 2022, pp. 32 ss. Interessante è anche la ricerca condotta dal Politecnico di Milano che, pur registrando numeri simili, ha evidenziato tuttavia come l'incertezza del quadro normativo stia determinando una “disillusione” sul mercato. Si rileva infatti come, pur registrandosi dati in crescita, l'incremento si attesti significativamente al di sotto delle previsioni: così il rapporto “Electricity Market Report 2023”, reperibile in *Energystrategy.it*, 2023, p. 41. Per un'analisi empirica del fenomeno, infine, si veda il Research Report Euricse n. 32 del 2023 dal titolo “Le comunità energetiche rinnovabili in Italia. Dalla teoria alle pratiche” reperibile in *Euricse.eu*, 2023, pp. 2 ss. nonché il rapporto elaborato da Luiss Business School e RSE - Ricerca Sistema Energetico dal titolo “Community energy map. Una ricognizione delle prime esperienze di comunità energetiche rinnovabili”, reperibile in *Rse-web.it*, 2021, pp. 65 ss.

2. Il “rompicapo” della disciplina sulle comunità energetiche rinnovabili fra diritto europeo e (problematica) attuazione interna

La “Strategia quadro per un’Unione dell’Energia”³ e l’Accordo di Parigi⁴ del 2015 rappresentano due fra i momenti cruciali del percorso che, negli anni più recenti, ha condotto a maturare una più consapevole sensibilità in ordine alla tematica ambientale, specie sotto il profilo della necessità di contenere le emissioni inquinanti e il surriscaldamento globale.

È con l’adozione del “Clean Energy for all Europeans Package”⁵, tuttavia, che – sulla scia del “Green Deal” europeo⁶ – è stato fornito un decisivo impulso rispetto all’adozione di modelli di produzione e consumo di energia più sostenibili, promuovendo obiettivi di efficienza energetica (anche) mediante il ricorso a fonti rinnovabili coerentemente al disposto dell’art. 194 TFUE⁷.

Nell’ambito di tale pacchetto si collocano alcune direttive che, valorizzando l’apporto partecipativo e “dal basso” – c.d. “*bottom up*” – nel perseguimento di simili obiettivi, costituiscono la cornice giuridica sovranazionale di riferimento con riguardo al fenomeno delle comunità energetiche.

A venire in rilievo, in particolare, sono la direttiva UE 2018/2001 “Renewable Energy Directive II” (meglio nota come direttiva “RED II”) nonché la direttiva 2019/944 “Directive on common rules for the Internal Market of Electricity” (conosciuta anche come direttiva “IEM”).

Tali provvedimenti valorizzano il ruolo dei cittadini e delle collettività nella produzione di energia tramite il ricorso due differenti modelli: l’uno consistente nelle comunità energetiche “rinnovabili” (CER) di cui

³ Si tratta della Comunicazione della Commissione “A Framework for a Resilient Energy Union with a Forward-Looking Climate Change Policy” (COM/2015/080) del 25 febbraio 2015, pp. 4 ss., ove si precisa che la strategia dell’Unione dell’energia si articola in cinque “dimensioni”, fra loro interconnesse, protese al miglioramento dell’approvvigionamento energetico e segnatamente concernenti: sicurezza energetica, solidarietà e fiducia; piena integrazione del mercato europeo dell’energia; efficienza energetica per contenere la domanda; decarbonizzazione dell’economia; ricerca, innovazione e competitività.

⁴ Si ricorda come con tale Accordo del 12 dicembre del 2015 (di cui alla ventunesima Conferenza delle parti della Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici), sia stato previsto un piano d’azione per contenere il riscaldamento globale al fine di non superare la soglia di 1,5°C. L’Unione europea, alla luce di tale documento, ha dato avvio a una serie di misure finalizzate al raggiungimento dell’obiettivo di neutralità climatica entro il 2050.

⁵ I provvedimenti europei di cui si compone tale pacchetto, predisposto al fine di dar seguito alle indicazioni contenute all’interno dell’evocata “Strategia quadro per un’Unione dell’Energia”, sono: la direttiva UE 2018/844 sulla prestazione energetica nell’edilizia; la direttiva UE 2018/2001 sulla promozione dell’uso dell’energia da fonti rinnovabili; la direttiva UE 2018/2002 sull’efficienza energetica; il regolamento UE 2019/941 sulla preparazione ai rischi nel settore dell’energia elettrica; il regolamento 2019/942 istitutivo dell’Agenzia dell’Unione europea per la cooperazione fra i regolatori nazionali dell’energia; il regolamento UE 2019/943 sul mercato interno dell’energia; la direttiva UE 2019/944 recante norme comuni per il mercato interno dell’energia. Particolarmente significativo è poi il regolamento UE 2021/1199 sulla governance dell’Unione dell’energia e dell’azione per il clima, con cui è stato fissato l’obiettivo per tutti gli Stati dell’Unione di ridurre del 55% – rispetto ai valori del 1990 – le emissioni di gas serra entro il 2030.

⁶ Su cui si veda, *ex multis*, F. DONATI, *Il Green Deal e la governance europea dell’energia e del clima*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, fasc. n. 1/2022, pp. 13 ss.

⁷ Come noto, ai sensi del par. 1 di tale disposizione, la politica dell’Unione nel settore dell’energia è orientata, in uno spirito di solidarietà tra Stati membri, a: “a) garantire il funzionamento del mercato dell’energia, b) garantire la sicurezza dell’approvvigionamento energetico nell’Unione, c) promuovere il risparmio energetico, l’efficienza energetica e lo sviluppo di energie nuove e rinnovabili, d) promuovere l’interconnessione delle reti energetiche”.

specificamente si occupa la direttiva “RED II”⁸; l’altro consistente nelle comunità energetiche “di cittadini” (CEC) che a differenza delle prime, ai sensi della direttiva “IEM”, non sono sottoposte all’obbligo di produzione dell’energia da fonti esclusivamente rinnovabili⁹.

Viene così a definirsi un modello che valorizza la partecipazione aperta e volontaria di persone fisiche, imprese e amministrazioni locali che, attraverso una collaborazione improntata a criteri di pari trattamento e non discriminazione¹⁰, intende assicurare una gestione democratica al di là della tradizionale contrapposizione pubblico/privato.

Malgrado la carica innovativa sottesa ad un simile disegno, che pertanto segna un mutamento di prospettiva per un effettivo perseguimento degli obiettivi di sostenibilità ambientale ed energetica, l’impianto europeo ha assistito a un percorso tutt’altro che lineare sotto il profilo del recepimento sul piano interno.

In particolare, la direttiva “RED II” – entro cui, come detto, si inquadrano le comunità energetiche rinnovabili – ha trovato attuazione in tempi diversificati.

In un primo momento, infatti, è stato l’art. 42-*bis* del d.l. 30 dicembre 2019, n. 162¹¹ a fornire una regolamentazione (sia pur di natura transitoria) che consentiva, nell’attesa del “completo recepimento” della ricordata direttiva, la realizzazione di forme di autoconsumo e comunità energetiche rinnovabili secondo un insieme di modalità e requisiti appositamente individuati.

⁸ L’art. 2, punto 16, della direttiva definisce la comunità energetica rinnovabile quale soggetto giuridico: “a) che, conformemente al diritto nazionale applicabile, si basa sulla partecipazione aperta e volontaria, è autonomo ed è effettivamente controllato da azionisti o membri che sono situati nelle vicinanze degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili che appartengono e sono sviluppati dal soggetto giuridico in questione; b) i cui azionisti o membri sono persone fisiche, PMI o autorità locali, comprese le amministrazioni comunali; c) il cui obiettivo principale è fornire benefici ambientali, economici o sociali a livello di comunità ai suoi azionisti o membri o alle aree locali in cui opera, piuttosto che profitti finanziari”. Più generalmente, con specifico riguardo all’importanza delle fonti rinnovabili, la direttiva è chiara nell’evidenziare che “[i]l maggior ricorso all’energia da fonti rinnovabili può svolgere una funzione indispensabile [...] nel garantire un’energia sostenibile a prezzi accessibili [...], offrendo nel contempo vantaggi ambientali, sociali e sanitari, come pure nel creare numerosi posti di lavoro e sviluppo regionale, specialmente nelle zone rurali ed isolate, nelle regioni o nei territori a bassa densità demografica o soggetti a parziale deindustrializzazione”.

⁹ In base all’art. 2, punto 11, della direttiva è una comunità energetica di cittadini quel soggetto giuridico che: “a) è fondato sulla partecipazione volontaria e aperta ed è effettivamente controllato da membri o soci che sono persone fisiche, autorità locali, comprese le amministrazioni comunali, o piccole imprese; b) ha lo scopo principale di offrire ai suoi membri o soci o al territorio in cui opera benefici ambientali, economici o sociali a livello di comunità, anziché generare profitti finanziari; c) può partecipare alla generazione, anche da fonti rinnovabili, alla distribuzione, alla fornitura, al consumo, all’aggregazione, allo stoccaggio dell’energia, ai servizi di efficienza energetica, o a servizi di ricarica per veicoli elettrici o fornire altri servizi energetici ai suoi membri o soci”. Secondo il considerando 43 della direttiva, difatti, tali comunità “sono divenute un modo efficace ed economicamente efficiente di rispondere ai bisogni e alle aspettative dei cittadini riguardo alle fonti energetiche, ai servizi e alla partecipazione locale. La comunità energetica è una soluzione alla portata di tutti i consumatori che vogliono partecipare direttamente alla produzione, al consumo o alla condivisione dell’energia. Le iniziative di comunità energetica vertono principalmente sull’approvvigionamento a prezzi accessibili di energia da fonti specifiche, come le rinnovabili, per i membri o i soci, piuttosto che privilegiare il fine di lucro come le imprese di energia elettrica tradizionali”.

¹⁰ Vedasi in tal senso l’art. 22 della direttiva UE 2018/2001 nonché l’art. 16 della direttiva 2019/944.

¹¹ Recante “Disposizioni urgenti in materia di proroga di termini legislativi, di organizzazione delle pubbliche amministrazioni, nonché di innovazione tecnologica”, convertito con modificazioni dalla legge 28 febbraio 2020, n. 8.

Si trattava, segnatamente, di specifiche condizioni che delineavano limiti sia sotto il profilo della produzione quantitativa di energia sia in termini di operatività a livello territoriale della disciplina, che tuttavia andavano a comporre una normativa a carattere ancora sperimentale¹².

Basti considerare che all'interno di tale regolamentazione, tanto le comunità energetiche quanto le altre forme di "autoconsumo"¹³ da fonti rinnovabili, venivano qualificate come "entità giuridiche" o, persino, quali non meglio precisate "configurazioni": il legislatore, di conseguenza, pur con il meritorio intento di assicurare operatività sul piano interno alle indicazioni europee, aveva in realtà trascurato di definire profili essenziali della fattispecie.

Per tale ragione, successivamente all'entrata in vigore del citato art. 42-*bis*, è più volte intervenuta l'Autorità di Regolazione per Energia, Reti e Ambiente (ARERA)¹⁴ nonché il Ministero dello Sviluppo Economico¹⁵, attraverso una serie di provvedimenti volti a definire, da un lato, aspetti di natura tecnico-operativa e, dall'altro, profili connessi ai meccanismi tariffari d'incentivo¹⁶.

Aspetto, quest'ultimo, su cui si è soffermata pure l'Agenzia delle Entrate con apposito atto volto a chiarire, da un punto di vista fiscale, natura e caratteri di simili meccanismi d'incentivazione previsti a livello ministeriale¹⁷.

¹² L'art. 42-*bis*, comma 1, del d.l. 30 dicembre 2019, n. 162, difatti, era chiaro nell'evidenziare la natura transitoria della disciplina laddove disponeva che "[n]elle more del completo recepimento della direttiva (UE) 2018/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2018, sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili, in attuazione delle disposizioni degli articoli 21 e 22 della medesima direttiva, è consentito attivare l'autoconsumo collettivo da fonti rinnovabili ovvero realizzare comunità energetiche rinnovabili secondo le modalità e alle condizioni stabilite dal presente articolo".

¹³ Del fenomeno dell'autoconsumo si fa menzione all'art. 2, punti 14 e 15, della direttiva UE 2018/2001, laddove si definiscono come "autoconsumatori di energia rinnovabile che agiscono collettivamente" quel "gruppo di almeno due autoconsumatori di energia rinnovabile che agiscono collettivamente [...] e si trovano nello stesso edificio o condominio".

¹⁴ Si tratta in particolare del Documento per la consultazione 112/2020/r/eel (recante "Orientamenti dell'Autorità ai fini della regolazione delle partite economiche relative all'energia elettrica oggetto di autoconsumo collettivo o di condivisione nell'ambito di comunità di energia rinnovabile"), della Delibera 318/2020/r/eel (rubricata "Regolazione delle partite economiche relative all'energia elettrica condivisa da un gruppo di auto consumatori di energia rinnovabile che agiscono collettivamente in edifici e condomini oppure condivisa in una comunità di energia rinnovabile") nonché della Determinazione del 10 dicembre 2020 (concernente la "Verifica delle regole tecniche per l'accesso al servizio di valorizzazione e incentivazione dell'energia elettrica condivisa per l'autoconsumo definite dal Gestore dei Servizi Energetici s.p.a. ai sensi della deliberazione 318/2020/r/eel"), tutti reperibili all'indirizzo Arera.it.

¹⁵ Si veda in particolare il Decreto ministeriale 16 settembre 2020 recante "Individuazione della tariffa incentivante per la remunerazione degli impianti a fonti rinnovabili inseriti nelle configurazioni sperimentali di autoconsumo collettivo e comunità energetiche rinnovabili, in attuazione dell'articolo 42-*bis*, comma 9, del decreto-legge n. 162/2019, convertito dalla legge n. 8/2020".

¹⁶ Un'ulteriore importante risorsa è rappresentata dalle "Regole tecniche per l'accesso al servizio di valorizzazione e incentivazione dell'energia elettrica condivisa" del 22 dicembre 2022 adottate dal Gestore dei Servizi Energetici s.p.a., reperibili all'indirizzo Gse.it, con cui il GSE ha dato seguito alle indicazioni del Decreto del Ministero dello Sviluppo Economico del 16 settembre 2020 e della Delibera 318/2020/r/eel prima citate.

¹⁷ Ci si riferisce alla Risposta n. 32/2022 recante in oggetto "Articolo 42-bis del D.L. 30 dicembre 2019 n. 162 – Autoconsumo da fonti rinnovabili" adottata a seguito di istanza di interpello presentata dal Gestore dei Servizi Energetici reperibile all'indirizzo Agenziaentrate.gov.it.

A questo primo (composito) impianto di disciplina ha fatto seguito il d.lgs. 8 novembre 2021, n. 199¹⁸, con il quale è stata data piena attuazione alla direttiva, attraverso una regolamentazione ispirata alla stessa *ratio* collaborativa, paritaria e di partecipazione aperta e democratica sancita sul piano europeo.

All'interno del decreto, in particolare, sono individuati i requisiti di partecipazione nonché le condizioni di operatività delle CER, chiamando inoltre il Ministero e l'ARERA a definire, attraverso specifici provvedimenti, quanto occorrente per assicurare integrale operatività alla normativa sulle comunità energetiche rinnovabili¹⁹.

Queste ultime, in particolare, sono definite quali soggetti di diritto autonomo il cui scopo consiste, piuttosto che nella realizzazione di profitti, nel perseguimento di benefici ambientali, economici e sociali per le comunità o aree locali in cui le stesse operano²⁰.

Rispetto alla fase transitoria si assiste a un'espansione del perimetro soggettivo della disciplina, ove sono incluse – oltre a persone fisiche, PMI, associazioni, enti territoriali e autorità locali – anche enti di ricerca e formazione, enti religiosi, enti del Terzo settore e di protezione ambientale, amministrazioni del territorio ove sono ubicati gli impianti nonché persino autorità di sistema portuale²¹.

Peraltro, assieme alla possibilità di costituire una CER con utenti connessi alla stessa cabina primaria (superando così il precedente requisito della sola cabina secondaria), viene previsto un regime d'incentivazione semplificato per la condivisione dell'energia in favore di comunità con impianti di potenza maggiore rispetto al limite di potenza contemplato durante il periodo transitorio²².

Il rinnovato quadro normativo, quindi, sembra aver determinato un'estensione della sfera di operatività della disciplina non soltanto sotto il profilo “soggettivo” dei partecipanti alla compagine organizzativa,

¹⁸ Recante “Attuazione della direttiva (UE) 2018/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili”.

¹⁹ Secondo quanto previsto dagli artt. 8 e 32 del d.lgs. 8 novembre 2021, n. 199. Se da un lato l'ARERA, nel dicembre 2022, ha a tal proposito approvato il “TIAD – Testo integrato autoconsumo diffuso”, solo nel novembre 2023 il Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica ha ricevuto il via libera della Commissione europea con riguardo allo schema di decreto di incentivazione all'autoconsumo di energia da fonti rinnovabili.

²⁰ Art. 31, comma 1, lett. a), d.lgs. 8 novembre 2021, n. 199.

²¹ Si occupa in particolare delle Autorità di sistema portuale l'art. 9, d.l. 17 maggio 2022, n. 50 recante “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” convertito con modificazioni dalla l. 15 luglio 2022, n. 91. All'interno di tale previsione importante appare la precisazione per cui “[r]esta comunque preclusa la possibilità di realizzare gli impianti nelle aree naturali protette di cui alla legge 6 dicembre 1991, n. 394”. Su tale specifico aspetto si veda U. PATRONI GRIFFI, *Le comunità energetiche portuali*, in *Dir. pubbl. eu. – Rassegna online*, fasc. n. 1/2023, p. 11, che nell'esaminare tale novità normativa osserva che “[i] porti sono tra le infrastrutture maggiormente energivore del mondo, e oggi sono chiamati ad un ruolo da protagonisti nella transizione energetica, favorendo il consumo da parte del cluster di energia green [...]. Gli sforzi delle Adsp presuppongono la disponibilità non solo di energia da rinnovabili, ma anche e soprattutto la competitività del costo della stessa rispetto ai carburanti fossili”.

²² Art. 8, d.lgs. 8 novembre 2021, n. 199, che prevede, da un lato, che possono accedere all'incentivo gli impianti da fonti rinnovabili che hanno singolarmente una potenza non superiore a 1 MW e, dall'altro, che tale incentivo è erogato solo in riferimento alla quota di energia condivisa da impianti e utenze di consumo connesse sotto la stessa cabina primaria (v., in particolare, le lett. a) e b) della citata disposizione). Si ricorda come ai sensi del precedente art. 42-*bis* del d.l. 30 dicembre 2019, n. 162, tale limite di potenza fosse individuato in 200 kW.

bensì pure sotto un profilo “oggettivo”, segnando in tal modo una precisa scelta di campo verso l’implementazione e la più ampia diffusione di modelli collaborativi di produzione e consumo energetico da fonte rinnovabile.

Per completezza giova ricordare come, analogamente a quanto occorso per la direttiva “RED II”, anche la direttiva “IEM” ha del pari trovato attuazione in virtù di altro provvedimento, il d.lgs. 8 novembre 2021, n. 210,²³ preposto specificamente alla disciplina delle comunità energetiche di cittadini.

Oltre a gestire energia di tipo esclusivamente elettrico e da fonti anche non rinnovabili, le CEC si distinguono dalle CER per un temperamento sotto il profilo dell’autonomia e della prossimità, non dovendo il consumo avvenire necessariamente nelle vicinanze degli impianti di generazione²⁴.

Esse rappresentano pertanto una categoria diversa e, verosimilmente, più ampia, rispetto alla quale tuttavia quella delle CER costituisce una qualificazione particolarmente suggestiva in ragione del ricorso a fonti di energia esclusivamente rinnovabile, configurando un modello pienamente proteso al raggiungimento di obiettivi di neutralità climatica.

La complessa cornice giuridica ora evocata rende l’idea di come, all’interno di quella che è stata efficacemente definita come una vera e propria “selva di sigle”²⁵, il percorso italiano delle CER abbia preso avvio con qualche difficoltà e, peraltro, soltanto a seguito dell’avvio di due procedure d’infrazione²⁶. Si consideri inoltre che, malgrado gli evocati decreti legislativi del 2021 abbiano dato attuazione alle citate direttive, il percorso europeo ha proseguito il proprio *iter* attraverso il *Fit for 55 package*²⁷, ovvero sia quel pacchetto di riforme che, nella prospettiva di assicurare una più incisiva riduzione nell’emissione di gas serra, ha disposto un ripensamento della direttiva RED II.

²³ Recante “Attuazione della direttiva UE 2019/944, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 giugno 2019, relativa a norme comuni per il mercato interno dell’energia elettrica e che modifica la direttiva 2012/27/UE, nonché recante disposizioni per l’adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento UE 943/2019 sul mercato interno dell’energia elettrica e del regolamento UE 941/2019 sulla preparazione ai rischi nel settore dell’energia elettrica e che abroga la direttiva 2005/89/CE”.

²⁴ Sui profili di differenziazione dei due modelli v. C. IAIONE, E. DE NICTOLIS, *Le comunità energetiche tra democrazia energetica e comunanza d’interessi*, in *Dir. e soc.*, fasc. n. 4/2022, pp. 626 ss. nonché P. NOVARO, *Le comunità energetiche nuova declinazione del paradigma sussidiario*, in *Nuove Autonomie*, fasc. n. 3/2022, pp. 1066 ss.

²⁵ In tal senso D. PAPPADÀ, *Comunità energetiche rinnovabili, un puzzle ancora da comporre*, in *Lavoce.info*, 4 maggio 2023. Sulla complessità del quadro giuridico delle comunità energetiche v. altresì A. BERLINGUER, D. PAPPADÀ, *Il percorso accidentato delle Comunità energetiche*, in *Comparazione e diritto civile*, fasc. n. 2/2023, pp. 595 ss.

²⁶ Si vedano, in particolare, la procedura n. 2021/0266 relativa al mancato recepimento della direttiva (UE) 2018/2001 nonché la procedura n. 2021/0059 concernente invece il mancato recepimento della direttiva (UE) 2019/944.

²⁷ Con il pacchetto “Pronti per il 55%?”, come noto, si fa riferimento a quell’insieme di proposte orientate ad assicurare una revisione della normativa europea per il raggiungimento dell’obiettivo di riduzione delle emissioni nette di gas serra di almeno il 55% entro il 2030.

Revisione, quest'ultima, *medio tempore* intercorsa con l'approvazione della direttiva RED III²⁸, ragion per cui la disciplina italiana sulle comunità energetiche – intervenuta in ritardo e senza ancora aver raggiunto un adeguato livello di chiarezza e stabilità nell'attuazione della precedente direttiva²⁹ – potrebbe così presto risultare in via di superamento.

3. Quale fondamento costituzionale per le comunità energetiche rinnovabili?

A fronte di un panorama giuridico indubbiamente complesso e ancora in cerca di una compiuta definizione, appare utile soffermarci sull'individuazione del fondamento costituzionale delle comunità energetiche, onde meglio circoscrivere il perimetro valoriale entro cui le stesse si collocano.

Molti, infatti, sembrano essere i riferimenti in tal senso significativi, esprimendo la Costituzione – anche alla luce delle recenti modifiche che hanno attratto la tutela dell'ambiente fra i principi fondamentali – un marcato *favor* verso le evocate forme di produzione “comunitaria” dell'energia e, in specie, di quella rinnovabile.

Le comunità energetiche allora, oltre che espressione del principio del pluralismo sociale (quali formazioni entro cui si esprime la personalità dell'uomo), sembrano del pari collocarsi a pieno titolo nel solco del principio solidaristico³⁰, agendo al di là di logiche di puro profitto in una prospettiva coerente con l'art. 2 Cost.

Peraltro, proprio nella parte in cui possono rappresentare strumenti di contrasto alla povertà energetica³¹, le stesse assolvono un ruolo di centrale rilevanza per la rimozione di quegli ostacoli di ordine economico e sociale che impediscono il pieno sviluppo della persona evocati dall'art. 3, comma 2, Cost.

Al di là di simili riferimenti, cui può senz'altro aggiungersi il disposto dell'art. 18 Cost. sulla libertà di associazione, è pure nel principio di sussidiarietà orizzontale che le comunità energetiche sembrano rinvenire un saldo riferimento, costituendo testimonianza della capacità dei gruppi sociali nel fornire risposte ai bisogni della collettività.

²⁸ Si tratta della Direttiva UE 2023/2413 del Parlamento europeo e del 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.

²⁹ Si pensi ad esempio al lungo periodo di elaborazione del decreto del Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza energetica per l'incentivazione alla diffusione dell'autoconsumo di energia da fonti rinnovabili in attuazione di quanto previsto dagli artt. 8 e 14, comma 2, lett. e) del d.lgs. 8 novembre 2021, n. 119, relativamente al quale la Commissione europea ha espresso parere favorevole nel novembre 2023.

³⁰ All'interno della vasta letteratura dedicata a tale disposizione costituzionale possono ricordarsi in particolare i contributi di A. BARBERA, *Art. 2*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1975, pp. 50 ss. e di E. ROSSI, *Art. 2*, in A. CELOTTO, R. BIFULCO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, pp. 38 ss. nonché, per una lettura d'insieme circa le diverse interpretazioni maturatesi al riguardo, G. DI COSIMO, *Art. 2*, in S. BARTOLE, R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, pp. 10 ss. Sul principio di solidarietà, *ex multis*, v. F. GIUFFRÈ, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Milano, 2002.

³¹ Per una riflessione in prospettiva costituzionale su tale fenomeno v. M. GRECO, *Prime note sulla dimensione costituzionale della povertà energetica. L'ipotesi di un diritto sociale all'energia*, in *Dirittifondamentali.it*, fasc. n. 2/2023, pp. 437 ss.

Il principio di cui all'art. 118, comma 4, Cost., difatti, laddove impone agli enti costitutivi della Repubblica di favorire lo svolgimento di attività di interesse generale da parte dei cittadini (singoli e associati), richiede alla sfera pubblica di valorizzare l'intervento dei privati laddove quest'ultimo si dimostri idoneo alla realizzazione di simili finalità³².

La sussidiarietà orizzontale, allora, trova nelle comunità energetiche una rilevante ipotesi applicativa, costituendo queste ultime – coerentemente alla *ratio* ispiratrice del principio – organismi non soltanto informati alla partecipazione democratica e all'inclusione sociale di cittadini e organismi collettivi, ma anche realtà protese alla realizzazione di finalità di utilità sociale, in specie di natura ambientale e di contrasto alla povertà energetica.

Essenziale, in tale prospettiva, è il ruolo dei pubblici poteri (ed in specie degli enti locali³³) che, oltre ad assumere iniziative di sensibilizzazione ed in genere promozionali per il ricorso a un simile modello, possono addirittura aderirvi, prendendo così direttamente parte alla compagine organizzativa.

In considerazione di quanto sopra può pertanto apprezzarsi il positivo ruolo delle comunità energetiche con riguardo all'attuazione di un principio³⁴, quello appunto evocato, che – malgrado trovi le proprie radici assai indietro nel tempo³⁵ ed abbia assistito da oltre venti anni alla propria costituzionalizzazione – ha presentato non poche problematicità sul piano operativo.

³² Fra i moltissimi contributi dedicati a tale principio v., fra gli altri, A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Dir. pubbl.*, fasc. n. 1/2002, pp. 51 ss.; G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118 u.c. della Costituzione*, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Berti*, Napoli, 2005, pp. 179 ss.; G. BERTI, *Sussidiarietà e organizzazione dinamica*, in *Jus*, 2004, pp. 171 ss.; Q. CAMERLENGO, *Art. 118*, in A. CELOTTO, R. BIFULCO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, cit., pp. 1333 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Sussidiarietà (dir. amm.)*, voce *Enc. Giur.*, Agg. XII, pp. 1 ss.; A. D'ATENA, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, in *Quad. cost.*, fasc. n. 1/2001, pp. 13 ss.; D. DONATI, *Il paradigma sussidiario. Interpretazioni, estensione, garanzie*, Bologna, 2013; T.E. FROSINI, *Sussidiarietà (principio di) (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, *Annali*, II, 2, Milano, 2008, pp. 1133 ss.; I. MASSA PINTO, *Il principio di sussidiarietà: profili storici e costituzionali*, Napoli, 2003; F. PIZZOLATO, *Il principio di sussidiarietà*, in T. GROPPI, M. OLIVETTI (a cura di), *La Repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo Titolo V*, II ed., Torino, 2003, pp. 197 ss.; G. U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. pubbl.*, fasc. n. 1/2002, pp. 5 ss.

³³ Su cui v. L. CUOCOLO, *Il ruolo degli enti locali nella promozione e nella costituzione delle comunità energetiche rinnovabili*, in L. CUOCOLO, P.P. GIAMPELLEGRINI, O. GRANATO (a cura di), *Le comunità energetiche rinnovabili. Modelli, regole, profili applicativi*, Milano, 2023, pp. 45 ss.

³⁴ Hanno recentemente sottolineato il ruolo delle comunità energetiche nella prospettiva del principio di sussidiarietà orizzontale P. DURET, *Status activae civitatis. Nuovi orizzonti della sussidiarietà orizzontale nel community empowerment*, Napoli, 2023, pp. 289 ss. nonché A. CHIAPPETTA, *Comunità energetiche rinnovabili e Costituzione: un nuovo modello di formazione sociale nel segno della sussidiarietà orizzontale*, in E. DI SALVATORE (a cura di), *Il futuro delle comunità energetiche. Profili giuridici e soluzioni*, Milano, 2023, pp. 15 ss. Sul punto si vedano in particolare le osservazioni di R. MICCÙ, M. BERNARDI, *Premesse ad uno studio sulle Energy communities: tra governance dell'efficienza energetica e sussidiarietà orizzontale*, in *Federalismi.it*, fasc. n. 4/2022, p. 645, secondo i quali le comunità energetiche costituiscono “non solo un nuovo modello di *governance* della transizione dell'efficienza energetica, ma più in generale favoriscono lo sviluppo socio-economico e ambientale del territorio, coinvolgendo i cittadini nella lotta ai cambiamenti climatici e alla povertà energetica, in ossequio alla concreta applicazione del principio di sussidiarietà orizzontale”.

³⁵ Su cui si vedano, *ex multis*, i contributi di C. MILLON-DELSOL, *Lo Stato della sussidiarietà*, Gorle, 1995; L. ANTONINI, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: da welfare state a welfare society*, in *Riv. dir. fin. e sc. fin.*, LIX, 1, pp. 99 ss. nonché P. DURET, *La sussidiarietà “orizzontale”: le radici e le suggestioni di un concetto*, in *Jus*, 2000, 97 ss.

Le comunità energetiche potrebbero così incarnare una delle poche testimonianze di tangibile concretizzazione di tale (nuovo e al tempo stesso antico) enunciato, la cui centralità è stata ribadita di recente anche dal giudice costituzionale³⁶, contribuendo al superamento del rigido “paradigma bipolare”³⁷ pubblico/privato in favore di una visione che valorizza il contributo dei cittadini allo svolgimento di attività di interesse generale.

Emblematica, in tal senso, appare la recente modifica apportata al d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117³⁸ in ragione della quale, nell’elencazione delle “attività di interesse generale” che possono svolgere gli enti del Terzo settore, figurano espressamente gli interventi e servizi finalizzati “alla produzione, all’accumulo e alla condivisione di energia da fonti rinnovabili a fini di autoconsumo, ai sensi del decreto legislativo 8 novembre 2021, n. 199”³⁹.

Oltre agli evocati riferimenti, non meno significativo appare il recente accoglimento, tanto all’interno dei principi fondamentali quanto di alcune rilevanti previsioni della c.d. “Costituzione economica”, della dimensione ambientale⁴⁰.

In particolare, il disposto del “nuovo” terzo comma dell’art. 9 Cost. si pone quale alveo costituzionale “naturale” di tutte quelle forme di produzione e consumo di energia – specie se da fonti rinnovabili –

³⁶ Ci si riferisce alla sentenza n. 131 del 2020 della Corte costituzionale ove il giudice costituzionale ha, fra gli altri aspetti di rilievo, ricordato che con il principio di sussidiarietà orizzontale, “valorizzando l’originaria socialità dell’uomo (sentenza n. 75 del 1992), si è quindi voluto superare l’idea per cui solo l’azione del sistema pubblico è intrinsecamente idonea allo svolgimento di attività di interesse generale e si è riconosciuto che tali attività ben possono, invece, essere perseguite anche da una «autonoma iniziativa dei cittadini» che, in linea di continuità con quelle espressioni della società solidale, risulta ancora oggi fortemente radicata nel tessuto comunitario del nostro Paese. Si è identificato così un ambito di organizzazione delle «libertà sociali» (sentenze n. 185 del 2018 e n. 300 del 2003) non riconducibile né allo Stato, né al mercato, ma a quelle «forme di solidarietà» che, in quanto espressive di una relazione di reciprocità, devono essere ricomprese «tra i valori fondanti dell’ordinamento giuridico, riconosciuti, insieme ai diritti inviolabili dell’uomo, come base della convivenza sociale normativamente prefigurata dal Costituente» (sentenza n. 309 del 2013)” (così il punto 2.1 del Considerato in diritto della pronuncia). Sulla sentenza si veda, in particolare, il commento di E. ROSSI, *Il fondamento del Terzo settore è nella Costituzione. Prime osservazioni sulla sentenza n. 131 del 2020 della Corte costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, fasc. n. 3/2020, pp. 49 ss.

³⁷ Su cui v. S. CASSESE, *L’arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, fasc. n. 3/2001, p. 602.

³⁸ Recante, come noto, il “Codice del Terzo settore, a norma dell’articolo 1, comma 2, lettera b), della legge 6 giugno 2016, n. 106”.

³⁹ Art. 5, comma 1, lett. e), d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117, come modificato dall’art. 3-septies, comma 1, del d.l. 29 maggio 2023, n. 57, così come convertito con modificazioni dalla legge 26 luglio 2023, n. 95. Si ricorda come, nello stesso senso, è stato altresì modificato l’art. 2, comma 1, lett. e) del d.lgs. 3 luglio 2017, n. 112 (recante “Revisione della disciplina in materia di impresa sociale, a norma dell’articolo 2, comma 2, lettera c) della legge 6 giugno 2016, n. 106”), dall’art. 3-septies, comma 2, dello stesso d.l. 29 maggio 2023, n. 57, così come convertito con modificazioni dalla legge 26 luglio 2023, n. 95.

