

Vecchie e nuove declinazioni della responsabilità: fra teoria e prassi

VII Conferenza del Dottorato di ricerca in
Diritto per l'innovazione nello spazio giuridico europeo
(20 e 21 giugno 2024, Udine)

a cura di
Marina Brollo

con il coordinamento di
Leonardo Luca Pastore e Cristian Tulissi

CACUCCI  EDITORE
BARI

Il Volume è stato realizzato nell'ambito del Dottorato di ricerca interateneo (Università di Udine - sede amministrativa, Università di Trieste - sede associata) in *Diritto per l'innovazione nello spazio giuridico europeo*, in occasione della VII Conferenza dottorale, tenutasi presso Palazzo Antonini-Cernazai, Udine, 20 e 21 giugno 2024. Il Volume è stato pubblicato con il contributo dei fondi destinati al corso di Dottorato dal Dipartimento di Scienze Giuridiche "Livio Paladin" dell'Università di Udine.

L'Archivio della Casa Editrice Cacucci, con decreto prot. n. 953 del 30.3.2022 della Soprintendenza Archivistica e Bibliografica della Puglia-MiC, è stato dichiarato **di interesse storico particolarmente importante** ai sensi degli articoli 10 c. 3, 13, 14 del d. lgs. n. 42/2004.

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© 2025 Cacucci Editore – Bari
Via Nicolai, 39 – 70122 Bari – Tel. 080/5214220
<http://www.cacuccieditore.it> e-mail: info@cacucci.it

Ai sensi della legge sui diritti d'Autore e del codice civile è vietata la riproduzione di questo libro o di parte di esso con qualsiasi mezzo, elettronico, meccanico, per mezzo di fotocopie, microfilms, registrazioni o altro, senza il consenso dell'autore e dell'editore.

Indice

Contributi:

Presentazione del Volume	3
<i>di</i> Leonardo Luca Pastore e Cristian Tulissi	
Introduzione: nuove sfide per i dottori di ricerca	5
<i>di</i> Marina Brollo	
Il dottorato di ricerca interateneo e le Conferenze dottorali: uno sguardo d'insieme sulla strada percorsa	11
<i>di</i> Laura Montanari e Francesco Emanuele Grisostolo	
Responsabilità in evoluzione	17
<i>di</i> Silvia Bolognini	

Sezione I: Diritto pubblico

La responsabilità processuale aggravata: nuovi sviluppi alla luce della riforma Cartabia	21
<i>di</i> Pamela Chiaranda	
La responsabilità politica del singolo parlamentare alla luce della riforma del Regolamento del Senato	39
<i>di</i> Margherita Corvasce	
<i>Corporate governance</i> e gestione della sostenibilità delle filiere produttive	51
<i>di</i> Paola Dassisti	
Pensieri, parole, responsabilità penale. Riflessioni vecchie e nuove in tema di manifestazione del pensiero, ripartendo dalle Sezioni Unite	73
<i>di</i> Giacomo Gallo	

L'organizzazione dei musei nazionali: la promozione dell' <i>accountability</i> attraverso il ruolo dei Direttori <i>di Federico Lovison</i>	95
La responsabilità penale (personale!) di fronte alle sfide della post-modernità: problematiche e prospettive dell'intelligenza artificiale <i>di Anna Pampanin</i>	113
La responsabilità dell'impresa per progetti in regime di <i>regulatory sandbox</i> <i>di Nicolò Pini</i>	133
La responsabilità disciplinare del dipendente pubblico alla luce dei principi costituzionali <i>di Lorenzo Ricci</i>	147
La responsabilità precontrattuale negli appalti pubblici: materia contesa tra giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria <i>di Laura Sancilio</i>	167

Sezione II: Diritto privato

Profili di responsabilità connessi alla diffusione e allo sviluppo dei <i>connected and autonomous vehicles</i> <i>di Martina Campaci</i>	183
Pilotaggio, comando della nave e <i>Vessel Traffic Services</i> <i>di Leonardo Carbone</i>	191
Responsabili per vocazione: le cooperative sociali c.d. di <i>tipo b</i> , l. n. 381/1991 <i>di Giulia Colombo</i>	203
<i>Functio navicularia</i> e perimetro delle <i>species annonariae</i> <i>di Simone Tentori</i>	215
Apprendistato sportivo: chi è responsabile per l'erogazione della formazione all'atleta? <i>di Cristian Tulissi</i>	233

Le responsabilità dei dipendenti pubblici: i rapporti tra procedimento
disciplinare e procedimento penale 249

di Michela Tuoldo

Operazioni straordinarie *cross-border* e responsabilità verso i creditori:
il labile confine tra *lex societatis* e *lex concursus* 263

di Enrico Vanzetto



Contributi

Presentazione del Volume

Il Volume raccoglie alcune delle relazioni presentate durante la VII Conferenza del Dottorato di ricerca interateneo in *Diritto per l'innovazione nello spazio giuridico europeo*, congiuntamente organizzata dall'Università di Udine e dall'Università di Trieste - Atenei ai quali il Corso di Dottorato fa capo - e svoltasi a Udine, presso il Palazzo Antonini-Cernazai, nei giorni 20 e 21 giugno 2024. I contributi pubblicati sono il frutto di un'attività di rielaborazione e approfondimento condotta a valle della Conferenza da parte dei relatori, secondo i criteri di scientificità propri delle pubblicazioni accademiche.

L'iniziativa si inserisce nel solco di una tradizione ormai consolidata: avviata nel 2017 su impulso di un gruppo di valenti dottorandi, la Conferenza ha progressivamente rafforzato la propria identità, fino ad affermarsi come un'occasione stabile di confronto scientifico, di rilevanza nazionale. Infatti, dopo essere nata come spazio riservato ai dottorandi e ai dottori di ricerca delle Università di Udine e di Trieste, a partire dalla VI edizione (2023), la Conferenza si è aperta anche alla partecipazione di relatori provenienti da numerosi altri Atenei italiani. La nutrita adesione di dottorandi e dottori di ricerca "esterni" ha così favorito un dialogo sempre più ampio tra giovani studiosi afferenti a diverse Scuole di Dottorato.

Con l'obiettivo di valorizzare i risultati più significativi emersi dal dibattito convegnistico, si è deciso - in occasione della VII edizione della Conferenza - di avviare un'iniziativa editoriale che consenta alla ricerca condotta in ambito dottorale di raggiungere la più ampia platea possibile. Il Volume, dunque, nasce dall'intento di offrire visibilità alla riflessione dei giovani studiosi, nella convinzione che anche il contributo delle generazioni accademiche emergenti può favorire l'innovazione degli studi giuridici. Nelle intenzioni dei Coordinatori, peraltro, il Volume vorrebbe segnare l'inizio di un percorso editoriale continuativo, destinato ad accompagnare, con cadenza annuale, anche le future edizioni della Conferenza.

Il tema prescelto per la VII edizione della Conferenza - *Vecchie e nuove declinazioni della responsabilità: fra teoria e prassi* - ha costituito l'occasione per un confronto trasversale attorno a una delle categorie centrali del discorso giuridico.

L'Opera si apre con tre contributi introduttivi: il primo, redatto dalla Prof.ssa Marina Brollo, Coordinatrice *pro tempore* del Corso di Dottorato, si sofferma in particolare sulle prospettive professionali dei dottori di ricerca, alla luce delle recenti riforme del sistema di reclutamento universitario; il secondo, redatto congiuntamente dalla Prof.ssa Laura Montanari, già Coordinatrice del Corso di Dottorato, e dal Prof. Francesco Emanuele Grisostolo, all'epoca tra i dottorandi promotori della I edizione della Conferenza, ricostruisce la nascita del Corso del Corso di Dottorato interateneo e la storia delle Conferenze; il terzo, a firma della Prof.ssa Silvia Bolognini, attuale Direttrice del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Udine, riflette sul significato istituzionale dell'iniziativa editoriale.

I saggi degli Autori, invece, sono suddivisi in due sezioni: la prima raccoglie contributi dedicati all'analisi di alcuni nodi problematici attinenti alla responsabilità nell'ambito del diritto pubblico e dei suoi diversi settori, mentre la seconda sezione riunisce studi che toccano le nuove configurazioni della responsabilità nel diritto privato, anche alla luce delle evoluzioni normative e giurisprudenziali. Tale ripartizione dei contributi, da un lato, si deve alla varietà delle prospettive di ricerca coltivate nel contesto della Conferenza, dall'altro, corrisponde all'articolazione dello stesso Corso di Dottorato nelle due macro-aree disciplinari (appunto, pubblicistica e privatistica), dentro le quali si collocano i diversi *curricula*.

Infine, i Coordinatori desiderano rivolgere un sentito ringraziamento a tutti coloro che hanno reso possibile la realizzazione del presente Volume: anzitutto, al Collegio docenti del Corso di Dottorato in *Diritto per l'innovazione nello spazio giuridico europeo*. Un ringraziamento particolare, poi, si deve alla Prof.ssa Marina Brollo e alla Prof.ssa Silvia Bolognini, per aver creduto nel progetto. Un ringraziamento conclusivo, infine, è rivolto a tutte le Autrici e a tutti gli Autori, per l'impegno profuso nell'elaborazione dei testi.

I Coordinatori

LEONARDO LUCA PASTORE

Dottorando di ricerca in Diritto processuale civile nell'Università di Trieste

CRISTIAN TULISSI

Dottorando di ricerca in Diritto del lavoro nell'Università di Trieste

Introduzione: nuove sfide per i dottori di ricerca

In qualità di Coordinatrice *pro-tempore* del corso di dottorato interateneo Udine-Trieste in “*Diritto per l’innovazione nello spazio giuridico europeo*”, sono orgogliosa di introdurre il primo volume che raccoglie i lavori della Conferenza dottorale svoltasi presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell’Università degli studi di Udine nei giorni 20 e 21 giugno 2024.

Invero l’organizzazione annuale della Conferenza, da parte dei dottorandi e delle dottorande di ricerca è ormai una prassi, buona e consolidata (essendo questa la 7a edizione), accompagnata e supportata dal Collegio dei docenti e dai due atenei di Udine e di Trieste. L’incontro si è svolto in presenza e ha coinvolto numerosi giovani studiosi non soltanto delle due Università, ma pure di altre importanti Istituzioni accademiche. La Conferenza è così diventata, di anno in anno, una sorta di laboratorio-vetrina di idee che si sviluppano nell’intreccio di una pluralità di saperi giuridici, attraverso uno sforzo interdisciplinare, dedicando attenzione alle ricadute pratiche delle riflessioni teoriche. A conti fatti, l’iniziativa costituisce un mirabile esempio di buona prassi non soltanto di valorizzazione dei risultati della ricerca *in itinere* o appena conclusa, ma anche di acquisizione di una qualificata attività amministrativa (organizzazione e gestione di convegni, procedure di acquisizione di beni e servizi, finanziamenti, ecc.).

Viceversa, l’opera di raccolta e curatela dei contributi presentati nell’ambito della Conferenza allo scopo di “produrre” un volume pubblicabile è una sfida nuova e impegnativa per i nostri dottorandi. L’impegno di comporre un libro, che raccolga in modo sistematico contributi differenti, li rende consapevoli del difficile e variegato ruolo del giurista: della necessità di essere precisi e rigorosi in ogni compito; della capacità di irradiare e trasferire conoscenze, metodologie e competenze; dell’esigenza di saper coniugare curiosità e tanta dedizione.

L’iniziativa editoriale è stata concepita – con il supporto del c.d. ‘*budget* dottorandi’ – dal Comitato organizzatore (*in primis*, dott. Leonardo Luca Pastore e Cristian Tulissi, affiancati da Laura Sancilio, Eugenia Lui, Leonardo Carbone), con il fattivo supporto degli altri dottorandi e dottoresse. Il tutto con la consapevolezza dei giovani studiosi di praticare una sorta di apprendistato di alta formazione in un contesto di profonde trasformazioni.

Il volume raccoglie contributi, interessanti e stimolanti, in tema di “*Vecchie e nuove declinazioni della responsabilità: fra teoria e prassi*”. Come noto, la materia è molto tormentata, riguardando fenomeni in continua evoluzione. Ed è stata esaminata sotto profili multipli e interdisciplinari, con costante riferimento al valore del diritto come strumento di composizione degli interessi, con spunti critici e aperture alle suggestioni dei diversi rami del sapere giuridico, fra diritto pubblico e diritto privato (che etichettano i *curricula* del nostro percorso di dottorato).

La lettura dei contributi qui raccolti conferma la ricchezza e l'attualità della tematica della responsabilità: anche “oltre confine”, cioè sul fronte europeo e internazionale; anche dinanzi alle sfide della “post-modernità”, specie a seguito dell'avvento dell'intelligenza artificiale e generativa che alimenta la necessità di un serio investimento sulla formazione qualificata a tutti i livelli. Già questa sintetica presentazione permette di cogliere, in generale, il prezioso ruolo dell'istruzione universitaria in un mondo che cambia.

La pubblicazione degli atti della Conferenza si presenta, quindi, come un fecondo laboratorio di *teoria* e di *pratica*, in cui i giovani apprendisti hanno imparato a sapersi orientare e destreggiare dinanzi alle trasformazioni, nonché si sono allenati nella raffinata arte di coniugare e armonizzare dato normativo e formante giurisprudenziale, entrambi declinati nella dimensione multilivello, con l'ambizione di far emergere e coltivare nuove idee.

Da qui, la consapevolezza della rilevanza della “questione” del futuro occupazionale delle giovani generazioni di dottori di ricerca¹. Mi soffermo su di essa per offrire qualche istruzione d'uso sulle “cose” nuove del lavoro di alta qualificazione.

Sono consapevole che questi studiosi, così volenterosi e appassionati, per raggiungere la propria autonomia occupazionale ed economica e per coltivare percorsi professionali coerenti con i loro desideri e motivazioni, dovranno fare i conti con le attuali scarse prospettive delle politiche per i giovani. Questa è una delle principali storture del nostro mercato del lavoro. In Italia, purtroppo, manca da tempo una visione strategica volta a inquadrare lo sviluppo dei giovani nell'ambito della competitività dell'intero sistema Paese, a partire dall'ambito della ricerca. Tuttavia, anche le recenti indagini segnalano che il livello di istru-

¹ Sull'evoluzione e stato dell'arte della formazione *post-laurea* rinvio all'ultima indagine biennale di ANVUR, *Rapporto sul sistema della formazione superiore e della ricerca*, 2023, p. 56 ss. in <https://www.anvur.it/it/dati-e-pubblicazioni/rapporto-biennale>. Nel 2024, in Italia, la quota di giovani (tra i 25 e i 34 anni) in possesso di un titolo di studio terziario è pari soltanto al 31,6 per cento (con un ampio divario di genere a favore delle femmine). Il valore è ancora molto lontano dall'obiettivo medio europeo stabilito (almeno il 45 per cento) per il 2030 dal Quadro strategico per la cooperazione europea in <https://noi-italia.istat.it/pagina.php?id=3&categoria=5&action=show&L=0>

zione si conferma il fattore maggiormente rilevante nel determinare la capacità di accedere a professioni e specializzazioni qualificate e redditi più elevati nel caso del dottorato di ricerca². Seppur, in Italia, la ricaduta economica del peso della formazione rimanga inferiore rispetto alla media europea, con la conseguente incapacità di trattenere i propri talenti migliori e di attrarne altri dall'estero³.

Lo sbocco naturale di questo percorso di alta formazione *post*-laurea magistrale sarebbe quello di restare nel sistema della ricerca pubblica italiana. Ma il percorso di accesso all'Accademia risulta, al momento, particolarmente incerto e accidentato. Gli ostacoli derivano non solo dal precariato nella ricerca (a volte fisiologico, spesso patologico)⁴, ma anche dalla disseminazione, su vari ambiti, di riforme in cantiere del sistema universitario italiano che inevitabilmente incidono sulle scelte professionali e di vita dei dottori di ricerca.

Sul fronte del precariato, segnalo la regolamentazione degli strumenti che innovano la c.d. 'cassetta degli attrezzi' per gestire la fase c.d. *pre*-ruolo della carriera accademica⁵. *De jure condito*, la novella dell'art. 22 della l. n. 240/2010 (*ex d.l. n. n. 36/2022*, conv. nella l. n. 79/2022) ha sostituito, in modo ondivago, i vecchi assegni di ricerca (sopravvissuti fino al 2025) con la figura dei nuovi "contratti di ricerca": di durata "minima" biennale, relativi a "specifici" progetti di ricerca, destinati ai dottori di ricerca. La tormentata riforma, appena entrata nella fase di prima applicazione, alimenta numerose questioni interpretative⁶ e

² Cfr. ISTAT, *Rapporto annuale 2025. La situazione del Paese*, in <https://www.istat.it/comunicato-stampa/rapporto-annuale-2025/> e i rilievi dell'*University Report* dell'OSSERVATORIO *JOBRICING* in <https://osservatoriojobpricing.it> da cui si deduce che in un mercato del lavoro sempre più complesso, il livello di istruzione accademico continua a offrire vantaggi importanti dapprima in termini di occupabilità, poi di crescita professionale e, di conseguenza, valore salariale, nonostante bisogni attendere qualche anno prima di apprezzare il ritorno dell'investimento in formazione (anche *post*-universitaria).

³ Da qui il noto (e deprecato) fenomeno della c.d. 'fuga dei giovani' (dai 25 ai 34 anni) laureati italiani che, nell'ultimo decennio, ha raggiunto quasi le 97 mila unità (al netto dei rientri), con un significativo *deficit* della capacità del nostro Paese di trattenere e attrarre capitale umano qualificato che all'estero è tendenzialmente più valorizzato, con carriere più promettenti e remunerate.

⁴ Da ultimo, vedi l'*Indagine conoscitiva sulla condizione studentesca nelle università e il precariato nella ricerca universitaria* a cura della 7^a Commissione permanente (Istruzione pubblica, Beni culturali) del Senato in <https://www.senato.it/Leg18/3545?indagine=18>.

⁵ Rinvio, tra i primi ad occuparsi della questione, a BELLAVISTA A., *La riforma del pre-ruolo universitario*, in *Dir. merc. lav.*, 2023, 1, p. 136 ss.

⁶ Per un primo commento, accurato e critico, alla nuova disciplina e ai tratti identificativi del nuovo strumento rinvio a PRETEROTI A., *I contratti di ricerca tra primi riconoscimenti di tutela e nuove questioni applicative*, in *AmbienteDiritto.it*, 2025,

seri dubbi di sostenibilità economica o sociale⁷. Per attenuarne l'impatto sul sistema universitario, *de jure condendo*, l'art. 1-bis del disegno di legge n. 1445/S del 21 maggio 2025 (di conversione del decreto-legge 7 aprile 2025, n. 45) aggiunge al nuovo contratto di ricerca la creazione di due ulteriori figure negoziali, relative sempre alla fase *pre-ruolo*: gli "incarichi *post-doc*" (riservati ai soli dottori di ricerca) e gli "incarichi di ricerca" (aperti agli altri giovani laureati magistrali).

Nel contempo, sul fronte del reclutamento in ruolo, rileva l'avvio dell'*iter* legislativo del disegno di legge presentato dalla Ministra dell'Università e della Ricerca (n. 1518/S del 3 giugno 2025), Anna Maria Bernini, recante la "*Revisione delle modalità di accesso, valutazione e reclutamento del personale ricercatore e docente universitario*". La proposta normativa intende innovare in modo radicale le condizioni di accesso alla docenza universitaria⁸, abolendo l'attuale procedura di Abilitazione Scientifica Nazionale (ASN), sotto la regia dello stesso MUR (e dei suoi decreti) e con il ridimensionamento del ruolo dell'Agenzia Nazionale di Valutazione del sistema Universitario e della Ricerca (ANVUR). In attesa dell'entrata in vigore del disegno di legge, continuano le vigenti procedure (articolate in due fasi: ASN e concorsi locali), nonché perdura la validità delle abilitazioni già conseguite sino al termine previsto (originariamente di 4 anni, successivamente prolungato sino a 12 anni). E continuerà a lungo il pesante e logorante carico di aspettative dei numerosi abilitati sulla programmazione strategica e sulla sostenibilità degli atenei.

n. 2, in <https://www.ambientediritto.it/dottrina/i-contratti-di-ricerca-tra-primi-riconoscimenti-di-tutela-e-nuove-questioni-applicative/>. Da ultimo, per una rassegna – approfondita, aggiornata ed efficace – delle nuove sfide in corso di definizione per l'intero sistema universitario e per il mondo della ricerca, rinvio al volume AA.VV., *I nuovi contratti di ricerca e il futuro del reclutamento. Webinar promosso dal Gruppo Giovani AIDLASS in collaborazione con il Dipartimento di Scienze Politiche e delle relazioni internazionali dell'Università di Palermo*, Palermo, 25 settembre 2025, AIDLASS - Annuario di Diritto del lavoro n. 62, La Tribuna, Piacenza, 2025, volume (e video del *webinar*) disponibili, in modalità *open access*, sul sito ufficiale dell'AIDLASS <https://drive.google.com/file/d/1DdSjoVE9d5H3FD69g3p01Mn0NhCP5pNA/view>.

⁷ Denunciati da CATTANEO E., *Scongiorare una Caporetto della ricerca*, in *Il Foglio*, 12 maggio 2025, p. 1, che parla di dimezzamento delle posizioni in ingresso alla ricerca disponibili per i giovani che terminano il dottorato di ricerca.

⁸ Per la storia infinita dei concorsi, con le relative luci e ombre, nonché per l'analisi della disciplina tutt'ora vigente rinvio a CARINCI F., BROLLO M. (a cura di), *Abilitazione scientifica per i professori universitari. Legge n. 240 e decretazione attuativa*, Milano, W. Kluwer-Ipsa, 2013.

In entrambi i casi – di accesso al pre-ruolo e al ruolo – le innovazioni riformano, dopo 15 anni di vigenza, la legge n. 240 del 2010 (c.d. ‘riforma Gelmini’)⁹, anche in attuazione di alcune previsioni del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza. Tra le finalità delle riforme (varate e in cantiere) si menziona quella di rendere il sistema universitario maggiormente accessibile agli studiosi più giovani, con maggiori garanzie di tutela contro il precariato nella ricerca universitaria. Va riconosciuto, tuttavia, che l’incremento nelle tutele nel rapporto di lavoro non risulta affiancato da un corrispondente aumento delle dotazioni economiche pubbliche. Le novelle, infatti, non soltanto recano la clausola di invarianza finanziaria (cioè, sono ‘a costo zero’), ma saranno applicate in un contesto (di esaurimento della spinta del PNRR) di risorse finanziarie calanti per il sistema universitario. Tale prospettiva inevitabilmente ridimensiona (se non dimezza!) le posizioni di ingresso alla ricerca disponibili per i giovani dottori di ricerca. In pratica, il rischio è di mettere in cantiere riforme per aspiranti ricercatori più tutelati, ma in minor numero a causa di una nuova barriera di ingresso e di stabilizzazione. Insomma, la soluzione prefigurata conferma il solito paradosso della ‘coperta corta’ che lascia scoperti i piedi dei giovani studiosi.

A conti fatti, il dottorato di ricerca costituisce un fecondo laboratorio di futuro per giovani che sono al centro delle sfide della permacrisi e della complessità della società post-moderna. Da giuslavorista sono consapevole che l’alta formazione delle risorse umane costituisce una delle risorse più preziose per un futuro di sviluppo sostenibile. Pertanto, il messaggio finale che intendo inviare ai giovani studiosi è di incoraggiamento: “non bisogna aver paura della notte scura”. Pertanto, non fatevi intimorire dall’apparente mancanza di prospettive, affrontate le sfide del Vostro tempo, con equilibrio e saggezza, anche quando gli ostacoli sembrano insormontabili e non perdetevi le speranze di dare un contributo alla costruzione di una società che difenda la dignità umana, la giustizia e il lavoro.

PROF.SSA MARINA BROLLO

*Prof.ssa ordinaria di Diritto del lavoro nell’Università di Udine
Coordinatrice del corso di Dottorato in Diritto per l’innovazione nello spazio
giuridico europeo*

⁹ Per una esamina di tale normativa che ha modificato i modelli di *governance* universitaria rinvio a BROLLO M., DE LUCA TAMAJO R. (a cura di), *La riforma dell’Università tra legge e statuti. Analisi interdisciplinare della legge n. 240/2010*, Milano, Giuffrè, 2011.

Il Dottorato di ricerca interateneo e le Conferenze dottorali: uno sguardo d'insieme sulla strada percorsa

È con molto piacere che abbiamo accettato l'invito a contribuire a questo *Volume*, che raccoglie gli atti della VII Conferenza del Dottorato di ricerca in *Diritto per l'innovazione nello spazio giuridico europeo*, che si è svolta nel giugno 2024. Si tratta di un'occasione per ripercorrere le tappe principali della nascita e dell'evoluzione del Corso di dottorato interateneo di Udine e Trieste, che ha offerto a molti giovani ricercatori la possibilità di approfondire gli studi giuridici ed avviarsi in modo proficuo al mondo del lavoro, non solo all'interno dell'Università, e delle Conferenze dottorali organizzate a partire dal 2017¹.

La maggior parte dei dati che seguono sono ripresi dalle relazioni presentate al Nucleo di valutazione dell'Ateneo di Udine nell'ambito della procedura che si svolge ogni anno per l'attivazione dei nuovi cicli del Corso di dottorato, che ricostruiscono – tra l'altro – la struttura e gli obiettivi del percorso formativo.

Il Corso di dottorato in *Diritto per l'innovazione nello spazio giuridico europeo* nasce con il XXXVI ciclo come trasformazione del Corso di dottorato in *Scienze giuridiche*, che era stato istituito nel 2013 grazie alla collaborazione tra gli Atenei di Udine e di Trieste². Si trattava (e tale è ancora oggi) di un progetto condiviso da giuristi di diverse aree scientifico-disciplinari appartenenti ai Dipartimenti di Scienze giuridiche di Udine, di Scienze Giuridiche, del Linguaggio, dell'Interpretazione e della Traduzione e di Scienze politiche e sociali di Trieste. L'Uni-

¹ Il nostro coinvolgimento, per il quale ringraziamo i Coordinatori del *Volume*, si giustifica per il fatto che la Prof.ssa Laura Montanari ha coordinato il Corso di dottorato dal 2020 al 2023, mentre il Prof. Francesco Emanuele Grisostolo, insieme alla Dott.ssa Alessia Voinich e al Dott. Matteo Fermiglia, ha ideato e organizzato la prima Conferenza dottorale.

² Va segnalato che in precedenza presso ciascun Ateneo erano attivi altri Corsi di dottorato: il Corso di dottorato in *Scienze penalistiche* presso l'Università di Trieste, mentre presso quella di Udine il Corso di dottorato in *Diritto ed economia dei sistemi produttivi, dei trasporti e della logistica* e quello in *Diritto dell'Unione europea*, che dal XXIV ciclo aveva assunto la denominazione di *Diritto pubblico comparato e dell'Unione europea*.

versità di Udine è stata scelta come Sede amministrativa, ma negli anni si sono avvicendati come Coordinatori docenti di entrambi gli Atenei. In particolare, il primo Coordinatore è stato il prof. Roberto Scarciglia dell'Università di Trieste (XXIX ciclo), la carica è stata poi assunta, in successione, dal prof. Mauro Busani sempre dell'Università di Trieste (XXX-XXXIV ciclo), dal prof. Ludovico Mazzarolli (XXXV ciclo) e dalla prof.ssa Laura Montanari (XXXVI-XXXVIII) entrambi dell'Università di Udine, dal prof. Paolo Giangaspero (XXXIX ciclo) dell'Università di Trieste e, infine, dalla prof.ssa Marina Brollo (XL ciclo) dell'Università di Udine, che la riveste ancora oggi.

Il Corso di dottorato ha avuto sin dall'origine un carattere interdisciplinare, che aveva portato a strutturarne su quattro curricula specialistici (Diritto comparato, internazionale e dell'Unione Europea – CV 1; Diritto dell'impresa e dei trasporti – CV 2; Diritto pubblico e sistema penale – CV 3; Diritto civile e processuale civile – CV 4), che si riflettevano nella composizione del Collegio dei docenti, nei progetti di ricerca dei dottorandi, nonché naturalmente nell'attività didattica organizzata dal Collegio. Lo stesso costituiva e continua a costituire l'unico percorso dottorale di area giuridica presente in Regione, destinato quindi ad essere, da un lato, uno spazio di crescita per tutti i laureati nei vari ambiti disciplinari e, dall'altro, l'interlocutore per le istituzioni pubbliche e private del territorio. Nel tempo, del resto, vi è stata una significativa partecipazione al Corso di funzionari pubblici, che hanno inteso in questo modo integrare le loro competenze.

Dopo alcuni anni di attività, il Collegio dei docenti – anche alla luce delle sollecitazioni del Nucleo di valutazione dell'Università di Udine – ha ritenuto opportuno aprire una riflessione sui caratteri del Corso di dottorato, al fine di tenere conto dell'evoluzione degli studi giuridici e delle esigenze di formazione necessarie alla luce della trasformazione della società, oltre che delle indicazioni fornite dai dottorandi. Con il XXXVI Ciclo, nel 2020, il Corso di dottorato ha assunto la nuova denominazione di *Diritto per l'innovazione nello spazio giuridico europeo*, che esprime i due profili principali che caratterizzano il progetto: innovazione e spazio giuridico europeo. Iniziando dal secondo, è di tutta evidenza che l'apertura europea caratterizza necessariamente gli studi giuridici, come emerge anche dal titolo di altri Corsi di dottorato. Nel momento dell'attivazione, tuttavia, si è tenuto conto di una sfida più ampia, che Dipartimento di Scienze giuridiche di Udine aveva sintetizzato, nel titolo di un Convegno svolto nel 2019, con formula *"Rethinking the European Framework"*. Il Corso di dottorato si inserisce in questa prospettiva, proponendosi non solo di valorizzare l'apertura europea degli studi giuridici, ma anche di concorrere alla riflessione sul futuro dell'UE in una fase di particolare complessità. Tutto ciò in sinergia con i progetti didattici e di ricerca avviati presso le due Università di riferimento. Non va dimenticato che, nell'ambito del Piano strategico di Ateneo 2022-2025, il Dipartimento di

Scienze giuridiche dell'Università di Udine ha coordinato il progetto di ricerca interdipartimentale dedicato "*Identità europea e sfide globali*", all'interno del quale sono stati poi declinati diversi percorsi di approfondimento.

Alla caratterizzazione europea, si aggiunge il tema dell'innovazione. Anche in questo caso tutte le aree giuridiche sono coinvolte, con l'obiettivo di sviluppare un nuovo approccio allo studio dei fenomeni giuridici che risponda alle domande che vengono da una società in continua evoluzione e che impongono di definire paradigmi adeguati ad affrontare "la complessità" (innovazione nelle istituzioni, nell'economia e nel lavoro).

La riforma ha inciso sull'organizzazione del Corso di dottorato, tenendo conto anche delle esigenze di semplificazione evidenziate dai dottorandi. La struttura si articola ora intorno a due macro-curricula: CV1 Area privatistica ed economica e CV2 Area pubblicistica. Questo ha permesso di migliorare l'offerta didattica, in precedenza eccessivamente frazionata a fronte del numero di dottorandi iscritti, appartenenti ai diversi SSD. Lievemente modificato nel corso anni sulla base delle indicazioni ministeriali, il programma didattico dei dottorandi prevede un corso generale comune al primo anno, occasione per i nuovi iscritti di conoscersi e conoscere i componenti del Collegio, e due corsi di area, cui si è aggiunto da ultimo un corso specificamente legato al settore scientifico di riferimento. Vi sono poi le "attività trasversali" offerte dall'Ateneo ai dottorandi di tutti i Corsi, che il Collegio dei docenti ha integrato in alcuni casi con iniziative declinate specificamente per i giuristi (ad es. corsi di inglese giuridico e di *public speaking*). Infine, è previsto che i dottorandi seguano – concordando la scelta con i supervisori – Seminari e Convegni, che costituiscono parte integrante del loro percorso formativo, con il riconoscimento di specifici crediti.

Un cenno deve essere fatto all'apertura internazionale del Corso di dottorato, che trova sostegno nei rapporti, nei progetti di ricerca e nelle iniziative formative sviluppati dai Dipartimenti consorziati. Sono attivi numerosi programmi di scambio Erasmus e collaborazioni con Università straniere, che permettono l'organizzazione di *Summer School*, viaggi di studio, ecc. cui i dottorandi possono partecipare. Nonostante non sempre venga colta l'importanza che anche in ambito giuridico, e in generale per la formazione post-laurea, ha lo svolgimento di periodi di studio all'estero, non sono mancati dottorandi hanno fatto la tesi in co-tutela o hanno conseguito il titolo di *Doctor Europaeus* o, ancora, hanno sfruttato la possibilità di maggiorazione della borsa per organizzare missioni finalizzate alla ricerca tesi in Europa e negli USA. Va ricordato, che negli anni si sono iscritti al dottorato e/o hanno partecipato alle attività formative dottorandi provenienti da altri Paesi (in particolare da Cina, Brasile, Romania e Ungheria).

Sempre in relazione alla provenienza dei dottorandi, il bando di selezione ha sempre "attirato" un numero consistente di domande, non solo dei laureati degli Atenei regionali, ma di Università di tutta Italia; questa varietà di provenienze è

un elemento importate che favorisce lo scambio dei saperi e delle esperienze tra i dottorandi.

L'obiettivo del Corso di dottorato è quello di creare un contesto scientifico e formativo all'interno del quale i dottorandi possano acquisire la capacità di svolgere attività di ricerca specialistica e di eccellenza in ambito giuridico, di livello coerente con gli standard nazionali ed internazionali. Non è possibile, ovviamente, ricordare tutti i percorsi professionali che hanno sviluppato i dottori di ricerca, oltre a quelli che hanno proseguito la carriera universitaria, sia in Italia che all'estero³. Un numero significativo sono diventati magistrati o svolgono la professione forense in studi nazionali e internazionali; altri si sono inseriti con posizioni di rilievo in organizzazioni internazionali, nelle istituzioni europee, nella pubblica amministrazione e nel settore delle imprese private. L'esperienza dottorale ha offerto loro l'opportunità di immaginare e costruire il proprio profilo professionale, sviluppando anche le capacità di costruire relazioni e di operare in autonomia, essenziali oggi per inserirsi in un contesto lavorativo in continuo cambiamento, in un contesto che non può più essere solo quello del nostro Paese.

In questa prospettiva, merita di essere dedicato uno spazio specifico ad un'iniziativa organizzata spontaneamente "dai dottorandi per i dottorandi": la Conferenza dottorale, che è stata ed è una "palestra" importante per mettere alla prova tutti gli elementi che si sono appena ricordati. Nata come "Conferenza dei dottorandi e dei dottori di ricerca" nel 2017, la stessa, al di là della intraprendenza di alcuni, è stata l'espressione e quasi lo sbocco naturale di un gruppo di dottorandi particolarmente coeso, che aveva l'abitudine di frequentare assieme la maggior parte delle lezioni e dei seminari, organizzandosi per gli spostamenti fra le due sedi di Udine e Trieste, e di confrontarsi sui contenuti degli stessi in una prospettiva interdisciplinare. Per gli originari promotori – che hanno ricevuto da subito un convinto sostegno da parte del Collegio dei docenti, sia a livello di "mezzi" che di disponibilità a svolgere il ruolo di moderatore delle sessioni – l'iniziativa rispondeva a una pluralità di finalità. *In primis*, quella di valorizzare la interdisciplinarietà del Corso di dottorato, aggregando le diverse prospettive di ricerca attorno a tematiche comuni, soluzione che è stata mantenuta anche in molte delle successive edizioni. La principale abilità dei gruppi di organizzatori succedutisi nel tempo è stata quella di scegliere temi che consentissero a tutti di "inserirsi" senza eccessive forzature, individuando talora argomenti di pressante attualità in una prospettiva più generale. Alcune conferenze presentano più tematiche (come le quattro prescelte per la prima: "Mercato, ambiente e nuove tecnologie"; "La disciplina dei beni e della loro circolazione"; "Le persone e il

³ Si sono presi in considerazione i dottori di ricerca di tutti i cicli con sede amministrativa presso l'Università di Udine, anche precedenti a quelli interateneo.

patrimonio nella *ageing society*"; "La circolazione delle decisioni nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia", la maggior parte addirittura una tematica unica ("I diversi profili di tutela dell'ambiente", ed. 2018; "Diritto e frontiera", ed. 2019; "Il diritto emergenziale", ed. 2021; "Le metamorfosi del potere sanzionatorio: forme innovative e argini garantistici", ed. 2022; "Marshall 2.0: l'esordio di un innovativo paradigma economico-normativo?", ed. 2023, "Vecchie e nuove declinazioni della responsabilità: fra teoria e prassi", ed. 2024).

In secondo luogo, la Conferenza è stata concepita come una possibilità per i dottorandi stessi per rafforzare il loro *curriculum*, in un momento in cui diveniva evidente che fin dall'inizio del percorso accademico ci si attendeva un loro contributo "attivo" in termini di relazioni a convegni e di pubblicazioni. Anche per questo, i dottorandi per primi hanno avuto cura di tenere viva l'iniziativa, costituendo, anno dopo anno, Comitati organizzativi che sono sempre stati composti da dottorandi con docenti *tutor* di entrambi gli Atenei, ed essa si è costantemente tenuta per un arco di tempo ormai quasi decennale, con la sola interruzione, dovuta a ragioni del tutto comprensibili, dell'anno 2020.

Non da ultimo, si può ritenere che la Conferenza abbia contribuito a rafforzare l'identità e la visibilità dello stesso Corso di dottorato interateneo, che era allora ai primi anni, tramite alcune scelte di metodo che ne sono divenute elementi caratterizzanti, come lo svolgimento in presenza, l'alternanza delle sedi, la composizione interdisciplinare e "interateneo" dei *panel*, anche con riferimento ai moderatori. Scorrendo le locandine delle diverse edizioni della Conferenza dottorale si notano alcuni aspetti per così dire "costanti" e alcune innovazioni. Nei primi anni l'iniziativa era riservata ai partecipanti al Corso di dottorato interateneo e si svolgeva su un'unica giornata; i relatori esprimevano tutti i settori scientifico disciplinari, indice della condivisione di cui l'iniziativa ha goduto sia da parte dei dottorandi che dei loro docenti *tutor*. In questo contesto, merita di essere evidenziata come un salto di qualità la scelta, senz'altro coraggiosa, compiuta a partire dall'edizione 2023 di "aprire" l'iniziativa a dottorandi anche di altri Atenei, in maniera mirata e trasparente, sulla base di una *call for papers*. Oltre all'arricchimento qualitativo, con la possibilità di confronto anche con giovani studiosi provenienti da percorsi formativi diversi, ciò ha comportato anche un aumento quantitativo del numero di relatori, così che le ultime edizioni si sono sviluppate su più giorni.

I tempi, fisiologici, di pubblicazione del presente Volume permettono di dare atto – in conclusione – anche della più recente edizione della Conferenza, che si è tenuta nel maggio 2025. Anch'essa presenta un'ulteriore novità, quella di una *call* aperta, senza l'individuazione di una tematica specifica, ma costruendo i *panel* sulla base delle proposte selezionate. Il successo dell'iniziativa è testimoniato dal numero di interventi, oltre 30, divisi in 10 sessioni distribuite in tre giorni, nella prestigiosa Sala Biasutti del Palazzo della Regione, in Piazza Unità d'Italia, a Trie-

ste. Il Comitato organizzatore ha svolto un lavoro notevole, coinvolgendo molti docenti, rapportandosi con gli uffici, acquisendo, come si dice, *soft skills* che sicuramente potranno rivelarsi utili, in forme diverse, anche nei futuri contesti lavorativi. Ma soprattutto, considerata la partecipazione di dottorandi da tutta Italia, hanno saputo dare concretezza ad un'esigenza di confronto, di condivisione dei risultati della ricerca, di "creare rete" in vista di ulteriori collaborazioni.

Abbiamo accennato a questa esperienza – che meriterebbe sicuramente più spazio per dare conto delle tematiche affrontate – perché crediamo sia la migliore conclusione per queste brevi note, in quanto esprime la ricchezza e la vivacità del Corso di dottorato, che grazie alla fattiva collaborazione tra i dottorandi e il Collegio dei docenti è in grado di conciliare solidità della formazione e apertura all'innovazione, per permettere di acquisire un metodo e un approccio alla ricerca che oggi devono tenere conto della complessità e della intersezione delle conoscenze.

PROF.SSA LAURA MONTANARI

*Prof.ssa ordinaria di Diritto pubblico comparato nell'Università di Udine
Già Coordinatrice del corso di Dottorato di ricerca in Diritto per l'innovazione
nello spazio giuridico europeo*

PROF. FRANCESCO EMANUELE GRISOSTOLO

Prof. associato di Diritto pubblico comparato nell'Università di Udine

Responsabilità in evoluzione

Il volume *Vecchie e nuove declinazioni della responsabilità: fra teoria e prassi* raccoglie i contributi delle giovani ricercatrici e dei giovani ricercatori che, nel 2024, hanno preso parte alla VII Conferenza del Dottorato di ricerca interateneo Udine-Trieste in *Diritto per l'innovazione nello spazio giuridico europeo*, con sede amministrativa presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Udine, un dottorato che si colloca in un contesto europeo in rapida evoluzione, in cui le frontiere del diritto si spostano continuamente per rispondere alle sfide di un mondo globalizzato, tecnologico e complesso.

È proprio in tale prospettiva che il volume rappresenta un apporto prezioso: non solo perché accoglie un numero rilevante di saggi che offrono al lettore una panoramica ricca e sfaccettata della responsabilità giuridica, nelle sue declinazioni pubbliche e private, ma anche perché testimonia la capacità delle nuove generazioni di ricercatori di interrogarsi in modo critico e creativo sulle trasformazioni che investono la realtà giuridica, affrontando con rigore scientifico questioni di grande attualità (che, per citarne alcune, vanno dalla responsabilità politica e penale alle sfide dell'intelligenza artificiale, dalla *governance* museale alle operazioni societarie transnazionali).

Ma c'è di più: questa è la prima volta che i risultati delle Conferenze del Dottorato, nate per valorizzare le ricerche dei più giovani e alimentare il dialogo tra generazioni accademiche, trovano una collocazione editoriale comune.

La scelta, delle dottorande e dei dottorandi, di raccogliere in una collettanea i lavori della VII Conferenza del Dottorato merita non solo attenzione, ma anche sincero apprezzamento: in un'epoca in cui la rapidità degli scambi rischia di relegare le idee a episodi fugaci, il loro gesto restituisce tempo e memoria al lavoro scientifico.

Diviene, dunque, finalmente chiaro che le Conferenze del Dottorato non sono un semplice esercizio di esposizione: sono un crocevia di idee e di crescita scientifica, in cui le ricerche vengono messe alla prova, discusse e arricchite grazie al confronto con supervisori e studiosi di comprovata esperienza.

In questo senso, il volume non è solo un prodotto editoriale: è il segno di una consapevolezza matura, di un'assunzione di responsabilità verso la comunità

scientifica e accademica di appartenenza. Con questa pubblicazione, i contributi delle giovani Autrici e dei giovani Autori superano i confini temporali della Conferenza, assumendo una forma stabile, accessibile e durevole. È, a ben vedere, un coraggioso atto di apertura, quello delle dottorande e dei dottorandi, che nasce dalla volontà di condividere conoscenza, stimolare il confronto e promuovere un dibattito vivo, incarnando pienamente la missione dell'Università come luogo di ricerca, formazione e diffusione del sapere.

Anche dal punto di vista editoriale l'impegno richiesto per curare una collettanea di questo tipo va ben oltre la partecipazione a un incontro di studio: nella misura in cui impone di confrontarsi con le esigenze della scrittura accademica, con il rigore della revisione dei testi, con le dinamiche del coordinamento di più autori e con l'attenzione necessaria a garantire coerenza e qualità complessiva, si traduce in un esercizio che contribuisce a formare non solo ricercatori competenti, ma anche futuri membri attivi della comunità scientifica, capaci di gestire progetti complessi, assumendosene la responsabilità.

Sul piano istituzionale, infine, il volume è una prova tangibile della capacità del Dottorato di ricerca interateneo Udine-Trieste in *Diritto per l'innovazione nello spazio giuridico europeo* di generare risultati solidi: documentandone la vitalità, la varietà e la qualità della ricerca, la collettanea si candida a essere un importante biglietto da visita del Dottorato, potenziando le sue possibilità di essere un polo attrattivo per studiosi, collaboratori e futuri candidati.

Nel dimostrare che si sentono parte di un progetto comune, in cui le responsabilità e i traguardi individuali si fondono con quelli della comunità scientifica e accademica di appartenenza, con questo volume, le nostre giovani ricercatrici e i nostri giovani ricercatori si dichiarano pronti ad affrontare le prove che incombono: a chi, come me, appartiene ormai alla generazione dei ricercatori "senior", spetta il privilegio di ascoltarli e di accompagnarli, lasciandosi travolgere dal loro entusiasmo, nell'ottica di costruire insieme un orizzonte di sapere più aperto, inclusivo e innovativo. Del resto, un antico proverbio ci ricorda che se il giovane cammina più veloce dell'anziano, l'anziano conosce la strada.

È solo da questa sinergia, intergenerazionale e interdisciplinare, che può nascere un'Università pronta a rispondere alle sfide di un futuro che si profila complesso, ma stimolante.

Per questa ragione, al termine di queste brevi riflessioni, non può mancare un sentito ringraziamento ai giovani e ai meno giovani che si spendono quotidianamente per mantenere vivo e in salute il Dottorato di ricerca interateneo Udine-Trieste in *Diritto per l'innovazione nello spazio giuridico europeo*.

SILVIA BOLOGNINI

*Prof.ssa ordinaria di Diritto agrario nell'Università di Udine
Direttrice del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Udine*

Sezione I:
Diritto pubblico

La responsabilità processuale aggravata: nuovi sviluppi alla luce della riforma Cartabia

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'art. 96, primo e secondo comma, c.p.c. e le difficoltà applicative incontrate. – 3. Il dibattito sorto a seguito della introduzione del terzo comma dell'art. 96 c.p.c. ad opera della l. 18 giugno 2009, n. 69. – 4. Le ricadute dell'introduzione del quarto comma dell'art. 96 c.p.c. ad opera del d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149 sul dibattito intorno alla natura dell'art. 96, comma terzo, c.p.c.. – 5. Il richiamo dell'art. 96, terzo e quarto comma, c.p.c. nel nuovo art. 380-*bis* c.p.c. – 6. Conclusioni.

1. *Premessa*

Piero Calamandrei definisce il processo come “leale osservanza delle regole del giuoco, cioè fedeltà a quei canoni non scritti di correttezza professionale”¹. Nel quadro delle elastiche direttive dettate dalle norme di diritto processuale, che “lasciano ampio margine (...) alla iniziativa e alla scelta individuale”, l'art. 88 c.p.c. impone alle parti “il dovere di comportarsi in giudizio con lealtà e probità”. Pertanto, afferma Calamandrei, “il giuoco, cioè la gara di abilità, è lecito, ma non è permesso barare”.

È, dunque, in un più ampio scenario di “moralizzazione” del processo², intesa come responsabilizzazione dei soggetti in esso coinvolti, che si inserisce la responsabilità processuale aggravata. L'art. 96 c.p.c. costituisce, invero, uno degli strumenti attraverso cui il giudice – arbitro del gioco – sanziona la parte che, con un atteggiamento processuale contrario a buona fede, integri un'ipotesi di responsabilità processuale.

La disposizione è stata a lungo al centro del dibattito giurisprudenziale e dottrinale, specialmente a fronte delle modifiche intervenute ad opera della l. 18

¹ CALAMANDREI P., *Il processo come giuoco*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, I, p. 31.

² Parla di moralizzazione del processo, COMOGLIO L.P., «*Moralizzazione*» del processo e ruolo del giudice nell'evoluzione dei modelli processuali europei, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 131 ss.

giugno 2009, n. 69. Ad oggi la norma è stata nuovamente ritoccata, con l'introduzione del quarto comma da parte del d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, riallargando il dibattito già in essere. Pare, dunque, opportuno analizzare l'evoluzione dell'art. 96 c.p.c., con particolare riguardo alle difficoltà interpretative ed applicative riscontrate, al fine di poter esaminare le ricadute del recente intervento legislativo.

2. L'art. 96, primo e secondo comma, c.p.c. e le difficoltà applicative incontrate

Originariamente costituito dai soli primi due commi, l'art. 96 c.p.c. sanciva (e sancisce) la possibilità per la parte vittoriosa di domandare il "risarcimento dei danni" dalla stessa patiti, in conseguenza della condotta illecita tenuta dalla controparte poi risultata totalmente soccombente.

La norma mira, infatti, a tutelare la parte dai pregiudizi che questa può subire a causa dell'agire o del resistere in giudizio della controparte, con mala fede o colpa grave³ (o colpa lieve, nelle ipotesi tassativamente previste dal comma secondo⁴). La sua natura è, dunque, risarcitoria.

L'esautività della disciplina sancita fa dei primi due commi dell'art. 96 c.p.c. delle peculiari ipotesi di illecito aquiliano, rispetto al quale rivestono carattere di specialità⁵. Ne conseguono l'inapplicabilità dei principi generali di cui all'art. 2043 c.c., nonché l'inoperatività di un concorso alternativo tra di essi. Ne deriva, altresì, l'impossibilità per la parte di proporre un autonomo giudizio al fine di ottenere il risarcimento dei danni patiti. Invero, la parte danneggiata potrà tendenzialmente trovare tutela solo ed esclusivamente nel giudizio di merito in cui

³ L'art. 96, primo comma, c.p.c. così statuisce: "Se risulta che la parte soccombente ha agito o resistito in giudizio con mala fede o colpa grave, il giudice, su istanza dell'altra parte, la condanna, oltre che alle spese, al risarcimento dei danni, che liquida, anche di ufficio, nella sentenza".

⁴ L'art. 96, secondo comma, c.p.c. prevede che "Il giudice che accerta l'inesistenza del diritto per cui è stato eseguito un provvedimento cautelare, o trascritta domanda giudiziale, o iscritta ipoteca giudiziale, oppure iniziata o compiuta l'esecuzione forzata, su istanza della parte danneggiata condanna al risarcimento dei danni l'attore o il creditore procedente, che ha agito senza la normale prudenza. La liquidazione dei danni è fatta a norma del comma precedente".

⁵ Cfr. PADUANO D., *Le spese e i danni processuali*, in DITTRICH L. (a cura di), *Diritto processuale civile*, I, Milano, Wolters Kluwer Italia, 2019, p. 801; CORDOPATRI F., *Spese giudiziali (diritto processuale civile)*, in *Enc. Dir.* 1990, p. 354. In giurisprudenza, cfr. Cass. 19 aprile 2022, n. 12454; Cass. 16 maggio 2017, n. 12029; Cass. 17 novembre 2016, n. 23444; Cass. 7 marzo 2013, n. 5700; Cass. 6 agosto 2010, n. 18344.

la condotta illecita è stata posta in essere⁶, potendo proporre la domanda sino al momento della precisazione delle conclusioni.

Alla stregua di quanto previsto per la responsabilità aquiliana, tuttavia, sussiste in capo al danneggiato l'onere di provare la sussistenza dei presupposti applicativi delle due fattispecie: la soccombenza totale del danneggiante⁷, l'elemento soggettivo richiesto dalla norma⁸, il danno subito, nonché il nesso causale tra la condotta imputabile alla controparte e il danno lamentato.

Ed è segnatamente a causa della gravosità dell'onere probatorio posto in capo alla parte vittoriosa in relazione all'*an* e al *quantum* del pregiudizio patito, che la norma ha riscontrato difficoltà applicative. Nonostante la espressa possibilità per il giudice di liquidare "d'ufficio" il danno, la giurisprudenza si è invero orientata nel senso del dovere della parte istante di assolvere "l'onere di allegare gli elementi di fatto (...) necessari ad identificarne concretamente l'esistenza ed idonei a consentire al giudice la relativa liquidazione, anche se equitativa"⁹. A tale rigoro-

⁶ La giurisprudenza è costante nel senso di non ammettere la proposizione, nell'ambito del medesimo giudizio, della mera condanna generica con rinvio a diverso processo per la determinazione del *quantum*, in quanto ciò comporterebbe l'elusione della competenza esclusiva del giudice della causa di merito a conoscere di tale domanda (cfr. Cass. 25 gennaio 2016, n. 1266; Cass. 7 marzo 2013, n. 5700; Cass. 6 agosto 2010, n. 18344). Sono, tuttavia, ammesse delle deroghe a tale preclusione. A tal riguardo, cfr. Cass. 19 luglio 2018, n. 19179, che fa salva la proponibilità della domanda risarcitoria in autonomo e separato giudizio, purché "tale scelta sia dipesa, non già da una sua mera inerzia, ma da un interesse specifico a non proporre la relativa domanda nello stesso giudizio che ha dato origine all'altrui responsabilità aggravata, interesse che deve essere valutato nel caso concreto per accertarne l'effettiva esistenza ed escludere che sia illegittimo o abusante". In dottrina, cfr. PADUANO D., *op. cit.*, p. 801, nt. 189.

⁷ Con riferimento al secondo comma, la controparte dovrà risultare soccombente *in toto* nel merito, essendo richiesta la "inesistenza del diritto", per la peculiarità delle ipotesi ivi tassativamente previste. In relazione al primo comma, invece, la soccombenza potrà ricadere sia sul merito sia sul rito.

⁸ Il secondo comma richiede che la condotta sia connotata per la sola colpa lieve (ovvero l'assenza della normale prudenza). Si tratta, invero, di casi tassativi predeterminati dal legislatore, che, per la loro pericolosità, richiedono maggiori tutele, venendo dunque esaltata una maggiore autoreponsabilità delle parti.

Il primo comma, di applicazione residuale rispetto al secondo, impone un requisito più stringente in relazione all'elemento soggettivo: la controparte deve aver agito o resistito con mala fede, e dunque, con la consapevolezza di aver torto o di agire slealmente, o con colpa grave, in assenza dell'ordinaria diligenza che le consenta di cogliere l'infondatezza della propria pretesa.

⁹ Cfr. Cass. 30 maggio 2023, n. 15175; Cass. 27 ottobre 2015, n. 21798; Cass. 12 dicembre 2005, n. 27383.

sa posizione si è contrapposto un orientamento che ritiene, invece, desumibile il danno dalle nozioni di comune esperienza¹⁰, con un'attenuazione dell'onere della prova in capo alla parte. Ciononostante, l'art. 96 c.p.c., nella sua originaria formulazione, ha trovato scarsa applicazione.

3. *Il dibattito sorto a seguito della introduzione del terzo comma dell'art. 96 c.p.c. ad opera della l. 18 giugno 2009, n. 69*

Le difficoltà applicative incontrate – insieme con le esigenze deflative del contenzioso e di garanzia della ragionevole durata del processo – hanno condotto, nel 2009, il legislatore all'introduzione del terzo comma¹¹ della norma.

Attraverso la generalizzazione a tutti i gradi della fattispecie prima prevista dall'art. 385, quarto comma, c.p.c. solo in relazione al giudizio di legittimità (e contestualmente abrogata)¹², si è inteso rafforzare i presidi atti a contrastare l'uso distorto degli strumenti processuali.

Il terzo comma contempla, invero, la possibilità per il giudice, “in ogni caso” e “d'ufficio” – e dunque in assenza di istanza di parte –, di condannare la parte rimasta soccombente alla corresponsione di una somma da lui equitativamente determinata in favore della controparte.

La lacunosità della disposizione, tuttavia, ha dato origine a molteplici dubbi interpretativi, che non trovano ancora ad oggi soluzione univoca.

¹⁰ Cfr. Cass. 12 ottobre 2011, n. 20995; Cass. 18 febbraio 2011, n. 3993, secondo la quale il giudice può rifarsi alla comune esperienza, “secondo cui, nella normalità dei casi e secondo l’*id quod plerumque accidit*”, ingiustificate condotte processuali, oltre a danni patrimoniali, causano *ex se* anche danni di natura psicologica che, per non essere agevolmente quantificabili, vanno liquidati equitativamente sulla base degli elementi in concreto desumibili dagli atti di causa”; Cass. 05 marzo 2003, n. 6796; Cass. 03 agosto 2001, n. 10731.