⁴⁰ Fra i molteplici commenti alla riforma costituzionale sulla tutela dell’ambiente, che ha suscitato reazioni diversificate, ci si limita a richiamare: M. CECCHETTI, *Virtù e limiti della modifica degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *Corti supreme e salute*, fasc. n. 1/2022, pp. 127 ss.; R. BIFULCO, *Prmissime riflessioni intorno alla l. cost. 1/2022 in materia di tutela dell’ambiente*, in *Federalismi.it*, 6 aprile 2022, pp. 2 ss. nonché I.A. NICOTRA, *L’ingresso dell’ambiente in Costituzione, un segnale importante dopo il Covid*, in *Federalismi.it*, 30 giugno 2021, pp. 2 ss. Per ogni ulteriore considerazione al riguardo, sia consentito rinviare a F. SANCHINI, *La riforma costituzionale in materia di tutela dell’ambiente tra dimensione intergenerazionale e mutamenti della Costituzione economica*, in *Osservatoriosullefonti.it*, fasc. n. 3/2022, pp. 184 ss.

che, come le comunità energetiche, risultano di per sé protese a realizzare quell’obiettivo di tutela dell’ambiente oggi esplicitamente evocato fra gli scopi informativi dell’intero ordinamento.

Obiettivo, quest’ultimo, che le stesse comunità energetiche concorrono a realizzare sia per le generazioni “presenti” quanto soprattutto per quelle “future” oggi espressamente evocate dalla Carta⁴¹, massimamente interessate a una gestione accorta delle fonti di approvvigionamento energetico⁴².

In una simile prospettiva, non meno pregnante appare l’evocata conformazione in senso ambientale della Costituzione economica, che vede oggi “arricchito” l’art. 41 Cost.⁴³ tanto sotto il profilo delle limitazioni rispetto all’esercizio dell’attività economica – che non deve svolgersi in modo da recare danno (anche) alla “salute” e all’“ambiente” – quanto sul piano delle condizioni legittimanti un intervento pubblico nella sfera economica, oggi ammissibile per fini non soltanto sociali ma anche “ambientali”.

Una simile revisione del disposto costituzionale presenta allora elementi di rilievo nella prospettiva delle comunità energetiche, specie se rinnovabili, da un lato promuovendo indirettamente modelli non lucrativi di autonoma produzione di energia “sostenibile” e, dall’altro, consentendo un’azione pubblicistica di tipo promozionale rispetto a metodi operativi e strumenti coerenti con esigenze di protezione ambientale, attraverso la riduzione del consumo di energia prodotta da fonti tradizionali.

Sempre la Costituzione economica offre taluni ulteriori e interessanti spunti laddove, oltre ad evocare all’art. 43 il ruolo delle “comunità di utenti” in relazione a “fonti di energia”⁴⁴, manifesta all’art. 45 un particolare *favor* verso la cooperazione, richiamando così “una” delle possibili vesti giuridiche utilizzabili fra le diverse forme astrattamente adoperabili per le comunità energetiche.

⁴¹ Si soffermano specificamente sui profili intergenerazionali di tale riforma 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*, fasc. n. 15/2022, pp. 122 ss. nonché L. BARTOLUCCI, *Le generazioni future (con la tutela dell’ambiente) entrano “espressamente” in Costituzione*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, fasc. n. 2/2022, pp. 1 ss.

⁴² Giova ricordare al riguardo come la Corte costituzionale abbia recentemente ricordato che “le fonti energetiche rinnovabili, anche definite alternative, sono quelle forme di energia che per loro caratteristica intrinseca si rigenerano o non sono “esauribili” nella scala dei tempi “umani” e, per estensione, il cui utilizzo non pregiudica le risorse naturali per le generazioni future. Il sistema di sostegno alle fonti di energia rinnovabile è funzionale al raggiungimento di una pluralità di obiettivi, tra i quali la tutela dell’ambiente e la realizzazione di meccanismi di risparmio ed efficienza energetica diffusi a tutti i livelli, che consentono di conseguire lo sviluppo sostenibile della società con un minore impiego di energia, così soddisfacendo le esigenze delle generazioni attuali senza compromettere la qualità della vita e le possibilità delle generazioni future”: così la sentenza n. 237 del 2020, Considerato in diritto, punto 5.

⁴³ Per un approfondimento sulle modifiche che hanno interessato l’art. 41 Cost. v., in particolare, L. CASSETTI, *Riformare l’art. 41 della Costituzione: alla ricerca di “nuovi” equilibri tra iniziativa economica privata e ambiente*, in *Federalismi.it*, fasc. n. 4/2022, pp. 188 ss.; 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 *ApertaContrada.it*, 28 febbraio 2022, pp. 1 ss. nonché V. DE SANTIS, *La Costituzione della transizione ecologica. Considerazioni intorno al novellato art. 41 della Costituzione*, in *Nomos-leattualitaneldiritto.it*, fasc. n. 1/2023, pp. 1 ss.

⁴⁴ Valorizza il rilievo di tale previsione in relazione alle CER, ad esempio, T. FAVARO, *Pubblico, privato e collettivo: la transizione ecologica tra società e comunità*, in M. PASSALACQUA (a cura di), *Diritti e mercati nella transizione ecologica e digitale*, Milano, 2022, pp. 315 ss.

Tale ultima previsione costituzionale, invero, muove dall'assunto fondamentale per cui la cooperativa non possiede come scopo esclusivo la distribuzione di utili, inverando piuttosto una forma di attività che vede prevalere il connotato personale su quello patrimoniale, assolvendo in tal modo – alla luce delle esplicite condizioni costituzionali della “mutualità” e dell’“assenza di speculazione privata” – un’intrinseca funzione di utilità sociale⁴⁵.

Molte, pertanto, appaiono le previsioni che in vario modo contribuiscono a definire lo “statuto costituzionale” di tali realtà, che si mostrano così in grado di intercettare svariati interessi e valori diversamente evocati all’interno della Carta.

Rispetto a un simile impianto, non meno significativo appare il riparto di competenze evocato dal terzo comma dell’art. 117 Cost., laddove si rimette alla competenza legislativa concorrente la materia della “produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell’energia”⁴⁶.

Un simile riferimento rappresenta la base giuridico-costituzionale che giustifica, nei limiti delle indicazioni di principio definite dallo Stato⁴⁷, un non insignificante apporto pure per il livello di governo regionale, mostratosi particolarmente attivo nell’approntare discipline specificamente dedicate alle comunità energetiche, talvolta persino anticipando il legislatore nazionale⁴⁸.

Proprio la legislazione regionale, non casualmente, ha costituito oggetto di recente interessamento anche da parte della Corte costituzionale, che ha contribuito a definire con maggior puntualità il perimetro d’intervento legislativo di Stato e Regioni all’interno di tale delicato ambito.

⁴⁵ Evidenziano diffusamente tali caratteri, fra gli altri, P.F. LOTTITO, D. NARDELLA, *Art. 45*, in A. CELOTTO, R. BIFULCO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, cit., pp. 915 ss. Sulla rilevanza della disposizione in relazione alle comunità energetiche v. G.A. RUSCITTI, *La disciplina giuridica delle comunità energetiche: opportunità e criticità di un nuovo modello di sviluppo sostenibile*, in E. DI SALVATORE (a cura di), *Il futuro delle comunità energetiche*, cit., p. 33 s.

⁴⁶ Tale materia, come noto, ha costituito oggetto di attenta analisi da parte della dottrina, anche alla luce del contenzioso costituzionale sviluppatosi al riguardo. Molti sono gli Studi a ciò dedicati, fra cui si vedano C. BUZZACCHI, *La materia energia nella giurisprudenza costituzionale*, in C. BUZZACCHI (a cura di), *Il prisma energia. Integrazione di interessi e competenze*, Milano, 2010, pp. 1 ss. e F. DONATI, *Il riparto di competenze tra Stato e Regioni in materia di energia*, in E. BRUTTI LIBERATI, F. DONATI (a cura di), *Il nuovo diritto dell’energia tra regolazione e concorrenza*, Torino, 2007, pp. 35 ss. Con specifico riguardo alla disciplina delle energie rinnovabili nel riparto di competenze legislative fra Stato e Regioni v. altresì L. CUOCOLO, *Le energie rinnovabili tra Stato e Regioni. Un equilibrio instabile tra mercato, autonomia e ambiente*, Milano, 2010, pp. 23 ss.

⁴⁷ Con riguardo a tale materia si ricorda come la Corte costituzionale abbia osservato a più riprese che la stessa si riferisce più globalmente al “settore energetico” e alla “politica energetica nazionale” comprensiva di “qualunque fonte di energia” (in tal senso, v. la sentenza n. 383 del 2005). Anche le fonti di energia rinnovabile, come noto, sono state ricondotte ad un simile ambito, che da tempo costituisce oggetto di contrasto fra lo Stato e le Regioni. Molti, infatti, sono stati gli interventi del giudice costituzionale che hanno cercato di definire una più chiara linea di confine fra le rispettive competenze. In particolare, secondo quanto recentemente ricordato, la Corte “in quasi due decenni” ha contribuito “a puntellare le scelte del legislatore statale”, “cassando soprattutto i frequenti tentativi regionali di differenziare oltre misura il quadro regolatorio in materia di fonti rinnovabili”: così C. MAINARDIS, *Competenza concorrente e fonti secondarie nel “Governo” delle energie rinnovabili*, in *Osservatoriosullefonti.it*, fasc. n. 3/2020, p. 1336.

⁴⁸ Si veda, su tutte, la l.r. Piemonte 3 agosto 2018, n. 12, rubricata “Promozione dell’istituzione delle comunità energetiche”.

4. “Oltre” la dimensione statale: il contributo delle Regioni nella promozione delle CER

Le Regioni, come osservato, hanno mostrato un certo dinamismo nella predisposizione di normative ispirate ad assicurare a livello territoriale un’effettiva diffusione delle comunità energetiche ed, in specie, di quelle “rinnovabili”.

La complessa cornice giuridica di queste ultime, così, accanto alla dimensione europea e a quella nazionale, trova nei diversi contesti regionali ulteriori e importanti elementi di definizione.

Il livello di governo regionale, infatti, si presenta indubbiamente più vicino alle collettività di riferimento e, come tale, esibisce – quanto meno in astratto – un’intrinseca idoneità nel rispondere alle rispettive esigenze, potendo declinare con maggiore accuratezza aspetti di disciplina coerenti con le necessità del territorio.

In effetti il ruolo delle Regioni appare, in prospettiva, tutt’altro che marginale, atteso che, quanto più le stesse saranno in grado di definire percorsi procedurali nitidi e puntuali, tanto più il modello delle comunità energetiche potrà concretamente affermarsi lungo tutto il territorio nazionale.

I provvedimenti legislativi regionali, in genere, muovono da un comune nucleo di principi, assumendo fra i propri scopi – in attuazione degli obiettivi europei e nazionali di sostenibilità ambientale – il superamento dell’utilizzo del petrolio e dei suoi derivati, l’implementazione della produzione e dello scambio di energie generate prioritariamente da fonti rinnovabili nonché, più globalmente, forme di efficientamento e riduzione di consumo energetico.

A simili finalità le Regioni hanno risposto con strumenti di varia natura, orientati non soltanto a definire aspetti prettamente operativi – come, ad esempio, la redazione di un “bilancio energetico” nonché di un “documento strategico” per la riduzione di consumi da fonti non rinnovabili⁴⁹ o ancora la possibilità di stipulare convenzioni con l’ARERA⁵⁰ – ma anche a predisporre meccanismi di incentivo volti a promuovere il ricorso al modello delle comunità energetiche rinnovabili.

Si pensi, in proposito, al diffuso richiamo a meccanismi di sostegno finanziario che, se per un verso si prevede debbano essere coerenti con gli strumenti di programmazione regionale sulla transizione

⁴⁹ In tal senso, ad esempio, v. l’art. 3, comma 1, della l.r. Piemonte 3 agosto 2018, n. 12. Il successivo comma 2, peraltro, prevede che il “documento strategico” debba essere trasmesso alla Giunta regionale per la verifica della sua coerenza con il Piano energetico ambientale regionale nonché per la verifica, ogni tre anni, dell’attuazione del documento medesimo e dei risultati conseguiti in termini di riduzione dei consumi energetici.

⁵⁰ Oltre al citato art. 3 della legge piemontese si esprimono in tal senso, fra gli altri, l’art. 3 della l.r. Puglia 9 agosto 2019, n. 45 (recante “Promozione dell’istituzione delle comunità energetiche”) nonché l’art. 3, comma 3, lett. b), l.r. Abruzzo 17 maggio 2022, n. 8 (recante “Interventi regionali di promozione dei gruppi di auto consumatori di energia rinnovabile e delle comunità energetiche rinnovabili e modifiche alla l.r. n. 6/2022”).

ecologica ed energetica⁵¹, sotto altra prospettiva vengono per lo più concepiti per offrire un supporto nella fase costitutiva, specie se all'interno di territori svantaggiati⁵².

Non meno interessanti si presentano quelle forme di sostegno e promozione caratterizzate da un maggior grado di “innovatività”, laddove ad esempio si contempla l'eventualità di assicurare specifiche premialità a CER dotate di una spiccata caratterizzazione sociale⁵³ oppure ancora allorquando si contempla l'istituzione di appositi “marchi di qualità ecologica” tesi a garantire la tracciabilità dell'energia e la qualità ambientale degli impianti, sia da un punto di vista strutturale che con riguardo all'impatto paesaggistico⁵⁴. Sempre sotto il profilo del sostegno alla diffusione delle comunità energetiche rinnovabili, uno strumento ricorrente all'interno della legislazione regionale – particolarmente importante sotto il profilo dell'implementazione della sinergia pubblico-privato a livello locale – è rappresentato altresì dai c.d. “protocolli d'intesa”⁵⁵, cui possono avvalersi in particolare gli enti locali per la definizione o per lo sviluppo di azioni volte a favorire la costituzione di CER.

Molte, infatti, sono le normative regionali che, pur nella diversità di ciascuna disciplina, consentono ai Comuni che intendono procedere alla costituzione di una comunità energetica di adottare appositi protocolli d'intesa, cui possono aderire soggetti pubblici e privati, redatti sulla base di criteri e “schemi-tipo” definiti dalla Giunta regionale⁵⁶.

⁵¹ Così come previsto dall'art. 3, comma 1, lett. a), della l.r. Toscana 28 novembre 2022, n. 42 (rubricata “Promozione e sostegno delle comunità energetiche rinnovabili”).

⁵² Si veda in proposito l'art. 4 della l.r. Puglia 9 agosto 2019, n. 45, il cui comma 1 specifica che la Regione sostiene finanziariamente la fase di costituzione delle comunità energetiche, precisando ancora che, nel definire i regimi di sostegno e l'intensità del contributo, la stessa “tiene conto delle specificità del territorio di riferimento delle comunità energetiche, in modo da favorire le aree svantaggiate”. Al riguardo, interessante appare pure la previsione di cui all'art. 9, comma 2, della l.r. Sardegna 13 ottobre 2022, n. 15 (rubricata “Disposizioni in materia di energia e modifiche alla legge regionale n. 9 del 2006”), che dispone un criterio prioritario per il conseguimento del sostegno finanziario regionale nei confronti di aree svantaggiate quali i “comuni non raggiunti dalla rete del metano”.

⁵³ Ci si riferisce a quanto previsto dall'art. 3-bis della l.r. Liguria 6 luglio 2020, n.13 (recante “Promozione dell'istituzione delle comunità energetiche rinnovabili e delle configurazioni di autoconsumo collettivo”) a mente del quale “la Regione riconosce, eventualmente anche con forme di premialità, le CER che agiscono collettivamente a forte valenza sociale e territoriale, aventi almeno una delle seguenti caratteristiche: a) siano composte anche da soggetti economicamente svantaggiati al fine di contrastare la povertà energetica; b) fra i membri siano presenti enti del terzo settore, enti proprietari e di gestione di alloggi di edilizia residenziale pubblica sociale; c) fra i membri siano presenti enti locali che hanno approvato piani o strategie integrate di adattamento e mitigazione dei cambiamenti climatici o che hanno messo a disposizione per realizzare gli impianti i tetti degli edifici pubblici o aree pubbliche; d) siano situati in aree montane e interne del territorio regionale; e) che realizzino progetti di inclusione e solidarietà sociale, anche attraverso la collaborazione con gli enti locali, con gli enti del terzo settore o società cooperative”.

⁵⁴ Interessante, al riguardo, l'art. 3 – rubricato “Qualità ecologica” – della l.r. Calabria 19 novembre 2020, n. 25 (recante “Promozione dell'istituzione delle Comunità energetiche da fonti rinnovabili”) che, nella prospettiva di assicurare “il sostegno, la promozione e lo sviluppo di un mercato su base volontaria dell'energia pulita da fonti rinnovabili”, prevede che la Giunta regionale istituisca e regolamenti il marchio di qualità ecologica denominato “Energia Rinnovabile di Calabria”.

⁵⁵ Sottolinea l'importanza di tali strumenti all'interno della legislazione regionale anche C. MARI, *Le comunità energetiche: un nuovo modello di collaborazione pubblico-privato per la transizione ecologica*, in *Federalismi.it*, fasc. n. 29/2022, pp. 116 ss.

⁵⁶ Secondo quanto previsto, ad esempio, dall'art. 3 della l.r. Marche 11 giugno 2021, n. 10 (recante “Interventi regionali di promozione e sostegno dell'istituzione dei gruppi di autoconsumo collettivo da fonti rinnovabili e delle comunità energetiche rinnovabili”) nonché dall'art. 1, comma 2, l.r. Puglia 9 agosto 2019, n. 45.

Allo stesso modo, frequente è l'istituzionalizzazione di sedi di confronto – qualificate di regola come “tavoli tecnici” – concepite per favorire la collaborazione fra i vari portatori d'interesse, oltre che per l'acquisizione di dati, l'individuazione di modalità di gestione più efficienti e la risoluzione di problematiche relative alle reti elettriche⁵⁷.

In altri casi si assiste anche alla creazione di appositi “sistemi di monitoraggio” regionale per la raccolta di informazioni e migliori pratiche gestionali, sì da poter elaborare archivi cui i promotori di CER possono attingere al momento dell'attivazione di simili organismi⁵⁸.

Talvolta è persino prevista l'attivazione di specifici “programmi di assistenza tecnica” finalizzati alla promozione e sviluppo di comunità energetiche rinnovabili, come nel caso della “Comunità Energetica Lombarda” appositamente istituita per fornire supporto nei confronti dei soggetti proponenti l'avviamento di CER⁵⁹.

L'illustrazione dei contenuti salienti della legislazione regionale ci consente, in sintesi, di comprendere come le Regioni si siano dimostrate tutt'altro che inerti rispetto all'esigenza di implementare la diffusione di modelli di produzione e consumo di energia rinnovabile su base comunitaria, approntando discipline protese a “snidare” le potenzialità presenti all'interno dei vari contesti territoriali.

Risulta tuttavia evidente come, nell'esercizio di un simile ruolo, le Regioni debbano sempre prestare particolare attenzione a non travalicare il perimetro di competenza legislativa loro spettante, dovendo osservare la normativa di principio promanante dal livello statale ed europeo.

Sotto tale aspetto assume peculiare rilievo la recente vicenda sviluppatasi a partire dalla legge della Regione Abruzzo 17 maggio 2022, n. 8 recante “Interventi regionali di promozione dei gruppi di auto consumatori di energia rinnovabile e delle comunità energetiche rinnovabili e modifiche alla l.r. n. 6/2022”, che ha costituito oggetto di impugnazione in via principale da parte del Governo sotto molteplici aspetti ed in relazione a diversi parametri costituzionali.

Vicenda, quest'ultima, che appare interessante sia poiché consente di riflettere sul riparto di competenze legislative fra Stato e Regioni in relazione a un fenomeno “nuovo” (quello appunto delle comunità energetiche rinnovabili), sia in ragione di taluni interessanti spunti di riflessione che il giudice

⁵⁷ In tal senso si veda l'art. 5 della l.r. Abruzzo 17 maggio 2022, n. 8; l'art. 6, l.r. Emilia-Romagna 11 giugno 2021, n. 10; l'art. 4 della l.r. Liguria 6 luglio 2020, n. 13; l'art. 6 della l.r. Marche 11 giugno 2021, n. 10; l'art. 4 della l.r. Puglia 9 agosto 2019, n. 45 nonché l'art. 5 della l.r. Veneto 5 luglio 2022, n. 16.

⁵⁸ Secondo l'art. 5, commi 2 e 4, della l.r. Lombardia 23 febbraio 2022, n. 2 (recante “Promozione e sviluppo di un sistema di Comunità Energetiche Rinnovabili (CER) in Lombardia. Verso l'autonomia energetica”), tale monitoraggio è “finalizzato a raccogliere le informazioni relative all'esercizio delle CER, ad acquisire gli elementi conoscitivi e le migliori pratiche che possono assicurare la più efficace gestione delle medesime comunità [...]”, prevedendosi ancora che la Regione realizzi “un archivio delle buone prassi a cui i promotori delle comunità possono attingere per la costituzione delle CER”.

⁵⁹ V., specificamente, l'art. 3 della l.r. Lombardia 23 febbraio 2022, n. 2.

costituzionale ha offerto sotto il profilo dei principi costituzionali – nonché di funzionamento, come vedremo – sottesi a simili realtà.

5. Comunità energetiche rinnovabili e riparto di competenze legislative fra Stato e Regioni: la sentenza n. 48 del 2023 della Corte costituzionale

Prima di riflettere sui contenuti maggiormente significativi della pronuncia della Corte, giova ricordare come l'evocata legge della Regione Abruzzo 17 maggio 2022, n. 8 si ponga sulla scia delle normative regionali di promozione e sostegno alle comunità energetiche rinnovabili in precedenza approvate, replicando nella sua struttura fondamentale molti aspetti comuni ad altre esperienze territoriali di cui si è appena dato conto.

Al di là della consueta enunciazione delle finalità ispiratrici della normativa⁶⁰ e degli aspetti prettamente definitivi⁶¹, infatti, con riguardo alla disciplina delle “attività” l'articolato abruzzese contempla – unitamente alla necessità di predisporre un “bilancio energetico annuale” e un “programma triennale” di interventi per la diminuzione dei consumi da fonti non rinnovabili – la possibilità per le CER di stipulare accordi e convenzioni con l'ARERA⁶².

Sotto il profilo delle modalità di costituzione delle comunità energetiche rinnovabili, non diversamente da altre realtà regionali, la normativa prevede poi che i Comuni adottino uno specifico “protocollo d'intesa” cui possono aderire soggetti pubblici e privati purché redatto secondo schemi-tipo predisposti dalla Giunta regionale⁶³.

Si prevede, ancora, l'istituzione di un “Tavolo tecnico permanente per la riduzione dei consumi energetici” quale sede di confronto fra i soggetti operanti nel settore⁶⁴, facendosi oltretutto menzione di

⁶⁰ Art. 1, l.r. Abruzzo 17 maggio 2022, n. 8, secondo cui la Regione Abruzzo “in attuazione degli obiettivi europei di sostenibilità ambientale e di produzione e di consumo di energia da fonti rinnovabili, con particolare riferimento a quanto previsto dalla direttiva 2018/2001/UE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2018 sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili, sostiene la generazione distribuita di energia da fonte rinnovabile in autoconsumo al fine di decarbonizzare l'economia regionale”. Per tali fini “la Regione promuove e favorisce gli autoconsumatori di energia rinnovabile che agiscono collettivamente nonché l'istituzione di comunità energetiche rinnovabili, previsti e disciplinati dal decreto legislativo 8 novembre 2021, n. 119 [...]”.

⁶¹ Art. 2, comma 2, l.r. Abruzzo 17 maggio 2022, n. 8, a mente del quale per comunità energetiche rinnovabili “si intendono enti senza finalità di lucro, costituiti al fine di superare l'utilizzo del petrolio e dei suoi derivati e di favorire la produzione e lo scambio di energie prodotte principalmente da fonti rinnovabili, nonché di sperimentare e promuovere nuove forme di efficientamento e di riduzione dei consumi energetici”.

⁶² Art. 3 comma 3, lett. b), c), d), l.r. Abruzzo 17 maggio 2022, n. 8. Il successivo comma 4 prevede peraltro che il programma triennale di interventi venga sottoposto, oltre che al “Tavolo tecnico permanente per la riduzione dei consumi energetici” (come pure accade nel caso del bilancio energetico annuale), anche alla Giunta regionale: ciò al fine di consentire a quest'ultima la verifica della sua coerenza con il piano energetico ambientale regionale.

⁶³ Art. 4, comma 2, l.r. Abruzzo 17 maggio 2022, n. 8.

⁶⁴ Art. 5, l.r. Abruzzo 17 maggio 2022, n. 8. In particolare, il comma 3 elenca una serie di attività che tale organismo è tenuto a svolgere come l'acquisizione di dati relativi ai consumi energetici, l'individuazione di modalità per gestioni efficienti delle reti energetiche, l'analisi dei risultati conseguiti dai gruppi di autoconsumatori e dalle CER nonché l'individuazione delle migliori pratiche al fine di promuoverne la promozione e diffusione sul territorio regionale.

un complesso di azioni attraverso cui la Regione si impegna a rimuovere “ostacoli normativi e amministrativi” nonché ad accordare forme di sostegno nella fase di attivazione delle comunità⁶⁵.

Chiude l’articolato un insieme di previsioni di natura sanzionatoria⁶⁶, finanziaria⁶⁷ nonché attuativa⁶⁸, fra cui la disposizione – particolarmente importante per le ragioni di cui si dirà appresso – relativa alla definizione da parte della Giunta regionale, con apposito disciplinare, dei requisiti dei soggetti abilitati a partecipare alle CER e delle modalità di gestione delle fonti energetiche all’interno delle comunità⁶⁹.

Venendo al giudizio costituzionale⁷⁰, la legge è stata trasversalmente attinta dalle censure statali per asserita violazione dei parametri di cui agli artt. 117, commi 1 e 3 Cost., nonché – con specifico riguardo alla mancata o inadeguata copertura degli oneri derivanti da taluni interventi previsti dalla disciplina – dell’art. 81, comma 3, Cost.

Ancor prima di analizzare da vicino il modo in cui la Corte si è pronunciata su simili aspetti, appare anzitutto interessante evidenziare l’assunto valoriale da cui la stessa muove, rappresentato dal principio di sussidiarietà orizzontale di cui all’art. 118, comma 4, Cost.

Il giudice costituzionale invero, dopo aver ripercorso i tratti salienti dell’articolata disciplina sovranazionale e interna relativa alle comunità energetiche rinnovabili, ha posto sin da subito in rilievo come, alla luce dell’impianto normativo ad esse dedicato, sia possibile evincere da parte del legislatore europeo ed interno un *favor* assai marcato.

Ciò anche in ragione del fatto che, per stessa affermazione della Corte, simili realtà costituiscono “strumenti, ispirati al principio di sussidiarietà orizzontale, finalizzati alla produzione di energia da fonti rinnovabili e alla riduzione del consumo di energia da fonti tradizionali”⁷¹.

Da quanto sopra può pertanto dedursi che, nella prospettiva del giudice costituzionale, la sussidiarietà orizzontale concorre a definire il fondamento costituzionale di un fenomeno, quello delle comunità

⁶⁵ Art. 6, comma 1, lett. a), d) ed e), l.r. Abruzzo 17 maggio 2022, n. 8.

⁶⁶ Art. 7, l.r. Abruzzo 17 maggio 2022, n. 8, in base al quale “[n]el caso di risultati negativi riscontrati in sede di verifica e attuazione del programma triennale di interventi [...], le CER non possono accedere ai finanziamenti erogati dalla Regione in campo energetico e ambientale, fino al raggiungimento, entro il termine massimo di due anni, degli obiettivi indicati nel programma medesimo”.

⁶⁷ Artt. 6, 8 e 11, l.r. Abruzzo 17 maggio 2022, n. 8.

⁶⁸ Art. 9, comma 1, l.r. Abruzzo 17 maggio 2022, n. 8, a mente del quale, entro novanta giorni dall’entrata in vigore della legge, la Giunta regionale, con apposito disciplinare è chiamata a definire – sentita la competente commissione consiliare – una serie di elementi quali: lo schema-tipo in base al quale gli enti locali adottano il protocollo d’intesa, le modalità di gestione delle fonti energetiche all’interno delle comunità, i criteri e le modalità di sostegno finanziario nonché i parametri per la valutazione dei risultati riscontrati in sede di verifica e attuazione del programma triennale.

⁶⁹ Art. 9, comma 1, lett. b), l.r. Abruzzo 17 maggio 2022, n. 8, che nella sua formulazione originaria – anteriore alla sentenza n. 48 del 2023 della Corte costituzionale – prevedeva che la Giunta regionale, secondo le modalità ivi indicate, avrebbe dovuto definire “i requisiti dei soggetti che possono partecipare alle CER e le modalità di gestione delle fonti energetiche all’interno delle comunità e di distribuzione dell’energia prodotta senza finalità di lucro; [...]”.

⁷⁰ Su cui si veda la nota di S. LAZZARI, *CER: la Corte costituzionale sul principio di massima apertura*, in *Labsus.org*, 22 maggio 2023, pp. 1 ss.

⁷¹ Corte costituzionale, sentenza n. 48 del 2023, Considerato in diritto, punto 2.

energetiche rinnovabili, in grado di contribuire allo svolgimento di attività di interesse generale di preminente rilevanza, che gli enti costitutivi della Repubblica sono chiamati a favorire e sostenere nell'attuale fase di transizione energetica.

In un tale scenario, la Regione Abruzzo – analogamente alle scelte intraprese all'interno di altri contesti regionali – ha deciso di adottare una disciplina promozionale per le CER al fine di raggiungere gli obiettivi europei di sostenibilità ambientale e di produzione energetica da fonti rinnovabili⁷².

Da qui la conclusione della Corte per cui “l'oggetto, la ratio e le finalità” delle disposizioni oggetto del giudizio determinano l'attrazione della disciplina in esame alla materia “produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia” che l'art. 117, comma 3, Cost. rimette alla competenza concorrente fra Stato e Regioni.

Tanto premesso in via generale, il giudice costituzionale si è soffermato sulle diverse doglianze statali, sancendo anzitutto l'inammissibilità o l'infondatezza di molte delle censure prospettate.

La Corte, infatti, ha in primo luogo affrontato la questione concernente la previsione dell'obbligo per le CER di adottare un programma triennale di interventi volti a ridurre i consumi energetici⁷³, operando, nell'eventualità di risultati negativi accertati dalla Regione, una preclusione a carico delle comunità medesime circa l'accesso ai finanziamenti regionali in campo energetico e ambientale: meccanismo, questo, che secondo il Governo si sarebbe posto in contrasto con quanto disposto dalla normativa nazionale ed europea di riferimento⁷⁴.

Nell'accogliere l'eccezione regionale, la Corte ha dichiarato l'inammissibilità della questione in quanto erroneamente delineata, atteso che il Governo, da un lato, aveva censurato la sanzione derivante dall'inadempimento di un obbligo e dall'altro – anziché aver impugnato la norma recante la sanzione – aveva impugnato quella recante l'obbligo, incorrendo in tal modo in un'evidente “aberratio ictus”⁷⁵.

Non fondata, oltre che parzialmente inammissibile, è stata poi valutata la questione posta con riguardo alla disposizione abilitante le CER a stipulare accordi e convenzioni con l'ARERA al fine di ottimizzare

⁷² *Ibidem*.

⁷³ Si tratta in particolare dell'impugnazione dell'art. 3, comma 3, lett. c), d) ed e) della legge regionale che, più precisamente, è stato censurato in riferimento all'art. 117, commi 1 e 3, Cost., in relazione agli artt. 31 d.lgs. n. 199 del 2021 e 42-bis del d.l. n. 162 del 2019, così come convertito, evocati quali disposizioni statali di principio con riguardo alla materia “produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia” in attuazione della direttiva 2018/2001/UE, con particolare riguardo all'art. 22, par. 4, lett. d).

⁷⁴ Tale disposizione, in particolare, si sarebbe posta in contrasto con l'art. 31 del d.lgs. n. 199 del 2021 che non contempla alcuna sanzione connessa alla riduzione dei consumi, nonché con l'art. 22, par. 4, lett. d), della direttiva citata, laddove si afferma che le CER debbono essere assoggettate a procedure ispirate al rispetto dei principi di proporzionalità, equità e adeguatezza.

⁷⁵ Corte costituzionale, sentenza n. 48 del 2023, Considerato in diritto, punto 4.3.

la gestione e l'utilizzo delle reti di energia, misura asseritamente ritenuta in grado di interferire con la funzione regolatoria riconosciuta alla stessa Agenzia dalla normativa nazionale⁷⁶.

Il giudice costituzionale ha osservato che in realtà una simile previsione non determina problematiche di tal genere, limitandosi a riconoscere alle CER una mera facoltà di collaborare con l'ARERA senza configurare a carico di quest'ultima alcun obbligo non previsto dalla legge statale: da qui l'esclusione del vizio di incostituzionalità prospettato dal Governo⁷⁷.

Non ha parimenti condotto ad alcuna declaratoria d'incostituzionalità la censura relativa alla disposizione concernente l'obbligo, per la Giunta regionale, di predisporre uno "schema-tipo" di protocollo d'intesa destinato agli enti locali interessati a partecipare ad una CER.

Il giudice costituzionale, infatti, ha ritenuto anche in questo caso mal prospettata (e pertanto inammissibile) la questione, avendo il Governo evocato quale parametro una previsione, ossia l'art. 42-bis, comma 8, del d.l. n. 162 del 2019, che tuttavia aveva ormai esaurito i propri effetti a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. 199 del 2021⁷⁸.

Sorte non troppo differente hanno conosciuto, infine, le censure attinenti alla mancata o inadeguata copertura degli oneri finanziari derivanti dalla legge, ritenute infondate in quanto relative a previsioni concernenti un insieme di spese dal carattere non obbligatorio o comunque non immediatamente implicanti nuovi oneri a carico della Regione⁷⁹.

⁷⁶ L'art. 3, comma 3, lett. b) della legge è stata infatti impugnata in ragione del ritenuto contrasto con l'art. 117, commi 1 e 3, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 42-bis del d.l. n. 162 del 2019, così come convertito, e agli artt. 31 e 32 del d.lgs. n. 199 del 2021, in quanto tale decreto legislativo nel suo "impianto" avrebbe assegnato in via esclusiva all'ARERA l'adozione dei provvedimenti necessari ad assicurare l'attuazione delle previsioni relative alle CER. Sul punto la Corte ha, dapprima dichiarato l'inammissibilità delle questioni in riferimento all'art. 117, commi 1 e 3, in relazione all'art. 42-bis poiché ritenute generiche e, successivamente, ha dichiarato non fondata la questione promossa in riferimento all'art. 117, comma 3, Cost., in relazione agli artt. 31 e 32 del d.lgs. 199 del 2021. In tal senso, specificamente, si sono espressi i punti 5.1 ss. del Considerato in diritto della pronuncia.

⁷⁷ Corte costituzionale, sentenza n. 48 del 2023, Considerato in diritto, punto 5.4, secondo cui "[l]a disposizione si limita piuttosto a riconoscere alle CER una facoltà di collaborare con ARERA e con i gestori della rete, che potrà trovare realizzazione solamente se, e nella misura in cui, tali ultimi soggetti intendano, nell'esercizio della rispettiva autonomia, effettivamente darvi corso, senza che in capo ad ARERA o ai gestori della rete sia imposto alcun obbligo non previsto dalla legge statale [...]". La Corte ha ritenuto ciò "sufficiente ad escludere il prospettato vizio di illegittimità costituzionale".

⁷⁸ Corte costituzionale, sentenza n. 48 del 2023, Considerato in diritto, punto 6.4.

⁷⁹ Corte costituzionale, sentenza n. 48 del 2023, Considerato in diritto, punti 8.1 ss. La Corte, specificamente, ha dichiarato infondate le questioni promosse con riguardo all'art. 11, commi da 2 a 5, della legge regionale abruzzese in riferimento all'art. 81, comma 3, Cost. in relazione all'art. 19, comma 1, della legge n. 196 del 2009. Per il giudice costituzionale, infatti, le spese per le azioni di comunicazione per favorire la diffusione delle CER e il sostegno finanziario per la loro stessa attivazione e costituzione – previste dai commi 2, 3 e 4 della disposizione regionale – non sono da ritenersi di carattere obbligatorio. Per quanto riguarda il comma 5, concernente l'individuazione dei mezzi per far fronte agli oneri per la realizzazione degli impianti, si è precisato come lo stesso non definisse per l'anno 2022 alcun impegno di spesa quale contributo per le comunità energetiche rinnovabili, riguardando un momento successivo alla loro stessa costituzione. La Corte, tuttavia, ha precisato che l'attuazione di tale disposizione implicherà in futuro l'adozione di un'apposita previsione regionale tesa a definire una copertura adeguata.

Malgrado i numerosi profili di inammissibilità e infondatezza, la pronuncia mantiene una propria rilevanza in quanto la Corte è pervenuta invece a dichiarare l'illegittimità costituzionale per violazione dell'art. 117, comma 3, Cost. della disposizione regionale che rimetteva alla Giunta il compito di definire, con apposito disciplinare e sentita la competente commissione consiliare, “i requisiti dei soggetti che possono partecipare alle CER”⁸⁰.

Giova infatti precisare che il giudice costituzionale ha delimitato il *thema decidendum* soltanto a tale frammento della disposizione con esclusione della restante parte concernente le “modalità di gestione delle fonti energetiche all'interno delle comunità e di distribuzione dell'energia prodotta senza fini di lucro”, non avendo il Governo articolato alcuna censura al riguardo.

Elemento, quest'ultimo, degno di nota in quanto una pronuncia della Corte anche su tale aspetto sarebbe stata interessante, riguardando un aspetto di non marginale rilevanza sotto il profilo dell'organizzazione e, più in generale, dell'autonomia delle CER.

Tanto premesso, la Corte ha anzitutto ricordato come la disciplina nazionale di cui all'art. 31, commi 1 e 2 del d.lgs. 199 del 2021 abbia indicato i requisiti che i clienti finali debbono possedere per potersi organizzare in CER nonché le relative condizioni di operatività, e come tali aspetti siano a loro volta improntati al principio della “massima apertura” sancito dalla direttiva 2018/2021/UE (c.d. “RED II”). All'interno di quest'ultima, infatti, si ribadisce a più riprese che le CER si basano su un criterio di partecipazione “aperta e volontaria”, tant'è che i clienti finali devono avere il diritto di parteciparvi “senza essere soggetti a condizioni o procedure ingiustificate o discriminatorie”, prevedendosi ancora che l'adesione a simili comunità debba essere “aperta a tutti i consumatori, compresi quelli appartenenti a famiglie a basso reddito o vulnerabili”⁸¹.

La disciplina nazionale allora, dando attuazione a quanto previsto a livello europeo, ha definito un principio fondamentale della materia “produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia”, intendendo così “garantire in maniera uniforme su tutto il territorio nazionale la più ampia possibilità di partecipare a una CER [...]”⁸².

⁸⁰ Si tratta dell'art. 9, comma 1, lett. b) della l.r. Abruzzo 17 maggio 2022, n. 8, che – nella sua formulazione anteriore alla declaratoria di incostituzionalità – prevedeva che entro novanta giorni dall'entrata in vigore della legge la Giunta regionale, con apposito disciplinare e sentita la commissione consiliare competente, avrebbe dovuto definire “i requisiti dei soggetti che possono partecipare alle CER e le modalità di gestione delle fonti energetiche all'interno delle comunità e di distribuzione dell'energia prodotta senza fini di lucro”. Al riguardo, giova osservare come la Corte abbia dichiarato inammissibile la questione di legittimità posta in riferimento all'art. 117, comma 1, Cost. in quanto sprovvista di motivazione.

⁸¹ Secondo quanto previsto, rispettivamente, dall'art. 2, par. 2, n. 16, lett. a) e dall'art. 22, par. 1 nonché par. 4, lett. f) della Direttiva 2018/2001/UE.

⁸² Corte costituzionale, sentenza n. 48 del 2023, Considerato in diritto, punto 7.5.

Alla luce di quanto sopra il giudice costituzionale ha ritenuto che la previsione regionale si ponesse in contrasto con tale principio fondamentale, “affidando alla Regione il compito di definire i requisiti per poter partecipare a una CER, laddove essi sono invece già esaustivamente definiti dalla legge statale”⁸³.

La Corte, oltretutto, ha aggiunto un ulteriore elemento degno di nota, precisando che un simile vizio di legittimità costituzionale non poteva escludersi a cagione del carattere “non immediatamente lesivo” della previsione regionale, ossia del fatto che quest’ultima non stabiliva di per sé requisiti di partecipazione alla CER ma li demandava ad una successiva deliberazione della Giunta regionale.

Per il giudice costituzionale, infatti, la violazione ha trovato la propria concretizzazione nel momento stesso in cui la Regione si è appropriata di una disciplina che, a tutela del carattere di “massima apertura” evocato, pone un’esigenza di omogeneità all’interno di tutto il territorio nazionale⁸⁴.

Al di là dei molteplici aspetti di inammissibilità e infondatezza, pertanto, la pronuncia sembra presentare elementi di rilievo tanto con riguardo all’individuazione del fondamento costituzionale quanto in relazione ai principi di organizzazione delle CER.

Se infatti la Corte, sotto il primo profilo, ha ritenuto opportuno evidenziare la riconducibilità di tali realtà al principio di sussidiarietà orizzontale, per il resto ha delimitato il perimetro d’intervento del legislatore regionale, osservando che questi non può spingersi fino a interessare un principio, quello della “massima apertura”, costituente uno dei caratteri qualificanti le comunità energetiche rinnovabili, chiaramente definito a livello statale nonché, ancor prima, europeo.

6. Osservazioni conclusive

L’analisi sin qui condotta ha consentito di comprendere come le comunità energetiche – ed in particolare quelle rinnovabili – rappresentino uno degli strumenti maggiormente innovativi attraverso cui poter perseguire gli (ambiziosi) obiettivi di decarbonizzazione e neutralità climatica definiti a livello europeo.

Si è potuto verificare come le stesse costituiscano una risorsa strategica nell’ambito della transizione energetica, possedendo significativi risvolti non soltanto sul piano ambientale ma anche sul fronte economico e sociale.

Oltre a concorrere alla riduzione delle emissioni inquinanti e alla diminuzione del costo dell’energia, infatti, esse inverano un inedito strumento di contrasto alla povertà energetica, contribuendo, attraverso percorsi partecipativi e di inclusione sociale, alla rimozione delle diseguaglianze e all’effettivo godimento dei diritti fondamentali della persona.

⁸³ *Ibidem.*

⁸⁴ *Ibidem.*

Si tratta dunque di un modello d'indubbia salienza costituzionale, in quanto ispirato a principi di centrale rilevanza all'interno della trama valoriale tracciata dalla Carta – primi su tutti quelli di solidarietà sociale, pluralismo, tutela dell'ambiente e sussidiarietà orizzontale – nonché preordinato alla valorizzazione della dimensione comunitaria in risposta a situazioni di vulnerabilità sul piano energetico e, più globalmente, sociale.

Le sfide che si pongono davanti a tali forme di “democratizzazione dell'energia”⁸⁵ sono molteplici ed essenzialmente inerenti al problema della loro effettiva diffusione, anche in ragione di un quadro normativo ancora in cerca di uno stabile adattamento, fra spinte evolutive europee e ritardi nel recepimento sul piano interno.

Un ulteriore elemento di complessità è legato, poi, alla sussistenza di una compartecipazione dello Stato e delle Regioni nella disciplina legislativa del fenomeno.

La dimensione regionale, secondo quanto si è potuto verificare, si è dimostrata particolarmente attiva nell'approntare normative di promozione di un simile modello, tanto che si è già reso necessario al riguardo un intervento chiarificatore del giudice costituzionale.

Da questa prima vicenda sottoposta all'attenzione della Corte, invero, sembra potersi percepire un'indicazione piuttosto nitida, ossia che il contributo del legislatore regionale non possa spingersi fino a stabilire oneri aggiuntivi sproporzionati e, soprattutto, tali da stravolgere l'ontologica connotazione aperta e di diretta partecipazione caratterizzante il modello delle comunità energetiche.

D'altro canto, malgrado il contributo della fonte legislativa regionale possa essere percepito – quanto meno in astratto – quale fattore di ulteriore “appesantimento” all'interno di un quadro giuridico multilivello e già di per sé articolato, si ritiene che l'apporto di quest'ultima (oltre ad essere costituzionalmente imposto) non debba essere sottovalutato, potendo contribuire a definire con maggior compiutezza elementi di disciplina rispondenti più da vicino alle peculiarità di ciascun territorio.

V'è da precisare, tuttavia, che una simile esigenza di differenziazione che tale fonte può soddisfare non deve in nessun modo travalicare il perimetro tracciato dalla legge statale, coerentemente al riparto di competenze disegnato dalla Costituzione con riguardo alla complessa materia della “produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia”, che impone comunque una cornice – sia pur “di principio” – a garanzia di un'uniformità minima della disciplina.

Accanto ai problemi connessi al composito quadro normativo di riferimento, infine, un ulteriore aspetto di rilievo per l'effettiva operatività del modello delle comunità energetiche è rappresentato dalla capacità

⁸⁵ Come efficacemente definite da E. DI SALVATORE, *Premessa*, in E. DI SALVATORE (a cura di), *Il futuro delle comunità energetiche*, cit., p. IX.

degli enti locali, ed in particolare dei Comuni (quali enti più vicini agli interessi delle collettività), di promuovere il ricorso a tale forma di organizzazione.

Si tratta di un profilo che appare tutt'altro che marginale – e peraltro in gran parte ancora da esplorare⁸⁶ – per il futuro di simili realtà, la cui capacità di diffusione transiterà inevitabilmente (anche) dal ruolo “propulsivo” che, in qualità di promotore o membro di comunità energetiche, riuscirà ad assolvere il livello di governo locale.

Ciò, coerentemente al disposto dell'art. 118, comma 4, Cost., che richiede ai pubblici poteri di favorire l'autonoma iniziativa dei cittadini nello svolgimento di “attività di interesse generale”, all'interno delle quali oggi rientrano – per esplicita affermazione del legislatore – quell'insieme di interventi finalizzati “alla produzione, all'accumulo e alla condivisione di energia da fonti rinnovabili a fini di autoconsumo, ai sensi del decreto legislativo 8 novembre 2021, n. 199”⁸⁷.

⁸⁶ Diversi possono essere gli strumenti a disposizione delle amministrazioni locali con riguardo alla promozione delle comunità energetiche, come ad esempio, oltre agli evocati protocolli d'intesa, le varie forme di partenariato, le attività di informazione e sensibilizzazione, la messa a disposizione di spazi o ancora la raccolta di adesioni di soggetti potenzialmente interessati, elementi che, peraltro, potrebbe essere proprio la fonte legislativa regionale a contribuire a disciplinare con maggior compiutezza. Per un'analisi del tema, fra i primi contributi a ciò dedicati, v. A. PERSICO, *Le comunità energetiche e il ruolo sussidiario delle pubbliche amministrazioni territoriali*, in *AmbienteDiritto.it*, fasc. n. 2/2022, pp. 7 ss. nonché V. SCIPINOTTI, *Il ruolo degli enti locali*, in S. MONTICELLI, L. RUGGERI (a cura di), *La via italiana alle comunità energetiche*, Napoli, 2022, pp. 99 ss.

⁸⁷ Così come previsto dall'art. 5, comma 1, lett. e), d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117, recante il “Codice del Terzo settore”, a seguito delle recenti modifiche introdotte dall'art. 3-septies, comma 1, del d.l. 29 maggio 2023, n. 57, convertito con modificazioni dalla legge 26 luglio 2023, n. 95, che – secondo quanto si è potuto osservare – abilita esplicitamente gli enti del Terzo settore a svolgere proprio tale peculiare “attività di interesse generale”.



Focus Lavoro, Persona, Tecnologia



Note (critiche) sul proselitismo sindacale mediante posta elettronica aziendale*

di Gianluca Bonanomi

Assegnista di ricerca in Diritto del lavoro
Università degli Studi di Verona

Abstract [It]: Il saggio esamina criticamente, alla luce delle disposizioni normative che regolano la fattispecie, l'orientamento giurisprudenziale che ammette la possibilità di svolgere attività di proselitismo sindacale per il tramite dell'email aziendale.

Title: (Critical) notes on trade union proselytising by corporate e-mail

Abstract [En]: Given the regulatory framework, the essay critically examines, the caselaw allowing the use of corporate email accounts for trade unions activities.

Parole chiave: Diritti sindacali; Tecnologia; Rappresentanze dei lavoratori; Proselitismo; Email aziendale

Keywords: Trade Union Rights; Technology; Worker's Representatives; Trade Unions Activities; Corporate Email Account

Sommario: 1. Email aziendale e attività sindacale nella giurisprudenza di legittimità. 2. Volantinaggio digitale: l'inquadramento giuridico della fattispecie. 2.1. Il diritto di affissione (art. 25 St. lav.). 2.2. Il proselitismo (art. 26 St. lav.). 3. L'assenza di un diritto all'utilizzo di beni aziendali per l'attività di proselitismo. 4. Proselitismo digitale e pregiudizio al normale svolgimento dell'attività aziendale. 5. Considerazioni conclusive.

1. Email aziendale e attività sindacale nella giurisprudenza di legittimità

A fronte dell'evoluzione tecnologica e della digitalizzazione, gli strumenti informatici e telematici sono divenuti ormai essenziali per lo svolgimento delle prestazioni lavorative. Contestualmente, anche nell'ambito dell'attività sindacale, è riscontrabile un incremento nell'utilizzo di tali tecnologie¹. Dispositivi e software messi a disposizione dal datore di lavoro per lo svolgimento dell'attività lavorativa si prestano, pertanto, ad essere utilizzati anche per l'esercizio dei diritti e delle prerogative sindacali, dando vita a possibili conflitti.

L'utilizzo dell'email aziendale in dotazione ai lavoratori per l'invio e/o la ricezione di comunicazioni a contenuto sindacale, in particolare, si è rivelato terreno di elezione per questo contrasto, dando vita ad una serie di controversie giudiziali. La Corte di Cassazione è stata, infatti, chiamata, in più occasioni, a valutare la legittimità dell'utilizzo di tale strumento da parte dei dirigenti delle rappresentanze sindacali

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ Sono un esempio di questa tendenza l'utilizzo di bacheche elettroniche e il ricorso a piattaforme telematiche per lo svolgimento delle assemblee. Sul tema, si v. S. CASSAR, *Lavoro 2.0 e diritti sindacali: spunti di riflessione e proposte operative su tele-assemblea e referendum sindacale online*, in LPO, n. 7-8, 2020, pp. 422 ss., nonché S. DONÀ, M. MAROCCO, *Diritto di assemblea ex art. 20 St. lav. e nuove tecnologie digitali*, in L&LI, Vol. V, n. 2, 2019, pp. R7 ss.

per l'esercizio dei propri diritti, giungendo alla conclusione che la posta elettronica aziendale rientra tra gli spazi deputati alle comunicazioni sindacali. A fronte di ciò, è stata ammessa la distribuzione di comunicati attraverso tale strumento a condizione che, alla luce delle concrete modalità organizzative dell'impresa e del tipo di lavoro cui sono addetti i destinatari delle comunicazioni, la stessa non arrechi pregiudizio al normale svolgimento dell'attività aziendale.

Tali conclusioni sono state, da ultimo, ribadite dall'ordinanza n. 7799 del 17.03.2023 in cui la Corte di Cassazione ripercorre – integrandole – le argomentazioni svolte in alcuni propri precedenti². La pronuncia fornisce l'occasione per ricostruire l'orientamento – che sembrerebbe essersi ormai consolidato – in materia di proselitismo digitale e per valutare la congruità dello stesso alle disposizioni dello Statuto dei lavoratori.

L'analisi deve necessariamente prendere il via dalla ricostruzione delle vicende oggetto del giudizio. Vicende che, anche in ragione dell'identità delle parti processuali, sono sostanzialmente analoghe in tutti i giudizi decisi dalla Suprema Corte.

In particolare, ritenendo illegittimo l'utilizzo, da parte di un componente della RSU, degli indirizzi email aziendali per l'invio, durante l'orario di lavoro, di comunicazioni aventi contenuto sindacale, la società datrice di lavoro avviava un procedimento disciplinare che portava all'applicazione di una sanzione conservativa.

La legittimità di tale sanzione diveniva, in seguito, oggetto di un giudizio di accertamento azionato dalla società stessa. Chiamata a decidere se fosse o meno possibile l'utilizzo dell'email aziendale per l'invio di comunicati sindacali, la Corte di Cassazione si è espressa a favore del funzionario sindacale. Nello specifico, ha dichiarato inammissibili i motivi di ricorso proposti dall'azienda avverso la sentenza d'appello che, confermando la pronuncia di primo grado, aveva respinto la richiesta di accertamento della legittimità della sanzione disciplinare.

La Suprema Corte, anzitutto, disattende la ricostruzione aziendale secondo cui, ai sensi dell'art. 25 St. lav., sarebbe spettata esclusivamente al datore di lavoro l'individuazione degli “spazi” destinati alle comunicazioni sindacali.

Nemmeno trova accoglimento l'ulteriore prospettazione aziendale, secondo cui, anche ove l'invio delle email fosse riconducibile all'art. 26 St. lav. e, quindi, all'attività di proselitismo, lo stesso sarebbe comunque illegittimo. Secondo la società, infatti, essendo la posta elettronica aziendale uno “spazio”

² Si v. Cass. 05.12.2022, n. 35643 e n. 35644 che, a differenza di Cass. ord. 17.03.2023, n. 7799, sono state pronunciate nell'ambito di procedimenti introdotti con il rito speciale *ex* art. 28 St. lav. A commento di tali pronunce si v. P. RUFFO, *Il volantinaggio sindacale elettronico al vaglio della Cassazione*, in RGL, n. 2, 2023, II, Giurisprudenza online, Approfondimento n. 6 e A. TAMPIERI, *È antisindacale il divieto assoluto di volantinaggio «elettronico» tramite la e-mail aziendale*, in LG, n. 8-9, 2023, pp. 826 ss. Per un ulteriore precedente si v. Cass. ord. 21.06.2019, n. 16746.

appositamente creato dal datore di lavoro per essere destinato all'esclusivo svolgimento dell'attività aziendale, la stessa non avrebbe potuto essere utilizzata per scopi e finalità differenti.

La Corte di Cassazione – mettendo in luce come il volantinaggio sindacale non si svolga più esclusivamente in modalità cartacea, ma anche tramite gli strumenti digitali – ha affermato che, a fronte dell'evoluzione tecnologica, la posta elettronica deve essere ricompresa negli “spazi” dedicati alle comunicazioni sindacali. Il Collegio ha ritenuto, in particolare, di dover consentire un aggiornamento delle modalità lecite di proselitismo, a garanzia della reale efficacia dell'attività sindacale.

Nello specifico, la Corte di Cassazione giustifica l'estensione dell'utilizzo dell'email anche in ragione delle caratteristiche dell'attività aziendale che – prevedendo un'articolazione dei turni di lavoro su 24 ore – escluderebbe l'esistenza di un momento comune di pausa in cui tutti i lavoratori possano essere contemporaneamente raggiunti dall'attività di proselitismo³.

Pertanto, anche la qualificazione giuridica della fattispecie effettuata dalla Suprema Corte non è del tutto lineare. Pur escludendo la prospettazione in tal senso della società, almeno inizialmente, la Corte di Cassazione sembra, infatti, ricondurre l'attività di proselitismo a mezzo email all'art. 25 St. lav., ritenendo che tale disposizione abbia individuato – in linea con le modalità di comunicazioni esistenti al momento della sua approvazione – una (ma non l'unica) delle forme atte a garantire lo svolgimento dell'attività sindacale nei luoghi di lavoro. In ragione di ciò, il Collegio vede nella predisposizione (con soluzioni tecniche a carico del datore di lavoro) di un canale dedicato alle sole informazioni sindacali il naturale aggiornamento del diritto di affissione.

Al contempo, però, evidenzia come l'invio di comunicazioni a mezzo email sia coerente anche con l'art. 26 St. lav., riconducendo, quindi, tale attività alla fattispecie del proselitismo. In particolare, la Corte di Cassazione ritiene che, in assenza dei predetti appositi canali dedicati, deve essere considerato legittimo l'utilizzo della posta elettronica anche per comunicazioni sindacali, a condizione che non sia arrecato pregiudizio al normale svolgimento dell'attività lavorativa.

Sotto questo profilo, è stata esclusa la legittimità della sanzione applicata al componente della RSU in ragione del fatto che il datore di lavoro non aveva allegato e provato l'esistenza del pregiudizio⁴. Nello

³ Tale circostanza non dovrebbe, invece, assumere alcuna rilevanza. In alcun modo, infatti, l'art. 26 St. lav. impone una contestualità dell'attività di proselitismo, tanto meno elettronico. La stessa potrebbe, quindi, essere svolta in momenti e luoghi differenti con riferimento agli specifici destinatari, come del resto avviene per l'attività di proselitismo in presenza.

⁴ A tal fine, viene richiamata Cass. 05.12.2022, n. 35643 che, a sua volta, si rifà ad un precedente lontano nel tempo (sentenza 19.08.1986, n. 5089) in cui la Suprema Corte, oltre a stabilire il principio secondo cui il volantinaggio (in quel caso fisico) è da assimilare all'attività di proselitismo e che, conseguentemente, è assoggettato ai medesimi limiti del non turbare la normale attività lavorativa, cassava la sentenza oggetto di scrutinio ritenendo che il Tribunale avesse errato nel ritenere che spettasse al datore di lavoro dare la prova del pregiudizio all'attività lavorativa e ponendo in capo alle organizzazioni sindacali l'onere di fornire la prova dell'antisindacalità del divieto opposto dal datore di lavoro al volantinaggio da parte dei dirigenti della RSA, in regolare permesso, durante l'orario di lavoro. Prova che avrebbe richiesto la dimostrazione che, nel caso concreto, il diritto di volantinare sarebbe stato esercitato nel rispetto del limite

specifico, la Suprema Corte ha ritenuto che non fosse sufficiente un danno – come quello paventato dalla società – meramente ipotetico e basato su giudizi prognostici e valutazioni probabilistiche, richiedendo, invece, l'esistenza di un vero e proprio pregiudizio di cui il datore di lavoro avrebbe dovuto dare prova⁵.

2. Volantinaggio digitale: l'inquadramento giuridico della fattispecie

Sia le argomentazioni che le conclusioni a cui è giunta la Suprema Corte destano più di un interrogativo. Una disamina delle stesse deve necessariamente prendere le mosse dall'inquadramento della fattispecie, che la Corte di Cassazione sembra ricondurre sia al diritto di affissione (art. 25 St. lav.) che all'attività di proselitismo (art. 26 St. lav.).

2.1. Il diritto di affissione (art. 25 St. lav.)

L'art. 25 St. lav. tutela l'interesse all'esercizio dell'attività sindacale nei luoghi di lavoro consentendo la pubblicazione, ad opera delle rappresentanze sindacali (aziendali e unitarie), di testi e comunicati che, per il perseguimento dei propri fini, le stesse ritengono opportuno far conoscere ai propri iscritti, alla generalità dei dipendenti, ma anche al datore di lavoro e agli estranei aventi accesso all'azienda⁶.

Alla luce del tenore letterale della norma, titolari del diritto di affissione sono esclusivamente le RSA⁷. Il diritto è, quindi, limitato ai soli soggetti che dispongono dei requisiti previsti dall'art. 19 St. lav., mentre non compete né alle organizzazioni sindacali esterne⁸, né a singoli lavoratori o a gruppi spontanei di essi, nemmeno se autorizzati dalle rappresentanze sindacali⁹.

di legge (assenza di pregiudizio alla normale attività aziendale) e che, di conseguenza, essendo privo di giustificazione, il divieto era tale da configurare un comportamento diretto ad impedire o limitare l'esercizio dell'attività sindacale.

5 Oltre alla distribuzione dell'onere della prova, vengono modificati anche i criteri di accertamento del danno. Nel caso oggetto di scrutinio da parte di Cass. 19.08.1986, n. 5089, infatti, il comportamento (e, quindi, di conseguenza, il danno) non si era ancora verificato, essendo stato vietato *tout court* lo svolgimento dell'attività di proselitismo. Ai fini della valutazione della rispondenza dell'attività di proselitismo ai requisiti di legge, l'esclusione del danno non poteva, quindi, che essere valutata sulla base di un giudizio prognostico. Criterio che, invece, è stato espressamente escluso da Cass. ord. 17.03.2023, n. 7799.

6 S. MAGRINI, *Commento all'art. 25 St. lav. (Diritto di affissione)*, in U. PROSPERETTI (diretto da), *Commentario dello Statuto dei lavoratori*, II, Giuffrè, Milano, 1975, pp. 790-791.

7 U. CARABELLI, *Commento all'art. 25 St. lav. (Diritto di affissione)*, in G. GIUGNI (diretto da), *Lo Statuto dei Lavoratori. Commentario*, Giuffrè, Milano, 1979, p. 415.

8 Si v. Cass. 29.12.1999, n. 14686. M. GRANDI, *L'attività sindacale nell'impresa*, Franco Angeli, Milano, 1976, p. 171, ritiene legittima una eventuale previsione della contrattazione collettiva che estenda il diritto di affissione anche a organizzazioni sindacali esterne.

9 Si v. Cass. 16.06.1979, n. 3403.

L'art. 25 St. lav. impone al datore di lavoro l'obbligo di predisporre spazi idonei per ciascuna RSA¹⁰, lasciando la valutazione di congruità degli stessi alla discrezionalità del giudice¹¹.

Nonostante la norma parli di RSA, è indubbio che tale diritto di affissione spetti anche alle RSU. Al riguardo, in linea con la giurisprudenza della Corte di Cassazione in materia di assemblea¹², sembra preferibile attribuire la titolarità del diritto di affissione ad ogni componente (piuttosto che alla RSU nel suo complesso), a condizione, però, che il singolo componente sia espressione di una organizzazione sindacale che disponga dei requisiti per poter accedere ai diritti del Titolo III.

Tale precisazione si rende necessaria in quanto, alla luce del Testo unico sulla rappresentanza¹³, le RSU possono essere costituite dalle organizzazioni sindacali stipulanti il Testo unico stesso, dalle organizzazioni sindacali di categoria firmatarie del Ccnl applicato nell'unità produttiva ovvero dalle associazioni sindacali formalmente costituite con proprio statuto ed atto costitutivo, che accettino le previsioni del Testo unico e che corredino la propria lista di un certo numero di firme dei lavoratori addetti all'unità produttiva¹⁴. Grazie a tale ultimo criterio potrebbero, quindi, risultare eletti nella RSU anche soggetti espressione di organizzazioni sindacali che non sono in possesso dei requisiti di cui all'art. 19 St. lav. con il conseguente allargamento della possibilità di fruire dei diritti del Titolo III (e, in particolare, del diritto di affissione) anche a organizzazioni sindacali a cui non sarebbe concesso goderne in forza della norma statutaria¹⁵.

10 Si v. Cass. 03.02.2000, n. 1199. Cass. 09.10.1989, n. 4014 fa discendere tale conclusione dal fatto che si parli di «appositi spazi» in contrapposizione alla formulazione singolare («un idoneo locale comune») contenuta nell'art. 27 St. lav. Concordano con la necessità di un proprio spazio per ciascuna RSA, C. ASSANTI, G. PERA, *Commento allo Statuto dei diritti dei lavoratori*, Cedam, Padova, 1972, p. 286, U. CARABELLI, *Commento all'art. 25 St. lav. ...*, p. 415 e S. MAGRINI, *Commento all'art. 25 St. lav. ...*, p. 796 che, però, ammette la possibilità di un uso comune dell'unica bacheca a fronte di una apposita regolamentazione pattizia.

11 S. MAGRINI, *Commento all'art. 25 St. lav. ...*, p. 798.

12 Si v., con riferimento all'Accordo interconfederale del 20.12.1993, Cass. Sez. Un. 06.06.2017, n. 13978, con note di M. AVOGARO, *Diritto di assemblea: dalle Sezioni Unite una pronuncia di «sistema» a tutela delle prerogative del singolo componente di RSU*, in *RIDL*, 2018, II, pp. 209 ss. e P. TOMASSETTI, *La titolarità del diritto ad indire l'assemblea sindacale retribuita ex articolo 20, legge n. 300/1970*, in *DRI*, 2017, pp. 1217 ss., nonché, con riferimento al Testo unico sulla rappresentanza, Cass. 06.02.2020, n. 2862, con nota di M. MURGO, *Il diritto di indire l'assemblea nel T.U. sulla rappresentanza: una (prevedibile) conferma*, in *RIDL*, 2, 2020, p. 593 ss.

13 Sulla disciplina delle RSU alla luce del Testo unico, si v. S. LAFORGIA, *L'Accordo interconfederale del 10 gennaio 2014 e le «nuove» RSU*, in *RGL*, 1, 2014, pp. 513 ss. e L. ZOPPOLI, *Le nuove rappresentanze sindacali unitarie e il gattopardo democratico*, in *RIDL*, 3, 2014, pp. 65 ss. Ad integrazione e specificazione di quanto previsto nel Testo unico, si v. l'Accordo per la costituzione delle RSU sottoscritto da Federmeccanica, Assistal, FIM-CISL, FIOM-CGIL e UILM il 05.07.2017, su cui si v. il commento di G.A. RECCHIA, *Commento all'Allegato 3: Accordo 5 luglio 2017 per la costituzione delle Rappresentanze Sindacali Unitarie*, in V. BAVARO, F. FOCARETA, A. LASSANDARI, F. SCARPELLI (a cura di), *Commentario al contratto collettivo nazionale dei metalmeccanici*, Futura, Roma, 2023, pp. 815 ss.

14 Si v. il Punto 4 «Presentazione delle liste» della Sezione Terza «Disciplina della elezione della RSU» della Parte Seconda «Regolamentazione delle rappresentanze in azienda» del Testo unico che richiede un numero di firme pari al 5% degli aventi diritto al voto nelle unità produttive con oltre 60 dipendenti e almeno tre firme nelle unità produttive con un numero di dipendenti compreso tra 16 e 59.

15 Secondo E. GRAGNOLI, *Il sindacato in azienda, la titolarità dei diritti sindacali e la crisi del modello dell'art. 19 St. lav.*, in *ADL*, 2012, pp. 605 ss. – che sembrerebbe, però, giungere a conclusioni opposte a seguito della sottoscrizione dell'Accordo interconfederale del 28.06.2011 – tutti i componenti della RSU dovrebbero beneficiare delle garanzie poste

Per il datore di lavoro, non sussiste un obbligo di predisposizione delle bacheche¹⁶. Nonostante l'art. 25 St. lav. sia rubricato «Diritto di affissione», il diritto, in concreto, consiste nella mera disponibilità di appositi spazi¹⁷. La scelta del luogo compete al datore di lavoro, a condizione che si tratti di luoghi concretamente accessibili¹⁸ – intendendosi per tali i luoghi normalmente frequentati da tutti i lavoratori¹⁹ – e che l'esercizio del diritto avvenga liberamente e non in via mediata²⁰. Tale caratteristica deve essere verificata in relazione alle particolarità della singola unità produttiva. Il datore di lavoro può modificare il luogo di posizionamento delle bacheche, anche quando l'originaria collocazione era stata concordata²¹. Quanto al contenuto, deve trattarsi di documenti attinenti a materie di interesse sindacale e del lavoro. Tale precisazione – che configura una “clausola di salvaguardia” dell'interesse dell'imprenditore che mette a disposizione beni di sua proprietà per l'attività sindacale delle RSA²² – non configura, però, un vero e proprio limite al diritto di affissione. In concreto, la qualificazione viene fatta derivare esclusivamente dalla riferibilità di una data materia all'organizzazione sindacale²³. In altre parole, viene considerato di «interesse sindacale e del lavoro» ogni tema che il sindacato abbia assunto ad oggetto della propria azione²⁴. L'ampia formulazione normativa esclude, inoltre, la possibilità di limitare le tipologie di documenti da affiggere²⁵.

Il datore di lavoro può limitare l'esercizio del diritto di affissione solo per ragioni soggettive (ossia qualora sia esercitato da soggetti diversi dalla RSA/RSU). Non dispone, invece, di un potere di censura preventiva

a presidio della loro autonomia, ma non, invece, dei diritti del Titolo III ove non si configurino anche i requisiti dell'art. 19 St. lav.

16 Si v. Cass. 18.02.1985, n. 1418. In dottrina, si v. C. ASSANTI, G. PERA, *Commento op. cit.*, p. 285 e S. MAGRINI, *Commento all'art. 25 St. lav. Cit.*, pp. 797 e 806 che, però, chiarisce che, ove siano predisposte delle bacheche, le relative chiavi devono rimanere nella disponibilità delle RSA. Sembrano esprimersi nel senso della necessità di predisporre, non solo gli spazi, ma anche le bacheche A. FRENI, G. GIUGNI, *Lo Statuto dei lavoratori. Commento alla legge 20 maggio 1970, n. 300*, Giuffrè, Milano, 1971, pp. 108-109 e U. CARABELLI, *Commento all'art. 25 St. lav. cit.*, p. 415.

17 U. CARABELLI, *Commento op. cit.*, p. 413.

18 U. CARABELLI, *Commento op. cit.*, pp. 411 e 414.

19 S. MAGRINI, *Commento op. cit.*, p. 799.

20 P. TOMASSETTI, *Commento all'art. 25 St. lav. (Diritto di affissione)*, in R. DEL PUNTA, F. SCARPELLI (a cura di), *Codice commentato del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2020, p. 1126. A. FRENI, G. GIUGNI, *Lo Statuto dei lavoratori cit.*, p. 109, ritengono possibile la previsione di clausole contrattuali che impongano una comunicazione concomitante. In senso contrario si esprimono C. ASSANTI, G. PERA, *Commento allo Statuto ...*, p. 287, U. CARABELLI, *Commento op. cit.*, p. 410, S. MAGRINI, *Commento op.*, p. 811 e G.F. MANCINI, *Commento op. cit.*, in U. ROMAGNOLI, L. MONTUSCHI, G. GHEZZI, G.F. MANCINI, *Statuto dei diritti dei lavoratori*, in A. SCIALOJA, G. BRANCA (a cura di), *Commentario del codice civile, Libro quinto. Del Lavoro. Titolo I e II. Supplemento legge 20 maggio 1970 n. 300*, Zanichelli - Foro Italiano, Bologna - Roma, 1972, p. 385.