¹¹ Il comma terzo dell'art. 96 c.p.c. – introdotto dall'art. 45, comma 12, l. 18 giugno 2009, n. 69 – sancisce che “In ogni caso, quando pronuncia sulle spese ai sensi dell'articolo 91, il giudice, anche d'ufficio, può altresì condannare la parte soccombente al pagamento, a favore della controparte, di una somma equitativamente determinata”.

¹² L'art. 385, comma 4, c.p.c., introdotto dal d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, disponeva che: “quando pronuncia sulle spese, anche nelle ipotesi di cui all'articolo 375, la Corte, anche d'ufficio, condanna, altresì, la parte soccombente al pagamento, a favore della controparte, di una somma, equitativamente determinata, non superiore al doppio dei massimi tariffari, se ritiene che essa ha proposto il ricorso o vi ha resistito anche solo con colpa grave”. La disposizione ha avuta vita breve, in quanto abrogata dalla legge 18 giugno 2009, n. 69, contestualmente all'introduzione del terzo comma dell'art. 96 c.p.c., all'interno del quale la norma è stata (parzialmente) traspota.

Due sono gli elementi che distinguono l'art. 96, terzo comma, dal previgente art. 385, quarto comma, dettato per il processo di cassazione, e in relazione ai quali gli interpreti si sono divisi: la mancata menzione, tra i presupposti, dell'elemento soggettivo¹³ e la mancata previsione di un tetto massimo rispetto al *quantum*.¹⁴

In relazione al primo aspetto, la citata lacuna ha aperto la strada a posizioni diametralmente opposte sia in dottrina che in giurisprudenza circa la natura della fattispecie di cui al terzo comma: da un lato, chi assume che la disposizione configuri una fattispecie del tutto autonoma rispetto ai primi due commi¹⁵, dall'altro, chi invece ritiene richiamati i presupposti imposti da questi ultimi¹⁶.

Chi sostiene l'autonomia della fattispecie riconosce l'applicabilità della condanna di cui al terzo comma in tutti i casi in cui l'atteggiamento della parte risultata soccombente sia valutabile oggettivamente come abuso del processo, alla stregua di quanto emerge dagli atti e dal loro contenuto¹⁷. Tale tesi valorizza l'interesse pubblicistico perseguito dalla norma, ovvero quello dell'efficiente funzionamento del sistema giustizia, che va oltre il danno patito dalla parte. Secondo questa lettura, confermata anche dalla Corte costituzionale¹⁸ – che è stata

¹³ L'art. 385, comma 4, c.p.c. presupponeva l'agire o il resistere della parte “anche solo con colpa grave”, sancendo la necessità che la condotta della parte fosse caratterizzata quantomeno da colpa grave, se non da dolo.

¹⁴ La norma abrogata imponeva quale limite massimo alla somma equitativamente determinata il “doppio dei massimi tariffari”.

¹⁵ Cfr., *ex multis*, Cass. 30.09.2021, n. 26545; Cass. 15.02.2021, n. 3830; Cass. 25.06.2019, n. 16898; Cass. 21.11.2017, n. 27623. In dottrina, RUSCIANO S., *La decisione conforme alla proposta definitoria ex art. 380 bis, comma terzo, c.p.c.: una forma codificata di abuso del processo o una mera presunzione?*, in *www.judicium.it*, 2024, par. 3; GHIRGA M.F., *Abuso del processo e alcune norme nell'ultima riforma di giustizia civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, p. 422; OLIVERI L., *L'abuso del processo e l'art. 96, comma 3, c.p.c. nella prospettiva dell'efficienza processuale*, in *Contratto e impresa*, 2020, p. 1346, per il quale ritenere applicabili i presupposti dei commi 1 e 2, comporterebbe “traslare anche nella nuova figura i vecchi problemi che avevano attanagliato i primi due”.

¹⁶ In giurisprudenza, cfr. Corte Cost. 6 giugno 2019, n. 139, per la quale la mancata previsione dell'elemento soggettivo quale presupposto della sanzione fa sì che vengano richiamati i presupposti di cui al primo comma; Cass., sez. un., 20.10.2022, n. 32001; Cass., sez. un., 20.04.2018, n. 9912. In dottrina, cfr. SCARSELLI G., *Sul c.d. abuso del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, pp. 1446-1447.

¹⁷ Lo afferma altresì la Relazione dell'Ufficio del Massimario n. 110 del 2022, 9. In giurisprudenza, cfr. Cass. 30 settembre 2021, n. 26545; Cass. 4 agosto 2021, n. 22208; Cass. 24 settembre 2020, n. 20018.

¹⁸ Cfr. Corte Cost. 23 giugno 2016, n. 152, per la quale “il legislatore, nell'intento di frenare l'eccesso di litigiosità che affligge il nostro ordinamento ed evitare

chiamata a valutarne la costituzionalità —, viene riconosciuta alla disposizione una funzione sanzionatoria, e solo eventualmente indennitaria. La norma sarebbe, dunque, mezzo di “richiamo ad un uso consapevole del diritto di azione e di difesa”¹⁹ e di ristoro della parte, solo nel caso in cui quest’ultima non sia in grado di provare il danno da lei subito.

Farebbe propendere per questa interpretazione la lettera della norma, che prevede la condanna al “pagamento di una somma”, distinta dal “risarcimento dei danni” di cui ai primi due commi, che può essere comminata “anche d’ufficio” dal giudice “quando si pronuncia sulle spese ai sensi dell’articolo 91”. Questi elementi, secondo la Corte costituzionale, ne confermerebbero “la finalizzazione alla tutela di un interesse che trascende (o non è, comunque, esclusivamente) quello della parte stessa, e si colora di connotati innegabilmente pubblicistici”²⁰. Rafforzerebbero ulteriormente la posizione l’*incipit* della disposizione (“in ogni caso”), che estenderebbe l’applicabilità della norma ad ogni ipotesi di condanna alle spese²¹, e l’avverbio “altresì”, che indicherebbe l’indipendenza della condan-

l’instaurazione di giudizi meramente dilatori, ha quindi introdotto questo peculiare strumento sanzionatorio, che consente al giudice di liquidare a carico della parte soccombente, anche d’ufficio, una somma ulteriore rispetto alle spese del giudizio”. La Corte riconosce, tuttavia, che “L’istituto così modulato è suscettibile di rispondere, peraltro, anche ad una concorrente finalità indennitaria nei confronti della parte vittoriosa (pregiudicata anch’essa da una temeraria, o comunque ingiustificata, chiamata in giudizio) nelle, non infrequenti, ipotesi in cui sia per essa difficile provare l’*an* o il *quantum* del danno subito, suscettibile di formare oggetto del risarcimento di cui ai primi due commi dell’art. 96 cod. proc. civ.”.

La questione era sorta in quanto la norma, ritenuta di funzione sanzionatoria dal giudice *a quo*, sancisce che il pagamento della somma a cui sia condannata la parte soccombente che abbia tenuto una condotta integrante abuso del processo, debba avvenire in favore di un soggetto privato, ovvero la parte vittoriosa, piuttosto che nei confronti delle casse dell’Erario. La Corte costituzionale, pur condividendo il ragionamento del giudice rimettente, ha evidenziato come quella di disporre il pagamento in favore del privato fosse una scelta legislativa, motivata dal voler garantire “una maggiore effettività, ed una più incisiva efficacia deterrente, allo strumento deflattivo”, in quanto la riscossione della somma ad opera della parte vittoriosa sarebbe sicuramente più celere, anche perché gravata da meno oneri.

¹⁹ GHIRGA M.F., *op. cit.*, p. 422.

²⁰ Corte Cost. 23 giugno 2016, n. 152, cit., par. 4.3.

²¹ Chiarisce OLIVERI L., *op. cit.*, p. 1347 che la norma non è strumento per “sanzionare la semplice soccombenza in giudizio”, ma quelle condotte che oggettivamente siano valutabili alla stregua di un abuso del processo, a valle di un esame di quanto “emerge dagli atti processuali e dal loro contenuto”, per “analizzare come” le “prospettazioni siano state concretamente esposte”. Con un’impostazione più aperta,

na di cui al terzo comma dal risarcimento, al quale potrebbe peraltro essere cumulata²².

Tuttavia, sugli stessi elementi altri fondano la diversa tesi per cui il terzo comma comporterebbe una mera attenuazione dell'onere della prova in capo alla parte, richiedendo pur sempre la sussistenza dei presupposti di cui ai primi due commi. La *ratio* della sua introduzione – che emergerebbe dalla Relazione di accompagnamento al d.d.l. n. 1441 del 2008²³ – sarebbe quella di garantire un qualche indennizzo, nell'ipotesi in cui per la parte sia troppo gravoso provare l'*an* e il *quantum* del pregiudizio patito. La funzione rimarrebbe, dunque, quella risarcitoria.

A tal fine, non si potrebbe prescindere dalla sussistenza degli elementi del dolo o della colpa grave²⁴, i quali circoscriverebbero le condotte che possono considerarsi produttive di un danno in capo alla parte vittoriosa. In caso contrario, si accorderebbe al giudice una discrezionalità troppo ampia, tale da creare un'inaccettabile incertezza²⁵. Aderendo alla tesi sanzionatoria, per la quale il comma terzo è genericamente mezzo di repressione del c.d. abuso del processo, sorgerebbe dunque il problema di quali condotte siano sanzionabili, con il risultato che una

GHIRGA M.F., *op. cit.*, p. 422, ritiene che tale espressione possa significare, anche in considerazione della *ratio* della norma, la possibilità per il giudice di comminare la sanzione di cui all'art. 96, terzo comma, c.p.c. anche ai casi di soccombenza reciproca di cui all'art. 92. La sussistenza di una tale ipotesi metterebbe in evidenza, invero, che “per le parti, vi sarebbe stato spazio per trovare un accomodamento dei loro interessi, che avrebbe potuto tener conto delle ragioni di entrambi”.

²² Cfr. ALUNNI S., *Abuso del processo: problemi applicativi della condanna*, in *Giur. it*, 2022, p. 2248.

²³ La Relazione al disegno di legge afferma che “Lo strumento in questione trova, nella pratica, una scarsa applicazione, essenzialmente dovuta al fatto che nell'attuale formulazione della norma la pronuncia di condanna a carico della parte soccombente che ha agito con dolo o colpa grave presuppone la prova che l'altra parte abbia sofferto un danno in conseguenza della condotta processuale scorretta”.

²⁴ Cfr. SCARSELLI G., *op. cit.*, p. 1467, il quale sostiene che “la novità del comma 3° dell'art. 96 c.p.c. non può esser portata a sostegno di un nuovo, ipotetico istituto di ‘abuso del processo’”, di cui sostiene l'inutilità.

²⁵ Cfr. SCARSELLI G., *op. cit.*, p. 1455. In relazione alla più ampia categoria dell'abuso del processo, cfr. FORNACIARI M., *L'abuso dell'abuso del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, pp. 1464-1465, per il quale una clausola elastica e duttile come quella dell'abuso del processo impedisce da un lato la rigidità della tipizzazione, ma rischia di sconfinare dall'altra nell'incertezza. *Contra* OLIVERI L., *op. cit.*, p. 1337 che apprezza la “essenzialità descrittiva” della norma, come suo punto di forza, ritenendo che la previsione di alcune fattispecie avrebbe sollevato la questione se si trattasse di esemplificazione o di tassatività.

tale valutazione sarebbe rimessa al giudice del caso concreto. Si è, inoltre, osservato che, pur ammettendone una funzione deterrente a garanzia di una giustizia efficiente, la norma non potrebbe arrivare sino al punto di comprimere l'interesse del privato alla tutela del proprio diritto, in nome di un dovere di collaborazione per la realizzazione di un interesse superiore dello Stato²⁶. L'applicazione del comma terzo dovrebbe, perciò, essere limitata ai casi connotati da mala fede o colpa grave, esistendo già strumenti atti a contrastare comportamenti ritenuti integranti un abuso degli strumenti processuali (artt. 88, 89, 91, 92 e 96, primo e secondo comma, c.p.c.)²⁷.

L'ulteriore insidiosa tematica riguarda la determinazione del *quantum* della sanzione prevista dal comma terzo. La disposizione sancisce che la somma possa essere "equitativamente determinata" da parte del giudice. La norma si discosta dal previgente art. 385, quarto comma, c.p.c. – di cui costituisce generalizzazione – in quanto quest'ultimo prevedeva che la parte potesse essere condannata ad una somma "non superiore al doppio dei massimi tariffari". L'art. 96, terzo comma, invece, non prevede alcun tetto massimo della sanzione. Il timore è ancora una volta quello del riconoscimento di un eccessivo potere in capo al giudice²⁸.

Sono così sorti dubbi circa la legittimità costituzionale della disposizione²⁹, anche in considerazione dell'incapacità per la parte di prevedere pienamente le conseguenze di un provvedimento sfavorevole, proprio a causa della impossibilità di predeterminare la eventuale sanzione, in assenza di un limite massimo o di altro criterio di calcolo³⁰. Portata dinanzi alla Corte delle leggi, la questione è stata dichiarata inammissibile in relazione all'art. 25, secondo comma, Cost., in quanto applicabile alle sole sanzioni penali ed amministrative³¹, ed infondata in relazione all'art. 23 Cost. La Corte, pur ritenendo corretta la qualifica della condanna al pagamento della somma di cui al terzo comma come prestazione

²⁶ Cfr. ALUNNI S., *op. cit.*, p. 2247.

²⁷ Cfr. SCARSELLI G., *op. cit.*, p. 1468.

²⁸ *Contra*, OLIVERI L., *op. cit.*, pp. 1350-1351, per il quale la necessità di certezza deve essere bilanciata con il fine sanzionatorio della norma che sarebbe compreso dalla imposizione di un limite massimo.

²⁹ Ritengono che la norma sollevi dubbi di legittimità costituzionale, tra i molti, BALENA G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Bari, Cacucci, 2023, p. 326; FRADEANI F., *La suprema corte e l'art. 96, 3° comma, c.p.c.*, in *Giur. it.*, 2022, p. 2409; LUISO F.P., *Diritto processuale civile*, I, Milano, Giuffrè, 2017, pp. 435 ss.

³⁰ La questione, ben più complessa di quanto esposto, non verrà approfondita, per limiti di spazio, in questa sede.

³¹ La ragione è data dal fatto che si è in presenza di una norma che svolge sì una funzione sanzionatoria, ma alla quale si affianca una finalità indennitaria, come riconosciuto dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 152 del 2016.

patrimoniale imposta per legge, non ha ritenuto violata la riserva di legge di cui all'art. 23 Cost., per la quale la norma dovrebbe stabilire sufficienti criteri direttivi³². L'art. 96, terzo comma, c.p.c., invero, assegna al giudice il compito della quantificazione, che deve avvenire nel rispetto del criterio equitativo, la cui concreta delineazione viene rimessa all'attività maieutica della Cassazione³³.

4. *Le ricadute dell'introduzione del quarto comma dell'art. 96 c.p.c. ad opera del d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149 sul dibattito intorno alla natura dell'art. 96, comma terzo, c.p.c.*

Il perdurante contrasto circa le questioni sopraesposte ha spinto la Commissione Luiso – incaricata di avanzare la proposta di riforma poi sfociata nel d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149 – a chiedere un intervento chiarificatore del legislatore³⁴, circa i presupposti e la quantificazione della fattispecie. La commissione suggeriva, in particolare, di sancire espressamente il dolo e la colpa grave quali presupposti di applicazione della sanzione di cui al terzo comma, nonché di estendere quest'ultima a favore della cassa delle ammende, in entrambi i casi con apposizione di un limite massimo³⁵.

La proposta non ha, tuttavia, trovato pieno séguito. Già con la l. 21 settembre 2021, n. 206, la delega veniva limitata alla sola introduzione di una condanna a favore della cassa delle ammende³⁶. Così ha disposto il d.lgs. 10 ottobre 2022, n.

³² Corte Cost. 6 giugno 2019, n. 139, in *Corriere giur.*, 2020, con nota critica di SACCONI N.C., *La Corte costituzionale e i criteri di quantificazione della condanna alla somma equitativamente determinata ex art. 96, comma 3, c.p.c.*, pp. 1112 ss.

³³ I parametri di riferimento più adottati nella prassi sono quelli del compenso liquidato al difensore e delle spese di lite. In relazione al primo parametro, cfr. Cass. 20 novembre 2020, n. 26435; Trib. Milano, 3 maggio 2019, n. 4262; Cass. 11 ottobre 2018, n. 25176. Per altri riferimenti, si rinvia a ALUNNI S., *op. cit.*, p. 2252.

³⁴ COMMISSIONE LUIISO, *Proposte normative e note illustrative*, p. 33.

³⁵ Un tentativo in questo senso era già stato compiuto nell'ambito della delega per la riforma del giudizio civile del 2016 (v. d.d.l. n. 2284 approvato dalla Camera dei deputati il 10 marzo 2016). In particolare, la delega introduceva un limite, dovendo la somma di cui al terzo comma essere “determinata tra il doppio e il quintuplo delle spese legali liquidate”. Altresì, si preveda l'introduzione di una sanzione da versarsi nella cassa delle ammende, la quale doveva essere “non inferiore al doppio e non superiore al quintuplo del contributo unificato dovuto per l'introduzione del giudizio”.

³⁶ Art. 1, ventunesimo comma, lett. a) l. 21 settembre 2021, n. 206 prevedeva, tra le misure “dirette a rafforzare i doveri di leale collaborazione delle parti e dei terzi”, “il riconoscimento dell'Amministrazione della giustizia quale soggetto danneggiato nei casi di responsabilità aggravata e, conseguentemente, specifiche sanzioni a favore della

149, il quale non ha, infatti, in alcun modo modificato il terzo comma, limitandosi all'introduzione del quarto.

Ai sensi dell'art. 96, quarto comma, c.p.c. "nei casi previsti dal primo, secondo e terzo comma, il giudice condanna altresì la parte al pagamento, in favore della cassa delle ammende, di una somma di denaro non inferiore ad euro 500 e non superiore ad euro 5.000".

La norma si inserisce in un più ampio disegno volto a rafforzare il dovere di leale collaborazione delle parti, come risulta dall'art. 1, ventunesimo comma, l. 26 novembre 2021, n. 206³⁷. Le numerose difficoltà applicative incontrate hanno reso l'art. 96 c.p.c. uno strumento di responsabilizzazione delle parti poco efficiente, anche a séguito dell'introduzione del comma terzo. La previsione di un quarto comma potrebbe essere, in tal senso, definita come "un nuovo tentativo di rianimazione, sul piano operativo, della c.d. responsabilità da lite temeraria"³⁸.

La disposizione contempla una nuova sanzione, riconoscendo espressamente l'Amministrazione della giustizia quale soggetto danneggiato³⁹ dalle condotte di abuso del processo, che determinerebbero altresì l'inutile impiego della scarsa risorsa giustizia.

Secondo la previsione legislativa, la sanzione si sommerebbe alle poste già sancite dai precedenti commi, ogniqualevolta ricorra una delle fattispecie da essi prevista. La lettera della disposizione pare così delineare un dovere⁴⁰ del giudice in tal senso, imponendo un automatismo nella comminazione della sanzione, che prescinde da una sua qualsiasi valutazione. Ciò sembrerebbe coerente con la finalità pubblicistica accordata alla norma, di repressione dell'abuso degli strumenti processuali in un'ottica deflattiva, tale per cui una condotta integrante

cassa delle ammende".

³⁷ V. nota 36.

³⁸ RUSSO M., *I doveri di leale collaborazione delle parti e dei terzi*, in DALMOTTO E., *Lezioni sul nuovo processo civile*, Bologna, Zanichelli, 2023, p. 329.

³⁹ Lo prevedeva già la legge delega, l. 21 settembre 2021, n. 206. Cfr. BUFFONI M., *Riflessioni sulla responsabilità processuale civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2024, p. 337, che afferma la natura trilaterale del rapporto processuale, nel quale è parte altresì la Amministrazione della giustizia, quale portatrice "di un interesse diretto all'uso legittimo e corretto del processo"; GHIRGA M.F., *op. cit.*, p. 423; Relazione Ufficio del Massimario n. 110 del 2022, p. 8.

⁴⁰ In questo senso, GHIRGA M.F., *op. cit.*, p. 423; BUFFONI M., *op. cit.*, p. 337; LUPANO M., *Responsabilità aggravata*, in Ronco, A. (diretto da), *Il processo civile riformato*, Bologna, Zanichelli, 2023, p. 559. Sembra, invece, accordare una facoltà al giudice la Relazione dell'Ufficio del Massimario n. 110 del 2022, p. 9, per la quale "il giudice possa comminare alla parte soccombente anche una sanzione pecuniaria a favore dell'Erario".

abuso del processo ai sensi dei precedenti commi comporterebbe di per sé un danno all'Amministrazione della giustizia⁴¹.

La formulazione del quarto comma, assieme alla mancata modifica del testo del terzo, inoltre, riallarga il dibattito inerente alla funzione e alla natura di quest'ultimo⁴². La previsione del pagamento di una somma in favore dell'Era-rio attribuisce al quarto comma natura sicuramente sanzionatoria, scardinando dunque il ragionamento operato dalla Corte costituzionale nel 2016. La natura pubblicistica attribuita al terzo comma dell'art. 96 c.p.c. veniva motivata dall'esigenza di garantire il buon funzionamento del sistema giudiziario civile, così come l'attribuzione alla controparte della somma equitativamente determinata trovava giustificazione nella più celere riscossione della stessa ad opera del privato⁴³. Al comma introdotto con la l. 18 giugno 2009, n. 69 veniva, invero, riconosciuto uno scopo preventivo e deflattivo, in quanto il pregiudizio subito dalla parte costituiva l'occasione per reprimere condotte integranti l'uso distorto degli strumenti processuali, a tutela della collettività⁴⁴. Ora che il quarto comma individua quale soggetto leso dalla condotta di lite temeraria l'Amministrazione della giustizia, pare non potersi più riconoscere al comma terzo una natura prettamente sanzionatoria. Una tale funzione è adesso esercitata dalla disposizione di nuova introduzione. Al terzo comma non resta, dunque, che la funzione indennitaria, rispondente all'esigenza di garantire una qualche riparazione alla parte che non

⁴¹ Cfr. GHIRGA M.F., *op. cit.*, p. 423, secondo la quale vi sarebbe "il riconoscimento di un danno *in re ipsa* subito dall'Amministrazione della giustizia (...) che diventa occasione per giustificare l'applicazione di una sanzione con funzione anche di deterrenza".

⁴² DONZELLI R., *Considerazioni sparse sulla riforma del processo civile: disposizioni generali, processo di cognizione, appello e cassazione*, in *Giust. civ.*, 2023, p. 418, ritiene che l'introduzione del quarto comma non faccia altro che "offuscare la distinzione in punto di natura e funzione tra le condanne a carattere propriamente risarcitorio".

⁴³ La Corte costituzionale, con la sentenza n. 152 del 2016, affermava che al comma terzo dovesse essere riconosciuta funzione sanzionatoria, in quanto finalizzato alla "tutela di un interesse che trascende (o non è, comunque, esclusivamente) quello della parte stessa, e si colora di connotati innegabilmente pubblicistici". In un tal quadro, giustificava l'attribuzione della somma "a favore della controparte", in quanto rispondente "all'obiettivo di assicurare una maggiore effettività, ed una più incisiva efficacia deterrente, allo strumento deflattivo apprestato da quella condanna, sul presupposto che la parte vittoriosa possa, verosimilmente, provvedere alla riscossione della somma, che ne forma oggetto in tempi e con oneri inferiori rispetto a quelli che graverebbero su di un soggetto pubblico".

⁴⁴ Cfr. DE MENECH C., *Alla ricerca del contenuto dell'art. 96, ult. Comma, c.p.c. tra principi costituzionali e frammenti di disciplina (in margine a Corte cost. 6 giugno 2019, n. 139)*, in *Eur. dir. priv.*, 2020, p. 732.

sia in grado di provare il danno dalla medesima patito nell'*an* e nel *quantum*. Anche in considerazione del rischio di duplicazione della condanna (determinato dall'operatività del quarto comma nelle ipotesi previste dal terzo)⁴⁵, sembrerebbe più opportuno ritenere il terzo comma fattispecie analoga ai primi due, e dunque di natura riparatoria⁴⁶. Il terzo comma, perciò, integrerebbe una mera attenuazione dell'onere probatorio della parte vittoriosa, pur dovendo sussistere, ai fini della sua applicabilità, gli elementi della mala fede o della colpa grave⁴⁷. In questi termini, l'intervento legislativo, seppur non incisivo del terzo comma, pare indirettamente chiarire i lineamenti dell'istituto di cui si discute sin dal 2009.

Una tale lettura potrebbe risultare *contra litteram*⁴⁸, ma si rende necessaria al fine di garantire la coesistenza delle due disposizioni. In caso contrario, il terzo comma non avrebbe senso di esistere, comportando una inutile duplicazione sanzionatoria.

Allo stesso tempo, tuttavia, non è possibile escludere integralmente una funzione sanzionatoria della disposizione stessa. È ormai consolidato l'orientamento che riconosce la possibilità per una norma risarcitoria o indennitaria di esercitare altresì una funzione sanzionatoria⁴⁹. Il punto di vista da adottare è quello di chi subisce la condanna al pagamento della somma equitativamente determinata in favore della controparte: tale esborso costituisce, invero, per chi lo sopporta, una posta punitiva. Pare, dunque, potersi affermare che, se il quarto comma ha

⁴⁵ Cfr. DONZELLI R., *op. cit.*, p. 418, secondo il quale “in ogni caso la risposta punitiva” rischierebbe di non essere “proporzionata all'illecito”.

⁴⁶ Cfr. BUONCRISTIANI D., *Processo di primo grado. La leale collaborazione tra parti, giudice e terzi*, in CECHELLA C. (a cura di), *Il processo civile dopo la riforma*, Torino, Zanichelli, 2023, p. 31.

⁴⁷ La verifica circa la sussistenza dell'elemento soggettivo è motivata dalla necessità di sopperire alla mancata predeterminazione delle condotte che giustificano una attribuzione patrimoniale in favore della parte, senza che la stessa ne abbia fatto istanza. Al riguardo, cfr. BUONCRISTIANI D., *op. cit.*, p. 31.

⁴⁸ L'affermazione si giustifica per la presenza di elementi testuali del terzo comma che fanno propendere per la natura sanzionatoria della norma. Si rinvia, a tal proposito, al paragrafo 3.

⁴⁹ Vi era stata una apertura in questo senso già con la sentenza delle Sezioni Unite del 6 maggio 2015, n. 9100, con la quale avevano sostenuto che non vi fosse incompatibilità tra la funzione sanzionatoria del risarcimento del danno e i principi generali dell'ordinamento. La vera svolta si è verificata con la sentenza del 5 luglio 2017, n. 16601, con cui le Sezioni Unite hanno affermato che il legislatore può “attribuire di volta in volta al risarcimento anche funzioni diverse da quella strettamente riparatoria, e dunque anche una funzione almeno in parte sanzionatoria (o punitiva)” (cfr. RORDORF R., *I “danni punitivi” e la natura polifunzionale della responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 2023, p. 433).

natura puramente sanzionatoria (trattandosi essenzialmente di una multa), nel terzo comma la sanzione costituisce conseguenza indiretta dell'indennizzo riconosciuto alla controparte. Si può così concludere che la funzione di quest'ultimo rimane sostanzialmente la stessa, anche se da prevalentemente sanzionatoria ed eventualmente indennitaria, ora deve intendersi come indennitaria e indirettamente sanzionatoria.

Il rischio che un tale dibattito si protrasse a lungo ha poi spinto la Commissione parlamentare – nel parere sullo schema di decreto legislativo per le integrazioni e i correttivi al d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149⁵⁰ – a sottoporre al Governo l'invito a valutare l'opportunità di limitare l'operatività dell'art. 96, quarto comma, ai soli casi previsti dai primi due, con esclusione del terzo⁵¹. L'eliminazione del richiamo, se disposta, avrebbe determinato il sorgere di un divieto di cumulo del terzo con il quarto, essendo le ipotesi di operatività di quest'ultimo tassativamente sancite dalla norma. Ne sarebbe derivata la alternatività di applicazione delle disposizioni, che avrebbe avvalorato la tesi della natura sanzionatoria del comma terzo. L'invito della Commissione parlamentare non è stato però accolto dal Governo, il quale con il d.lgs. 31 ottobre 2024, n. 164 non ha in alcun modo modificato il testo della disposizione. Il persistente cumulo delle due disposizioni sembra, dunque, confermare la lettura appena data del terzo comma, come norma avente funzione indennitaria e solo indirettamente sanzionatoria.

5. *Il richiamo dell'art. 96, terzo e quarto comma, c.p.c. nel nuovo art. 380-bis c.p.c.*

Sempre in un'ottica deflattiva, la riforma ha introdotto un nuovo procedimento per la decisione accelerata dei ricorsi inammissibili, improcedibili o manifestamente infondati *ex art. 380-bis c.p.c.* In relazione a tali ipotesi, il presidente della sezione o il consigliere delegato avanzano una "sintetica proposta di definizione del giudizio", a fronte della quale la parte può comunque chiedere la decisione, per il tramite del proprio difensore a cui abbia rilasciato una nuova procura speciale. In caso contrario, il ricorso si ritiene rinunciato e il giudizio verrà dichiarato estinto.

⁵⁰ Legislatura 19esima, Seconda Commissione Permanente, *Resoconto sommario n. 153 del 15/05/2024, Schema di parere proposto dalla relatrice sull'atto del Governo n. 137*, in https://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/19/SommComm/0/1418516/index.html?part=doc_dc-allegato_a.

⁵¹ Si può ipotizzare che la volontà della Commissione Parlamentare di rimuovere il richiamo del terzo comma possa essere giustificata dal fatto che il suo operare è rimesso alla discrezionalità del giudice, rimanendo incerti i confini della sanzione prevista dal quarto comma. In questi termini, cfr. LUPANO M., *op. cit.*, p. 559.

La responsabilità processuale aggravata rileva qui, per il richiamo operato dalla disposizione dei commi terzo e quarto dell'art. 96 c.p.c., che il giudice "applica" "quando definisce il giudizio in conformità alla proposta". Dalla lettura della norma, sorge un dubbio relativo ai presupposti applicativi di tali fattispecie. Il dato testuale pare indicare la comminazione delle sanzioni come conseguenza necessaria della conformità della decisione finale alla proposta di definizione anticipata. Propende in questo senso la Cassazione con la sentenza del 4 ottobre 2023, n. 27947, quando afferma che "l'art. 380-bis, comma 3, recupera (...) un ben distinguibile spazio prescrittivo autonomo, coerente con l'obiettivo della novella, solo ove per la condanna prevista dal richiamato art. 96, comma 4 si prescindano dai casi ivi previsti in presenza del diverso e autosufficiente presupposto, che a quelli si sostituisce, della decisione conforme alla proposta", riconoscendo l'operatività del quarto comma a prescindere dall'applicazione del terzo⁵².

Assumendo come automatica la condanna al pagamento di quelle somme, la disposizione dovrebbe considerarsi come tipizzante di una ipotesi oggettiva di abuso del processo. Da ciò ne discenderebbe però una intollerabile compressione del diritto di azione e difesa *ex* art. 24 Cost.⁵³. L'automatico operare delle sanzioni alla luce della mera conformità della decisione alla proposta condurrebbe il soggetto, a cui quest'ultima viene indirizzata, ad accettarla (anche solo) per evitare il rischio di dover subire un tale (cospicuo) esborso. Tale parrebbe il fine perseguito dalla novità legislativa, tanto che la Relazione illustrativa del d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149 qualifica quelle somme come "conseguenze disincentivanti il seguito camerale"⁵⁴.

⁵² Cass. 4 ottobre 2023, n. 27947, in *GiustiziaCivile.com*, 2023, con nota di SUCCIO R., *Lite temeraria: applicazione ampia dell'art. 96 c.p.c. nel caso di decisione del collegio in conformità alla proposta ex art. 380-bis c.p.c.* La Corte di cassazione esclude, nel caso concreto, l'applicabilità dell'art. 96, terzo comma, c.p.c. in quanto il controricorrente non si era costituito.

⁵³ Cfr. BUFFONI M., *op. cit.*, p. 338, per la quale la parte verrebbe fermata dal richiedere la decisione dalla "circostanza, tutt'altro che peregrina, che la sua domanda possa essere intesa come un disturbo eccessivo per il sistema e che il suo atteggiamento - evidentemente irrispettoso - la esponga ad un rischio di costo tale da rendere la lite sempre antieconomica, indipendentemente dalle risorse materiali di cui la parte dispone" e, dunque, il suo diritto di difesa compresso "dal timore reverenziale di "offendere" l'amministrazione". Si interroga sulla legittimità dell'art. 380-bis c.p.c. anche BESSO C., *Le modifiche al giudizio di cassazione*, in *Giur. it.*, 2023, p. 478.

⁵⁴ Ministero della Giustizia, Relazione illustrativa al decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 149: «Attuazione della legge 26 novembre 2021, n. 206, recante delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di

Un tale lettura renderebbe, però, la norma sicuramente illegittima. Acquistano così rilievo quelle sentenze attraverso cui la Cassazione ha affermato che la corrispondenza della pronuncia finale alla proposta “lascia presumere”⁵⁵ il ricorrere di un’ipotesi di responsabilità aggravata del ricorrente. Questo parrebbe consentire al giudice di determinarsi nel senso di non applicare le sanzioni⁵⁶, in considerazione della situazione esistente nel caso di specie. Tuttavia, anche quelle decisioni finiscono per dare applicazione automatica alla sanzione, senza procedere ad alcuna valutazione del contegno della parte. Ad ogni modo, l’esame della sussistenza di circostanze tali da escludere una responsabilità aggravata del ricorrente verrebbe rimessa al mero buon senso dei magistrati di cassazione, i quali non ne sarebbero tenuti in forza della disposizione. Il rischio rimane, dunque, quello di un identico automatismo nella comminazione della sanzione.

Ecco allora, che in un parallelo con la decisione Succi c. Italia della Corte EDU⁵⁷, al fine di valutare che tale previsione non comprima il diritto di accesso alla giurisdizione superiore “a tal punto che il diritto sia leso nella sua stessa sostanza”, è necessario che si garantisca alla parte una effettiva valutazione della condotta a lei imputabile per aver richiesto la decisione. È, infatti, legittimo lo scopo, perseguito dalla norma, di dissuasione dalla proposizione di istanze meramente dilatorie, il quale si pone in linea con i più ampi obiettivi di “semplificazione, speditezza e razionalizzazione” che permeano l’intera riforma. Tuttavia, l’applicazione delle previste sanzioni dovrebbe trovare una giustificazione che non può essere la sola oggettiva conformità della decisione alla proposta e di cui

esecuzione forzata», in GU Serie Generale n. 245 del 19.10.2022 - Suppl. Straordinario n. 5, p. 44.

⁵⁵ Cfr. Cass. 10 ottobre 2024, n. 26462; Cass. 12 aprile 2024, n. 9943; Cass. 27 settembre 2023, n. 27433; Cass. 11 luglio 2023, n. 19749.

⁵⁶ RUSCIANO S., *op. cit.*, par. 4, afferma che la Corte potrebbe, ad esempio, confermare la decisione, sulla base però di una diversa motivazione.

⁵⁷ Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, 28 ottobre 2021 - Ricorso n. 55064/11 e altri 2 - Succi e altri contro Italia, in https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_20_1.page?contentId=SDU357541. Con tale decisione, la Corte Europea dei Diritti dell’Uomo si è pronunciata relativamente alla compatibilità dei rigorosi requisiti formali del ricorso per cassazione (in particolare, quesito di diritto *ex art. 366 bis c.p.c.* e principio di autosufficienza) e il diritto di accesso alla giurisdizione *ex art. 6 CEDU*. La Corte ha, dunque, valutato la legittimità dello scopo perseguito dall’imposizione delle condizioni per la redazione del ricorso e la proporzionalità tra questo e il diritto di azione. Come nel caso di specie, il fine perseguito era quello del buon funzionamento del sistema giustizia, attraverso la garanzia di “un utilizzo appropriato e più efficace delle risorse disponibili”. Pur ritenendo lo scopo legittimo, la Corte aveva ritenuto che la proporzionalità del medesimo non potesse essere valutata genericamente, dovendo invece procedersi ad un esame in relazione ad ogni singolo caso concreto.

deve darsi atto nella decisione. In questo modo, la Cassazione potrebbe meglio delineare quali elementi siano distintivi di una condotta abusiva del processo, come tale legittimante la condanna *ex art.* 96, commi terzo e quarto. Un'applicazione generalizzata sarebbe, infatti, lesiva del diritto di accesso alla tutela giurisdizionale *ex art.* 24 Cost. e art. 6 CEDU.

Sembrano implicitamente operare questo ragionamento le Sezioni Unite con la sentenza del 10 aprile 2024, n. 9611⁵⁸. Gli ermellini, infatti, pur ritenendo che la conformità della decisione alla proposta sia idonea – per una valutazione legale tipica del legislatore – ad integrare un'ipotesi di abuso del diritto di difesa, hanno affermato che “è comunque raccomandata una interpretazione della norma che non conduca ad un indifferenziato automatismo sanzionatorio, dovendo l'applicazione del terzo e del quarto comma dell'art. 96 c.p.c. rimanere pur sempre affidata alla analisi delle caratteristiche del caso di specie”.

Conscia delle problematiche esposte, la Commissione parlamentare, nel parere sullo schema di decreto legislativo per le integrazioni e i correttivi al d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149⁵⁹, aveva invitato il Governo a valutare, anche in tale contesto, l'opportunità di limitare l'operatività della norma. Suggeriva, invero, in relazione all'art. 380-*bis*, di disapplicare l'art. 96, quarto comma, nelle ipotesi di mera soccombenza considerandola una “penalizzazione iniqua ed eccessiva e comunque limitativa del diritto alla difesa”. Anche in tale ambito, tuttavia, il Governo non ha aderito all'invito. Il quarto comma della norma rimane, dunque, applicabile a fronte della mera conformità della decisione alla proposta anticipata di definizione.

6. Conclusioni

L'art. 96 c.p.c. ha incontrato, sin dalla sua introduzione, difficoltà interpretative ed applicative. In un tale contesto, il recente intervento legislativo non è certamente stato risolutivo del dibattito sulla natura del terzo comma. L'introduzione del quarto comma e il richiamo ad opera dello stesso del terzo pongono ulteriori questioni, riaccendendo il dibattito che ha riguardato l'art. 96 c.p.c. sin dal 2009. Anche se la lettura del comma terzo prospettata, alla luce della riforma, in questa sede pare obbligata per le ragioni esposte, non è certo possibile escludere del tutto interpretazioni divergenti.

L'intervento potrebbe ritenersi invece più efficace in relazione alla sua portata deflattiva. L'applicazione del quarto comma in tutti i casi di cui ai primi tre,

⁵⁸ Cass., S.U., 10 aprile 2024, n. 9611, in *Dir. e giustizia*, 2024, 70, p. 2 ss., con nota di AGNINO F., *Le Sezioni Unite su definizione accelerata del processo e incompatibilità*.

⁵⁹ Legislatura 19esima, Seconda Commissione Permanente, *op. cit.*

pregiudicando in modo più incisivo il patrimonio della parte, potrebbe avere un effetto dissuasivo maggiore di quello sinora prodotto. Si tenga però conto che la nuova sanzione trova applicazione solo a fronte della operatività dei commi precedenti, ostacolata dalle questioni sopraesposte. La concreta efficacia non è, ad ogni modo, verificabile in via immediata, dovendosi attendere il tempo necessario perché un tale effetto possa prodursi. Infine, un'ulteriore questione è sorta dal richiamo dell'art. 96, commi terzo e quarto, c.p.c. ad opera dell'art. 380-*bis*, comma terzo, c.p.c. L'opinione prevalente individua nella disposizione un'ipotesi tipizzata di oggettivo abuso del processo. Tuttavia, come rammentato, un automatismo nella applicazione della sanzione pone seri problemi di legittimità della norma.

PAMELA CHIARANDA

Dottoranda di ricerca in Diritto processuale civile nell'Università di Trieste

La responsabilità politica del singolo parlamentare alla luce della riforma del Regolamento del Senato

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La responsabilità politica e responsabilità giuridica (istituzionale e diffusa). – 3. La responsabilità politica del singolo parlamentare e il divieto di mandato imperativo. – 4. L'art. 67 nei rapporti tra parlamentare, gruppo e partito. – 5. La riforma del Regolamento del Senato e l'estensione della figura del senatore apolide: quali riflessi sulla responsabilità politica? – 6. Conclusione

1. *Introduzione*

Nella dinamica del mutamento, ancora in fase di assestamento, dei rapporti tra partiti, eletti e corpo elettorale, si inserisce la riforma dei regolamenti parlamentari del 2022 che, spinta dall'esigenza di adeguare le norme regolamentari agli esiti del referendum costituzionale del 20 e 21 settembre 2020, ha colto l'occasione (in Senato)¹ di rispondere alle più recenti esigenze del sistema partitico-istituzionale.

¹ Il Senato ha approvato la novella in questione con la delibera “*Riforma del regolamento del Senato a seguito della revisione costituzionale concernente la riduzione del numero dei parlamentari*” del 27 luglio 2022, pubblicata in G.U. il 5 agosto 2022, n. 182. Alla Camera, inizialmente, il percorso di riforma del regolamento si era limitato all'adeguamento delle soglie numeriche mediante la delibera della Giunta del 30 novembre 2022 “*Modifiche al Regolamento della Camera relative ad adeguamenti conseguenti alla riduzione del numero dei deputati*”. Una seconda tranche di modifiche – sempre di carattere minimale – è stata, poi, deliberata nella seduta dell'Assemblea del 16 ottobre 2024, n. 4 (“*Modifiche al Regolamento per la razionalizzazione di fasi e di tempi dei procedimenti e per l'aggiornamento del testo*”). Si tratta di modifiche che, pur segnando un passo avanti rispetto a quelle del 2022, intervengono esclusivamente sulla compressione di istituti (come gli interventi in assemblea e la presentazione di ordini del giorno) usualmente utilizzati dalle opposizioni in modo ostruzionistico, al fine di ridurre i tempi di lavoro dell'Assemblea; permane, quindi, il profondo divario tra i corpi di regole che disciplinano il funzionamento dei due rami del Parlamento.

Le novità introdotte sono state oggetto di analisi da parte della migliore dottrina²; pertanto, ci si limiterà ad una disamina delle stesse nei limiti dei profili di interesse richiamati dal tema ivi trattato. La riforma in questione si presenta, infatti, come un'occasione per riflettere sul tema della responsabilità politica del singolo eletto e di come tale responsabilità si configuri nei rapporti che lo legano con partito e gruppo di appartenenza, da un lato, e con il corpo elettorale, dall'altro. In entrambi i casi a fare da sfondo vi è il principio del divieto di mandato imperativo (art. 67 Cost.), che si pone come (incerto) limite ai condizionamenti esterni che il singolo eletto può sopportare.

2. *La responsabilità politica e responsabilità giuridica (istituzionale e diffusa)*

Primariamente occorre svolgere un inquadramento teorico della responsabilità politica e delle diverse forme in cui essa si declina.

La dottrina maggioritaria³ è ferma nel ritenere la responsabilità politica quale fenomeno diverso ed estraneo dalla responsabilità giuridica perché in essa manca “*un collegamento, predeterminato da una norma giuridica, tra un certo fatto e una certa conseguenza*”⁴, caratterizzante, invece, la seconda.

Per superare la critica – mossa da quella parte (minoritaria) della scienza giuridica che considera i due fenomeni legati da un rapporto di *genus a species*⁵ - secondo cui la teoria in questione prenderebbe come modello di raffronto esclusivamente la noma penale incriminatrice⁶, tale collegamento tra fatto ed effetto

² Si segnala, *ex multis*, NARDINI M., *Le prime prassi applicative del nuovo regolamento del Senato e le ulteriori prospettive di riforma regolamentare*, in *Federalismi.it*, 20 marzo 2024.

³ Per tutti si veda la monografia di RESCIGNO G.U., *Responsabilità politica*, Milano, Giuffrè, 1967.

⁴ RESCIGNO G.U., *Responsabilità (diritto costituzionale)*, in *Enc. Dir.*, XXXIX, Milano, Giuffrè, 1988, p. 1341 ss.

⁵ PITRUZZELLA G., *Responsabilità politica*, in *Dig. delle Discipline Pubblicistiche UTET*, XIII, Torino, Utet Giuridica, 1997, p. 297 ss., FERRAJOLI C. F., *La responsabilità politica come responsabilità per rappresentanza*, in Aa. Vv., *La responsabilità politica nell'era del maggioritario e nella crisi della statualità*, a cura di Azzariti G., Torino, Giappichelli, 2005, p. 130 ss; MORTATI C., *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova, Cedam, 1991, p. 585, nt. 1.

⁶ Secondo PITRUZZELLA G., *op. cit.*, p. 567 ss., la dottrina elaborata da G.U. Rescigno non considera la responsabilità giuridica nelle sue diverse categorie ordinamentali ma si concentra eccessivamente sulla responsabilità di tipo penale, caratterizzata da determinatezza della fattispecie (illecito penale) e certezza delle conseguenze (obbligatorietà dell'azione penale), senza considerare, ad esempio, le

deve essere inteso non come assoluta certezza della conseguenza normativamente prevista (perché evidentemente solo le norme penali sono contraddistinte dalla imprescindibilità - teorica - della loro concreta attuazione richiesta dal principio di obbligatorietà dell'azione penale) ma nella certezza che nell'ordinamento penale, civile e amministrativo vi sono dei meccanismi che, se attivati, in via giudiziale o extragiudiziale, consentono il realizzarsi del dettato normativo⁷. Tali meccanismi nella responsabilità politica sono presenti (caratterizzano, in particolare, la responsabilità politica istituzionale) ma non assicurano con certezza la sanzione ultima cui la responsabilità politica tende, ossia la rimozione del potere politico del soggetto che si è fatto responsabile.

Ulteriore problema in cui si incorrerebbe accogliendo la dottrina minoritaria è che non potrebbe essere considerata come forma di responsabilità politica⁸ quella tipologia di responsabilità che interessa il singolo parlamentare, ovvero la responsabilità politica diffusa⁹.

Quest'ultima diverge dalla responsabilità politica istituzionale - ove il potere di critica e di rimozione del soggetto attivo sono giuridicamente disciplinati¹⁰, acquisendo quella nettezza procedimentale tipica della responsabilità giuridica

caratteristiche della responsabilità civile e amministrativa. Riflessione condivisa da FERRAJOLI C. F., *op. cit.*, p. 124-162.

⁷ Tale conclusione appare in linea con la concezione kelseniana della coercibilità quale "*fenomeno esclusivamente normativo*", come evidenziato da SACCO R., *Coazione e coercibilità*, in *Enc. Dir.*, VII, Milano, Giuffrè, 1960, p. 222, secondo il quale "*per Kelsen [...] la norma è giuridica in quanto prevede una sanzione, ma la sanzione non postula la effettiva coazione fisica, né postula la propria ulteriore sanzionabilità mediante altra norma. La coerenza logica del sistema è assicurata esclusivamente da ciò, che la norma sanzionatoria è altresì il criterio di imputazione o non imputazione dell'atto sanzionatorio (sentenza, atto d'esecuzione) all'ordinamento giuridico*", escludendo così che una "*situazione possa dirsi giuridica solo se di fatto la sua attuazione è assicurata dall'effettiva coazione*".

⁸ PITRUZZELLA G., *op. cit.*, p. 567 ss.; PACE A., *Il potere d'inchiesta delle assemblee legislative*, Milano, Giuffrè, 1973, p. 139, nt. 35. Entrambi gli autori considerano la responsabilità politica diffusa come una forma di responsabilità "di fatto".

⁹ Essa può essere definita come "*la soggezione, consapevolmente accettata, dei soggetti che lottano per il potere politico a tutti quei fattori che tendono ad un equilibrio politico sfavorevole ai fini di tale lotta, secondo i modi storicamente dati con cui si forma e si verifica l'equilibrio politico, secondo i meccanismi istituzionali in cui si svolge la lotta politica, con le conseguenze che da tale equilibrio e da ogni suo mutamento derivano*" (RESCIGNO G.U., *La responsabilità politica*, cit., p. 121).

¹⁰ Molteplici sono i meccanismi attraverso i quali si esplicano le vicende della responsabilità politica, si pensi alla disciplina del rapporto di fiducia, ai poteri di inchiesta delle Camere, agli atti di sindacato ispettivo nei confronti del Governo o al momento delle consultazioni elettorali.

– poiché non è supportata da meccanismi istituzionali di revoca del detentore del potere politico ma si sostanzia nella libertà di critica cui viene sottoposto il soggetto passivo finalizzata al mutamento sfavorevole dell'equilibrio politico, da verificarsi all'esito della consultazione elettorale, unico momento giuridico del rapporto diffuso¹¹.

La responsabilità diffusa può, poi, essere di intensità variabile, risentendo – in misura maggiore della responsabilità formale – degli assetti concertati della forma di governo. Il rapporto diffuso, non potendo essere il soggetto passivo rimosso dalla carica ricoperta, si esplica tutto nel momento pre-istituzionale dominato dai rapporti di forza e interazioni tra i protagonisti del circuito rappresentativo: forze politiche, poteri istituzionali e corpo elettorale. Negli intervalli tra una consultazione elettorale e l'altra, il potere di critica è, in sostanza, in grado di determinare un mutamento politico (e sfociare, quindi, in un potere di rimozione al momento del vaglio della responsabilità istituzionale) solo se il soggetto dal quale la critica proviene è in grado di influire sul nuovo assetto dei poteri che si forma in seguito al rinnovo dell'organo. Tale potenziale influenza sul nuovo titolare nel potere politico (oltre che essere determinata dal punto di vista normativo dalla disciplina elettorale) dipende strettamente dal diverso ruolo che i soggetti coinvolti – nella specifica sede di interesse: i partiti, gli elettori e gli eletti – svolgono nell'equilibrio della forma di governo¹². Ne consegue che dal mutamento

¹¹ Si noti come le elezioni rimangono, in ogni caso, “un meccanismo istituzionale”; pertanto, se un soggetto è sottoposto a tale meccanismo esso è responsabile in via istituzionale e non più in via diffusa. “Tuttavia, questa forma di responsabilità politica istituzionale presenta una differenza rispetto a quella classica: mentre in questa ultima il rapporto di responsabilità politica è continuo e permanente, nelle elezioni invece il rapporto è periodico, perché consiste in una sola vicenda che ritorna ad intervalli più o meno regolari, durante i quali il soggetto attivo della responsabilità (il corpo elettorale) non ha alcun potere di veto verso il soggetto passivo. [...]. La continuità tra una elezione e un'altra viene assicurata da più manifestazioni di responsabilità politica diffusa [...]. Abbiamo una vicenda composita: ad una serie di manifestazioni diverse di responsabilità politica diffusa segue, come termine ultimo, una manifestazione di responsabilità politica istituzionale (elezioni)”. *Ivi*, p. 122 ss.

¹² Fulcro di tali rapporti sembra essere costituito dal sistema dei partiti, il cui ruolo di intermediazione tra la società civile e gli eletti in Parlamento influenza la stessa forma di Stato, come sottolinea CARLASSARE L., *Problemi attuali della rappresentanza politica*, in Aa. Vv., *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, a cura di Zanon N., Biondi F., Milano, Giuffrè, 2001, p. 46, quando afferma che “la funzione di attivare una forma di responsabilità dei parlamentari e di collegarli con il corpo elettorale è stata svolta dai partiti, il cui «sistema» riguarda dunque non solo la forma di governo, ma la stessa forma di Stato”.

di tale equilibrio dipende la concreta rilevanza della responsabilità degli uni nei confronti degli altri.

3. *La responsabilità politica del singolo parlamentare e il divieto di mandato imperativo*

L'inquadramento della responsabilità politica del singolo eletto in termini di responsabilità politica diffusa è reso necessario, come si vedrà, dalla presenza del principio, consacrato nell'art. 67 Cost., che vieta la subordinazione del parlamentare ad un mandato imperativo proveniente dagli elettori o dal partito politico di appartenenza.

L'interpretazione dell'art. 67 della Costituzione pone due diversi ordini di problemi: uno di natura teorica e uno di natura pratica.

Dal punto di vista teorico si rende necessaria un'interpretazione sistematica della disposizione costituzionale in questione con quelle disposizioni costituzionali che legittimerebbero, al contrario, la presenza di un mandato imperativo (l'art. 1 – per quanto concerne il corpo elettorale, e l'art. 49 – per quanto concerne i partiti) e rispetto alle quali l'art. 67 si pone come limite¹³.

La chiave di lettura che consente di risolvere l'apparente contraddizione tra norme costituzionali che ammettono una subordinazione del singolo eletto alle forze politiche e quelle che la negano si rinviene nello stesso art. 67, prima parte. L'evoluzione del sistema costituzionale e della logica rappresentativa nella democrazia pluralista, fondata necessariamente sul ruolo preponderante dei partiti politici, impone di considerare la Nazione come popolo nella sua dimensione reale “*del quale le diverse tendenze politiche e le puntuali manifestazioni di volontà istituzionalizzate si vuole siano rispecchiate nella composizione e - almeno per grandi linee - negli indirizzi delle assemblee destinate, appunto, a «rappresentarlo»*”¹⁴. Siffatta concezione di rappresentanza nazionale legittima il vincolo che lega il singolo parlamentare con il partito di appartenenza che lo ha candidato, il quale svolge una imprescindibile funzione di filtro tra gli orientamenti politici nella Nazione e quelli espressi in Parlamento dai suoi rappresentanti¹⁵.

¹³ CRISAFULLI V., *Stato, popolo, governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Milano, Giuffrè, 1985, p. 154-157.

¹⁴ CRISAFULLI V., NOCILLA D., *Nazione*, in *Enc. Dir.*, XXXVII, Milano, Giuffrè, 1977, p. 811 ss.

¹⁵ MANNINO A., CURRERI S., *Diritto parlamentare*, Milano, Franco Angeli, 2019, p. 80.

Così legittimato il vincolo di mandato¹⁶ che, di fatto, sussiste tra partito ed eletto, il divieto di mandato imperativo deve essere restrittivamente interpretato come riconoscimento della libertà per il singolo parlamentare di adeguarsi agli indirizzi e alle direttive del suo partito, senza, tuttavia, subire una conseguenza giuridicamente rilevante nel caso di dissenso (Corte cost., 24 febbraio 1964, n. 14). Il limite posto dalla disposizione è, in sostanza, quello di svincolare la permanenza in carica del parlamentare dai rapporti interni di partito o di gruppo. Sul piano della responsabilità politica si impone, pertanto, un divieto di “istituzionalizzare” il sinallagma politico che lega singolo eletto con il partito: la responsabilità deve necessariamente continuare ad esplicarsi su un piano di diffuso¹⁷.

4. *L'art. 67 nei rapporti tra parlamentare, gruppo e partito*

Da un punto di vista pratico, sebbene il divieto di mandato imperativo si concretizzi, come visto, in una forma di tutela del parlamentare rispetto al corpo politico di appartenenza¹⁸ (in tale senso possono considerarsi una sua attuazione le disposizioni regolamentari che impongono degli spazi ai parlamentari dissenzienti all'interno del gruppo e nei lavori in aula¹⁹), esso non è in grado di

¹⁶ CRISAFULLI V., *op. cit.*, p. 156.

¹⁷ Secondo CURRERI S., *Costituzione, regolamenti parlamentari e statuti dei gruppi politici: un rapporto da ripensare*, in *Federalismi.it*, 18 giugno 2018, “le limitazioni all'esercizio delle funzioni imposte dalla disciplina di gruppo al singolo parlamentare sono legittime nella misura in cui hanno natura non giuridica ma solo politica”.