21 Cass. 03.02.2000, n. 1199.

22 G.F. MANCINI, *Commento op. cit.*, p. 386.

23 U. CARABELLI, *Commento op. cit.*, p. 417 ss. e G.F. MANCINI, *Commento op. cit.*, p. 387. In senso contrario si v. S. MAGRINI, *Commento op. cit.*, pp. 801-802 secondo cui tale interpretazione prevederebbe un limite al diritto la cui determinazione sarebbe rimessa al comportamento meramente potestativo del titolare del diritto stesso.

24 Si v. Cass. 23.03.1994, n. 2808.

25 S. MAGRINI, *Commento op. cit.*, p. 799.

sul contenuto dei documenti²⁶, né può valutare il carattere sindacale della pubblicazione, non competendo a lui tale identificazione²⁷.

Nemmeno può rimuovere testi dalla bacheca, dovendosi, invece, rivolgere ai dirigenti delle rappresentanze sindacali o (anche in via d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.*) all'autorità giudiziaria²⁸, richiedendo anche l'eventuale risarcimento del danno²⁹. La responsabilità di ciò che viene affisso in bacheca è in capo alla RSA/RSU³⁰. È richiesta l'identificabilità della provenienza delle pubblicazioni³¹.

La mancata predisposizione degli appositi spazi, così come la violazione del diritto di affissione (mediante manomissione o rimozione delle pubblicazioni) configura una condotta antisindacale sanzionabile ai sensi dell'art. 28 St. lav.³². In caso di rimozione o di danneggiamento dei documenti affissi da parte di soggetti diversi dal datore di lavoro, la RSA/RSU può ricorrere all'azione possessoria. In tale ipotesi, è esclusa ogni responsabilità del datore di lavoro, non sussistendo un obbligo di collaborazione attiva dello stesso³³.

2.2. Il proselitismo (art. 26 St. lav.)

A seguito del referendum del 13.06.1995 (che ne ha abrogato i co. 2 e 3, contenenti la disciplina relativa ai contributi sindacali), l'art. 26 St. lav. regola esclusivamente i profili attinenti al c.d. proselitismo. Nello specifico, la disposizione consente ai lavoratori di svolgere, sul luogo di lavoro, opera di proselitismo in favore delle organizzazioni sindacali di appartenenza³⁴.

26 S. MAGRINI, *Commento op. cit.*, p. 805.

27 U. CARABELLI, *Commento op. cit.*, p. 424.

28 A. FRENI, G. GIUGNI, *Lo Statuto dei lavoratori cit.*, p. 110 e U. CARABELLI, *Commento op. cit.*, pp. 422-423. Si esprime in senso contrario S. MAGRINI, *Commento op. cit.*, p. 810, secondo cui la valutazione di antisindacalità non discende automaticamente dalla rimozione del documento bensì dall'accertamento che tale comportamento sia volto a limitare un'attività sindacale. Antisindacalità che, quindi, non sarebbe ravvisabile ove la rimozione fosse volta ad impedire un'attività svolta da soggetti sindacali ma al di fuori della sfera di protezione agli stessi riconosciuta dall'ordinamento.

29 G.F. MANCINI, *Commento op. cit.*, p. 387.

30 U. CARABELLI, *Commento op. cit.*, p. 416.

31 A. FRENI, G. GIUGNI, *Lo Statuto op. cit.*, pp. 109-110. In giurisprudenza, si v. Cass. 23.03.1994, n. 2808. Secondo U. CARABELLI, *Commento op. cit.*, p. 416, invece, in ragione dell'immediata e diretta responsabilità della RSA, non sarebbe necessaria l'indicazione della concreta provenienza del documento. L'identificabilità del soggetto che ha effettuato l'affissione assume rilievo, in particolare, in presenza di una RSU in ragione dell'attribuzione del relativo diritto al singolo componente della stessa.

32 U. CARABELLI, *Commento op. cit.*, p. 423.

33 S. MAGRINI, *Commento op. cit.*, pp. 797 e 808.

34 Deve trattarsi di iniziative di interesse sindacale secondo C. ASSANTI, G. PERA, *Commento op. cit.*, p. 289 e M. DELL'OLIO, *Commento all'art. 26 St. lav. (Contributi sindacali)*, in U. PROSPERETTI (diretto da), *Commentario dello Statuto dei lavoratori*, II, Giuffrè, Milano, 1975, p. 830. Si esprimono in senso contrario A. FRENI, G. GIUGNI, *Lo Statuto op. cit.*, p. 111 secondo cui l'attività di proselitismo e di collettaggio è possibile anche a beneficio di organismi differenti da quelli sindacali. Nello stesso senso sembra esprimersi G.F. MANCINI, *Commento all'art. 26 St. lav. (Contributi sindacali)*, in U. ROMAGNOLI, L. MONTUSCHI, G. GHEZZI, G.F. MANCINI, *Statuto dei diritti dei lavoratori*, in A. SCIALOJA, G. BRANCA (a cura di), *Commentario del codice civile, Libro quinto. Del Lavoro. Titolo I e II. Supplemento legge 20 maggio 1970 n. 300*, Zanichelli - Foro Italiano, Bologna - Roma, pp. 393-394, anche in ragione del fatto che il proselitismo, dovendosi svolgere senza pregiudizio al normale svolgimento dell'attività lavorativa, non imporrebbe alcun sacrificio al datore di lavoro.

Nonostante la collocazione nel Titolo III, l'art. 26 St. lav. non fa parte della c.d. "legislazione di sostegno" alle RSA. L'attività di proselitismo può, infatti, essere posta in essere dai lavoratori associati a tutte le organizzazioni sindacali operanti ai sensi dell'art. 14 St. lav.³⁵. Si tratta di un *unicum* nel Titolo III sia per l'utilizzo del termine organizzazioni (in luogo di quelli di associazioni e sindacati)³⁶, sia perché tale disposizione manca di carattere selettivo³⁷.

Con riferimento a tale particolarità, è stato osservato che l'estensione dell'attività di proselitismo a tutte le organizzazioni sindacali ha lo scopo di garantire gli strumenti essenziali per la formazione, la sopravvivenza e lo sviluppo delle stesse³⁸, mentre una scelta opposta avrebbe attribuito ad alcuni soggetti una posizione di monopolio, condannando gli altri ad un perpetuo stato di minorità o addirittura alla scomparsa³⁹. Non è, quindi, estranea alla norma anche una funzione di garanzia della libertà nei rapporti tra le varie organizzazioni sindacali⁴⁰.

Il proselitismo incontra quale limite il divieto di pregiudizio al normale svolgimento dell'attività aziendale. Tale limitazione mira a risolvere il conflitto tra l'esercizio della prerogativa sindacale e gli effetti che la stessa può avere sul funzionamento dell'organizzazione produttiva⁴¹.

Ogni forma di proselitismo deve, quindi, essere tollerata dal datore di lavoro nella misura in cui non comprometta la normalità dell'attività aziendale e non ponga a rischio l'incolumità dei lavoratori⁴². Normalità che deve essere verificata nel singolo caso. Tale criterio – differente rispetto a quello dell'inadempimento contrattuale – non deve, infatti, essere riferito ad uno schema generico ed astratto, bensì alla fattispecie concreta e particolare, differente per ogni impresa⁴³.

Al contempo, le modalità esecutive e organizzative della prestazione lavorativa, per quanto rientranti nei poteri dell'imprenditore, non possono essere forzate (oltre la normalità) in pregiudizio del diritto al proselitismo⁴⁴. Ogni forzatura che comporti una compressione dell'attività di proselitismo configura, quindi, un comportamento illegittimo.

35 Secondo C. ASSANTI, G. PERA, *Commento op. cit.*, p. 289, tale diritto spetta a tutti i lavoratori e non solo ai componenti degli organismi sindacali. M. DELL'OLIO, *Commento op. cit.*, p. 822 mette in luce come la norma si riferisca ai lavoratori, pur precisando che l'attività di proselitismo viene svolta in favore delle organizzazioni sindacali di appartenenza, tanto che la stessa nozione di proselitismo postula una struttura di tipo associativo.

36 M. DELL'OLIO, *Commento op. cit.*, p. 822.

37 G.F. MANCINI, *Commento op. cit.*, p. 389.

38 G. SANTORO-PASSARELLI, *Commento all'art. 26 St. lav. (Contributi sindacali)*, in G. GIUGNI (diretto da), *Lo Statuto dei Lavoratori. Commentario*, Giuffrè, Milano, 1979, p. 430.

39 G.F. MANCINI, *Commento op. cit.*, p. 390. V. DI CERBO, *Commento all'art. 26 St. lav. (Contributi sindacali)*, in G. AMOROSO, V. DI CERBO, A. MARESCA (a cura di), *Diritto del lavoro, II. Lo Statuto dei lavoratori e la disciplina dei licenziamenti*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 1209 mette in luce come consentire l'attività di proselitismo alle sole organizzazioni con i requisiti dell'art. 19 St. lav. sarebbe stato incostituzionale per contrasto con il principio di libertà sindacale.

40 M. DELL'OLIO, *Commento op. cit.*, p. 826.

41 M. DELL'OLIO, *Commento op. cit.*, pp. 836-837.

42 G. SANTORO-PASSARELLI, *Commento op. cit.*, p. 431.

43 G. SANTORO-PASSARELLI, *Commento op. cit.*, p. 429.

44 M. DELL'OLIO, *Commento op. cit.*, pp. 842 e 838.

3. L'assenza di un diritto all'utilizzo di beni aziendali per l'attività di proselitismo

Alla luce del quadro normativo in materia, appare ragionevole sostenere che l'invio di comunicazioni sindacali tramite email debba essere ricondotto, non tanto all'art. 25 St. lav. e al diritto di affissione, bensì al proselitismo, regolato dall'art. 26 St. lav.⁴⁵.

Il diritto di affissione presuppone, infatti, uno spazio fisico o virtuale (mediante bacheche elettroniche/telematiche, anche attraverso spazi su intranet o cloud aziendale)⁴⁶ ove procedere all'affissione (o alla pubblicazione, se digitali)⁴⁷ delle comunicazioni sindacali. Il diritto di affissione richiede, inoltre, che sia il soggetto destinatario (che coincide con la totalità dei dipendenti, ma non solo) a doversi attivare per prendere conoscenza del documento affisso.

Per il tramite dell'email, invece, la comunicazione raggiunge direttamente il soggetto destinatario. L'invio di una email (anche cumulativa) presuppone, quindi, una necessaria individuazione preventiva dei destinatari⁴⁸. Non sussiste, pertanto, alcuna fungibilità tra una bacheca virtuale e la casella di posta elettronica, come sembrerebbe, invece, voler suggerire la giurisprudenza della Corte di Cassazione.

La Suprema Corte avrebbe, quindi, dovuto rifarsi esclusivamente alla disciplina dell'art. 26 St. lav., mentre sono del tutto inconferenti le argomentazioni relative all'art. 25 St. lav. e al diritto di affissione, anche per quanto riguarda i presunti rapporti tra tali disposizioni. In particolare, non appare condivisibile il sillogismo operato dal Collegio secondo cui la possibilità di utilizzare l'email aziendale per fini sindacali consegua all'assenza di un canale informatico dedicato (bacheca digitale/telematica) riconducibile all'art. 25 St. lav.

Pertanto, le conclusioni a cui è giunta la Corte di Cassazione sembrano contrastare anche con il contenuto dell'art. 26 St. lav. Dirimente, in particolare, è la circostanza che tale disposizione non attribuisce alle organizzazioni sindacali alcun diritto di utilizzare strumenti aziendali per lo svolgimento dell'attività di proselitismo. A differenza del diritto di affissione, in cui l'art. 25 St. lav. pone in capo al datore di lavoro un onere di collaborazione attiva predisponendo appositi spazi (eventualmente anche telematici/digitali), l'art. 26 St. lav. si limita a prevedere un mero obbligo passivo di *patis/non facere*. Il datore di lavoro è, quindi,

45 Nello stesso senso si v. P. RUFFO, *Il volantinaggio ...cit.*, p. 4. Sembra esprimersi, invece, in senso contrario A. TAMPIERI, *È antisindacale ... cit.*, p. 831.

46 In giurisprudenza, si v. Pret. Milano 03.04.1995 che ha ritenuto antisindacale il rifiuto del datore di lavoro di mettere a disposizione delle rappresentanze sindacali uno spazio virtuale all'interno dell'applicativo informatico utilizzato per le comunicazioni aziendali, nonché Pret. Milano 02.07.1997.

47 Al riguardo, A. BELLAVISTA, *Il diritto di affissione ex art. 25 St. lav. e i sistemi aziendali di comunicazione elettronica con i dipendenti*, in RIDL, 2, 1995, p. 770, mette in luce come l'espressione «affiggere [...] non può, anche se dilatata fino alla sua massima espressione semantica, giungere a comprendere l'inserimento in un file, cioè in un'area di memoria del sistema informatico, di un comunicato».

48 Al riguardo, V. ANIBALLI, *Digitalizzazione dell'attività di proselitismo e delle comunicazioni sindacali: opportunità e limiti nella cornice statutaria*, in GC, 2022, pp. 252 ss., segnala anche la necessità di tutelare l'eventuale volontà del singolo lavoratore di non essere destinatario di email aventi natura sindacale.

tenuto esclusivamente a subire nella propria sfera giuridica gli eventuali effetti dell'attività di proselitismo, sempre nel rispetto del normale svolgimento dell'attività aziendale⁴⁹.

Senza trascurare che consentire l'utilizzo senza limitazioni dell'email aziendale per fini sindacali potrebbe anche determinare un contrasto all'interno delle disposizioni dello Statuto dei lavoratori.

A tutela dei prestatori di lavoro, l'art. 4 St. lav.⁵⁰ pone, infatti, una serie di presupposti sostanziali e procedurali⁵¹ per il legittimo esercizio del potere di controllo da parte del datore di lavoro⁵². Nello specifico, se il monitoraggio è effettuato tramite strumenti tecnologici assegnati in dotazione al lavoratore (co.2) – da intendersi come quelli indispensabili per lo svolgimento dell'attività lavorativa⁵³ – condizioni per l'utilizzo delle informazioni raccolte (per ogni fine lavorativo, anche disciplinare) sono l'assolvimento da parte del datore di lavoro dell'adeguata informazione sulle modalità di utilizzo degli strumenti informatici e di effettuazione dei controlli (co. 3)⁵⁴, nonché il rispetto della normativa in materia di riservatezza⁵⁵. L'introduzione di eventuali limitazioni all'utilizzo della casella di posta elettronica aziendale per finalità non lavorative e la conseguente sanzionabilità dei comportamenti in violazione di tali limiti trovano, quindi, espressa previsione e legittimazione nello Statuto dei lavoratori⁵⁶.

49 V. ANIBALLI, *Digitalizzazione dell'attività ... cit.*, p. 237.

50 Sull'art. 4 St. lav., si v. I. ALVINO, *I nuovi limiti al controllo a distanza dell'attività dei lavoratori nell'intersezione fra regole dello Statuto dei lavoratori e quelle del Codice della privacy*, in *L&LI*, vol. II, n. 1, 2016, pp. 3 ss., A. BELLAVISTA, *Il nuovo art. 4 dello Statuto dei lavoratori*, in G. ZILIO GRANDI, M. BIASI (a cura di), *Commentario breve alla riforma «Jobs Act»*, Cedam, Padova, 2016, pp. 717 ss., C. GHITTI, *Commento all'art. 4, l. n. 300/1970*, in R. DEL PUNTA, F. SCARPELLI (a cura di), *Codice commentato del lavoro*, Wolters Kluwer, Milano, 2020, pp. 959 ss., L. TEBANO, *Employees' Privacy and employers' control between the Italian legal system and European sources*, in *L&LI*, vol. III, n. 2, 2017, pp. C1 ss. e P. TULLINI (a cura di), *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, Giappichelli, Torino, 2017.

51 Non sono, invece, richiesti il previo accordo sindacale o l'autorizzazione dell'Ispettorato Territoriale del Lavoro competente.

52 P. TULLINI, *Dati*, in M. NOVELLA, P. TULLINI (a cura di), *Lavoro digitale*, Giappichelli, Torino, 2022, p. 113, mette in luce come l'art. 4 St. lav. non chiarisca quali vizi affliggano i provvedimenti aziendali adottati sulla base di informazioni acquisite illecitamente, né quali siano i rimedi e le sanzioni applicabili, mentre l'art. 2 *decies*, d.lgs. 30.06.2003, n. 196 prevede espressamente la non utilizzabilità dei dati personali trattati in violazione della disciplina rilevante.

53 Si v. il comunicato stampa del Ministero del lavoro e delle politiche sociali del 18.06.2015 («Strumenti di controllo a distanza») e il provvedimento del Garante per la protezione dei dati personali del 13.07.2016, n. 303 («Trattamento di dati personali dei dipendenti mediante posta elettronica e altri strumenti di lavoro»), su cui A. TROJSI, *Al cuore del nuovo art. 4, co. 2, St. lav.: la delimitazione della fattispecie degli «strumenti utilizzati per rendere la prestazione lavorativa»*, in *RIDL*, II, 2017, pp. 317 ss.

54 Critiche in merito sono P. TULLINI, *Dati ... cit.*, p. 115, secondo cui la comunicazione ai sensi del co. 3 risulta un «lasciapassare» per una pluralità di utilizzi successivi e potenziali e A. TROJSI, *La sorveglianza digitale del lavoratore*, in A. BELLAVISTA, R. SANTUCCI (a cura di), *Tecnologie digitali, poteri datoriali e diritti dei lavoratori*, Giappichelli, Torino, 2022, p. 73, in ragione del fatto che tale disposizione riserva la potestà decisoria circa i mezzi e i modi del controllo alla scelta unilaterale del datore di lavoro.

55 Sul tema, si v. C. OGRISEG, *GDPR and Personal Data Protection in the Employment Context*, in *L&LI*, vol. III, n. 2, 2017, pp. R1 ss. e N. ROSSI, *Il trattamento dei dati personali del lavoratore subordinato*, in V. FERRANTE (a cura di), *Il lavoro subordinato. Rapporto contrattuale e tutela dei diritti*, Maggioli, Sant'Arcangelo di Romagna, 2023, pp. 351 ss.

56 Anche il Garante per la protezione dei dati personali, con riferimento all'utilizzo personale dell'email aziendale, ha chiarito come quest'ultima, seppur nominalmente assegnata al lavoratore, rappresenti uno strumento di lavoro e che, pertanto, il relativo utilizzo deve uniformarsi alle regole aziendali in materia. Nello specifico, con la deliberazione 01.03.2007, n.13 («Linee guida per posta elettronica e internet»), ha raccomandato l'adozione di un disciplinare che

Escludendo la possibilità di porre limiti all'utilizzo dell'email aziendale per lo svolgimento dell'attività di proselitismo, l'interpretazione dell'art. 26 St. lav. fornita dal Collegio si contrappone, quindi, alla disciplina contenuta nell'art. 4 St. lav. Disciplina che, oltre ad essere temporalmente successiva, è contenuta nel Titolo I dello Statuto dei lavoratori, sovraordinato agli altri proprio perché volto a tutelare la libertà e la dignità dei lavoratori.

Consentire – come fatto dalla Corte di Cassazione – l'utilizzo della casella di posta elettronica aziendale (e, quindi, di strumentazione nella titolarità del datore di lavoro) per l'invio di comunicazioni sindacali, inoltre, introduce un dovere di collaborazione attiva del datore di lavoro che non ha alcun fondamento normativo nella disposizione in esame (almeno nella formulazione attuale dell'art. 26 St. lav.), a maggior ragione stante la legittima possibilità, del datore di lavoro stesso, di finalizzare l'utilizzo dell'email aziendale a scopi esclusivamente lavorativi⁵⁷.

4. Proselitismo digitale e pregiudizio al normale svolgimento dell'attività aziendale

Anche a fronte dell'apertura giurisprudenziale all'utilizzo dell'email aziendale per finalità di proselitismo, tale attività dovrebbe, comunque, rimanere soggetta ai limiti dell'art. 26 St. lav. e, quindi, all'assenza di pregiudizio al normale svolgimento dell'attività lavorativa.

Senonché, la possibilità – prevista in via interpretativa – di compiere attività di proselitismo per il tramite dell'email aziendale rischia di minare l'equilibrio raggiunto dall'art. 26 St. lav. e volto a contemperare le prerogative sindacali con l'interesse datoriale al corretto svolgimento dell'attività lavorativa⁵⁸.

L'invio di comunicazioni tramite email per finalità sindacali, infatti, alla luce delle caratteristiche proprie del mezzo utilizzato, potrebbe essere maggiormente impattante sulla prestazione lavorativa rispetto all'attività di proselitismo “fisico”. Qualsiasi lavoratore⁵⁹ potrebbe agevolmente inviare comunicazioni di natura sindacale attraverso il proprio indirizzo email aziendale, senza alcun controllo da parte del datore di lavoro, se non *ex post*.

indichi chiaramente le modalità di utilizzo della posta elettronica. Disciplinare che non è stato considerato dalla Suprema Corte nelle proprie decisioni, ma che era presente e limitava l'utilizzo dell'email aziendale ai soli fini lavorativi.

57 Si esprime in senso contrario A. TAMPIERI, *È antisindacale op.cit.*, pp. 831-832 secondo cui «un divieto assoluto da parte datoriale e nei confronti delle rappresentanze sindacali di utilizzare la posta elettronica istituzionale per comunicazioni a carattere non strettamente aziendale [sarebbe] illegittimo» perché «il pregiudizio per l'attività produttiva dovrebbe essere circoscritto a ipotesi di vero e proprio “abuso” del diritto (o meglio dello strumento comunicativo) da parte sindacale».

58 Paveva un rischio di espansione degli oneri datoriali a fronte della digitalizzazione dei diritti sindacali anche F. SCHIAVETTI, *Diritti sindacali e nuove tecnologie: tra effettività dei diritti e dovere di cooperazione del datore di lavoro*, in questa Rivista, 2023, n. 21, 261 e 263. V. ANIBALLI, *Digitalizzazione op. cit.*, p. 246 parla di «rischio di una possibile dilatazione delle incombenze a carico del datore di lavoro».

59 L'attività di proselitismo è prerogativa di tutti i lavoratori iscritti ad una organizzazione sindacale, anche a quelle che non accedono agli altri diritti del Titolo III. L'art. 26 St. lav. non richiede, infatti, per l'esercizio di tale attività il possesso dei requisiti dell'art. 19 St. lav., ma solo di quelli, meno stringenti, dell'art. 14 St. lav. Si v. *supra* il paragrafo 2.2. e, in particolare, la nota 35.



Nel caso di proselitismo “fisico” il datore di lavoro può, infatti, verificare, nella propria concreta estrinsecazione, l’incidenza dell’attività sindacale su quella lavorativa. Il proselitismo digitale, invece, rende meno agevole ed immediato l’accertamento e la prova del danno al normale svolgimento dell’attività lavorativa.

La verifica dell’eventuale pregiudizio arrecato all’attività aziendale attraverso l’utilizzo dello strumento informatico richiede, infatti, non solo un controllo sulle attività telematiche del soggetto che ha inviato l’email (ove l’invio sia avvenuto durante l’orario lavorativo e con strumenti aziendali), ma anche una verifica dell’effetto che la ricezione di tale email ha avuto sulla prestazione di tutti i destinatari⁶⁰. Verifica che – oltre a poter riguardare un numero indeterminato di lavoratori – dovrebbe essere necessariamente svolta nel rispetto della disciplina in tema di controllo dell’attività lavorativa contenuta nell’art. 4 St. lav., con un sostanziale aggravio delle attività di controllo del datore di lavoro, in capo al quale è stato, da ultimo, posto l’onere di dimostrare l’esistenza del pregiudizio.

5. Considerazioni conclusive

A prescindere dalle critiche mosse alla giurisprudenza della Corte di Cassazione, non si intende, ovviamente, negare la necessità di un’attualizzazione – anche alla luce della sempre maggiore rilevanza della tecnologia – delle modalità di esercizio dei diritti sindacali.

Tale compito non avrebbe, però, dovuto essere demandato alla giurisprudenza. L’interpretazione evolutiva operata dalla Suprema Corte finisce, infatti, per estendere la disciplina dettata – negli anni settanta del novecento – per il proselitismo “fisico” ad una fattispecie (il volantaggio digitale) che, in quel momento, non era nemmeno ipotizzabile e che, per le sue caratteristiche, presenta differenze sostanziali rispetto a quella originaria.

Nulla, ovviamente, esclude che la contrattazione collettiva e/o il legislatore possano intervenire in materia per consentire l’esercizio dei diritti sindacali (e, quindi, anche del proselitismo) in modalità telematica.

60 V. ANIBALLI, *Digitalizzazione op. cit.*, pp. 253-254 evidenzia come la ricezione di comunicazioni tramite email potrebbe diventare l’occasione per instaurare un dialogo tra il mittente e i destinatari, tra questi ultimi e, persino, con altri soggetti tramite l’inoltro della comunicazione (anche attraverso dispositivi personali dei lavoratori), dando inizio ad un confronto che potrebbe aver luogo anche durante l’orario di lavoro e al di fuori di ogni controllo aziendale.

Non deve stupire, quindi, che un'apertura all'esercizio telematico dei diritti sindacali – già arrivata dalle parti sociali nel corso dell'emergenza epidemiologica da Covid-19⁶¹ – inizi a trovare anche una (seppur timida) formalizzazione ad opera della contrattazione collettiva di settore⁶².

Pur essendo utile e meritoria, l'opera di aggiornamento posta in essere dalla contrattazione collettiva non sembra, però, in grado di sopperire all'inerzia del legislatore⁶³. Lasciare *tout court* alla contrattazione collettiva il compito di regolare la materia legittimerebbe, infatti, l'introduzione di previsioni differenziate a seconda della disciplina collettiva (settoriale e/o aziendale) applicabile e del maggiore/minore potere contrattuale delle organizzazioni/rappresentanze sindacali nel caso concreto.

Appare, quindi, più che mai necessario un intervento normativo che – prendendo atto dell'evoluzione tecnologica e delle trasformazioni verificatesi negli oltre cinquant'anni trascorsi dalla sua entrata in vigore – aggiorni le previsioni (anche in materia di proselitismo) contenute nel Titolo III dello Statuto dei lavoratori per adeguarle alla digitalizzazione dei rapporti lavorativi. Intervento sul quale, ovviamente, la regolamentazione collettiva potrà intervenire al fine di garantire condizioni di miglior favore.

61 Con le «Linee guida per lo svolgimento delle agibilità sindacali durante l'emergenza sanitaria determinata dal Covid-19» del 18.06.2020, FIOM-CGIL, FIM-CISL, UILM, Federmeccanica e Assisital hanno previsto espressamente l'utilizzo degli strumenti informatici per l'esercizio dei diritti sindacali. Nello specifico, le Linee guida fanno riferimento alla diffusione di materiali tramite bacheche elettroniche/digitali e alla possibilità di svolgere incontri e riunioni con modalità da remoto. A ben vedere, le Linee guida esprimevano una preferenza per l'esercizio "fisico" dei diritti sindacali, ponendo l'attenzione sulla necessità di adottare tutte le misure necessarie a salvaguardare la salute dei lavoratori. In merito, si v. P. PASCUCCI, C. LAZZARI, *Salute e sicurezza: commento agli artt. 4, sez. I, e 1, sez. IV, Tit. V.*, in G. ZILIO GRANDI (a cura di), *Commentario al CCNL metalmeccanici 5 febbraio 2021*, Giappichelli, Torino, 2022, pp. 109 ss. e, in particolare, il § 3.

62 Si v. l'ipotesi di rinnovo del CCNL Energia e Petrolio del 21.09.2022 (Parte I, Sezione A, «Relazioni industriali») che garantisce, ai lavoratori che svolgono le loro attività da remoto, i medesimi diritti e le medesime libertà sindacali spettanti ai lavoratori che svolgono la propria attività in presenza. Nello specifico, viene previsto l'esercizio del diritto di assemblea attraverso l'utilizzo di piattaforme elettroniche e l'implementazione (ove non ancora esistenti) delle bacheche digitali (da intendersi come ulteriori e non sostitutive di quelle fisiche). In particolare, con riferimento a tale secondo profilo, viene previsto che le aziende, previa richiesta, mettano a disposizione delle rappresentanze sindacali una apposita pagina sull'intranet aziendale. La definizione delle modalità operative è delegata al livello aziendale. Il tema è affrontato anche dall'ipotesi di piattaforma per il rinnovo del CCNL Metalmeccanici industria presentata, il 20.02.2024, da FIOM-CGIL, FIM-CISL e UILM in cui viene richiesto, tra l'altro, di «Garantire l'utilizzo e la messa a disposizione di strumenti informatici, bacheche digitali, uso mail e videoconferenze, ecc. necessari ad informare e consultare i lavoratori».

63 Si v. in questo senso anche V. ANIBALLI, *Digitalizzazione op. cit.*, pp. 255-256. Si esprimono, invece, a favore di un intervento della contrattazione collettiva P. RUFFO, *Il volantinaggio op. cit.*, p. 6 che ipotizza un rinvio da parte della legge «alla contrattazione collettiva del compito di regolare e definire le modalità di utilizzo dei supporti virtuali per scopi sindacali» e M. MAGNANI, *Nuove tecnologie e diritti sindacali*, in *L&L*, vol. V, n. 2, 2019, p. 7, che ritiene che «...la contrattazione collettiva sia lo strumento principe per l'adattamento del titolo III alle nuove tecnologie...».



*Robot Labor Law. Linee di ricerca per una nuova branca del diritto del lavoro e in vista della sessione sull'intelligenza artificiale del G7 del 2024**

di Michele Faioli

Professore associato di Diritto del lavoro
Università Cattolica del Sacro Cuore

Abstract [It]: Il saggio muove da una constatazione della realtà: la trasformazione tecnologica, dovuta all'intelligenza artificiale di nuova generazione (qui anche “*Frontier AI*”, secondo la definizione dell’*AI Safety Summit* di Londra del 2023), ci costringe a fare una nuova mappatura degli effettivi rischi e delle possibilità di innovazione che derivano dall’interazione tra lavoratori e macchina intelligente. Il che ci pone di fronte a domande più complesse di quelle che ci siamo posti sino a oggi. Qui, a tal fine, si sceglie l’angolo visuale dei nuovi rischi sociali e psico-fisici derivanti da tale interazione persona/macchina intelligente. Pur essendo convinti che da quella interazione possano derivare certamente maggiore produttività e maggiore benessere, non si può non indagare ciò che sta per accadere nei luoghi di lavoro ri-plasmati dalla tecnologia avanzata (*Frontier AI*), nei quali la nozione classica di rischio probabilmente non riesce più a essere adeguata in ragione della presenza operativa di un terzo elemento tra datore di lavoro e lavoratore. Tale terzo elemento esercita poteri, si confronta con obblighi nonché può determinare danni, creando forme di responsabilità contrattuale e extracontrattuale. Il saggio, nell’ambito di un progetto di ricerca più ampio e transdisciplinare, intende avviare il confronto accademico per poter creare un substrato teorico di una nuova branca della disciplina giuslavoristica che attiene allo studio della regolazione dell’intelligenza artificiale/robot in interazione attiva/biunivoca con lavoratori in contesti produttivi tecnologici avanzati (qui definita anche *Robot Labor Law* – “RLL”).

Title: *Robot Labor Law*. Research lines for a new branch of labour law and in view of the 2024 G7 session on artificial intelligence

Abstract [En]: The tech transformation is forcing us to rethink new solutions for mapping risks and opportunities arising from interactions between robot and worker (IWRs). While doing so, we must keep in mind that the debate is not about robots and artificial intelligence, but about us, who will have to live and work with them. In such line, we are aware that there are challenging changes. Such changes should be investigated in relation to the occurrence of new social and psychophysical risks connected to IWRs. My essay is built on the conviction that robots, empowered by AI (below also “*Frontier AI*”, notion that is line with the 2023 London AI Safety Summit), should not merely augment humans in their capabilities, but that robots and workers can become better together, thereby boosting worker wellbeing and productivity. The absence of a unified scientific framework makes us blind to various forms of reciprocity that exist when robots share the same physical and social space as workers. My thesis is aimed at buttressing the forefront of understanding and shaping the future of work regulation around robots. Also upon the results of an ongoing transdisciplinary research project, I intend to develop a basis for a new academic knowledge concerning the IWRs regulation (i.e. the “*Robot Labor Law*” - RLL). The RLL may bring unprecedented benefits to individual workers, teams, corporations, institutions, and organizations.

* Articolo sottoposto a referaggio. Il presente studio è stato elaborato nell’ambito delle prime attività del costituendo centro di ricerca *WSP Co-Lab, Workplace and Social Policies Co-Lab* (Università Cattolica del Sacro Cuore), del percorso di confronto con le parti sociali presso la SERI-FGB nonché in relazione alle indagini *in fieri* che l’unità di ricerca, costituita presso l’Università Cattolica del Sacro Cuore, di cui l’autore è responsabile scientifico, ha avviato con riferimento al PRIN 2022, Progetto “*SafetyChain: Social Blockchain for Implementation of a Digital Wallet for Occupational Health and Safety Training*”, codice progetto “20225T7B2P”, finanziato dall’Unione europea – *Next Generation EU*.

Parole chiave: relazioni di lavoro, rischio, danni, responsabilità, robot, intelligenza artificiale

Keywords: work relations, risks, damages, liability, robot, AI

Sommario: **1.** Responsabilità, rischio da lavoro alla persona, imputabilità alla macchina intelligente di nuova generazione (*Frontier AI*). Il quadro tecnologico in cui la ricerca si colloca (*Foundation Models, LLMs, Frontier AI, Generative AI*). **2.** Come si può comparare il diritto statunitense con quello euro-unitario che regola lavoro e intelligenza artificiale. Genotipi e fenotipi legali. **3.** Rischio da lavoro, danno alla persona e norma europea. Le domande da porsi. **4.** Rischio, danno alla persona e norma statunitense. Cenni. **5.** Conclusioni. Per impostare i contenuti di una nuova branca della disciplina giuslavoristica (RLL - *Robot Labor Law*).

Direction is more important than speed.

R. Feynman

*The Vantaser Danger Meridian is the
point or line after which danger to
your mission and/or sense of self increases exponentially.*

*Often used to demarcate
conditions of grave and approaching danger...*

S. Conrad

1. Responsabilità, rischio da lavoro alla persona, imputabilità alla macchina intelligente di nuova generazione. Il quadro tecnologico in cui la ricerca si colloca (*Foundation Models, LLMs, Frontier AI, Generative AI*)

Con il presente studio si intende avviare un dialogo, anche con i colleghi dell'accademia, giuristi e esperti di tecnologia, nonché con sindacati e organizzazioni datoriali, sull'adeguatezza degli attuali schemi giuridici che permettono di realizzare prevenzione, mitigazione e protezione dei nuovi rischi da lavoro riferibili all'intelligenza artificiale e alla robotica, operanti a livello di unità produttiva, anche in vista delle scelte di politica del diritto che potranno essere effettuate in materia a seguito del G7 del 2024.

Le domande da cui muoviamo sono le seguenti: cosa desideriamo che l'intelligenza artificiale, anche nella forma di robotica avanzata, nei luoghi di lavoro, faccia per noi, o, meglio, "con" noi, e certamente mai a nostro danno? Chi regola questa interazione tra la persona del lavoratore e l'intelligenza artificiale/robot (qui anche "AI/R")? E come si deve regolare quell'interazione? Inoltre, data tale interazione, cosa potrebbe accadere qualora la responsabilità dell'eventuale danno alla persona del lavoratore dipendesse direttamente/esclusivamente dall'AI/R? L'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le tecnopatologie presenta già oggi una fisionomia per poter comprendere nel nostro sistema previdenziale anche quel danno da lavoro dipendente direttamente da AI/R? E quanto è efficiente, in termini di mitigazione del danno, la procedimentalizzazione che l'attuale regolazione sulla sicurezza sul lavoro impone, anche nell'ambito di produzioni a tecnologia avanzata o dove il lavoratore co-opera con l'AI/R?

Tali domande, come si intuisce, non attengono alla mancanza o alla insufficienza della tecnologia, ma a problemi che sono nostri perché totalmente umani, riferibili alle regole che ci diamo, sia di livello individuale che collettivo. Per poter incidere in positivo sui problemi che originano da tali domande, riferite alla regolazione della tecnologia avanzata, AI/R, nei luoghi di lavoro, si deve preliminarmente osservare il campo dell'umano, chiedersi cosa intendiamo fare noi per migliorare quel campo e, infine, quale obiettivo si intende davvero raggiungere con la regolazione e la verifica della conformità a quella regolazione.

Le osservazioni che seguono vanno ovviamente oltre l'ambito di analisi etica, il quale è pressoché orientato, anche a livello internazionale, a discernere tra ciò che è super-potere dell'AI/R e ciò che non lo è, e, di conseguenza, tra ciò che è bene e ciò che è male per l'umanità nella creazione di questo super-potere dell'AI/R¹. Qui, si vorrebbe, invece, disaminare la prospettiva della regolazione di ciò che non si conosce ancora pienamente e, in particolare, della regolazione dell'AI/R nella cooperazione attiva con il lavoratore in ambienti altamente tecnologici, composti da nuovi modelli di intelligenza artificiale (*Frontier AI*), tenendo in considerazione che il quadro generale socio-economico e industriale, in cui questo contributo scientifico si pone, può forse essere comparato con quello dell'avvio delle sperimentazioni dell'energia nucleare e, più recentemente, della grande crisi finanziaria del 2008². In entrambi quei casi la regolazione macro-regionale, nazionale, domestica, è servita a poco o niente. Forse è arrivata anche troppo tardi e si è mostrata inefficiente. Si è dovuto, invece, trasferire a un regolatore internazionale la capacità di creare un governo complessivo dell'intera vicenda (durante e dopo la Seconda guerra mondiale per il nucleare e dal 2008 in poi per la crisi finanziaria). I risultati, in quei casi, sono stati parziali, non definitivi, forse non soddisfacenti, ma certamente orientati verso la direzione giusta: regolare a livello nazionale il fenomeno in sé serve a poco, mentre può essere più utile regolare le condotte di chi quel fenomeno deve gestire/governare a livello nazionale, imponendo *standards* internazionali e creando relative autorità di vigilanza. Il che, in qualche modo, sta già accadendo attorno alla definizione di AI/R che l'OCSE ha recentemente individuato, anche per avviare delle forme di cooperazione tra diverse giurisdizioni³. In tale prospettiva, i sistemi giuridici occidentali, a livello transatlantico⁴, si stanno

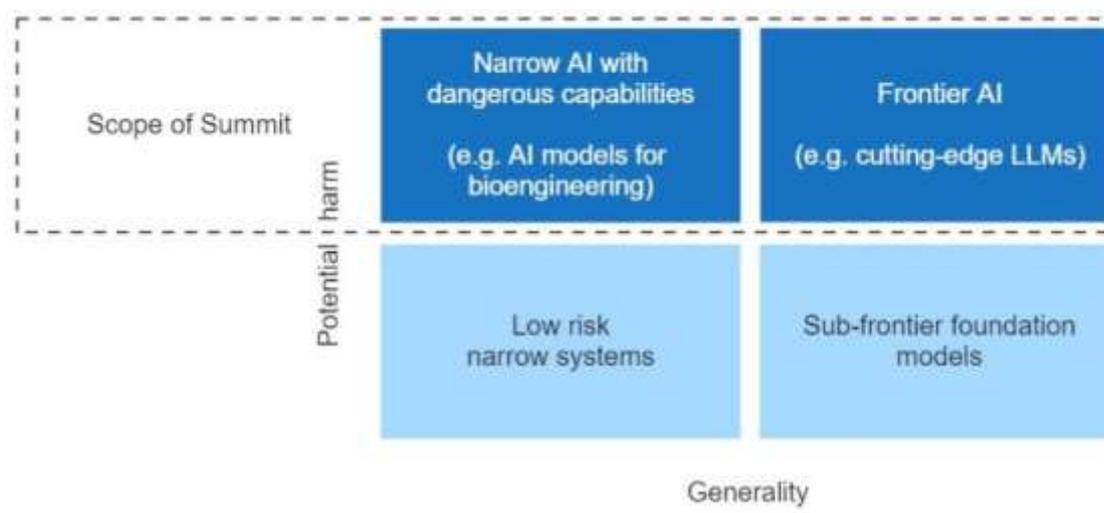
¹ Si v. i lavori della Commissione ONU sugli aspetti etici dell'intelligenza artificiale, *AI Advisory Board* - <https://www.un.org/en/ai-advisory-body>. Per le indagini accademiche recenti più importanti si rinvia al libro di D. J. GUNKEL, *Person, Thing, Robot. A Moral and Legal Ontology For the 21st Century And Beyond*, MIT Press, Cambridge, 2023, il quale richiama anche gli studi fondativi di P. RICOEUR, *Il giusto*, Effatà, Torino, 1-2, 2005 e di R. ESPOSITO, *Le persone e le cose*, Einaudi, Torino, 2014.

² L'intuizione è di L. ZINGALES, B. MCLEAN, *Who Controls AI? With Sendhil Mullainathan*, in *Capitalism't*, 21 dicembre 2023.

³ Si v. la documentazione qui riportata - <https://oecd.ai/en/wonk/ai-system-definition-update>

⁴ Gli esiti del dialogo tra Unione europea e Stati Uniti d'America si possono analizzare in https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/stronger-europe-world/eu-us-trade-and-technology-council_en#objectives-of-the-partnership

orientando anche per l'intelligenza artificiale. In particolare, il diritto euro-unitario e quello statunitense stanno cercando risposte, anche per regolare la complessità del fenomeno, in base a un presupposto giuridico che si evolve assai velocemente e deve valere a livello transnazionale: si cerca di porre una nozione giuridica di AI/R che si mostri più adatta possibile al contesto futuro, non a quello che già sappiamo oggi o è accaduto nel passato. Tale nozione coincide, almeno in questo frangente storico, in Europa e negli Stati Uniti d'America, con quella di “*Frontier AI Models*”, qui anche intelligenza artificiale di nuova generazione o di frontiera⁵. Dal punto di vista tecnologico possiamo definire *Frontier AI* ciò che rientra nella struttura dei cd. *foundation models*, i quali normalmente possiedono altresì una certa capacità di determinare danni. Rientrano nella definizione di *foundation model* anche *LLMs*, *BERT*, *DALL-E*, *GPT-3*. Si tratta di un modello che è costruito su una larga base di dati ed è adattabile a una serie quasi infinita di compiti (cd. *downstream tasks*). Lo schema che segue è tratto dai documenti dell'*AI Safety Summit* di Londra, 2023.



In relazione a tale definizione, a noi interessa mettere al centro delle riflessioni giuslavoristiche sull'AI/R che agisce in cooperazione con il lavoratore il modo mediante cui, da una parte, si assicura, secondo il diritto della sicurezza sociale, e, dall'altra, si può mitigare, con strumenti di prevenzione da sicurezza sul lavoro, quel danno che può derivare anche da *downstream task* effettuato nei luoghi di lavoro, nell'ambito di interazioni tra persona e macchina, gestita da una *Frontier AI*.

⁵ Per la definizione di *Frontier AI* si v. i risultati della conferenza intergovernativa “*AI Safety Summit*”, Londra, 2023, e, in particolare, il documento *Frontier AI: Capabilities and Risks – Discussion Paper*, 25 ottobre 2023 in <https://www.gov.uk/government/publications/frontier-ai-capabilities-and-risks-discussion-paper> - “For the purposes of the Summit we define frontier AI as highly capable general-purpose AI models that can perform a wide variety of tasks and match or exceed the capabilities present in today’s most advanced models. Today, this primarily includes large language models (LLMs) such as those underlying ChatGPT, Claude, and Bard. However, it is important to note that, both today and in the future, frontier AI systems may not be underpinned by LLMs, and could be underpinned by another technology”.

Il saggio muove, pertanto, da una constatazione della realtà: la trasformazione tecnologica, dovuta all'intelligenza artificiale di nuova generazione (*Frontier AI*), ci costringe a fare una nuova mappatura degli effettivi rischi e delle possibilità di innovazione che derivano dall'interazione tra lavoratori e macchina intelligente. Il che ci pone di fronte a domande più complesse di quelle che ci siamo posti sino a oggi. A tal fine si sceglie l'angolo visuale dei nuovi rischi sociali e psico-fisici derivanti da tale interazione persona/macchina intelligente. Pur essendo convinti che da quella interazione possano derivare certamente maggiore produttività e maggiore benessere, non si può non indagare ciò che sta per accadere nei luoghi di lavoro ri-plasmati dalla tecnologia avanzata (*Frontier AI*), nei quali la nozione classica di rischio probabilmente non riesce più a essere adeguata in ragione della presenza operativa di un "terzo elemento" tra datore di lavoro e lavoratore⁶. Tale terzo elemento esercita poteri, si confronta con obblighi nonché può determinare danni, creando anche forme di responsabilità contrattuale e extracontrattuale. Il saggio, nell'ambito di un progetto di ricerca più ampio e transdisciplinare, intende avviare il confronto, anche accademico, per poter creare un substrato teorico di una nuova branca della disciplina giuslavoristica che attiene allo studio della regolazione dell'intelligenza artificiale/*robot* in interazione attiva/biunivoca con lavoratori in contesti produttivi tecnologici (qui definita anche *Robot Labor Law* – "RLL"). Il saggio, definendo il metodo comparativo prescelto (paragrafo 2), imposta l'analisi dell'assetto delle regole europee e del relativo contesto giuslavoristico, i quali, con buona probabilità, avranno come primo compito quello di definire il tipo di rischio derivante dalla *Frontier AI*, anche nella relativa operatività nei luoghi di lavoro (paragrafo 3). Si continua con l'analisi dell'attuale sistema statunitense di regolazione della *Frontier AI*, il quale pare abbia come scopo anche il trascinarsi geo-politico su scala globale della normazione della *Frontier AI* (paragrafo 4). Nel paragrafo 5 si proverà a delineare qualche contenuto della nuova branca, di rilievo transnazionale, della disciplina giuslavoristica "*Robot Labor Law*" – RLL, in attesa del completamento del progetto di ricerca che sottende questo saggio.

2. Come si può comparare il diritto statunitense con quello euro-unitario che regola lavoro e intelligenza artificiale. Genotipi e fenotipi legali

Il metodo per la comparazione tra diritto euro-unitario e diritto statunitense può muovere dalla costruzione di un genotipo, da cui, in un secondo momento, far discendere i fenotipi giuridici specifici,

⁶ Sulla nozione di macchina intelligente come "terzo elemento" del rapporto di lavoro rinvio ai miei precedenti studi. In particolare, si v. M. FAIOLI, *Mansioni e macchina intelligente*, Torino, 2018 e la linea teorica definita con alcuni miei scritti, tra cui in particolare M. FAIOLI, *Data analytics, robot intelligenti e regolazione del lavoro*, in q. *Rivista*, n. 9, 2022, pp. 149 ss.; M. FAIOLI M., *Artificial Intelligence: The Third Element of the Labour Relations*, in A. PERULLI, T. TREU, (a cura di), *The Future of Work. Labour Law and Labour Market Regulation in the Digital Era*, Alphen aan den Rijn, Wolters-Kluwer, 2021; M. FAIOLI, *Unità produttiva digitale. Perché riformare lo Statuto dei lavoratori*, in *Economia & lavoro, Rivista di politica sindacale, sociologia e relazioni industriali*, n. 1, 2021, pp. 41 ss.

validi per osservare i due sistemi legali⁷. Il genotipo si può costruire in relazione a tre problemi: (i) quale rischio e quali danni quell'ordinamento giuridico intende selezionare ai fini della tutela da predisporre in relazione alla capacità della *Frontier AI* di interagire con il lavoratore? (ii) Quali misure di mitigazione e prevenzione quell'ordinamento giuridico può introdurre per far fronte al bisogno di tutela correlato a quei rischi e a quei danni? (iii) Quali istituzioni quell'ordinamento giuridico intende porre per attuare tale tutela, anche in termini di esigibilità individuale e collettiva?

I tre problemi ci permettono di comprendere in quale misura il legislatore sia più orientato verso una norma di prevenzione del rischio o, al contrario, verso una norma punitiva, cioè più orientata a punire il danno e a fissare la relativa riparazione. Sappiamo che la nozione di rischio, individuale e collettivo, non è mai neutra, almeno se osservata con gli occhi di un giurista. Essa è frutto di una scelta di politica del diritto ben precisa, in questo caso effettuata a livello europeo e statunitense. Aver deciso di collocare nella nozione di rischio quei (potenziali) danni alla persona derivanti da condotta di AI/R, anche nella specie di *Frontier AI*, significa aver predeterminato un percorso di regolazione, il quale non coincide più (o non coincide solo) con la richiesta di risarcimento di un danno da parte della persona che lo subisce, ma soprattutto con una norma che utilizza un certo modo di regolare la gestione del rischio, in continuità o analogamente a altri settori ove esistono prassi già consolidate di gestione del rischio (energia, ambiente, etc.). Anche nel sistema dell'intelligenza artificiale, si può decidere di regolare *ex ante* tali danni, facendo ricorso alla nozione di rischio, con modelli anticipatori, di mitigazione o precauzionali, introducendo una specie di trapianto di istituti giuridici già utilizzati altrove e probabilmente utili anche in questo caso.

Di qui si può ritenere che il diritto dimostri di partecipare attivamente, quasi in una logica di costruzione concettuale, alla definizione di *Frontier AI*, proprio in ragione del tipo di rischio (individuale e collettivo) che si intende selezionare e, poi, in ragione della norma, mitigare, prevenire, assicurare, etc.

⁷ Qui si segue il metodo elaborato, presso la *Cornell Law School*, da R. B. SCHLESINGER, *Comparative Law. Cases, Text, Materials*, Foundation Press, New York, edizione del 1988, da G. GORLA, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Giuffrè, Milano, 1981 e da R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Giappichelli, Torino, 1990. C'è un riferimento agli studi di L. MENGONI, *Diritto vivente*, in *Jus*, n. 1, 1988, pp. 14 ss. e di G. BENEDETTI, *L'elogio dell'interpretazione traducevole nell'orizzonte del diritto europeo*, in *Europa e diritto privato*, n. 2, 2010, pp. 413 ss.. Si v. anche la raccolta di saggi in P. SANDULLI, M. FAIOLI (a cura di), *Attività transnazionali. Sapere giuridico e scienza della traduzione*, Edizioni Nuova Cultura, Roma, 2011.

Il rischio segna una direzione, un orientamento, e, per alcuni versi, un dato da osservare nel futuro⁸. Il danno è, invece, già accaduto⁹. Il diritto reagisce rispetto al rischio con una serie di manovre preventive. In relazione al danno, il diritto pone, invece, tutele riparatorie in ragione di un fatto che ha inciso negativamente sulla persona, fissando le regole sul “se”, sul “chi” e sul “quanto/come” (se il danno verificatosi debba essere risarcito, chi è obbligato a risarcirlo, quanto/come si debba riparare il danno)¹⁰. Dove si regola il rischio, sussumendo in un certo senso il danno all’interno della nozione di rischio, si compie una mera operazione descrittiva, basata su statistiche, probabilità, campioni. In ragione di ciò si indicano i modi mediante cui si può ridurre la possibilità del verificarsi di quel rischio, imponendo auto-verifiche, *due diligence*, richieste di autorizzazione/permessi, etc.

In generale, il rischio ha in sé un certo meccanismo di selezione dell’evento da prevenire, assicurare, mitigare, etc. perché la regola stessa sul rischio si basa su un calcolo per prevenire, assicurare, mitigare il rischio medesimo. Nel caso dell’intelligenza artificiale, ciò è tanto più vero perché è la stessa legge che fissa o aggiorna la nozione di intelligenza artificiale, muovendo da una variabilità indefinita di definizioni tecnologiche, individuandone una o alcune per gli effetti giuridici desiderati in quel momento storico e in quel contesto socio-politico. Ed è in relazione a tale nozione di intelligenza artificiale (per esemplificare, oggi è la *Frontier AI*, domani sarà altro) che scattano una serie di meccanismi di protezione e di obblighi di comportamento.

Il rischio potenziale derivante dall’AI/R, anche gestita dalla *Frontier AI*, è quasi sempre contestuale. Esso dipende dal contesto operativo in cui l’AI/R è posta. La mappatura del rischio non può essere effettuata una volta per sempre perché il rischio muta in ragione di una serie di fattori che interagiscono tra essi,

⁸ La nozione di rischio è stata oggetto di importanti studi giuslavoristici e di diritto della sicurezza sociale. Ci sono gli studi confluiti nella collettanea AIDLASS, *Rischio e bisogno nella crisi della previdenza sociale*, Giuffrè, Milano, 1985, la quale permette di approfondire alcuni dei temi trattati da F. SANTORO PASSARELLI, *Rischio e bisogno nella previdenza sociale*, Giuffrè, Milano, 1948. Tra le analisi più recenti c’è quella svolta da P. LOI, *Il principio di ragionevolezza e proporzionalità nel diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2017. Della medesima A. si v. anche *Il rischio proporzionato nella proposta di regolamento sull’IA e i suoi effetti nel rapporto di lavoro*, in q. *Rivista*, n. 4, 2023, pp. 239 ss. Si v. anche gli spunti che si trovano nei saggi di T. TREU, *Il diritto del lavoro: realtà e possibilità*, in *ADL Argomenti di diritto del lavoro*, n. 3, 2000, pp. 467 ss.; S. PICCININNO, P. SANDULLI, *Le riforme della sicurezza sociale nell’Europa occidentale*, in *Il Diritto del lavoro*, n. 3-4, 1980, pp. 199 ss.; M. DELL’OLIO, *Previdenza privata e libertà*, in *ADL Argomenti di diritto del lavoro*, n. 2, 1998, pag. 491 ss.

⁹ Si v. la rilettura nell’ambito del diritto civile di alcuni elementi teorici di base della nozione di danno effettuata recentemente in G. ALPA, *Danno "in re ipsa" e tutela dei diritti fondamentali (diritti della personalità e diritto di proprietà)*, in *Responsabilità civile e previdenza*, n. 1, 2023, pp. 6 ss.; P. SIRENA, *Danno-evento, danno-conseguenza e relativi nessi causali. Una storia di superfetazioni interpretative e ipocrisie giurisprudenziali*, in *Responsabilità civile e previdenza*, n. 1, 2023, pp. 68 ss.; V. ROPPO, *Pensieri sparsi sulla responsabilità civile (in margine al libro di Pietro Trimarchi)*, in *Questione Giustizia*, n. 1, 2018, pp. 108 ss.; P. GALLO, *Quale futuro per il contatto sociale in Italia?*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, n. 12, 2017, pp. 1759 ss. V. ROPPO, *Responsabilità contrattuale: funzioni di deterrenza?*, in *Lavoro e diritto*, n. 3-4, 2017, pp. 407 ss. Si v. anche i recenti studi giuslavoristici in materia di danno di A. BOLLANI, *Il danno alla persona nel diritto del lavoro, tra influssi della civilistica e necessari adattamenti*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, n. 176, 2022, pp. 593 ss.

¹⁰ Per una panoramica sul dibattito civilistico in corso si v. i recenti studi di A. D’ADDA, *Danni "da robot" (specie in ambito sanitario) e pluralità di responsabili tra sistema della responsabilità civile ed iniziative di diritto europeo*, in *Rivista di diritto civile*, n. 5, 2022, pp. 805 ss. Si v. anche G. CALABRESI, E. AL MUREDEN, *Driverless cars. Intelligenza artificiale e futuro della mobilità*, Il Mulino, Bologna, 2021.

con la conseguenza che è rischio ciò che in quel momento può essere definito tale. Il quadro dei fattori può cambiare e, di conseguenza, cambia anche il rischio, il quale, forse, in alcuni casi, può subire una specie di declassamento in altro. Inoltre, c'è un rischio derivante dall'AI/R, gestita dalla *Frontier AI*, solo se con il relativo utilizzo si incrementa l'esposizione al danno: il che, almeno nella logica giuslavoristica di questo studio, significa osservare il rischio con riferimento alle persone che interagiscono anche nei luoghi di lavoro con forme di AI/R, gestita dalla *Frontier AI*. In tale prospettiva, più forte sarà il contesto umano, perché emancipato, educato, formato a gestire i problemi eventuali di quell'AI/R, minore sarà l'impatto del rischio.

In tale prospettiva i tre problemi posti sopra (quali rischi, quali misure di mitigazione, quali istituzioni) diventano una specie di schema generale per poter più efficacemente comparare il diritto euro-unitario con quello statunitense, avendo a riguardo, da una parte, il diritto della tecnologia, così come si sta sviluppando in questi ultimi tempi, e, dall'altra, il diritto del lavoro che reagisce (come noto, da sempre) alla tecnologia introdotta a livello di unità produttiva in relazione a più fattori, oltre a quelli già in qualche modo oggetto di indagine (direzione, coordinamento, controllo, variabilità delle mansioni, indagini sulle opinioni, discriminazioni, etc.)¹¹.

C'è, infatti, un campo elettivo per svolgere questa disamina: quello della sicurezza sui luoghi di lavoro, dei danni alla persona e della relativa assicurazione (INAIL), intendendo quella tecnologia avanzata (*Frontier AI*) sia come strumento da cui può dipendere un danno alla persona del lavoratore, in ragione di una violazione delle norme sulla sicurezza, sia come strumento che aiuta a prevenire il danno alla persona. Con altre parole, si intende osservare, mediante il progetto di ricerca che si è avviato, la *Frontier AI* nell'ambito delle proprie funzioni di terzo elemento, il quale, in ragione del fatto che può coordinare, controllare, dirigere anche il lavoro umano, variandone le mansioni e teoricamente applicando sanzioni disciplinari, esso è, da una parte, capace di causare il danno e, dall'altra, almeno auspicabilmente, anche di prevenirlo.

Da ciò deriva la centralità dell'oggetto del presente studio: sapendo che il diritto è chiamato a adeguarsi alla tecnologia¹², non il contrario, non basta più (solo) comprendere quali limiti porre, mediante legge e/o contrattazione collettiva, rispetto ai poteri che la *Frontier AI* può esercitare¹³, ma si deve altresì cogliere quali danni e quali rischi possono derivare dalle condotte/scelte della *Frontier AI*, operate nell'interazione con la persona umana nei luoghi di lavoro, e, dunque, quali criteri di imputazione della responsabilità siamo tenuti a aggiornare e perché, dato il contesto produttivo che si evolve giorno per giorno, nonché

¹¹ Si v. la bibliografia riportata nella nota 7 e 23.

¹² Per evocare una delle idee più forti di G. GIUGNI, *Il processo tecnologico e la contrattazione collettiva*, in F. MOMIGLIANO, *Lavoratori e sindacati di fronte alle trasformazioni del processo produttivo*, Feltrinelli, Milano, 1962.

¹³ A tal proposito si v. la struttura della teoria in M. FAIOLI, *op. cit.*, 2018, pp. 93 ss. e pp. 211 ss.

come prevenire e mitigare tali rischi e danni, anche mediante innovati procedimenti organizzativi di livello aziendale e avanzati sistemi tecnologici che possono essere introdotti con la specifica funzione di prevenzione/mitigazione dei rischi/danni da *Frontier AI*.

3. Rischio da lavoro, danno alla persona e norma europea. Le domande da porsi

Normalmente, di fronte a fenomeni così complessi come quelli connessi ai danni alla persona del lavoratore imputabili a una macchina intelligente, il giurista suggerisce di intervenire con una norma. L'economista, con buona probabilità, ritiene sufficiente introdurre un prezzo per l'inefficienza tale da indurre chi deve conformarsi alla norma a farlo¹⁴. Ci sono, però, giuristi che hanno combinato le due prospettive. Tra questi ci sono certamente, con visioni diverse, G. Calabresi¹⁵ e R. Posner¹⁶, i quali hanno applicato la logica dei costi e dei benefici al diritto: si fissa il punto di partenza (nel nostro caso, i danni alla persona del lavoratore imputabili alla *Frontier AI* – “S”); poi, si stabilisce l'obiettivo dell'analisi (minimizzare i costi sociali – “C”); da ultimo, con passaggi vari, si seleziona il modo più efficiente economicamente (“V”) per raggiungere quel risultato (“R”).

Ora, utilizzando uno schema di esposizione in linea con tale teoria, potremmo avere quanto segue: per realizzare R (risultato), muovendo da S (situazione), si deve calcolare C (differenza tra costi) e identificare V (modo efficiente)¹⁷. Adattiamo il discorso al caso di cui ci occupiamo qui: C, il costo dei danni imputabili alla *Frontier AI* né può essere scaricato in alcun modo sui lavoratori, né può essere integralmente internalizzato dal datore di lavoro, trattandosi di danni derivanti non dal datore di lavoro, ma dalla *Frontier AI* che qui assumiamo essere il terzo elemento del rapporto di lavoro. Il risultato R non coincide certamente con il cercare di evitare del tutto tali danni perché ciò costerebbe troppo. E', invece, molto più sensato ritenere che si debbano ridurre il più possibile tali danni, nella misura massima secondo la tecnologia più appropriata applicabile (per l'ordinamento italiano, si v. i presupposti dell'art. 2087 c.c., anche in relazione al d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81). Il modo efficiente (V) potrà essere realizzato, in alcuni casi, mediante una prevenzione generale e, in molti altri, mediante una prevenzione specifica, definita con provvedimenti che sono volti a identificare il modo più sicuro per far operare macchine intelligenti nei luoghi di lavoro. La prevenzione generale si basa sull'idea che il datore di lavoro possa assumersi i costi per l'introduzione dell'AI/R a livello di unità produttiva e per la relativa *compliance* rispetto a alcuni

¹⁴ R. COASE, *The Problem of Social Cost*, in *Journal of Law & Economics*, n. 3, 1969, pp. 1 ss.

¹⁵ G. CALABRESI, *Transaction Costs, Resource Allocation and Liability Rules. A Comment*, in *Journal of Law & Economics*, n. 11, 1968, pp. 67 ss.; G. CALABRESI, *Melamed, Property Rules, Liability Rules and Inalienability. A view of the Cathedral*, in *Harvard Law Review*, n. 85, 1972, pp. 1089 ss.

¹⁶ R. POSNER, *Economic Analysis of Law*, Aspen, Boston, 1992.

¹⁷ Si v. la ricostruzione teorica di E. AL MUREDEN, *Costo degli incidenti e responsabilità civile quarant'anni dopo. Attualità e nuove prospettive nell'analisi economico-giuridica di Guido Calabresi*, in *Rivista di diritto civile*, n. 4, 2015, pp. 1026 ss.

parametri fissati dalla norma. La prevenzione generale ha come presupposto l'identificazione del rischio e dei modelli di gestione di tale rischio, in relazione al livello di tollerabilità (individuale/collettivo) che si intende delineare, alla verifica che ciascuno può effettuare sul rischio che deriva da una certa condotta (in questo caso dell'AI/R) e alla relativa valutazione (rischio alto, medio, basso), nonché alle azioni di vigilanza compiute da autorità pubbliche. La prevenzione generale pone una serie di criticità quando, come nel caso dell'AI/R, c'è da fare un contro-bilanciamento con i diritti della persona umana, quelli più importanti, fondamentali, che attengono alla tutela della dignità. La prevenzione speciale viene strutturata secondo il modello di responsabilità (tendenzialmente oggettiva) di chi determina il danno, con una assicurazione che copre i costi, assicurazione che può essere affidata al mercato, o, come accade in molti paesi europei, a un gestore pubblico (per l'Italia, l'INAIL).

Tale teoria generale è adatta a interpretare e, in qualche modo altresì sottende, la norma euro-unitaria, la quale è prevalentemente impostata in vista di una prevenzione generale, cioè in ragione dei rischi da proteggere e facendo riferimento a una certa nozione variabile di AI/R (si v. proposta di regolamento del parlamento europeo e del consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale - legge sull'intelligenza artificiale qui di seguito "Regolamento"). L'approccio al rischio è stato regolato secondo uno schema già noto in Europa, coincidente in larga parte con i rischi derivanti dalla circolazione commerciale di prodotti o con rischi che attengono all'ambiente, alla produzione di energia, etc.. La prevenzione speciale, quella relativa ai danni da risarcire, è assegnata a una direttiva (si v. la proposta di direttiva del parlamento europeo e del consiglio relativa all'adeguamento delle norme in materia di responsabilità civile extracontrattuale all'intelligenza artificiale - direttiva sulla responsabilità da intelligenza artificiale - COM/2022/496 final – qui di seguito "Direttiva"). Il Regolamento e la Direttiva appartengono a una strategia normativa europea molto più ampia sull'intelligenza artificiale, la quale è composta da almeno quattro ambiti di regolazione (intelligenza artificiale, governo dei dati, mercati e servizi digitali, piattaforme digitali¹⁸).

Con riferimento alla prevenzione generale, il Regolamento dispone un quadro che è disegnato secondo una logica che vede, da una parte, macro-rischi riferibili al mercato e ai relativi attori (imprese/consumatori) e, dall'altra, micro-rischi che chi opera nel mercato dell'AI/R è chiamato a rilevare sia con una verifica preventiva che con analisi successive all'introduzione in quel mercato dell'AI/R. I rischi derivanti dall'AI/R sono prevalentemente parametrati sulla salute delle persone, sulla sicurezza e

¹⁸ Si v. https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age_en - Si v. gli studi di M. ALMADA, N. PETT, *The EU AI Act: Between Product Safety and Fundamental Rights*, 2023, in SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4308072> e N. MORENO BELLOSO, N. PETT, *The EU Digital Markets Act (DMA): A Competition Hand in a Regulatory Glove*, 2023, in SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4411743>; A. BARTOLINI, *Artificial Intelligence and Civil Liability*, 2020 in [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/621926/IPOL_STU\(2020\)621926_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/621926/IPOL_STU(2020)621926_EN.pdf)

sui diritti fondamentali. Ci sono rischi inaccettabili (prima tipologia)¹⁹, poi rischi elevati, ma accettabili (seconda tipologia), date alcune condizioni, e infine rischi del tutto accettabili perché minimi (terza tipologia). Ciò che può condurre ai rischi inaccettabili è assoggettato a un divieto assoluto. Ciò che determina rischi elevati viene sottoposto a un sistema di procedimenti preventivi e *ex post* di gestione. Per ciò che implica livelli minimi di rischi si promuovono varie forme di auto-regolazione. Per i rischi elevati, quelli della seconda tipologia²⁰, l'AI/R viene sottoposto *ex ante* a una verifica di conformità, ottenuta la quale si può procedere con l'immissione nel mercato. Tale verifica viene svolta in ragione del fatto che l'AI/R può essere una componente di sicurezza di un prodotto (o essa stessa un prodotto), o, in alternativa, ha riflessi sui diritti fondamentali²¹. Nel primo caso (componente di sicurezza/prodotto) c'è un ruolo di soggetti terzi che hanno poteri di notifica, ispezioni, etc. Nel secondo caso (diritti fondamentali) non c'è un ruolo di soggetti terzi che facilitano il processo di adeguamento perché c'è un divieto assoluto di ricorso a quel tipo di intelligenza artificiale. In via generale, la verifica *ex ante* muove dall'identificazione dei rischi e dalla valutazione probabilistica delle verificarsi di essi, in condizioni di normale prevedibilità. Il che viene posto anche in relazione con la valutazione di altri eventuali rischi derivanti dall'analisi dei dati raccolti dal sistema di monitoraggio successivo all'immissione nel mercato e con l'introduzione di misure di gestione dei rischi. A valle di ciò, si chiede la conformità, anche per farsi autorizzare alla libera circolazione dell'AI/R nel mercato europeo. La conformità si basa su un atto autorizzatorio che può essere ottenuto, a seguito delle verifiche *ex ante*, anche con l'ausilio di terzi esperti. C'è altresì l'obbligo di svolgere alcune verifiche *in itinere* e *ex post* per permettere l'eventuale adozione di misure di mitigazione e la gestione continuativa nel tempo del rischio derivante dall'AI/R. Per i profili sostanziali, la norma europea impone una serie di protezioni collegate alla raccolta e all'elaborazione dei dati mediante cui si alimenta il sistema AI/R che viene immesso nel mercato. Per le verifiche *ex post* viene definito un sistema di registri pubblici, monitoraggio, segnalazione e riparazione dell'eventuale causa che

¹⁹ AI/R che utilizza tecniche subliminali, o che sfrutta le vulnerabilità di uno specifico gruppo di persone, creando discriminazione, o utilizzata da parte delle autorità pubbliche o per loro conto ai fini della valutazione o della classificazione dell'affidabilità delle persone fisiche, o capace di identificazione biometrica remota "in tempo reale" in spazi accessibili al pubblico a fini di attività di contrasto ai reati, date alcune condizioni.

²⁰ I sistemi di intelligenza artificiale a alto rischio sono quelli destinati ad essere utilizzati come componenti di sicurezza di prodotti soggetti a valutazione della conformità *ex ante* da parte di terzi e quelli che presentano implicazioni principalmente in relazione ai diritti fondamentali esplicitamente elencati nell'allegato III del Regolamento. Tale elenco di AI/R ad alto rischio di cui all'allegato III del Regolamento contiene un numero di AI/R, i cui rischi si sono già concretizzati o potrebbero concretizzarsi nel prossimo futuro. La Commissione, però, può estendere l'elenco degli AI/R a alto rischio utilizzati all'interno di alcuni settori predefiniti, applicando una serie di criteri e una metodologia di valutazione dei rischi.