¹⁸ CIAURRO L., *Art. 67*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, II, Milano, Ipsoa, 2006. Secondo MAZZIOTTI DI CELSO M., *Parlamento (principi generali e funzioni)*, in *Enc. Dir.*, XXXI, Milano, Giuffrè, 1981, p. 771 ss. “la soggezione dei parlamentari alla disciplina dei partiti ha reso il principio in questione una finzione nei reciproci rapporti; esso varrebbe, invece, nei rapporti fra parlamentari ed elettori, con la pratica conseguenza di consentire ai partiti di perseguire una politica di compromessi fra loro, senza l'impaccio che deriverebbe da un vincolo di mandato e conseguentemente da un controllo degli elettori sugli eletti”.

¹⁹ GIANNITI L., LUPO N., *Corso di diritto parlamentare*, IV ed., Bologna, Il Mulino, 2022, p. 72: si richiamano, per il Senato, la previsione di cui all'art. 53, c. 7, r.S. per cui “i regolamenti interni dei gruppi parlamentari stabiliscono procedure e forme di partecipazione che consentano ai singoli senatori di esprimere i loro orientamenti e di presentare proposte sulle materie comprese nel programma dei lavori o comunque all'ordine del giorno”; il disposto di cui all'art. 84, c. 1, r.S. che garantisce uno spazio durante la discussione in aula - “i senatori che dissentono dalle posizioni assunte dal gruppo di appartenenza sull'argomento indiscussi hanno facoltà di iscriversi a parlare direttamente ed i loro interventi non sono considerati ai fini del computo del tempo assegnato al loro gruppo”-

inserirsi nei rapporti tra eletto, gruppo e partito, disciplinati da fonti di natura privatistica (gli statuti dei partiti) o, al massimo, para-pubblicistica (gli statuti dei gruppi), i cui contenuti sono normativamente vincolati in minima parte²⁰. Questi ultimi, in particolare, sono sottratti a pressoché ogni forma di controllo: sia giurisdizionale, poiché i rapporti tra parlamentare e gruppo sono di natura politica e, quindi, estranei alla competenza degli organi di giurisdizione ordinaria (come recentemente ricordato dalla Cass. civ., S.U., ord. 6 marzo 2020, n. 6458)²¹, sia da parte degli organi interni delle Camere - privi di tale potere risultano sia il Consiglio di Presidenza che gli organi dell'autodichia delle camere -, rientrando nell'autonomia normativa dei gruppi²². L'unico "effetto" che l'art. 67

e quello di cui all'art. 109, c.2, r.S. per le dichiarazioni di voto - *"per le dichiarazioni di voto finali [...] i senatori che intendano dissociarsi dalle posizioni assunte dal proprio gruppo, purché il loro numero sia inferiore alla metà di quello degli appartenenti al gruppo stesso, possono intervenire per non più di tre minuti"*. Nel regolamento della Camera vi sono disposizioni di analogo tenore, salva l'assenza di vincoli contenutistici per gli statuti dei gruppi.

²⁰ Per quanto riguarda il contenuto normativo vincolato degli statuti dei partiti politici si veda il D.L. 28 dicembre 2023, n. 149, art. 3, che impone delle previsioni minime di democrazia interna e pubblicità di cui i partiti devono dotarsi per poter presentarsi alle elezioni ed accedere alle agevolazioni fiscali previste per i contributi privati. Quanto agli statuti dei gruppi parlamentari l'unica disposizione regolamentare che impone - senza prevedere controlli o sanzioni in caso di mancato rispetto - un contenuto normativo minimo è l'art. 53, c. 7, r. S., già richiamato. CURRERI S., *Costituzione, regolamenti parlamentari e statuti dei gruppi politici: un rapporto da ripensare*, cit., p. 5 ss.

²¹ Così, Cass. civ., S.U., ord. 6 marzo 2020, n. 6458, che definisce i gruppi quali *"associazioni necessarie di diritto pubblico strumentali all'esercizio della funzione legislativa"*. Quale diretta conseguenza di tale qualificazione i rapporti tra il parlamentare iscritto e il gruppo di appartenenza rientrano nella sfera del diritto pubblico e sono, pertanto, rapporti di natura politica, estranei alla giurisdizione ordinaria.

²² V. lettera del presidente della Camera Fico dell'aprile 2018 in risposta ad alcuni deputati che mettevano in dubbio la compatibilità dello Statuto del Movimento 5 Stelle con l'art. 67 Cost. nella parte in cui prevede quanto segue: *"il deputato che abbandona il gruppo parlamentare a causa di espulsione ovvero abbandono volontario ovvero dimissioni determinate da dissenso politico sarà obbligato a pagare, a titolo di penale, al Movimento 5 stelle, entro dieci giorni dalla data di accadimento di uno dei fatti sopra indicati, la somma di euro 100.000,00"* (sanzione, peraltro, prevista solo per i componenti della Camera e non riportata nel regolamento dedicato ai senatori pentastellati). Nonostante il dubbio sollevato, la Presidenza riteneva di non essere titolare di alcun potere di controllo sugli statuti dei gruppi parlamentari, nel pieno rispetto dell'autonomia spettante in materia ai gruppi, e di non poter desumere tale potere dall'art. 8 r. C. Per un commento alla vicenda CIANCIO A., *Disciplina di gruppo e tutela del parlamentare dissenziente*, in *Federalismi.it*,

Cost. sortisce nell'ambito delle fonti in questione consiste nell'impossibilità, per l'ordinamento, di dare efficacia, tramite sanzioni giuridiche, ad eventuali vincoli sottoscritti tra eletto e gruppo/partito politico, dovendosi qualificare come obbligazioni naturali *ex art. 2034 c.c.*²³

5. *La riforma del Regolamento del Senato e l'estensione della figura del senatore apolide: quali riflessi sulla responsabilità politica?*

Se, da un lato, l'art. 67 Cost. viene ridotto nella sua portata interpretativa dal chiaro rapporto di subordinazione sussistente tra eletto e gruppo/partito²⁴, dall'altro, tale principio legittima un fenomeno per certi versi opposto, ossia quello del cd. transfughismo parlamentare²⁵. I così detti "cambi di casacca" hanno raggiunto una dimensione patologica nelle scorse legislature, tanto da suscitare la necessità di un intervento di modifica della disciplina regolamentare - portato a termine solo per il Senato - volto a ridimensionare la mobilità parlamentare.

La riforma del Regolamento del Senato, sotto tale specifico profilo, si muove in una duplice dimensione: da un lato, accentua il rapporto di corrispondenza tra gruppo parlamentare e partito, dall'altro, in seno al gruppo, insiste sul rapporto di subordinazione del singolo membro intervenendo sulla figura del senatore non iscritto. È chiaro che tali modifiche vadano ad incidere sul sinallagma politico che vede il singolo senatore come soggetto passivo del rapporto di responsabilità.

Quanto al primo profilo, nell'ottica di ridurre la frammentazione del quadro politico²⁶, la riforma assicura in modo ancora più saldo il legame tra compo-

13 giugno 2018.

²³ CIAURRO L., *op. cit.* Tale è la portata che si deve attribuire alla disposizione sanzionatoria contenuta nello Statuto del Gruppo Movimento 5 Stelle innanzi citata.

²⁴ La subordinazione del parlamentare nei confronti della disciplina di gruppo è pacificamente ammessa in dottrina. Si rimanda, per una disamina dei meccanismi attraverso i quali questa si esplica a MAZZIOTTI DI CELSO M., *op. cit.*, p. 771 ss.; RESCIGNO G. U., *Gruppi parlamentari*, in *Enc. Dir.*, XIX, Milano, Giuffrè, 1970, p. 779 ss.

²⁵ Si riportano i dati delle scorse legislature a titolo esemplificativo: durante la XVIII Legislatura 306 parlamentari (218 deputati e 88 senatori) hanno effettuato almeno un passaggio di gruppo, per un totale di 464 "cambi di casacca", 305 alla Camera e 159 al Senato; i numeri aumentano ancora se si prende in considerazione la XVII Legislatura, che aveva registrato in tutto 566 passaggi di gruppo, 313 a Montecitorio e 253 a Palazzo Madama. Nella attuale legislatura i cambi sono stati solo 45 (37 alla Camera e 8 al Senato). Dato risalente al 29 maggio 2024 reperito da: <https://www.ilsole24ore.com/art/cambi-casacca-calo-solo-45-contro-84-precedente-legislatura-AGfdtdD>.

²⁶ Responsabile di tale frammentazione è (anche) la disciplina regolamentare, o

nenti parlamentari e quadro politico “fotografato” dalla consultazione elettorale, andando a specificare il cd. “requisito politico” richiesto per la formazione dei gruppi, già introdotto nel 2017. Per le componenti formate ad inizio legislatura si precisa che il gruppo debba rappresentare “un partito o movimento politico [...] che abbia presentato alle ultime elezioni del Senato propri candidati con lo stesso contrassegno, conseguendo l’elezione di almeno un Senatore”. Nel caso di gruppi di coalizione, si ammette la corrispondenza del contrassegno del gruppo a più simboli, ma si richiede “l’assenso del soggetto che ha predisposto il contrassegno” (art. 14, c. 4, r.S.).

Per i gruppi che si formano nel corso della legislatura è previsto un elemento di collegamento ulteriore rispetto alla previa esistenza della forza politica rappresentata. Il gruppo deve corrispondere ad un partito o movimento “che nella legislatura abbia presentato alle elezioni politiche o del Parlamento europeo (si estende alle elezioni europee il momento elettorale di raffronto) propri candidati conseguendo l’elezione di propri rappresentanti (quindi più di uno), a condizione che tale Gruppo sia costituito da non meno di nove componenti e che abbia la medesima denominazione ovvero il medesimo contrassegno del partito o movimento politico rappresentato”. A ciò si aggiunge che i senatori intenzionati a costituire un gruppo in corso di legislatura debbano “trasmettere al Presidente del Senato una dichiarazione di riconoscimento da parte del partito o movimento politico che intendono rappresentare” (art. 14, c. 7, r.S. – requisito richiesto anche per la formazione delle componenti politiche in seno al gruppo misto); tale riconoscimento deve permanere per tutta la durata della legislatura, pena lo scioglimento del gruppo stesso (art. 14 r.S., ult. comma).

Alla luce della previsione di cui al c.7, per i gruppi formati in corso di legislatura (oltre che per le componenti politiche del gruppo misto) si consolida il legame politico rispetto al partito di appartenenza, che può condizionarne non solo la nascita, ma anche lo scioglimento (pur essendo concretamente poco plausibile una rottura così forte), tramite la revoca del “riconoscimento”. Si noti come il rapporto interdipendenza tra gruppo e partito, concretamente regolato dalla sintesi tra i rispettivi statuti, è svincolato da qualsiasi disciplina a tutela del primo; mentre nella disciplina regolamentare dei rapporti tra parlamentare iscritto e gruppo si trova un quantum minimo di tutela delle prerogative del singolo iscritto che gli assicurano uno spazio di autonomia rispetto agli indirizzi della compagine di appartenenza.

meglio la sua perdurante stasi. Le norme sulla formazione dei gruppi parlamentari alla camera sono immutate dal 1993 ad oggi, al Senato dal 1993 al 2017, nonostante le diverse formule elettorali e i mutamenti degli equilibri politici che si sono susseguiti. GIANNITI L., LUPO N., *op. cit.*, p. 126.

Quanto al secondo profilo, per rafforzare i meccanismi anti-transfughismo, il comma 1 dell'art. 14 r.S. estende il campo di applicazione della figura del senatore non iscritto, riservata dalla novella del 2017 ai soli senatori di diritto e a vita. Questa consiste nella situazione in cui vengono a trovarsi i senatori "che si dimettono dal Gruppo di appartenenza [...], o ne vengono espulsi, salvo che entro il termine di tre giorni abbiano aderito ad un altro Gruppo già costituito, ad eccezione del Gruppo misto, previa autorizzazione del Presidente del Gruppo stesso" (art. 14, c. 1, r. S.). La condizione di senatore "apolide" può, dunque, non dipendere dalla volontà dell'eletto essendo richiesta l'autorizzazione del Presidente del Gruppo di accoglienza, ovvero, per quanto riguarda l'adesione ad una componente politica del gruppo misto, la "deliberazione favorevole degli appartenenti a tale componente e [...] l'autorizzazione del legale rappresentante del corrispondente partito o movimento politico" (appare preclusa la possibilità per il senatore transfugo di aderire al gruppo misto tout court)²⁷.

Dalla lettera del primo comma dell'art. 14 r. S. emerge quindi che, per quanto attiene ai senatori elettivi, la condizione di senatore non iscritto non può acquisirsi a inizio legislatura (quando, nel caso di mancata iscrizione entro tre giorni il senatore entra a far parte del Gruppo Misto) ma attiene ad un momento patologico di rottura del rapporto politico tra iscritto e gruppo. La ratio antitransfughista della disciplina sta nel deficit di prerogative processuali e di status in cui incorre il senatore privo di gruppo, frutto del mancato coordinamento della disciplina regolamentare con l'introduzione della figura analizzata.

Sebbene alcune garanzie minime siano loro assicurate da talune disposizioni²⁸, una generale condizione di sfavore è stata riconosciuta (criticamente da alcuni, positivamente secondo altri) da più di una voce tra coloro che si sono occupati di analizzare la riforma del 2022²⁹. Le principali conseguenze negative attengono all'esclusione da alcuni importanti organi collegiali - Consiglio di Presidenza,

²⁷ GRIGLIO E., *Il Rapporto tra gruppi, partiti e singoli eletti nel nuovo regolamento del Senato. Spunti di riflessione a margine dell'esperienza comparata*, in *Federalismi.it*, 16 novembre 2022.

²⁸ Art. 14, c. 1, r. S., ove si legge "Ai Senatori non iscritti ad alcun Gruppo sono garantiti proporzionati tempi di intervento stabiliti dalla Conferenza dei Presidenti dei Gruppi parlamentari ai sensi dell'articolo 55, comma 5"; art. 109, c. 2-bis, r. S., per cui "spetta alla conferenza dei capigruppo la definizione dei tempi delle dichiarazioni di voto per i senatori non iscritti"; infine, come garanzia dell'appartenenza alle commissioni permanenti, l'art. 21, c. 3, r. S., prevede che "spetta al presidente del Senato assegnare tali senatori alle diverse commissioni permanenti nel rispetto del rapporto tra maggioranza e opposizione".

²⁹ In chiave critica GIANNITI L., LUPO N., *op. cit.*, p. 83; GRIGLIO E., *op. cit.*, p. 64; in senso positivo CIANCIO A., *op. cit.*, p. 14.

Conferenza dei capigruppo, Giunta per il regolamento e Giunta delle elezioni e delle immunità a procedere, la cui composizione è parametrata alla consistenza dei gruppi – ovvero alla decadenza, prevista, in generale, in caso mobilità, dagli stessi organi. A ciò si aggiunge l'impossibilità di esercitare tutte quelle prerogative processuali riservate a "un senatore per ciascun gruppo", nonché si usufruire di locali, attrezzature e del contributo annuale a carico del bilancio del Senato, che l'art. 16 r. S. riserva "ai gruppi [...] proporzionalmente alla loro consistenza numerica".

Il senatore che decide di abbandonare il gruppo di appartenenza (o ne viene espulso) rischia, quindi, di ritrovarsi in una condizione in cui gli viene impedito di esercitare a pieno le proprie potestà e, pertanto, di partecipare attivamente ai lavori parlamentari. La possibilità di ricadere in tale situazione patologica dovrebbe fungere da monito per colui che decide di rompere i propri legami politici, anche alla luce dell'impossibilità di "rifugiarsi" nel gruppo misto³⁰.

Dunque, una delle conseguenze che la legge di riforma del Regolamento del Senato ha avuto con l'ampliamento dell'ambito di applicazione della figura del senatore apolide appare essere l'intensificarsi del legame politico tra il singolo iscritto e il gruppo (e, quindi, partito), di appartenenza³¹.

6. Conclusione

Le modifiche regolamentari, alla luce di quanto esposto, influiscono in modo tutt'altro che minimale sul circuito della responsabilità politica che interessa parlamentare, gruppi e partiti politici, introducendo dei meccanismi che legano in modo stringente i singoli membri del Senato rispetto alle forze politiche esterne: da un lato, si istituzionalizza il criterio della corrispondenza tra gruppo e partito, consentendo a quest'ultimo di ingerirsi in importanti snodi politici interni alla vita della camera, come la formazione dei gruppi a legislatura inoltrata o la formazione delle componenti politiche del gruppo misto; dall'altro, alla luce della condizione sfavorevole in cui versa il senatore apolide, l'uscita o l'espulsione dal gruppo acquista una particolare connotazione sanzionatoria.

Sussistendo, come visto, un legame di responsabilità politica diffusa tra parlamentare e gruppo, quest'ultimo non dovrebbe vantare alcuna prerogativa - se-

³⁰ È noto che il gruppo misto si presta ad essere strumento di incentivo al transfughismo. *Ex mulis*, MERLINI S., *Natura e collocazione dei gruppi parlamentari in Italia*, in Aa. Vv., *Rappresentanza politica, gruppi parlamentari, partiti: la prospettiva italiana*, II, Torino, Giappichelli, 2004, p. 15.

³¹ Secondo CARETTI P., *Responsabilità politica*, in *Enc. Giur.*, XXVII, Roma, Editore Jovene, 1991, p. 5, i partiti politici sono divenuti gli unici soggetti cui rispondono politicamente i titolari di funzioni pubbliche.

condo gli schemi di tale tipologia di responsabilità - circa la perdita di potere politico del proprio membro; sicché, l'espulsione dello stesso rappresenterebbe un mero mutamento degli equilibri politici interni, eventualmente prodromico al momento politico istituzionale ultimo di tale rapporto diffuso, ossia quello della consultazione elettorale (dove il gruppo/partito potrebbe legittimamente decidere di non ricandidare il singolo membro). Con l'istituzione della figura del senatore apolide (e delle particolari condizioni di sfavore che la contraddistinguono) l'espulsione o l'uscita dal gruppo parrebbe acquistare i connotati di una sanzione politica, in termini di “*inefficienza funzionale, ossia nella [im]possibilità del soggetto in questione di svolgere regolarmente i propri compiti*”³².

Alla luce di ciò, potrebbero crearsi dei possibili profili di attrito tra la novella regolamentare del 2022 e l'art. 67 Cost. nella parte in cui pone un divieto di istituzionalizzare la responsabilità politica dei singoli membri delle camere. D'altronde, anche coloro che ritengono legittima la disparità di trattamento, in termini di “privilegi organizzativi”, tra parlamentari iscritti ad un gruppo e parlamentari non iscritti, sottolineano la necessità di garantire il pieno rispetto del “pieno esercizio della rappresentanza politica” di questi ultimi³³. Dunque, la domanda da porsi è: il senatore privo di gruppo è in grado di esercitare a pieno le sue prerogative di parlamentare? La risposta non potrà che essere fornita dalla prassi futura, tanto più che, al momento, nessun senatore risulta appartenere alla categoria in questione³⁴.

MARGHERITA CORVASCE

Dottoranda di ricerca in Diritto costituzionale nell'Università di Trieste

³² *Ivi*, p. 2.

³³ MERLINI S., *op. cit.*, p. 15.

³⁴ Dato rilevato consultando il sito del Senato: <https://www.senato.it/composizione/gruppi-parlamentari/riepilogo-della-composizione>.

***Corporate governance* e gestione della sostenibilità delle filiere produttive**

SOMMARIO: 1. Evoluzione normativa in tema di sostenibilità e governance delle società di capitali. La *Corporate Sustainability Due Diligence Directive*: rilievi critici. – 2. La prospettiva dinamico-produttiva della filiera. – 3. Il ruolo degli *stakeholders* – 4. La sostenibilità della gestione sociale nel quadro dei poteri-doveri degli amministratori – 5. Prove di estensione del perimetro degli obblighi di sostenibilità nei rapporti contrattuali di filiera.

1. *Evoluzione normativa in tema di sostenibilità e governance delle società di capitali. La Corporate Sustainability Due Diligence Directive: rilievi critici*

Nell'attuale quadro economico, istituzionale e politico europeo la sostenibilità è senza dubbio una delle sfide più complesse. Nella strategia europea adottata per realizzare la transizione verso un'economia sostenibile un ruolo sempre più importante viene riconosciuto alla *governance*.

La *governance* sostenibile delle società di capitali è un tema che ha destato molto interesse negli ultimi anni, in quanto il raggiungimento dei nuovi e sempre più pregnanti obiettivi di sostenibilità fissati nel quadro internazionale ed europeo non può prescindere dall'analisi del loro impatto concreto sulla *governance*. La discussione è stata alimentata dall'introduzione di diverse disposizioni normative, europee ed italiane, volte a orientare l'organizzazione delle imprese verso obiettivi di sostenibilità¹, di modo che l'iniziativa economica sia svolta in

¹ Una prima iniziativa a livello internazionale volta a indirizzare l'attività economica verso obiettivi di sostenibilità è costituita dal progetto *Global Compact delle Nazioni Unite* (UNGC), avviato nel 2000, che ha lo scopo di incoraggiare le imprese di tutto il mondo ad adottare politiche sostenibili, per promuovere un'economia rispettosa dei diritti umani, del lavoro, dell'ambiente e per contrastare la corruzione. Successivamente, nel 2011, il Consiglio dei Diritti Umani delle Nazioni Unite ha adottato i Principi Guida su Impresa e Diritti Umani (*UN Guiding Principles on Business and Human Rights* – UNGP), che definiscono un insieme di regole di comportamento in materia di diritti umani, sia per le imprese, sia per gli Stati che hanno il compito di controllarle.

modo tale da non pregiudicare le risorse naturali e i sistemi ecologici nel lungo termine, mantenendo un equilibrio tra le esigenze economico-commerciali e l'ambiente, nel rispetto dei diritti umani.

L'articolazione normativa europea adottata in ambito societario e dei mercati finanziari consta di un insieme di regole, di fonte variegata, che hanno segnato le tappe verso un governo dell'impresa sostenibile diretto a promuovere un'adeguata considerazione degli impatti ambientali, sociali e di *governance* (*Environmental, Social and Governance* – ESG). Nel dettaglio la strategia europea si è articolata in plurimi e diversi aspetti, tra cui i più rilevanti sono: a) la rendicontazione non finanziaria (NFD), disciplinata dalla Direttiva 2014/95/UE nota come “*Non-Financial Reporting Directive*” (NFRD)², b) lo sviluppo della *green finance*, basata sulla necessità di indirizzare meglio i flussi finanziari e di capitale verso investimenti *green*, come evidenziato nel Regolamento UE 2019/2088 (Regolamento *Disclosure* SFDR) il quale ha previsto nuovi obblighi di trasparenza informativa in materia di sostenibilità in capo ad alcune tipologie di intermediari³; c) il corretto utilizzo delle risorse finanziarie dell'Unione Europea da parte degli Stati membri, attraverso una tassonomia delle attività eco-sostenibili, ossia un sistema condiviso a livello europeo di classificazione delle attività economiche eco-sostenibili in ragione del contributo al raggiungimento di specifici obiettivi ambientali, sulla base di criteri e metriche scientifici (Regolamento UE 2020/852 (Regolamento Tassonomia).

Nel 2015, le Nazioni Unite hanno definito l'Agenda 2030 per lo Sviluppo Sostenibile, che contiene i diciassette Obiettivi per lo Sviluppo Sostenibile (*Sustainable Development Goals*), inquadrati all'interno di un programma d'azione più vasto costituito da 169 traguardi, ad essi associati, da raggiungere in ambito ambientale, economico, sociale e istituzionale entro il 2030. Sempre nel 2015 è stato sottoscritto l'Accordo di Parigi, concluso tra gli Stati membri della Convenzione Quadro delle Nazioni Unite sul clima del 1992, che vincola questi ultimi a perseguire un obiettivo di lungo termine in campo climatico.

² Alla Direttiva 2014/95/UE (recepita in Italia con il d. lgs. 30 dicembre 2016, n. 254) si deve l'introduzione dell'obbligo delle società rientranti tra gli enti di interesse pubblico di grandi dimensioni di pubblicare una dichiarazione di carattere non finanziario contenente, tra l'altro, informazioni su ambiente, sfera sociale, personale, diritti umani e lotta alla corruzione. Tale direttiva è stata sostituita dalla Direttiva 2022/2464/UE (CSRD) che amplia i soggetti interessati dagli obblighi informativi e le informazioni da fornire.

³ Ad esso si aggiungono il Regolamento UE 2019/2089, che modifica il Regolamento UE 2016/1011 (Regolamento *Benchmark*) il quale ha introdotto due nuove categorie di indici di riferimento che tengono conto di alcuni aspetti di sostenibilità ambientale.

In tale contesto, e nel più generale ambito della *Corporate Social Responsibility* (CSR), si collocano le recenti iniziative dell'Unione europea volte a favorire l'emersione di uno standard globale di condotta aziendale responsabile con l'obiettivo di ridurre l'impatto negativo delle filiere produttive in termini di violazione dei diritti umani e sfruttamento dell'ambiente, potenziando la *corporate governance* che sempre più deve essere orientata agli *stakeholders* e al soddisfacimento dei loro interessi.

A seguito di un tortuoso e pluriennale processo decisionale⁴, è stata definitivamente approvata il 13 giugno 2024 la Direttiva 2024/1760/UE (CSDDD o CS3D), nota come “*Corporate Sustainability Due Diligence Directive*”, «relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità»⁵, pubblicata nella G.U.U.E. del 5 luglio 2024⁶.

⁴ Com'è noto, l'iter legislativo ha preso avvio con la proposta di direttiva formulata dalla Commissione il 23 febbraio 2022 e sottoposta al Parlamento europeo e al Consiglio in risposta alla Risoluzione del Parlamento europeo del 10 marzo 2021, recante raccomandazioni concernenti la dovuta diligenza e la responsabilità delle imprese, accompagnata a sua volta da una proposta sebbene con un testo ampiamente divergente.

⁵ La Risoluzione del Parlamento del 10 marzo 2021, preceduta dalla Risoluzione del 17 dicembre 2020 sulla *sustainable corporate governance* (v. EUROPEAN COMPANY LAW EXPERTS GROUP, *The European Parliament's Draft Directive on Corporate Due Diligence and Corporate Accountability*, in *Riv. società*, 2021, p. 276 ss.) è stata ampiamente commentata in dottrina e ad essa è stato dedicato il numero 2/3 del 2021 della Rivista delle società: DENOZZA F., *Incertezza, azione collettiva, esternalità, problemi distributivi: come si forma lo short-termism e come se ne può uscire con l'aiuto degli stakeholders*, in *Riv. società*, p. 297; ENRIQUES L., *The European Parliament Draft Directive on Corporate Due Diligence and Accountability: Stakeholder-Oriented Governance on Steroids*, in *Riv. società*, p. 319; LIBERTINI M., *Sulla proposta di Direttiva UE su «dovere di diligenza e responsabilità delle imprese»*, in *Riv. società*, p. 325; MARCHETTI P., *Il bicchiere mezzo pieno*, in *Riv. società*, p. 336; MUCCIARELLI F.M., *Ricomporre il nesso spezzato: giurisdizione e legge applicabile alle imprese multinazionali*, in *Riv. società*, p. 349; STRAMPELLI G., *La strategia dell'Unione europea per il capitalismo sostenibile: l'oscillazione del pendolo tra amministratori, soci e stakeholders*, in *Riv. società*, p. 365; TOMBARI U., *La Proposta di Direttiva sulla Corporate Due Diligence e sulla Corporate Accountability: prove (incerte) di un «capitalismo sostenibile»*, in *Riv. società*, p. 375; VENTORUZZO M., *Note minime sulla responsabilità civile nel progetto di direttiva Due Diligence*, in *Riv. società*, p. 380.

⁶ Ai sensi dell'art. 37, par. 1, gli Stati membri erano originariamente tenuti ad adottare e pubblicare le disposizioni legislative nazionali di recepimento entro il 26 luglio 2026. Tuttavia, a valle Convegno di cui in atti, si segnala che con l'adozione della direttiva (UE) 2025/794 è stato introdotto il c.d. “*Stop the Clock*” con cui il legislatore europeo ha rinviato le scadenze originariamente previste per l'adozione da parte degli Stati membri degli obblighi di rendicontazione di sostenibilità e di dovere di diligenza

La Direttiva stabilisce gli obblighi e le conseguenti responsabilità in relazione «agli impatti negativi sui diritti umani e agli impatti ambientali negativi, siano essi effettivi o potenziali, che incombono alle società nell'ambito delle proprie attività, delle attività delle loro filiazioni e delle attività svolte dai loro partner commerciali nelle catene di attività di tali società» (art. 1). Viene così escluso il terzo fattore che normalmente accompagna la triade ESG, ovvero la *governance*⁷.

Scandagliando nel dettaglio la portata precettiva della Direttiva, l'art. 5 impone che ciascuna società eserciti il dovere di diligenza in materia di diritti umani e di ambiente basato sul rischio ("*risk-based due diligence*"). La prima azione per adempiere al dovere di diligenza consiste nell'integrazione del dovere medesimo in tutte le pertinenti politiche della società e nei sistemi di gestione dei rischi ("*risk management system*").

Il procedimento volto all'attuazione del dovere di diligenza ai fini della sostenibilità principia con il dovere non solo di identificare, ma anche di valutare gli impatti negativi, siano essi effettivi e potenziali causati dalle proprie attività o da quelle delle sue filiazioni⁸ e, se collegate alla propria catena di attività, da quelle dei suoi partner commerciali. Nell'ambito di tale obbligo, tenendo conto dei fattori di rischio pertinenti, le società adottano «misure adeguate a mappare – ed eventualmente a valutare approfonditamente – le proprie attività, quelle delle loro filiazioni e, se collegate alle proprie catene di attività, quelle dei loro partner commerciali, al fine di individuare i settori generali in cui è più probabile che gli impatti negativi si verifichino e siano di maggiore gravità» (art. 8).

L'elaborazione della politica di *due diligence* è articolata poi essenzialmente nei seguenti punti: la descrizione dell'approccio della società al dovere di diligenza,

posti dalla CSRD e dalla CSDDD, formalmente al fine di consentire un'applicazione più graduale e coordinata dei relativi obblighi.

⁷ Già il testo della Proposta di Direttiva della Commissione del febbraio 2022 limitava la rilevanza ai fattori ambientali e sociali, con esclusione della *governance*, che invece era contemplata nella Risoluzione del Parlamento europeo del 10 marzo 2021. Peraltro, il fattore di *governance* era riferito alla *governance* di un paese, regione o territorio e non, come normalmente inteso, alla *governance* interna di una società. È pertanto da accogliere con favore l'eliminazione del riferimento ad un simile fattore che rischiava di estendere in modo del tutto indeterminato l'ambito di applicazione della Direttiva.

⁸ Ai sensi dell'art. 3, par. 1, lett. e) per «filiazione» s'intende la «persona giuridica, quale definita all'articolo 2, punto 10, della direttiva 2013/34/UE, e persona giuridica per il cui tramite è esercitata l'attività di «impresa controllata», quale definita all'articolo 2, paragrafo 1, lettera f), della direttiva 2004/109/CE del Parlamento europeo e del Consiglio».

anche a lungo termine⁹; la realizzazione di un codice di condotta che illustri le norme e i principi cui devono attenersi la società, le società controllate e i partner commerciali diretti o indiretti; la descrizione delle procedure predisposte per l'integrazione e l'esercizio del dovere di diligenza, comprese le misure adottate per verificare il rispetto del codice di condotta ed estenderne l'applicazione alle controparti contrattuali (art. 7, par. 2).

In breve, le società sono tenute a sviluppare prontamente dei piani d'azione preventivi o correttivi, nonché adottare tutte le "misure adeguate", ovvero in grado di raggiungere gli obiettivi previsti dalla *due diligence* di sostenibilità, affrontando efficacemente gli impatti negativi in modo commisurato al livello di gravità degli stessi e alla probabilità del loro verificarsi, tenendo conto delle circostanze di ogni caso specifico, comprese la disponibilità delle misure per la società, nonché i fattori di rischio rilevanti¹⁰.

L'art. 11 impone poi di arrestare, o, qualora non sia possibile, di minimizzare l'entità degli impatti negativi già verificatisi, attraverso misure adeguate che coinvolgano la società, le società controllate e i partner commerciali facenti parte della catena di attività. Quindi, il piano d'azione che dovrà essere predisposto qualora l'impatto negativo effettivo non possa essere immediatamente neutralizzato o minimizzato nella portata non sarà di tipo preventivo, bensì correttivo.

Ricapitolando, per adempiere al dovere di diligenza ai fini della sostenibilità, le società devono anzitutto predisporre una politica di *due diligence* basata sul rischio, che comprende la creazione di un codice di condotta e una descrizione dell'approccio e dei processi per integrare la *due diligence* nelle politiche aziendali e nei sistemi di gestione del rischio. Inoltre, a seconda che gli impatti negativi siano identificati come solo potenziali o già effettivi, la società dovrà predisporre delle misure adeguate, tra cui i piani d'azione di tipo preventivo, o correttivo, oppure piani d'azione rafforzati per far fronte a specifici impatti che non possano essere prevenuti, mitigati, arrestati o minimizzati con le ordinarie "misure

⁹ Sul punto v. *amplius* STELLA RICHTER M., *Long-Termism*, in *Riv. società*, 2021, p. 49 ss.; MOSCO G.D., e FELICETTI R., *Prime riflessioni sulla proposta di direttiva UE in materia di Corporate Sustainability Due Diligence*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2022, pp. 190 -193; RACUGNO G. e SCANO D., *Il dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità: verso un Green Deal europeo*, in *Riv. società*, p. 739, secondo cui «anche un approccio di *governance* ispirata al *long-termism* potrebbe negativamente influenzare la salvaguardia degli interessi degli *stakeholders*, e al contrario il perseguimento di vantaggi economici nel breve termine non è necessariamente pregiudizievole per gli interessi di questi ultimi». Sui limiti della concezione finanziaria del *long-termism*: CAMPOBASSO M., *Gli amministratori, il successo sostenibile e la pietra di Spinoza*, in *Banca borsa*, 2024, p. 7.

¹⁰ In linea con la definizione delle "misure adeguate" di cui all'art. 3, par. 1, lett. o).

adeguate”. Tali valutazioni, piani e misure dovranno riguardare l’attività della società, delle controllate e dei partner commerciali facenti parte delle catene di attività. Infine, le società dovranno predisporre un piano di transizione per la mitigazione del cambiamento climatico (art. 22).

Tuttavia, gli obblighi principali della Direttiva appena descritti si sostanziano in un insieme di «obblighi di mezzi». La Direttiva, infatti, non impone alle società di garantire che gli impatti negativi non si verificheranno mai o che saranno arrestati: le società sono semplicemente tenute ad adottare misure adeguate che permettano di conseguire gli obiettivi del dovere di diligenza affrontando efficacemente gli impatti negativi, in modo commisurato al grado di gravità e alla probabilità dell’impatto negativo, senza che tuttavia l’effettivo raggiungimento di tali obiettivi rientri nel perimetro dell’adempimento degli obblighi prescritti¹¹.

Pur con il merito di aver realizzato un decisivo cambio di passo nella politica di sostenibilità dell’Unione Europea, avendo elevato la rilevanza dei fattori ambientali e dei diritti umani dal semplice piano della trasparenza informativa (*disclosure*) o delle raccomandazioni di *soft law*, a quello effettivamente cogente con la previsione inedita di obblighi sostanziali vincolanti il cui adempimento è assicurato dalle disposizioni in materia di responsabilità, di supervisione dell’autorità pubblica e del potere di segnalazione garantito a tutti gli *stakeholders*, non pochi sono i rilievi critici che è possibile muovere alla Direttiva in esame¹².

Una delle principali critiche mosse a più riprese dalla dottrina mette in dubbio l’intera portata precettiva della Direttiva. È stato, infatti, rilevato come nella Direttiva la diligenza da normale modalità di adempimento di un obbligo, divenga essa stessa oggetto del dovere, senza che siano delineati degli obblighi in modo autonomo¹³. Sullo stesso ordine d’idee è stato, inoltre, affermato che sarebbe fondato il rischio che la Direttiva in esame si risolva in un insieme di procedure vuote e di clausole standard da inserire nei contratti commerciali con

¹¹ Cfr. Considerando n. 19.

¹² La Direttiva si pone in linea sia con diverse esperienze di *soft law*, sia con interventi di *hard law*, più o meno incisivi e di portata più o meno settoriale, introdotti negli ultimi anni nel Regno Unito (*Slavery Act* del 2015) e, nell’ambito dell’UE, in Olanda (*Child Labour Due Diligence Act* del 2019), Francia (*Loi relative au devoir de vigilance* del 2017) e in Germania (*Lieferkettengesetz* del 2021).

¹³ Cfr. STELLA RICHTER M., *Corporate Sustainability Due Diligence: noterelle semiserie su problemi serissimi*, in *Riv. società*, 2022, p. 720; FIMMANÒ F., *Art. 41 della Costituzione e valori ESG: esiste davvero una responsabilità sociale dell’impresa?*, in *Giur. comm.*, 2023, p. 803, che parla di «caso singolare di obbligo senza precetto», essendo previsto un dovere di diligenza senza contestualmente disciplinare autonomi obblighi cogenti cui sarebbe riferito o riferibile.

i partner commerciali, secondo i modelli predisposti dalla Commissione ai sensi dell'art. 18¹⁴.

Dal suo impianto sistematico emerge come la strategia adottata dalla Direttiva sollevi una serie di questioni – le principali nei recenti sviluppi della disciplina europea in materia – che incidono, non poco, sull'adeguatezza e sull'efficacia delle soluzioni ivi adottate. In particolare, i punti critici riguardano: la portata dei nuovi obblighi introdotti dalla Direttiva, il ruolo degli *stakeholders*, l'implementazione di tali obblighi nel quadro dei poteri-doveri degli amministratori, nonché le relative implicazioni contrattuali nelle dinamiche negoziali proprie delle filiere produttive.

2. *La prospettiva dinamico-produttiva della filiera*

Innanzitutto, al fine di condurre una corretta analisi circa il contenuto e la portata applicativa della Direttiva è opportuno assumere la prospettiva propria della «filiera produttiva», intesa come l'aggregato dei rapporti tra i diversi attori economici, legati tra loro da relazioni di lungo periodo e orientati alla realizzazione di una o più fasi produttive lungo la catena del valore, ove sussiste una “catena di dipendenze” tra ciascun singolo rapporto e tutti gli altri¹⁵.

È ormai da tempo che nel quadro economico, istituzionale e politico europeo si è acceso un faro d'interesse sulla c.d. catena del valore (“*supply chain*”), cioè sull'intero processo produttivo e distributivo che si esplica lungo la filiera, con una focalizzazione non solo sulle imprese di più grandi dimensioni, che si pongono a monte della catena di fornitura, ma anche a tutte quelle imprese a valle che partecipano al processo di trasformazione delle materie prime in prodotti finiti¹⁶, intrinsecamente suscettibili di potenziare in modo capillare la diffusione

¹⁴ Cfr. CORVESE C.G., *La sostenibilità ambientale e sociale delle società nella proposta di Corporate Sustainability Due Diligence Directive (dalla insostenibile leggerezza dello scopo sociale alla obbligatoria sostenibilità della due diligence)*, Banca impresa, 2022, p. 431.

¹⁵ In questi termini, MALVAGNA U. e RABITTI M., *Filiere produttive e Covid-19: tra rinegoziazione e co-regolazione*, in *Nuovo diritto civile*, 2020, 378.

¹⁶ Sovente l'intento nella gestione della catena del valore è creare un vantaggio competitivo in capo all'impresa capofiliera, aumentando la produttività e allo stesso tempo mantenendo i costi a livelli il più possibile contenuti. In sostanza, però, ciò può condurre ad esternalizzare a terzi attività svolte in conflitto con i valori di sostenibilità, permettendo al “titolare della catena” di presentarsi come impresa sostenibile, beneficiando dei “risparmi da insostenibilità” posti a carico di soggetti formalmente terzi.

delle pratiche di sostenibilità e di ampliarne significativamente il bacino dei destinatari.

In linea con tale focus sulla *supply chain*, che caratterizza ormai in modo emblematico le aspirazioni più attuali del legislatore europeo, anche la Direttiva in commento si pone nella medesima prospettiva.

Considerando che «gli impatti negativi sui diritti umani e sull'ambiente possono prodursi nelle attività delle società stesse, nelle attività delle loro filiazioni e dei loro partner commerciali, nelle catene di attività delle società, in particolare a livello di approvvigionamento delle materie prime e di fabbricazione» (Considerando n. 24), per produrre un reale effetto significativo, il dovere di diligenza dovrebbe riguardare gli impatti negativi sui diritti umani e gli impatti ambientali negativi generati durante la maggior parte del ciclo di vita della produzione, della distribuzione, del trasporto e dell'immagazzinamento di un prodotto o della prestazione del servizio, a livello delle attività della società stessa, delle attività delle sue filiazioni e dei suoi partner commerciali nelle catene di attività cui partecipano. Per tale motivo il dettato normativo dispone che le attività di identificazione, prima, e di prevenzione, mitigazione ed arresto, poi, degli impatti negativi sui diritti umani e degli impatti ambientali negativi debbano essere svolte non solo dalla società in relazione alla propria attività, ma anche alle eventuali società controllate ed ai partner commerciali facenti parte della “*chain of activities*” della società.

Tale espressione, che già dal novembre del 2022 ha sostituito la precedente “*supply chain*”, è frutto di un ridimensionamento degli aneliti iniziali che avevano sollevato un ampio dibattito in ordine al rischio di espandere senza limiti l'ambito di applicazione del dovere di diligenza e, conseguentemente, la relativa responsabilità¹⁷.

La «*chain of activities*» comprende oggi, come definita dall'art. 3, par. 1, lett. g), (i) le attività dei partner commerciali a monte di una società (*upstream*), relative alla produzione di beni o alla fornitura di servizi, compresa la progettazione, l'estrazione, l'approvvigionamento, la produzione, il trasporto, lo stoccaggio e la fornitura di materie prime, prodotti o parti di prodotti e lo sviluppo del prodotto o del servizio, e (ii) le attività dei partner commerciali a valle di una società (*downstream*), relative alla distribuzione, al trasporto e allo stoccaggio del prodotto.

¹⁷ Numerosi Stati, tra cui Italia, Francia, Spagna e Portogallo, sono intervenuti a favore di una limitazione dell'ambito applicativo. Sul punto si veda DE KLUIVER H.J., *Towards a Framework for Effective Regulatory Supervision of Sustainability Governance in accordance with the EU CSDD Directive. A comparative study*, in *European Company and Financial Law Review*, 2023, p. 203 ss.

Tuttavia, tutte le attività *downstream* sono state escluse dalla catena di attività delle imprese finanziarie regolamentate¹⁸. Infatti, a seguito di un notevole dibattito sul punto, nella versione finale del Considerando n. 26 si legge che la definizione di “catena di attività” non include le attività dei partner commerciali a valle di una società finanziaria, inerenti ai servizi prestati e ai prodotti offerti. Pertanto, solo la parte a monte (*upstream*) delle loro catene di attività rientra nell’ambito applicativo della Direttiva, che risulta ampiamente ridimensionato in un settore cruciale, come quello degli investimenti privati, per il raggiungimento degli obiettivi fissati nello *European Green Deal*.

Tuttavia, la Direttiva – rispetto alle sue precedenti versioni – è andata ad ampliare il concetto di partner commerciale, essendo venuta meno l’originaria limitazione ai soli “rapporti commerciali consolidati”¹⁹. Oggi, infatti, ai sensi dell’art. 3, par. 1, lett. f) per «partner commerciale» s’intende «un soggetto: *i*) con il quale la società ha concluso un accordo commerciale connesso alle attività, ai prodotti o ai servizi della società o al quale la società fornisce servizi a norma della lettera g) («partner commerciale diretto»); o *ii*) che non è un partner commerciale diretto, ma svolge attività commerciali connesse alle attività, ai prodotti o ai servizi della società («partner commerciale indiretto»)».

La rilevanza di tale nesso commerciale è, tuttavia, limitata in punto di responsabilità della società per inadempimento degli obblighi principali posti dalla Direttiva (artt. 10 e 11), precisandosi all’art. 29, par. 1 che una società non possa essere ritenuta responsabile se il danno sia stato causato solo dai suoi partner commerciali nella catena di attività. Si conferma, dunque, che il nesso di causalità rilevante sia solo quello diretto tra società danneggiante e persona fisica o giuridica danneggiata, senza alcuna eccezione²⁰.

¹⁸ Le imprese finanziarie regolamentate, comprendono gli enti creditizi, le imprese di investimento, i gestori di fondi di investimento alternativi, le imprese di assicurazione, enti e istituti pensionistici, fondi di investimento alternativi, e altri enti, come meglio definiti dall’art. 3, par. 1, lett. a-iii).

¹⁹ Secondo il “vecchio” considerando n. 20 erano rilevanti solo i rapporti d’affari diretti o indiretti che, per intensità o periodo interessato, erano duraturi o si prevedeva che lo sarebbero stati e che rappresentavano una parte non trascurabile, né meramente accessoria della catena del valore.

²⁰ Al contrario, nel testo originario della proposta di direttiva del febbraio 2022 si prevedeva all’art. 22, par. 2, che la società non fosse responsabile dei danni causati da un impatto negativo prodotto dalle attività di un partner indiretto «a meno che, nello specifico caso, fosse irragionevole attendersi che il concreto intervento, anche per quanto riguarda la verifica della conformità, fosse atto a prevenire, attutire o arrestare l’impatto negativo o minimizzarne l’entità». Dovrebbe quindi ritenersi superata l’obiezione, mossa da VENTORUZZO M., *Note minime sulla responsabilità civile nel progetto di*

Tuttavia, quando il danno è stato causato congiuntamente dalla società, dalla controllata e dal suo partner commerciale, diretto o indiretto, tali soggetti sono tutti responsabili in solido, fatte salve le disposizioni del diritto nazionale relative alle condizioni della responsabilità solidale e al diritto di regresso (art. 29, par. 5, comma 2).

L'assunzione della prospettiva della *chain of activities* fatta propria dalla Direttiva pone il problema centrale di stabilire gli esatti confini entro i quali questi nuovi obblighi di *due diligence* debbano estendersi lungo la catena produttiva. La soluzione a detto interrogativo richiede una prima considerazione sulle dimensioni delle diverse imprese soggette a tali nuovi obblighi, dal momento che l'adempimento degli stessi comporta dei costi considerevoli che non sono sempre economicamente sostenibili per tutte le imprese e, in particolare, per le piccole e medie imprese che costituiscono il formante del tessuto produttivo italiano. Per queste ultime è chiaramente più difficile tenere sotto stretto controllo la propria catena produttiva, sia sul piano operativo, sia alla luce dei costi che queste procedure di controllo comportano²¹.

Nell'intento di prevedere una diversa modulazione di questi obblighi, che tenga conto delle diverse dimensioni aziendali e delle correlative economie di scala, l'art. 2 prevede che la Direttiva si applichi alle società costituite in conformità alla normativa di uno Stato membro che abbiano avuto, in media, più di 1000 dipendenti, e un fatturato netto a livello mondiale di oltre 450 milioni di euro nell'ultimo esercizio per il quale è stato o avrebbe dovuto essere adottato il bilancio d'esercizio. Viene così meno, nel nuovo testo, la possibilità di applicare la Direttiva alle società con soli 250 dipendenti e un fatturato netto a livello mondiale di oltre 40 milioni di euro che operino in settori ad alto impatto, quali l'abbigliamento e calzature, l'agricoltura, la pesca e il settore minerario.

Si prevede, poi, che la Direttiva si applichi alla società controllante²² di un gruppo che raggiunga – anche solo cumulativamente – le soglie quantitative

direttiva Due Diligence, cit., p. 383, per cui l'estensione della responsabilità per il fatto della controllata o per il fatto del partner nella catena di fornitura comportino una responsabilità sostanzialmente oggettiva nei confronti della società.

²¹ In questa prospettiva basti menzionare, a titolo esemplificativo, la controversa legge tedesca "*Lieferkettengesetz*" (c.d. "*Supply Chain Due Diligence Act*"), promulgata in Germania nel 2021 ed entrata in vigore il 1° gennaio 2023 che mira principalmente a incoraggiare le aziende tedesche a monitorare il rispetto dei diritti umani e la tutela dell'ambiente lungo le loro filiere produttive, introducendo una modulazione di questi obblighi di monitoraggio della sostenibilità differenziando la disciplina a seconda che il soggetto sottoposto a controllo sia un fornitore diretto o indiretto.

²² Nell'art. 2, par. 1, lett. b) il riferimento è alla "*ultimate parent company*", definita all'art. 3, par. 1, lett. r) quale società madre che controlla, direttamente o indirettamente,

indicate nell'ultimo esercizio per il quale è stato o avrebbe dovuto essere adottato il bilancio d'esercizio consolidato. Inoltre, la Direttiva si applica alle società che hanno stipulato accordi di *franchising* o di licenza nell'Unione Europea con società terze indipendenti²³.

Così disponendo, il testo definitivamente approvato ha di molto depotenziato, rispetto al disegno originario, l'ambito applicativo della Direttiva dal punto di vista soggettivo dimostrando una maggiore consapevolezza del "peso" economico della sostenibilità.

3. *Il ruolo degli stakeholders*

La novità di maggior momento recata dal testo della Direttiva consiste indubbiamente nel rafforzato coinvolgimento degli *stakeholders* nei processi volti ad attuare il dovere di diligenza ai fini della sostenibilità²⁴, precisandosi all'art. 7, par. 2 che la politica di *due diligence* dev'essere sviluppata previa consultazione dei dipendenti della società e dei rappresentanti degli stessi.

Pare dunque evidente come il legislatore europeo, al fine di raggiungere gli obiettivi di sostenibilità e di tutela dell'ambiente e dei diritti umani, abbia ritenuto indispensabile promuovere dei meccanismi istituzionali di coinvolgimento attivo degli *stakeholders*, figura questa che da diversi anni svolge un ruolo fondamentale nel pensiero dell'Unione sul tema.

In particolare, l'art. 13 impone un dialogo efficace con gli *stakeholders*, contemplando un puntuale dovere di informazione a favore di questi ultimi e un dovere di consultazione nelle varie fasi della *due diligence* di sostenibilità, a partire dall'identificazione degli impatti negativi effettivi e potenziali, lo sviluppo dei piani d'azione preventivi e correttivi, l'adozione di misure appropriate per arrestarli, per fornire riparazione, sino allo sviluppo di indicatori qualitativi e quantitativi per il monitoraggio. Ove non sia ragionevolmente possibile dialogare efficacemente con gli *stakeholders* nella misura necessaria per conformarsi agli obblighi della Direttiva, anche mediante iniziative di settore o multipartecipati-

una o più o società controllate e, al contempo, non è sottoposta al controllo di alcuna altra società.

²³ È necessario che tali accordi garantiscano un'identità comune, un comune business concept e l'applicazione di metodi aziendali uniformi, in cambio di royalties per almeno 22,5 milioni di euro e a condizione che la società abbia realizzato un fatturato netto mondiale superiore a 80 milioni di euro nell'ultimo esercizio finanziario per il quale è stato o avrebbe dovuto essere adottato il bilancio annuale.

²⁴ Anche il Codice di Corporate Governance del gennaio 2020 nel Principio IV dell'art. 1 precisa che «l'organo amministrativo promuove, nella forma più opportuna, il dialogo con gli azionisti e gli altri *stakeholders* rilevanti per la società».

ve²⁵, le società debbono consultarsi con esperti in grado di fornire informazioni credibili sugli impatti negativi effettivi o potenziali (art. 13, par. 4).

Così disponendo l'art. 13 attua il cosiddetto “*stakeholderism* democratico”²⁶, secondo il quale la società, pur nel perseguimento dello scopo lucrativo che le è proprio, è tenuta a coinvolgere gli *stakeholders* attraverso canali democratici. Ad esempio, mediante una rappresentanza, sia pur minoritaria, nei consigli di amministrazione secondo il modello della cogestione tedesca, oppure mediante dei tavoli di concertazione in cui i diversi portatori di interessi possano presentare le proprie istanze ed interessi – anche se diversi e contrapposti a quelli degli azionisti – ed esercitare delle “pressioni democratiche”²⁷.

La Direttiva identifica gli *stakeholders* in una prospettiva ampia che, mediante un elenco che non pare essere tassativo, comprende tra gli altri: «dipendenti, sindacati e rappresentanti dei lavoratori, consumatori e altre persone fisiche, gruppi, comunità o soggetti i cui diritti o interessi sono o potrebbero essere lesi dai prodotti, dai servizi e dalle attività della società, delle sue filiazioni e dei suoi partner commerciali, le istituzioni nazionali in materia di diritti umani e am-

²⁵ Ai sensi dell'art. 3, par. 1, lett. j) per «iniziativa di settore o multipartecipativa» s'intende l'«insieme stabilito su base volontaria di procedure, strumenti e meccanismi per l'esercizio del dovere di diligenza, sviluppato e controllato da governi, associazioni di settore, organizzazioni interessate, comprese organizzazioni della società civile, o raggruppamenti o combinazioni di essi, a cui le imprese possono partecipare al fine di sostenere l'adempimento degli obblighi relativi al dovere di diligenza».

²⁶ Tra i più autorevoli sostenitori italiani dello “*stakeholderism* democratico”, si veda: DENOZZA F., *Lo scopo della società: dall'organizzazione al mercato*, in *Rivista Orizzonti del Diritto Commerciale*, 2019, p. 625; ID., *Due concetti di stakeholderism*, in CALLEGARI M., CERRATO S. A., DESANA E. R., (a cura di), *Governance e mercati, Studi in Onore di Paolo Montalenti*, Torino, Giappichelli, 2022, I, p. 78 e in *Rivista Orizzonti del Diritto Commerciale*, 2022, p. 37, ove l'Autore si è dichiarato favorevole alla previsione di una rappresentanza, sia pur rigorosamente minoritaria, degli *stakeholders* negli organi amministrativi delle società. *Contra*, VENTORUZZO M., *Note minime sulla responsabilità civile nel progetto di direttiva Due Diligence*, cit., p. 384, che ritiene che tali meccanismi diretti a favorire la concertazione e, se del caso, degli accordi con gli *stakeholders* siano difficilmente perseguibili dalle imprese, stante la non-efficacia esimente sulla responsabilità civile.

²⁷ Sul punto si rinvia a BARCELLONA E., *La sustainable corporate governance nelle proposte di riforma del diritto europeo: a proposito dei limiti strutturali del c.d. stakeholderism*, in *Riv. società*, 2022, p. 4 ss.; RACUGNO G. e SCANO D., *Il dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità*, cit., p. 741; LIBERTINI M., *Un commento al manifesto sulla responsabilità sociale d'impresa della Business Roundtable*, in *Rivista Orizzonti del Diritto Commerciale*, 2019, p. 601; MAUGERI M., *'Pluralismo' e 'monismo' nello scopo della s.p.a. (glosse a margine del dialogo a più voci sullo Statement della Business Roundtable)*, in *Rivista Orizzonti del Diritto Commerciale*, 2019, p. 639.

biente e le organizzazioni della società civile²⁸». Tuttavia, non si possono tacere le criticità che detta valorizzazione dell'ampio bacino degli *stakeholders* porta con sé. In merito, va rilevato che la valorizzazione del ruolo degli *stakeholders* e una loro potenziale influenza nei processi decisionali, implicherebbe un continuo e obbligatorio confronto tra amministratori e una variegata tipologia di *stakeholders* che rischia di far arenare i processi decisionali dell'organo amministrativo. Inoltre, dato che gli *stakeholders* sono numerosi e hanno tra di loro obiettivi non per forza comuni, sarebbe necessario disciplinare le concrete modalità del loro intervento nei processi decisionali e di espressione dei loro interessi, mediante un meccanismo – ancora non definito – di rappresentanza.

Inoltre, non si può non rilevare come i diversi interessi che dovrebbero essere perseguiti dalle società (asseritamente posti su di un piano di equivalenza) sarebbero – frequentemente – all'atto pratico in contraddizione fra loro, come, ad esempio, il perseguimento di finalità sociali, quale il benessere dei dipendenti, va normalmente a detrimento degli aspetti ambientali²⁹. Inoltre, l'eventuale prevalenza attribuita ad interessi di terzi con una redistribuzione della ricchezza potrebbe esporre gli amministratori al rischio di responsabilità nei confronti dei soci.