²¹ Tra i quali si possono annoverare per certo, dato il richiamo nel preambolo del Regolamento, il diritto al rispetto della vita privata e alla protezione dei dati di carattere personale, alla non discriminazione e alla parità tra donne e uomini, alla libertà di espressione e alla libertà di riunione, ad assicurare la tutela del diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale, della presunzione di innocenza e dei diritti della difesa, i diritti dei lavoratori a condizioni di lavoro giuste ed eque, un livello elevato di protezione dei consumatori, i diritti del minore, il diritto a un livello elevato di tutela dell'ambiente e al miglioramento della sua qualità, anche in relazione alla salute e alla sicurezza delle persone.

crea quel rischio. I sistemi AI/R che possono determinare rischi specifici di manipolazione sono sottoposti a obblighi di trasparenza specifici qualora essi interagiscano con gli esseri umani, siano utilizzati per rilevare emozioni, possano definire categorie sociali sulla base di dati biometrici, possano generare contenuti falsi.

In relazione alle istituzioni, si noti che verrà costituito un comitato europeo per l'intelligenza artificiale, con i rappresentanti degli Stati membri e della Commissione. A livello nazionale, gli Stati membri dovranno designare autorità competenti a controllare l'applicazione e l'attuazione del Regolamento. Il garante europeo della protezione dei dati agirà come autorità competente per la vigilanza delle istituzioni, delle agenzie e degli organismi dell'Unione. Ci sarà anche la creazione di una banca dati a livello europeo per i sistemi cd. ad alto rischio che presentano principalmente implicazioni in relazione ai diritti fondamentali. La banca dati sarà gestita dalla Commissione e alimentata con i dati messi a disposizione dai fornitori di AI/R, i quali saranno tenuti a registrare i relativi AI/R prima di immetterli sul mercato. Invece, con riferimento alla prevenzione specifica (risarcimento dei danni), la Direttiva, nella consapevolezza che gli ordinamenti domestici non sono “adatti” a gestire le azioni di responsabilità per danni causati da prodotti e servizi basati sull'AI/R, perché le caratteristiche dell'AI/R, date dalla relativa complessità, l'autonomia e l'opacità, possono rendere complicato assolvere l'onere della prova, ha introdotto un doppio binario di protezione. La consapevolezza dell'inadeguatezza delle norme nazionali ha un riverbero anche dal lato degli investimenti. Una giurisprudenza ambigua, priva di una normativa *ad hoc* sull'AI/R crea molte aspettative risarcitorie, blocca il sistema assicurativo e, di fatto, lo sviluppo tecnologico. Il doppio binario si realizza con l'adeguamento della disciplina già esistente sulla responsabilità extracontrattuale oggettiva del produttore per danno da prodotti difettosi e con l'introduzione di una norma sulla responsabilità extracontrattuale per colpa da fatti derivanti da AI/R. In particolare, la Direttiva attiene specificatamente alle azioni di responsabilità extracontrattuale, con imputabilità per colpa. La Direttiva pone due strumenti potenti nelle mani del ricorrente/danneggiato. Il primo strumento riguarda la possibilità di richiedere al giudice l'ordine di divulgazione degli elementi di prova. Si tratta di una fase preliminare giudiziale mediante cui si può ottenere dal giudice competente l'ordine di far divulgare quegli elementi di prova che sono ritenuti rilevanti in relazione all'AI/R ad alto rischio che si sospetta abbiano causato danni. Il giudice dovrebbe ordinare tale divulgazione limitatamente a ciò che serve per sostenere una domanda di risarcimento. Il secondo strumento attiene all'introduzione di una presunzione relativa che è volta a definire il nesso di causalità tra la non conformità dell'AI/R agli *standards* europei (v. Regolamento) e la condotta/il risultato dell'AI/R (o, eventualmente, la mancata produzione di un risultato da parte del sistema dell'AI/R) che ha causato il danno.

A questo punto, avendo individuato le norme euro-unitarie che più possono interessarci per fini di questo studio, proviamo a indicare di seguito dove esse possono intersecare il lavoro e la gestione dei rischi da lavoro. In particolare, si può cogliere un primo spunto nel Considerando 36 del Regolamento (secondo la versione COM/2021/206 final), in parte modificato e rinumerato come Considerando 57 nella versione approvata dal Parlamento europeo il 13 marzo 2024. Tale Considerando esprime un giudizio assai incisivo, in negativo, forse anche sproporzionato, sull'utilizzo dell'AI/R nella gestione dei lavoratori, ammonendo che per l'assunzione e la selezione delle persone, per l'adozione di decisioni in materia di promozione e cessazione dei contratti di lavoro, nonché per l'assegnazione di mansioni, per il monitoraggio o la valutazione dei lavoratori “dovrebbero essere classificati come sistemi ad alto rischio, in quanto tali sistemi possono avere un impatto significativo sul futuro di tali persone in termini di future prospettive di carriera e sostentamento”. Si insiste perché “durante tutto il processo di assunzione, nonché ai fini della valutazione e della promozione delle persone o del proseguimento dei rapporti contrattuali legati al lavoro, tali sistemi possono perpetuare modelli storici di discriminazione, ad esempio nei confronti delle donne, di talune fasce di età, delle persone con disabilità o delle persone aventi determinate origini razziali o etniche o un determinato orientamento sessuale”.

Sono tutti temi già sondati, anche in studi scientifici recenti²², su cui man mano si sta formando una dottrina articolata e plurale. Qui, invece, il punto di ricaduta della riflessione che segue è volutamente diverso, cioè più consono alla dinamica della fabbrica (nel senso di unità produttiva) che si evolve digitalmente perché si decide di mutare la struttura produttiva-organizzativa orientandola alla robotica e all'intelligenza artificiale²³ e, di conseguenza, più in linea con l'importante sistema procedimentale di anticipazione e mitigazione del rischio da AI/R nei luoghi di lavoro disegnato dal protocollo europeo del giugno del 2020, sottoscritto da organizzazioni sindacali e organizzazioni datoriali²⁴, e ripreso dall'art. 26,

²² Rinvio ai saggi pubblicati in q. Rivista negli ultimi due anni. In particolare, per i fini di questo studio, richiamo C. FALERI, *Management algoritmico e asimmetrie informative di ultima generazione*, in q. Rivista, n. 3, 2024, pp. 217 ss.; M. CORTI, *L'intelligenza artificiale nel decreto trasparenza e nella legge tedesca sull'ordinamento aziendale*, in q. Rivista, n. 29, 2023, pp. 163 ss.; U. GARGIULO, *Intelligenza Artificiale e poteri datoriali: limiti normativi e ruolo dell'autonomia collettiva*, in q. Rivista, n. 29, 2023, pp. 171 ss.; L. IMBERTI, *Intelligenza artificiale e sindacato. Chi controlla i controllori artificiali?*, in q. Rivista, n. 29, 2023, pp. 192 ss.; A. ALAIMO, *Il regolamento sull'intelligenza artificiale*, in q. Rivista, n. 25, 2023, pp. 133 ss.; L. TEBANO, *Poteri datoriali e dati biometrici nel contesto dell'AI Act*, in q. Rivista, n. 25, 2023, pp. 198 ss. Si v. anche S. CIUCCIOVINO, *La disciplina nazionale sulla utilizzazione della intelligenza artificiale nel rapporto di lavoro*, in *Lavoro, Diritti, Europa*, gennaio 2024; M. MAGNANI, *L'intelligenza artificiale e il diritto del lavoro*, in *Bollettino ADAPT*, gennaio 2024; M. PERUZZI, *Intelligenza artificiale e lavoro. Uno studio su poteri datoriali e tecniche di tutela*, Giappichelli, Torino, 2023.

²³ Si v., per esemplificare, il recente caso Saipem, nel cui contratto collettivo aziendale del 15 gennaio 2024 sono state definite alcune misure di tutela dei lavoratori nell'ambito di sistemi di intelligenza artificiale di nuova generazione. Si tratta di un costante monitoraggio attuato mediante una “soluzione tecnologica di intelligenza artificiale” che permette di prevenire i comportamenti, anche inconsapevoli, di inosservanza degli obblighi di sicurezza nei cantieri. Vengono elaborate immagini provenienti da telecamere poste nel cantiere, con tutte le cautele che la legge dispone, e, l'intelligenza artificiale, selezionando i casi di rischiosità, invia notifiche *smart* ai lavoratori in pericolo.

²⁴ Si v. il protocollo ETUC – Business Europe in <https://www.etuc.org/system/files/document/file2020-06/Final%2022%2006%2020%20Agreement%20on%20Digitalisation%202020.pdf> - Si v. anche il Considerando 92 del

co. 7, del Regolamento (versione di marzo 2024), il quale dispone l'obbligo per il *deployer* dell'intelligenza artificiale a alto rischio di informare le rappresentanze sindacali e i lavoratori. In particolare, abbiamo segnalato che c'è un campo elettivo per svolgere questa indagine che è stato, almeno a oggi, poco investigato e che si ritiene centrale per poter rileggere in modo unitario tutti gli aspetti che sono già oggetto di analisi accademica (AI/R e esercizio dei poteri datoriali). Si tratta di un ambito scientifico molto interessante e ritenuto utile anche al fine di individuare il substrato di una nuova branca del diritto del lavoro che qui chiamiamo "RLL", *Robot Labor Law* perché muove dall'osservazione della realtà aziendale dove operano AI/R in piena interazione con le persone. Si tratta del campo di analisi riferito ai danni alla persona del lavoratore, e, indirettamente a quello delle misure di mitigazione di tali danni, tra cui i procedimenti di sicurezza sui luoghi di lavoro e il regime assicurativo per le tecnopatie (INAIL). Come anticipato sopra, la tecnologia avanzata (*Frontier AI*) viene intesa ai fini della nostra ricerca, da un lato, come strumento da cui può dipendere anche un danno alla persona del lavoratore, in ragione di una violazione delle norme sulla sicurezza, e, dall'altro, come strumento che aiuta a prevenire il danno ai lavoratori, in ragione di elementi che abilitano nuove interazioni tra macchina e persona, nuove competenze, nuove forme di intervento intelligente a protezione della persona (exp. esoscheletro, forme remotizzate di controllo e monitoraggio intelligente, forme innovative di intervento tecnologico, attuato mediante droni o altri *robot* antropomorfi, in caso di probabile rischio, anche in sostituzione dei lavoratori nell'ambito di produzioni di vetro, gomma, tessuti, chimica, farmaceutica, energia, etc.)²⁵.

Sebbene sotto il primo profilo (danno causato dall'AI/R) ci siano almeno due elementi da studiare per verificare l'adeguatezza dell'attuale assetto normativo in materia di rischio professionale e responsabilità, non si può non sottolineare che, a monte di tali elementi, c'è una premessa metodologica da ribadire, anche per essere ancora più netti nella gerarchia delle fonti che viene a crearsi in ragione della distinzione tra materie di competenza euro-unitaria, su cui il Regolamento e la Direttiva intervengono, e materie giuslavoristiche e previdenziali, al momento di competenza domestica: da una parte, c'è la norma europea che disciplina ciò che è vietato, ciò che si può fare e ciò che non si dovrebbe fare in assenza di alcuni requisiti (v. sopra), e, dall'altra, la norma domestica previdenziale assicura la protezione dal danno derivante da rischio professionale, con la conseguenza che qualora una certa attività tecnologica fosse

Regolamento della versione di marzo 2024 che dispone il diretto collegamento con il diritto dei lavoratori a essere informati e consultati, anche per il tramite delle rappresentanze sindacali, su tutto ciò che attiene all'intelligenza artificiale a alto rischio applicata nei luoghi di lavoro.

²⁵ Le realtà aziendali che abbiamo invitato a partecipare nel progetto di ricerca sono Eni, Enel, Ferrovie dello Stato, Leonardo, Hera, O-I International, Intesa San Paolo, Saipem. Tra le prime associazioni datoriali che hanno dato la disponibilità a far parte del lavoro di ricerca ci sono Confcommercio, Federdistribuzione, ABI, Confartigianato, CNA, Federfarma, Confindustria Digitale Anitec-Assinform. CGIL, CISL, UIL sono state informate del progetto.

vietata dalla norma europea, difficilmente essa potrebbe essere oggetto di assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali.

I due elementi che studiamo per verificare l'adeguatezza delle regole sull'assicurazione INAIL da danni derivanti da AI/R nei luoghi di lavoro sono riferiti al sistema di sicurezza sociale italiano, tenendo in considerazione che questo saggio rappresenta una prima fase di un'indagine, anche comparativa, *in fieri* e più ampia.

Il primo elemento riguarda la tutela da rischi da lavoro, la quale viene accordata dal legislatore esclusivamente ai lavoratori che sono generalmente esposti a un certo tipo di rischio lavorativo. In particolare, secondo la giurisprudenza (Cost. 2 marzo 1991, n. 100), sussiste una dissociazione di presupposti tra assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e metodo statistico-assicurativo di rischio. Tale dissociazione deriva dall'art. 38, co. 2, Cost., secondo il quale il sistema di protezione assicurativa non è volto a garantire in sé il rischio di infortunio o di malattia professionale, “bensì questi eventi in quanto incidenti sulla capacità di lavoro e collegati da un nesso causale a un'attività tipicamente valutata dalla legge come meritevole di tutela”. Oggetto della tutela sono, dunque, alcune attività tipiche, al di là dall'entità concreta della relativa pericolosità. Il che determina un quadro complesso da analizzare perché in tutti i settori produttivi il legislatore nel tempo ha selezionato i lavoratori la cui attività è ritenuta, per valutazioni politiche e sociali, legate a un certo momento storico, più esposta di altre al rischio di infortunio/malattia. Le lavorazioni, almeno nel sistema italiano, sono definite pericolose mediante un rinvio doppio: da una parte, esse sono pericolose se si svolgono in base all'utilizzo di talune macchine, le cui caratteristiche sono individuabili di volta in volta dalla norma, e, dall'altra, a prescindere da tali macchine, esse sono pericolose, se rientrano in un elenco tassativo, non suscettibile di applicazione analogica.

Il secondo elemento attiene alla garanzia economica, la quale non è equivalente al danno subito. C'è una fisiologica discrasia tra entità del danno al lavoratore e prestazione economica erogabile in quanto non si tratta di un risarcimento del danno, ma di un mero indennizzo, non potendo l'assicurazione INAIL coprire tutti i danni subiti. Il che determina indirettamente la giustificazione del cd. esonero del datore di lavoro dalla responsabilità civile *ex art. 10 DPR 30 giugno 1965, n. 1124*. Tale regime esonerativo è parziale, anzi si può ritenere che esso ormai sia assai ridotto nella relativa funzione di garanzia rispetto al datore di lavoro. Essendo esso frutto di una lunga rimodulazione interpretativa giurisprudenziale, prevalentemente operata dalla Corte costituzionale²⁶, si può affermare che la tutela del lavoratore che abbia subito un infortunio sul lavoro o una malattia professionale viene oggi assegnata, nel sistema

²⁶ Tra le più importanti, si v. Cost. 11 luglio 2003, n. 233; Cost. 24 aprile 1986, n. 118; Cost. 19 giugno 1981, n. 102; Cost. 9 marzo 1967, n. 22. Si v. la ricostruzione recente di G. CORSALINI, *L'azione di regresso dell'INAIL e il significato della sua autonomia*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, n. 3, 2023, pp. 617 ss.

italiano, al concorso tra regole INAIL (assicurazione obbligatoria) e regole del codice civile sulla responsabilità del datore di lavoro. Dove le prime (INAIL) cessano di operare, intervengono le seconde (codice civile): il datore di lavoro, teoricamente, non sarebbe chiamato a rispondere con riferimento alle voci di danno assorbite dall'assicurazione INAIL, ma ciò non accade quasi mai perché qualora ci sia un reato perseguibile di ufficio e una sentenza stabilisca che l'infortunio sia avvenuto per un fatto riferibile al medesimo datore o al relativo incaricato alla direzione/sorveglianza, il datore di lavoro viene chiamato a rispondere di tutti i danni arrecati al lavoratore²⁷. Inoltre, per i danni non coperti dall'assicurazione obbligatoria, i cd. danni complementari, non c'è esonero di sorta e si applica integralmente il sistema risarcitorio di cui al codice civile (Cost. 18 luglio 1991, n. 356).

Alla luce della descrizione dei due elementi, le linee di ricerca da sviluppare per alimentare un dibattito sui presupposti teorici della nuova branca del diritto del lavoro (*Robot Labor Law – RLL*) possono muovere da alcune domande da porsi. Ci sono due preliminari domande sull'adeguatezza di tale regime rispetto ai danni da AI/R sui luoghi di lavoro: (i) può il sistema (probabilmente vetusto) di classificazione della pericolosità della lavorazione essere ritenuto altresì sufficiente a garantire il lavoratore rispetto all'AI/R che opera in unità produttive avanzate? (ii) Può il sistema di imputazione di responsabilità del datore di lavoro, così come lo conosciamo noi, essere applicato anche *sic et simpliciter* nel caso di AI/R, anche nella forma di *Frontier AI*?

E ancora, nell'ambito di tali domande, ci sono ulteriori spazi di indagine: sarebbe sufficiente estendere l'elenco INAIL delle lavorazioni pericolose, assorbendo anche l'AI/R? E poi quale AI/R, anche la *Frontier AI* o solo la *Frontier AI*? E nel caso in cui l'AI/R controllasse indirettamente le macchine già considerate pericolose? O, al contrario, qualora l'AI/R controllasse, anche in relazione alle *downstream tasks*, macchine non considerate utili per definire lavorazioni pericolose o non elencate, ma in ogni caso, in ragione della gestione da parte dell'AI/R, capaci di arrecare danno? Come si deve re-interpretare la nozione di prevenzione di fronte alla *Frontier AI*, e, dunque, la responsabilità per scelte che non possono essere imputate al datore di lavoro? E, dunque, perché il datore di lavoro dovrebbe rispondere dell'operato di un'AI/R capace di auto-determinare (quasi o sempre più) integralmente la propria condotta, come nel caso della *Frontier AI*? Cosa significa sistema di prevenzione del rischio/danno da AI/R nell'ambito di

²⁷ Si tenga in considerazione che l'art. 590 c.p. estende a tutte le ipotesi di lesione colposa la regola della procedibilità a querela di parte, con l'eccezione delle lesioni gravi o gravissime commesse con violazione delle norme di prevenzione degli infortuni/malattie professionali e relative all'igiene del lavoro. Il che non restringe l'area dell'esonero del datore di lavoro. Anzi, al contrario, facendo perno sulla funzione di prevenzione dell'art. 2087 c.c. e sul d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81, la giurisprudenza ha ritenuto che qualsiasi inosservanza dell'obbligo di sicurezza integra la fattispecie di cui all'art. 590 c.p. (si v. *ex multis* Cass. 25 agosto 1995, n. 9000; Cass. 12 febbraio 2000, n. 1579), con la conseguenza che il datore di lavoro viene generalmente chiamato a rispondere di tutti i danni cagionati al lavoratore qualora l'evento integri gli estremi di un reato perseguibile di ufficio e ci sia la violazione degli obblighi di sicurezza sul lavoro, con la configurazione ex art. 43 c.p. di una responsabilità per colpa.

un'organizzazione aziendale plasmata, controllata, monitorata, coordinata da sistemi intelligenti che si sostituiscono, in termini di terzo elemento del rapporto di lavoro, al datore di lavoro nell'esercizio dei poteri tipici di controllo, coordinamento, monitoraggio, etc.? Quali procedimenti bisogna porre in essere? Quali sono quelli più efficienti per garantire la persona del lavoratore e, contestualmente, non bloccare l'innovazione tecnologica e finanziaria che il datore di lavoro potrebbe effettuare? Quali tutele e quali procedimenti di esame congiunto si possono negoziare a livello aziendale, tenendo in considerazione anche le migliori prassi europee?

Il che, però, non sarebbe in ogni caso sufficiente perché bisogna altresì osservare la fase *in fieri* e quella *ex post* all'introduzione di una AI/R a livello di unità produttiva, ponendosi ulteriori domande: in questa prospettiva, è ancora efficiente, ai fini della mitigazione del danno, la procedimentalizzazione che l'attuale regolazione sulla sicurezza sul lavoro impone²⁸, anche nell'ambito di produzioni a tecnologia avanzata o dove il lavoratore co-opera con l'AI/R? La conformità, anche certificata da soggetti terzi, a tale assetto di regole procedimentalizzate della sicurezza sul lavoro può determinare in presenza di AI/R forme di esonero più efficienti per il datore di lavoro? Tra le misure di prevenzione del rischio da AI/R vi possono rientrare funzioni speciali delle istituzioni paritetiche che si occupano di sanità integrativa (fondi sanitari integrativi ex d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502) o di sicurezza sul lavoro (d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81)? Tra le funzioni speciali dei fondi sanitari integrativi si possono annoverare, per indicazione della contrattazione collettiva istitutiva, forme di monitoraggio della salute psico-fisica riferibili alla tecnologia avanzata e AI/R più utilizzata a livello aziendale e/o settoriale? I dati sulla salute psico-fisica rielaborati da tali fondi sanitari integrativi potrebbero essere utilizzati per definire mediante contratto collettivo in modo più adatto le politiche sanitarie di prevenzione del rischio da lavoro, con specifica riferibilità al tipo di rischio, al settore, all'AI/R utilizzata? Per la rielaborazione di tali dati si può immaginare l'utilizzo di un libretto digitale del lavoratore/cittadino (*digital wallet*), a cui hanno accesso i fondi sanitari integrativi e altre istituzioni paritetiche, anche per far confluire informazioni su formazione in materia di sicurezza, situazioni di rischio psico-sociale, etc.? Sarebbe auspicabile predisporre un *digital wallet* per la registrazione della formazione in materia di sicurezza, in cui far confluire anche informazioni sulla prevenzione e sulla salute del lavoratore che coopera con l'AI/R? L'applicazione delle norme contrattuali

²⁸ Sul punto si v. gli studi di P. PASCUCCI, *Salute e sicurezza sul lavoro, responsabilità degli enti, modelli organizzativi e gestionali*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, n. 4, 2021, pp. 537 ss. nonché *Sicurezza sul lavoro e cooperazione del lavoratore*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2021, n. 171, pp. 421 ss. Per una ricostruzione dettagliata dei temi più rilevanti sulla responsabilità datoriale, anche in contesti tecnologicamente aziendali evoluti, si v. il recente libro monografico di M. GIOVANNONE, *Responsabilità datoriale e prospettive regolative della sicurezza sul lavoro. Una proposta di ricomposizione*, Giappichelli, Torino, 2024. Si v. alcuni spunti nei saggi di F. MARINELLI, *Verso una Fabbrica Intelligente: come l'AI invita a ripensare la tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori*, in *Variations su Temi di Diritto del Lavoro*, n. 4, 2023, pp. 828 ss. e F. MALZANI, *Tassonomia UE e vincoli per l'impresa sostenibile nella prospettiva prevenzionistica*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, n. 177-178, 2023, pp. 75 ss.

sui fondi di sanità integrativa che dispone questo tipo di iniziativa prevenzionale del rischio può determinare una riduzione del premio INAIL in ragione della certificata conformità a taluni protocolli sanitari di anticipazione del rischio psico-fisico da AI/R? E, ancora, sarebbe possibile prevedere una riduzione del premio INAIL per i datori di lavoro che investono di più e meglio in tecnologia avanzata certificata volta a mitigare il rischio e/o a introdurre forme di prevenzione mirata del rischio mediante l'intervento di fondi di sanità integrativa?

4. Rischio, danno alla persona e norma statunitense. Cenni

A fine 2023 è stato emanato dal Presidente degli Stati Uniti d'America un provvedimento che regola specificatamente la *Frontier AI*. Si tratta dell'*Executive Order on the Safe, Secure, and Trustworthy Development and Use of Artificial Intelligence*, di seguito anche "EO", il quale è parte di una strategia più ampia composta dal *Blueprint for an AI Bill of Rights*, dall'*AI Risk Management Framework* e dall'istituzione del *National AI Research Resource*²⁹.

L'EO impone alle imprese che si occupano di intelligenza artificiale di svolgere il cd. *AI Red Teaming*, il quale è definito in termini procedurali interni, di livello aziendale, come una sperimentazione strutturata sulle possibilità di vulnerabilità dell'AI/R da cui possono derivare rischi di vario genere e danni alle persone umane ("a structured testing effort to find flaws and vulnerabilities in an AI system, often in a controlled environment and in collaboration with developers of AI. Artificial Intelligence red-teaming is most often performed by dedicated "red teams" that adopt adversarial methods to identify flaws and vulnerabilities, such as harmful or discriminatory outputs from an AI system, unforeseen or undesirable system behaviors, limitations, or potential risks associated with the misuse of the system"). Sono obbligate quelle imprese che elaborano sistemi di intelligenza artificiale di nuova generazione, qui definiti anche *Frontier AI*, o, altresì denominati "*Dual-Use Foundational Model*". Il che implica una indiretta selezione dei soggetti vincolati a tale obbligo in relazione alla capacità esprimibile dalla macchina intelligente. Per la norma statunitense è *Dual-Use Foundational Model* il sistema istruito in relazione a una ampia gamma di dati, capace di auto-supervisionarsi, in grado di gestire miliardi di parametri, applicabile trasversalmente, in molti contesti, capace di svolgere compiti da cui possono derivare rischi gravi per la sicurezza in generale, per quella nazionale e economica, per quella relativa alla sanità dei cittadini, per combinazioni di queste, come l'incidenza sulle barriere protettive che concernono l'uso di elementi chimici, biologici, nucleari, attacchi cyber, etc. o la deviazione dal controllo umano. In

²⁹ Si v. la ricostruzione di R. CALO, *Artificial Intelligence Policy: A Primer and Roadmap*, in 51 *U.C. Davis L. Rev.*, n. 51, 2017, pp. 399 ss. e, più recentemente, di M. E. KAMINSKI, *Regulating the Risks of AI*, in *Boston University Law Review*, n. 103, 2023, pp. 1347 ss. Si v. per i temi giuslavoristici che intrecciano la regolazione dell'intelligenza artificiale negli Stati Uniti d'America le analisi di B. ROGERS, *Data and Democracy at Work. Advanced Information Technologies, Labor Law, and the New Working Class*, MIT, Cambridge, 2023; O. LOBEL, *The Equality Machine: Harnessing Digital Technology for a Brighter, More Inclusive Future*, Public Affairs, New York, 2022.

attesa di un consolidamento della definizione normativa di *Dual-Use Foundational Model*, l'EO rileva, in via preliminare, assegnando ai competenti segretari di stato l'ulteriore aggiornamento, una serie di dettagli tecnici per selezionare cosa è già oggi *Dual-Use Foundational Model*. In particolare, nell'art. 4.2, si individuano alcuni elementi che attengono, da una parte, alla potenza del modello di AI/R (*any model that was trained using a quantity of computing power greater than 1026 integer or floating-point operations, or using primarily biological sequence data and using a quantity of computing power greater than 1023 integer or floating-point operations*), e, dall'altra, alla capacità dell'infrastruttura digitale (*any computing cluster that has a set of machines physically co-located in a single datacenter, transitively connected by data center networking of over 100 Gbit/s, and having a theoretical maximum computing capacity of 1020 integer or floating-point operations per second for training AI*).

Inoltre, l'EO impone ai fornitori di infrastrutture di servizio, come *Amazon, Google, Microsoft, etc.*, uno specifico obbligo che consiste nel monitorare e riportare alle autorità pubbliche le condotte di cittadini stranieri che istruiscono sistemi di intelligenza artificiale con le caratteristiche di potenza di cui sopra anche per eventuali attacchi *cyber* alla sicurezza del paese (cd. "*malicious cyber-enabled activity*"). Il che significa aver fatto una scelta diversa da quella europea: nell'ordinamento statunitense si svolge un monitoraggio di tutte le possibili applicazioni di AI/R, anche di quelle di nuova generazione, mediante il sistema dei grandi *clouds*. La parte positiva di questa scelta viene compensata dalle molte criticità, le quali sono riferibili a possibili abusi da parte dei fornitori delle infrastrutture di *cloud* o alla capacità di soggetti di effettuare vere indagini sulle possibili *malicious cyber-enabled activities*.

Abbiamo segnalato sopra che il genotipo che si può costruire per avviare la comparazione tra norma europea e norma statunitense si pone in relazione a tre problemi: (i) quale rischio e quali danni quell'ordinamento giuridico intende selezionare ai fini della tutela da predisporre in relazione alla capacità della *Frontier AI* di interagire con il lavoratore? (ii) Quali misure di mitigazione e prevenzione quell'ordinamento giuridico intende introdurre per far fronte al bisogno di tutela correlato a quei rischi e a quei danni? (iii) Quali istituzioni quell'ordinamento giuridico intende porre per attuare tale tutela, anche in termini di esigibilità individuale e collettiva?

Si comprende che la norma statunitense ha una più ampia portata geo-politica di quella europea, avendo essa impostato la definizione di *Frontier AI* sulla base di una serie di criteri che attengono alla potenza del sistema informatico e di quello infrastrutturale che lo sostiene³⁰. Il che può avere riflessi anche nel campo della presente indagine giuslavoristica (l'AI/R che determina o previene danni alla persona del lavoratore nelle unità produttive avanzate). In particolare, nel sistema nordamericano di tutela delle condizioni di lavoro si intrecciano almeno tre elementi, i quali hanno carattere preventivo, di mitigazione e assicurativo.

³⁰ Si v. i documenti pubblicati qui - <https://ai.gov> e la ricostruzione effettuata da alcuni studiosi della *Stanford University*, in particolare la direttrice del centro di ricerca sull'intelligenza artificiale (*HAI*), prof.ssa FEI-FEI LI, *The World I see. Curiosity, Exploration, and Discovery at the Dawn of AI*, Flatiron, USA, 2023.

Il primo elemento attiene al contenzioso individuale che ciascun lavoratore danneggiato può avviare per essere risarcito del danno subito (*Torts Suits*)³¹. Il contenzioso segue le regole generali, con l'effetto che i rimedi punitivi e il risarcimento segue l'impostazione nordamericana, producendo una certa deterrenza indiretta rispetto alla violazione di norme di sicurezza. Il secondo elemento riguarda l'erogazione di una prestazione economica e/o in servizi medici a favore del lavoratore danneggiato (*Workers' Compensation*). Si tratta di uno strumento previdenziale-assicurativo, attuato mediante il pagamento di premi a carico del datore di lavoro, il quale, in caso di infortunio o malattia professionale, viene attivato a favore del lavoratore³². Per accedere a tale sistema si dovrà indagare di volta in volta se l'incidente sul lavoro o la malattia possa determinare o meno l'erogazione della prestazione³³. Il che prevede l'effettuazione di un *test* preliminare che si basa sull'analisi dei fatti (è davvero un incidente sul lavoro? L'incidente è avvenuto “*in the course of the employment*” o “*arising out of the employment*”? In cosa consiste il danno al lavoratore?). La nozione di incidente/malattia è generalmente aperta, e caso per caso si svolge un *test* giurisprudenziale di indagine³⁴. L'applicazione del regime del *Workers' Compensation* teoricamente crea una forma di esonero del datore di lavoro da altre responsabilità e richieste di risarcimento. Ci sono, però, come nei sistemi europei, una serie di situazioni che determinano il diritto del lavoratore a agire in ogni caso per aggiungere alle prestazioni previdenziali-assicurative anche il risarcimento del danno ulteriore³⁵. Il terzo elemento è relativo alla struttura della prevenzione e della sicurezza sul lavoro, strutturata secondo il modello dell'anticipazione del rischio e della gestione degli effetti dei rischi mediante alcune istituzioni che sorvegliano l'adempimento corretto degli obblighi di protezione a carico del datore di lavoro (*Safety and Health Laws*)³⁶.

Dal nostro punto di vista, le domande già poste sopra, utili a avviare le linee di ricerca sulla RLL, in relazione all'ordinamento italiano e in parte a quello europeo, si possono riproporre, con alcune differenze, anche per il sistema nordamericano. Tali domande possono essere arricchite dalle seguenti: sono adeguate o meno le misure di prevenzione del rischio psico-sociale derivante da AI/R che opera a livello di unità produttiva? Il sistema nordamericano provvede a erogare risorse economiche sufficienti

³¹ Si v. uno dei casi più importanti da cui muove il sistema del contenzioso individuale - *Farewell v. Boston & Worcester Rail Road Corp.* *Supreme Judicial Court of Massachusetts* 45 Mass. (4 Met) 49 (1842).

³² Si v. R. EPSTEIN, *The Historical Origins and Economic Structure of Workers' Compensation Law*, in *Georgia Law Review*, n. 16, 1982, pp. 775 ss.

³³ L'amministrazione del *Workers' Compensation* varia da Stato a Stato. Alcuni Stati hanno l'amministrazione simile a quella previdenziale, con una centralizzazione delle attività in una agenzia. Altri Stati hanno meccanismi simili a assicurazioni private.

³⁴ Si v. il caso *Matthens v. R.T. Allen & Sons*, *Suprem Judicial Court of Maine*, 266 A.2d 240 (1970).

³⁵ Si v. il caso *Millison v. E.I. du Pont de Nemours & Co.*, *Supreme Court of New Jersey*, 501 A.2d 505 (1985).

³⁶ Si rinvia alla disciplina dell'agenzia OSHA descritta e riportata qui - <https://www.osha.gov> Per la riflessione più teorica sulla funzione della sicurezza sul lavoro nel sistema statunitense, si v. questo studio A. P. BARTEL, L. GLENN THOMAS, *Predation Through Regulation: The Wage and Profit Effects of the Occupational Safety and Health Administration and the Environmental Protection Agency*, in *Journal of Law & Economics*, n. 30, 1987, pp. 239 ss.

per il risarcimento del danno e la prevenzione? È equo tale sistema con riferimento alle varie tipologie di contratto individuale di lavoro, ai lavoratori sindacalizzati e non, migranti, etc.? È più o meno efficiente un sistema aperto di definizione di incidente/malattia professionale, non pre-definito mediante elenchi o liste, con riferimento all'AI/R che opera a livello di unità produttiva?

5. Conclusioni. Per impostare i contenuti di una nuova branca della disciplina giuslavoristica (RLL - Robot Labor Law)

Qualunque riflessione non può non muovere da una fotografia dell'intero sistema che si sta evolvendo, sia tecnicamente che normativamente, a livello di ordinamenti occidentali. È ciò che nel gergo di qualunque attività rischiosa può essere altresì chiamata *Vantasner Danger Meridian*, una specie di linea che demarca, segna e cronometra la reale rischiosità. Il che allontana le tecnofobie allarmistiche e avvicina il più auspicabile atteggiamento pragmatico del regolatore.