4. *La sostenibilità della gestione sociale nel quadro dei poteri-doveri degli amministratori*

Nella prospettiva assunta dal legislatore europeo, il coinvolgimento degli *stakeholders* si riflette principalmente sul consiglio di amministrazione³⁰ che, come è stato osservato, diventerebbe il luogo in cui si mediano le diverse visioni e i diversi interessi delle parti. Di fatto, l'organo gestorio è l'unico che, avendo in

²⁸ Cfr. art. 3, par. 1, lett. n) della Direttiva.

²⁹ STELLA RICHTER M., *Long-Termism*, cit., p. 33; ID., *Corporate Sustainability Due Diligence*, cit., p. 721 ss.; FIMMANÒ F., *op. cit.*, pp. 785 ss.; BARCELLONA E., *op. cit.*, p. 35; ID., *Shareholderism versus Stakeholderism. La società per azioni dinanzi al "profitto"*, Milano, Giuffrè, 2022, p. 194 ss.; CERRATO S.A., *Appunti per una «via italiana» all'ESG. L'impresa «costituzionalmente solidale» (anche alla luce dei «nuovi» artt. 9 e 41, comma 3, Cost.)*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2022, p. 70; LIBERTINI M., *Un commento al manifesto sulla responsabilità sociale d'impresa della Business Roundtable*, cit., p. 602; MAUGERI M., *op. cit.*, p. 642.

³⁰ Si veda anche il Codice di Corporate Governance del gennaio 2020 che introduce il concetto di "successo sostenibile" quale «obiettivo che guida l'azione dell'organo amministrativo e che si sostanzia nella creazione di valore nel lungo termine a beneficio degli azionisti, tenendo conto degli interessi degli altri *stakeholders* rilevanti per la società».

mano la bussola delle scelte gestorie strategiche della società, ha la possibilità di orientare l'esercizio dei propri poteri discrezionali verso il perseguimento di obiettivi a lungo termine che contemplino non solo, ma anche il soddisfacimento degli interessi degli *stakeholders*³¹.

La Direttiva chiarisce fin dal principio che l'organo amministrativo nello svolgimento dei propri compiti deve rispettare stringenti procedure che, utilizzando gli strumenti di analisi del rischio, mirano a identificare, prevenire, mitigare od arrestare gli impatti negativi dell'attività di impresa per l'ambiente e i diritti umani.

Di centrale rilievo in tal senso è il disposto dell'art. 22 ("Lotta ai cambiamenti climatici") che, imponendo di adottare ed attuare un piano di transizione per la mitigazione dei cambiamenti climatici³², stabilisce che tale piano debba comprendere una descrizione del ruolo degli organi di amministrazione, gestione e controllo rispetto al piano stesso, così lasciando l'unico riferimento rimasto all'organo amministrativo, dopo che – con la modifica al testo della Direttiva operata già nel novembre 2022 – era venuto meno il comma 3 dell'ex art. 15, in cui si collegava la fissazione della remunerazione variabile al contributo dell'am-

³¹ Sul tema v.: CAMPOBASSO M., *op. cit.*, p. 1; GINEVRA E., *Il Codice di Corporate Governance: Introduzione e Definizioni (con un approfondimento sul "Successo sostenibile")*, in *Riv. società*, 2023, p. 1017; SIRI M., *La sostenibilità nei codici di autodisciplina*, in CALLEGARI M., CERRATO S. A., DESANA E. R., (a cura di), *Governance e mercati, Studi in Onore di Paolo Montalenti*, Torino, Giappichelli, 2022, I, p. 326 ss.; GENOVESE A., *La gestione ecosostenibile dell'impresa azionaria. Fra regole e contesto*, Bologna, il Mulino, 2023, p. 149 ss.; STELLA RICHTER M., *Il "successo sostenibile" del Codice di corporate governance. Prove tecniche di attuazione*, in *www.dirittobancario.it*, 2021; STANZIONE D., *Il «successo sostenibile» dell'impresa socialmente responsabile*, Roma, Universitas Studiorum, 2021; CUCCU F., *La (in)sostenibilità del nuovo codice di corporate governance*, in *Riv. dir. comm. e obbligazioni*, 2021, p. 235; MARCHETTI P., *Il nuovo Codice di Autodisciplina delle società quotate*, in *Riv. società*, 2020, p. 268 ss.; ALPA G., *Il nuovo codice della corporate governance delle società quotate*, in *Contratto e impresa*, 2020, p. 570; VENTORUZZO M., *Il nuovo Codice di Corporate Governance 2020: le principali novità*, in *Soc.*, 2020, p. 939.

³² Tale piano deve essere «volto a garantire, con il massimo impegno possibile, che il modello e la strategia aziendali siano compatibili con la transizione verso un'economia sostenibile e con la limitazione del riscaldamento globale a 1,5 °C in linea con l'accordo di Parigi nonché l'obiettivo di conseguire la neutralità climatica come stabilito nel Regolamento (UE) 2021/1119, compresi i suoi obiettivi intermedi e di neutralità climatica al 2050, e, se del caso, l'esposizione della società ad attività connesse al carbone, al petrolio e al gas» (art. 22).

ministratore alla strategia aziendale, agli interessi a lungo termine e alla sostenibilità della società³³.

Tale modifica deve essere accolta favorevolmente in quanto, da un lato, la remunerazione è solo uno – e non l'unico – dei vari profili di *corporate governance* che può essere considerato per indirizzare l'attenzione degli organi sociali (e non solo degli amministratori) rispetto alla lotta al cambiamento climatico e, dall'altro lato, la questione della fissazione della remunerazione degli amministratori è complessa e non è opportuno sia legislativamente collegata solo all'aspetto dei cambiamenti climatici³⁴.

Il tema centrale che ha costantemente accompagnato ogni riflessione circa la discrezionalità degli amministratori nell'adempimento degli obblighi di sostenibilità è senza dubbio quello del loro regime di responsabilità per le violazioni di tali obblighi, soprattutto in merito al rischio di un potenziale aumento eccessivo e, perciò, disfunzionale, di tale responsabilità³⁵.

Noto è infatti il dibattito, sorto antecedentemente all'entrata in vigore della Direttiva, tra chi riteneva che il rispetto dell'ambiente e dei diritti umani rientrasse già, *de iure condito*, tra i doveri degli amministratori di agire nel rispetto

³³ Nella Direttiva 2017/828/UE, nota come *Shareholder Rights II* (SHRD II), che ha modificato la Direttiva 2007/36/CE, per quanto riguarda l'incoraggiamento dell'impegno a lungo termine degli azionisti resta il collegamento tra politica di remunerazione degli amministratori di società quotate ed istanze di sostenibilità. In commento: CAPELLI G., *La sostenibilità ambientale e sociale nelle politiche di remunerazione degli amministratori delle società quotate: la rilevanza degli interessi degli stakeholder dopo la SHRD II*, in *Rivista Orizzonti del Diritto Commerciale*, 2020, p. 553.

³⁴ Sul punto v. CORVESE C.G., *op. cit.*, p. 427, secondo il quale sarebbe importante che la CSDDD richiedesse che la remunerazione variabile degli amministratori fosse collegata in generale ai parametri di sostenibilità e non soltanto ai cambiamenti climatici, al fine di creare un incentivo per gli amministratori ad agire a vantaggio di tutte le parti interessate.

³⁵ *Ex multis*, MOSCO G.D. e FELICETTI R., *op. cit.*, p. 205; COSSU M., *Sostenibilità e mercati: la sostenibilità ambientale dell'impresa dai mercati reali ai mercati finanziari*, in *Banca borsa*, 2023, p. 576.

Tali preoccupazioni non sono, invece, condivise da BRUNO S., *Il ruolo della s.p.a. per un'economia giusta e sostenibile: la Proposta di Direttiva UE su "Corporate Sustainability Due Diligence". Nasce la stakeholder company?*, in *Rivista di diritti comparati*, 2022, p. 319, ove l'Autrice riconosce che «una disciplina, come quella proposta, al contrario potrebbe aiutare a delimitare tale responsabilità in quanto vengono precisati quali sono gli obblighi di due diligence attesi dalla società e dagli amministratori, con riferimento agli impatti negativi su diritti umani e ambiente, qualificati peraltro, come visto, quali obblighi di mezzi».

dei principi di corretta e diligente gestione societaria³⁶, e chi³⁷, al contrario, affermava che in nessun caso i fattori ESG potessero assurgere a norme di condotta vincolanti prima dell'entrata in vigore della Direttiva.

Tale dibattito può dirsi oggi definitivamente superato con l'entrata in vigore della Direttiva in commento, ove viene formalmente consacrata l'esistenza di un dovere in capo agli amministratori di integrare "proattivamente" gli obiettivi di sostenibilità socio-ambientale nella gestione, ponendosi regole di condotta effettive e cogenti grazie alla previsione di sanzioni e responsabilità per la società (art. 29)³⁸, le quali ricadono necessariamente sugli amministratori, nonostante l'elimi-

³⁶ Secondo una corrente dottrinale minoritaria, la considerazione dei fattori di sostenibilità rientrerebbe nell'attività di monitoraggio dei rischi, ovvero fra i doveri degli amministratori nell'ottica della predisposizione di assetti organizzativi, amministrativi e contabili adeguati ai sensi dell'art. 2086 c.c.. A questa conclusione si è giunti mediante un'interpretazione sistematica dei principi costituzionali introdotti ad opera della l. Cost. 11 febbraio 2022, n. 1 (artt. 9 e 41, comma 2, Cost.). V. TOMBARI U., *Corporate Social Responsibility (CSR), Environmental Social Governance (ESG) e "scopo della società"*, in *Riv. dir. comm. e obbligazioni*, 2021, p. 228; CERRATO S.A., *Appunti per una «via italiana» all'ESG*, cit., p. 63; SANFILIPPO P.M., *Tutela dell'ambiente e "assetti adeguati" dell'impresa: compliance, autonomia ed enforcement*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, p. 993.

³⁷ Escludono una valenza *de iure condito* dei principi ESG: PALMIERI G., *La crisi del diritto societario e la riscoperta del valore della "nuda" impresa nell'economia post covid-19 (con uno sguardo all'art. 41 della costituzione)*, in *Banca borsa*, 2021, I, p. 18 ss.; BARCELLONA E., *op. cit.*, p. 5 ss.; FIMMANÒ F., *op. cit.*, p. 777 ss.; ANGELICI C., *A proposito di shareholders, stakeholders e statuti*, in *Riv. dir. comm. e obbligazioni*, 2021, p. 213 ss.

³⁸ L'art. 29 richiede congiuntamente la violazione degli obblighi principali della Direttiva e la verifica di un danno. Le società debbono essere ritenute responsabili dei danni causati ad una persona fisica o giuridica, qualora «a) la società non abbia ottemperato, intenzionalmente o per negligenza, agli obblighi di cui agli articoli 10 e 11, quando il diritto, il divieto o l'obbligo elencato nell'allegato alla presente direttiva sia inteso a tutelare la persona fisica o giuridica; e b) a seguito dell'inosservanza di cui alla lettera a), sia stato causato un danno agli interessi giuridici della persona fisica o giuridica che sono tutelati dal diritto nazionale».

Inoltre il legislatore europeo, oltre alla disciplina della responsabilità civile delle società ha voluto assicurare un altro tipo di tutela reale. Ai sensi dell'art. 12, infatti, gli Stati membri provvedono a che una società che abbia causato o causato congiuntamente un impatto negativo effettivo fornisca una riparazione (art. 3, par. 1, lett. t), intesa quale «il ripristino per la persona o le persone colpite, per le comunità o per l'ambiente di una situazione equivalente o più vicina possibile a quella in cui si troverebbero se non si fosse verificato un impatto negativo effettivo, in proporzione all'implicazione della società nell'impatto negativo, anche mediante il risarcimento finanziario o non finanziario fornito dalla società alla persona o alle persone colpite dall'impatto negativo

nazione delle specifiche norme atte a disciplinare la loro diligenza e responsabilità (già artt. 25³⁹ e 26⁴⁰).

Oggi dunque, alla luce del dettato normativo, gli impatti negativi effettivi o potenziali sui diritti umani o sull'ambiente devono essere considerati dagli amministratori e, in seguito, dagli organi di controllo, come parte integrante della strategia ed organizzazione interna che, nondimeno, mantiene quale unico scopo il perseguimento dell'utile. È ben possibile che gli amministratori siano tenuti ad indirizzare parte delle risorse per la prevenzione, la mitigazione o l'arresto degli impatti negativi, o che debbano modificare le strategie e le politiche, o assumere scelte gestorie che siano meno remunerative per gli azionisti, ma più rispettose dell'ambiente e dei diritti umani.

È chiaro, tuttavia, che nel concreto l'adeguatezza di tali scelte gestorie discrezionali adottate dall'organo gestorio sarà valutata poi caso per caso dai tribunali e dall'autorità pubblica, a seguito di quel controllo indiretto che, stante la propria rinnovata posizione privilegiata, gli *stakeholders* saranno in grado di esercitare mediante i poteri di reclamo, di segnalazione circostanziata e di esercizio dell'azione di responsabilità.

Dunque, le nuove regole di condotta, senza alterare la natura dell'attività svolta o l'essenza dello scopo lucrativo⁴¹, né delegando alle società delle responsabilità

effettivo e, se del caso, il rimborso dei costi sostenuti dalle autorità pubbliche per le misure correttive eventualmente necessarie».

³⁹ Il “vecchio” testo dell'art. 25 prevedeva che gli amministratori, pur dovendo adempiere al loro dovere di agire nell'interesse superiore della società, dovessero tenere conto anche delle conseguenze delle decisioni che assumono in termini di sostenibilità, a breve, medio e lungo termine, comprese, se del caso, le conseguenze per i diritti umani, i cambiamenti climatici e l'ambiente.

⁴⁰ Secondo tale disposizione gli amministratori sarebbero stati responsabili della predisposizione delle azioni di diligenza della società, della relativa vigilanza e, in particolare, della politica del dovere di diligenza, temi sui quali avrebbero dovuto riferire al consiglio di amministrazione. Gli amministratori avrebbero dovuto altresì attuare iniziative di adeguamento della strategia aziendale per tenere conto degli impatti negativi effettivi e potenziali individuati a norma dell'art. 6 (oggi art. 8) e delle misure adottate a norma degli articoli da 7 a 9 (oggi artt. 10, 11, 14).

⁴¹ Sul punto, condivisibilmente ADDAMO S., *Le novità del testo finale della Corporate Sustainability Due Diligence Directive: un cambio di passo per la politica di sostenibilità dell'UE?*, in *Leggi civ. comm.*, 2024, p. 1293 riconosce come lo scopo sociale lucrativo, di cui all'art. 2247 c.c., rimanga invariato a seguito dell'entrata in vigore della Direttiva. Dello stesso ordine di idee è BARCELLONA E., *op. cit.*, p. 27 il quale precisa correttamente che anche i meccanismi di coinvolgimento degli *stakeholders*, come quelli oggi previsti dall'art. 13, non sono idonei ad alterare la “gerarchia di valori” che ispira la condotta imprenditoriale delle imprese.

che riguardano i poteri pubblici, mirano ad orientare la discrezionalità degli amministratori affinché le società stesse contribuiscano a fronteggiare le sfide globali contemporanee.

In altri termini, la Direttiva «non altera la finalità, ma il procedimento dell'agire funzionale degli amministratori della società»⁴², introducendo molteplici obblighi di natura procedimentale per le società destinatarie, che devono adottare codici di condotta, politiche di *due diligence* e piani d'azione di prevenzione o correttivi lungo l'intera catena di attività. Da quest'angolo visuale deve ritenersi particolarmente condivisibile la scelta del legislatore europeo di occuparsi esclusivamente del *modus operandi* dell'impresa e della compatibilità del processo produttivo con la transizione ecologica e il rispetto dei diritti umani, così stabilendo i confini esterni entro cui può muoversi la discrezionalità gestoria degli amministratori nel perseguimento dell'oggetto sociale e della remunerazione del capitale investito.

5. Prove di estensione del perimetro degli obblighi di sostenibilità nei rapporti contrattuali di filiera

Dalla letteratura sviluppatasi in materia di *supply chain management*, volta a catturare nell'ampia varietà di relazioni commerciali transazionali e relazionali di filiera gli aspetti chiave delle dinamiche inter-organizzative, operative e interpersonali, emergono gli attuali problemi di gestione delle filiere produttive e dei loro rapporti contrattuali, i quali si caratterizzano per essere legati tra loro – direttamente o per il tramite di altri rapporti – da una sorta di nesso funzionale (in quanto tutti concorrono a realizzare fasi di un processo produttivo-distributivo). Ciò pone la necessità di spostare il baricentro dell'analisi al di fuori o meglio al di sopra del singolo rapporto contrattuale (e delle ragioni dell'una o dell'altra parte all'interno di esso), per favorirne uno che includa la prospettiva di una razionale trasmissione del costo della sostenibilità all'interno della filiera.

La società, ai sensi dell'art. 10, par. 2, lett. b), è tenuta a «chiedere a un partner commerciale diretto garanzie contrattuali»⁴³ quanto al rispetto del codice di con-

⁴² Così GENOVESE A., *op. cit.*, p. 132.

⁴³ Le garanzie contrattuali sono accompagnate da misure adeguate di verifica della conformità, per le quali la società può richiamarsi a una verifica di terzo indipendente, anche attraverso iniziative di settore o multipartecipative (art. 10, par. 5). Ove per «verifica di terzo indipendente» si intende la «verifica del fatto che la società o parti della sua catena di attività assolvano gli obblighi in materia di diritti umani e di ambiente derivanti dalla presente direttiva, effettuata da un esperto obiettivo, completamente indipendente dalla società, che sia esente da conflitti di interesse e da pressioni esterne, posseda esperienza e competenza in materia di diritti umani o di ambiente, a seconda della natura dell'impatto negativo, e risponda della qualità e dell'attendibilità della verifica» (art. 3, par. 1, lett. h).

dotta della società e, se necessario, di un piano d'azione in materia di prevenzione». Inoltre, la società deve chiedere ai partner commerciali diretti di pretendere a loro volta garanzie contrattuali equivalenti dai rispettivi partner, nella misura in cui le loro attività rientrino nella catena di attività della società. Vale a dire che i partner commerciali diretti sono posti nella condizione di imporre, a loro volta, ai propri fornitori i medesimi obblighi (cd. “sistema a cascata contrattuale”).

Si tratta del c.d. “*contractual cascading*”⁴⁴, attraverso il quale le società che rientrano nel campo di applicazione della Direttiva possono ottenere dai propri partner garanzie sul rispetto di piani d'azione o dei codici di condotta, ma sono tenute ad apprestare misure appropriate di verifica della conformità, eventualmente devolute a terzi indipendenti. Tali imprese dovranno monitorare i partner commerciali della catena di approvvigionamento attraverso procedure, politiche e codici di condotta diretti a identificare gli impatti negativi sull'ambiente e sui diritti umani, secondo le indicazioni delle convenzioni internazionali. Da qui si pone il complesso tema circa le modalità con cui tali obblighi di monitoraggio delle varie entità collocate lungo la filiera produttiva possano essere efficacemente adempiuti dagli amministratori delle società capofiliera, di modo che l'affermazione di una eventuale loro responsabilità – in conseguenza delle violazioni verificatesi lungo la filiera – sia legata ad un uso improprio del loro potere, consistente nella mancanza di un controllo concretamente esercitabile.

Inoltre, ove il business partner sia una PMI, la società deve altresì fornire un «sostegno finanziario mirato e proporzionato alla PMI, se necessario alla luce delle risorse, delle conoscenze e dei vincoli della PMI, anche fornendo o consentendo l'accesso allo sviluppo delle capacità, alla formazione o al potenziamento dei sistemi di gestione e, qualora il rispetto del codice di condotta o del piano d'azione in materia di prevenzione ne comprometta la sostenibilità economica, offrendo sostegno finanziario mirato e proporzionato, ad esempio finanziamenti diretti, prestiti a tasso agevolato, garanzie di approvvigionamento continuo o assistenza nell'ottenere finanziamenti» (art. 10, par. 2, lett. e)⁴⁵.

Da quest'angolo visuale proprio delle dinamiche negoziali di filiera, tra le misure che le società sono tenute a adottare meritano di essere menzionate quelle – di ultima istanza – relative alla sospensione o cessazione dei contratti.

In particolare, qualora gli impatti negativi non possano essere prevenuti o attenuati sufficientemente (ex art. 10, par. 6), o arrestati, o minimizzati (ex art.

⁴⁴ Sul sistema di contrattazione a cascata v. CALLEGARI M., *Sostenibilità, supply chain e intelligenza artificiale*, in *Giur. it.*, 2024, p.1214; SALORANTA J. e HURMERINTA-HAANPÄÄ A., *Proactive Contract Theory in the Context of Corporate Sustainability Due Diligence*, in *Journal of Strategic Contracting and Negotiation*, 2022, p. 221.

⁴⁵ In ogni caso, quando le garanzie contrattuali sono ottenute da una PMI, sono previste condizioni eque, ragionevoli e non discriminatorie (art. 10, par. 6).

11, par. 7), la società deve astenersi dalla conclusione di un nuovo rapporto o dal prolungare un rapporto esistente con un partner commerciale con il quale o nella cui catena di attività sia scaturito l'impatto negativo. Inoltre, la società può, come ultima opzione, adottare e attuare, senza indebito ritardo, un piano d'azione di prevenzione (o di correzione) rafforzato, per far fronte allo specifico impatto negativo, utilizzando o incrementando la propria influenza (c.d. effetto leva) attraverso la sospensione temporanea dei rapporti commerciali. Ove non vi sia alcuna ragionevole aspettativa che questi sforzi abbiano successo, o se l'attuazione del piano d'azione di prevenzione (o di correzione) rafforzato non riesca a prevenire o attenuare (oppure arrestare o minimizzare) l'impatto negativo, la società dovrà, quale *extrema ratio*, cessare il rapporto commerciale in relazione alle attività interessate, qualora l'impatto negativo sia grave.

Prima di sospendere temporaneamente o cessare il rapporto commerciale, la società deve valutare se si possa ragionevolmente ritenere che gli effetti negativi di tale azione siano manifestamente più gravi dell'impatto negativo che si prefiggeva di contrastare. In tal caso, la società non sarà tenuta a sospendere o cessare il rapporto d'affari e dovrà riferire all'autorità di controllo competente in merito alle ragioni poste a debita giustificazione di tale decisione. Ove la società decida di non sospendere temporaneamente o cessare il rapporto commerciale, dovrà in ogni caso monitorare l'impatto negativo, rivalutare periodicamente la propria decisione e verificare se siano disponibili ulteriori misure adeguate. Al contrario, in caso di sospensione o risoluzione dei contratti, la società dovrà adottare le misure per prevenire, mitigare od arrestare gli effetti di tale decisione – che dovrà essere tenuta sotto controllo ed eventualmente rivalutata – e dovrà fornire un preavviso ragionevole al partner commerciale.

Un caso particolare va, infine, segnalato e riguarda il subfornitore in posizione di dipendenza economica⁴⁶. I doveri rispetto ad un tal subfornitore si accrescono: dinanzi a situazioni “insostenibili” una società committente vincolata all'agire sostenibile non tanto “può”, ma “deve” esercitare la dominanza sul subfornitore economicamente dipendente in funzione di indirizzare anche i suoi processi produttivi nella medesima direzione della sostenibilità.

Tuttavia, non si può non tenere in debita considerazione il rischio – tutt'altro che remoto – che l'introduzione di tali nuovi obblighi in tema di sostenibilità estesi lungo la filiera produttiva possa potenzialmente prestare il fianco a facili

⁴⁶ Ove per «dipendenza economica» deve intendersi ai sensi dell'art. 9 della l. 18 giugno 1998, n.192 (“Disciplina della subfornitura nelle attività produttive”) «la situazione in cui un'impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi. La dipendenza economica è valutata tenendo conto anche della reale possibilità per la parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti».

abusi da parte della società capofiliera. Quest'ultima, fruttando tale posizione di dipendenza economica, potrebbe imporre il rispetto di tali nuovi obblighi come condizioni necessarie per non interrompere i rapporti commerciali. In particolare, le piccole società subfornitrici possono trovarsi di fronte ad una scelta "tragica": rispettare questi nuovi obblighi in materia di sostenibilità e sostenere i relativi costi spesso inaccessibili per la propria economia di scala, oppure interrompere il rapporto commerciale con il proprio cliente principale aprendosi così automaticamente la strada della crisi d'impresa⁴⁷.

Infatti, ove un'influenza (positiva) nel senso della sostenibilità non possa essere esercitata, perché la società dispone di un insufficiente potere di incidere sulle scelte altrui, gli amministratori generalmente dovrebbero avere l'opzione (negativa) di cambiare il fornitore "reo di insostenibilità". Solo in ipotesi di fornitore essenziale ed insostituibile non c'è scelta e, quindi si sfuggirebbe al dovere di ricercare fornitori alternativi e, in definitiva, a responsabilità per non averlo fatto.

Nella misura in cui esiste un dovere delle società di influire sui comportamenti delle imprese attive nella catena del valore, le stesse devono utilizzare quel potere in direzione della sostenibilità, perché quel potere di influenza è parte dell'azione dell'impresa societaria e, dunque, del bouquet di poteri gestori che spettano agli amministratori della stessa. Posta in questi termini la questione, è evidente che gli amministratori, se ed in quanto tenuti a perseguire la sostenibilità della gestione sociale, debbono perseguirla anche nell'esercizio dei poteri legali, contrattuali e/o fattuali esercitabili sulle componenti attive nella catena del valore.

Da qui emerge chiaramente la delicatezza e la rilevanza delle conseguenze operative delle previsioni in esame, ponendosi così la necessità di salvaguardare quei meccanismi attraverso i quali le imprese possano rendere operative tali previsioni normative in relazione alla specifica realtà aziendale con costi ragionevoli.

PAOLA DASSISTI

Dottoranda di ricerca in Diritto dell'economia nell'Università di Trento

⁴⁷ Tali situazioni potrebbero rappresentare a tutti gli effetti ipotesi di "abuso di dipendenza economica" ai sensi dell'art. 9 della l. 18 giugno 1998, n.192 ("Disciplina della subfornitura nelle attività produttive") con la relativa nullità del contratto con cui tale abuso è realizzato. La norma in questione vieta qualsiasi forma di abuso dello "stato di dipendenza economica" in cui possa trovarsi il subfornitore. Come ha dimostrato l'applicazione concreta della norma, l'abuso dello stato di dipendenza economica può consistere nell'imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie o nell'interruzione arbitraria dei rapporti commerciali in corso, come nelle situazioni sopra menzionate.

Pensieri, parole, responsabilità penale. Riflessioni vecchie e nuove in tema di manifestazione del pensiero, ripartendo dalle Sezioni Unite

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il diritto penale e le opinioni: una prospettiva d'insieme. – 2.1. Sui reati *politici* di opinione. Cenni. – 3. Neofascismo e dintorni. Le *quaestiones iuris* sottoposte alle sezioni unite e il *decisum* degli Ermellini. – 4. (*Segue*) Qualche perplessità. – 5. Allargare lo sguardo. Brevi riflessioni conclusive.

1. *Premessa*

Com'è ormai ben noto, con sentenza del 6 settembre 2023 è stato rimesso alle sezioni unite penali della Corte di Cassazione l'annoso problema della rilevanza penale della gestualità fascista (saluto romano e chiamata del «presente»)¹, con l'obiettivo di dirimere i dubbi interpretativi formatisi, sul punto, nelle sezioni semplici della Corte medesima, gravata da profondi, risalenti e costanti contrasti interpretativi in ordine all'*an* e al *quomodo* dell'intervento penale in materia.

La vicenda, cui è poi effettivamente seguito il pronunciamento del massimo organo nomofilattico², ha avuto l'indubbio merito di porre nuovamente sotto i riflettori uno fra i più spinosi e delicati argomenti dell'intero sistema penale: il rapporto fra *ius criminale* e manifestazione del pensiero “ostile” o contrario ai valori condivisi (o che si presumano tali) da una comunità in un preciso momento storico. Si è data così nuova linfa al tema, di per sé classico e probabilmente destinato a non avere mai una soluzione definitiva, dimostrandone l'assoluta attualità.

Il problema è nodale e riflette la complessità e la delicatezza dell'argomento: come bilanciare esigenze di tutela emergenti in quantità sempre maggiore nella società, da un lato, e la difesa del diritto penale liberale, dei suoi principi e dei suoi canoni, dall'altro? Prospettive entrambe legittime e difficilmente riducibili *ad unum*.

¹ Cass. pen., sez. I, 6 settembre 2023, n. 38686.

² Cass. pen., S.U., 18 gennaio 2024 (dep. 17 aprile 2024), n. 16153.

Questo contributo, (ri)partendo dalle sezioni unite, intende affrontare *in primis* il problema specifico della rilevanza penale delle esternazioni di stampo fascista, allargando però lo sguardo per offrire qualche spunto di riflessione più generale, senza la presunzione di poter riuscire a rispondere ai tanti interrogativi che il tema suscita ed anzi con la consapevolezza che un tema come quello proposto è «così complesso e dibattuto, che è ragionevole cercare soltanto di fornire qualche ulteriore contributo a una riflessione verosimilmente destinata a non avere mai fine»³, qual è quella relativa ai reati di opinione, nella convinzione che temi del genere, «inserendosi nell'eterna dialettica tra individuo e Stato, libertà e autorità, cultura e dogma, non possono non toccare e non impegnare ogni coscienza sinceramente democratica»⁴.

2. *Il diritto penale e le opinioni: una prospettiva d'insieme*

In un mondo ideale il diritto penale – ammesso che nel più ideale fra i mondi possibili il diritto penale possa ancora avere una sua legittimazione – non dovrebbe occuparsi di opinioni.

Sfortunatamente, però, quando si tratta di certi temi ci si imbatte in un vero e proprio *evergreen* repressivo caratterizzante la tradizione penalistica del nostro Paese.

L'assetto attuale dei reati c.d. di opinione rappresenta infatti il precipitato di una stratificazione normativa che parte da lontano: affondando le sue radici almeno nel codice liberale del 1889 questa categoria di delitti, profondamente rinverdata nel codice fascista del 1930, è giunta fino a noi senza che vi fosse mai la seria volontà politica di un superamento complessivo di tali fattispecie, dimostrando anzi il legislatore, sul punto, un'impressionante, quanto sconcertante, continuità col passato e coi suoi tratti più autoritari⁵.

Ciò posto, sbaglierebbe chi pensasse che certe forme di criminalità siano relegate al passato, vista la persistente attualità che, ahinoi, le riguarda⁶: esse non

³ VISCONTI C., *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 243.

⁴ MANTOVANI F., *I reati di opinione*, ora in ID., *Umanità e razionalità del diritto penale*, Cedam, Padova, 2008, p. 164.

⁵ Lo mette bene in luce DI GIOVINE A., *I confini della libertà di manifestazione del pensiero. Linee di riflessione teorica e profili di diritto comparato come premesse a uno studio sui reati d'opinione*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 52 ss.

⁶ Per fare un esempio dalla più recente cronaca, si pensi al d.l. 11 aprile 2025, n. 48 (convertito con L. 9 giugno 2025, n. 80), *Disposizioni in materia di sicurezza pubblica, di tutela del personale in servizio, nonché di vittime dell'usura e di ordinamento*

sono oggetto soltanto di una vaga e cursoria attenzione del legislatore, ma le – reali o presunte – esigenze di tutela che emergono in modo sempre più massiccio nella società, in uno con le potenzialità degli attuali mezzi di informazione, inimmaginabili fino a poco tempo fa, rendono la *parola pericolosa* un tema sempre più centrale nel dibattito pubblico. Conseguentemente, il ricorso a norme che incriminino le manifestazioni del pensiero (che siano di carattere apologetico, istigatorio, discriminatorio etc.) rappresenta ancora una delle frecce che armano l'arco del legislatore.

Alcuni esempi fra i tanti possibili possono aiutare a delineare meglio il quadro e comprendere l'assoluta attualità del tema.

Si pensi, *in primis*, alla normativa antiterrorismo *post* 2001 che ha esteso significativamente la rilevanza penale dell'espressione di pensieri apologetici o espressivi di quella che, pur sempre, rappresenta un'ideologia, sebbene fra le più intollerabili; al dibattito che solo pochi anni fa ha accompagnato l'introduzione della c.d. aggravante di negazionismo di cui, ora, all'art. 604 *bis* c.p.; alla proliferazione di *hate speeches* e *hate crimes*, in particolare sulle piattaforme online; all'estrema capillarità con cui un'espressione dissenziente può diffondersi al giorno d'oggi e, perlomeno astrattamente, ledere beni giuridici penalmente rilevanti. Oppure, volendo fare alcuni esempi della più vicina contemporaneità, che pur hanno interessato la dottrina, si pensi alla proliferazione di *fake news* e di campagne di disinformazione massiva, «una delle forme più subdole e pericolose di aggressione a beni giuridici individuali e collettivi di rango primario»⁷, o al fenomeno della postverità e alle sue possibili ricadute in termini di responsabilità penale – o, ancor prima, di adeguatezza dell'intervento penale in merito⁸ – considerati, in particolare, i rischi in punto di buon funzionamento delle istituzioni democratiche, istigazione ad azioni d'odio e diritto alla salute *sub specie* inteso come correttezza dell'informazione scientifico-sanitaria.

penitenziario (più volgarmente definito “pacchetto sicurezza”) che, fra il resto, prevede, nuovamente, l'utilizzo della sfera penale anche in materia di dissenso. Sul punto, POMPILI L., *Il dissenso nelle nuove fattispecie di reato e nelle aggravanti introdotte con il DDL sicurezza in Penale diritto e procedura*, online, 15 ottobre 2024.

⁷ GUERINI T., *La tutela penale della libertà di espressione del pensiero nell'epoca delle fake news e delle infodemie in Diritto penale e paradigma liberale. Tensioni e involuzioni nella contemporaneità*, a cura di Giunta F., Guerrini R., Maiello V., Seminara S., Sgubbi F., Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020, p. 202.

⁸ Un curioso e originale contributo sul punto è quello di SPENA A., VALLINI A., *Criminalizzare la postverità? Un dialogo postvero in Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, a cura di Piergallini C., Mannozi G., Sotis C., Perini C., Scoletta M., Consulich F., I, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2022, p. 237 e ss. (spc. 250 e ss.).

Com'è facilmente comprensibile, l'argomento costituisce uno dei più spinosi di tutta la Penalità, considerato che esso ha ovviamente a che fare con un convitato di pietra di prim'ordine: il diritto alla libera manifestazione del pensiero, costituzionalmente tutelato dall'art. 21 della Carta e vera e propria «pietra angolare dell'ordine democratico»⁹.

Nonostante l'apertura apparentemente illimitata della norma citata – salvo l'unico limite espresso, relativo al buon costume – la dottrina costituzionalistica¹⁰ ci insegna che tale libertà trova in realtà nell'ordinamento «molteplici limiti [...] a tutela dell'altrui onore, della pacifica convivenza, della conservazione dello Stato e del rispetto delle sue leggi»¹¹, così come di tutti gli altri interessi fondamentali che in un ordinamento assumono rilevanza primaria. Gli studi di settore sono chiari sul punto, richiedendo, al contempo, che tali limiti trovino una loro giustificazione, perlomeno implicita, in disposizioni della Carta dalle quali possa discendere un corretto bilanciamento di interessi tale da legittimare le limitazioni di volta in volta apportate all'art. 21.

All'interno della prospettiva del *limite* si inserisce, giocoforza, il diritto penale, per il quale le riflessioni si attestano sul piano non tanto della *legittimità*, di cui si è detto, quanto dell'*opportunità* del suo intervento.

Considerati gli interessi in gioco, il *mainstream* penalistico è sempre stato tendenzialmente restio nel riconoscere piena cittadinanza, nella prospettiva di un diritto penale liberale e democratico, alle fattispecie di cui si discute, in ragione dell'alto connotato politico che da sempre inevitabilmente accompagna tali reati, utilizzati spesso come arma per colpire e annientare “nemici” interni e oppositori politici più che per sanzionare comportamenti lesivi di uno o più beni giuridici o, comunque, suggerendo, «nei casi meno inquietanti [...] una versione paternalistica della democrazia» e tradendone, così, «l'essenza caratteristicamente incompatibile con il principio di autorità»¹².

Lo scetticismo dei penalisti ruota fondamentalmente intorno a due poli ben distinti, per quanto di fatto connessi fra loro: uno per così dire politico-ideologico, l'altro più invece legato ai principi basilari della disciplina.

⁹ Corte cost., 2 aprile 1969, n. 84.

¹⁰ *Ex plurimis*, BARILE P., *Libertà di manifestazione del pensiero* in *Enc. Dir.*, XXIV, 1974, p. 457 e ss., ESPOSITO C., *La libertà di manifestazione del pensiero* ora in *Id.*, *Diritto costituzionale vivente. Il capo dello Stato ed altri saggi*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 109 e ss. e PACE A., MANETTI M., *La libertà di manifestazione del proprio pensiero* in *Comm. Cost. Branca-Pizzorusso*, 2006, *passim*.

¹¹ ESPOSITO C., *op. cit.*, p. 125.

¹² FIORE C., *I reati di opinione*, Cedam, Padova, 1972, p. 159.

Quanto al primo, non può non essere tenuto in considerazione che durante il Fascismo i reati di opinione costituissero uno fra gli strumenti principali dell'armamentario di regime volto all'annientamento degli oppositori, né che, ancora in età liberale, tali fattispecie fossero già state ampiamente concepite ed utilizzate per colpire il dissenso, diffuso prevalentemente negli ambienti *lato sensu* di sinistra. Alla luce di ciò, con l'avvento della Repubblica la dottrina più sensibile si è scagliata contro questo genere di incriminazioni, tradizionalmente legate ad una concezione autoritaria del potere punitivo, alla luce del nuovo *corpus* di diritti sanciti dalla Costituzione e fondanti il nuovo ordinamento liberaldemocratico.

Risuonano ancora attualissime le rivendicazioni, pur risalenti, di certa dottrina nel riconoscere l'assoluta libertà dei singoli di manifestare pensieri *cattivi* e nel difendere tale assunto come una conquista, un diritto costituzionale senza se e senza ma. Considerare libera la manifestazione dei soli pensieri innocui, *buoni*, escludendo quelli "problematici" trasformerebbe la libertà di pensiero «da diritto democratico in privilegio aristocratico», mera «libertà dell'accademia»¹³. Il diritto di cui all'art. 21 sarebbe da riconoscersi sempre e soprattutto quando espresso in forma accesa: «l'attacco al potere, il coraggio dell'anticonformismo, il dissenso di massa non possono pretendersi sempre edulcorati in forme [...] ossequiose: tutti i mezzi espressivi debbono essere riconosciuti [...]. La prevalenza della libertà di critica sul prestigio di religioni e istituzioni è coesistente alla democrazia; e ciò esclude che tale prestigio possa godere tutela di fronte a manifestazioni critiche quali che siano»¹⁴. La critica politica, che è l'oggetto usuale dei reati di opinione come più ampiamente chiarito in seguito, «non è un gioco accademico [...]. Far sopravvivere quel residuo storico del *crimen lesae maiestatis* [...] non ha dunque oggi nessun altro significato che voler destinati alla galera quei dichiarati avversari del 'sistema', che il sistema abbia interesse a colpire»¹⁵.

Oltre a questi elementi che, nonostante il loro relevantissimo peso specifico, restano per così dire sullo sfondo, in una prospettiva più strettamente penalistica non può essere taciuto il fatto che certe fattispecie pongono – è cosa notissima – problemi seri in punto di tenuta dei principi di determinatezza, offensività e materialità del reato. Senza addentrarsi in un discorso che porterebbe lontano, questi sono dogmi che, oggettivamente, appaiono sfumati, se non proprio in crisi, nella categoria di delitti in discussione, con l'effettivo e reale rischio di colpire condotte del tutto inoffensive e di sfociare nelle logiche deteriori del diritto pe-

¹³ PULITANÒ D., *Libertà di pensiero e pensieri cattivi in Quale giustizia?*, 1970, 5-6, p. 192.

¹⁴ *Op. ult. cit.*, p. 195.

¹⁵ *Ibid.*, p. 196.

nale dell'autore qualora non direttamente, secondo una categorizzazione ormai molto in voga, in un vero e proprio diritto penale del nemico. Ed in effetti, «la norma incriminatrice di un reato di opinione prende in considerazione una condotta non tanto perché capace di danneggiare la dimensione, per così dire, reale di valori sovra-individuali»¹⁶, ma «protegge idee, la loro sacralità o intangibilità concettuale. [...] Il vero contenuto di disvalore della condotta illecita di un reato di opinione, la vera ragione per cui la si incrimina, risiede, pertanto, nel suo costituire espressione di una contro-idea»: non si incrimina la lesione o la messa in pericolo di beni giuridici, ma un'idea e, conseguentemente, l'individuo che di quella idea (dissenziente) si fa portatore.

A completare lo scenario la Corte costituzionale, la quale si è sempre mostrata tendenzialmente indulgente nel ravvisare profili di illegittimità costituzionale nelle fattispecie che qui ci occupano, se non proprio «incapace», sul punto, di «sviluppare le potenzialità insite nei principi della Carta, nello svecchiamento dell'ordinamento ereditato dal passato»¹⁷. Si è assistito, nel tempo, ad un approccio molto morbido da parte della Consulta, la cui azione si è distinta per una vera e propria ortopedia interpretativa che ha completamente stravolto il senso di questo genere di norme originariamente concepite per tutelare il regime autoritario fascista, reinterpretrandole quali strumenti di protezione del nuovo assetto giuridico-istituzionale del Paese¹⁸.

2.1. *Sui reati politici di opinione. Cenni.*

Come anticipato, nonostante reati di opinione siano presenti in vari settori del diritto penale, la *sedes materiae* privilegiata per questo genere di delitti è il c.d. diritto penale politico, ove l'interesse dello Stato a «contenere l'espressione

¹⁶ SPENA A., *Libertà di espressione e reati di opinione* in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, p. 718. *Ibid.* il passo successivo.

¹⁷ PELISSERO M., *Reato politico e flessibilità delle categorie dogmatiche*, Jovene, Napoli, 2000, p. 118.

¹⁸ Peculiare il tal senso Corte cost., 6 luglio 1966, n. 87, la quale, in relazione al delitto di propaganda o apologia antinazionale (art. 272, poi abrogato) affermò come tale norma non esprimesse «peculiari finalità del passato regime, ma obiettive esigenze dello Stato, a tutela della personalità di esso contro le azioni dirette al sovvertimento violento degli ordinamenti economici, sociali e politici.», torcendo completamente significato e *ratio* della norma. Un'esaustiva rassegna di giurisprudenza costituzionale in materia in PULITANÒ D., *Libertà di manifestazione del pensiero, delitti contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico (articolo 21 Cost.)* in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di Vassalli G., Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, p. 239 e ss.

di atteggiamenti ostili dei membri più insofferenti della comunità»¹⁹ emerge in maniera peculiare.

Non stupisce pertanto che, al netto di poche eccezioni (come, per esempio, i reati di discriminazione razziale, etnica o religiosa di cui al recente art. 604 *bis* c.p., inserito con d.lgs. 1 marzo 2018, n. 21 fra i delitti contro la persona), essi trovano la propria collocazione sistematica fra i delitti contro la personalità dello Stato o fra quelli contro l'ordine pubblico, ossia nei due titoli che, all'interno del codice penale, «più direttamente e in modo più marcato mettono in gioco gli equilibri fra le libertà politiche e le esigenze di tutela dell'ordinata convivenza nella *polis*»²⁰: vi si ritrovano le condotte vilipendiose così come quelle apologetiche, propagandistiche, istigatorie, offensive dell'onore di organi costituzionali e via dicendo. In aggiunta a tali fattispecie, inoltre, deve essere tenuta in considerazione anche la legislazione speciale che regola aspetti più puntuali in materia, di cui la legge Scelba, per non andare troppo distanti dalla pronuncia delle sezioni unite, è un esempio calzante.

Fra le varie forme di criminalizzazione del pensiero, questo nocciolo duro è quello su cui più si concentrano le critiche²¹, vista la naturale connessione di queste fattispecie con il peculiare *humus* politico-culturale in cui il codice Rocco è venuto alla luce e considerata, soprattutto, la difficoltà a ricondurle – diversamente da altri, pur discussi, reati di opinione, rispetto ai quali si ravvisano più, seppur timide, aperture in dottrina²² – a beni giuridici che fanno riferimento alla sfera giuridica dell'individuo, come *uguaglianza* o *dignità umana*.

In questa cornice si inseriscono le manifestazioni di stampo (neo)fascista, la cui criminalizzazione trova una chiara copertura costituzionale, come unanimemente riconosciuto dagli interpreti, nella XII disp. fin.²³, la «sola eccezione alla

¹⁹ NOTARO D., *Cattivi pensieri e diritto penale. La catarsi dei reati di opinioni discriminatrici di identità individuali socio-definite* in *Studi in onore di Lucio Monaco*, a cura di Bondi A., Fiandaca G., Fletcher G. P., Marra G., Stile A. M., Roxin C., Volk K., Urbino University Press, Urbino, 2020, p. 626.

²⁰ PULITANÒ D., *Libertà di manifestazione del pensiero, delitti*, cit., p. 242.

²¹ Il «portato di una illiberale e sorpassata concezione dei rapporti fra Stato e cittadino» li definisce MARCONI G., *I delitti contro la personalità dello Stato. profili storico-sistematici*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 374.

²² Cfr. ad esempio PELISSERO M., *Discriminazione, razzismo e il diritto penale fragile* in *Dir. pen. e processo*, 2020, p. 1017 e ss. con riflessioni riprese dall'A. anche in *Il disegno di legge Zan: una riflessione sul percorso complesso tra diritto penale e discriminazione* in *Diritto e persone LGBTQI+*, a cura di Pelissero M. e Vercellone A., Giappichelli, Torino, 2022, p. 245 e ss.

²³ Sulla natura di norma esclusivamente «finale» e non «temporanea» VIGEVANI G. E., *Origine e attualità del dibattito sulla XII disposizione finale della Costituzione: i limiti*

libertà ideologica del cittadino»²⁴ prevista nella Carta fondamentale²⁵.

Tale norma costituzionale ha trovato espressione sul piano ordinario già nell'immediatezza del dopoguerra con la legge Scelba (l. 20 giugno 1952, n. 645), emanata al fine di reprimere tutte le attività – tanto dei singoli, quanto di organizzazioni o associazioni – poste in continuità con l'antico regime. Su tale architrave normativa si è innestata più di recente, anche in esecuzione di obblighi internazionali, la normativa antidiscriminatoria di cui alla legge Reale (l. 22 maggio 1975, n. 125), legge Mancino (d.l. 26 aprile 1993, n. 122, come modificato da l. 25 giugno 1993, n. 205) e, da ultimo, codice penale (art. 604 *bis* c.p., «Propaganda e istigazione a delinquere per motivi di discriminazione razziale etnica e religiosa»). Solo pochi anni fa, infine, veniva presentato alla Camera un d.d.l., mai approvato in Senato, recante il nuovo reato di «Propaganda del regime fascista o nazifascista», relativo proprio alla propaganda e all'apologia, anche mediante manufatti, del nazifascismo²⁶.

Sullo statuto penale delle manifestazioni usuali del disciolto partito fascista e dell'apologia del fascismo²⁷ gravano tuttora due risalenti pronunce della Corte costituzionale, che hanno profondamente condizionato l'interpretazione e l'applicazione della legge Scelba. In particolare, è sull'elemento del pericolo di effettiva ricostituzione del partito fascista che si è concentrata l'attenzione del Giudice delle leggi, utilizzato come parametro per circoscrivere le limitazioni al diritto riconosciuto dall'art. 21 Cost.: un bilanciamento di interessi «non

della tutela della democrazia in *Riv. dir. media*, 2019, 1, p. 28. Opinione espressa anche da RISICATO L., *Le Sezioni Unite e il "saluto romano": un pericolo concreto di irrilevanza penale?* In *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2024, p. 528 e ss.

²⁴ BARILE P., *op. cit.*, p. 469.

²⁵ In verità il divieto di ricostituzione del partito fascista troverebbe una seconda copertura costituzionale nell'art. 117, trattandosi di un impegno che il nascente Stato italiano aveva assunto con le Potenze vincitrici della Seconda guerra mondiale. Cfr. NOTARO D., *Neofascismo e dintorni: la "resistenza" della dimensione offensiva del tipo criminoso* in *Legislazione pen.*, online, 21 gennaio 2020, p. 2.

²⁶ L'articolato proposto fu il seguente: «Art. 293 *bis*: Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque propaganda le immagini o i contenuti propri del partito fascista o del partito nazionalsocialista tedesco, ovvero dei relativi metodi sovversivi del sistema democratico, anche attraverso la produzione, distribuzione, diffusione o vendita di beni raffiguranti persone, immagini o simboli a essi chiaramente riferiti, ovvero ne fa comunque propaganda richiamandone pubblicamente la simbologia o la gestualità è punito [...]».

²⁷ Una panoramica in VINCIGUERRA S., *Fascismo (sanzioni)* in *Enc. Dir.*, XVI, 1967, p. 914 e ss.

già *categorico* e *incondizionato* [...] bensì *relativo* e *condizionato*»²⁸, con cui la Consulta ha sostanzialmente chiesto alle corti di «"dissociare", dalla cornice dei fatti punibili, le esternazioni verbali o gestuali prive di pericolosità reale nei confronti del bene 'conservazione delle istituzioni repubblicane', assunto nella sua duplice dimensione giuridico-istituzionale e politico-ideologica». E dunque, per assumere carattere di reato, l'apologia di fascismo deve consistere «non in una difesa elogiativa, ma in una esaltazione tale da poter condurre alla riorganizzazione del partito fascista»²⁹, mentre in materia di manifestazioni usuali del disciolto partito fascista, non rileva «qualunque parola o gesto, anche il più innocuo, che ricordi comunque il regime fascista e gli uomini che lo impersonarono ed esprima semplicemente il pensiero o il sentimento, eventualmente occasionale o transeunte, di un individuo, il quale indossi una camicia nera o intoni un canto o lanci un grido»; una simile interpretazione non sarebbe incline alla volontà del legislatore, il quale «dichiarando espressamente di voler impedire la riorganizzazione del disciolto partito fascista, ha inteso vietare e punire non già una qualunque manifestazione del pensiero, tutelata dall'art. 21 della Costituzione, bensì quelle manifestazioni usuali del disciolto partito che [...] possono determinare il pericolo che si è voluto evitare»³⁰, cioè proprio la ricostituzione del partito.

Questa interpretazione costituzionalmente orientata, basata, com'è evidente, sul rispetto del principio di offensività *ex* art. 25 Cost., ha a lungo influenzato l'interpretazione della legge Scelba, che di fatto ne è uscita totalmente depotenziata posto che – con una «tattica di spostamento alla sede giudiziaria di decisioni altrimenti spettanti al legislatore democratico o allo stesso giudice costituzionale»³¹ – il pericolo richiesto è stato (re)interpretato come concreto, nonostante fosse stato *ab origine* previsto come astratto per ragioni storico-politiche ben evidenti. Ciò ha determinato, nel tempo, una sostanziale desuetudine della XII disposizione finale alla Costituzione³² e l'applicazione, in funzione suppletiva, del combinato disposto fra legge Mancino e legge Reale – ora, dell'art. 604 *bis* c.p.³³ – che,

²⁸ TESAURO A., «*Le radici profonde non gelano*»: le manifestazioni fasciste al vaglio delle sezioni unite. *Tra storia e diritto* in *Sist. pen.*, 12 gennaio 2024, p. 8. *Ibid.* la citazione successiva.

²⁹ Corte cost., 16 gennaio 1957, n. 1.

³⁰ Corte cost., 25 novembre 1958, n. 74.

³¹ TESAURO A., *op. cit.*, p. 11.

³² PACE A., MANETTI M., *op. cit.*, p. 279.

³³ Ciò non riguarda solo saluto romano o chiamata del presente, ma più in generale qualunque esternazione di stampo neofascista o neonazista. Cfr. Cass. pen., sez. I, 12 dicembre 2023, n. 49346 in *Giur. It.*, 2024, p. 1142 e ss. con nota di RICCI L.,

in ragione della maggiore afferrabilità dei valori costituzionali ad esse riconducibili, quali la dignità e l'uguaglianza *ex* artt. 2 e 3 Cost., valori «assolut[i] e non bilanciabil[i]» in grado di imporsi in modo categorico sul concorrente diritto alla libertà di espressione³⁴, ha garantito maggiormente (e scendendo apparentemente a meno compromessi coi principi penali) la sanzionabilità di tali condotte, pur se non più in ragione dei richiami al Ventennio quanto piuttosto per la loro intrinseca portata discriminatoria.

Come si vedrà nell'immediato prosieguo, tale interpretazione delle fattispecie di cui alla legge Scelba ha fortemente condizionato anche la sentenza delle sezioni unite in commento, cui era stato richiesto di dipanare i molteplici dubbi che sino ad allora, e di fatto ancora, pesano sullo spinoso tema oggetto di queste pagine.

3. *Neofascismo e dintorni. Le quaestiones iuris sottoposte alle sezioni unite e il decisum degli Ermellini*

Come anticipato in premessa, con sentenza n. 38686 del 6 settembre 2023 la Prima sezione della Suprema Corte rimetteva all'attenzione delle sezioni unite il seguente quesito: «Se la condotta consistente nel protendere in avanti il braccio nel “saluto fascista”, evocativa della gestualità tipica del disciolto partito fascista, tenuta nel corso di una manifestazione pubblica, senza la preventiva identificazione dei partecipanti quali esponenti di un'associazione esistente che propugni gli ideali del predetto partito, integri la fattispecie di reato di cui all'art. 2 d.l. 26 aprile 1993, n. 122, convertito dalla legge 25 giugno 1993, n. 205, ovvero quella prevista dall'art. 5 legge 30 giugno 1952, n. 645; se entrambe le disposizioni configurino un reato di pericolo concreto o di pericolo astratto e se le stesse siano tra loro in rapporto di specialità oppure possano concorrere».

L'iter processuale giungeva così al vertice della giurisdizione di legittimità dopo che il Tribunale di Milano aveva considerato integrato, a fronte delle menzionate esternazioni, l'art. 2 legge c.d. Mancino³⁵ escludendo, però, la punibilità

La ridicolizzazione di Auschwitz sullo sfondo di una manifestazione neofascista: la vicenda ha riguardato l'ostentazione, durante una manifestazione pubblica fascista a Predappio, di una maglietta fortemente denigratoria nei confronti della Shoah, che la Cassazione ha ritenuto integrare il reato in oggetto (art. 604 *bis*). Sul punto anche COSTANTINI A., *Il saluto romano nel quadro dei crimini d'odio razziale: dimensione offensiva e rapporti con la libertà di espressione* in *Dir. pen. e processo*, 2020, p. 216 e ss.

³⁴ TESAURIO A., *op. cit.*, p. 5.

³⁵ D.l. 26 aprile 1993, n. 122 art. 2, primo comma: «Chiunque, in pubbliche riunioni, compia manifestazioni esteriori od ostenti emblemi o simboli propri o usuali delle organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi di cui all'articolo 3 della legge 13

degli imputati per errore scusabile *ex art. 5 c.p.* visti i forti contrasti interpretativi esistenti sul punto, e la Corte di Appello aveva invece ritenuto sanzionabili tali condotte ai sensi della medesima norma incriminatrice, non concordando con i rilievi del giudice di prime cure sulla sussistenza dell'errore.

I dubbi interpretativi della Prima sezione inerivano pertanto aspetti diversi, per quanto fra loro strettamente connessi: la riconducibilità delle esternazioni fasciste all'una o all'altra disposizione; la natura del pericolo nell'una e nell'altra fattispecie; l'esistenza di un rapporto di specialità o meno fra le norme.

L'opportunità di un intervento chiarificatore veniva offerta, come ben ricostruito dalle stesse sezioni unite³⁶, dal profondo contrasto interpretativo sorto in seno alle sezioni semplici della Corte, laddove alcune pronunce avevano optato per l'applicabilità dell'art. 5 legge c.d. Scelba³⁷, considerando saluto romano e chiamata del "presente" manifestazioni usuali, proprie e dunque evocative del disciolto partito fascista, mentre altre, facendo leva invece sul fatto che tali manifestazioni sarebbero *di per sé* espressione di un'ideologia discriminatoria, avevano invece ricondotto tali gestualità alla legge Mancino.

Su questo secondo filone interpretativo si era attestata anche la Procura Generale, la quale, con memoria scritta dell'8 gennaio 2024, faceva pervenire note di udienza in cui prospettava – a fronte delle condotte oggetto del ricorso – la configurabilità proprio del reato di cui all'art. 2 d.l. 122/93, ma solo in presenza di un concreto pericolo di ledere il bene giuridico tutelato, ossia l'ordine pubblico materiale (*sub specie* declinato come pacifica convivenza). L'Avvocato Generale riconosceva peraltro ad entrambe le fattispecie natura di reato a pericolo, per l'appunto, concreto e ne escludeva il rapporto di specialità.

La sentenza giunge a conclusione a valle di articolate riflessioni che, chiarendo i beni giuridici coinvolti dall'una e dall'altra norma incriminatrice e analizzando, corrispettivamente, le tipologie di pericolo cui fare riferimento nell'un caso e nell'altro, conducono il Collegio a riflettere anche sul presunto rapporto di specialità fra art. 5 l. Scelba e art. 2 l. Mancino prima di dipanare i dubbi della

ottobre 1975, n. 654, è punito con la pena della reclusione fino a tre anni e con la multa da lire duecentomila a lire cinquecentomila.».

³⁶ Cass. pen., S.U., cit., parr. 4 e 5 del *Considerato in diritto*.

³⁷ L. 20 giugno 1952, n. 645 art. 5: «Chiunque, partecipando a pubbliche riunioni, compie manifestazioni usuali del disciolto partito fascista ovvero di organizzazioni naziste è punito con la pena della reclusione sino a tre anni e con la multa da duecentomila a cinquecentomila lire. Il giudice, nel pronunciare la condanna, può disporre la privazione dei diritti previsti nell'articolo 28, comma secondo, numeri 1 e 2, del codice penale per un periodo di cinque anni.».

Prima sezione su quale, fra le due norme in gioco, sia applicabile alle manifestazioni fasciste.

Quanto al bene giuridico tutelato dal reato di cui all'art. 5 legge Scelba, esso viene riconosciuto nella tutela dell'ordinamento democratico costituzionale, «cui viene apprestata una tutela anticipata in relazione a manifestazioni che, in connessione con la natura pubblica delle stesse, espressamente richiesta dalla norma, possono essere tali da indurre alla ricostituzione di un partito che, per la sua ideologia antidemocratica [...] è contraria all'assetto costituzionale»³⁸. Tale disposizione, considerata «ancillare» rispetto alla XII disposizione finale della Costituzione, viene però interpretata come fattispecie di pericolo concreto «per conseguente necessità di considerare i limiti intrinseci del bilanciamento con altri valori costituzionali» (quale, evidentemente, la libera manifestazione del pensiero *ex art. 21 Cost.*).

L'art. 2 legge Mancino, invece, rientrando nella normativa antidiscriminazione riguarderebbe i diversi beni della dignità ed eguaglianza della persona, costituzionalmente tutelati dagli artt. 2 e 3 della Carta e lesi dalla diffusione di idee discriminatorie o di atti violenti per ragioni razziali, etniche o religiose. In questo secondo caso il pericolo sarebbe astratto, atteso il riferimento alle «organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi» di cui originariamente all'art. 3 l. 654/1975 e ora contemplati dall'art. 604 *bis* c.p.: per le sezioni unite tale elemento «non può non assumere un rilievo particolare» dato che «la capacità di “contagio” o diffusione delle idee contrastanti con i valori sanciti dagli artt. 2 e 3 assume una consistenza proporzionalmente collegata all'esistenza [...] di detti agglomerati»³⁹. È proprio dalla presenza di tale elemento contestuale che deriverebbe, pertanto, la sussistenza del pericolo, la cui valutazione viene effettuata *a priori* e in astratto dal legislatore⁴⁰.

Ne consegue, procedendo con la lettura della pronuncia, l'impossibilità di affermare l'esistenza di un rapporto di specialità fra le due norme, avendo ciascuna degli elementi peculiari che la differenziano dall'altra, pur sussistendo un indubbio nucleo comune fra loro⁴¹: se infatti in un caso si ha riguardo alle manifesta-

³⁸ Cass. pen., S.U., cit., par. 6.2.1 (*ibid.* le citazioni seguenti). Poco oltre la Corte afferma inoltre che «non può sostenersi l'illegittimità costituzionale di una norma attuativa del disposto di una previsione di natura chiaramente costituzionale», quale la XII disposizione finale della Carta.

³⁹ Id., par. 6.2.4.

⁴⁰ Esprime perplessità a tal riguardo TESAURO A., «*Planando sopra boschi di braccia tese*»: il saluto fascista davanti alle sezioni unite in *Sist. pen.*, 16 dicembre 2024, par. 2.

⁴¹ Di «specialità bilaterale» parla la sentenza (*Considerato in diritto*, par. 7.1). Il potenziale concorso di reati così prospettato è oggetto di critica in SCOLLO L., *Simboli*

zioni usuali del disciolto partito fascista, nell'altro sono le attività discriminatorie e i gruppi di cui si è detto i destinatari della censura normativa.

Ciò posto, le sezioni unite riconoscono la fisiologica riconducibilità dei rituali fascisti all'art. 5 legge Scelba, posto che essi costituiscono condotte perfettamente idonee ad evocare la «"liturgia" delle adunanze fasciste»⁴² del Ventennio, richiedendo però che l'insorgenza del pericolo di emulazione insito nel reato venga accertata in concreto. Parallelamente, i giudici escludono che possa avere efficacia scusante (e che quindi possa escludere, in automatico, la sussistenza del reato) la natura commemorativa di tali manifestazioni, apparentemente smentendo un precedente filone interpretativo secondo cui, alla presenza di determinati elementi di contesto, la commemorazione "statica" potesse andare esente da pena⁴³.

Del pari, la Corte – sembrando «in qualche modo dare istruzioni anche per tenere ben aperta la porta all'applicazione simultanea di entrambe le fattispecie allo stesso fatto»⁴⁴ – afferma l'applicabilità *in secundis* della fattispecie di pericolo presunto di cui all'art. 2 legge Mancino, soltanto, però, qualora le condotte in esame siano evocative, oltre che dell'armamentario ideologico del partito nazionale fascista, anche di ideologie discriminatorie e/o razziali. «[A]ffinché il rituale espresso nelle manifestazioni di cui all'art. 5 legge cit. possa integrare anche il reato di cui all'art. 2 legge cit. – affermano le S.U. – occorrerà che ad esso si accompagnino elementi, relativi al contesto complessivo in cui lo stesso sia tenuto, idonei ad attribuirgli non la sola funzione semplicemente evocativa del disciolto partito fascista [...] ma anche [...] il significato discriminatorio tipizzante il reato di cui all'art. 2 cit.»⁴⁵. Si richiede, in sostanza, che saluto romano e chiamata del "presente" costituiscano «"lo strumento simbolico" di espressione delle idee di intolleranza e discriminazione proprie, nell'attualità, degli agglomerati» con-

proibiti e proibizioni simboliche: la natura polisemica del saluto romano, in *Arch. pen.*, 9 gennaio 2025, 45, che evidenzia come la futura prassi applicativa riproporrà, sul punto, gli stessi problemi del passato.

⁴² Id., par. 8. Nel medesimo paragrafo il Collegio si esprime anche nei termini di «inequivocabile significato di evocazione e celebrazione dell'ideologia del partito fascista e del regime conseguentemente instaurato».

⁴³ È la conclusione implicita di Cass. pen., sez. I, 22 marzo 2023 (ud. 17 febbraio 2023), n. 12049, in *Giur. It.*, 2023, p. 1916 e ss., con nota di RISICATO L., *Manifestazioni fasciste e commemorazione "dinamica": è reato*. L'A. ritorna sul punto in *Le Sezioni Unite e il "saluto romano"*, cit., p. 521 e ss.

⁴⁴ VISCONTI C., *Le sezioni unite alle prese con il "saluto romano": una "nomofilachia del caso concreto"?* in *Foro it.*, 2024, II, c. 508.

⁴⁵ Cass. pen., S.U., cit., par. 9.1.

siderati, ora, dall'art. 604 *bis* c.p.: idee «chiaramente incompatibili con i principi costituzionali».

Alla luce di tutte queste argomentazioni, non ravvisando nella vicenda concreta alcun intento discriminatorio da parte dei manifestanti, le sezioni unite riqualificano il reato ai sensi dell'art. 5 legge Scelba, annullano la sentenza impugnata e rinviando per nuovo giudizio alla Corte d'Appello lombarda, che sarà chiamata nel prossimo futuro a pronunciarsi nuovamente sulla questione.

4. (Segue) *Qualche perplessità*

Come da pronostici, l'arresto delle sezioni unite ha ingenerato una girandola di giudizi dal contenuto talora più critico, talaltra più benevolo⁴⁶.

Ciò su cui si può rilevare una certa condivisione è la consapevolezza che la Corte sia rimasta in un certo senso prigioniera delle ambiguità interpretative mai risolte in materia, dando la sensazione che la sentenza «non problematizzi, ma aggiri, le questioni nodali»⁴⁷ oggetto del quesito avanzato a suo tempo dalla Prima sezione.

Parrebbe, cioè, che i Giudici abbiano “deciso di non decidere”, riconoscendo sì, *in primis*, la configurabilità dei reati previsti dalla legge Scelba a fronte di manifestazioni fasciste – con ciò per certi versi rinobilitandone contenuto, messaggio e valore simbolico, spesso e volentieri oscurati dal messaggio, simile ma diverso, di cui si fa portavoce la legislazione antidiscriminatoria, applicata, come già ampiamente sottolineato, per le medesime condotte – ma legandola a doppio filo alla *probatio diabolica* della dimostrazione, in concreto, del pericolo di ricostituzione del partito fascista, senza peraltro chiarire se debba così intendersi il P.N.F. o tutte quelle «neoformazioni associative che si richiamino semplicemente a quella tradizione politico-ideologica senza, però, duplicarne assetti organizzativi, metodi di azioni e obiettivi programmatici di lotta politica e, soprattutto, senza l'aggancio alle indispensabili condizioni storico-fattuali che ne hanno stori-

⁴⁶ Per quanto riguarda la penalistica, forti criticità sono state espresse da RISICATO L., *Le Sezioni Unite e il “saluto romano”*, cit.; più luci (ma permangono le ombre) in VISCONTI C., *Le sezioni unite alle prese con il “saluto romano”*, cit., c. 505 ss. e in NOTARO D., *La rilevanza penale del “saluto romano” tra illusioni ottiche e istanze di razionalità* in *Giur. It.*, 2024, p. 2447 e ss. Fra i costituzionalisti, più clemente il commento di BOLOGNA C., *Saluto romano e pericolo «concreto» di riorganizzazione del partito fascista: le Sezioni Unite Penali decidono secondo Costituzione* in *Quaderni cost.*, 2024, p. 424 e ss.

⁴⁷ TESAURO A., *“Planando sopra boschi di braccia tese”*, cit., p. 23.

camente agevolato il sorgere e l'affermarsi»⁴⁸ cioè, per dirla con Eco⁴⁹, il «fascismo eterno» dalle pressoché infinite declinazioni potenziali e «virtualmente in grado di abbracciare tutti i movimenti di destra»⁵⁰.

Ed in effetti, uno dei passaggi argomentativi più importanti – e più criticati – della pronuncia riguarda proprio il requisito del pericolo concreto (diventato già da tempo «l'*escamotage* per eludere in modo sistematico la rilevanza penale di manifestazioni fasciste e apologia di fascismo, sul presupposto della loro dubbia legittimità costituzionale»⁵¹) e la corrispondente conferma della trasformazione per via ermeneutica dell'art. 5 legge Scelba effettuata dai giudici costituzionali nella seconda metà del Novecento.

Su quali siano i riscontri cui il giudice dovrebbe fare attenzione nel valutare la sussistenza di questo pericolo, però, le sezioni unite non si soffermano, rilanciando la palla in tribuna e lasciando ai giudici comuni, sulla base delle loro convinzioni e sensibilità, tale compito particolarmente gravoso⁵²: così facendo la Corte abdica, di fatto, alla funzione nomofilattica che le è propria, evitando di fornire alla magistratura di merito gli strumenti adeguati per affrontare i numerosi problemi che, comunque, permangono in materia, con la possibile conseguenza che le valutazioni sul concreto rischio di ricostituzione del partito fascista cui sarà chiamata in futuro la giurisprudenza diverranno «mera retorica argomentativa che maschera o traveste i giudizi di valore dell'interprete»⁵³, incline a riconoscere come concreto tale pericolo «quanto più [percepisca] soggettivamente come disgustosa o disturbante la singola rivendicazione identitaria di appartenenza all'universo simbolico-discorsivo di estrema destra»⁵⁴. Con buona pace della certezza del diritto e della prevedibilità delle sue applicazioni.

Come detto, questa fuga dalla legge Scelba ha determinato, anche nella vicenda in esame, il ripiegamento sulla meno rigorosa legge Mancino, per la quale, in ragione dei motivi già ampiamente evidenziati, i dubbi sull'ammissibilità del pericolo astratto si presentano in modo meno pregnante: ciò rende tuttora la normativa antirazzista perfettamente utilizzabile come espediente per aggirare le difficoltà probatorie che la legge Scelba pone. E se ciò può essere positivo,

⁴⁸ ID., «*Le radici profonde non gelano*», cit., p. 17.

⁴⁹ ECO U., *Il fascismo eterno*, La nave di Teseo, Milano, 2018.

⁵⁰ TESAURO A., «*Le radici profonde non gelano*», cit., p. 23.

⁵¹ RISICATO L., *Le Sezioni Unite e il "saluto romano"*, cit., p. 517.

⁵² Lo mette bene in luce NOTARO D., *La rilevanza penale del "saluto romano"*, cit., *passim*.

⁵³ TESAURO A., «*Le radici profonde non gelano*», cit., p. 35.

⁵⁴ *Op. ult. cit.*, p. 36. Sul punto anche PELISSERO M., *Reato politico*, cit., p. 340.

rendendo in certi casi più agevole la punibilità di saluto romano, chiamata del “presente” *et similia*, non può non essere sottolineata la diversità dei destini penalistici cui – in ragione dei meri elementi contestuali ravvisati nel caso concreto – vengono così destinate le medesime condotte, a seconda della diversa normativa penale che l’interprete ritiene di utilizzare. Creando, peraltro, il paradosso per cui gestualità e iconografie fasciste sono più facilmente punibili quando ledono un bene più lontano dall’orizzonte di senso in cui si inseriscono queste stesse condotte (la dignità umana) e sono sottoposte ad uno *stress test* ben più rigoroso quando, invece, leso è l’assetto democratico-costituzionale dello Stato, ossia il bene giuridico direttamente interessato da questo genere di comportamenti⁵⁵.

E proprio il bene giuridico rappresenta un altro aspetto delicato. Tralasciando qui la legge Mancino e concentrandosi solo sulla legge Scelba vale la pena evidenziare, pur non potendo approfondire, la recente proposta dottrinale di sostituire l’ordinamento democratico-costituzionale – con le complessità derivanti dalla scelta di tale bene, *in primis* di accertamento della lesione – con la memoria repubblicana antifascista, fondativa del patto costituzionale e della democrazia italiana.

Tale cambio di paradigma, che pur presterebbe il fianco alle note critiche sui rapporti fra diritto e memoria pubblica, porrebbe l’attenzione su un interesse fondato su basi più razionali e un po’ più solide rispetto all’«enfatico e sproporzionato allarme per la democrazia in pericolo e [...] più sensatamente in grado di entrare in bilanciamento con la libertà di espressione esercitata con un singolo, puntiforme atto comunicativo»⁵⁶. Liberandosi in questo modo «dall’autoconsolatorio richiamo a un indimostrabile pericolo attuale di ricostituzione del partito fascista» si potrebbe fare leva sul diverso bene giuridico proposto, prendendo atto che, «se proprio si vuole insistere con l’opzione penalistica, fare il saluto romano in una pubblica adunanza, scrivere un libello anti-resistenziale che trae ispirazione dalla memorialistica saloina, attrezzare una spiaggia a tema “Ventennio”, intitolare un parco alla memoria del Maresciallo Graziani, emettere scontrini con l’effigie del duce, pubblicare sul sito ufficiale di “Forza Nuova” l’immagine di una torta di compleanno recante una svastica e la scritta “Sieg Heil!”, lanciare sul *web* l’idea di una “marcia su Roma” contro lo *ius soli* nell’anniversario della più storica marcia, arredare la stanza di una caserma dei carabinieri con un vessillo nazista sono, in realtà, tutte condotte che possono più realisticamente integrare un reato [...] diretto, in prima battuta, contro la intangibilità della narrazione memoriale

⁵⁵ TESAURIO A., “*Planando sopra boschi di braccia tese*”, cit., p. 14.

⁵⁶ ID., “*Le radici profonde non gelano*”, cit., p. 40 e ss. (*ibid.* i passi citati successivamente).

antifascista pota a base della convivenza democratica e non, invece, un reato di pericolo concreto contro la tenuta complessiva della democrazia costituzionale: un reato che impegna in prima istanza l'identità repubblicana e, solo di rimbalzo, l'assetto democratico della forma di stato». Per quanto si tratti di un terreno molto scivoloso, lo spunto è interessante e avrebbe il merito di porre nuovamente al centro il complesso di valori originariamente e primariamente considerati dalla legge Scelba, limitando l'applicazione della normativa antidiscriminazione alle, simili ma diverse (ad eccezione, come ammesso dalle sezioni unite, dei casi di concorso), situazioni gravate da tale secondo genere di condotte. Inoltre, come sottolineato da Tesauro, far leva su questo bene giuridico alternativo potrebbe favorire la sanzionabilità di comportamenti puntuali, di singoli o di piccoli gruppi, di per sé inidonei a ledere, da soli, il complessivo assetto costituzionale del Paese, ma evidentemente dotati anch'essi di una certa rilevanza in termini di disvalore penale.

Ciò è un primo punto interessante, cui dovrebbe accompagnarsi un cambio di prospettiva relativo al pericolo, come si vedrà nel paragrafo conclusivo.

5. *Allargare lo sguardo. Brevi riflessioni conclusive*

Tirare le fila del discorso è complicato, considerate la rilevanza e la delicatezza degli interessi in gioco.

Le manifestazioni fasciste rappresentano tuttora – complice la nuova legittimazione culturale che, non solo in Italia, ha rinobilitato certe ideologie – un nervo scoperto per il sistema poiché, per quanto in evidente contrasto con le radici storico-politiche della Repubblica e con la sua genesi antifascista, ineriscono alcuni fra i principi cardine del vivere civile democratico, sanciti proprio dalla Carta costituzionale, creando le condizioni per un dilemma apparentemente irrisolvibile. In questo contesto, la mancata chiarezza della Cassazione non aiuta.

Gli argomenti a supporto del rigore e del lassismo muovono in entrambi i casi da ragioni tutto sommato valide ed è perciò difficile, per l'interprete, trovare un punto di equilibrio soddisfacente, in grado di soddisfare le legittime pretese che spingono, da un lato, per una maggiore criminalizzazione del fenomeno e, dall'altro, per il rigoroso rispetto dei principi di un Penale autenticamente liberale.

Questi sono problemi con cui il penalista, fra l'incudine e il martello, deve fare i conti quando affronta l'ostico tema dei reati di opinione nel loro complesso, rispetto ai quali spesso e volentieri i piani di analisi si sovrappongono e i rischi di anteporre le proprie concezioni personali al ragionamento scientifico-giuridico divengono realtà concreta.

Con riferimento a tali fattispecie di reato il contesto è parzialmente differente rispetto al passato e, in quanto a legittimazione della categoria, i punti interrogativi sono forse oggi più di quanti fossero ieri. Se, difatti, la tradizione aveva abituato l'interprete a doversi occupare di reati di opinione posti a tutela del potere politico *a discapito* degli individui e dei loro diritti fondamentali, determinando con ciò la facile alzata di scudi contro ciò che era ritenuto un residuo di regimi passati, negli ultimi decenni il paradigma è profondamente mutato poiché il baricentro si è spostato da beni sovraindividuali ideologicamente connotati, a interessi personalissimi, potenzialmente ledibili anche da mere manifestazioni del pensiero, ciò che ha spinto e spinge il legislatore a "confezionare" sartorialmente nuovi reati di opinione in una (ormai non più) inedita prospettiva di *tutela* dei singoli. Questo processo è stato favorito anche da una diversa ermeneutica della Carta costituzionale, non più mero «*limite* all'adozione dei consueti schemi dei reati di opinione, ma [...] *fattore* di una loro rigenerazione»⁵⁷, e ha determinato – con finalità di per sé indiscutibilmente meritorie (non lo si mette in dubbio) – da un lato la codificazione di nuovi beni giuridici penalmente rilevanti del tutto immateriali ma utili a specifiche esigenze di tutela, come ad esempio l'uguaglianza, dall'altro un rispetto più blando dei principi penali in nome di interessi superiori, come visto proprio in queste pagine in punto di anticipazione dell'intervento penale, mediante l'accettazione di mere presunzioni di pericolo, nell'ambito della normativa antidiscriminazione.

Questo cambio di approccio si riverbera inevitabilmente sul settore classico delle incriminazioni del dissenso, quello politico, e apre prospettive nuove di riflessione sul tema.

Posto che sul piano ideale i reati di opinione dovrebbero far storcere il naso *sempre* ed *in ogni caso* e che gli anticorpi per contrastare le opinioni più discutibili, più feroci, più politicamente ripugnanti, non dovrebbero abitare il codice penale (o non solo) ma altri contesti sociali, e altresì considerato che quello ideale non è il mondo in cui siamo tenuti a vivere, bisogna prendere atto del fatto che i reati di opinione esistono, sono più di qualcuno e, per quanto come categoria di reati piaccia meno di altre, non pare realistico un loro superamento. Il piano del reale non ci pone dunque dinnanzi il problema del *se*, ma del *come* affrontarli.

E su come approcciarsi a saluto romano *et similia* mi sembra che la dottrina più autorevole abbia posto delle buone basi. Innanzitutto, come anticipato *supra*, potrebbe essere davvero opportuna la ricerca di un nuovo bene giuridico tutelato nei sensi di una tutela che vada oltre al (praticamente mai verificabile) sovvertimento dell'ordinamento giuridico costituzionale democratico e che ricomprenda, piuttosto, la legittima tutela della memorialistica costituzionale

⁵⁷ NOTARO D., *Cattivi pensieri e diritto penale*, cit., p. 627.

e delle sensibilità ad essa più legate, sperando rimangano per lungo tempo ancora condivise da buona parte della popolazione. Far leva, *cum grano salis*, sulla tutela dell'identità repubblicana – peraltro non troppo dissimile, a mio avviso, da altri beni già considerati dall'ordinamento e tuttora presenti nel codice penale fra le innumerevoli declinazioni del bene giuridico *personalità dello Stato* (onore, prestigio, etc.), su cui urgerebbe parimenti una riflessione – consentirebbe inoltre di superare l'annoso e infinito dibattito sulla concreta possibilità di ricostituzione del partito fascista, che tanto impegna storici, politologi, giuristi e cui è strettamente connesso il delitto di cui all'art. 5 legge Scelba, e permetterebbe, chissà, di ridare centralità ad una narrazione messa sempre più in discussione non solo da frange isolate di nostalgici, ma anche – sebbene in modo meno rozzo e giuridicamente più cauto – da alte sfere della politica nazionale, com'è ben noto.

L'altro aspetto su cui è opportuno porre brevemente l'attenzione è l'elemento del pericolo, completamente snaturato rispetto alla volontà originaria del legislatore per mano della giurisprudenza costituzionale e di legittimità.

Ho già scritto come la verifica del pericolo concreto di ricostituzione del partito fascista costituisca una *probatio diabolica* e condanni le norme in materia di neofascismo all'obsolescenza: il punto è, allora, decidere se abbandonare *in toto* la legge Scelba, apparentemente priva di una qualsiasi ragion d'essere nelle così diverse circostanze storico-politiche contemporanee, oppure mantenerla in vita (come peraltro fatto dalle sezioni unite) rendendola però effettiva e in grado di sanzionare i fatti che si prefigge di sanzionare. *Tertium non datur*.

La "riscoperta" del pericolo astratto, facente leva sulla pubblicità della condotta come richiesto dalla fattispecie in esame, avrebbe il pregio (seppur forse prevalentemente simbolico) di riportare in primo piano la normativa antifascista invece di quella antidiscriminatoria che, per quanto relativa a beni giuridici importantissimi, non ha come riferimento necessario certi contesti, certe ideologie e certe manifestazioni. Consentirebbe inoltre di limitare il ripiego sulla legge Mancino e contrasterebbe l'idea per cui la manifestazione neofascista priva di un connotato ideologico discriminatorio possa o debba andare esente da sanzione penale, come apparentemente parrebbe risultare da certa giurisprudenza in argomento. In poche parole: permetterebbe di sanzionare con maggiore facilità condotte criminose che attualmente vanno con fatica incontro a conseguenze penali.

Tale cambio di prospettiva presta il fianco alle note critiche sul ricorso alla presunzione di pericolo, me ne rendo conto, ma tali rilievi mi paiono facilmente aggirabili alla luce delle considerazioni delle sezioni unite medesime che, nella sentenza in commento, di fatto sfumano la differenza tra le due tipologie di pericolo: il principio di offensività *ex art. 25 Cost.*, escludendo presunzioni assolute di responsabilità penale, permette pur sempre, anche in presenza di valutazioni

legislative *ex ante* di pericolosità della condotta, la dimostrazione del contrario. La distinzione è, pertanto, «evanescente»⁵⁸.

Volendo concludere, purtroppo necessariamente in brevità, *de iure condito* va preso atto di quanto il legislatore penale faccia ancora affidamento su reati di opinione che, sparsi qua e là, puntellano il sistema. In questa cornice, la presenza di delitti che incriminano le manifestazioni neofasciste non dovrebbe far gridare allo scandalo, considerate le motivazioni politico-ideologiche che ne giustificano la presenza nell'ordinamento, su cui tanto ci si è soffermati in dottrina, e rilevata la rilegittimazione di certi fenomeni, i quali costituiscono una «condizione permanente di rischio involutivo della democrazia [che] come tale, non può essere accettata»⁵⁹: elemento quest'ultimo che, a mio avviso, legittima ancora una risposta forte dell'ordinamento penale, il quale dovrebbe però essere messo nelle condizioni di poter essere applicato e non depotenziato da esercizi retorici che ne determinano una sostanziale abrogazione.

Certo l'*optimum* sarebbe l'eliminazione dei reati di opinione *tout court* e il congedo dalla categoria, così relegata ai manuali di storia del diritto – e in un'opera di seria depenalizzazione potrebbe aver senso inserire anche le manifestazioni neonaziste (o limitarne l'applicazione, come peraltro accade ora). Ma finché siamo circondati di fattispecie ben più discutibili di quelle contenute nelle leggi Scelba o Mancino, finché accettiamo che determinate opinioni continuino ad essere penalmente rilevanti, allora va contrastata con forza anche e soprattutto la proliferazione di manifestazioni neofasciste e apologetiche del fascismo storico. Perché, se è vero che non saranno «le fattispecie incriminatrici in discussione a proteggerci dai rigurgiti di neo-fascismo nostalgico che fanno qua e là capolino nelle cronache recenti [...] un limite, anche penalistico, alle loro manifestazioni nell'arena pubblica forse è preferibile mantenerlo, anche se dovesse esprimersi prevalentemente sul piano espressivo-simbolico»⁶⁰.

De iure condendo, però, sarebbe il caso di prendere atto che, in una realtà profondamente complessa come quella attuale, «anche il diritto penale, e l'impostazione stessa del problema della meritevolezza e del bisogno di pena rispetto a forme di manifestazione del pensiero, abbisognano forse di inedite prospettive e soluzioni»⁶¹, le quali devono essere ricercate e trovate dagli interpreti, nella consapevolezza che una *reductio ad unum*, in casi del genere, è forse fuori dal perimetro del penalista. In quest'ottica rinnovatrice mi pare che le prospettive

⁵⁸ Cass. pen., S.U., cit., par. 6.2.4 del *Considerato in diritto*.

⁵⁹ RISICATO L., *Le Sezioni Unite e il "saluto romano"*, cit., p. 530.

⁶⁰ VISCONTI C., *Le sezioni unite alle prese con il "saluto romano"*, cit., c. 510.

⁶¹ SPENA A., VALLINI A., *op. cit.*, p. 257.

avanzate dalla più autorevole dottrina, tanto in punto di modifica del bene giuridico coinvolto quanto in punto di ritorno al pericolo come originariamente previsto dal legislatore, possano essere dei primi passi interessanti per arricchire la discussione che, com'era chiaro sin dall'inizio, dovrà ancora attendere parecchio tempo prima di veder scritta la parola fine.

GIACOMO GALLO

Dottorando di ricerca in Diritto penale nell'Università di Trento

L'organizzazione dei musei nazionali: la promozione dell'*accountability* attraverso il ruolo dei Direttori*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'assetto organizzativo dei musei e il ruolo centrale dei Direttori. – 3. Il contenzioso derivato dalla nomina di alcuni direttori museali sprovvisti di cittadinanza italiana. – 3.1. Le prime decisioni del Tar Lazio e della Sesta Sezione del Consiglio di Stato (maggio-luglio 2017). – 3.2. Fasi controverse dinanzi al Consiglio di Stato (febbraio 2018). – 3.3. La decisione finale dell'Adunanza Plenaria (giugno 2018). – 4. Una governance dei musei improntata all'*accountability*.

1. *Premessa*

La ricerca degli aspetti relativi al tema dell'*accountability* nei musei nazionali italiani richiede una ricostruzione basata sugli elementi riconducibili all'argomento, nel contesto del diritto e dell'organizzazione dei musei statali. In particolare, conviene prendere in considerazione la figura dei Direttori e le loro competenze, che prevedono diversi profili di responsabilità, e ripercorrere le fasi del contenzioso (2017-2018) derivato dalla nomina di alcuni direttori non italiani, al fine di inquadrarne ulteriormente il ruolo e le funzioni¹.

* Questa ricerca è stata condotta nell'ambito delle attività di ricerca PNRR del Consorzio iNEST (Interconnected Nord-Est Innovation Ecosystem) finanziato dall'Unione Europea Next-GenerationEU (Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) - Missione 4 Componente 2, Investimento 1.5 D.D. 1058 23/06/2022, ECS_00000043 - CUP G23C22001130006). Il presente contributo riflette solo il punto di vista e le opinioni dell'Autore, né l'Unione Europea né la Commissione Europea possono essere considerate responsabili.

¹ Le significative novità organizzative, introdotte nel 2014, sono il risultato della riforma dei musei iniziata dal ministro dei Beni e delle Attività Culturali e del Turismo Dario Franceschini. Con il d.m. 21 febbraio 2018 è stato avviato il progetto per il Sistema museale nazionale coordinato dalla Direzione generale Musei, che mira alla messa in rete dei musei e dei luoghi della cultura italiani. È opportuno ricordare che gli argomenti della responsabilità e della direzione museale sono stati maggiormente

I musei sono da sempre considerati luoghi delegati alla conservazione e allo studio del patrimonio culturale. In Italia si sono tradizionalmente evidenziati gli aspetti legati alla funzione di tutela e di ricerca tecnico-scientifica. Solo a partire dalla seconda metà del Novecento si è cominciato a dare importanza anche alla funzione di valorizzazione e, come conseguenza, ne sono derivati l'elaborazione di normative specifiche per i musei e l'interesse della disciplina giuridica, gradualmente aumentato nel corso degli anni².

In una realtà in cambiamento, è importante che il personale, di ogni ordine e grado, possieda competenze adeguate per svolgere al meglio le proprie funzioni, in modo particolare i Direttori. La riforma dei musei statali, con la definizione precisa dei loro compiti, ha così identificato i coordinatori responsabili delle decisioni, che rispondono in prima persona delle attività che si svolgono nell'istituto³.

2. L'assetto organizzativo dei musei e il ruolo centrale dei Direttori

Il d.p.c.m. 29 agosto 2014, n. 171, relativo alla riforma del Ministero dei Beni e delle Attività culturali e del Turismo (Mibact), ha introdotto la Direzione generale Musei e ha disciplinato l'organizzazione dei musei statali. In base all'art. 31, sono organi periferici del Ministero i musei e i Poli museali regionali (oggi Direzioni regionali Musei nazionali)⁴.

affrontati negli ambiti della museologia, della gestione dei beni culturali e dell'economia della cultura. In tal senso alcuni lavori sistematici sono quelli di SIBILIO PARRI B. (a cura di), *Responsabilità e performance nei musei*, Milano, Franco Angeli, 2007, TOBELEM J.-M., *Le nouvel âge des musées. Les institutions culturelles au défi de la gestion*, Paris, Armand Colin, 2010, e ID., *La gestion des institutions culturelles. Musées, patrimoine, centres d'art*, Malakoff, Armand Colin, 2017.

² Cfr. FORTE P., *I nuovi musei statali: un primo passo nella giusta direzione*, in *Aedon. Rivista di arti e diritto on line*, 1, 2015, pp. 0-0, e CASINI L., *Ereditare il futuro. Dilemmi sul patrimonio culturale*, Bologna, il Mulino, 2016, pp. 173-192. Per un inquadramento generale sul piano giuridico, v. MORBIDELLI G., CERRINA FERONI G. (a cura di), *I musei. Discipline, gestioni, prospettive*, Torino, Giappichelli, 2010, FERRARA L., LUCARELLI A., SAVY D. (a cura di), *Il governo dei musei tra Costituzione, funzione sociale e mercato*, Napoli, Editoriale scientifica, 2017, e CERRINA FERONI G., TORRICELLI S. (a cura di), *Il regime giuridico dei musei. Profili comparati*, Bologna, il Mulino, 2021.

³ Cfr. CASINI L., *Valorizzazione e gestione*, in BARBATI C., CAMMELLI M., CASINI L., PIPERATA G., SCIULLO G., *Diritto del patrimonio culturale*, Bologna, il Mulino, 2019, pp. 216-220.

⁴ A partire dal 2014, la struttura dei musei statali è stata aggiornata più volte. Da ultimo, il d.p.c.m. 15 marzo 2024, n. 57, contenente il nuovo Regolamento di organizzazione del Ministero della Cultura, ha introdotto il Dipartimento per la

Attraverso la riforma è aumentata la considerazione dei musei, non più ritenuti solo oggetti, ma elevati al grado di istituti, come confermato dall'art. 35 che riprende la definizione dell'*International Council of Museums* (ICOM), uniformando l'ordinamento italiano alle concezioni museali internazionali contemporanee: «I musei sono istituzioni permanenti, senza scopo di lucro, al servizio della società e del suo sviluppo. Sono aperti al pubblico e compiono ricerche che riguardano le testimonianze materiali e immateriali dell'umanità e del suo ambiente; le acquisiscono, le conservano, le comunicano e le espongono a fini di studio, educazione e diletto»⁵.

L'art. 30, comma 3, riconosce ad alcuni istituti e musei di rilevante interesse nazionale un'autonomia speciale, scientifica, finanziaria, contabile e organizzativa, pur sotto la vigilanza delle Direzioni generali Musei e Bilancio. L'organizzazione e il funzionamento dei musei statali dotati di tale autonomia sono disciplinati dal d.m. 23 dicembre 2014, che ne specifica il ruolo e la missione di servizio pubblico⁶.

L'art. 1, comma 2, insiste sulla loro missione, disponendo che «in attuazione dell'art. 9 della Costituzione, l'attività dei musei statali è diretta alla tutela del patrimonio culturale e alla promozione dello sviluppo della cultura e della ricerca scientifica e tecnica. Essa è ispirata ai principi di imparzialità, buon andamento, trasparenza, pubblicità e responsabilità di rendiconto (*accountability*)».

valorizzazione del patrimonio culturale, che comprende, come articolazioni organizzative, la Direzione generale Musei, i parchi archeologici e i musei, dotati di autonomia speciale di livello dirigenziale generale. Per la ricostruzione delle linee principali sulla riforma museale italiana si vedano gli scritti di CASINI L., *Il "nuovo" statuto giuridico dei musei italiani*, in *Aedon. Rivista di arti e diritto on line*, 3, 2014, pp. 0-0, TIMO M., *La disciplina dei beni culturali. Tendenze attuali ed aspetti problematici*, Ospedaletto, Pacini giuridica, 2017, pp. 239-247, e CASINI L., *Le metamorfosi del ministero della Cultura e le incongruenze dell'organizzazione amministrativa*, in *Aedon. Rivista di arti e diritto on line*, 2, 2024, pp. 105-109.

⁵ In argomento JALLA D., *Il museo contemporaneo. Introduzione al nuovo sistema museale italiano*, Torino, UTET, 2000, e MONTELLA M., *Musei e beni culturali. Verso un modello di governance*, Milano, Mondadori Electa, 2005.

⁶ Una delle più importanti novità introdotte con la riforma del 2014 è stata la concessione di un'autonomia speciale ad alcuni musei, di rilevante interesse nazionale. L'art. 30, comma 3, del d.p.c.m. 171/2014 ha riconosciuto tale autonomia a 18 strutture e, nello stesso anno, il d.m. del 27 novembre ha previsto la possibilità di attribuirle ad altri 2 istituti, con l'intenzione di aumentarne ancora il numero, come si è puntualmente verificato. Infatti, il numero delle strutture dotate di autonomia speciale non è tassativo, ma soggetto a variazioni (cfr. BARBATI C., *Organizzazione e soggetti*, in BARBATI C., CAMMELLI M., CASINI L., PIPERATA G., SCIULLO G., *Diritto del patrimonio culturale*, cit., p. 123).

L'art. 4 dello stesso decreto prevede che nell'amministrazione dei musei statali sia assicurata la presenza di alcune aree funzionali, assegnate a una o più unità di personale responsabile, come: la direzione; la cura e la gestione delle collezioni, lo studio, la didattica e la ricerca; il marketing, il *fundraising*, i servizi e i rapporti con il pubblico, le pubbliche relazioni; l'amministrazione, le finanze e la gestione delle risorse umane; le strutture, gli allestimenti e la sicurezza.

Ciò risponde a una precisa organizzazione amministrativa, finanziaria, gestionale e delle relazioni pubbliche. Infatti, all'interno delle strutture museali di solito lavorano molteplici figure professionali. C'è il responsabile amministrativo e finanziario, posto a capo della gestione economica del museo e del personale, con compiti di organizzazione generale, assunzioni, trattamento giuridico ed economico. C'è il responsabile del personale che organizza le riunioni, predispone documenti e contratti, redige lettere, compila i documenti contabili relativi ai dipendenti. I responsabili dell'ufficio stampa e relazioni pubbliche hanno la funzione di valorizzare il museo, facendo conoscere e apprezzare le sue attività in Italia e all'estero attraverso diversi mezzi di comunicazione, tradizionali e digitali. Può esserci anche un responsabile del marketing e del *fundraising* che svolge attività finalizzate soprattutto a reperire finanziatori privati, progettando e gestendo le iniziative per attrarre il pubblico, contribuendo al finanziamento del museo, ad esempio attraverso la vendita di oggetti legati allo stesso o tramite l'ideazione di eventi culturali. Ci possono essere responsabili dei social e del sito web istituzionale che, oltre ad assolvere gli obblighi della c.d. amministrazione trasparente, può anche essere impiegato per offrire le più diverse informazioni al pubblico e per far conoscere il museo in ambito nazionale e internazionale⁷.

È anche possibile prevedere ulteriori figure professionali come quella del curatore delle collezioni, del responsabile dei servizi educativi, del responsabile della sicurezza e del personale addetto ai servizi di vigilanza e accoglienza⁸.

⁷ Cfr. DE PAOLIS M., *Innovative forme di strutture museali per la valorizzazione e fruizione dei beni culturali*, in *Azienditalia*, 7, 2024, p. 944.

⁸ Ove necessario, queste funzioni possono essere svolte dal Direttore del museo. Si potrebbe, inoltre, prevedere la figura del segretario amministrativo, sulla base di un'applicazione analogica della disposizione di cui all'art. 10, comma 2-*bis*, del d.m. 23 dicembre 2014, che attribuisce al Direttore dei musei dotati di autonomia speciale la facoltà di nominare un segretario amministrativo. Si potrebbero, altresì, contemplare figure già individuate dalla normativa vigente e funzionali alla costruzione dell'articolazione della struttura, come ad esempio i responsabili delle aree o degli ipotetici dipartimenti (cfr. *Vademecum per i direttori dei Poli Museali e degli Istituti dotati di autonomia speciale*, predisposto dalla Direzione generale Musei nel 2018, pp. 13-14 (<http://musei.beniculturali.it/wp-content/uploads/2020/01/Vademecum-per-i-direttori-dei-Poli-museali-e-dei-Musei-autonomi-Direzione-generale-Musei.pdf>)).

La responsabilizzazione dei musei secondo *accountability*, cioè in termini di riferibilità delle scelte ai decisori in base a obiettivi di gestione predeterminati e secondo standard condivisi, è uno degli aspetti principali della nuova visione imprenditoriale del museo e assume particolare importanza nell'assetto decisionale dei musei autonomi⁹.

Nel d.m. 23 dicembre 2014 vengono definiti gli organi del museo, cioè il Direttore, il Consiglio di amministrazione, il Comitato scientifico e il Collegio dei revisori dei conti.

Un ruolo centrale spetta al Direttore, custode e interprete dell'identità e della missione del museo nel rispetto degli indirizzi del Ministero; responsabile della gestione dell'istituto, dell'attuazione e dello sviluppo del suo progetto culturale e scientifico, secondo quanto stabilito dall'art. 4, comma 2. Il Direttore è il legale rappresentante dell'ente verso l'esterno e il referente del Ministero; predispone lo statuto, stabilisce il piano delle tariffe in conformità alla normativa vigente, elabora i programmi delle attività annuali e pluriennali, stipula i contratti. La sua figura di coordinatore richiede professionalità gestionali ulteriori rispetto alle competenze tecnico-scientifiche, come conoscenze e abilità multidisciplinari di tipo giuridico, economico e comunicativo¹⁰.

In particolare, secondo l'art. 35, comma 4, del d.p.c.m. 171/2014, il Direttore programma, indirizza, coordina e monitora tutte le attività di gestione del museo, inclusa l'organizzazione di mostre ed esposizioni, nonché di studio, valorizzazione, comunicazione e promozione del patrimonio museale; cura il progetto culturale del museo, facendone un luogo inclusivo, capace di promuovere lo sviluppo della cultura; stabilisce, nel rispetto delle linee guida, l'importo dei biglietti di ingresso e l'orario di apertura, in modo da garantire la più ampia fruizione; predispone elevati standard qualitativi nella gestione e nella comunicazione, nell'innovazione didattica e tecnologica; assicura una stretta relazione con il territorio, anche al fine di incrementare la collezione museale con nuove acquisizioni; autorizza il prestito dei beni culturali delle collezioni di propria competenza per mostre o esposizioni sul territorio nazionale o all'estero; dispo-

⁹ Cfr. PANGALLOZZI M.C., *L'istituzione museale: effetti e prospettive di una conquistata autonomia*, in *Aedon. Rivista di arti e diritto on line*, 1, 2019, p. 34. In tema di 'museo-impresa', v. anche BARBATI C., *L'impresa museale: la prospettiva giuridica*, in *Aedon. Rivista di arti e diritto on line*, 1, 2010, pp. 0-0, e BAIA CURIONI S., *A proposito di Grande Brera*, ivi, 3, 2012, pp. 0-0.

¹⁰ Cfr. PANGALLOZZI M.C., *L'istituzione museale*, cit., p. 34, e il *Vademecum per i direttori dei Poli Museali*, cit., pp. 6-7. Il *Vademecum* si propone quale strumento di semplificazione amministrativa e di uniformità della prassi gestionale prevalente a supporto dei Direttori dei musei, per promuovere un'articolazione del lavoro più snella e omogenea degli aspetti giuridici e contabili.

ne l'affidamento diretto o in concessione delle attività e dei servizi pubblici di valorizzazione del museo; coadiuva la Direzione generale Bilancio e la Direzione generale Musei nel favorire l'elargizione di erogazioni liberali da parte dei privati a sostegno della cultura; svolge attività di ricerca, i cui risultati rende pubblici, anche in via telematica; propone alla Direzione generale Educazione e Ricerca iniziative di divulgazione, educazione, formazione e ricerca; collabora alle attività formative coordinate e autorizzate dalla Direzione generale Educazione e Ricerca, anche ospitando attività di tirocinio; svolge le funzioni di stazione appaltante¹¹.

Ai Direttori è riconosciuta la possibilità non solo di amministrare e controllare i beni dati loro in consegna, ma anche di eseguire sugli stessi i relativi interventi conservativi (art. 7, comma 1, del d.m. 23 gennaio 2016, n. 44). Aumenta così l'autonomia dei Direttori che possono svolgere non solo attività di valorizzazione, ma anche di tutela sulle collezioni, senza l'autorizzazione del Soprintendente, al quale compete, in base all'art. 4, comma 1, lett. b), del d.m. 2016/44, autorizzare «l'esecuzione di opere e lavori di qualunque genere sui beni culturali, fatta eccezione per quelli mobili assegnati ai poli museali regionali e agli istituti dotati di autonomia speciale»¹².

Insieme al Direttore, la gestione del museo spetta al Consiglio di amministrazione, che rappresenta la sede in cui viene assunta la maggior parte delle scelte che impegnano l'istituto verso l'esterno. In base all'art. 11, comma 1, del d.m. 23 dicembre 2014, il Consiglio determina e programma le linee di ricerca e gli indirizzi tecnici dell'attività del museo, in coerenza con le direttive e gli altri atti di indirizzo del Ministero; adotta lo statuto del museo e le relative modifiche, con il parere positivo del Comitato scientifico e del Collegio dei revisori dei conti; approva la carta dei servizi e il programma di attività del museo, dopo aver verificato la compatibilità finanziaria; approva il bilancio di previsione e il conto

¹¹ Per maggiori informazioni si possono vedere CASINI L., *Ereditare il futuro*, cit., pp. 173-192, e BARBATI C., *Organizzazione e soggetti*, cit., pp. 125-126.

¹² Per comprendere meglio il ruolo e i compiti del Direttore di un museo, l'analisi deve essere estesa al tema della dirigenza pubblica e dell'amministrazione del patrimonio culturale. Informazioni in proposito si possono trovare in: CLARICH M., *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, il Mulino, 2017, pp. 408-413; ZOPPOLI A., MONDA P., *Gli incarichi dirigenziali: conferimento, rinnovo e revoca*, in AMOROSO G., DI CERBO V., FIORILLO L., MARESCA A. (a cura di), *Il lavoro pubblico*, Milano, Giuffrè Francis & Taylor, 2019, pp. 973-984; MANCINI S., *Dirigenza pubblica: incarichi e tutele*, in *Lavoro e previdenza oggi*, 1-2, 2021, p. 111; RICCI G., *Il conferimento dell'incarico di direttore di museo: devoluzione della controversia al giudice ordinario e ipotesi sulle tutele accordabili all'aspirante ingiustamente pretermesso*, in *Aedon. Rivista di arti e diritto online*, 2, 2021, pp. 76-81.

consuntivo; approva le modalità di verifica dei servizi dati in concessione e si esprime su ogni altra questione, proposta dal Direttore del museo¹³.

3. *Il contenzioso derivato dalla nomina di alcuni direttori museali sprovvisti di cittadinanza italiana*

Può essere ora utile ripercorrere la controversia giurisprudenziale svoltasi tra il 2017 e il 2018, relativa alla selezione dei direttori dei musei statali, per aumentare la conoscenza del loro ruolo, dei relativi compiti e responsabilità¹⁴.

Al termine del percorso di riforma dei musei del 2014, il Ministero dei Beni e delle Attività culturali ha avviato una procedura per il conferimento del titolo di Direttore dei 20 principali musei statali. Con decreto ministeriale del 19 febbraio 2015 è stata nominata la commissione di valutazione per scegliere i candidati fra le oltre 1200 richieste, il 10 per cento delle quali pervenute da stranieri e, nell'agosto dello stesso anno, si sono conclusi i lavori di selezione internazionale che hanno portato alla scelta dei vincitori¹⁵. Nelle terne indicate dalla commis-

¹³ PANGALLOZZI M.C., *L'istituzione museale*, cit., p. 34.

¹⁴ Sull'argomento si possono vedere CASINI L., *Ereditare il futuro*, cit., p. 184, LUCIANI V., *La nomina di cittadini "comunitari" alla direzione di musei italiani: il dialogo intermittente tra giurisprudenza amministrativa e giurisprudenza comunitaria*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 1, 2018, pp. 295-306, e SACCHI L., *La selezione della dirigenza per il governo e l'amministrazione del patrimonio culturale*, in *Aedon. Rivista di arti e diritto on line*, 1, 2019, pp. 39-48. Per quanto riguarda le modalità di conferimento dell'incarico di Direttore, si deve tener conto delle disposizioni dell'art. 30, comma 6, del d.p.c.m. 171/2014. Per i musei-uffici dirigenziali provvisti di autonomia speciale, è previsto che l'incarico venga assegnato secondo le modalità stabilite dall'art. 14, comma 2-bis, del d.l. 31 maggio 2014, n. 83, convertito dalla l. 29 luglio 2014, n. 106, «con procedure di selezione pubblica, per una durata da tre a cinque anni, a persone di particolare e comprovata qualificazione professionale, in materia di tutela e valorizzazione dei beni culturali e in possesso di una documentata esperienza di elevato livello nella gestione di istituti e luoghi della cultura», cioè a personale che può essere anche estraneo all'amministrazione ministeriale e che può essere scelto in ambito internazionale. L'incarico di Direttore dei musei di livello dirigenziale generale è conferito con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro competente. Per i musei di livello dirigenziale non generale, gli incarichi sono conferiti dal Direttore generale Musei (v. anche CASINI L., *Ereditare il futuro*, cit., p. 184, e RICCI G., *Il conferimento dell'incarico di direttore di museo*, cit., p. 77).

¹⁵ La commissione di valutazione era composta da: Paolo Baratta, presidente della Fondazione La Biennale di Venezia, in qualità di presidente; Lorenzo Casini, professore di diritto amministrativo ed esperto di legislazione del patrimonio culturale; Claudia Ferrazzi, segretario generale dell'Accademia di Francia-Villa Medici di Roma, già vice

sione per ciascun museo, il ministro Dario Franceschini ha scelto i direttori dei 7 musei di prima fascia (uffici di livello dirigenziale generale), mentre il direttore generale Musei Ugo Soragni ha scelto i direttori dei 13 musei di seconda fascia (uffici di livello dirigenziale non generale). Fra questi, 7 erano stranieri, tutti cittadini dell'Unione Europea (3 tedeschi, 2 austriaci, 1 anglo-canadese e 1 francese), 4 erano italiani rientrati dall'estero. Per quanto riguarda le professioni, 14 erano storici dell'arte, 4 archeologi, 1 museologo-manager e 1 manager culturale.

Relativamente alla selezione pubblica per i direttori, le contestazioni sono state diverse. Alcuni si sono chiesti perché procedere alle nomine, dal momento che la riforma non era ancora completamente avviata. Altri contestavano il fatto che fosse stato il ministro a scegliere i direttori dei musei dotati di autonomia speciale e non direttamente la commissione di valutazione. Infine, le maggiori perplessità si sono concentrate sull'assegnazione degli incarichi a 7 stranieri, invece di privilegiare esperti italiani¹⁶.

Da questa critica marcata è derivata una complessa vicenda processuale sulla legittimità di attribuire l'incarico di Direttore di un museo statale a un cittadino non italiano, benché europeo.

amministratore generale del *Musée du Louvre*; Luca Giuliani, rettore del *Wissenschaftskolleg* di Berlino; Nicholas Penny, storico dell'arte e direttore della *National Gallery* di Londra (cfr. <https://cultura.gov.it/comunicato/musei-selezione-per-direttori-pervenute-piu-di-1200-domande>). I vincitori della selezione sono stati: Anna Coliva per la Galleria Borghese di Roma; Eike Schmidt per le Gallerie degli Uffizi di Firenze; Cristiana Collu per la Galleria Nazionale d'Arte moderna e Contemporanea di Roma; Paola Marini per le Gallerie dell'Accademia di Venezia; Sylvain Bellenger per il Museo di Capodimonte; James Bradburne per la Pinacoteca di Brera di Milano; Mauro Felicori per la Reggia di Caserta; Cecilie Höllberg per la Galleria dell'Accademia di Firenze; Martina Bagnoli per le Gallerie Estensi di Modena; Flaminia Gennari Santori per le Gallerie Nazionali d'Arte antica di Roma; Peter Aufreiter per la Galleria Nazionale delle Marche di Urbino; Marco Pierini per la Galleria Nazionale dell'Umbria di Perugia; Paola D'Agostino per il Museo Nazionale del Bargello di Firenze; Paolo Giulierini per il Museo Archeologico Nazionale di Napoli; Carmelo Malacrino per il Museo Archeologico Nazionale di Reggio Calabria; Eva Degl'Innocenti per il Museo Archeologico Nazionale di Taranto; Gabriel Zuchtriegel per il Parco Archeologico di Paestum; Peter Assmann per il Palazzo Ducale di Mantova; Serena Bertolucci per il Palazzo Reale di Genova; Enrica Pagella per i Musei Reali di Torino (cfr. <https://www.rainews.it/archivio-rainews/articoli/Rivoluzione-Musei-scelti-20-nuovi-direttori-7-sono-stranieri-3533457a-4eae-4765-adff-2ab50cbbdbc2.html>).

¹⁶ Cfr. CASINI L., *Ereditare il futuro*, cit., p. 184.

3.1. *Le prime decisioni del Tar Lazio e della Sesta Sezione del Consiglio di Stato (maggio-luglio 2017)*

La controversia è sorta nel maggio 2017 quando il Tar per il Lazio ha accolto i ricorsi di alcuni partecipanti esclusi dalla selezione, che contestavano i vizi di forma del concorso e le modalità di reclutamento (criteri di valutazione dei titoli, trasparenza dei colloqui) e soprattutto l'apertura della competizione a cittadini non italiani.

I giudici di primo grado hanno annullato i bandi e le nomine di cinque direttori stranieri, sostenendo l'assenza, nell'ordinamento italiano, di norme che consentano l'assunzione di posizioni apicali nella pubblica amministrazione a dirigenti non italiani (cfr. Tar per il Lazio, sezione II-*quater*, sentenza 24 maggio 2017, n. 6170, e sentenza 24 maggio 2017, n. 6171)¹⁷.

Tuttavia, queste decisioni non tenevano conto della decennale giurisprudenza europea e della più recente giurisprudenza amministrativa sulla libera circolazione dei cittadini, che avevano ridimensionato il principio della "riserva di nazionalità" (art. 45, comma 4, T.F.U.E.) anche per i posti di vertice della pubblica amministrazione. A giugno 2017 è intervenuto il Consiglio di Stato che ha annullato le sentenze del Tar del Lazio, concedendo l'istanza di sospensiva presentata dal Ministero dei Beni culturali¹⁸.

A luglio dello stesso anno, il medesimo tribunale ha accolto gli appelli proposti dal Mibact, ritenendo legittima la procedura di selezione perché, anche se il diritto italiano non ammette la nomina di candidati stranieri alla carica di dirigenti pubblici, la normativa europea, che in questo caso è prevalente, la consente. In quella sede, sono decadute anche le altre censure, sulla valutazione e sulla trasparenza delle prove, prospettate dal Tar Lazio.