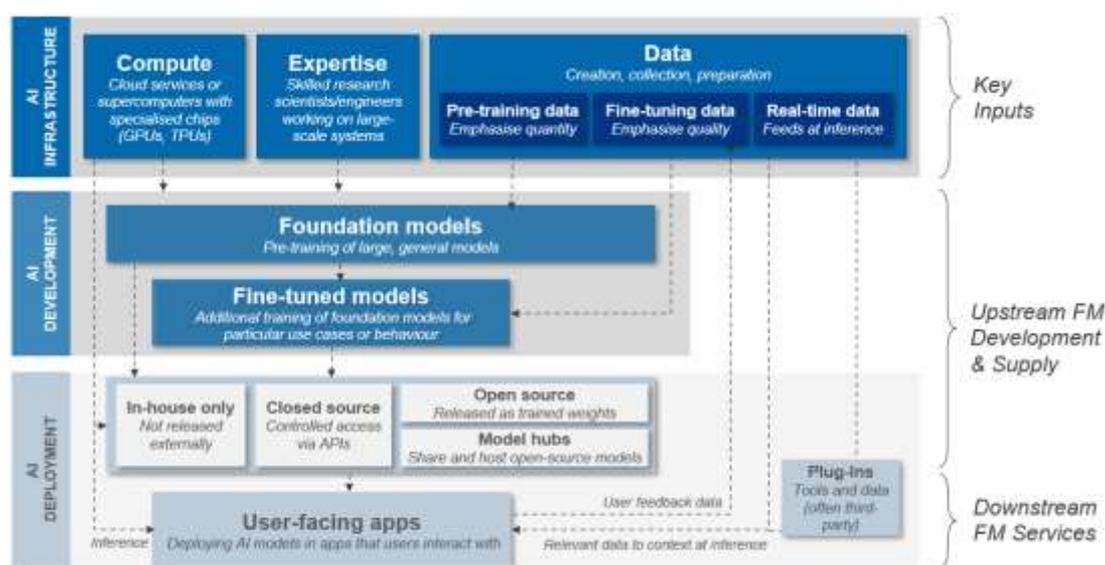
Abbiamo compreso che l'AI/R, gestita dalla *Frontier AI*, ci impone una regolazione (transnazionale/nazionale) che non può non seguire l'intero ciclo di vita della macchina intelligente, dalla fase di sviluppo iniziale sino alla sperimentazione e, poi, all'introduzione nel mercato, con verifiche periodiche degli esiti, positivi o negativi che siano, anche in termini di danno alla persona del lavoratore. Più avanzata è l'intelligenza artificiale, come nel caso della *Frontier AI*, più rischi ci sono. E ciò diventa ancora più vero per le forme di AI/R che cooperano, interagiscono, coesistono con i lavoratori nei contesti professionali.

I rischi della *Frontier AI* possono derivare da tre fattori che la regolazione, anche quella giuslavoristica, deve intercettare in qualche modo³⁷. Il primo fattore attiene ai problemi inaspettati, generalmente derivanti dal fatto che la *Frontier AI* presenta l'effettiva capacità di auto-determinarsi proprio nella fase di distribuzione nel mercato e nello svolgimento di compiti per e con gli utilizzatori finali. Il secondo fattore riguarda il problema della sicurezza nella fase di distribuzione. Gli utilizzatori finali potrebbero richiedere alla *Frontier AI* uno sviluppo ulteriore, non volto a fini legittimi, nel senso di giuridicamente non giustificabili, i quali non sono prevedibili del tutto (v. sopra) e potrebbero moltiplicare la propria portata dannosa. Il terzo fattore è relativo al problema della proliferazione, visto che la *Frontier AI* è generalmente *open-sourced*, permettendo a chiunque di sviluppare modelli ulteriori, anche aventi finalità non

³⁷ Qui si segue l'impostazione che è stata elaborata dal gruppo di studiosi e esperti, il cui lavoro è diventato oggetto di riflessione e punto di riferimento per le politiche del diritto da parte della conferenza intergovernativa che si è occupata a Londra nel 2023 della *Frontier AI*, da parte dell'Unione Europea e da parte degli Stati Uniti d'America. Si v. M. ANDERLJUNG, J. BARNHART, A. KORINEK, J. LEUNG, C. O'KEEFE, J. WHITTLESTONE, S. AVIN, M. BRUNDAGE, J. BULLOCK, D. CASS-BEGGS, B. CHANG, T. COLLINS, T. FIST, G. HADFIELD, A. HAYES, L. HO, S. HOOKER, E. HORVITZ, N. KOLT, J. SCHUETT, Y. SHAVIT, D. SIDDARTH, R. TRAGER, K. WOLF, *Frontier AI Regulation: Managing Emerging Risks To Public Safety*, 2023, in <https://arxiv.org/abs/2307.03718>

giuridicamente giustificabili. Spesso si tratta di furti di modelli o attacchi cyber-tecnologici che permettono di accedere a schemi che hanno un certo valore strategico.

Lo schema che può essere utile a comprendere tali fattori è il seguente ed è tratto dalla documentazione dell'*AI Safety Summit* di Londra, 2023:



Per far fronte a tali sfide la regolazione, anche quella giuslavoristica, sarebbe chiamata a impostare (i) *standard* internazionali di sicurezza³⁸, (ii) modelli esigibili di conformità a tali *standards*, (iii) indici e schemi di trasparenza e informazione, (iii) un modello assicurativo contro il rischio da lavoro derivante da *Frontier AI* di matrice macro-regionale, non più solo domestico/nazionale.

Muoviamo dagli *standards* internazionali, i quali dovrebbero essere oggetto di una forma di regolazione convenzionale o di trattato, sottoscritta almeno tra gli ordinamenti giuridici più rilevanti dell'occidente, tra cui certamente Stati Uniti d'America, UE e Gran Bretagna. Gli *standards* dovrebbero essere oggetto di studi, di sperimentazione, di verifica dei rischi, di raccolta dei dati e di confronto accademico, sociale, etc. Bisognerebbe introdurre schemi di *auditing* mirati alla verifica degli *standards*. Il che permetterebbe di costruire *standards* che sono elaborati mediante la tecnica del *risk assesment*, con la ponderazione di ciò che è capacità effettiva di pericolo derivante dall'AI/R (*Frontier AI*), anche a livello di unità produttiva, e della relativa controllabilità. La valutazione da parte di soggetti terzi, specializzati, *auditors* o simili, di fatto creerebbe una maggiore credibilità basata su ciò che si rende noto all'esterno, anche con l'ausilio di tali

³⁸ Negli Stati Uniti d'America, il *National Institute for Standards and Technology* ha creato l'*AI Risk Management Framework*. La *National Telecommunication and Information Agency* ha avviato un percorso per introdurre politiche assicurative collegate all'intelligenza artificiale. In Gran Bretagna è stato istituito l'*AI Standards Hub*. L'Unione europea ha chiesto alle agenzie CEN and CENELEC di sviluppare modelli standardizzati di sicurezza sull'intelligenza artificiale.

terzi specializzati. Di qui muoverebbe la costruzione di protocolli standardizzati sulle modalità di distribuzione dell'AI/R (*Frontier AI*) e sulle tutele da introdurre nonché sui processi di revisione periodica dei rischi e delle misure da adottare.

Ma tutto ciò probabilmente non sarebbe in ogni caso sufficiente. Si dovrebbero rendere esigibili i modelli di conformità, bilanciandone l'impatto sullo sviluppo potenziale tecnologico-economico. Ciò è la vera sfida per un legislatore. Si dovrebbe promuovere, anche a livello transnazionale, una via di adesione volontaria a tali *standards*, con la creazione di codici di condotta (*self-regulation*), certificazioni, rilascio di abilitazione/patente speciale preventiva per poter creare e poi distribuire, anche per le collaborazioni persona/macchina, sistemi di *Frontier AI*, autorità di vigilanza effettivamente attiva nelle ispezioni, etc. Il che permetterebbe di attivare nelle unità produttive a alta tecnologia sistemi di controllo incrociato, nuovi procedimenti di sicurezza sul lavoro collegati alla formazione professionale certificata per ciascun lavoratore che collabora con l'AI/R, patentini speciali per tali lavoratori, etc. Di qui muoverebbe, infine, la possibilità di ipotizzare un sistema di assicurazione obbligatoria, almeno macro-regionale, europeo, riferibile a ciò che in Italia è l'INAIL, per i rischi da AI/R sul lavoro. Chi studia le materie previdenziali sa che maggiore è l'ambito di applicazione, ordinamentale e geografico, di una forma assicurativa/previdenziale, maggiori saranno i benefici per tutti.

L'imponderabilità di tale impostazione riguarda specificatamente l'incidenza sulla norma che previene il danno e il rischio al lavoratore nonché permette di risarcire il danno nell'ambito dei sistemi avanzati di AI/R come la *Frontier AI*. È un'imponderabilità che deriva dal fatto che non si conosce ancora bene la combinazione più appropriata tra la prevenzione a livello di unità produttiva e il risarcimento dell'ulteriore danno, in caso di esercizio dei poteri datoriali da parte della *Frontier AI* o qualunque forma di intelligenza artificiale anche più evoluta.

Il che determina una riflessione, basata anche su studi scientifici interdisciplinari e transnazionali che sono riferiti alla realtà, non alla mera idea, come quello che si intende svolgere, con riferimento al fatto che non si può non verificare, da una parte, l'adeguatezza dei regimi previdenziali-assicurativi per incidenti sul lavoro e malattie professionali rispetto all'intelligenza artificiale di nuova generazione, adeguatezza da misurare rispetto all'obbligo contributivo, alle prestazioni e al regime di esonero di responsabilità del datore di lavoro, e, dall'altra, l'efficienza dei sistemi di sicurezza sul lavoro, essendo essi tutti o quasi tutti impostati sul passato, non sul futuro, cioè per una macchina assoggettata (con variabilità enorme) alle indicazioni della persona del lavoratore, non per una macchina, *Frontier AI*, che coordina, impone, controlla, dirige anche le prestazioni del lavoratore.

E tutto ciò rappresenta la sfida più importante per la comunità scientifica, per il decisore politico e, in definitiva, per chi opera nel sistema delle relazioni industriali, sindacati e organizzazioni datoriali. Si tratta



di una direzione da intuire e, poi, decidere di seguire, sapendo che la direzione è sempre più importante della velocità perché rappresenta il tutto sulla parte.

L'azienda come motore per la *transizione giusta*: dalla Responsabilità Sociale d'impresa all'*advocacy*. Il caso del contratto di espansione*

di Filippo Lazzara

Dottorando di ricerca in Diritto civile europeo
Sapienza - Università di Roma

Abstract [It]: La realizzazione degli obiettivi di transizione energetica deve essere sostenuta da politiche che tengano conto delle conseguenze sociali della transizione stessa. Le aziende diventano le principali protagoniste del progresso verso la transizione giusta. Prendendo le mosse dai principi della responsabilità sociale di impresa si comprenderà il ruolo delle stesse nel rinnovato scenario economico-sociale e dell'occasione di divenire stimolo e cartina di tornasole della fase di produzione normativa. La possibilità per le imprese di contribuire attivamente nell'elaborazione delle politiche sociali e del lavoro, tramite la cd. *advocacy*, consente alle stesse di attuare le proprie strategie gestionali in linea e col supporto della legislazione di riferimento. Un esempio di mancato funzionamento di questa relazione funzionale è stato il contratto di espansione il quale, essendo uno strumento flessibile e dinamico, ha agevolato le aziende nella programmazione e organizzazione del lavoro.

Title: The company as a driver for the just transition: from Corporate Social Responsibility to advocacy. The Italian case of the expansion contract

Abstract [En]: The achievement of the energy transition goals must be supported by policies that take into account the social consequences of the transition. Companies become the key players in the progress towards the so-called just transition. Starting from the principles of Corporate Social responsibility, it will be understood the role of enterprises in the renewed economic and social scenario. Becoming a driver of the regulatory production phase leads to the possibility for companies to contribute actively in the elaboration of social and labour policies, through advocacy practices. As an example of the failure of this functional relationship between private and public sector, it will be analysed the italian case of expansion contract and the opportunities for the near future.

Parole chiave: Responsabilità Sociale d'impresa; sviluppo sostenibile; transizione energetica; transizione giusta; *advocacy*; mercato ed organizzazione del lavoro; contratto di espansione

Keywords: corporate social responsibility; sustainable development; energy transition; just transition; advocacy; labour market and organization; contract for expansion

Sommario: 1. Premessa. 2. La Responsabilità Sociale d'impresa come considerazione del contesto. 3. *Segue:* le attuali esigenze della transizione giusta. 4. Dalla responsabilità sociale all'*advocacy*. 5. L'*advocacy* a sostegno della transizione giusta 5.1 Le politiche sociali e l'innovazione tecnologica 5.2 L'azienda come motore della ruota sociale 6. Il caso del contratto d'espansione: un'occasione persa può diventare un'opportunità da cogliere? 7. Conclusioni.

1. Premessa

Il processo di transizione energetica porta con sé innumerevoli sfide per le aziende.

Queste ultime, infatti, nell'odierna realtà socio-economica si assumono la responsabilità di includere, nella loro strategia di gestione, anche la tutela di interessi extra-imprenditoriali.

* Articolo sottoposto a referaggio.

In questo senso, è a partire dalla necessità che le aziende si facciano carico delle esternalità cagionate dalla produzione che, dagli anni novanta, si è sviluppata l'idea di regolamentare l'impegno delle imprese ad includere, nella loro progettualità di lungo termine, la tutela di interessi sociali ed ambientali.

A livello comunitario, tale prospettiva si è consolidata in rapporto al tema della Responsabilità Sociale dell'impresa, concepito per la prima volta nel *Libro Verde della Commissione europea* del 2001 che la definiva come l'"integrazione su base volontaria dei problemi sociali ed ambientali delle imprese nelle loro attività commerciali".

La via tracciata dal Libro Verde ha trovato seguito in diversi atti legislativi¹, dalla cui interpretazione, risulta evidente la convinzione delle Istituzioni dell'Unione del fatto che siano i mercati², e dunque le aziende, lo strumento più adeguato per la realizzazione degli obiettivi di sostenibilità (ormai noti secondo l'acronimo "SDGs"³)⁴.

In questo senso, se è vero che il mercato, di per sé, mira inevitabilmente alla realizzazione dell'efficienza paretiana, non si può fare a meno di notare come, negli ultimi anni, gli interventi regolatori dell'Unione europea abbiano realizzato una "convergenza tra politiche economiche ispirate ai principi della transizione ecosostenibile ed il recupero di una visione neokeynesiana di intervento pubblico nell'economia"⁵.

Quanto al contenuto, gli spazi della Responsabilità Sociale, invero, non appaiono agevolmente definibili *a priori*.

Quest'ultima, infatti, può consistere in una molteplicità di azioni virtuose messe in atto dall'azienda ed orientate ad andare oltre il cd. "moral minimum"; ciò attraverso l'adozione di scelte produttive (e non solo), ispirate da criteri di sostenibilità (ambientale e sociale) e condivise con gli stessi destinatari dell'attività dell'impresa (gli *stakeholders*)⁶.

¹ Oltre alle previsioni del *Green Deal* europeo, si segnalano i più recenti Reg. (UE) 2020/852 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 18 giugno 2020 relativo all'istituzione di un quadro che favorisce gli investimenti sostenibili, la Dir. (UE) 2022/2464 sulla rendicontazione societaria di sostenibilità (*Corporate Sustainability Reporting Directive* CSRD), nonché la proposta di Direttiva relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità (*Corporate Sustainability Due Diligence Directive – CSDD*) della Commissione Europea (COM/2022/71 final), la quale risulta attualmente in prima lettura al Consiglio dell'UE.

² Cfr. CLARICH, *La tutela dell'ambiente attraverso il mercato*, in *Dir. pubbl.*, 2007, 219 ss.

³ Sono gli obiettivi previsti dalla *Agenda 2030* che stabilisce 17 *Sustainable Development Goals* (SDGs) in un programma d'azione che consta di 169 'target' specifici (tra gli obiettivi si evidenziano a titolo esemplificativo la lotta alla povertà, l'eliminazione della fame e il contrasto al cambiamento climatico).

⁴ La positivizzazione del dato può anche esser letta alla luce di quell'orientamento che cerca di valorizzare la funzione preventiva e precauzionale della responsabilità, in aggiunta a quella sanzionatoria (art. 191 TFUE), v. su tutti E. del PRATO, *Il principio di precauzione nel diritto privato: spunti*, in *Liber amicorum* per F. B. BUSNELLI, *Il diritto civile tra principi e regole*, 2008, ora in ID., *Principi e metodo nell'esperienza giuridica. Saggi di diritto civile*, Torino, 2018.

⁵ B. CARUSO, V. PAPA, *Sostenibilità sociale e diritti dei lavoratori ai tempi della resilienza europea*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona"*, 457-2022, p. 15.

⁶ Cfr. M. LIBERTINI, *Impresa e finalità sociali. Riflessioni sulla teoria della responsabilità sociale dell'impresa*, in *Rivista delle Società*, 1/2009, p. 7; per quanto riguarda il coinvolgimento degli stakeholder v. anche R.E. FREEMAN, *Strategic Management. A Stakeholder Approach*, Boston, 1984.

In questo senso, diviene compito dell'impresa porsi "il problema della sua socialità"⁷.

Sulla base di tali constatazioni, nel presente elaborato si cercherà di comprendere come, oggi, il settore privato possa fornire soluzioni concrete, effettive ed efficaci nell'ottica realizzativa dei processi di transizione energetica⁸.

In considerazione del radicale cambiamento che simili progetti comportano sui piani organizzativi e di *business* delle aziende, quindi, si vedrà come, per dare attuazione ai principi della Responsabilità Sociale, tale rinnovamento dovrà essere accompagnato da un coinvolgimento nelle politiche aziendali delle conseguenze sociali provocate dalla transizione.

Infatti, è in quest'ambito che si è sviluppato il paradigma della transizione giusta: il cammino verso la neutralità carbonica deve garantire il rispetto dei diritti sociali.

Dopo aver analizzato cosa debba intendersi per transizione giusta, si indagherà un fenomeno dalla portata innovativa, l'*advocacy*, per comprendere come le aziende possano contribuire alla formazione di una legislazione che sia di supporto alle stesse nella gestione delle esternalità derivate della transizione.

In questo senso, si comprenderà come un'interlocuzione orientata tra parti sociali, imprese e legislatore possa rappresentare una soluzione per far fronte ai fabbisogni attuali del mondo del lavoro; in particolar modo, per quanto riguarda le politiche di accesso, di aggiornamento e di uscita dallo stesso.

Nell'ultima parte, si analizzerà uno strumento normativo, il contratto d'espansione, nato in via sperimentale proprio per far fronte alle esigenze di cui si è detto che, inspiegabilmente, non è stato confermato dal legislatore nell'ultima legge finanziaria.

2. La Responsabilità Sociale d'impresa come considerazione del *contesto*

Dal legislatore europeo, la responsabilità sociale dell'impresa⁹ viene definita come "*the responsibility of enterprises for their impacts on society*"

⁷ N. LIPARI, *Il ruolo del terzo settore nella crisi dello Stato*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2/2018, p. 637.

⁸ Il Reg. (UE) 2021/1119, istitutivo del quadro per il conseguimento della neutralità climatica, definisce al Considerando 11 la transizione energetica come la "transizione verso un sistema energetico sicuro, sostenibile e a prezzi accessibili, basato sulla diffusione delle energie rinnovabili, su un mercato interno dell'energia ben funzionante e sul miglioramento dell'efficienza energetica".

⁹ Il primo ad occuparsi del ruolo dell'impresa nella società fu E. M. DODD, *For Whom are Corporate Managers Trustees?*, in *Harvard Law Review*, 45/1932, pp. 1145-1148. Numerosi sono i contributi dottrinali sul tema della responsabilità sociale, si vedano: A. ADDANTE, *Responsabilità sociale dell'impresa*, voce in *Digesto Italiano, disc. civ.*, Terza Appendice di Aggiornamento, Torino, 2007, 1120; M. LIBERTINI, *Un commento al manifesto sulla Responsabilità Sociale d'impresa della Business Roundtable*, in *Orizzonti del Diritto Commerciale*, 2019, 627, ID. , *Economia sociale di mercato e responsabilità sociale d'impresa*, in AA.VV., *La responsabilità sociale dell'impresa*, V. DI CATALDO e P. SANFILIPPO (a cura di), Torino, 2013, 9 ss., 13 ed.; per un *excursus* storico sulla nozione di Responsabilità Sociale negli Stati Uniti, D. M. BRANSON, *Corporate Governance "Reform" and the New Corporate Social Responsibility*, U. Pittsburgh L. R., 2001, vol. 62, 605.

Invece, per un'analisi critica del fenomeno, v. M. FRIEDMAN, *The social responsibility of Business is to increase profits*, in *The New York Times Magazine*, 13 settembre 1970; D. VOGEL, *The Market for Virtue: The Potential and Limits of Corporate Social Responsibility*, The Brookings Institute, Washington, D.C., 2005 e, in Italia, D'ALESSANDRO, *Il mantello di san Martino*,

In quest’ottica, le imprese dovrebbero “d’intesa con gli *stakeholders*, dotarsi di un sistema per integrare le questioni sociali, ambientali, etiche, i diritti umani e dei consumatori nelle loro operazioni commerciali e nella loro strategia di mercato. Tutto ciò al fine di massimizzare il valore condiviso per i loro proprietari/azionisti e per la società civile in generale, identificando, prevenendo e mitigando i possibili impatti negativi delle proprie attività”¹⁰.

Il punto di partenza, dunque, è che le imprese si trovano ad esercitare la propria iniziativa economica nell’ambito di un *contesto*, da intendersi nella sua accezione più ampia, sociale ed ambientale.

Quest’ultimo si compone di quell’insieme di situazioni e risorse - si pensi al “capitale umano”, ai destinatari della produzione, alle risorse ambientali ecc. - sulle quali l’azienda, dall’esercizio della sua attività più tradizionale (*profit seeking*), può impattare sia in modo positivo - in termini di miglioramenti ed opportunità create (esternalità positive) - che in negativo - danneggiandole (esternalità negative).

È questa la doppia veste dell’impresa che fisiologicamente, da una parte, alimenta il *contesto* e, dell’altra, ne profitta.

Il presupposto dell’affermazione dei valori della Responsabilità Sociale dell’impresa si può rinvenire nella necessità di un coinvolgimento nelle politiche aziendali del *contesto* e delle *relazioni* che la produzione provoca nei confronti dei possibili interessati dall’attività commerciale, i cd. *stakeholders*.

In quest’ottica, il faro per le aziende dovrebbe essere, come visto, la creazione di “valore condiviso” sia per gli interessi strettamente suoi propri che, più in generale per la collettività.

Ebbene, gli effetti delle attività commerciali ed industriali, definite in ambito economico anche come esternalità, dovrebbero essere internalizzate dall’impresa che, in una simile prospettiva, deve farsi carico (per questo si parla di “responsabilità”) delle conseguenze del proprio esserci.

In questa visione, il *contesto* diviene un aspetto centrale nel processo organizzativo gestionale, nell’ottica di responsabilizzare l’impresa rispetto all’*habitat* in cui questa esplicita la sua funzione primaria.

Un rinnovato senso di “Comunità”¹¹, dunque, entra a far parte della programmazione aziendale e degli interessi che la stessa dovrà perseguire. L’obiettivo, pertanto, è quello di garantire un armonioso ed efficiente sviluppo dell’intero “sistema ecosociale”¹².

la benevolenza del birraio e la ford modello T, senza dimenticare robin-hood (divagazioni semiserie sulla cd. responsabilità sociale dell’impresa e dintorni, in Rivista di diritto Civile, 3/2022, pp. 409-461.

¹⁰ Traduzione libera dallo Staff Working document della Commissione Europea, “*Corporate Social Responsibility, Responsible Business Conduct, and Business and Human Rights: Overview of Progress*”, n. 143/2019, disponibile in <http://www.ec.europa.eu>.

¹¹ Nel senso inteso da A. OLIVETTI, *Il mondo che nasce*, Roma/Ivrea, 2014, pp.55 ss.

¹² G. BATESON, *Verso un’ecologia della mente*, Milano, 1976, p.549.

La letteratura economica ha evidenziato, inoltre, come simili pratiche possano comportare anche un vantaggio competitivo alle imprese che le adottano, nella misura in cui l'impegno pubblico assunto da quest'ultime possa esercitare, al contempo, attrazione negli investitori e nei consumatori¹³.

Da quanto evidenziato, si evince un evidente *favor*, almeno a livello europeo, nell'affidare anche al settore privato – nella piena consapevolezza dell'imprescindibile ruolo che deve mantenere il pubblico¹⁴ - un compito di primario interesse, quale quello del contenimento dei danni, che possano derivare alla società ed all'ambiente, collegati allo sviluppo economico ed al progresso scientifico.

In questi termini, si parla del principio del cd. Sviluppo sostenibile¹⁵.

Il riconoscimento istituzionale di quest'ultimo avviene nel 1987, con il rapporto *Our common future* della Commissione Brundtland, della World Commission on Environment and Development (WCED), che - dando seguito ai lavori condensati nella precedente *Stockholm Declaration on the Human Environment* delle Nazioni Unite (1972) - ha introdotto nel panorama mondiale il concetto di sostenibilità delle scelte economiche.

Sono in quei documenti le premesse storiche ed ispiratrici delle attuali previsioni contenute nell'Agenda 2030 dell'Onu.

Anche a livello nazionale, la recente Riforma Costituzionale del 2022¹⁶, modificando il disposto degli artt. 9 e 41¹⁷, ha definitivamente riconosciuto alla tutela dell'ambiente ed all'interesse delle generazioni future specifico valore costituzionale, inserendoli tra i principi fondamentali della Carta¹⁸. Trova un suo autonomo spazio normativo anche il principio dello sviluppo sostenibile, positivizzato dall'art 3^{quater} del codice dell'ambiente (D. Lgs. 3 aprile 2006, n. 152), a mente del quale: "Ogni attività umana giuridicamente

¹³ E. PORTER e M. R. KRAMER, *Strategy & Society. The Link Between Competitive Advantage and Corporate Social Responsibility*, in *Harvard Business Review*, 2006, pp. 80 e 89; LONDON, *Dual Roles for Corporate Social Responsibility and Social Entrepreneurship*, in *Organizational dynamics: a quarterly review of organizational behavior for professional managers*, 2008-4, 37, pp. 313 ss.;

¹⁴ M. LIBERTINI, *Impresa e finalità sociali*, *op. cit.* pag. 1

¹⁵ Sull'origine del termine "sostenibilità", v. K. BOSSELMANN, *The Principle of Sustainability. Transforming Law and Governance*, Ashgate, Aldershot, 2008, p. 9 ss.; cfr. anche S. L. HART, *A Natural-Resource-Based View of the Firm*, in *The Academy of Management Review*, 1995, 20(4), pp. 986-1014; V. BARRAL, *The Principle of Sustainable Development*, in L. KRAMER *et al.* (a cura di), *Principles of Environmental Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2018, pp. 103-114; E. del PRATO, *Sostenibilità, precauzione, sussidiarietà*, in *Contratto e Impresa Europa*, 3/2023, pp.405 ss.

¹⁶ Legge costituzionale 11 febbraio 2022 n. 1

¹⁷ Grazie al prezioso contributo della dottrina, e ad importanti pronunce della Suprema Corte e della Corte Costituzionale, da diversi anni, proprio in ragione della sensibilità maturata sul tema, la tutela dell'ambiente aveva già ottenuto adeguato riconoscimento costituzionale tramite l'applicazione del combinato disposto degli artt. 2, 9, 32 e 4. V. in questo senso i lavori condensati in B. CARAVITA, CASSETTI, MORRONE *Diritto dell'ambiente*, Il Mulino, 2016; G. CORDINI, *Principi costituzionali in tema di ambiente e giurisprudenza della Corte Costituzionale italiana*, in *Riv. Giur. Ambiente*, 2009, p. 611 ss. Riepiloga i diversi orientamenti giurisprudenziali ante riforma il documento del SERVIZIO STUDI DEL SENATO, *Tutela dell'ambiente in costituzione*, Note sull'A.S. n. 83 e abbinati-A, Giugno 2021, n. 396.

¹⁸ Cfr. MAFFEZZONI, *Riflessioni sui "nuovi" limiti ed orientamenti dell'iniziativa economica privata (intorno al "nuovo" l'art. 41 Cost.)*, in *federalismi.it*, 5/2023, 5 ss.

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”.

Ebbene, lo sviluppo sostenibile, pertanto, dovrà realizzarsi in coerenza con gli interessi della collettività (*rectius*, il contesto) e, in questo senso, le aziende si impegnano a coltivare, anche attraverso iniziative volontarie, la propria reputazione e il proprio accreditamento sociale, orientando le proprie strategie verso una “*redditività sostenibile di lungo termine che sappia fronteggiare le crescenti complessità e tensioni sociali, i problemi ambientali e la fragilità dei mercati ed i nuovi rischi che possono minare la stessa prosperità e sicurezza delle aziende e dei loro stakeholder*”¹⁹.

Da questa angolazione, può essere opportuno rilevare come l'essenza stessa della Responsabilità Sociale d'impresa si possa rintracciare nella funzione che assumono le aziende per la realizzazione degli ‘Obiettivi comuni’ stabiliti dall’*Agenda 2030*.

Per obiettivi comuni, infatti, si intende l'attitudine globale degli stessi per la quale: “*nessuno ne è escluso, né deve essere lasciato indietro lungo il cammino necessario per portare il mondo sulla strada della sostenibilità*”²⁰ rendendo di tutta evidenza la necessità di includere il *contesto* nella programmazione economica aziendale.

3. Segue: le attuali esigenze della transizione giusta

Tali rilievi assumono oggi un'importanza sempre più pregnante in vista dei processi di transizione energetica che, proprio in ragione di simili premesse teoriche e normative, non potrà non tenere in considerazione le conseguenze sul *contesto* del cambiamento nelle progettazioni aziendali di lungo termine. È qui che allora si delinea il ruolo della azienda verso la *transizione giusta*²¹, il cui paradigma, come detto, realizza una trasformazione del modello gestionale delle società che favorisca un percorso verso la neutralità carbonica²², privilegiando dunque l'utilizzo di fonti rinnovabili e l'impiego di nuove tecnologie, senza che a ciò conseguano nuove forme di povertà od altro tipo di disuguaglianze.

Le premesse storiche della transizione giusta possono essere rinvenute già in alcune politiche comunitarie degli anni '50.

L'esigenza di evitare che il progresso scientifico potesse arrecare danno alla società, ed in particolar modo ai lavoratori, infatti, costituivano la ragione ultima delle previsioni relative al “Fondo della Comunità

¹⁹ ROSSI S., *Il diritto della corporate social responsibility*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 1/2021, pp. 100- 134.

²⁰ Il virgolettato riprende parte del testo della Dichiarazione.

²¹ Laboratorio REF Ricerche, *La transizione ecologica: dalle persone alle politiche e viceversa*, settembre 2021, 6.

²² Si veda in questo senso il cd. *Green deal europeo* e la recente proposta di regolamento “*Net zero industry act*” (COM(2023) 161, SWD(2023) 68 del 16 marzo 2023).

Europea del Carbone e dell'Acciaio per la riqualificazione professionale e il nuovo inserimento dei lavoratori”.

Quest'ultimo, d'altronde, era stato istituito proprio al fine di facilitare le opportunità di reimpiego dei lavoratori nel campo del carbone e dell'acciaio - collocati in esubero a causa dell'avvento di nuove tecnologie - e, in concreto, aveva come scopo specifico quello di supportarli nel processo di rinnovamento produttivo, tramite iniziative volte alla riqualificazione, all'assistenza ed all'individuazione di nuove soluzioni occupazionali²³.

Ad oggi, una nozione di transizione giusta è stata introdotta nel preambolo degli accordi di Parigi del 2015²⁴, mentre l'Organizzazione Internazionale del Lavoro nelle *"Guidelines for a just transition"* del 2015 ha delineato una serie di principi che dovrebbero guidare la transizione verso economie e società sostenibili dal punto di vista ambientale. Questi ultimi sono: (i) la necessità di un forte consenso sociale su obiettivi e percorsi finalizzati alla sostenibilità; (ii) la necessità di un quadro politico organico che garantisca la coerenza tra le dimensioni economica, ambientale, sociale, educativa/formativa e del lavoro; (iii) la necessità di un dialogo sociale significativo e funzionante durante l'intero processo e a tutti i livelli di *governance*.

Tuttavia, è opportuno segnalare come la legislazione per principi, specialmente in questo contesto, sconti l'assenza di una normativa di dettaglio, essendo questa per lo più contenuta in documenti programmatici. Ed è infatti proprio in quest'ambito che gli spazi per la responsabilità sociale si ampliano ulteriormente²⁵. In questo senso, pertanto, l'azienda diviene artefice del progresso sostenibile.

Ciò a partire dalla convinzione del legislatore europeo che un sistema di libero mercato sia lo strumento migliore per creare lavoro, per generare un'economia sostenibile, per promuovere l'innovazione, la salubrità dell'ambiente e lo sviluppo²⁶.

In questa direzione, diventa di primaria importanza l'impegno delle aziende volto a non sacrificare l'interesse dei cd. *stakeholder* non finanziari (consumatori, dipendenti, comunità) nei processi di

²³ Come rilevato nel lavoro *A Just Transition Fund Il Fondo "Just Transition" Come il bilancio UE può contribuire al meglio alla necessaria transizione dai combustibili fossili all'energia sostenibile* del Parlamento Europeo, aprile 2020 disponibile su <http://www.europarl.europa.eu/supporting-analyses>.

²⁴ Nel preambolo degli Accordi si legge: "I Paesi firmatari devono tenere conto degli imperativi della giusta transizione per la forza lavoro e della creazione di posti di lavoro decorosi e di qualità, in linea con le priorità di sviluppo definite a livello nazionale".

²⁵ Cfr. Il *working paper* dell' International Labour Organization: J.P. GOND, G. AUGUSTINE, H. SHIN, A. TIRAPANI, S. MOSONYI, *How corporate social responsibility and sustainable development functions impact the workplace: A review of the literature*, ILO Working Paper 71, Geneva, ILO, 2022.

²⁶ 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, pp. 4-60.

transizione; quest'ultima diviene realizzabile, anche attraverso l'adozione di scelte contestuali e condivise con tutti gli interessati dall'attività imprenditoriale²⁷.

Sul punto è emblematica la previsione di cui all'art. 46 Cost. che attribuisce ai lavoratori un vero e proprio potere d'impulso rispetto alle politiche aziendali, attraverso il riconoscimento di un diritto/dovere degli stessi nel collaborare alla gestione dell'azienda “*ai fini della elevazione economica e sociale del lavoro in armonia con le esigenze della produzione*”.

Ebbene, le conseguenze sociali del progresso, considerabili come esternalità delle attività umane ed imprenditoriali, dovranno necessariamente essere interiorizzate dall'azienda che, tramite il “dialogo sociale” con i vari *stakeholders*, non potrà più sacrificare gli interessi della collettività a discapito del profitto²⁸.

Le iniziative di Responsabilità Sociale messe in atto dalla imprese in questi anni si sono sempre svolte non solo nel coinvolgimento attivo dei vari interessati, ma anche nel “*dialogo tacito, ma costante, con il legislatore*”²⁹.