Nella stessa sentenza del 24 luglio 2017, n. 3666, la sesta sezione del Consiglio di Stato si è soffermata a considerare le funzioni che deve svolgere il Diretto-

¹⁷ I ricorsi hanno riguardato i direttori del Palazzo Ducale di Mantova, della Galleria Estense di Modena, dei Musei Nazionali Archeologici di Taranto, Reggio Calabria e Napoli. V. anche: Tar per il Lazio, sezione II-*quater*, sentenza 7 giugno 2017, n. 6719, relativa alla vicenda della nomina del direttore del Parco Archeologico del Colosseo. Pure questo sito, giuridicamente appena costituito, intendeva aprire al reclutamento internazionale e secondo il Tar ciò non era possibile. Cfr. AMOROSINO S., *Direttori "stranieri" dei Musei e Parco Archeologico del Colosseo*, in *Urbanistica e appalti*, 4, 2017, pp. 465-469, e MONACO M.P., *L'annullamento della nomina dei direttori dei musei: la vicenda processuale*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 4, 2017, pp. 500-507.

¹⁸ Cfr. SACCHI L., *La selezione della dirigenza per il governo e l'amministrazione del patrimonio culturale*, cit., p. 42.

re di un museo dotato di autonomia speciale, secondo le previsioni dell'art. 35, comma 4, del d.p.c.m. 171/2014¹⁹.

Secondo il giudice d'appello, l'attività posta in essere dal Direttore risulta «prevalentemente rivolta alla gestione economica e tecnica» dell'istituto, nonché «essenzialmente finalizzata» a una migliore utilizzazione e valorizzazione dei beni pubblici.

La decisione esclude che si possano ritenere «espressione di un potere pubblico» i compiti di cui alle lettere *a)*, *h)*, *l)*, *o)* del citato art. 35. In base a queste, il Direttore «programma, indirizza, coordina e monitora tutte le attività di gestione del museo, ivi inclusa l'organizzazione di mostre ed esposizioni, nonché di studio, valorizzazione, comunicazione e promozione del patrimonio museale» (lett. *a)*); «autorizza il prestito dei beni culturali delle collezioni di propria competenza per mostre od esposizioni sul territorio nazionale o all'estero» (lett. *h)*); «dispone, previa istruttoria delle Soprintendenze di settore e sulla base delle linee guida elaborate dal Direttore generale Musei, l'affidamento diretto o in concessione delle attività e dei servizi pubblici di valorizzazione del museo» (lett. *l)*); «svolge le funzioni di stazione appaltante» (lett. *o)*).

In proposito, la sentenza considera che le attività di programmazione, indirizzo e controllo riguardano «ambiti di rilevanza non autoritativa» nella gestione dell'istituto; che l'autorizzazione al prestito dei beni sarebbe sporadica e, pur in presenza di un atto amministrativo, si inserisce «nell'ambito di rapporti economici e tecnici»; che le attività di affidamento e di stazione appaltante, anch'esse marginali, riguardano la «gestione economica»²⁰.

In conclusione, la sentenza ritiene che l'attività di Direttore di museo statale non si può intendere riservata a cittadini italiani e che sono legittimi gli atti che hanno consentito la partecipazione di cittadini dell'Unione Europea e la loro nomina fra i vincitori.

3.2. Fasi controverse dinanzi al Consiglio di Stato (febbraio 2018)

A febbraio 2018, sempre la sesta sezione del Consiglio di Stato, è arrivata a conclusioni opposte (Consiglio di Stato, sezione VI, sentenza 2 febbraio 2018, n. 677), non trovando infondata la tesi sostenuta in primo grado. I magistrati

¹⁹ Cfr. anche Consiglio di Stato, sezione VI, sentenza 24 luglio 2017, n. 3665. Sulla vicenda si vedano poi GNES M., *L'apertura della direzione dei musei italiani ai cittadini europei*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 4, 2017, pp. 493-499, e ALBISINNI G., *I direttori dei musei: funzioni europee o solo domestiche?*, ivi, pp. 508-518.

²⁰ V. ancora SACCHI L., *La selezione della dirigenza per il governo e l'amministrazione del patrimonio culturale*, cit., p. 43.

hanno infatti ritenuto che non sia così pacifico che si possa aprire la dirigenza pubblica a professionalità straniere²¹.

Il Consiglio di Stato ha preso le mosse dal quadro normativo di riferimento, in relazione al rapporto sussistente fra le disposizioni generali sull'ammissione ai pubblici impieghi e le norme che disciplinano l'incarico di Direttore di un museo dello Stato.

Quanto alla legge ordinaria, i giudici ricordano che lo *status civitatis* è espressamente previsto, quale requisito per l'ammissione ai pubblici impieghi, dal regio decreto 25 giugno 1908, n. 290, e dal conseguente *Testo unico delle leggi sullo stato degli impiegati civili* del 22 novembre 1908, n. 693. La tradizionale regola della riserva ai cittadini dell'ammissione agli impieghi pubblici è stata poi ribadita dall'art. 2 del *Testo unico sul pubblico impiego*, approvato con il d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3.

Il Consiglio di Stato specifica, poi, che nella Costituzione il richiamo ai «cittadini» non ha riguardato l'ammissione al «pubblico impiego» in quanto tale, ma l'esercizio degli «uffici pubblici», le «cariche pubbliche» e le «funzioni pubbliche».

Con riferimento all'ammissione al «pubblico impiego», la tradizionale regola generale di rango legislativo è stata parzialmente modificata, in conseguenza dell'ingresso dello Stato italiano nell'Unione Europea, le cui norme hanno acquisito nell'ordinamento nazionale un rango superiore a quello delle leggi ordinarie (artt. 20, comma 1, e 45 del T.F.U.E.).

Va tuttavia rilevato che il diritto dell'Unione Europea esclude gli impieghi nella pubblica amministrazione dall'applicazione del principio della libera circolazione dei lavoratori. Questo proprio perché a coloro che svolgono funzioni pubbliche può essere richiesto uno spirito di identificazione e di appartenenza nei confronti dello Stato che solo un cittadino può avere. Si riconosce pertanto che gli Stati membri possano prevedere il requisito della nazionalità per l'accesso agli impieghi pubblici²².

In attuazione delle previsioni europee, l'art. 2, comma 1, n. 1, del d.p.c.m. 9 maggio 1994, n. 487, pur prevedendo il requisito della cittadinanza italiana come presupposto generale per l'accesso ai pubblici impieghi, ha aggiunto che «tale requisito non è richiesto per i soggetti appartenenti all'Unione Europea, fatte salve le eccezioni di cui al decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 7 febbraio 1994, n. 174». Nella stessa direzione si colloca la previsione dell'art.

²¹ V., ad esempio, GNES M., *Sul requisito della cittadinanza italiana per i direttori dei musei di interesse nazionale*, in *Il Quotidiano Giuridico*, 9 febbraio 2018, e ARENA A., *Status civitatis ed accesso alla dirigenza pubblica: alcune considerazioni in vista della pronuncia dell'Adunanza plenaria sui direttori dei musei*, in *Eurojus.it*, 12 febbraio 2018.

²² Cfr. CLARICH M., *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 395.

38, comma 1, del d.lgs. n. 165 del 2001, che riserva ai soli cittadini italiani i posti di lavoro presso le amministrazioni pubbliche che comportano l'esercizio diretto o indiretto di pubblici poteri, «ovvero non attengono alla tutela dell'interesse nazionale».

Nel caso specifico, il Consiglio di Stato ha ritenuto che tale regola possa trovare applicazione, in ragione della previsione di cui all'art. 14, comma 2-*bis*, del d.l. n. 83 del 2014, che individua i poli museali e gli istituti della cultura statali «di rilevante interesse nazionale che costituiscono uffici di livello dirigenziale», e in ragione della previsione di cui all'art. 34, comma 2, del d.p.c.m. n. 171 del 2014.

Diversamente dalla precedente sentenza n. 3666 del 24 luglio 2017, il collegio ha ritenuto possibile una differente interpretazione del quadro normativo. Infatti, l'art. 1, comma 1, lett. *a*), del regolamento emanato con d.p.c.m. n. 174 del 1994 richiede imprescindibilmente la cittadinanza italiana per il conferimento di incarichi di livello dirigenziale. Tale principio sarebbe applicabile al giudizio in questione, non ponendosi in evidente contrasto con la normativa dell'Unione Europea.

La conclusione risulta sorretta dall'esame della normativa vigente che, secondo il Consiglio di Stato, conferirebbe maggiore rilevanza ai poteri pubblici piuttosto che all'attività di gestione economica e tecnica. Da qui discende l'operatività dei principi elaborati dalla Corte di Giustizia che consentono di limitare ai soli cittadini gli incarichi che implicano l'esercizio diretto o indiretto di poteri pubblici, ovvero attengono alla tutela dell'interesse nazionale (art. 38 del d.lgs. n. 165/2001).

In ragione della diversa interpretazione e nella prospettiva di prevenire contrasti giurisprudenziali, il Consiglio di Stato ha rimesso la questione all'esame dell'Adunanza plenaria.

3.3. La decisione finale dell'Adunanza Plenaria (giugno 2018)

Nella sentenza n. 9 del 25 giugno 2018, i giudici dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato hanno richiamato le norme del T.F.U.E. sulla libera circolazione dei lavoratori e le norme nazionali riferite al requisito della cittadinanza per l'accesso al pubblico impiego, in particolare per gli incarichi di livello dirigenziale nelle amministrazioni statali²³.

Hanno poi rilevato che la c.d. riserva di nazionalità, prevista dall'art. 45, comma 4, del T.F.U.E., in quanto eccezione rispetto alla libertà fondamentale a cui

²³ Su questa decisione, v. GRECO G., *I direttori dei musei non sono titolari di veri e propri pubblici poteri*, in *Eurojus.it*, 4 luglio 2018; GRIECO C., *La sentenza del Consiglio di Stato sui direttori stranieri nei musei italiani*, in *Il Quotidiano Giuridico*, 23 luglio 2018; AMOROSINO S., *La conclusione della "telenovela" giurisdizionale sui direttori stranieri dei musei*, in *Urbanistica e appalti*, 4, 2018, pp. 441-443.

si riferisce, è sempre stata interpretata in senso restrittivo dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

In particolare, quest'ultima ha stabilito che le eventuali misure nazionali, volte ad affermare la "riserva di nazionalità" devono essere limitate a «quanto strettamente necessario» a salvaguardare gli interessi sottesi all'adozione di tale misura²⁴. Un consolidato orientamento della Corte di Giustizia ha altresì chiarito che gli Stati membri possono legittimamente invocare la riserva di nazionalità per i soli impieghi nell'amministrazione pubblica «che hanno un rapporto con attività specifiche della pubblica amministrazione in quanto incaricata dell'esercizio dei pubblici poteri e responsabile della tutela degli interessi generali dello Stato»²⁵. I criteri in questione sono stati richiamati dalla Commissione Europea nella Comunicazione interpretativa intitolata *Libera circolazione dei lavoratori – realizzarne pienamente i vantaggi e le potenzialità*²⁶.

La riserva di nazionalità sarebbe, quindi, applicabile in relazione a figure connotate da una «partecipazione diretta e specifica all'esercizio di pubblici poteri». Attività, quest'ultima, che dovrebbe risultare prevalente in relazione al complesso delle funzioni e dei compiti demandati.

A giudizio dell'Adunanza plenaria, i Direttori dei musei non sono riconducibili a queste categorie, non presentando un carattere di apicalità nell'amministrazione statale e non esercitando «funzioni di vertice amministrativo» di prevalente stampo pubblicistico e autoritativo.

Inoltre, secondo i giudici, non risulta giustificata la tesi per la quale tutte le posizioni dirigenziali dell'amministrazione statale, a prescindere dai compiti in concreto esercitati, sarebbero qualificabili in termini di apicalità, implicando l'esercizio prevalente di funzioni di stampo autoritativo.

Tali considerazioni valgono anche per le funzioni e per i compiti demandati ai Direttori degli istituti e dei musei di rilevante interesse nazionale. La loro elencazione, al comma 4 dell'art. 35 del d.p.c.m. 171/2014, non giustifica né la qualificazione in termini di apicalità, né l'affermazione secondo la quale i musei sarebbero complessi deputati, in via prevalente o esclusiva, a esprimere «il potere esecutivo», non essendo organi amministrativi di vertice del Ministero, mediante i quali «si attua l'indirizzo politico del Governo».

²⁴ In tal senso CGUE, sent. 3 luglio 1986 in causa C-66/85 – *Lawrie Blum*, così come CGUE, sent. 10 settembre 2014 in causa C-270/13 – *Iraklis Haralambidis*.

²⁵ Cfr. anche: CGUE, sent. 26 maggio 1982 in causa C-149/79 – *Commissione c/ Regno del Belgio*; CGUE, sent. 27 novembre 1991 in causa C-4/91 – *Bleis c/ Ministère de l'Éducation Nationale*; CGUE, sent. 2 luglio 1996 in causa C-290/94 – *Commissione c/ Repubblica Ellenica*.

²⁶ Documento COM(2002) 694 def. dell'11 dicembre 2002.

In conclusione, con la pronuncia n. 9 del 25 giugno 2018, l'Adunanza plenaria, sanando un acceso dibattito giurisprudenziale e politico, ha stabilito che le disposizioni di cui all'art. 1, comma 1, lett. a), del d.p.c.m. n. 174 del 1994, e all'art. 2, comma 1, del d.P.R. n. 487 del 1994, laddove impediscono, in modo assoluto, la possibilità di attribuire posti di livello dirigenziale nelle amministrazioni dello Stato a cittadini di altri Stati membri dell'Unione Europea, risultano in contrasto con il paragrafo 4 dell'art. 45 del T.F.U.E. e che, in assenza di possibili interpretazioni di carattere adeguativo, devono essere disapplicate.

In altri termini, dal momento che le fonti dell'Unione Europea prevalgono sulle disposizioni interne con esse incompatibili, e poiché non è possibile fornire un'interpretazione della norma italiana coerente con il quadro legislativo europeo, essa deve essere disapplicata.

Nella ricostruzione dei contenuti dell'art. 45 del T.F.U.E., i giudici hanno richiamato il consolidato orientamento della Corte di Giustizia, la quale ha chiarito che gli Stati membri possono legittimamente invocare la riserva di nazionalità per i soli impieghi «che hanno un rapporto con attività specifiche della pubblica amministrazione in quanto incaricata dell'esercizio dei pubblici poteri e responsabile della tutela degli interessi generali dello Stato».

Nel caso di specie, non ricorrerebbe alcuna condizione tale da consentire la riserva di nazionalità e, dunque, la norma italiana risulta contrastante con quella europea.

Infine, in forza della disapplicazione delle disposizioni legislative che vietavano la nomina di dirigenti stranieri nella pubblica amministrazione, l'Adunanza plenaria ha chiarito che «spetterà al Governo, per evidenti ragioni di certezza giuridica, adottare le determinazioni conseguenti alla rilevata illegittimità *de iure communitario* della richiamata disposizione regolamentare»²⁷.

Dopo tre sentenze dei Tar e due del Consiglio di Stato, l'Adunanza plenaria ha trovato soluzione all'intricata vicenda processuale, consentendo a cittadini stranieri di operare come direttori nei musei italiani.

4. *Una governance dei musei improntata all'accountability*

L'Italia ha sviluppato una lunga e qualificata tradizione nell'ambito della tutela del patrimonio culturale, con una legislazione consolidata e la presenza capillare delle Soprintendenze sul territorio, rappresentando, sotto questo profilo, un

²⁷ Per la ricostruzione e le riflessioni sulla decisione dell'Adunanza plenaria, v. anche GNES M., *Il superamento del requisito di cittadinanza dei dirigenti pubblici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 5, 2018, pp. 609-616, e MASSARI G., *La selezione dei dirigenti nei "super-musei": nuove riflessioni sugli atti interni contrari al diritto UE*, ivi, pp. 616-627.

modello di riferimento a livello internazionale. Non era però dotata di strutture adeguate alla valorizzazione dei musei e, prima della riforma del 2014, questi non esistevano giuridicamente; erano uffici diretti da un funzionario alle dipendenze gerarchiche del Soprintendente, senza autonomia contabile, senza capacità decisionale e di firma, senza statuto²⁸.

I relativi adeguamenti ministeriali hanno superato il precedente ordinamento museale, nato dall'Unità d'Italia e confermato dagli interventi successivi, che non avevano mai definito il museo come istituzione. Mentre altri Paesi europei avevano istituzioni preposte al governo dei musei, in Italia le opere d'arte erano conservate in istituti intesi come realtà fisiche, affidate in custodia a un funzionario della Soprintendenza. Questi doveva farsi carico di diversi problemi gestionali, senza l'autonomia necessaria per poter avviare processi di ricerca con programmi di lungo termine e senza la possibilità di istituire una relazione di interesse aggiornato con il pubblico²⁹.

Il sistema non poteva più basarsi sulle personali capacità organizzative dei funzionari, ma necessitava di essere strutturato in maniera tale da consentire lo svolgimento costante dell'attività di ricerca. A tal fine, i musei sono stati dotati di uno statuto, di un bilancio, di un'autonomia nelle regole della contabilità pubblica. Questa autonomia resta pur sempre nell'ambito della pubblica amministrazione ed è accompagnata, come nei modelli diffusi in Europa, dall'istituzione di un Consiglio di amministrazione, di un Comitato scientifico e di un Collegio dei revisori dei conti³⁰.

Spesso i musei non avevano personale specifico, con un direttore-funzionario del Ministero, pochi specialisti intorno a lui e molti sorveglianti. Ciò non rispondeva ai modelli internazionali largamente diffusi, con un direttore, i curatori delle collezioni, il curatore delle mostre, del *fundraising*, ecc. Il museo è, infatti, una struttura nella quale il Direttore cura le attività di indagine e di ricerca da sviluppare, coordina un insieme di esperti, conoscitori d'arte, curatori di sezione, dei rapporti con il pubblico e con gli sponsor.

Risulta perciò significativa la previsione formalizzata della sua figura, importante nel ruolo di coordinatore e di responsabile (*accountable*) per le decisioni e le attività che si svolgono nell'istituto. La riforma ha introdotto un nuovo modello di governance dei musei secondo *accountability*, tenendo conto delle precedenti

²⁸ Cfr. BARBATI C., *Organizzazione e soggetti*, cit., pp. 121-127, e CASINI L., *Valorizzazione e gestione*, cit., pp. 216-220.

²⁹ FRANCESCHINI D., *Con la cultura non si mangia?*, Milano, La nave di Teseo, 2022, pp. 33-46.

³⁰ BARBATI C., *Organizzazione e soggetti*, cit., pp. 121-127.

difficoltà di identificazione della responsabilità, spesso condivisa o suddivisa tra diversi soggetti³¹.

A proposito del reclutamento nel settore museale, con la nomina dei direttori dei musei nel 2015, si è avviata una procedura pubblica, sulla base di titoli e meriti, con l'intento di ricorrere a professionisti esterni all'amministrazione. Questa selezione, oggetto di critiche e ricorsi che hanno infine stabilito la legittimità dell'operato ministeriale, ha sancito una sorta di principio di "internazionalità della cultura", ponendosi in linea con le disposizioni europee sulla libera circolazione dei cittadini³².

La figura del Direttore così delineata, con poteri attinenti al profilo organizzativo, gestionale e di valorizzazione delle risorse museali, evidenzia anche il proposito di ricercare personalità dotate di competenze manageriali, in aggiunta alle loro conoscenze scientifiche.

Fra i diversi requisiti, si svolge il consueto dibattito tra coloro che considerano indispensabile che il Direttore sia un soggetto proveniente dal mondo scientifico e coloro che vorrebbero un amministratore, considerando più importante l'efficienza organizzativa e lo sviluppo dell'istituto. Idealmente, il Direttore di un museo non è né un conservatore puro, né un amministratore puro, ma una personalità dotata di capacità multidisciplinari³³.

Al di là del Direttore, è altresì importante che i conservatori e gli amministratori siano animati dalla medesima tensione nei confronti del patrimonio culturale, operando nel suo interesse. Ad esempio, si può notare che in Francia la maggior parte dei direttori dei musei sono conservatori, come in Italia, e sono dotati di conoscenze manageriali di base, operando scelte di politica culturale e di coordinamento generale che affidano poi all'attuazione dell'amministrazione³⁴.

³¹ Ad esempio in materia di prestiti per mostre dove, ai fini dell'autorizzazione, intervenivano diversi soggetti, dal funzionario responsabile del museo al Soprintendente. Dopo la riforma, l'autorizzazione al prestito spetta normalmente al direttore, salvo per i musei statali non dotati di autonomia speciale, dove la decisione viene assunta dalla competente Direzione regionale Musei (v. LOVISON F., *Il prestito delle opere d'arte dei musei nazionali in Italia e in Francia*, in *DPCE Online*, 4, 2024, pp. 2379-2382).

³² CASINI L., *Ereditare il futuro*, cit., pp. 184-185. Il contributo di questi direttori, al pari di esperti italiani con una preparazione internazionale, può dirsi positivo nella misura in cui essi riescano ad adottare soluzioni capaci di ampliare le competenze personali e di favorire lo scambio di buone pratiche museali.

³³ Così LAMPIS A., *Vademecum per la professione di direttore di museo*, in *Vademecum per i direttori dei Poli Museali*, cit., pp. 3-5, e TARASCO A., "Tecnica", *diritto ed economia: i nuovi saperi dei direttori museali*, ivi, pp. 6-7.

³⁴ Per interessanti riflessioni di comparazione sull'importanza dell'amministrazione

In Italia, appare probabilmente più realistica l'opzione di un Direttore conservatore, affiancato da validi uffici giuridico-amministrativi. I relativi responsabili dovrebbero essere i destinatari di una formazione amministrativo-culturale specifica, in grado di permettere loro di porsi a servizio del progetto culturale, sostenendo il Direttore nella sua azione di coordinamento. In tal modo, l'amministrazione risulta il mezzo per dare attuazione alle attività generali del museo³⁵.

Il Direttore rappresenta il vero punto di incontro fra tutela e valorizzazione. Una figura che, dotata di capacità scientifiche e gestionali, può costituire un reale equilibrio tra le due funzioni.

Se, da un lato, appare corretto separare la tutela dalla valorizzazione, in termini di competenze e personale altamente qualificato, dall'altro non va bene che esse seguano percorsi distinti. È giusto che uffici specifici si occupino di conservazione e altri di gestione, con professionalità dalle competenze diverse, ma è necessario che queste due strutture dialoghino insieme e integrino le loro attività nel progetto generale del museo.

Non è possibile valorizzare senza conoscere le necessità collegate alla tutela e, anche a livello progettuale, è bene che conservatori e amministratori collaborino

culturale in Francia, v. DE SAINT PULGENT M., *Le Gouvernement de la culture*, Paris, Gallimard, 1999.

³⁵ Cfr. BARBATI C., *Organizzazione e soggetti*, cit., pp. 125-127. Come in tutti i settori, la formazione diventa un obbligo per l'insieme dei professionisti delle arti e della cultura, in ragione della modificazione degli istituti e della trasformazione del contesto. La sua funzione deve essere quella di erogare insegnamenti multidisciplinari e in numero crescente: discipline storiche e artistiche, giuridiche e amministrative, economiche e manageriali, curatoriali, museologiche e di conservazione, tecnologiche e della comunicazione. In Francia, l'*École nationale du Patrimoine*, creata nel 1990 e divenuta poi l'*Institut national du Patrimoine*, si pone l'obiettivo di rispondere a una triplice missione: formare personale scientifico di alto livello, garantire una preparazione amministrativa ed economica e fornire una specializzazione tecnica per la conservazione e la diffusione del patrimonio. L'idea era quella di istituire per il settore culturale un equivalente dell'ENA, *École nationale d'Administration*, che forma gli alti funzionari dello Stato (su cui JAMET D., FOSSEYEU J., PATTYN C. (a cura di), *Les établissements publics sous tutelle du Ministère de la Culture*, Paris, Comité d'histoire du ministère de la culture, 2004, pp. 187-189, e GOETZ A., *École nationale du patrimoine*, in DE WARESQUIEL E. (a cura di), *Dictionnaire des politiques culturelles de la France depuis 1959*, Paris, Larousse/CNRS éditions, 2001, pp. 231-232). In Italia, la Scuola dei beni e delle attività culturali e del turismo, oggi Scuola nazionale del patrimonio e delle attività culturali, istituita nel 2015 e ispirata in parte a quella francese, si è posta l'obiettivo della formazione multidisciplinare degli allievi, sia dal punto di vista culturale che amministrativo-gestionale. Gli aggiornamenti sulle attività della Scuola sono disponibili al seguente indirizzo: <https://www.fondazionescuolapatrimonio.it/>.

assieme per poter unire, in un dialogo costruttivo, le competenze di entrambi. In questo processo, il Direttore del museo diventa l'ago della bilancia, il coordinatore responsabile di un sistema virtuoso in cui tutela e valorizzazione procedono nella stessa direzione³⁶.

FEDERICO LOVISON

Dottorando di ricerca in Diritto pubblico comparato nell'Università di Udine

³⁶ In generale, da quanto detto emerge una figura di direttore collegata all'idea della c.d. amministrazione di risultato, apprezzata o criticata da parte dei giuristi. Il direttore è infatti incaricato della tutela e della valorizzazione del patrimonio museale e tali obiettivi presuppongono lo svolgimento di funzioni autoritative, ma soprattutto il raggiungimento di risultati. In tal senso può essere letta anche la decisione dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, che ha consentito a cittadini stranieri di operare come direttori nei musei italiani. In argomento, si v. ad esempio SPASIANO M.R., *Dall'amministrazione di risultato al principio di risultato del Codice dei contratti pubblici: una storia da scrivere*, in *federalismi.it*, 9, 2024, pp. 206-227.

La responsabilità penale (personale!) di fronte alle sfide della post-modernità: problematiche e prospettive dell'intelligenza artificiale

SOMMARIO: 1. Introduzione della problematica: l'Intelligenza Artificiale e il diritto penale. – 2. Il problema definitorio: sistemi 'automatizzati' e sistemi 'autonomi'. – 3. La responsabilità a titolo doloso: i reati commessi attraverso i sistemi di IA. – 4. Il sistema di IA quale autore del reato: la responsabilità colposa dell'operatore. – 5. L'*AI Act* e l'area del c.d. rischio consentito. – 6. Considerazioni conclusive.

1. *Introduzione della problematica: l'Intelligenza Artificiale e il diritto penale*

L'impiego dei sistemi di intelligenza artificiale (d'ora in avanti anche IA) ha ormai raggiunto livelli di diffusione capillare, divenendo parte integrante della nostra quotidianità e rivoluzionando numerosi settori, dal commercio alla sanità, dalla pubblica amministrazione alla giustizia¹.

Tuttavia, l'innegabile potenziale innovativo di questi sistemi si accompagna a significativi rischi per la tutela di beni giuridici primari, tra i quali la vita, l'integrità fisica, la proprietà e la riservatezza². L'IA, se da un lato offre opportunità senza precedenti, dall'altro presenta scenari di rischio³ che mettono in pericolo tali beni e, in taluni casi, può essere fonte di condotte pregiudizievoli e nuovi comportamenti illeciti che sfuggono alle categorie tradizionali del diritto penale.

Le implicazioni criminogene dei sistemi di IA sono ormai ampiamente riconosciute, e comprendono fenomeni quali l'utilizzo della tecnologia per la perpetrazione di reati, ma anche la creazione di rischi autonomi da parte degli stessi sistemi, che operano in assenza di un intervento umano diretto. La loro capacità

¹ Sul carattere pervasivo dell'IA, tra i primi, UBERTIS G., *Intelligenza artificiale, giustizia penale, controllo umano significativo*, in *Sist. Pen.*, 11 novembre 2020.

² Per una ricognizione dei beni giuridici 'primari' che vengono interessati dall'utilizzo dell'IA, FAZIO E., *Intelligenza artificiale e diritti della persona*, Messina, Edizioni Scientifiche Italiane, 2023.

³ Quanto ai rischi insiti in queste nuove tecnologie Beccali E., Pais I., Rosina A. (a cura di), *Intelligenza artificiale: rischi e opportunità*, Vita e Pensiero, Milano, 2024.

di apprendere autonomamente, prendere decisioni complesse e agire in modo apparentemente ‘indipendente’ pone una sfida radicale alla struttura concettuale della responsabilità penale, tradizionalmente fondata su un rigido “personalismo”⁴.

In questo contesto, emerge l’esigenza di riflettere su come il diritto penale possa continuare a svolgere la sua funzione regolatrice e proteggere i beni giuridici fondamentali, senza che ciò comporti una distorsione delle sue categorie fondanti.

Il problema del rapporto tra tecnologia e diritto penale non è certamente una novità⁵. La rivoluzione informatica o, meglio, cibernetica⁶, così come le successive innovazioni tecnologiche, hanno progressivamente richiesto adattamenti normativi volti a garantire una tutela efficace dei diritti e degli interessi collettivi. Tuttavia, le peculiarità dei sistemi di IA rendono questo rapporto particolarmente complesso.

Tra queste, l’opacità (c.d. *black box*)⁷ dei processi decisionali delle IA rappresenta un nodo cruciale: spesso gli stessi sviluppatori non sono in grado di spiegare nel dettaglio come una determinata decisione sia stata raggiunta da un sistema. Gli algoritmi basati sull’IA possono infatti compiere azioni o prendere decisioni che, pur generando conseguenze lesive, sfuggono all’immediata ‘attribuibilità’ a un singolo soggetto.

La (parziale) perdita di controllo dell’operatore umano (utilizzatore, produttore, programmatore, ecc.) sul processo decisionale e sul comportamento dell’algoritmo potrebbe «scardinare i classici meccanismi imputativi del diritto penale», il quale – fondato sul mancato dominio, da parte dell’agente, di un fatto offensivo effettivamente dominabile – «rischia di risultare inadeguato laddove tale dominio si venga a perdere e ‘autore’ immediato del reato risulti essere proprio una macchina»⁸.

L’imprevedibilità delle azioni compiute dall’IA e la sua autonomia decisionale sollevano allora interrogativi fondamentali circa la configurabilità della responsa-

⁴ BARTOLI R., *Per una rifondazione personalistica della colpevolezza e delle scusanti*, in *Leg. Pen.*, 21 Ottobre 2024, pp. 1 ss.

⁵ Sull’influenza reciproca tra evoluzione tecnologica e diritto, PICOTTI L., *Diritto penale, tecnologie informatiche ed intelligenza artificiale: una visione d’insieme*, in Cadoppi A., Canestrari S., Manna A., Papa M. (a cura di), *Cybercrime*, UTET, Vicenza, 2023, pp. 32 ss.

⁶ Il termine “cibernetica” venne coniato da WIENER R., *Cybernetics or Control and Communication in the Animal and the Machine*, Cambridge, MA, 1948.

⁷ CASTELVECCHI D., *Can we open the Black Box of AI?*, in *Nature*, 5 Ottobre 2016.

⁸ Per tutti, FRAGASSO B., *La responsabilità penale del produttore di sistemi di intelligenza artificiale*, in *Sist.pen.*, 13 giugno 2023, pp. 1 ss.

bilità penale: l'interazione tra l'uomo e la macchina non è più immediatamente riconducibile ai parametri classici della dogmatica penalistica⁹.

Sorge dunque un duplice problema. In primo luogo ci si chiede *quale* sia il ruolo che il diritto penale può e deve svolgere nel regolamentare l'uso di sistemi di IA quando questi siano all'origine di un evento lesivo, tenendo conto delle implicazioni etiche e sociali di tali tecnologie. In secondo luogo ci si interroga su *come* il diritto penale debba intervenire, e secondo quali criteri debba essere attribuita una responsabilità. Più nel dettaglio, ci si domanda se le tradizionali categorie di imputazione soggettiva siano ancora sufficienti per garantire una risposta giuridica adeguata.

Le torsioni concettuali a cui sono sottoposte le categorie classiche del diritto penale rischiano di snaturarne la fisionomia e il fondamento stesso. La sfida per il legislatore e per la dottrina penalistica è dunque quella di individuare modelli di regolamentazione che preservino la funzione essenziale del diritto penale, senza cadere in derive funzionalistiche o eccessivamente semplificative.

Sulla base di tali necessarie premesse, il presente contributo si propone di analizzare queste problematiche, concentrandosi su ciò che potrebbe (o dovrebbe) accadere quando un sistema di IA venga coinvolto (direttamente o indirettamente) nella realizzazione di una condotta che offende un bene giuridico presidiato dal diritto penale. A tal fine, dopo aver circoscritto l'oggetto di indagine e tentato di fornire una definizione giuridicamente operativa di intelligenza artificiale, verrà esaminato in che misura e con quali strumenti la scienza penalistica possa intervenire per regolamentare questo fenomeno, valutando se sia possibile elaborare nuovi paradigmi di responsabilità penale che tengano conto delle specificità dei sistemi di IA, senza sacrificare i principi fondamentali della disciplina.

Sullo sfondo dell'indagine vi sarà la scelta intrapresa dal legislatore europeo nella regolamentazione del nuovo fenomeno. Come è risaputo, il 13 marzo 2024 il Parlamento europeo ha approvato in via definitiva il testo del Regolamento sull'Intelligenza Artificiale (c.d. *AI Act*) ; seppur, allo stato, il regolamento non sia ancora entrato in vigore nella sua interezza e non si occupi direttamente dei profili penali, non potendo di conseguenza fornire delle statistiche per valutarne l'efficacia, esso rappresenta un punto di partenza centrale nella comprensione di quella che sarà la regolazione dell'Intelligenza Artificiale, almeno a livello europeo.

Del resto, in un momento storico in cui la 'lentezza' del diritto a conformarsi al progresso tecnologico aumenta esponenzialmente, proprio a causa della velo-

⁹ Per un'analisi sistematica della dogmatica penalistica, QUINTERO OLIVARES G., *Algunas limitaciones de la dogmatica*, in VALDES C. G. et al. (eds.), *Estudios penales en homenaje a E. Gimbernat Ordeig*, Edisofer, Edisofer, Madrid, vol. I, 2008, p. 623 e ss.

cità con la quale quest'ultimo avanza, altro non si può fare se non prendere le mosse dai piccoli passi in avanti che il legislatore compie.

2. *Il problema definitorio: sistemi 'automatizzati' e sistemi 'autonomi'*

Prima di addentrarsi nell'analisi delle questioni strettamente giuridiche che si sono elencate nel paragrafo precedente, è necessario effettuare alcune premesse di carattere definitorio.

Nonostante si tratti di un tema *a la page*¹⁰, non esiste un'unica definizione di Intelligenza Artificiale generalmente accettata. Più specificatamente, non solo non esiste una definizione univoca e condivisa di *Artificial Intelligence* nel contesto giuridico, ma neanche le scienze informatiche e cibernetiche si trovano concordi sul punto.

Prova ne è che sono state individuate più di settanta definizioni alternative¹¹.

Il 'problema definitorio'¹² legato all'Intelligenza Artificiale nel diritto penale è uno dei principali ostacoli per la regolamentazione e l'applicazione delle norme giuridiche in questo campo¹³. E questo a causa di due ordini di fattori. In primo luogo per definire l'Intelligenza Artificiale è necessario utilizzare concetti riferibili all'ambito informatico, il cui vocabolario, come è noto, in forza di un elevato grado di specificità e tecnicismo, differisce dalle terminologie propriamente legali.

In secondo luogo questa 'distanza semantica' si accentua e diviene maggiormente problematica nella materia penalistica, presidiata dal principio di legalità nei suoi corollari della precisione e determinatezza, generando un *gap* non facilmente colmabile¹⁴.

¹⁰ Sulla rilevanza sociale e mediatica dell'Intelligenza Artificiale si v. l'articolo di BEECROFT A., *'AI' named most notable word of 2023 by Collins Dictionary*, in *The Guardian*, 1 Novembre 2023, liberamente consultabile al sito [https://www.theguardian.com/technology/2023/nov/01/ai-named-most-notable-word-of-2023-by-collins-dictionary#:~:text=AI%20has%20been%20named%20the,2023"%2C%20the%20publisher%20said](https://www.theguardian.com/technology/2023/nov/01/ai-named-most-notable-word-of-2023-by-collins-dictionary#:~:text=AI%20has%20been%20named%20the,2023), ultimo accesso 5 gennaio 2025.

¹¹ CONSULICH F., *Flash offenders. Le prospettive di accountability penale nel contrasto alle intelligenze artificiali devianti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2022, 3, pp. 1015-1055.

¹² Per un'indagine sistematica sul problema definitorio, per tutti, WANG P., *On Defining Artificial Intelligence*, in *Journal of Artificial General intelligence*, 2019, 2, vol. 10, pp. 1-37.

¹³ Ancora, per un'analisi delle ripercussioni sul diritto penale del 'problema definitorio' si v. GIANNINI A., *Criminal Behavior and Accountability of Artificial Intelligence Systems*, Aia, Boom Uitgevers Den Haag, 2023, pp. 5 ss.

¹⁴ Il tema viene ampiamente affrontato, anche con riguardo al principio di

Una volta accettato che definire l'Intelligenza Artificiale rappresenta a tutti gli effetti una difficoltà, il secondo passo da compiere è comprendere perché l'analisi del rapporto intercorrente tra diritto penale e intelligenza artificiale – e quindi, indirettamente, anche il presente contributo – richieda l'adozione di una definizione.

La ragione è da individuarsi nella necessità di delimitare l'ambito di indagine. In altre parole, adottare una chiara definizione di Intelligenza Artificiale ci consente di far luce sull'oggetto di studio al fine di pervenire a delle soluzioni: per verificare se un *AI system* possa essere destinatario di una norma sanzionatoria, o per stabilire quale sia il soggetto responsabile 'dietro' all'algoritmo, è fondamentale comprendere come il sistema funzioni. E per farlo, bisogna prima definire cosa si intenda per sistema di IA.

A titolo esemplificativo, guardando alla dogmatica penale, uno dei suoi pilastri è rappresentato dal concetto di *azione*: come possiamo verificare l'applicabilità dell'istituto a un sistema di IA se non sappiamo cosa sia questo sistema e, di conseguenza, come questo *agisca*?

Al fine di rispondere a tali interrogativi, in assenza di una definizione universalmente condivisa, in questa sede si utilizzerà la nozione fornita dal Regolamento europeo in materia di Intelligenza Artificiale, che definisce un *AI system* come “un sistema automatizzato progettato per funzionare con livelli di autonomia variabili e che può presentare adattabilità dopo la diffusione e che, per obiettivi espliciti o impliciti, deduce dall'input che riceve come generare output quali previsioni, contenuti, raccomandazioni o decisioni che possono influenzare ambienti fisici o virtuali”¹⁵.

Più che una definizione in senso stretto, ciò che rileva ai fini del presente lavoro sono le caratteristiche fondamentali dell'Intelligenza Artificiale¹⁶. Queste possono essere classificate in:

- a) Uso di grandi quantità di dati e informazioni;
- b) Una elevata capacità logico-computazionale;
- c) (Ma soprattutto) L'uso di algoritmi appartenenti all'area dell'*auto-apprendimento* (c.d. *Machine Learning*), che definiscono metodi per estrarre cono-

effettività, da DE MAGLIE C., *Linguaggio del diritto penale e principio di effettività: spunti di riflessione*, in *disCrimen*, 31 marzo 2023.

¹⁵ Si v. l'art. 3, n.1 del Regolamento, disponibile al seguente link: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=OJ:L_202401689.

¹⁶ Per un'analisi generale delle caratteristiche dei sistemi AI si v. PAGALLO U., *From Automation to Autonomous Systems: a legal phenomenology with problems of accountability*, in *Proceedings of the Twenty-Sixth International Joint Conference on Artificial Intelligence*, 2017, pp. 17-23.

scenza dei dati e che danno alle macchine la capacità di prendere decisioni autonome sottratte al controllo umano in vari campi di applicazione¹⁷.

La compresenza di questi tre fattori ha fornito all'AI capacità molto sofisticate, generando la possibilità di creare macchine 'intelligenti' in grado di far fronte a condizioni di incertezza e non conoscenza e di operare anche in ambienti aperti, non controllati dall'uomo¹⁸.

Il carattere comune a tutte le forme oggi note di intelligenza artificiale (e al contempo anche il più critico) risiede nella capacità di rilevare e analizzare i dati costitutivi dell'ambiente in cui operano e scegliere tra le varie opzioni disponibili sul campo, al fine di raggiungere nel modo più efficiente il proprio obiettivo. Proprio questa propensione alla scelta ponderata, come si è detto, ha implicazioni notevoli per il penalista¹⁹.

Effettuate tali necessarie premesse, al fine del presente lavoro si distinguerà tra sistemi comunque sottoposti al controllo umano e quelli, pioneristici, di *machine learning*, in cui la *machina artificialis* è in grado di auto-apprendere e di partorire attività/decisioni imprevedibili da parte del programmatore, i c.d. "comportamenti emergenti"²⁰.

Alla base delle successive considerazioni vi è dunque la fondamentale classificazione tra le diverse tipologie di *AI systems* sulla scorta della loro struttura interna e dei loro livelli di automazione e autonomia. E ciò in quanto soltanto rispetto agli agenti artificiali in grado di apprendere e di 'autodeterminarsi' può porsi la questione se il diritto penale debba riconoscerne una effettiva e piena autonomia ed equipararli ai soggetti (umani) penalmente responsabili.

In definitiva, il presente contributo si concentrerà sui c.d. "*autonomous agents*", agenti artificiali che sono in grado di prendere decisioni in merito alle loro azioni e di dirigerle in base al contesto in cui operano, anche in mancanza

¹⁷ Sulle caratteristiche dell'IA, MAGRO B., *Il problema della responsabilità per l'uso di intelligenze artificiali*, in Cadoppi A., Canestrari S., Manna A., Papa M. (a cura di), *Cybercrime*, cit., pp. 1231 ss.

¹⁸ Per tutti DOMINGOS P., *L'algoritmo definitivo: la macchina che impara da sola e il futuro del nostro mondo*, Bollati Boringhieri, Torino, 2016, pp. 7 ss.

¹⁹ BASILE F., *Intelligenza artificiale e diritto penale: qualche aggiornamento e qualche nuova riflessione*, in Balbi G., De Simone F., Esposito A., Manacorda S. (a cura di), *Diritto penale e Intelligenza artificiale. Nuovi scenari*, Giappichelli, Torino, 2022, pp. 5 ss.

²⁰ Utilizza il termine "comportamenti emergenti", tra i tanti, AMIDEI A., *Intelligenza artificiale e responsabilità da prodotto*, in Ruffolo U. (a cura di), *Intelligenza artificiale: il diritto, i diritti, l'etica*, Milano, Giuffrè, 2020, pp. 125 ss.

di un controllo da parte dell'uomo e il cui agire, pertanto, non è completamente prestabilito e prevedibile²¹.

Questi sistemi 'autonomi' possono poi essere coinvolti nella realizzazione di un reato a vario titolo: quale *strumento* o quale *autore*.

A livello di organizzazione sistematica della materia, in questa sede si ritiene preferibile articolare l'analisi tenendo conto proprio della posizione ricoperta dal sistema d'Intelligenza Artificiale nella commissione del reato, in base alla natura del rimprovero che può essere mosso all'agente umano coinvolto nell'*AI-related crime*²², a titolo di dolo o di colpa.

Si delinearanno così due distinte aree di analisi:

- 1) Reati commessi attraverso i sistemi di IA: l'esame avrà ad oggetto principalmente condotte dolose, nell'ambito delle quali l'*AI system* è un mero strumento di realizzazione della fattispecie;
- 2) Condotte rimproverabili a titolo di colpa ai soggetti umani che si occupano a vario titolo dei diversi processi del sistema (programmatore, utilizzatore, sviluppatore, produttore, ecc.) per reati realizzati 'direttamente' dall'agente artificiale.

3. *La responsabilità a titolo doloso: i reati commessi attraverso i sistemi di IA*

Partiamo da alcuni episodi realmente accaduti.

Si pensi al caso in cui una tecnologia *deepfake* venga utilizzata per simulare la voce di un noto CEO e convincere un dirigente a trasferire dei fondi su un conto bancario controllato dai truffatori²³; al programmatore che volontariamente sviluppi un *software agent* il quale, una volta all'interno dei sistemi informatici di una azienda, sia in grado di cagionare un incendio. O, ancora, al caso in cui un sistema basato su IA venga utilizzato per diffondere contenuti pornografici non consensuali²⁴.

²¹ Circa la classificazione degli agenti artificiali sulla base dei loro livelli di automazione e autonomia, SALVADORI I., *Agenti artificiali, opacità tecnologica e distribuzione della responsabilità penale*, in *Riv. It. dir. Proc. Pen.*, 2021, 1, pp. 84 ss.

²² Per l'utilizzo del termine *Ai-related crimes* si v. sul punto PANATTONI B., *Intelligenza artificiale: le sfide per il diritto penale nel passaggio dall'automazione all'autonomia artificiale*, in *Dir. Inf. e Inf.*, 2021, 1, pp. 329-330.

²³ Per una ricostruzione della casistica v. SIMONETTA B., *Video fake del direttore finanziario: dipendenti spostano 25 milioni ma è una truffa*, in *Sole 24 Ore Finanza*, 7 febbraio 2024.

²⁴ Sugli ultimi due episodi, HALLEVY G., *The Basic Models of Criminal Liability of AI Systems and Other Circles*, in *SSRN Electronic Journal*, 2019, pp. 1 ss.

In tutti gli esempi citati, l'algoritmo costituisce un mero *strumento* nelle mani di chi lo progetta o lo utilizza: è l'operatore (umano) che decide di creare o impiegare un agente artificiale per commettere un reato o per arrecare offese a terzi. In altre parole, è il soggetto agente a servirsi *dolosamente* di un *AI system* quale strumento per la commissione di un illecito penalmente rilevante²⁵.

Queste ipotesi non sollevano particolari problemi. Si configurerà, infatti, una responsabilità penale a titolo doloso e non, come sostenuto da una parte della dottrina, un caso di c.d. *autoria mediata*²⁶. A differenza delle ipotesi riconducibili alla figura del c.d. *perpetrator-by-another*, al soggetto agente non deve essere imputata una condotta altrui, ma un comportamento che gli appartiene, in quanto, come si è detto, ha dolosamente sfruttato – servendosene – l'algoritmo quale *strumento* per raggiungere il fine prefissatosi²⁷.

Secondo la dottrina maggioritaria²⁸, pertanto, se esiste un'intenzione che abbraccia anche l'operato del sistema di intelligenza artificiale, prescelto quale *strumento*, appunto, per realizzare la 'volontà consapevole' dell'agente, non si ravviseranno particolari ostacoli per imputare e rimproverare il fatto al soggetto umano che sta 'dietro' all'utilizzo di detti sistemi. A tal fine basterà richiamare i comuni principi in materia di dolo, comprese le regole da applicare nei casi di *aberratio ictus* e di *aberratio delicti* qualora i risultati siano diversi da quelli che l'agente voleva e si era rappresentato²⁹.

Vi è però un'ulteriore specificazione da fare. Se da un lato le nuove potenzialità criminali sottese all'impiego di questi sistemi artificiali costituiscono occasione per il ricorso a nuove modalità di realizzazione di reati già esistenti e tipizzati, dall'altro essi creano la necessità di incriminare nuovi fatti.

Ci si riferisce, genericamente, a quella categoria di reati che in dottrina prende il nome di *AI crimes*³⁰. Questi ultimi, pur non trovando, allo stato, un'autonomia tipizzazione normativa, richiedono con urgenza un aggiornamento delle

²⁵ Per un'analisi completa PANATTONI B., *op.cit.*, pp. 329-330.

²⁶ Sul ricorso a questo modello teorico in relazione agli agenti AI, HALLEVY G., *Unmanned Vehicles. Subordination to criminal law under the modern concept of criminal liability*, in *Journal of Law, Information and Science*, 2012, 21, pp. 200ss.

²⁷ Per tutti PIERGALLINI C., *Intelligenza artificiale: da 'mezzo' ad 'autore' del reato?*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2020, 4, pp. 1745 ss.

²⁸ *Ibi*, p. 1760 ss.; PANATTONI B., *op.cit.*, p. 330.

²⁹ PIERGALLINI, *Intelligenza artificiale: da 'mezzo' ad 'autore' del reato?*, cit., p. 1761.

³⁰ Per una completa ricognizione della categoria, NERATZI E. - SARTOR G., *'Hard AI Crime': The Deterrence Turn*, in *Oxford Journals of Legal Studies*, 2024, vol. 44, 3, pp. 673-701.

tradizionali figure criminose del diritto penale per rispondere ai nuovi pericoli immessi sul mercato.

Infatti, di fronte alla nuova realtà è cambiato, di passo, l'approccio alla criminalità informatica, a sua volta divenuta criminalità cibernetica, cui oggi si affiancano possibili crimini connessi all'utilizzazione dei sistemi di intelligenza artificiale (appunto, c.d. *AI crime*). L'IA ha reso possibile nuovi comportamenti e fenomeni illeciti, e al contempo ha fatto sorgere anche nuovi interessi meritevoli di riconoscimento e protezione giuridica, anche sotto il profilo penalistico³¹.

Si pensi, a titolo esemplificativo, alle tecnologie di *deepfake* spesso utilizzate per un fine illecito.

Il *deepfake* è una tecnologia informatica ingannevole, attraverso cui è possibile creare artificialmente immagini, video e audio che, pur sembrando apparentemente reali, integrano dei falsi 'digitali'³².

Il software, basato su meccanismi di intelligenza artificiale, partendo da contenuti reali di immagini e audio, è in grado di modificare o ricreare, in modo estremamente realistico, le caratteristiche ed i movimenti di un volto o di un corpo ed imitare fedelmente una determinata voce, così generando contenuti falsi ed ingannevoli.

Spesso questi sistemi vengono sfruttati in contesti patologici che finiscono per rendere una tecnologia, che di per sé non è incriminabile, quale strumento funzionale alla commissione di reati.

Questa tipologia di comportamenti, pur connotata da enormi potenzialità lesive, non trova tutela in una specifica norma incriminatrice nel nostro codice penale, e, almeno in apparenza, sembra difficile poterne contenere il disvalore riconducendola ad altre fattispecie attualmente esistenti.

Sulla base di tali considerazioni il legislatore italiano lo scorso aprile ha approvato il disegno di legge avente ad oggetto 'Disposizioni in materia di Intelligenza artificiale'³³.

³¹ Diffusamente, PAPA, *Future crimes: intelligenza artificiale e rinnovamento del diritto penale*, in Dorigo S. (a cura di), *Il ragionamento giuridico nell'era dell'intelligenza artificiale*, Pacini Giuridica, Pisa, 2020, pp. 77 ss.

³² In dottrina, per una ricostruzione del fenomeno, e in particolare sugli usi illeciti delle tecnologie *deepfake*, v. NGUYEN T. T. et al., *Deep learning for Deepfakes Creation and Detection: A Survey*, 2022, disponibile al sito: <https://www.proquest.com/working-papers/deep-learning-deepfakes-creation-detection>. Cfr. KHAPRA P., *Evolution of cybercrime and deepfakes - exploring intervention strategies of international organizations against AI threats*, in *NeuroQuantology*, 2022, 20, pp. 1425-1434.

³³ Per alcune considerazioni sul nuovo DDL, DE FLAMMINEIS S., *Fattispecie penali nel contesto dell'Intelligenza Artificiale. Lo spunto del D.D.L. 1146/2024*, in *Sist. pen.*, 2024, 9, pp. 5 ss. Il testo ufficiale integrale è reperibile al sito <https://www.senato.>

Il disegno di legge prevede, tra le diverse misure, “l’introduzione di una nuova fattispecie di reato e l’introduzione di una circostanza aggravante comune e di alcune aggravanti speciali, connesse all’impiego dell’intelligenza artificiale”. La nuova fattispecie di cui all’art. 612-quater c.p., rubricata *Illecita diffusione di contenuti generati o manipolati artificialmente*, punirebbe con la reclusione da uno a cinque anni, «chiunque cagiona ad altri un danno ingiusto, mediante invio, consegna, cessione, pubblicazione o comunque diffusione di immagini o video di persone o di cose ovvero di voci o suoni in tutto o in parte falsi, generati o manipolati mediante l’impiego di sistemi di intelligenza artificiale, atti a indurre in inganno sulla loro genuinità o provenienza».

Prescindendo da un’analisi esegetica della novità normativa³⁴, che non interessa in questa sede, ciò che preme rilevare è come il legislatore stia muovendo i primi passi verso la regolamentazione del nuovo fenomeno, accogliendo le istanze che a più riprese echeggiano in dottrina³⁵. Da un lato, infatti, il disegno di legge in commento si propone di punire più severamente le condotte (già qualificabili come reati nel nostro ordinamento) poste in essere mediante l’impiego di sistemi di intelligenza artificiale, proprio in ragione dell’insidiosità del mezzo e dell’astratta pericolosità insita nello stesso; dall’altro l’introduzione del reato di c.d. *deepfake* trova una sua specifica ragion d’essere nella necessità di contrastare il fenomeno, il cui utilizzo massiccio produce importanti danni alle persone offese, anche in forza della capacità di rapida diffusione dei messaggi legata all’uso di internet e dei social network.

4. *Il sistema IA quale ‘autore’ del reato: la responsabilità colposa dell’operatore*

È ora necessario passare ad esaminare la seconda, e ben più complicata, area di interesse, che riguarda l’eventuale responsabilità colposa configurabile in capo ai soggetti che stanno ‘dietro’ ai sistemi di IA, per danni e offese a diritti e beni giuridici provocati direttamente dall’agente artificiale.

Anche in questo ambito risulta utile partire da alcuni casi pratici. L’auto a guida autonoma dovrebbe normalmente garantire il diritto di precedenza, ma a causa di un mal funzionamento non ne tiene conto e investe mortalmente un ciclista³⁶; un sistema algoritmico programmato con il compito di comprare, in

it/leg/19/BGT/Schede/Ddliter/testi/58262_testi.htm.

³⁴ Per un’analisi esegetica della norma *Ibi*, pp. 8 ss.

³⁵ In generale, sulla necessità di introdurre forme di tutela *ad hoc* nel settore penale, PICCARDI M., *L’impatto del deepfake sul diritto penale*, in Cadoppi A., Canestrari S., Manna A., Papa M. (a cura di), *Cybercrime*, cit., pp. 1453 ss.

³⁶ In argomento GIUCA M., *Disciplinare l’intelligenza artificiale. La riforma*

modo casuale, diversi oggetti in un determinato *marketplace* nel *Deep web* per poi esporli ad una mostra, finisce per acquistare illegalmente sostanze stupefacenti, integrando una condotta costituente reato secondo il diritto penale svizzero³⁷.

Gli esempi riportati presentano delle caratteristiche comuni, che costituiscono oggetto specifico dell'analisi. Innanzitutto entrambi gli eventi si verificano nell'ambito dello svolgimento di attività di per sé lecite³⁸; in secondo luogo il fatto offensivo è realizzato, nel suo ultimo anello, dalla 'decisione' finale o dal comportamento (*output*) del sistema di intelligenza artificiale, mentre l'agente umano riveste un ruolo differente, 'limitandosi', a seconda del caso, a programmare, progettare, utilizzare o sorvegliare il sistema.

Il soggetto umano, pertanto, vede mutare il proprio ruolo rispetto ai paradigmi tradizionali del rapporto uomo-macchina, perdendo progressivamente la sua capacità di intervento nella concatenazione causale che culmina nel verificarsi dell'illecito.

Proprio la 'perdita' di controllo da parte dell'operatore di fronte a sistemi automatizzati avanzati, e quindi autonomi, rende particolarmente complesso ricondurre i risultati elaborati dagli agenti artificiali nell'ambito della signoria di un agente umano, che possa poi essere ritenuto responsabile laddove tali risultati vadano a ledere diritti altrui³⁹.

Infine, è importante specificare che gli eventi lesivi provocati dal sistema di IA possono essere ricondotti sia a eventuali difetti presenti nel *software*, e quindi riconducibili a comportamenti negligenti dei programmatori o produttori, sia agli *outputs* inaspettati che il sistema intelligente è in grado di elaborare grazie alle sue capacità di apprendimento e adattamento⁴⁰.

francese sulla responsabilità penale da uso di auto a guida autonoma, in *Arch. Pen.*, 2022, 2, pp. 1 ss.

³⁷ Per una completa analisi del caso c.d. *Random Darknet shopper*, LAGIOIA F. - SARTOR G., *AI systems under Criminal Law*, in *Philosophy&Technology*, 2020, 33, pp. 433-465.

³⁸ La specificazione assume rilievo trattandosi di una tecnologia *dual-use*; sul punto, SALVADORI I., *Il diritto penale dei software a 'duplice uso'*, in Wein R., Fornasari G. (cura di), *Diritto penale e modernità. Le nuove sfide fra terrorismo, sviluppo tecnologico e garanzie fondamentali*, Editoriale scientifica, Napoli, 2017, pp. 361 ss.

³⁹ In generale, sulla perdita di 'controllo' da parte del soggetto 'umano', e sulle relative problematiche di attribuzione della responsabilità GIANNINI A., *Intelligenza artificiale, Human Oversight e Responsabilità penale: prove d'impatto a livello europeo*, in *disCrimen*, 21 Novembre 2021, pp. 1 ss. Si v. anche ZERILLI J. - KNOTT A. - MACLAURIN J. - GAVAGHAN C., *Algorithmic Decision-Making and the Control problem*, in *Minds&Machines*, 2019, 29, pp. 555-578.

⁴⁰ PANATTONI B., *op. cit.*, p. 334.

Le due casistiche presentano problematiche parzialmente differenti.

Prima di analizzarle, tuttavia, è fondamentale effettuare una premessa di carattere generale: la dottrina maggioritaria⁴¹, con l'eccezione di qualche singola voce proveniente principalmente dalle correnti di *common law*⁴² e dalla dottrina cinese⁴³, esclude che – allo stato attuale dello sviluppo tecnologico – si possa o, comunque, si debba riconoscere una vera e propria capacità di agire, giuridicamente rilevante, in capo ai sistemi AI in quanto tali, che possa essere la base di una loro diretta responsabilità penale.

Di conseguenza, se forme di responsabilità per danni causati dall'agente artificiale dovranno pur sempre ricadere sugli agenti umani, onde evitare un inaccettabile “vuoto di responsabilità”⁴⁴, i regimi di imputazione in tali ipotesi dovranno delinearli in conformità dei principi del diritto penale, primo fra tutti quello della personalità della responsabilità e, conseguentemente, quello di colpevolezza⁴⁵.

Il primo ‘snodo’ concettuale da risolvere concerne i casi in cui l'evento lesivo risulti, all'esito degli accertamenti, riconducibile a un *difettoso funzionamento* del sistema di IA. È qui che potrebbe entrare in campo la responsabilità per danno da prodotto, con tutto il suo carico di asperità applicative⁴⁶.

Si allude, in particolare, non solo all'accertamento del nesso causale, ma, quanto più, alla “individuazione delle singole responsabilità all'interno delle or-

⁴¹ Per tutti, PICOTTI L., *Traditional Criminal Law Categories and AI: Crisis or Palingesis? General report*, in RIDP, 2023, 1, pp. 11 ss. Si v. anche CONSULICH F., *op. cit.*, p. 1018 e PIERGALLINI C., *Intelligenza artificiale: da ‘mezzo’ ad ‘autore’ del reato?*, *cit.*, p. 1761.

⁴² La voce più autorevole in dottrina è quella di HALLEVY G., *When robots kill: artificial intelligence under criminal law*, Boston, Northern University Press, 2013.

⁴³ WANG X. – ZHANG X., *Chinese Report on Traditional Criminal Law Categories and AI*, in RIDP, 2023, 1, p. 111.

⁴⁴ L'espressione “*responsability gap*” è molto utilizzata dalla dottrina che si occupa del tema; per tutti, SALVADORI I., *Processi decisionali basati sull'intelligenza artificiale ed eventi lesivi. Considerazioni sui profili penale*, in Luchtman M. (a cura di), *Of swords and shields: due process and crime control in times of globalization*, Aia, Boom Uitgevers Den Haag, 2023, pp. 825-834.

⁴⁵ Emblematico, per tutti, DONINI M., *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, Giuffrè, 1991.

⁴⁶ Per le difficoltà riscontrate nell'ambito penalistico in relazione al danno da prodotto PIERGALLINI C., *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dogmatici e politico-criminali*, Giuffrè, Milano, 2004. Si v. sul punto anche la nuova disciplina europea sulla responsabilità per danno da prodotto difettoso, che ha adeguato il concetto di ‘prodotto’ anche ai sistemi tecnologici più moderni, tra cui gli *AI Systems*. V. Dir. 2024/2853/UE, liberamente consultabile nel suo testo ufficiale al link: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/ALL/?uri=CELEX:32024L2853>.

ganizzazioni complesse”⁴⁷, vale a dire della persona o delle persone fisiche chiamate a governare la cellula funzionale dalla quale sarebbe stato partorito il difetto infine concretizzatosi nel danno.

Infatti, numerosi sono i soggetti che, in ragione delle loro specifiche competenze, intervengono in fase di progettazione, sviluppo, sperimentazione, produzione, distribuzione e utilizzo degli *AI systems*. Ci si riferisce al c.d. *many hands problem*⁴⁸, che comporta notevoli ricadute sul piano dell’accertamento e dell’imputazione della responsabilità.

Data la complessità tecnica che connota i sistemi di IA, può accadere – e anzi, spesso accade – che il prodotto veda la cooperazione non solo di plurimi soggetti fisici, ma anche di più entità collettive, senza che si sia in grado di riferire l’eziologia del difetto all’una invece che all’altra. In questa ‘confusione’, l’unica certezza riguarda la causale riconducibilità del danno al prodotto (sistema di IA).

Le ripercussioni sono duplici⁴⁹. Da un lato la responsabilità (anche di natura penale, per quanto interessa in questa sede) derivante dagli eventi dannosi legati al funzionamento e all’impiego dei sistemi di intelligenza artificiale tende a frammentarsi e distribuirsi tra una “pluralità di soggetti coinvolti a vario titolo nel processo di *design* dell’algoritmo”, il cui operato concorre, sotto il profilo causale, alla produzione dell’evento lesivo⁵⁰.

Dall’altro lato, nella ricostruzione del nesso eziologico, diventa arduo individuare e provare, in termini causali e sotto il profilo dell’imputazione soggettiva, il

⁴⁷ PIERGALLINI C., *Intelligenza artificiale: da ‘mezzo’ a ‘autore’ del reato?*, cit., p. 1761. Per un inquadramento generale della tematica, DOVERE S., *L’organizzazione dell’impresa a confronto con il diritto penale della sicurezza sul lavoro*, in *Arch. Pen.*, 2022, 3, pp. 1 ss.

⁴⁸ Sul tema GUNKEL D.J., *Mind the Gap: Responsible Robotics and the Problem of Responsibility*, in *Ethics and Information Technology*, 2017, p. 12. Per la dottrina italiana, SALVADORI I., *Agenti artificiali, opacità tecnologica e distribuzione della responsabilità penale*, cit., p. 89.

⁴⁹ Per l’analisi complete, anche per le riflessioni seguenti, LINA D., *Could AI Agents Be Held Criminally Liable?. Artificial Intelligence and the challenges for Criminal Law*, in *South Carolina L. Rev.*, 2018, 69, pp. 677 ss. Cfr. SALVADORI I., *Agenti artificiali, opacità tecnologica e distribuzione della responsabilità penale*, cit., p. 90.

⁵⁰ RUFFOLO U. - AMIDEI A., *La regolazione ex ante dell’intelligenza artificiale tra gestione del rischio by design, strumenti di certificazione preventive e «autodisciplina» di settore*, in Pajno e al. (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto: una rivoluzione?*, vol. 1, Bologna, Il Mulino, 2022, pp. 489 ss. Cfr. BECK S., *Die Diffusion strafrechtlicher Verantwortlichkeiten durch Digitalisierung und Lernende Systeme*, in *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2020, 2, pp. 41 ss.

contributo specifico di ciascun operatore, considerata la complessità della struttura interna dei sistemi di IA⁵¹.

Superate tale asperità probatorie, ammesso che i vari accertamenti tecnici lo consentano, gli eventi lesivi verificatisi a causa di un errore di programmazione o di funzionamento del sistema, riconducibili dunque a un *difetto* dello stesso, potranno essere imputati a titolo colposo a coloro che lo hanno rispettivamente programmato, sviluppato o collaudato⁵². L'utilizzatore, invece, potrà essere chiamato a rispondere delle conseguenze offensive derivanti dall'impiego del sistema qualora avesse un effettivo potere impeditivo dell'evento⁵³.

L'individuazione dei soggetti penalmente responsabili si complica nei casi in cui l'evento lesivo derivi, sempre sulla scorta degli accertamenti esperibili, da un *output* generato autonomamente dal sistema in base alla sua capacità di auto-apprendimento e di *decision making*. *Outputs* e decisioni che sono dunque fisiologicamente imprevedibili⁵⁴. In altre parole, in assenza, allo stato attuale, di conoscenze approfondite circa il concreto funzionamento degli algoritmi di *machine learning*, gli eventi lesivi scaturenti dai sistemi di IA in caso di malfunzionamenti non riconducibili a un evidente difetto del prodotto, possono considerarsi *prevedibili* per quanto concerne l'*an*, ma *imprevedibili* con riferimento al *quantum* e al *quomodo*. Dunque una connaturata imprevedibilità che è però, a sua volta, prevedibile da parte del costruttore⁵⁵.

Di conseguenza, nei casi in cui il danno derivi da questi *outputs* inaspettati, e l'elevato grado di autonomia del sistema non consenta alcun intervento correttivo immediato a chi lo utilizza, si pone il problema di capire a chi possa essere attribuita la responsabilità⁵⁶. Le difficoltà che si pongono sono essenzialmente

⁵¹ FRAGASSO B., *La responsabilità penale del produttore di sistemi di intelligenza artificiale*, cit., p. 10.

⁵² COSÌ SALVADORI I., *Agenti artificiali, opacità tecnologica e distribuzione della responsabilità penale*, cit., p. 103.

⁵³ *Ibi*, p. 91. Si v. anche FRAGASSO B., *Intelligenza artificiale e crisi del diritto penale d'evento: profili di responsabilità penale del produttore di sistemi di I.A.*, in *Riv.it. dir. Proc. Pen.*, 2024, 1, p. 290.

⁵⁴ KOOPS B. J., *Bridging the Accountability Gap: Rights for new entities in the Information Society?*, in *Science&Technology*, 2010, 2, vol. 11, pp. 497-561.

⁵⁵ Il c.d. "*unpredictable by design*"; si v. CALO R., *Robotics and lessons of Cyberlaw*, in *103 Calif. L. Rev.*, 2015, p. 543.

⁵⁶ La bibliografia sul punto è molto estesa. Si richiamano, a titolo esemplificativo, PIERGALLINI C., *Intelligenza artificiale: da 'mezzo' a 'autore' del reato?*, cit.; SALVADORI I., *Agenti artificiali, opacità tecnologica e distribuzione della responsabilità penale*, cit., pp. 102 ss.; CAPPELLINI A., *Reati colposi e tecnologie dell'intelligenza artificiale*, in *Arch. Pen.*, 2022, 3, pp. 2 ss.

due, e attengono al nesso di causalità e alla colpa, quest'ultima nella sua duplice sfaccettatura del divieto di responsabilità per fatto altrui e di irrinunciabile riconoscimento del giudizio di rimproverabilità⁵⁷.

a) L'accertamento del nesso di causalità

Sul piano della causalità, il problema può essere così sintetizzato: in assenza di leggi scientifiche consolidate che siano in grado di descrivere il dispiegarsi della catena causale nel funzionamento degli algoritmi di *machine learning*, in relazione a questi ultimi è astrattamente possibile individuare *input* e *output*, ma non è agevole ricostruire il meccanismo cagionante che li lega.

In tal senso, la difformità, in termini di risultato atteso, tra l'informazione introdotta dal produttore/costruttore nel sistema e la decisione della macchina, non è scientificamente 'decrittabile', rimanendo pertanto *oscura*.

Questa mancanza di trasparenza pone, ovviamente, problemi di compatibilità con il paradigma nomologico-deduttivo dell'accertamento causale, che richiede che sia sempre individuabile una legge scientifica di copertura⁵⁸.

Sulla scorta di tali considerazioni, una parte della dottrina tedesca sostiene che ove il danno sia da ricondurre al c.d. fattore robotico (cioè a un'azione/decisione autonoma estranea all'originario disegno operativo, e non riconducibile a un evidente *difetto di funzionamento* della macchina), questo debba essere considerato alla stregua di un "fattore causale sopravvenuto interruttivo del nesso causale"⁵⁹, ai sensi dall'art. 41, comma 2, c.p. Secondo tale teoria il comportamento del sistema di IA, e dunque di un terzo, si interporrebbe tra la condotta del produttore e l'evento penalmente rilevante, innescando un "rischio qualitativamente diverso da quello *ab origine* concepito", ed essendo pertanto idoneo a 'spezzare' il nesso di causalità.

Una simile ricostruzione, seppur di indiscutibile "efficacia evocativa"⁶⁰, non è rimasta esente da critiche. Questi sistemi di IA, infatti, già in sede di programma-

⁵⁷ L'analisi condotta secondo queste due direttrici, che ispira anche le riflessioni seguenti, è principalmente riferibile a PANATTONI B., *op. cit.*; SALVADORI I., *Agenti artificiali, opacità tecnologica e distribuzione della responsabilità penale*, cit.; FRAGASSO B., *Intelligenza artificiale e crisi del diritto penale d'evento*, cit.; PIERGALLINI C., *Intelligenza artificiale: da 'mezzo' a 'autore' del reato?*, cit.

⁵⁸ Così FRAGASSO, *La responsabilità penale del produttore di sistemi di intelligenza artificiale*, cit., p. 12. Anche PICOTTI L., *Categorie tradizionali del diritto penale e intelligenza artificiale: crisi o palingesi?*, cit., p. 9.

⁵⁹ GLESS S. - WEIGEN T., *Intelligentene Agenten und das Strafrecht*, in ZSTW, 2014, pp. 561 ss.

⁶⁰ PIERGALLINI C., *Intelligenza artificiale: da 'mezzo' a 'autore' del reato?*, cit., p.

zione vengono dotati della possibilità di apprendimento, e pertanto chi li forgia sa di indirizzare all'esterno un agente di *decision making* non completamente predicibile. Di nuovo, un'*imprevedibilità prevedibile*, che rende tuttavia giuridicamente incorretto il ricorso all'interruzione del nesso causale e che lascerebbe le vittime in una condizione di totale (e inammissibile) vuoto di tutela.

b) L'accertamento della colpa dell'operatore

La seconda "torsione"⁶¹ dogmatica che il diritto penale rischia di subire a fronte dell'emergere di questa nuova tecnologia 'intelligente' riguarda la *tipicità soggettiva*⁶².

Le più autorevoli dottrine sono concordi nel ritenere che, anche qualora si riuscisse a ricostruire la dinamica causale nel rispetto dei principi fondanti del diritto penale, è sul terreno dell'elemento soggettivo che si profila il "congedo dal diritto penale"⁶³. In tal senso, la crisi del modello nomologico-deduttivo sembrerebbe ripercuotersi, a cascata, sull'intera struttura del reato e, nello specifico, sull'accertamento della colpa in capo al produttore.

"L'imprevedibilità genericamente imprevedibile" dei sistemi di IA sembrerebbe paralizzare un giudizio di imputazione per colpa, se si considera che, secondo il criterio di copertura del rischio tipico, affinché l'evento lesivo sia rimproverabile all'agente esso deve costituire realizzazione specifica del rischio che la norma cautelare mirava a prevenire.

Vero è, d'altro canto, che nella prassi giurisprudenziale si è ormai affermato il principio in base al quale il giudizio di prevedibilità non concerne l'evento *hic et nunc* realizzatosi, quanto, piuttosto, la generica classe di eventi in cui si colloca quello oggetto del processo⁶⁴. Secondo quest'ultimo orientamento, dunque, la colpa potrebbe essere considerata sempre sussistente, dal momento che il produttore di un sistema di IA potrà sempre prevedere l'imprevedibilità, appunto, di una determinata classe di eventi lesivi algoritmici.

1761. Ricostruisce la teoria tedesca ma ne critica la sostenibilità sul piano sistematico.

⁶¹ PERINI A., *Adattamento e differenziazione della risposta punitiva nella 'società del rischio'*, in *Dir. Pen. Cont.*, 30 Marzo 2018, pp. 1 ss.

⁶² CAPPELLINI A., *Machina delinquere potest? Brevi appunti su intelligenza artificiale e responsabilità penale*, in *disCrimen*, 27 marzo 2019.

⁶³ PIERGALLINI C., *Intelligenza artificiale: da 'mezzo' a 'autore' del reato?*, cit., p. 1762.

⁶⁴ Per tutti, FRAGASSO B., *La responsabilità penale del produttore di sistemi di intelligenza artificiale*, cit., p. 13.

Anche solo a voler prospettare in astratto una simile congettura, appare evidente che nell'ambito dell'Intelligenza Artificiale la colpa potrebbe operare al solo prezzo della sua definitiva sovrapposizione con la responsabilità oggettiva. Si arriverebbe al paradossale risultato di rimproverare all'operatore ogni evento cagionato dal sistema, di per sé imprevedibile, perché, fisiologicamente e *ab initio*, genericamente prevedibile, abbandonando così l'irrinunciabile DNA della colpa.

5. L'AI Act e l'area del c.d. rischio consentito

Effettuate tutte le considerazioni che precedono, appare possibile affermare che di fronte alle innovazioni portate dai sistemi di IA (in forza dei quali la realizzazione dell'evento è 'contaminata' dall'esecuzione autonoma dell'agente artificiale), l'unico modo per non stravolgere la categoria della *tipicità soggettiva* sembra essere quello di assicurare una rilevanza rafforzata alla misura soggettiva della colpa, facendo risaltare nel giudizio di colpevolezza non solo la diligenza necessaria a evitare l'evento, ma soprattutto il comportamento pretendibile dall'agente⁶⁵, concentrandosi sul definire quello che l'aspettativa sociale richiede al soggetto posto nella posizione di prendere una decisione con ricadute giuridiche rilevanti.

In tal senso, un argine all'espansione del giudizio di responsabilità, nelle sue componenti della prevedibilità ed evitabilità dell'evento, potrà essere costituito dal riconoscimento di un'area di rischio consentito⁶⁶.

Ed è qui che entra in gioco il Regolamento sull'Intelligenza artificiale dell'Unione Europea, che, come si è anticipato in apertura, rappresenta lo 'sfondo' delle presenti riflessioni. Proprio il concetto di 'rischio' è, d'altra parte, al centro dell'*AI Act*, che esplicita i requisiti di sicurezza che ciascun sistema di IA deve soddisfare per poter essere introdotto sul mercato⁶⁷.

⁶⁵ FRAGASSO B., *Intelligenza artificiale e crisi del diritto penale d'evento*, cit., pp. 296 ss.

⁶⁶ Per una lettura dell'*AI Act* come perimetro di riferimento del 'rischio consentito' v. LAUX J., *Trustworthy artificial intelligence and the European Union Ai Act: on the Conflation of Trustworthiness and Acceptability of risk*, in *Regulation & Governance*, 2024, 18, pp. 3 ss. Per tutti, sulla categoria del c.d. rischio consentito, FORTI G., 'Accesso' alle informazioni sul rischio e responsabilità: una lettura del principio di precauzione, in *Criminalia*, 2006, pp. 155 ss.; ID., *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, Giuffrè, 1990.

⁶⁷ Si v. il testo del *Regolamento che stabilisce regole armonizzate sull'Intelligenza Artificiale (Legge sull'Intelligenza Artificiale)*, testo ufficiale consultabile al sito https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2024-0138_IT.pdf.

Il rilievo che qui pare importante mettere in evidenza è che la normativa europea ammette di non poter impedire, in assoluto, che i sistemi di intelligenza artificiale, pur conformi alla normativa sulla sicurezza, cagionino offese a beni giuridici.

Il citato Regolamento ha così introdotto una regolamentazione extra-penale che stabilisce gli standard tecnici da rispettare, le condizioni di rischio da prevenire, le misure cautelari da adottare e quant'altro va previsto e messo in opera nell'esercizio di dette attività per circoscrivere i rischi⁶⁸.

A questo proposito, si possono richiamare i molteplici obblighi e divieti introdotti in relazione ai sistemi "ad alto rischio"⁶⁹.

Si tratta sia di obblighi generali, relativi, ad esempio, alla "qualità" dei *data set* su cui deve svolgersi il necessario allenamento (*training*) dei sistemi stessi (art. 10), sia di obblighi più specifici previsti per singoli operatori, ad esempio in capo al produttore ed allo sviluppatore, che devono garantire un adeguato livello di trasparenza e di informazione al *deployer* (art. 13), ovvero di accuratezza, di robustezza e di cybersicurezza dei sistemi stessi (art. 15).

Ma vengono in rilievo anche l'art. 42, che pone le condizioni perché i dati di addestramento e prova si possano presumere "conformi" ai requisiti di qualità menzionati, e l'art. 44, che regola le condizioni e procedure di valutazione della "conformità" ai requisiti stabiliti per tutti i sistemi "ad alto rischio" dalla sezione 2 del Capo III.

Questa fitta rete di regole extrapenali, da applicare ai sistemi "ad alto rischio" – che sono quelli più importanti da considerare, non solo per il gran numero riconducibile a tale categoria, ma soprattutto ai fini dell'imputazione della responsabilità penale, coinvolgendo per definizione i più rilevanti beni giuridici e diritti fondamentali da proteggere – si indirizza ai diversi operatori coinvolti nella loro catena di vita, secondo i diversi ruoli da essi svolti. Regole che costituiscono, quindi, una solida base positiva, non solo per circoscrivere il perimetro del rischio consentito ("accettabile") nel loro uso, ma anche – per converso – per desumere le concrete regole cautelari da osservare da parte dei rispettivi destinatari, la cui violazione può essere fonte di responsabilità penale per colpa, una volta accertato il nesso di causalità con il fatto o l'evento offensivo, che pur essendo realizzato, nel suo ultimo anello, dalla 'decisione' finale o dal comportamento (*output*) del sistema di intelligenza artificiale, rientri nel nesso di rischio come sopra individuabile.

⁶⁸ Per un'analisi completa si v. FLORIDI L., *The European Legislation on AI: a brief Analysis of its Philosophical Approach*, in *Philosophy & Technology*, 2021, 34, pp. 215 ss.

⁶⁹ Per un'analisi dettagliata PICOTTI L., *Categorie tradizionali del diritto penale e intelligenza artificiale: crisi o palingesi?*, cit., pp.14-16.

In definitiva, alla luce del quadro delineato, le offese derivanti dall'attivazione di sistemi AI conformi alla normativa di settore dovranno, secondo la dottrina prevalente, essere considerate come rientranti nel perimetro del c.d. rischio consentito⁷⁰. Al di fuori, invece, del perimetro normativo relativo allo sviluppo e alla commercializzazione dell'intelligenza artificiale, e dunque in caso di sistema di IA difforme rispetto alla normativa, potranno delinearsi delle ipotesi di responsabilità in capo al produttore per eventuali reati commessi dall'agente artificiale, con tutte le difficoltà di cui si è detto nei paragrafi precedenti⁷¹.

6. Considerazioni conclusive

È giunto ora il momento di provare a tirare le fila di quanto finora esposto e analizzato. L'obiettivo è quello di formulare delle considerazioni conclusive coerenti con il quadro normativo ed empirico esistente, nella consapevolezza che, allo stato, la base conoscitiva è ancora troppo 'scarsa' per poter 'fare di più'.

Ciò che in questa sede preme evidenziare è che, alla luce di quanto detto, e dunque del limite strutturale che un meccanismo di attribuzione della responsabilità penale (personale!) pare incontrare in un contesto di sostanziale inesplicabilità dei modelli di *machine learning*, il ruolo della sanzione penale possa mutare e – a meno di non voler rinunciare ai principi cardine della materia – divenire una rarità.

La questione, in realtà, non è così scontata. Se da un lato, infatti, sussistono delle evidenti incompatibilità tra i classici paradigmi di imputazione della responsabilità penale e le caratteristiche dell'IA, dall'altro è indubbio che, nel caso di 'eventi lesivi algoritmici', soprattutto quando siano coinvolti beni primari come la vita o l'incolumità, la collettività esprime un 'bisogno di pena' e una preoccupazione che non possono essere ignorati.

La sfida per la scienza penalistica sarà allora duplice, e dovrà trovare nell'*equilibrio* la sua parola d'ordine.

Innanzitutto le difficoltà di cui finora si è detto non potranno costituire il pretesto per una rinuncia integrale al diritto penale; essa finirebbe per trasmettere un messaggio deresponsabilizzante verso le grandi società produttrici, alimentando quel *responsability gap* che è alla base di tutte le principali riflessioni dottrinali.

⁷⁰ Per tutti PICOTTI L., *Categorie tradizionali del diritto penale e intelligenza artificiale: crisi o palingesi?*, cit.; Cfr. FRAGASSO B., *Intelligenza artificiale e crisi del diritto penale d'evento: profili di responsabilità penale del produttore di sistemi di I.A.*, cit., pp. 287 ss.

⁷¹ In tal senso, LAUX J. et al., *Trustworthy artificial intelligence*, cit., pp. 3 ss.

In secondo luogo, però, le stesse difficoltà non potranno giustificare l'introduzione di fattispecie incriminatrici 'pretestuose' che eludano le garanzie fondamentali del sistema penale.

In tal senso, alcune voci in dottrina hanno espresso perplessità verso quella che pare essere, *de jure condendo*, una prima soluzione 'di compromesso'. Con quest'ultima espressione ci si riferisce alla prospettata predisposizione di forme anticipata di tutela penale, che, quantomeno in alcuni settori di sviluppo dell'intelligenza artificiale, potrebbero sanzionare determinate condotte secondo lo schema del reato di pericolo astratto. Più nel dettaglio, si tratterebbe di sanzioni inerenti alla creazione o mantenimento di rischi illeciti a beni giuridici primari o alla mancata comunicazione di informazioni rilevanti per la gestione del rischio, coerentemente con lo schema predisposto dall'*AI Act*.

Di nuovo: è troppo presto per effettuare delle previsioni concrete.

Nell'attesa, l'obiettivo del presente contributo è quello di sottolineare la necessità di evitare che esigenze solidaristiche e di assicurazione sociale conducano alla ricerca di un 'capro espiatorio', di un colpevole 'ad ogni costo'.

In altri termini, si dovrebbe evitare che l'immissione sul mercato di quest'ultima tecnologia *supermoderna* generi un'altra ondata di "panpenalismo"⁷². Ossia che il diritto penale, ormai divenuto il sistema preposto alla minimizzazione dei rischi tipici della c.d. società del rischio, non subisca ulteriori torsioni alle sue categorie fondamentali in ragione dell'insicurezza (o meglio, ansia) collettiva che tale contesto generale sociale genera.

ANNA PAMPANIN

*Dottoranda di ricerca in Diritto penale
nell'Università Cattolica del Sacro Cuore*

⁷² CUPELLI C., *Come nasce il panpenalismo. Un esempio*, in *Sist. Pen.*, 17 Novembre 2022.

La responsabilità dell'impresa per progetti in regime di *regulatory sandbox**

SOMMARIO: 1. Introduzione: il fenomeno della *regulatory sandbox* nell'ordinamento italiano. – 2. L'art. 36 D.L. n. 76/2020. – 3. Profili problematici: una disciplina a rischio di incostituzionalità? – 4. Il principio di uguaglianza e le distorsioni concorrenziali. – 5. La questione della responsabilità dell'impresa: analisi dell'art. 36, comma 7 D. L. n. 76/2020. – 6. Trasparenza e bilanciamento degli interessi concorrenziali. – 7. Le prime sperimentazioni autorizzate: un caso pratico. – 8. Considerazioni conclusive e prospettive *de iure condendo*.

1. *Introduzione: il fenomeno della regulatory sandbox nell'ordinamento italiano*

Il presente contributo si propone di esaminare l'introduzione, anche nell'ordinamento italiano, di un nuovo modello di regolazione delle tecnologie emergenti denominato *regulatory sandbox*, il quale è disciplinato dall'art. 36 D.L. n. 76/2020. Tale approccio, come si vedrà meglio in seguito, consiste nella temporanea deroga a norme di rango primario impeditive della sperimentazione (cd. barriere normative) finalizzata a testare sul campo le tecnologie emergenti, pur sotto la vigilanza di autorità pubbliche¹.

Il fenomeno dell'innovazione tecnologica ha, infatti, nel corso degli ultimi anni, comportato una progressiva difficoltà per gli Stati nell'apportare efficaci strumenti di regolazione². Al fine di ottenere il massimo dei benefici derivanti

* Le opinioni qui contenute sono espresse a titolo puramente personale ed esse non impegnano né sono in alcun modo espressione dell'indirizzo dell'Autorità di Regolazione dei Trasporti presso cui l'Autore – dottorando interateneo presso le Università di Trieste e Udine in diritto per l'innovazione nello spazio giuridico europeo (diritto costituzionale) - svolge la sua attività professionale come Funzionario.

¹ Per un'analisi approfondita al riguardo, v. RINGE W.G., RUOF C., *Regulating Fintech in the EU: the Case for a Guided Sandbox*, in *European Journal of Risk Regulation*, 2020, pp. 606 ss.

² Circa l'evoluzione a livello mondiale del fenomeno e per un'analisi del caso di studio di Taiwan, Paese che più di altri ha adottato un approccio aggressivo nell'adozione

dalle nuove e inedite tecnologie e, al contempo, mitigarne i rischi, sempre più ordinamenti hanno così adottato lo strumento della cd. *regulatory sandbox*.

L'istituto in questione si inserisce nel quadro di un fenomeno decisamente ampio e che coinvolge sempre più Paesi a livello globale; a fare da apripista all'inedito modello di regolazione è stato il Regno Unito nel 2015 con riferimento al settore del cd. Fintech e, successivamente, molti altri Paesi hanno adottato strumenti analoghi, tant'è che, da allora al 2021, si sono registrate ben 73 sandboxes in 57 Stati³.

Inserendosi nella scia descritta, anche l'Italia, nel 2020, si è dotata di una disciplina generale sulla *regulatory sandbox* condensata nel citato art. 36 D.L. n. 76/2020³ convertito con modificazioni dalla L. n. 120/2020. Si è visto che con tale termine si fa riferimento a quel modello di regolazione che ha nella forza derogatoria (più o meno ampia) del diritto vigente il suo elemento fondamentale. Tale deroga è diretta a incentivare l'innovazione sospendendo temporaneamente le norme che impediscono la sperimentazione sotto la vigilanza di un soggetto pubblico e in uno spazio "sicuro", come all'interno di un recinto sabbioso in cui i bambini sono liberi di costruire e distruggere, secondo la metafora a cui il nome, *regulatory sandbox*, appunto rimanda.

2. L'art. 36 D.L. n. 76/2020

L'art. 36 D.L. n. 76/2020 prevede che, «*al fine di favorire la trasformazione digitale della pubblica amministrazione, nonché lo sviluppo, la diffusione e l'impiego*

della *regulatory sandbox*, si vedano CHANG-HSIEN TSAI, CHING-FU LIN, HAN-WEI LIU, *The Diffusion of the Sandbox Approach to Disruptive Innovation and Its Limitations*, in *Cornell International Law Journal*, 2020, p. 262.

³ Così si apprende da HELLMANN T., MONTAG A., VULKAN N., *The Impact of the Regulatory Sandbox on the FinTech Industry*, consultabile al link https://www.disei.unifi.it/upload/sub/International%20week/Hellmann_Montag_Vulkan_2022-1.pdf. Si vedano, inoltre, CORNELLI G., DOERR S., GAMBACORTA L., MERROUCHE O., *Regulatory Sandboxes and Fintech Funding: Evidence from the UK*, 2022, Working Paper, reperibile in <https://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/altri-atti-convegni/2022-financial-stability/sessione-5/V-1-Paper.pdf>. Per dati relativi alle *regulatory sandboxes* attive in ogni Paese, pur risalenti al 2020, v. quanto pubblicato dalla *World Bank* al link <https://www.worldbank.org/en/topic/fintech/brief/key-data-from-regulatory-sandboxes-across-the-globe>. Per un'analisi degli aspetti relativi al connesso tema della concorrenza, cfr. PONCIBÒ C., ZOBOLI L., *The Methodology of Regulatory Sandboxes in the EU: A Preliminary Assessment from A Competition Law Perspective*, in *European Union Law Working Papers No. 61*, *Stanford-Vienna Transatlantic Technology Law Forum*, 2022. L'inquadramento della *regulatory sandbox* quale forma di sperimentazione legislativa sul piano europeo è rinvenibile infine in RANCHORDÁS S., *Experimental Lawmaking in the EU: Regulatory Sandboxes*, in *University of Groningen Faculty of Law Research Paper Series*, 2021, p. 1.

delle tecnologie emergenti e di iniziative ad alto valore tecnologico»⁴, la struttura della Presidenza del Consiglio dei ministri competente per la trasformazione digitale (ossia il Dipartimento per la Trasformazione digitale) riceveva una domanda, proveniente, tra l'altro, dalle imprese, finalizzata a una deroga temporanea a disposizioni nazionali «che impediscono la sperimentazione»⁵.

La domanda in questione deve tenere conto dei limiti previsti dai commi 3 e 8 dello stesso articolo. In altri termini, il procedimento incontra due ordini di barriere: per un verso, quella relativa a determinate materie che non possono soffrire di deroghe per via amministrativa, come le previsioni a protezione della salute, dell'ambiente, dei beni culturali e paesaggistici, nonché le disposizioni penali, del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione; per altro verso, quella riguardante l'ambito del cd. Fintech il quale è interessato da una diversa norma di carattere speciale⁶. Completa il quadro il divieto di ledere vincoli inderogabili connessi all'appartenenza all'Unione europea o a obblighi internazionali.

⁴ Il testo completo della norma prevede che, «*al fine di favorire la trasformazione digitale della pubblica amministrazione, nonché lo sviluppo, la diffusione e l'impiego delle tecnologie emergenti e di iniziative ad alto valore tecnologico, le imprese, le Università, gli enti di ricerca, pubblici e privati, e le società con caratteristiche di spin off o di start up universitari di cui all'articolo 6, comma 9, della legge 30 dicembre 2010, n. 240, che intendono sperimentare iniziative attinenti all'innovazione tecnologica e alla digitalizzazione, possono presentare alla struttura della Presidenza del Consiglio dei ministri competente per la trasformazione digitale i relativi progetti, con contestuale domanda di temporanea deroga alle norme dello Stato, diverse da quelle di cui al comma 3, che impediscono la sperimentazione. Nella domanda sono indicati il titolare della richiesta e il responsabile della sperimentazione, sono specificati le caratteristiche, i profili di innovazione, la durata, le finalità del progetto e della sperimentazione, nonché i risultati e i benefici attesi, le modalità con le quali il richiedente intende svolgere il monitoraggio delle attività e valutarne gli impatti, nonché gli eventuali rischi connessi all'iniziativa e le prescrizioni che si propongono per la loro mitigazione*».

⁵ Sul tema v. CHIAPPINI A., *Regulatory Sandbox italiano in una prospettiva europea, costituzionale ed amministrativa*, in *Amministrativamente*, 2021, n. 4, pp. 886 ss.; G. LO SAPIO, *Il regolatore alle prese con le tecnologie emergenti. La regulatory sandbox tra principi dell'attività amministrativa e rischio di illusione normativa*, in *Federalismi*, 2022, n. 30, pp. 88 ss.; MERLINO A., *Regulatory sandbox. Una nuova prospettiva ordinamentale*, Napoli, 2022. Sul rapporto di tale innovativo strumento di regolazione rispetto al sistema delle fonti, cfr. ID., *Il regulatory sandbox e la teoria delle fonti*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna online*, Fascicolo 1/2022, pp. 1 ss.

⁶ Ci si riferisce all'art. 36, comma 2 *bis* e ss. D.L. 34/2019, poi attuato con il D.M. 100/2021. Merita precisare che il comma 8 dell'art. 36 D.L. 76/2020 stabilisce testualmente che «*il presente articolo non si applica alle attività che possono essere sperimentate ai sensi dell'articolo 36 del decreto-legge 30 aprile 2019, n. 34, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 giugno 2019, n. 58. In ogni caso, con l'autorizzazione di cui al presente articolo*

Tale istanza contiene alcuni elementi fondamentali che sono costituiti dall'indicazione del titolare della richiesta e del responsabile della sperimentazione, nonché dalla specificazione delle caratteristiche, dei profili di innovazione, della durata, e delle finalità del progetto e della sperimentazione. Vengono, inoltre, rappresentati i risultati e i benefici attesi, le modalità con le quali il richiedente intende svolgere il monitoraggio delle attività e valutarne gli impatti, nonché gli eventuali rischi connessi all'iniziativa e le prescrizioni che si propongono per la loro mitigazione.

La struttura del procedimento prevede, poi, che la domanda descritta vada contestualmente indirizzata anche al Ministero dello sviluppo economico (ora Ministero delle imprese e del *made in Italy*), il quale, sentito il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti per gli eventuali aspetti relativi alla sicurezza della circolazione, la esamina entro trenta giorni e redige una relazione istruttoria contenente la proposta di autorizzazione alla citata struttura della Presidenza del Consiglio dei ministri ovvero di preavviso di diniego.

Dunque, la competente struttura della Presidenza del Consiglio dei ministri, d'intesa con il Ministero dello sviluppo economico, autorizza la sperimentazione, fissandone la durata, non superiore a un anno e prorogabile per una sola volta. Nella stessa autorizzazione vengono stabilite le modalità di svolgimento e imposte le prescrizioni ritenute necessarie per mitigare i rischi.

Una volta terminata la sperimentazione, le norme derivate per mezzo dell'autorizzazione descritta riacquistano operatività e l'impresa richiedente trasmette alla struttura della Presidenza del Consiglio dei ministri competente per la trasformazione digitale e al Ministero delle imprese e del *made in Italy* una documentata relazione con la quale si illustrano i risultati del monitoraggio e della sperimentazione, nonché i benefici economici e sociali conseguiti.

Il Dipartimento per la Trasformazione digitale, sulla base degli accertamenti svolti durante la sperimentazione e a conclusione della stessa, valuta la relazione

non può essere disposta la sperimentazione in materia di raccolta del risparmio, credito, finanza, moneta, moneta elettronica, sistema dei pagamenti, assicurazioni e di ogni altro servizio finanziario oggetto di autorizzazione ai sensi di disposizioni dell'Unione europea o di disposizioni nazionali che danno attuazione a disposizioni dell'Unione europea, nonché in materia di sicurezza nazionale. È altresì esclusa l'autorizzazione alla sperimentazione di cui al presente articolo in materia anagrafica, di stato civile, di carta d'identità elettronica, elettorale e referendaria, nonché con riguardo ai procedimenti di competenza delle autorità provinciali di pubblica sicurezza relativi a pubbliche manifestazioni, misure di prevenzione personali e patrimoniali, autorizzazioni e altri provvedimenti a contenuto abilitativo, soggiorno, espulsione e allontanamento dal territorio nazionale degli stranieri e dei cittadini dell'Unione europea, o comunque di ogni altro procedimento a carattere preventivo in materia di pubblica sicurezza, e ai provvedimenti e alle comunicazioni ad essi connessi».

finale e attesta l'eventuale esito positivo dell'iniziativa promossa dall'impresa richiedente. A questo punto lo stesso Dipartimento esprime un parere al Presidente del Consiglio dei ministri e al Ministro competente per materia sulla opportunità di modifica delle disposizioni di legge o di regolamento che disciplinano l'attività oggetto di sperimentazione.

3. *Profili problematici: una disciplina a rischio di incostituzionalità?*

L'istituto, innovativo almeno quanto le tecnologie che si propone di incentivare e regolare, pone diverse questioni, in primo luogo con riferimento alla gerarchia delle fonti dal momento che si tratta di un atto amministrativo, adottato dalla competente struttura della Presidenza del Consiglio dei ministri, ossia il Dipartimento per la trasformazione digitale, d'intesa con il Ministero delle imprese e del *made in Italy*, ad autorizzare la deroga, pur temporanea, della norma primaria.

In primo luogo, infatti, non può non destare qualche perplessità la possibilità, pur con i limiti descritti, per la Pubblica Amministrazione di procedere a derogare norme di rango primario su domanda e in modo, in realtà, assai discrezionale. Il procedimento in questione si pone, all'evidenza, in forte tensione rispetto al principio di legalità in senso sostanziale⁷ di cui all'art. 97 della Costituzione. Tale principio è, peraltro, stato ribadito e precisato dalla nota sentenza della Corte Costituzionale n. 115/2011, la cui interpretazione ha trovato conferma in ulteriori arresti della medesima Corte, in tema di poteri di ordinanza del sindaco.

La Consulta ha rimarcato che l'art. 97 Costituzione istituisce una riserva di legge relativa allo scopo di assicurare l'imparzialità della Pubblica Amministrazione; tuttavia, sulla scorta di tale premessa, la Corte ha stabilito che «l'assenza di limiti, che non siano genericamente finalistici, non consente [...] che l'imparzialità dell'agire amministrativo trovi, in via generale e preventiva, fondamento effettivo, ancorché non dettagliato, nella legge»⁸. Questo significa che il principio in discorso

⁷ In argomento, v. CARLASSARE L., voce *Legalità (principio di)*, in *Enc. giur.*, vol. XVIII, Roma, 1990, pp. 1 ss. Sulla lunga crisi del principio di legalità e del sistema "legicentrico", cfr., tra gli altri, TANDA P., *Principio di legalità ed efficienza amministrativa*, in *Scritti in memoria di Roberto Marrama*, a cura di F.G. Scoca, Napoli, 2012, pp. 1147 ss.; circa le ragioni di tale crisi, v. IMMORDINO M. – POLICE A. (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, *Atti del Convegno, Palermo (27-28 febbraio 2003)*, Torino, 2004, pp. 242 ss.

⁸ Cfr. Corte cost., 7 aprile 2011, n. 115, in *www.cortecostituzionale.it*, sulla quale v. CARRER M., *Le ordinanze dei sindaci e la scorciatoia della Corte. Osservazioni, a prima lettura, alla sentenza della Corte costituzionale 7 aprile 2011, n° 115*, in *Forum Quaderni Costituzionali*, 2011, pp. 1 ss.; CERULLI IRELLI V., *Sindaco legislatore?*, in *Giur. cost.*,

verrebbe leso se la legge si limitasse a prevedere, anziché i presupposti dell'agire amministrativo, una generica finalità.

Ciò considerato, sembra che vada maneggiato con estrema cautela il potere attribuito dalla norma in commento alla Pubblica Amministrazione relativo alla possibilità di derogare a norme di legge su domanda e in materie del tutto eterogenee. In proposito, infatti, valgono i già ricordati limiti minimi, definiti in negativo, costituiti dalle norme indicate ai commi 3 e 8 e riguardanti, tra l'altro, la tutela della salute, dell'ambiente, dei beni culturali e paesaggistici, le disposizioni penali o del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, i vincoli inderogabili derivanti dal diritto dell'Unione o da obblighi internazionali e l'ambito del cd. Fintech. Tuttavia, non è difficile scorgere l'assonanza rispetto all'assenza di limiti, se non generalmente finalistici, che ha fondato la richiamata pronuncia di illegittimità costituzionale.

In questo senso, l'unico effettivo limite che incontra la Pubblica Amministrazione nell'autorizzare la deroga temporanea, oltre all'esclusione delle elencate materie, appare essere, appunto, quello relativo alla finalità dell'innovazione, in quanto l'iniziativa dev'essere *«diretta a favorire la trasformazione digitale della pubblica amministrazione, nonché lo sviluppo, la diffusione e l'impiego delle tecnologie emergenti e di iniziative ad alto valore tecnologico»*.

È evidente come la Pubblica Amministrazione, stando al tenore letterale della norma, possa autorizzare la deroga a norme di rango primario con discrezionalità molto ampia e limitata solo dal generico riferimento al valore tecnologico della sperimentazione. Problematico è, peraltro, proprio il concetto di *«alto valore tecnologico»*, in quanto tale riferimento, se non ulteriormente specificato, può apparire eccessivamente generico.

Sembra, dunque, opportuno interpretare il riferimento dell'art. 36 D.L. n. 76/2020 allo sviluppo, diffusione e impiego delle tecnologie emergenti e alle iniziative ad alto valore tecnologico come limitato a quelle innovazioni la cui adozione, sul piano oggettivo, comporta una maggior efficienza e un miglioramento netto e lineare rispetto al passato, senza compromettere altri diritti che vengano di volta in volta in gioco.

Il riferimento all'alto valore tecnologico va, in questo senso, inteso come un limite forte alla discrezionalità della Pubblica Amministrazione che può autorizzare deroghe a tecnologie che presentino soli tratti migliorativi rispetto a quelle esistenti. Non è, in altri termini, possibile per la P.A. condurre scelte che invadano la discrezionalità del Legislatore per quanto riguarda l'introduzione

2011, pp. 1600 ss.; MORANA D., *La rivincita dell'art. 23 Cost. sulle ordinanze di sicurezza urbana (senza bisogno di invocare un principio supremo dello Stato di diritto)*, *ivi*, 2011, pp. 1606 ss

della regolazione di fenomeni tecnologicamente complessi. Dunque, saranno autorizzabili solo le tecnologie che non comportino, nemmeno in ipotesi, la compromissione di altri diritti, dal momento che, in questo caso, verrebbe del tutto stravolta la funzione stessa della norma che si limita a rimuovere barriere normative obsolete e superate, mai rimosse a causa della lentezza del Legislatore di fronte al prorompere incessante di novità tecniche e non ad aggirare il sistema delle fonti.

Sulla scia delle considerazioni svolte, nel contributo in questione, è opportuno soffermarsi sulla responsabilità dell'impresa richiedente e sulle possibili distorsioni concorrenziali che tale istituto rischia di comportare.

4. *Il principio di uguaglianza e le distorsioni concorrenziali*

Profili problematici emergono, infatti, con riferimento al principio di uguaglianza di cui all'art. 3 della Costituzione⁹. Si badi, problemi di disparità di trattamento non emergono tanto a monte della procedura, giacché tutte le imprese sono di fatto messe nelle stesse condizioni di accedere allo strumento, quanto a valle e, cioè, tra l'impresa che è autorizzata a operare in regime di *regulatory sandbox* e le altre.

Da quest'ultimo angolo visuale, il pericolo di lesione del principio *de quo* sembra emergere in tutta la sua evidenza se solo si pensa allo squilibrio che si viene a creare tra l'assetto normativo dell'impresa autorizzata e quello delle restanti imprese che rimangono vincolate a tutte le norme previste dall'ordinamento. Tale aspetto sembra rappresentare uno dei punti più critici nell'applicazione della norma e può creare forti distorsioni anche in relazione alla tutela della concorrenza¹⁰.

⁹ Sul punto, cfr., per tutti, AGRÒ A. S., *Commento all'art. 3 Cost.*, in AA.VV., *Commentario della Costituzione*, a cura di BRANCA G., Bologna, Roma, 1975, pp. 123 ss.; PALADIN L., *Corte costituzionale e principio generale d'uguaglianza: aprile 1979 – dicembre 1983*, in AA.VV., *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, I, Padova, 1985, pp. 605 ss.; ID., *Il principio costituzionale d'uguaglianza*, Milano, 1965.

¹⁰ Com'è noto, l'espresso riferimento alla tutela della concorrenza è contenuto, a seguito della riforma costituzionale del 2001, nell'art. 117, comma 2, lett. e), Cost. Per una rassegna delle pronunce della Corte costituzionale rilevanti in tema, v. LIBERTINI M., *La tutela della concorrenza nella Costituzione. Una rassegna critica della giurisprudenza costituzionale italiana dell'ultimo decennio*, in *Mercato, Concorrenza Regole*, 2014, pp. 503 ss., nonché *Quaderno del servizio studi della Corte Costituzionale, "la concorrenza"*, a cura di L. Delli Priscoli, 2015, consultabile in https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/Laconcorrenza.pdf. Sul rapporto con il diritto dell'Unione europea, v. DONATI F., *La tutela della concorrenza tra Costituzione e diritto*

Il procedimento in questione finisce, infatti, per creare quasi un ordinamento separato (seppur temporaneo) per l'impresa richiedente la quale può sperimentare la nuova tecnologia senza sottostare ai vincoli normativi che la limiterebbero. È chiaro, dunque, che, anche in questo caso, occorre adottare una lettura restrittiva della norma. Infatti, come si può ben vedere, in caso opposto si finirebbe per assistere a imprese che svolgerebbero la propria attività sottostando a norme anche molto differenziate tra loro. Si verificherebbe, dunque, una sorta di concorrenza delle autorizzazioni la quale si caratterizzerebbe per essere centrata non tanto sul prodotto quanto sul regime di regole di volta in volta applicate. Non sfugge, inoltre, il possibile connesso fenomeno della creazione di società di comodo, le quali nascerebbero con il solo scopo di ottenere un'autorizzazione più ampia o la proroga indebita di una precedente autorizzazione rilasciata alla società madre.

Dunque, è necessario, al fine di garantire una lettura costituzionalmente conforme della disposizione, ritenere che la sperimentazione non possa assumere grandezze dimensionali tali da alterare il gioco della concorrenza.

In altre parole, la sperimentazione può avvenire solo per singoli casi e senza avere carattere direttamente commerciale. L'impresa non può, così, impiegare la nuova tecnologia direttamente "a mercato", ma deve limitarsi a una fase di test, al fine di non avvantaggiarsi direttamente di un assetto normativo differente rispetto ai concorrenti. Tale precisazione dovrebbe, pertanto, costituire il presupposto indispensabile allo scopo di ottenere il provvedimento di autorizzazione. Il limite di cui si discute potrebbe, peraltro, essere incluso nelle prescrizioni proposte per la mitigazione dei rischi dal momento che, altrimenti, i confini autorizzativi di cui si discute potrebbero finire, nell'applicazione pratica, con l'essere disattesi vista l'assenza di una specifica previsione.

Dunque, sembra che, qualora si prediligesse la lettura qui proposta, i principi costituzionali confliggenti verrebbero adeguatamente bilanciati. Da un lato, si troverebbero il principio di uguaglianza e quello di legalità sostanziale sulla scia dell'interpretazione dalla citata sentenza della Corte Costituzionale n. 115/2011, la quale impone che la legge determini, come si è visto, limiti all'azione amministrativa «che non siano genericamente finalistici». Dall'altro lato, si collocherebbe la promozione della ricerca scientifica di cui all'art. 9 Costituzione, a monte dell'innovativa disciplina.

dell'Unione europea, in *Rivista della Regolazione dei Mercati*, 2020, n. 1, p. 19. Sul fondamento costituzionale della tutela della concorrenza, cfr., di recente, MANETTI M., *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, in *Quaderni costituzionali*, 2019, n. 2, pp. 315 ss.; PITRUZZELLA G., *Diritto costituzionale e diritto della concorrenza: c'è dell'altro oltre l'efficienza economica?*, *ivi*, 2019, n. 3, pp. 597 ss.

5. *La questione della responsabilità dell'impresa: analisi dell'art. 36, comma 7 D. L. n. 76/2020*

Se l'art. 36 D.L. n. 76/2020 può essere interpretato in modo costituzionalmente orientato, valorizzando aspetti quali la temporaneità e la revocabilità dell'autorizzazione alla deroga, resta aperto il problema della previsione di cui al comma 7 il quale stabilisce che «*L'impresa richiedente è in via esclusiva responsabile dei danni cagionati a terzi in dipendenza dallo svolgimento della sperimentazione. Il rilascio dell'autorizzazione di cui al comma 2 non esclude o attenua la responsabilità dell'impresa richiedente*».

È, dunque, da esaminare la portata di tale disposizione al fine di verificare le possibili implicazioni, anche fortemente limitative, che potrebbero derivare da una lettura non restrittiva del testo normativo. Infatti, molte possono essere le conseguenze di un'interpretazione eccessivamente ampia in tema di responsabilità dell'impresa richiedente; in questo senso occorre rilevare, da un lato, che l'attività autorizzata si svolge, per definizione, *contra legem* e, dall'altro lato, che risulta probabile si realizzi un danno per le imprese concorrenti.

Le imprese concorrenti, non avendo accesso ai dati derivanti dagli esperimenti “sul campo” acquisiti dall'impresa autorizzata, possono effettivamente trovarsi a subire un notevole svantaggio concorrenziale, se non altro nel successivo sviluppo dei propri prodotti. In sostanza, l'impresa autorizzata otterrebbe un notevole vantaggio da *first mover* nel settore in cui la tecnologia si comincia a sviluppare¹¹.

Tale ingresso nel mercato come prima impresa può, infatti, comportare il consolidamento di un vantaggio, in termini di quote di mercato, anche sul lungo periodo. Ecco, dunque, che anche la sperimentazione senza immediata commercializzazione potrebbe risultare sufficientemente appetibile, in termini di dati derivanti da test applicativi e implementazione sul campo della nuova tecnologia.

Tuttavia, interpretando in modo ampio la nozione di danno cagionato “*a terzi in dipendenza dallo svolgimento della sperimentazione*” si finirebbe con il paralizzare irrimediabilmente l'istituto. Anche in questo caso si propone, dun-

¹¹ Per una approfondita analisi sui vantaggi dell'impresa *first mover* e i possibili fenomeni di *free ride* dell'impresa *second mover* si veda, tra gli altri, uno studio recente di BAUCKLOH T., SCHALTEGGER S., UTZ S. e altri, *Active First Movers vs. Late Free-Riders? An Empirical Analysis of UN PRI Signatories' Commitment*, in *J Bus Ethics*, 2023, pp. 747 ss. Inoltre, più studi sottolineano la correlazione tra ordine cronologico di ingresso in un mercato ed effetti perduranti in termini di quota di mercato detenuta: v., per tutti, ROBINSON W. T., KALYANARAM G., URBAN G. L., *First-Mover Advantages from Pioneering New Markets: A Survey of Empirical Evidence*, in *Review of Industrial Organization*, 1994, n. 9, p. 1. Per un'impostazione più dubitativa circa l'automatismo del fenomeno, cfr. SUAREZ F., LANZOLLA G., *The Half-Truth of First Mover Advantage*, in *Harvard Business Review*, aprile 2005, pp. 121 ss.

que, un'interpretazione restrittiva di tale disposizione valorizzando, da un lato, la salvaguardia della concorrenza da realizzare, in primo luogo, per mezzo di autorizzazioni e mai direttamente "a mercato" e, dall'altro lato, un concetto di danno fortemente limitato dal momento che, altrimenti, molte imprese concorrenti potrebbero dirsi danneggiate dalla sperimentazione, per definizione *contra legem*, dell'impresa richiedente.

È così possibile immaginare una lettura non limitante della norma che, altrimenti, ne risulterebbe quasi certamente paralizzata.

6. Trasparenza e bilanciamento degli interessi concorrenziali

Occorre, poi, che sia rispettato il principio di trasparenza, da rendere effettivo tramite la pubblicazione, anche per iniziativa dell'impresa stessa, sia del provvedimento di autorizzazione sia della relazione finale che l'impresa trasmette al Dipartimento per la trasformazione digitale e al Ministero competente.

Passando dal piano teorico alle effettive applicazioni della norma in discussione occorre evidenziare che i provvedimenti autorizzativi non sono stati pubblicati. Tale prassi appare lecita a seguito dell'intervento dell'art. 22 d.lgs. n. 97/2016 che ha abrogato alcune disposizioni dell'art. 23 d.lgs. n. 33/2013, escludendo dall'obbligo di pubblicazione, tra l'altro, i provvedimenti di autorizzazione o concessione.

Tuttavia, sembra di poter criticare tale orientamento dell'Amministrazione dal momento che sarebbe auspicabile la massima trasparenza possibile e andrebbe assicurata la più ampia conoscenza dei provvedimenti in questione al fine di non creare possibili zone di opacità circa l'ampiezza dell'autorizzazione ottenuta ed assicurare un controllo diffuso per quanto riguarda la parità di trattamento fra i soggetti richiedenti. Ciò è tanto più vero in quanto occorre rendere perlomeno conoscibile agli altri soggetti operanti sul mercato (oltre che a chiunque altro sia interessato) quali sono le regole che concretamente presidiano l'attività dell'impresa richiedente. Infatti, in caso contrario, l'impresa richiedente potrebbe opporre prerogative autorizzative sfornite di alcuna base provvedimentale, semplicemente esibendo, in modo parziale, l'autorizzazione ottenuta.