In effetti, spesso, l'adozione di simili pratiche, più che un'iniziativa volontaria, è stata la risposta alle pressioni dell'opinione pubblica ed ai movimenti sociali che negli ultimi anni si sono tradotte anche nelle istanze della cd. giustizia climatica³⁰.

In questo senso si è evidenziato che la sensibilità delle imprese sviluppatasi negli anni sul punto, risponde per lo più all' esigenza di scongiurare nuovi interventi legislativi limitativi della propria attività.

²⁷ Sulla necessità di incentivare il perseguimento di obiettivi di lungo periodo, e, perciò, di rovesciare l'attuale prevalente diffusione di iniziative che prediligono operazioni con obiettivi a breve termine e sull'importanza di incorporare gli interessi di *stakeholders* non finanziari tra quelli che la società ha lo scopo di perseguire si v. F. DENOZZA, *Lo scopo della società: dall'organizzazione al mercato*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 3/2019, 615 ss. Sul coinvolgimento degli *stakeholders* nell'individuazione del “*adverse environmental impact*” vedi C. MACKIE, *Due diligence in global value chains: Conceptualizing 'adverse environmental impact'*, in *Review of European, Comparative & International Environmental Law*, 2021, Vol. 30, Issue 3, 297 ss.

²⁸ R.E. FREEMAN, S.R. VELAMURI-B. MORIARTY, *Company Stakeholder Responsibility: A New Approach to CSR*, in *Business Roundtable Institute for Corporate Ethics*, 2006, 19, pp. 8 ss., in ragione degli sviluppi degli ultimi anni, propone di sostituire l'espressione “*Corporate Social Responsibility*” con “*Corporate Stakeholder Responsibility*”.

²⁹ ROSSI S., *op. cit.*, pp. 100- 134.

³⁰ La più significativa pronuncia giurisprudenziale è del BUNDESVERFASSUNGSGERICHT, *Beschluss des Ersten Senats* del 24 marzo 2021, reperibile in www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2021/03/rs20210324_1bvr265618.html, con il commento di M. PIGNATARO, *Il dovere di protezione del clima e i diritti delle generazioni future in una storica decisione tedesca*, in *EuBlog.eu*, 17 maggio 2021.

In Italia, si segnala il caso “Giudizio Universale”, instaurato presso il TRIBUNALE DI ROMA ed attualmente in corso di giudizio, per alcuni riferimenti v. <https://giudiziouniversale.eu/la-causa-legale/>.

Altre pronunce rilevanti a livello europeo sono CORTE SUPREMA OLANDESE, 20 dicembre 2019, *De Staat Der Nederlanden v. Stichting Urgenda*, disponibile su <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:HR:2019:2006>; TRIBUNAL ADMINISTRATIF DE PARIS, 14 ottobre 2021, N° s 1904967, 1904968, 1904972, 1904976/4-1, disponibile su <http://paris.tribunal-administratif.fr/Actualites-du-Tribunal/Espace-presse/L-Affaire-du-Siecle-l-Etat-devra-reparer-le-prejudice-ecologique-dont-il-est-responsable>.

Una simile analisi, però, non sembra tener adeguatamente conto della circostanza che, da un altro punto di vista, simili pratiche rispondono prevalentemente all'esigenza, specialmente per le grandi aziende, di rendersi parte attiva per *“la ricerca di soluzioni condivise per la tutela di quei beni comuni che sono essenziali per la tenuta e la stabilità dello stesso sistema economico”*³¹.

In questo senso allora, diviene strategico favorire la realizzazione di un dialogo sociale trasversale, tra *stakeholders* ed azienda, che sia poi orientato verso il decisore politico, il quale dovrà farsi carico di predisporre un adeguato impianto normativo che, nell'attuazione delle politiche per la transizione, supporti (e sopporti) la questione sociale ed ambientale³².

In quest'ottica, le aziende dovranno programmare i futuri obiettivi di *business* nella consapevolezza del rinnovato ruolo politico che le stesse si trovano a svolgere nella società attuale.

4. Dalla responsabilità sociale all'*advocacy*

La necessità per le imprese di accompagnare l'odierna fase di sviluppo economico attraverso l'adozione di scelte sostenibili, rende ora opportuno mettere in luce un aspetto fondamentale: nel processo di transizione, le scelte di politica sociale del legislatore non possono non tener conto di quelle che sono le rinnovate esigenze del mondo del lavoro.

Dunque, l'azienda, in vista dell'osservanza dei valori della Responsabilità Sociale d'impresa, deve poter disporre di strumenti giuslavoristici che accompagnino le strategie gestionali ed occupazionali, nella prospettiva del raggiungimento degli obiettivi della transizione giusta.

Altrimenti detto, le aziende, nel processo di transizione, tanto più potranno osservare i valori della Responsabilità Sociale, quanto più avranno a disposizione soluzioni legislative che, facendosi carico delle rinnovate esigenze, sappiano fornire anche strumenti di flessibilità, accompagnano e supporto occupazionale.

In tal senso, dal confronto e dall'interlocuzione con il decisore pubblico potranno derivare politiche legislative sociali che fungano da sostegno alla transizione.

La cooperazione con gli *stakeholders*, da un lato, e con il legislatore, dall'altro, costituirà un momento fondamentale per la realizzazione degli obiettivi di sostenibilità.

In questo modo, il *contesto* diviene centrale non solo in vista delle politiche aziendali ma anche per indirizzare le istituzioni, coadiuvandole nell'individuazione degli strumenti legislativi funzionali

³¹ ROSSI S., *op. cit.*, p. 110.

³² Sul punto nel documento *A Just Transition Fund Il Fondo “Just Transition” Come il bilancio UE può contribuire al meglio alla necessaria transizione dai combustibili fossili all'energia sostenibile* del Parlamento Europeo (2020) si legge come *“Le politiche di transizione giusta sono state presentate come uno strumento per creare un partenariato tra le autorità pubbliche da un lato e i lavoratori e i sindacati dall'altro, con l'obiettivo di far progredire gli obiettivi climatici”* (disponibile su <http://www.europarl.europa.eu/supporting-analyses>).

all'attuazione della transizione che, in linea con i principi richiamati in precedenza, abbia al centro le persone e che "non lasci indietro nessuno".

È qui, allora, che si apre un'ulteriore opportunità per le aziende, data dallo sviluppo delle politiche di *advocacy*, volta ad orientare l'interazione con il legislatore.

In linea generale, l' *advocacy* consiste nel "the act of supporting an idea, need, person, or group"³³ o, più nello specifico, in qualsiasi attività finalizzata a influenzare il decisore politico, focalizzando l'attenzione pubblica su di un determinato tema³⁴.

Spesso studiato come fenomeno affine al *lobbismo*³⁵ - da cui si differenzia in ragione del fatto che l'*advocacy* esercita una pressione indiretta sul decisore pubblico, mentre l'attività di *lobby* è per lo più diretta - allo stato attuale non esiste un'unica forma di *advocacy* che, invece, si attegga diversamente a seconda dei contesti e dei relativi destinatari cui si rivolge (si pensi al fenomeno della *corporate social advocacy*³⁶, all'*employee advocacy*, all'*advertising advocacy*³⁷ e alla *competition advocacy*).

Per quanto qui d'interesse, per *advocacy* dovrà intendersi un metodo che miri ad indirizzare le scelte del decisore pubblico attraverso un coinvolgimento attivo, non solo dei tradizionali interlocutori istituzionali, ma di settori ampi della società.

In quest'ottica, gli studi che possono essere più utili per una miglior comprensione del fenomeno sono quelli sulla cd. *competition advocacy*³⁸.

Quest'ultima, insieme ai sistemi di *enforcement*, viene considerata come il *core business* dell' AGCM³⁹.

³³ LONDON, *op. cit.*, p. 313- 314.

³⁴ Nel diritto amministrativo il fenomeno non è del tutto nuovo. Per quanto riguarda l'attività persuasiva e d'influenza delle aziende rispetto al principio di concorrenza, recentemente T.A.R. LAZIO ROMA, Sez. I, 24/04/2018, n. 4484, disponibile su onelegale.it, ha affermato che: "l'attività, anche congiunta, di più operatori di settore, volta a perorare presso l'amministrazione la maggiore adeguatezza di un modulo procedimentale, non possa avere un rilievo automaticamente anticompetitivo, ciò che risulta pure affermato dalla stazione appaltante laddove ha dichiarato che tale attività di persuasione integri una "legittima strategia commerciale", laddove non si esprima in una "posizione invasiva e intempestiva" rappresentata, a suo giudizio, dell'improvvisa e immotivata decisione di non partecipare alle gare, circostanza, quest'ultima, tuttavia, non adeguatamente provata nel provvedimento in esame".

³⁵ M. DI RIENZO, A. FERRARINI, *Viaggio nel mondo dei conflitti di interessi*, in *Aziendaitalia*, 7/2021, pp.1343 ss., spec. 1351; v. anche E. CARLONI, *Regolazione del lobbying e politiche anticorruzione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2/2017, p. 371 ss.

³⁶ Vedi D. WAYMER, N. LOGAN, *Corporate social advocacy as engagement: Nike's social justice communication*, in *Public Relations Review*, 2021, 47.

³⁷ Vedi M. SONNINO, *Philip Morris Europe: inserzione pubblicitaria o libera manifestazione del pensiero?*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1997, 4-5, pp. 771 ss.

³⁸ N. RANGONE, *Nuove frontiere per la competition advocacy. Il contributo dell'analisi dell'impatto della concorrenza ed il ruolo delle autorità antitrust*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2/2014, pp. 241-264; G. DI MITRIO, M. FILICE, *I poteri di competition advocacy dell'Agcm ex art. 21 bis, L. n. 287/1990*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 2, 1 marzo 2017, p. 262.

Da parte sua, la giurisprudenza amministrativa ha riconosciuto nell'art.47 della L. 23 luglio 2009 n.99, la funzione consultiva di *advocacy* (*rectius* di *competition advocacy*) all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, v. CONS. STATO, Sez. VI, 21/02/2023, n. 1760; CONS. STATO, Sez. VI, Sent. 12/04/2017, n. 1708; T.A.R. LAZIO ROMA, Sez. III, Sent., 24/03/2023, n. 5164, tutte su onelegale.it. Analoga lettura è stata data quanto alle funzioni dell'Autorità di Regolazione dei trasporti, cfr. T.A.R. PIEMONTE TORINO, Sez. I, 16/03/2021, n. 291, in onelegale.it

³⁹ S. REBECCHINI, *Competition advocacy: the italian experience*, in *Rivista Italiana di Antitrust*, 4/2014, pp. 13 ss.;

Nella pratica, la *competition advocacy* consiste (i) nell'esercizio di una funzione propositiva nei confronti delle istituzioni affinché queste rimuovano possibili ostacoli alla libera concorrenza e (ii) nel far comprendere all'opinione pubblica i vantaggi dei mercati concorrenziali aperti.

Nel senso di questo scritto, sembra corretto definire l'*advocacy* come attività di indirizzamento indiretto delle scelte legislative, svolta prevalentemente tramite operazioni di sensibilizzazione e supporto rivolte, non direttamente verso il decisore politico, ma favore dei destinatari ultimi dell'intervento legislativo, i quali a loro volta orienteranno di riflesso le istituzioni verso l'intervento necessario.

In questi termini, l'*advocacy* può svolgere una molteplicità di funzioni riconducibili agli ambiti sociale, economico e politico-legislativo. Essa può concretizzarsi nella promozione, o nel sostegno di iniziative pubbliche, da parte di diversi soggetti privati, tra i quali le imprese, per supportare ed incentivare l'attività delle relative istituzioni pubbliche⁴⁰.

In questo senso, il minimo comun denominatore rispetto alla *competition advocacy* si rintraccia nel fatto che l'azienda (ovvero l'autorità Antitrust per i profili della concorrenza), conoscendo e studiando quelle che sono le problematiche del mondo del lavoro, può di conseguenza influenzare l'opinione pubblica, ed interloquire con le istituzioni, nell'ottica di addivenire ad una legislazione che sia quanto più efficiente, in vista di fornire concrete e coerenti soluzioni alle reali problematiche dei rispettivi settori d'attività.

5. L'*advocacy* a sostegno della transizione giusta

Applicando una simile funzione di indirizzo, le aziende potranno giocare un ruolo di interlocuzione strategica per la scelta degli strumenti legislativi più consoni a risolvere le possibili esternalità negative della transizione, proprio nell'ottica di assumersi il ruolo di Responsabile Sociale delle proprie attività commerciali.

A tal fine, risulterà necessario un forte coinvolgimento dei vertici aziendali ma, allo stesso tempo, non si potrà prescindere dalla corresponsabilizzazione degli *stakeholders*, ed in primo luogo dei lavoratori, in modo da favorire un approccio integrato, complessivo e quanto più trasparente nell'individuazione delle questioni più problematiche e delle relative soluzioni.

La procedimentalizzazione di tale dialogo acquisisce valore centrale nelle relazioni industriali e, dunque, anche in fase di rinnovo delle contrattazioni collettive, al fine di rendere concreto l'auspicato confronto inclusivo con le istanze dei lavoratori.

⁴⁰ R. CHIEPPA, *Partecipazione collaborativa di soggetti estranei al processo. Dal diritto romano all'amicus curiae dei nostri giorni e all'apertura della Corte Costituzionale*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2020, 2, 995 ss.

Infatti, la compenetrazione nelle decisioni aziendali degli interessi degli *stakeholders*, corollario della Responsabilità Sociale di Impresa, fa sì che l'adozione di strategie collettive possa orientare in maniera più persuasiva lo stesso legislatore.

D'altronde, anche prendendo le mosse dal dato normativo, già a mente dell'art. 2087 cod. civ., è compito dell'imprenditore, nel rispetto della particolarità del lavoro, delle regole dell'esperienza e della tecnica, quello di coordinare ed adattare le proprie attività alla tutela dell'"integrità fisica e [del]la personalità morale dei prestatori di lavoro" nell'ottica comune a tutti i cittadini di contribuire al "progresso materiale e spirituale della società" (art. 4, 2° comma Cost.).

Vincendo le ritrosie dell'ontologica contrapposizione tra datore e lavoratori, ponendoci in una prospettiva comune, l'*advocacy* può rappresentare un nuovo stadio delle politiche del lavoro.

5.1 Le politiche sociali e l'innovazione tecnologica

Circoscrivere l'attività di *advocacy* ai tradizionali ambiti aziendali, tipici dei modelli *lobbistici*, sarebbe sbagliato.

Infatti, occorrerà porsi in un'ottica più ampia che affronti non solo quello che avviene *nel* mondo del lavoro, ma anche ciò che accade *prima* ("transition-in") - e ne è funzionale all'ingresso - e, *dopo* ("transition-out") - all'uscita.

L'*advocacy*, dunque, può costituire il mezzo che fornisca soluzioni efficaci alle difficoltà congenite del sistema italiano di collegamento tra il mondo della formazione e quello del lavoro, e della gestione degli esodi in uscita dallo stesso.

In questo senso, solo un approccio che tenga in considerazione tutte le sfaccettature della transizione sarà in grado di renderla effettivamente "giusta", gestendo le conseguenze sociali sia della fase di *Transition-out* che di quella di *Transition-in*.

L'importanza di analizzare questi due momenti congiuntamente è dovuta al fatto che le persone potenzialmente impattate in maniera negativa dalla *Transition-out* possono infatti non essere le stesse che beneficiano dalla *Transition-in*, e viceversa.

Si rende necessario, dunque, un approccio organico che favorisca un'influenza reciproca tra diversi settori interessati (quali a titolo esemplificativo quello del *Lifelong learning* con i relativi processi di riorganizzazione e la fase di *Transition-out*). Tutto ciò in vista della costruzione di una *people strategy*, a livello aziendale, che affronti le esternalità della transizione.

Nel coordinamento di tali fenomeni è opportuno tenere in adeguata considerazione un ultimo elemento: la transizione digitale.

Considerato anche l'impegno profuso dalle aziende nella transizione energetica e digitale⁴¹, l'innovazione tecnologica deve rappresentare un'opportunità, per altro ineludibile, da cogliere per il settore imprenditoriale e per le politiche del lavoro. Nell'attuale panorama economico, infatti, il progresso tecnologico può costituire una forma di conquista di civiltà e di affermazione di libertà collettive.

Anche i processi di transizione digitale, e la loro regolamentazione, forniscono supporto alle politiche sociali, nazionali ed europee, le quali, allo stesso tempo, contribuiscono alla realizzazione del più ampio processo di transizione energetica.

Non essendo questa la sede per approfondire *funditus* il tema, ci si limiterà ad una breve analisi della più recente legislazione europea per mettere in luce come le questioni siano strettamente interconnesse.

Il *Net Zero Industry Act* mette in luce l'importanza strategica per le aziende dell'impiego di nuove tecnologie nel processo verso la neutralità carbonica⁴². Allo stesso modo nella proposta di regolamento conosciuta come A.I. Act⁴³, si legge sin dal preambolo dell'importanza dell'utilizzo dell'intelligenza artificiale nella lotta contro i cambiamenti climatici e della necessaria regolamentazione della stessa in vista dell'affermazione dei diritti sociali e dei lavoratori (v. artt.31 e 37 della proposta). Nello stesso senso, anche la recente Direttiva sulla rendicontazione di sostenibilità⁴⁴, si sofferma nei *Considerando* (in particolare il 9 ed il 53) sullo stretto legame tra questione sociale e ambientale⁴⁵.

5.2 L'azienda come motore della ruota sociale

L'adozione di strategie aziendali che si facciano carico del benessere delle persone, ed indirettamente di quello che è il futuro dell'azienda stessa, è evidentemente funzionale agli interessi della società e, in ultima analisi, alla strategia di *business*.

⁴¹ V. anche i recenti dati pubblicati da UNIONCAMERE condensati nei documenti *Imprese: digitale e green spingono la produttività (+14%) Una su tre investirà nella duplice transizione entro il 2024*, 28 novembre 2022 e *Sostenibilità: 9 imprese delle filiere su 10 hanno investito in responsabilità sociale*, 22 ottobre 2021.

⁴² Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on establishing a framework of measures for strengthening Europe's net-zero technology products manufacturing ecosystem (Net Zero Industry Act), COM(2023) 161, SWD(2023) 68, 16 marzo 2023.

⁴³ Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'unione, COM(2021) 206 final, nel preambolo si legge: "La presente proposta inciderà inoltre positivamente, secondo quanto applicabile in determinati settori, sui diritti di una serie di gruppi speciali, quali i diritti dei lavoratori a condizioni di lavoro giuste ed eque (articolo 31), un livello elevato di protezione dei consumatori (articolo 38), i diritti del minore (articolo 24) e l'inserimento delle persone con disabilità (articolo 26). Rilevante è anche il diritto a un livello elevato di tutela dell'ambiente e al miglioramento della sua qualità (articolo 37), anche in relazione alla salute e alla sicurezza delle persone".

⁴⁴ Direttiva (UE) 2022/2464, nota anche con l'acronimo CSRD.

⁴⁵ Dalla lettura dei più recenti interventi legislativi europei si è evidenziato come stia fiorendo un nuovo interventismo dell'Unione Europea in ambito sociale, v. T. TREU, *La digitalizzazione del lavoro: proposte europee e piste di ricerca*, in *Federalismi.it*, 9/2022, pp. 194 ss.; M. FAIOLI, *Sul significato sociale dell'Unione Europea*, 2019, 18, pp. 6 ss.; B. CARUSO, V. PAPA, *op. cit.*, p. 15.



La conseguenza di tali rilievi fa sì che sarà anzitutto compito dell'azienda quello di farsi carico, sin da subito, di favorire, nelle proprie politiche interne, quei valori di cui si farà portatrice davanti all'interlocutore pubblico, realizzando al suo interno un modello gestionale che rispecchi i principi dello sviluppo sostenibile.

Ed allora, ipotizzando un sistema circolare, l'impresa, nel rispetto dei principi della responsabilità sociale, anche tramite politiche di *advocacy*, può (o meglio dovrebbe) costituire il motore della "ruota" sociale. L'azienda si fa carico non solo dei bisogni suoi propri, ma anche di quelli della comunità *contestuale*, rappresentandone le relative esigenze al decisore pubblico che, in sede legislativa, ha modo di fornire un'adeguata risposta alle necessità delle persone, realizzando indirettamente un tornaconto per l'azienda stessa.

Un simile meccanismo, se correttamente messo in pratica, non può che promuovere lo sviluppo di un'economia sostenibile nella quale le aziende svolgono, da una parte, i loro compiti tradizionali, dall'altra, fungono da cartina di tornasole per valutare l'adeguatezza delle normative di riferimento, favorendo un costante adeguamento delle stesse alle esigenze della collettività ed ai mutamenti sociali.

6. Il caso del contratto di espansione: un'occasione persa può diventare un'opportunità da cogliere?

Prendendo le mosse dalle riflessioni appena effettuate, si analizzerà ora un caso specifico dal quale si possono trarre alcune conclusioni sull'importanza di individuare soluzioni normative condivise e funzionali ai processi di transizione: il contratto di espansione.

Tale istituto di *active ageing* è stato introdotto, in via sperimentale e per un biennio, dall'art. 26-*quater* del d.l. n. 34/2019, il quale ha completamente novellato l'art. 41 del D.lgs. n.148/2015, sostituendo quelli che erano i contratti di solidarietà espansiva⁴⁶ con la nuova figura dei contratti di espansione⁴⁷.

In ragione dell'ampia diffusione di tali modelli nei processi di reindustrializzazione e riorganizzazione delle imprese⁴⁸, soprattutto durante il periodo della pandemia, il legislatore ha più volte prorogato la validità dello strumento (v. ad esempio la legge di bilancio 2021 e 2022), anche ampliandone l'ambito di

⁴⁶ E. D'AVOSSA, *I Contratti di solidarietà*, in E. D'AVOSSA, P. DUI, P. A. VARESI (a cura di), *Contratti di solidarietà, formazione e part time*, Milano, 1985 ed il più recente D. GAROFALO, *Il contratto di solidarietà espansiva*, in E. BALLETTI, D. GAROFALO (a cura di), *La riforma della Cassa integrazione nel Jobs Act*, 2016, Bari, p. 342.

⁴⁷ V. FILÌ, *Il lavoro nel decreto crescita*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 12/2019, pp.1082 ss.; C. CARCHIO, *Il contratto di espansione*, in S. CIUCCIOVINO, D. GAROFALO *et al.*, *Flexicurity e mercati transizionali del lavoro. Una nuova stagione per il diritto del mercato del lavoro?*, Adapt University Press, 2021.

⁴⁸ M. DELLA SEGA, *Il contratto di espansione alla prova di maturità: dall'"oggetto misterioso" al caso Stellantis*, in *Bollettino ADAPT*, 18 ottobre 2021, n. 36 disponibile su <http://www.bollettinoadapt.it/il-contratto-di-espansione-alla-prova-di-maturita-dalloggetto-misterioso-al-caso-stellantis/>.

applicazione (prima a vantaggio delle sole imprese con un organico superiore a mille unità, ridotto successivamente a cento, nel 2021, e poi a cinquanta, nel 2022).

Nel disegno originario del legislatore, il contratto di espansione avrebbe dovuto costituire un “*propulsore di crescita interna e della competitività in ambito esterno*”⁴⁹ - e così in effetti è stato⁵⁰, come testimoniano le successive proroghe e modifiche - operando contemporaneamente secondo “tre direttrici di intervento”: transizione energetica, riorganizzazione aziendale e occupazione⁵¹.

Nella prospettiva di riconversione e valorizzazione degli impianti industriali, il contratto di espansione è stato uno strumento utile in vista della realizzazione del cd. patto generazionale.

Quest’ultimo infatti ha permesso alle aziende di rinnovarsi e di riorganizzare il proprio assetto occupazionale, attraverso la previsione di uno strumento *ad hoc* per la gestione del “capitale umano” nei processi di transizione⁵².

La flessibilità e versatilità di tale istituto, ha altresì consentito alle imprese, da una parte, di rispondere in maniera efficiente alle proprie esigenze occupazionali e, dall’altra, di evolversi in maniera competitiva in un mercato in profonda trasformazione.

Più nello specifico, l’art. 41, comma 5 e 5 *bis*, d.l.gs. 148/2015, così come riformato, riconosceva la possibilità alle aziende di concordare con le associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale - o con le loro rappresentanze sindacali aziendali, ovvero con la rappresentanza sindacale unitaria - un progetto di riorganizzazione della forza lavoro, tramite l’adozione di un contratto di espansione, da sottoporre alla sottoscrizione del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali⁵³.

Il “contratto”, in estrema sintesi, si traduceva nella stipulazione di un accordo collettivo che prevedeva (a) per i lavoratori a sessanta mesi dal conseguimento del diritto al pensionamento *ex* commi 5, 5-bis e 6 dell’ art. 41, una misura di accompagnamento alla pensione e/o, (b) per i lavoratori che non avessero tali caratteristiche (comma 7), una riduzione o sospensione dell’orario di lavoro; il tutto ricorrendo all’utilizzo di strumenti che forniscano sostegno al reddito dei lavoratori (attraverso un intervento straordinario di integrazione salariale) e/o da un’agevolazione economica (rapportata al trattamento NASpI), per l’attuazione di un’anticipazione del trattamento pensionistico.

⁴⁹ Circolare del Ministero del lavoro e delle Politiche Sociali, n. 16, del 6 settembre 2019.

⁵⁰ V. anche la posizione delle confederazioni sindacali italiane che hanno evidenziato i pregi dell’istituto all’interno della propria Piattaforma Unitaria nel documento “*Proposte sindacali per una riforma previdenziale*” dell’aprile 2021, consultabile su <https://www.cgil.it/la-cgil/aree-politiche/politiche-dei-diritti-e-previdenza/pensioni-cgil-cisl-e-uil-proposte-sindacali-per-una-riforma-previdenziale-la-piattaforma-j6js9rpw>.

⁵¹ L. BATTISTA, *Innovazione tecnologica, riorganizzazioni industriali e occupazione: il contratto di espansione*, in *Lavoro Diritti Europa*, 1/2022.

⁵² D. POLIZZI, F. SBARRA, *Un contratto di espansione per la just transition di Eni*, in *Guida al lavoro*, n. 19, 2021.

⁵³ M. FAIOLI, *Il contratto di espansione nell’ambito del piano NGEU e delle relazioni industriali italiane*, in *Federalismi.it*, 13/2021, 140 ss., spec. 159 s.

In vista della conclusione dell'accordo, al fine di favorire il *turnover* del personale, l'impresa era altresì tenuta alla redazione di un progetto di formazione e riqualificazione avente la finalità di orientare l'assunzione di nuove figure professionali, nell'ottica di un processo mirato di ricambio generazionale.

Richiamando quanto detto nel precedente paragrafo, risulta di tutta evidenza come istruzione, formazione ed aggiornamento siano momenti chiave dello sviluppo sostenibile⁵⁴, anche al fine di evitare la proliferazione di nuove forme di *mismatch* occupazionale⁵⁵.

In questo senso, dunque, il contratto di espansione incideva sul programma di assunzioni, sulla formazione di nuove competenze e sulla programmazione di un piano di esodo tramite la realizzazione di uno scivolo pensionistico il cui costo era in parte pubblico (tramite il ricorso agli ammortizzatori sociali) ed in parte privato, promuovendo un processo non traumatico di ricambio generazionale.

Il contratto di espansione, orientato a gestire le conseguenze sociali della transizione - tramite una maggiore responsabilizzazione ed autonomia per le aziende nella gestione del progetto di *turnover* -, quindi, ha rappresentato un esempio di istituto normativo pratico per la realizzazione dei valori teorici della Responsabilità Sociale d'impresa.

Ciò anche in ragione dell'avvenuta integrazione nelle politiche aziendali delle conseguenze sul *contesto* dovute all'attuazione di piani strategici (o meglio, transizionali) commerciali.

In questo senso, infatti, le nuove esigenze occupazionali delle imprese, grazie alla previsione legislativa, si sono tradotte in opportunità di prospettiva transgenerazionale per la gestione efficiente dei lavoratori, e funzionale al contempo alla realizzazione degli interessi della transizione⁵⁶.

Si è parlato di tale istituto al passato perché, nonostante l'ampia diffusione nella pratica⁵⁷ e la previsione nella prima bozza del Decreto Lavoro 2023 di un'ulteriore proroga fino al 2025, quest'ultima è stata poi espunta dall'art. 25 del d.l. 48/2023, convertito in legge con la l. 85/2023, che si è limitato a sancirne la validità fino al 31 dicembre 2023.

Non essendoci alcuna traccia di una possibile reviviscenza per il contratto di espansione neanche nella recentissima legge di bilancio, lo strumento sembra esser destinato a cadere nel dimenticatoio⁵⁸.

⁵⁴ S. CIUCCIOVINO, *Professionalità, occupazione e tecnologia nella transizione digitale*, in *Federalismi.it*, 9/2022.

⁵⁵ Per una visione d'insieme sull'impatto del PNRR nel mondo del lavoro MARTONE, *Il lavoro nel PNRR*, in MARTONE, LUNDARON (a cura di), *PNRR e lavoro: prospettive di trasformazione per l'Italia domani*, in *Giurisprudenza Italiana*, 11/2022, 2529, il quale si sofferma sulla "sfida dell'occupabilità" nell'ottica di superamento dell'attuale *mismatch* competenziale. Cfr. VARESI, *Le politiche attive alla sfida delle grandi transizioni - Una nuova stagione per le politiche attive del lavoro. Le prospettive tra azioni dell'Unione europea e riforme nazionali*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 1/2022, 75ss.

⁵⁶ L'efficacia pratica del contratto di espansione è stata comprovata anche da significativi dati statistici, v. E. DE FUSCO, G. POGLIOTTI, *Contratto di espansione 2022, uscito il triplo dei lavoratori*, in *Il Sole 24 Ore*, 19 ottobre 2022.

⁵⁷ Ricostruisce alcune ipotesi significative L. BATTISTA, *op. cit.*

⁵⁸ A. ORLANDO, M. PRIOSCHI, *Contratto di espansione, senza proroghe stop alla fine del 2023*, in *Il Sole 24 Ore*, 30 novembre 2023.

Orbene, seppur nella piena consapevolezza che non manchino, allo stato, altri istituti che possano rilevarsi strategici nell'accompagnamento alla pensione (su tutti, l'isopensione), il mancato rinnovo del contratto di espansione rappresenta un esempio negativo di tutto quanto detto fino ad ora.

La funzionalità allo svecchiamento ed all'attuazione di politiche di *turnover* della forza lavoro, tipica degli accordi d'espansione, metteva a disposizione delle imprese uno strumento propedeutico per far fronte agli effetti della transizione e ai processi di formazione ed innovazione che la stessa comporta.

Il mancato rinnovo può avere le più svariate ragioni ma proprio per questo, a partire da tale esempio, si evince l'importanza di un impegno attivo dell'azienda nell'assicurarsi il mantenimento (nel caso di specie) o l'inserimento di nuove soluzioni normative che affrontando le conseguenze sociali dello sviluppo economico e tecnologico, garantiscano la realizzazione della transizione giusta.

Nella prospettiva di incentivare l'anzidetto dialogo verticale - partendo dalle esigenze degli *stakeholders* e delle imprese, arrivi fino al decisore politico - le pratiche di *advocacy* possono diventare un momento strategico nell'attuazione degli interessi generali nei contesti imprenditoriali.

Il mancato rinnovo, *de iure condito*, del contratto di espansione potrebbe allora trasformarsi, *de iure condendo*, in un'opportunità per intervenire in maniera strutturata, e non più sperimentale, in vista dell'adozione di misure di accompagnamento nei piani di esodo che allo stesso tempo garantiscano aggiornamento e ricambio generazionale nella forza lavoro.

7. Conclusioni

Il mercato e l'organizzazione del lavoro sono in continua evoluzione in ragione degli attuali mutamenti del sistema economico, dovuto anche all'affermarsi di rinnovati interessi generali dell'ordinamento.

La velocità alla quale avvengono tali cambiamenti, accompagnati dall'esigenza per le aziende di implementare processi organizzativi nuovi, rendono sempre più necessario conciliare modelli di *business* efficienti ed innovativi, con elevati livelli di produttività e sostenibilità (ambientale e finanziaria) dei percorsi di transizione.

Da quanto si è scritto, si può desumere facilmente come l'affermazione in tutti gli ambiti della società del meta-valore della sostenibilità, comporti un vero e proprio vincolo alla discrezionalità gestionale⁵⁹, rendendo assolutamente necessaria la promozione di modelli negoziali e strumenti normativi idonei a garantire la *transizione giusta*.

⁵⁹ LIBERTINI, *Gestione "sostenibile" delle imprese e limiti alla discrezionalità imprenditoriale*, in *Contratto e impresa*, 1/2023 sostiene che "i principi di gestione sostenibile delle imprese non comportano obblighi di destinazione altruistica di parte degli utili della società (il filantropismo imprenditoriale rimane possibile, come politica di immagine, ma si svolge su un altro piano). Il principio di sostenibilità comporta invece un vincolo alla discrezionalità gestionale: nella scelta delle strategie e delle linee di produzione, così come nella scelta dei propri partner commerciali, l'impresa deve preferire quelle soluzioni finanziariamente compatibili con la finalità lucrativa dell'impresa, che comportino il minor sacrificio possibile per l'ambiente e per i diritti umani?".



Ebbene, nella consapevolezza dell'imprescindibile ruolo proattivo dello Stato, nell'economia, per la realizzazione degli obiettivi della transizione energetica che contrasti il fenomeno accuratamente colto dal Presidente della Repubblica del "capitalismo di rapina"⁶⁰, è altresì indispensabile che le aziende siano protagoniste della transizione.

Infatti, le imprese sono un corpo sociale che contribuisce attivamente alla realizzazione delle libertà, ma più in generale delle finalità, dettate dalla Costituzione stessa.

Di conseguenza, esse potranno (e dovranno) farsi carico dell'impatto della transizione giusta anche tramite un'attività che possa fare da specchio ai cd. *soft power* statali.

Pertanto, la fase consultiva e propositiva da parte delle aziende, la *advocacy*, potrà consentire al decisore pubblico di avere un riscontro costante delle proprie scelte politiche.

L'adozione di strumenti normativi versatili permetterà alle aziende stesse di organizzare la propria attività in maniera flessibile, senza sacrificare la competitività, coerentemente con i principi della Responsabilità Sociale.

Il dettato costituzionale individua attentamente l'esistenza di diritti e doveri, sia per le figure datoriali che per i singoli lavoratori, pur sempre nell'ottica di raggiungimento dell'obiettivo comune dettato dall'art. 4 Cost.

In definitiva, il capitale sociale resta il protagonista assoluto per lo sviluppo del sistema Paese e una corretta regolamentazione ed organizzazione dello stesso può fare in modo di accompagnare la transizione energetica, con le nuove necessità del mondo del lavoro.

⁶⁰ Discorso del Presidente della Repubblica Mattarella all'assemblea di Confindustria del 15 Settembre 2023, il cui testo integrale è disponibile [sul sito del quotidiano online Corriere.it](#).



Fascicolo numero 8

2024

3 aprile 2024