Vale la pena notare, poi, che risulta così impossibile per il concorrente, in qualità di terzo controinteressato, conoscere il provvedimento e ricorrere tempestivamente. La mancata conoscenza dell'ampiezza del provvedimento potrebbe, inoltre, facilmente portare a rendere impossibile la richiesta, per altri operatori economici, di deroghe simili o identiche, dal momento che, con ogni probabilità, ciascuna impresa chiederebbe la temporanea rimozione di norme, perlomeno parzialmente, diverse, finendo con il frammentare la regolazione del mercato.

Infine, l'impresa autorizzata, per poter andare esente da responsabilità, dovrebbe rispettare un elevato livello di trasparenza fornendo, nella relazione, tutti i dati utili raccolti durante la sperimentazione e non limitandosi a una generica illustrazione dei benefici economici e sociali conseguiti. In questo caso, risulta fondamentale l'operazione di vigilanza e monitoraggio messa in campo dalla parte pubblica la quale potrebbe finire perfino con il revocare l'autorizzazione in caso di inadempienza, anche informativa, dell'impresa richiedente.

L'istituto risulterebbe così ancora attrattivo (l'impresa autorizzata otterrebbe comunque un vantaggio, benché meramente cronologico, nell'acquisizione dei dati) ma verrebbe al contempo bilanciato con le esigenze delle imprese concorrenti.

7. *Le prime sperimentazioni autorizzate: un caso pratico*

Risultano presenti, tuttavia, alcuni comunicati stampa relativi ai provvedimenti approvati ed è reperibile online, sul sito di un'impresa richiedente, un solo provvedimento di autorizzazione¹². Ciò che appare opportuno analizzare, tuttavia, è proprio l'innovazione annunciata dai comunicati stampa in questione i quali, si può ben intuire, si concentrano sulle norme impeditive contenute nel codice della strada, dal momento che è stata autorizzata a operare, nel Comune di Milano, in fase di test, una flotta di robot fattorini (dell'azienda Yape)¹³.

Già da una lettura del comunicato, necessariamente lacunoso, si può, tuttavia, scorgere l'applicazione di numerose limitazioni in linea con quelle auspiccate nel presente contributo. Infatti, da un lato, il robot è «dotato di un sistema di regolazione della velocità che non supererà i 6 chilometri all'ora» e, dall'altro lato, il «Comune di Milano ha scelto come base per la sperimentazione l'area di Cascina Merlata».

Pare, dunque, che siano presenti limitazioni, anche spaziali, tali da ridurre di molto il rischio di violazione in concreto delle norme del codice della strada che vengono derogate. Inoltre, va notato che tale servizio non sembra svilupparsi «a mercato», ossia non assume le vesti di un'iniziativa commerciale su larga scala e, dunque, non appare lesivo della concorrenza rispetto alle imprese del settore.

Si può trarre, pertanto, una prima indicazione, in linea con quanto fin qui evidenziato, circa l'approccio limitato che è necessario la sperimentazione man-

¹² Il provvedimento è infatti reso interamente disponibile al link <https://be-in.it/wp-content/uploads/2021/02/avvio-sperimentazione.pdf>

¹³ Come si può apprendere leggendo il comunicato stampa sul sito ufficiale del Dipartimento al link <https://innovazione.gov.it/notizie/articoli/al-via-la-sperimentazione-di-yape-il-primo-robot-fattorino-per-le-consegne-a-guida-autonoma/>.

tenga. In tema di responsabilità, tuttavia, il caso in questione si può porre come paradigmatico con riferimento a coloro che circolano, a piedi o muniti di autovetture, nella zona autorizzata. Infatti, in primo luogo, occorre, di nuovo, stigmatizzare la mancata pronta conoscibilità, sotto il profilo perlomeno del perimetro autorizzativo, da parte di chiunque sia presente, di quanto stia accadendo. In secondo luogo, emerge chiaramente un possibile profilo di tutela dei terzi verso i quali l'impresa mantiene la propria responsabilità; tuttavia, sarebbe necessario, nelle mitigazioni del rischio presenti, ad esempio, prevedere la stipula, da parte dell'impresa richiedente, di un'apposita assicurazione oltre a fissare tutti i limiti necessari al fine di garantire una sicura circolazione stradale.

Si vede, dunque, come proprio in tale settore, che è stato inizialmente interessato dal procedimento di deroga normativa in questione, vi siano profili di responsabilità assai concreti i quali, da un lato devono essere limitati rispetto alle imprese concorrenti, al fine di non paralizzare la portata dell'istituto e, dall'altro lato, devono essere tenuti in adeguata considerazione dalla P.A. autorizzante, prevedendo misure di mitigazione del rischio particolarmente attente.

8. *Considerazioni conclusive e prospettive de iure condendo*

Per concludere, occorre notare che la disposizione in esame sembra segnalare la volontà di operare un deciso cambio di passo volto a favorire la capacità di innovarsi dell'ordinamento di fronte a fenomeni innovativi che evolvono in tempi incompatibili rispetto a possibili riforme legislative. D'altra parte, la norma segnala anche la necessità di rimuovere le cd. barriere normative che frenano l'innovazione la cui precoce incentivazione appare sempre più decisiva all'interno di un mercato largamente globalizzato.

In questo senso, occorre perciò incoraggiare le innovazioni cd. disruptive che comportano, cioè, cambiamenti talmente radicali da aprire nuovi mercati e rendere obsoleta la tecnologia precedente oltre che, tendenzialmente, le competenze a essa connesse (a differenza delle tecnologie cd. incremental, di semplice miglioramento del prodotto).

Il procedimento in questione, in ogni caso, è sempre a termine e si conclude, se la sperimentazione è positiva, con un parere al Presidente del Consiglio dei ministri e al Ministro competente per materia sulla opportunità di modifica delle disposizioni di legge o di regolamento che disciplinano l'attività oggetto di sperimentazione. In altri termini, non è il legislatore a guidare e regolare lo sviluppo delle tecnologie emergenti, ma sono le imprese, depositarie della conoscenza tecnica ed economica di tali innovazioni, che, "dal basso", segnalano gli impedimenti normativi all'Amministrazione in un processo, paradossalmente, di apertura democratica alle istanze degli operatori di mercato.

Il passaggio finale comporta, poi, che la Pubblica Amministrazione si faccia promotrice di modifiche normative fondate sulla necessità, per le imprese che intendano proseguire con l'innovazione sperimentata, di liberarsi da vincoli troppo stringenti e non più in linea con le proprie prospettive di sviluppo.

Si superano, dunque, le cd. barriere normative facendo riferimento a un approccio di regolazione del tutto inedito che fa parte di quegli strumenti di *better regulation* verso i quali le istituzioni europee hanno dimostrato un sempre maggior interesse¹⁴.

Si può ritenere che il ruolo del legislatore venga comunque garantito in quanto ogni deroga dev'essere temporanea e l'intero procedimento, in fondo, si connota per essere finalizzato ad acquisire le informazioni tecniche necessarie, che prima della sperimentazione possono non essere chiare perfino all'impresa richiedente, per proporre, in caso di esito positivo, una modifica legislativa.

A ogni modo, tale approdo sembra costituire una novità di non poco conto dal momento che sembra rovesciare specularmente i principi interni in tema di azione amministrativa. Vi è, cioè, un fatto tecnologico che fonda la richiesta di un atto derogativo di norme il quale, a sua volta, è presupposto, prima di tutto sperimentale e conoscitivo, di una successiva modifica legislativa.

Tale strumento di regolazione appare tanto innovativo tanto quanto le tecnologie emergenti che si propone di favorire e, certamente, implica importanti conseguenze sotto il profilo della responsabilità di impresa. Si è, in questo contributo, tentato di tracciare una difficile via per interpretare in modo costituzionalmente legittimo la norma in questione senza, tuttavia, renderla completamente sterile.

Rimane, dall'altro lato, necessario evidenziare, *de iure condendo*, diverse lacune. La prima riguarda proprio il regime di responsabilità dell'impresa richiedente che, da un lato, dovrebbe essere meglio specificato (soprattutto delimitando la nozione di danno) e, dall'altro lato, meriterebbe una disciplina più dettagliata, se non altro in termini di obblighi assicurativi, per i danneggiati diretti dai manufatti posti in sperimentazione.

Ulteriori modifiche sarebbero, come già evidenziato, opportune per quanto riguarda la trasparenza degli atti autorizzativi e l'ostensione di almeno parte dei dati ottenuti.

Sarebbe, peraltro, auspicabile anche la possibilità, per l'impresa concorrente, di proporre opposizione motivata rispetto all'atto di autorizzazione, contemperando così gli interessi di tutti i soggetti partecipanti al mercato di riferimento.

¹⁴ Come emerge da Commissione Europea, TOOL #21, Research & Innovation, Better Regulation Toolbox

È, ad ogni modo, auspicabile la diffusione di tale istituto, seppur con i limiti descritti, sotto il profilo dell'applicazione pratica in settori particolarmente innovativi laddove, cioè, la competizione globale impone di adottare istituti, anche giuridicamente, del tutto nuovi.

In quest'ottica, la responsabilità di impresa non deve, dunque, limitare la portata innovativa dell'istituto che, in caso contrario, rimarrebbe sostanzialmente privo di una reale utilità.

Anche le imprese possono agire, così, come in un recinto sabbioso, costruendo e distruggendo senza pericoli, nemmeno di natura giuridica, come la metafora da cui prende il nome la *regulatory sandbox*, appunto, suggerisce.

NICOLÒ PINI

Dottorando di ricerca in Diritto costituzionale nell'Università di Trieste

La responsabilità disciplinare del dipendente pubblico alla luce dei principi costituzionali

SOMMARIO: 1. Il problema. – 2. La responsabilità disciplinare nell'alveo costituzionale. – 3. Del regime della responsabilità disciplinare (ovvero della rivincita nascosta della 'pubblicizzazione'). – 4. Il potere disciplinare e la dimensione funzionale del relativo procedimento. – 5. Per continuare.

1. *Il problema*

La responsabilità disciplinare del dipendente pubblico pone una serie di problematiche, imputabili principalmente alla sua configurazione. Invero, si è dinanzi ad una forma di responsabilità che, essendo tendenzialmente preordinata alla tutela dell'amministrazione, non sembra pienamente rispettare le necessarie garanzie individuali del soggetto destinatario della sanzione. Un esempio è rappresentato dalla configurazione dell'illecito che dà luogo a responsabilità disciplinare: si è, infatti, in presenza di una formulazione che lascia un eccessivo margine di libertà all'amministrazione nella valutazione della sussistenza del presupposto che ne è alla base, con una svalutazione del principio di legalità, sia nella sua accezione (amministrativistica) di 'legalità-garanzia'¹ (per quanto attiene all'esercizio

¹ Rispetto alla quale la base giuridica si può rinvenire nell'art. 97 Cost., poiché la violazione del principio di imparzialità, avendo esso una funzione altresì di garanzia (che si può evincere dal contenuto del secondo e del terzo comma della disposizione costituzionale appena citata), si traduce in una lesione del principio di legalità-garanzia. Sul punto si veda, per esempio, Corte cost. 7 aprile 2011, n. 115 (relativamente al potere di ordinanza contingibile ed urgente del Sindaco, consultabile, per chi volesse, anche in GASPARRI W., RICCI L., TESI F., *Materiali del diritto amministrativo*, II ediz., Torino, Giappichelli, 2025, p. 21 ss.), ove, dopo aver ricordato che l'art. 97 Cost. istituisce «una riserva di legge relativa, allo scopo di assicurare l'imparzialità della pubblica amministrazione», si osserva che quest'ultima «può soltanto dare attuazione, anche con determinazioni normative ulteriori, a quanto in via generale è previsto dalla legge», aggiungendo che questo «limite è posto a garanzia dei cittadini, che trovano protezione, rispetto a possibili discriminazioni, nel parametro legislativo, la cui osservanza deve essere

verificabile in sede di controllo giurisdizionale». Simile garanzia viene meno, prosegue la Corte, allorché l'imparzialità dell'amministrazione «non sia garantita *ab initio* da una legge posta a fondamento, formale e contenutistico, del potere sindacale di ordinanza». Invero, l'«assenza di limiti, che non siano genericamente finalistici, non consente pertanto che l'imparzialità dell'agire amministrativo trovi, in via generale e preventiva, fondamento effettivo, ancorché non dettagliato, nella legge». In un'altra prospettiva cfr. SORACE D., TORRICELLI S., *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, XI ediz., Bologna, Il Mulino, 2023, p. 276, dove, dopo aver affermato, con riferimento alla prima parte dell'art. 97, comma 2, Cost., che la «portata di tale disposizione non è pacifica», osservano che «pare da escludere una sua interpretazione in funzione garantista, visto che tale funzione è già esercitata dal principio di tipicità». In questa lettura, la riserva di legge definisce il riparto del potere di organizzare fra Parlamento e Governo. È senz'altro vero che la legalità-garanzia postula che l'amministrazione possa adottare esclusivamente (tranne casi particolari, come le ordinanze contingibili ed urgenti) atti il cui contenuto si traduce in una limitazione della sfera giuridica del destinatario solamente se e nella misura in cui ciò sia previsto dalla legge, la quale prevede inoltre le modalità ed i limiti attraverso i quali debba avvenire detto esercizio di potere, che sfocia poi nel provvedimento finale. Tuttavia, si può ritenere che non sussista una piena equiparazione fra 'principio di legalità-garanzia' e quello di 'tipicità' poiché il primo ha una portata maggiore del secondo che include anche l'imparzialità nella sua accezione garantista. Pertanto, nella legalità-garanzia vi si può fare rientrare altresì il rispetto di altri principi, come l'imparzialità, che costituiscono una forma di tutela del cittadino; da questo punto di vista, l'art. 97, comma 2, Cost., è posto a presidio pure del cittadino e non può, dunque, ritenersi inconferente in relazione alla legalità-garanzia. Sull'imparzialità cfr. ALLEGRETTI U., *Imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. VIII, Torino, Utet, 1993, p. 131 ss.; PINELLI C., *Art. 97, 1° comma, parte II*, in Branca, G. (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, Zanichelli-Foro italiano, 1994, p. 31 ss.; CARANTA R., *Commento all'art. 97 Cost.*, in Bifulco R., Celotto A., Olivetti M. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. II, Torino, Utet, 2006, p. 1889 ss.; GARDINI G., *L'imparzialità tra indirizzo e gestione. Organizzazione e ruolo della dirigenza pubblica nell'amministrazione contemporanea*, Milano, Giuffrè, 2003. In proposito, di recente, anche Calabrò M., De Siano A. (a cura di), *Dialogo su buon andamento e imparzialità nell'amministrazione contemporanea*, Napoli, Editoriale scientifica, 2025. Sul principio di imparzialità e la sua funzione garantista alcuni spunti si possono rintracciare già in BACHELET V., *Legge, attività amministrativa e programmazione economica*, in *Giur. cost.*, 1961, pp. 911 ss., dove, a differenza della lettura sopra riportata di Sorace e Torricelli, si individua nella riserva di legge «una speciale garanzia per le posizioni soggettive dei cittadini» (p. 912). Intermedia risulta la lettura offerta da NIGRO N., *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1966, p. 165, a detta del quale la riserva di legge in esame configurerebbe una garanzia di tipo indiretto per i cittadini. Nell'ottica di una garanzia dei cittadini si muoveva anche la ricostruzione prospettata da ESPOSITO C., *Riforma dell'amministrazione e diritti costituzionali dei cittadini*, in ID., *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, Cedam, 1954, p. 249 ss. In proposito, di recente, ed in maniera

stesso del potere), sia nella sua dimensione (penalistica) di ‘tassatività’ e ‘determinatezza’² (per quanto concerne l’infrazione della sanzione). Si tratta di una sistemazione che risente di una concezione da considerare ormai storicamente superata, retaggio di un assetto ove la comunità tendeva a prevalere sull’individuo³, considerato come parte di essa e non invece quale soggetto a sé stante, dotato di una sua propria ed autonoma personalità e soggettività (giuridica).

L’obiettivo del presente lavoro consiste nel porre in luce le questioni problematiche che l’attuale disciplina in materia di responsabilità disciplinare comporta e, conseguentemente, gettare le basi per configurare un sistema che sia mag-

più diffusa, dove si riportano inoltre le opinioni degli autori sopra citati, cfr. PIAZZA I., *L’imparzialità amministrativa come diritto. Epifanie dell’interesse legittimo*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2021. Questa impostazione circa la funzione garantista dell’art. 97 Cost., del resto – e, a maggior ragione l’idea dell’imparzialità quale diritto –, appare coerente con la ricostruzione della relazione ‘p.a.’-‘cittadino’ in termini di ‘rapporto’. Ciò osservato, le potenzialità garantiste del 97 Cost. sono particolarmente significative altresì sul fronte della tutela giurisdizionale poiché esso apre la strada per includere al suo interno i casi di disparità di trattamento, spezzandone il loro (non necessario) legame con l’eccesso di potere (per il tramite della relativa figura sintomatica, su cui cfr. COEN L., *Disparità di trattamento e giustizia amministrativa. Principio di eguaglianza e tecniche di motivazione della sentenza*, Torino, Giappichelli, 1998, p. 168 ss.), così come l’ingiustizia grave e manifesta (su cfr. SANDULLI A.M., *Manuale di diritto amministrativo*, VII ediz., Napoli, Jovene, 1962, p. 356), dando luogo, viceversa, ad una violazione di legge ex art. 97 Cost. Sul punto, con specifico riguardo cioè all’imparzialità, nell’ambito di un più generale tentativo volto a superare il sindacato sull’eccesso di potere nell’ottica di un «giudizio di conformità a diritto» (dove ciò che rileva sono le regole del rapporto fra cittadino e amministrazione), cfr. CUDIA C., *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall’eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, Giuffrè, 2008, spec. p. 334 ss. In dottrina, nell’ambito di una ricostruzione in termini soggettivi dell’art. 97 Cost. e, più in generale, dell’organizzazione amministrativa, si è affermato che tale disposizione indica il «metodo d’azione [dell’amministrazione] (imparziale ed efficace), il compito assegnato alla legge di disciplinarla in modo che imparzialità e buon andamento siano garantiti», PERFETTI L.R., *L’organizzazione amministrativa come funzione della sovranità popolare*, in *Dir. econ.*, 1, 2019, p. 63, il quale riprende e sviluppa la teoria di BERTI G., *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, Cedam, 1968.

² Sulla ‘funzione’ della tassatività e la ‘determinatezza’ della fattispecie penale cfr. MANTOVANI F., FLORA G., *Diritto penale. Parte generale*, XII ediz., Padova, Cedam, 2023, p. 57 ss. Avuto particolare riguardo alla determinatezza, cfr. PALAZZO F., *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, Cedam, 1979.

³ Cfr. ORSI BATTAGLINI A., «*L’astratta e infeconda idea*». *Disavventure dell’individuo nella cultura giuspubblicistica (A proposito di tre libri di storia del pensiero giuridico)*, in *Quad. fiorentini*, 1988 (17), p. 569 ss., ora anche in *La necessaria discontinuità. Immagini del diritto pubblico*, Bologna, Il Mulino, 1990, p. 11 ss.

giormente in linea con l'impianto costituzionale nonché con i principi generali dell'ordinamento, a muovere da quello di legalità.

L'ipotesi di partenza è che il principio per cui la responsabilità penale sia personale⁴ rappresenti un principio generale ascrivibile a tutte le forme di responsabilità, a cominciare da quella in esame, ed i concetti di 'tassatività' e 'determinatezza' (storicamente propri dell'illecito penale) costituiscono, di conseguenza, elementi fondamentali che dovrebbero informare pure la configurazione dell'illecito disciplinare, essendo, non a caso, corollari del medesimo principio di legalità. È da essi che appare necessario muovere al fine di gettare le basi per tentare di (ri)costruire la categoria dell'illecito disciplinare.

In ragione della Costituzione e della sua vocazione personalista – la quale richiede forme rigorose di accertamento della responsabilità in ossequio ai principi del garantismo giuridico che trovano diretto riconoscimento nella Carta costituzionale, ove un'importanza centrale, da tale punto di vista, è assunta dalla disposizione di cui all'art. 111 Cost. –, l'odierno assetto in punto di responsabilità disciplinare deve essere inevitabilmente rivisto. Non è, infatti, (più) accettabile un sistema di accertamento della responsabilità disciplinare che non sia pensato anzitutto tenendo fermo il principio della personalità della responsabilità e che, dunque, abbia di mira anche e, soprattutto, la tutela dello stesso soggetto che è incorso in colpa⁵, al quale devono essere riconosciute tutte le garanzie che costituiscono (o, meglio, che dovrebbero costituire), ormai, patrimonio comune (ed indissolubile) dei moderni ordinamenti giuridici che si fondano sul concetto di 'Stato di diritto' e sulla visione propria della liberal-democrazia (ovvero, se si preferisce, delle democrazie liberali).

Tutto questo presuppone l'esame di alcune questioni che risultano cruciali per la riflessione in tema di responsabilità disciplinare del dipendente pubblico, le quali riguardano sia il profilo del potere disciplinare⁶ (si tratta di un potere pubblico o privato?) che quello della natura del relativo procedimento (si applicano i principi della legge sul procedimento amministrativo?). Tali questioni hanno rilevanti implicazioni per il lavoratore interessato dal procedimento in questione, sia sul versante delle garanzie procedurali che su quello più generale delle

⁴ Ossia una responsabilità che appartenga ad una persona fisica e, pur laddove si è ritenuto che potesse configurarsi una responsabilità penale in capo ad una persona giuridica (il riferimento è al d.lgs. n. 231/2001), alla fine si è concluso che si trattasse, in realtà, di una responsabilità di tipo amministrativo.

⁵ Sulla colpa nel diritto penale, cfr. BARTOLI R., *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, Torino, Giappichelli, 2005.

⁶ Su cui, per tutti, cfr. STACCA S., *Il potere disciplinare. Dalla protezione della comunità alla protezione dell'individuo*, Milano, Franco Angeli, 2018.

garanzie a fronte dell'esercizio del potere (disciplinare) dell'amministrazione datrice di lavoro.

2. *La responsabilità disciplinare nell'alveo costituzionale*

Effettuate tali considerazioni introduttive, conviene focalizzare l'attenzione sulla relativa normativa, non prima, tuttavia, di talune premesse in ordine all'assetto delineato dal costituente in tema di responsabilità pubbliche.

In termini generali, è possibile rinvenire la fonte del sistema di responsabilità delle pubbliche amministrazioni all'art. 28 Cost., laddove si afferma che «i funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti» (comma 1) e che «in tali casi la responsabilità civile si estende allo Stato e agli enti pubblici» (comma 2). Tale disposizione prevede, dunque, le diverse forme di responsabilità delle amministrazioni per gli atti compiuti che hanno determinato una violazione dei diritti⁷. Essa opera una macro-distinzione fra le forme ascrivibili ad una responsabilità di tipo individuale (comma 1) e quelle, viceversa, imputabili alla singola amministrazione quale autonomo soggetto giuridico (comma 2). Nel primo caso, si afferma la responsabilità delle persone fisiche (funzionari e dipendenti), nel secondo quella delle persone giuridiche (pubbliche amministrazioni).

Se in ordine alla prima tipologia di responsabilità non pare sussistere dubbio alcuno rispetto alla sua natura di 'responsabilità diretta', è in relazione alla seconda che, invece, la questione è più problematica poiché, per una parte della dottrina, si tratterebbe di una responsabilità diretta (facendo leva sull'immedesimazione organica e, quindi, sulla teorica dell'organo)⁸, mentre, per l'altra, si configurerebbe nei termini di una responsabilità indiretta (essendo estranea la disposizione di cui all'art. 28 Cost. e, più in generale, l'imputazione di responsabilità, alla teoria organica)⁹. Ciò osservato, tale profilo non può essere oggetto di

⁷ Da intendere, coerentemente con l'art. 24 Cost., nel senso di 'situazioni giuridiche soggettive' (ricomprendendo così tanto i diritti soggettivi quanto gli interessi legittimi).

⁸ Si tratta dell'opinione maggioritaria, sia in dottrina che in giurisprudenza. In dottrina, cfr. BATTINI S., *Responsabilità e responsabilizzazione dei funzionari e dipendenti pubblici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2015, p. 53 ss.; CAVALLARO M.C., *Immedesimazione organica e criteri di imputazione della responsabilità*, in *P.A. pers. amm.*, 1, 2019, p. 41 ss.; SORACE D., TORRICELLI S., *op. cit.*, p. 451 ss.; CARRÀ M., GASPARRI W., *Elementi di diritto amministrativo*, III ediz., Torino, Giappichelli, 2024, p. 161 ss.

⁹ Si tratta di un'impostazione che si può far risalire a Giannini e che è stata, poi, meglio precisata da Scoca. Questa teoria effettua, dunque, una distinzione fra

trattazione, anche perché questa tipologia di responsabilità – avendo ad oggetto le amministrazioni in quanto persone giuridiche distinte dai suoi funzionari e dipendenti – è estranea al discorso che si intende sviluppare in questa sede.

Vi è, inoltre, da richiamare un'ulteriore disposizione: l'art. 97, comma 3, Cost., ove si stabilisce che «negli ordinamenti degli uffici sono determinate le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità proprie dei funzionari», da cui la (discutibile) considerazione secondo la quale tale forma di responsabilità non si riferirebbe unicamente all'errato comportamento dei dipendenti pubblici ma, anche, più in generale, ad una 'cattiva' amministrazione, creando una (potenzialmente pericolosa)¹⁰ sovrapposizione fra il piano individuale e quello della comunità (prescindendo così dalle singole responsabilità dei dipendenti, con il rischio di una sorta di responsabilità oggettiva). Si tratta di piani che, benché fra loro evidentemente comunicanti, non dovrebbero mai essere sovrapposti. Ciò detto, la disposizione rafforza il regime della responsabilità dei dipendenti pubblici in quanto – disponendo che nell'organizzazione¹¹ degli uffici si prevedano le forme di responsabilità proprie di ogni dipendente (fra le quali rientra quella disciplinare) – responsabilizza il singolo dipendente pubblico e rende possibile l'individuazione dell'eventuale soggetto responsabile, ponendo fine all'«anonimato del funzionario»¹².

'imputazione' (che rileva in punto di ascrizione della responsabilità) e 'immedesimazione' (che, viceversa, opera con riferimento all'immedesimazione organica). Sul punto, per la ricostruzione di tale dibattito e per le relative indicazioni bibliografiche, MONTEDURO M., *Il funzionario persona e l'organo: nodi di un problema*, in *P.A. pers. amm.*, 1, 2021, p. 62 ss., nell'ambito di un più generale tentativo di mettere in discussione la teoria stessa dell'organo, vista quale *factio* incompatibile con il primato che la Costituzione assegna alla persona.

¹⁰ Si tratta di un'operazione pericolosa per una molteplicità di ragioni che non possono, però, essere qui analizzate. Tuttavia, sembra possibile osservare che esse si legano al rischio di addebitare alla responsabilità personale del singolo dipendente problemi e/o responsabilità le cui cause devono ricercarsi altrove ma che, in parte anche per effetto dell'immedesimazione organica, finiscono per ricadere sul soggetto stesso.

¹¹ Sull'organizzazione amministrativa con considerazioni anche di ordine metodologico e di approccio, cfr. CARBONE A., *Considerazioni generali sull'organizzazione amministrativa*, in *Federalismi.it*, 17, 2024, p. 25 ss.

¹² Così CARRÀ M., GASPARRI W., *op. cit.*, p. 164. Parla di «esigenza di responsabilizzazione sottesa all'art. 97, comma 3 Cost.» CASSATELLA A., *La responsabilità funzionale nell'amministrare. Termini e questioni*, in *Dir. amm.*, 3, 2018, p. 742. Sull'art. 97, comma 3 Cost., dove se ne ricostruisce altresì la genesi, cfr. MANNUCCI G., *Le responsabilità proprie dei funzionari (La Costituzione dimenticata)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2021, p. 366 ss.

Sotto il profilo della responsabilità disciplinare viene in rilievo, come si vedrà, quella disposizione della Carta costituzionale che impone ai dipendenti pubblici di adempiere alle proprie funzioni con disciplina ed onore (art. 54, comma 2, Cost.), con la conseguenza per cui, appunto, lo svolgimento dell'attività lavorativa mediante la tenuta di un comportamento non conforme a disciplina¹³ può comportare il sorgere di una forma di responsabilità: quella disciplinare¹⁴. Pertanto, pur non richiamando espressamente la Costituzione la forma della responsabilità disciplinare, si può ritenere che essa affondi le sue radici agli artt. 97, comma 3 Cost., e 54, comma 2 Cost. (da leggere in combinato disposto), avendo il dipendente della pubblica amministrazione (da ora p.a.) un particolare dovere (di disciplina) che è legato al fatto di essere al servizio esclusivo della Nazione, e che è poi, in parte, precisato dalla legge, la quale, lo si vedrà, completa l'assetto della responsabilità disciplinare (al momento solo tratteggiata).

La Costituzione, dunque, contempla un sistema di responsabilità dei dipendenti pubblici coerente con l'idea di fondo di un'amministrazione strumentale al soddisfacimento dei bisogni dei cittadini, idea che, sotto tale profilo, trova conferma, fra gli altri, all'art. 98, comma 1, Cost.¹⁵, laddove si afferma che «i pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione»; infatti, da questo punto di vista, ragionando sulla base della teoria organica (intesa in termini di 'immedesimazione')¹⁶, se ne deve concludere che, di conseguenza, l'amministrazione stessa è al servizio del cittadino¹⁷.

¹³ Quando, cioè, il dipendente pone in essere un comportamento contrario a quanto previsto dalle disposizioni, legali e contrattuali, che ne regolano (lo svolgimento del)l'attività lavorativa.

¹⁴ Cfr. CAVALLO PERIN R., *L'etica pubblica come contenuto di un diritto degli amministratori alla correttezza dei funzionari*, in Merloni F., Cavallo Perin R. (a cura di), *Al servizio della Nazione. Etica e statuto dei funzionari pubblici*, Milano, Franco Angeli, 2009, p. 147 ss.

¹⁵ Su cui cfr. DE FIORES C., «*I pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione*»? *Brevi considerazioni sulla dimensione costituzionale del pubblico impiego tra privatizzazione del rapporto di lavoro e revisione del titolo V*, in *Dir. pubbl.*, 1, 2006, p. 149 ss.

¹⁶ Senza con ciò evocare la riedizione di letture in chiave organicista del rapporto tra Stato e società e, quindi, tra società e individuo.

¹⁷ In Costituzione, quando si affronta il profilo della responsabilità delle pubbliche amministrazioni, viene in rilievo anche la disposizione di cui all'art. 95, comma 2, Cost., il quale, tuttavia, affermando che «i ministri sono responsabili collegialmente degli atti del Consiglio dei ministri e individualmente degli atti dei loro dicasteri», fonda una responsabilità di tipo politico, in quanto tale del tutto estranea alla trattazione del presente contributo e per questa ragione non presa in considerazione.

In tutto ciò, la responsabilità disciplinare gioca un ruolo centrale poiché costituisce la misura del grado di disciplina con il quale il dipendente pubblico presta la propria attività, la cui rilevanza è innegabile, avendo, invero, una portata generale in quanto si rivolge, potenzialmente, a ciascun cittadino, e traduce in concreto (rendendola effettiva) la missione della p.a. quale apparato al servizio di questi ultimi.

3. *Del regime della responsabilità disciplinare (ovvero della rivincita nascosta della 'pubblicizzazione')*

La prima normativa a venire in rilievo è quella avente ad oggetto le norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche (d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165)¹⁸. Il legislatore prevede, anzitutto, la de-

¹⁸ Nel corso dello scritto si farà spesso ricorso all'espressione 'rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni', cioè al noto fenomeno di privatizzazione che, a partire dai primi anni Novanta, in particolare con il d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29 (su cui BATTINI S., *La riforma deformata della Costituzione amministrativa italiana: una retrospettiva a vent'anni dal d.lgs. n. 165 del 2001*, in *Ist. fed.*, 2, 2021, p. 291 ss.; PIOGGIA A., *Le fasi della disciplina del lavoro pubblico: storia di una trasformazione e di una frattura che forse è possibile ricomporre*, in *Dir. amm.*, 2, 2022, p. 338 ss.), ha interessato il settore del pubblico impiego nella prospettiva di una sua equiparazione a quello privato; non è un caso, infatti, che l'aggettivo 'pubblico' sia ora sostituito dal termine 'dipendenze', proprio al fine di sottolineare il forte avvicinamento della disciplina a quella tradizionale del lavoro subordinato dipendente, sia pur con il permanere di talune diversità in ragione del carattere (questo sì) pubblico del datore di lavoro. Ciò che è opportuno sottolineare (e ribadire) è che tali differenze non si traducano in una tutela minore per il lavoratore (rispetto a quella riconosciuta ai lavoratori del settore privato). La specificità del rapporto di lavoro con l'amministrazione non deve sfociare in un *minus* di tutela per il dipendente. Tale specificità si giustifica solamente, in ultima analisi, nella funzione pubblica che i dipendenti svolgono, ossia un'attività rivolta ad attuare in concreto l'interesse pubblico e ad assicurare un servizio per il cittadino, il quale è titolare di quel diritto ad una buona amministrazione che si sostanzia in una serie di pretese che non sono allo stesso modo riscontrabili nelle situazioni di lavoro dipendente di tipo privatistico. Sulla duplice dimensione della buona amministrazione cfr. TRIMARCHI BANFI F., *Il diritto a una buona amministrazione*, in Chiti M.P., Greco, G. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 52, secondo la quale la formula di per sé vaga della 'buona amministrazione' si può leggere sia come un qualcosa da pretendere, da parte del cittadino (e, quindi, come una sua pretesa), che come un qualcosa da realizzare (da parte della singola amministrazione procedente). In proposito cfr. anche SORACE D., *L'amministrazione europea secondo il Trattato di Lisbona*, in *Dir. pubbl.*, 1, 2013, p. 211 ss. Ad avviso di DEL PUNTA R., *Diritto del lavoro*, IX ediz., Milano, Giuffrè, p. 149, il legislatore ha riconosciuto che

finizione di un codice di comportamento dei dipendenti delle amministrazioni con l'obiettivo di «assicurare la qualità dei servizi, la prevenzione dei fenomeni di corruzione, il rispetto dei doveri costituzionali di diligenza, lealtà, imparzialità e servizio esclusivo alla cura dell'interesse pubblico» (art. 54, comma 1). Il codice menziona una serie di principi che rilevano quali doveri per gli stessi dipendenti, la cui violazione costituisce il presupposto della responsabilità disciplinare (art. 54, comma 3). Dopo aver fatto riferimento ai principi sanciti agli artt. 54 e 98 Cost., si richiama un altro principio costituzionale, quello di cui all'art. 97 Cost., laddove si afferma che il dipendente è tenuto ad assumere una condotta conforme ai principi di buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa (art. 3, comma 1). Il legislatore prevede, poi, che il dipendente rispetti anche i principi di «integrità, correttezza, buona fede, proporzionalità, obiettività, trasparenza, equità e ragionevolezza» e che agisca «in posizione di indipendenza e imparzialità», astenendosi in presenza del conflitto di interessi (art. 3, comma 2).

Ai rapporti di lavoro presso le pubbliche amministrazioni si applica l'art. 2106 c.c. (art. 55, comma 2, d.lgs. n. 165/2001), ossia la disposizione che regola le sanzioni disciplinari. Viene, dunque, individuata la prima ipotesi di responsabilità disciplinare, che si manifesta attraverso la violazione colposa o dolosa delle disposizioni elencate (art. 55, comma 1) e che mira a colpire il comportamento del dipendente che abbia commesso il fatto.

La seconda ipotesi, viceversa, concerne il mancato esercizio ovvero la decadenza dall'azione disciplinare dovuti all'omissione o al ritardo, in assenza di giustificato motivo, degli atti del procedimento, oppure se ciò sia dipeso da valutazioni manifestamente prive di ragionevolezza in punto di insussistenza dell'illecito in relazione a condotte aventi oggettiva e palese rilevanza sul piano disciplinare. In tali casi, viene disposta la sanzione della sospensione dal servizio fino ad un

la buona amministrazione (intesa come principio che discende dall'art. 97, comma 1, Cost. e che si lega alla «finalizzazione pubblica dell'azione amministrativa») può «essere salvaguardata, e anzi ancor meglio realizzata, sottoponendo i rapporti di lavoro pubblico alla logica, privatistica, della contrattualità»; in questo senso, dunque, «la privatizzazione è lo strumento di una finalità costituzionale che permane, a tutti gli effetti, di natura pubblicistica». Ciò detto, gli elementi di specialità (*rectius*, specificità) dell'amministrazione, prescindendo dallo specifico ambito del rapporto di lavoro, non sono (non dovrebbero) essere preordinati ad assicurare una supremazia (quale situazione di superiorità indiscriminata ed assoluta) dell'amministrazione medesima, condizione questa rinnegata anzitutto dalla stessa Costituzione; eventualmente, si può trattare di una diversa capacità, dal punto di vista sostanziale, tesa a rendere possibile il perseguimento dell'interesse pubblico e giustificata dalla legittimazione democratica per il tramite della sottoposizione alla legge, la quale contribuisce altresì a limitare tale condizione, funzionalizzandola al soddisfacimento dei diritti.

massimo di tre mesi (art. 55 *sexies*, comma 3), con la possibilità di arrivare alla misura del licenziamento allorché tale infrazione sia avvenuta in maniera dolosa o gravemente colposa (art. 55 *quater*, comma 1, *f-ter*), il quale può anche essere senza preavviso al ricorrere di determinati presupposti espressamente e tassativamente previsti dalla legge (art. 55 *quater*, comma 1).

Se questo è il quadro entro il quale si inserisce il tema della responsabilità disciplinare, conviene ora riflettere sull'effettiva privatizzazione di quello che un tempo si definiva nei termini di 'pubblico impiego'. È evidente il dato per cui un ruolo rilevante sia attribuito allo strumento della legge, anziché a quello del contratto, come avviene per i dipendenti privati. Il processo di privatizzazione dei rapporti di lavoro presso le pubbliche amministrazioni ha subito un'inversione di tendenza a partire dalla c.d. 'riforma Brunetta' (d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 1509). Il legislatore con tale intervento ne ha operato una sorta di 'ripubblicizzazione'¹⁹ attraverso una 'rilegificazione' di alcune parti della disciplina (prima rimesse ai contratti collettivi), tanto da far dubitare dell'effettiva appartenenza della responsabilità disciplinare al regime privatistico²⁰. In realtà, un ulteriore elemento che depone(va) in tal senso era già rappresentato dall'espressa previsione per legge in base alla quale «la contrattazione collettiva è consentita negli esclusivi limiti previsti dalle norme di legge» (art. 40, comma 1, d.lgs. n. 165/2001). Del resto, se tali rapporti di lavoro fossero realmente oggetto di una piena ed integrale privatizzazione (e, quindi, di completa equiparazione a quelli di natura privata) la relativa disciplina dovrebbe essere interamente (o quasi) rimessa allo strumento contrattuale; sicuramente non alla legge che, anzi, non solo non fa frequente rinvio ai contratti collettivi ma, al contrario, ne delimita fortemente lo spazio di

¹⁹ Operazione di per sé legittima se è vero che, come osservato per primo da ORSI BATTAGLINI A., *Autonomia collettiva, principio di legalità e struttura delle fonti*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 18, 1983, p. 237 ss., l'art. 97 Cost. non costituzionalizza un regime pubblicistico del rapporto di lavoro presso le pubbliche amministrazioni, ossia necessariamente informato ad una regolazione unilaterale, anziché di tipo contrattuale (dello stesso A. cfr. anche *Fonti normative e regime del rapporto di impiego con gli enti pubblici*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 3-4, 1993, p. 463 ss., ora entrambi in ID., *Scritti giuridici*, Milano, Giuffrè, 2007, rispettivamente p. 913 ss. e p. 1475 ss.) Si tratta, al contrario, di una disposizione che rende possibili entrambe le soluzioni, lasciando la scelta al legislatore ordinario; su quest'ultimo profilo cfr. MARZUOLI C., *Le privatizzazioni fra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, in *Dir. pubbl.*, 2, 1995, p. 420. Sempre Marzuoli ha, successivamente, affermato come sia venuta meno l'idea «dell'intrinseca natura pubblica del potere di organizzazione», *Un diritto 'non amministrativo'?*, in *Dir. pubbl.*, 1, 2006, p. 145. Sul principio di legalità e (l'istituto del)la riserva di legge cfr. RESCIGNO G.U., *Sul principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 2, 1995, p. 147 ss.

²⁰ Cfr. MATTARELLA B.G., *La responsabilità disciplinare*, in *Giorn. dir. amm.*, 1, 2010, p. 37.

operatività, prevedendone un intervento esclusivamente qualora espressamente disposto dalla legge stessa²¹ (quando in un regime contrattualizzato dovrebbe essere, semmai, l'esatto opposto)²².

Diversamente da quanto avviene nell'ambito del lavoro privato, si registrano, dunque, alcuni elementi di specificità poiché entra in gioco, oltre ai contratti collettivi (vale a dire una fonte di natura privatistica che non lascia dubbio circa l'applicabilità del diritto privato), anche la legge (aprendo l'interrogativo circa i confini del rapporto legge-contratto); da questo discende una serie di implicazioni che hanno, anzitutto, ad oggetto il potere disciplinare (e cioè la sua natura) ed il relativo procedimento (e, di conseguenza, la sua riconduzione o meno sotto lo schema tradizionale della legge sul procedimento amministrativo). Il processo di privatizzazione ha senza dubbio prodotto un avvicinamento del lavoro presso le pubbliche amministrazioni a quello privato ma, come accennato, non ne ha, tuttavia, determinato una piena equiparazione, conservando taluni tratti di peculiarità che sembrano da ascrivere, in ultima analisi, alla funzionalizzazione dell'attività lavorativa, dai quali pare complicato potersi allontanare, senza con ciò giustificare (né, tantomeno, auspicare) quegli elementi di specificità che conservano tale *status* in ragione (unicamente o prevalentemente) della tralaticia idea della supremazia dell'amministrazione²³ – e che finirebbero quindi per essere elementi di specialità – e che comportano una disparità di trattamento fra lavoratori pubblici e privati, impattando sul principio di uguaglianza e minandone l'effettività. Si tratta di una visione del tutto incompatibile con l'attuale Carta costituzionale e con la sua vocazione personalista, la quale impone la 'prima-

²¹ Si pensi alla circostanza per cui le previsioni in ordine alle sanzioni disciplinari non possono essere derogate dai contratti collettivi; ciò lo si ricava dalla disposizione di cui all'art. 55, comma 1, d.lgs. n. 165/2001 dove si parla di «norme imperative». Di conseguenza, il contratto collettivo non può, in alcun modo, abrogare nessuna delle ipotesi di responsabilità disciplinare previste dalla legge, né mutarne la sanzione, ma solamente prevedere ulteriori illeciti (e relative sanzioni).

²² Parte della dottrina aveva segnalato come, in regime di contrattualizzazione, solo i contratti collettivi «possono individuare le infrazioni disciplinari e le relative sanzioni» e, a riprova di ciò, si sottolineava che le norme del codice di comportamento di allora fossero assistite da sanzioni disciplinari esclusivamente nell'ipotesi in cui l'ARAN riuscisse «ad imporne il recepimento nei contratti collettivi», BATTINI S., *Rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2006, p. 4825.

²³ Di «postulato, di chiara esistenza ideologica, [...] della generale supremazia della pubblica amministrazione» parlava ORSI BATTAGLINI A., *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, ora in ID., *Scritti giuridici*, cit., p. 1213 ss.

zia' della persona (nel caso di specie, del dipendente pubblico) sullo Stato (ossia sull'amministrazione datrice di lavoro).

In ogni caso, pare opportuno ricordare che non si deve 'abusare' della responsabilità poiché, altrimenti, si rischia di svalutarla. Talché non è auspicabile un massiccio aumento delle ipotesi che danno luogo a responsabilità disciplinare, il quale, anzi, potrebbe ingenerare l'idea che si tratti di uno strumento di mera propaganda, utilizzato per infondere l'impressione di (tentare di) risolvere problemi complessi che, il più delle volte, sono di carattere strutturale e addebitabili ad una pluralità di fattori²⁴. Così come non risulta efficace l'inasprimento delle sanzioni²⁵ poiché della funzione punitiva è necessario fare ricorso in assenza di altri strumenti, adottando ed incentivando, al contrario, una politica tesa a far comprendere l'importanza agli stessi dipendenti pubblici del ruolo da essi ricoperto e punendo solamente coloro i quali abbiano effettivamente realizzato condotte che si frappongono all'attuazione di quel diritto ad una buona amministrazione alla cui realizzazione sembra debba essere funzionalizzato l'esercizio del potere disciplinare, costituendo la ragione ultima alla base della previsione della responsabilità qui in esame.

4. *La natura del potere disciplinare e la dimensione funzionale del relativo procedimento*

Il potere disciplinare rappresenta uno dei poteri tipici del datore di lavoro²⁶, sia pubblico che privato, e si ritiene che rispetto a tale potere vi sia un preventivo consenso da parte del lavoratore a che il datore di lavoro – attraverso siffatto potere (in ragione della sua autorità datoriale) – possa disporre legittimamente della sua sfera di interessi²⁷; ciò sulla base di un 'patto' che trova la sua fonte nel contratto individuale di lavoro. Occorre, però, domandarsi quale sia la fonte di questo potere. Nel caso del datore di lavoro pubblico, come visto, non è possibile prescindere dalla legge, la quale finisce per rivestire un ruolo maggiore di quello

²⁴ Fra i quali rientrano anche decenni di sprechi di risorse pubbliche prima e di eccessivi tagli poi.

²⁵ MATTARELLA B.G., *Burocrazia normativa: il valore della legge e il ruolo dell'amministrazione*, in *An. giur. econ.*, 1, 2020, p. 92 ss., il quale aggiunge che il rischio di tutto ciò consiste nell'attribuire «al diritto amministrativo una connotazione, apparentemente se non sostanzialmente, inquisitoria e punitiva».

²⁶ Assieme al potere direttivo *ex art.* 2094 c.c. ed a quello di controllo: la 'triade' dei poteri datoriali.

²⁷ Limitatamente, è evidente, al novero di interessi che viene in rilievo nel rapporto di lavoro.

che ricopre nel caso del lavoro privato ove alla contrattazione collettiva è, di fatto, rimessa l'intera regolamentazione dell'ambito disciplinare.

Preme quindi riflettere attorno alla natura del potere disciplinare del datore di lavoro pubblico per cercare di capire se tale potere sia riconducibile al potere pubblico o se, al contrario, la contrattualizzazione dei rapporti di lavoro presso le pubbliche amministrazioni ne abbia comportato una privatizzazione, con la conseguenza di doverlo considerare al pari di un potere privato. Porsi questo interrogativo sembra lecito per una serie di ragioni: *i*) partendo dal dato normativo, risulta evidente la forte presenza della legge (e non unicamente del contratto collettivo) per la regolamentazione del potere disciplinare, del procedimento e delle relative sanzioni; *ii*) la stessa previsione, per legge, di un apposito codice di comportamento per i dipendenti pubblici, la cui violazione costituisce presupposto della responsabilità disciplinare²⁸; *iii*) l'importanza della funzione alla base del potere disciplinare (che rappresenta un tratto proprio del potere pubblico e del suo diritto²⁹); *iv*) la scelta del legislatore di ritenere obbligatorio l'esercizio del potere disciplinare e, infine, *v*) l'esistenza di un diritto ad una buona amministrazione che fa sì che quel potere (obbligo) non sia finalizzato al soddisfacimento di un interesse della persona che ne è titolare (come avviene nel caso del potere privato), bensì funzionalizzato³⁰ ad interessi ulteriori ed estranei a quelli del suo titolare, quale, appunto, l'interesse della collettività (che va sotto il nome di 'diritto ad una buona amministrazione')³¹.

²⁸ Cfr. CARLONI E., *Il nuovo codice di comportamento ed il rafforzamento dell'imparzialità dei funzionari pubblici*, in *Ist. fed.*, 2, 2013, p. 377 ss., secondo il quale la previsione per cui la violazione del codice dà luogo a responsabilità disciplinare si allontana dall'idea della privatizzazione del lavoro pubblico, contribuendo a (ri)disegnare una differenza fra lavoro pubblico e lavoro privato. Sul punto, più di recente, cfr. anche LAFORGIA S., *L'eterno ritorno del codice di comportamento dei dipendenti pubblici*, in *Lav. pubbl. amm.*, 3, 2024, p. 500 ss.

²⁹ Cfr. MATTARELLA B.G., *L'imperatività del provvedimento amministrativo*, Padova, Cedam, 2000, *passim*.

³⁰ Rileva CARBONE A., *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo, I, Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento (Premesse allo studio dell'oggetto del processo amministrativo)*, ristampa, Torino, Giappichelli, 2025, p. 439, che «nell'ambito dell'ordinamento giuridico» qualsiasi tipo di potere è «funzionale al perseguimento di un valore, che deve avvenire attraverso la produzione della corrispondente situazione effettuale».

³¹ Sul punto, nell'ottica di individuare le differenze fra potere pubblico e potere privato, cfr. ROMANO TASSONE A., *A proposito del potere pubblico e privato e della sua legittimazione*, in *Dir. amm.*, 4, 2013, p. 573 ss.

È chiaro che interrogarsi sulla natura di siffatto potere postuli l'idea che sussistano (ancora) delle differenze fra potere pubblico e potere privato, benché aventi entrambi un nucleo comune e più affini rispetto al passato, quando il primo tendeva ad essere solo parzialmente giuridicizzato nonché spiegato (e, prima ancora, giustificato) prevalentemente sulla base (ed in forza) della superiorità³² dello Stato e dei suoi apparati, con un sindacato giurisdizionale 'preoccupato', per lo più, di controllare la legittimità del relativo esercizio (ed in ciò risolvendosi il suo ambito) e con un'espunzione, di fatto, delle ragioni del cittadino dal perimetro stesso del medesimo sindacato³³. La differenza non è di poco conto poiché, per esempio, mutano le garanzie riconosciute al destinatario (dell'esercizio) di tale potere e, quindi, l'adozione o meno di quelle previste dalla legge sul procedimento amministrativo, la quale si applica – salvo espressa previsione, per legge, di segno contrario – nei casi in cui l'amministrazione ponga in essere atti di natura autoritativa³⁴; ciò osservato, è chiaro, poi, che alcune garanzie previste dalla legge in questione si adottino (e si possano adottare) pur allorché l'amministrazione agisca sulla base di norme di diritto privato³⁵.

In particolare, l'esistenza di un diritto ad una buona amministrazione sembra legittimare la ricostruzione del potere disciplinare come potere pubblico ove l'amministrazione agisce quale autorità e la funzione punitiva che si persegue con l'applicazione della sanzione disciplinare risponde, in ultima analisi, al dovere di assicurare una buona amministrazione. L'amministrazione non si limita a punire il lavoratore per il danno che le ha cagionato ma anche e soprattutto per rendere effettivo quel diritto ad una buona amministrazione che, in assenza di strumenti

³² Da intendere nel senso di 'supremazia'.

³³ Il problema che si è determinato nei decenni passati e che, in parte, è ancora presente, non attiene tanto alle modalità mediante le quali il potere è configurato – e, quindi, a come esso viene esercitato –, quanto ad un sindacato improntato su una logica 'poterocentrica' (di cui il vizio di eccesso di potere ne è l'esempio più evidente, su cui cfr. Torricelli S. (a cura di), *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità. Sistemi giuridici a confronto*, Torino, Giappichelli, 2019) che rinviene nell'atto il principale elemento di 'controllo', e della quale sono evidenti taluni retaggi del passato e della concezione oggettiva della giurisdizione amministrativa.

³⁴ Lo si ricava, ragionando *a contrario*, dall'inciso «la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato» (art. 1-*bis*, l. n. 241/1990).

³⁵ Ciò vale pure nel caso opposto, quello dell'applicazione di principi di diritto privato al procedimento amministrativo, benché i principi del diritto amministrativo sembrino costituire, ormai, un 'armamentario' in grado, nel complesso, di apprestare una tutela (tendenzialmente) effettiva; cfr. TACCOGNA G., *Applicabilità dei principi del diritto privato al procedimento amministrativo?*, in *P.A. pers. amm.*, 1, 2018, p. 185 ss.

in grado di attribuirgli concretezza, resterebbe una mera petizione di principio. La funzione punitiva è, soprattutto, finalizzata ad attuare tale diritto, con una funzionalizzazione del relativo potere ad assicurare l'interesse generale sotteso all'espressione 'diritto ad una buona espressione', coerentemente con l'idea per cui l'interesse generale (che si può qui definire altresì come 'pubblico', benché quest'ultimo non sia necessariamente l'interesse della generalità dei consociati) presupponga, per poter essere attuato, l'esercizio del potere pubblico, il quale, per il tramite del medesimo interesse generale, è finalizzato ad assicurare i diritti (che costituiscono il contenuto ultimo dello stesso interesse generale)³⁶.

Il dipendente pubblico, con il comportamento contrario a quanto disposto dalla legge (o previsto dal contratto collettivo), 'rompe' quello che può essere considerato una sorta di 'patto' con i cittadini, formalizzato nel dovere di servire la Nazione con diligenza ed onore³⁷ e, quindi, deve essere punito; con la precisazione, tuttavia, per cui, lungi dal voler configurare un diritto amministrativo illiberale, debba essere ineluttabilmente assistito da tutte le garanzie riconosciute dall'ordinamento, a partire dalla previsione di illeciti costruiti sulla base dei principi di tassatività e determinatezza in quanto corollari dello stesso principio di legalità. L'esistenza del diritto ad una buona amministrazione sembra da leggere in correlazione con il potere disciplinare, il quale è preordinato, in ultima analisi, alla sua attuazione. In altre parole, è un potere finalizzato al soddisfacimento del diritto ad una buona amministrazione e, conseguentemente, la responsabilità disciplinare è, anzitutto, giustificata dall'esistenza di tale diritto ed in questo si distingue dal lavoro privato. La funzione punitiva deve, poi, essere 'umanizzata', nel senso che va costruita muovendo dalla personalità della relativa forma di responsabilità e, dunque, dalle garanzie che la sua connotazione in termini personalistici inevitabilmente impone.

È vero che il potere disciplinare si inserisce in una relazione, quella fra p.a. e lavoratore, di tipo contrattuale poiché, comunque, un contratto fra le parti è innegabile che esista e che rappresenti la fonte del rapporto, tuttavia la presenza della legge è marcata ed il suo ruolo finisce per essere preponderante nella regolamentazione del relativo rapporto³⁸. L'amministrazione agisce sì, in parte,

³⁶ Il significato di 'amministrare' sottintende un'attività che consiste nel prendersi cura di interessi altrui, interessi, cioè, che appartengono ad altri soggetti, aspetto che non è dato riscontrare nel caso del lavoratore alle dipendenze di un privato; ciò segna inevitabilmente delle differenze circa la funzionalizzazione di quel potere a seconda che sia esercitato dal datore pubblico ovvero da quello privato.

³⁷ L'oggetto del procedimento disciplinare, ovviamente, è (*deve essere*) la condotta del lavoratore nell'ambito dell'attività lavorativa, senza alcuna estensione alle sue vicende personali.

³⁸ Si tratta di una fattispecie a 'formazione complessa', con una rilevante presenza

come il privato datore di lavoro ma è altrettanto evidente che sussistano degli elementi (e delle previsioni normative) che non consentano di affermare di essere in presenza di una privatizzazione *tout court*, senza per questo assistere alla riedizione di concezioni del pubblico impiego come rapporto di soggezione in nome della superiorità dell'amministrazione. Viceversa, si tratta di un rapporto tendenzialmente paritario che rinviene il fondamento in un contratto ove sono presenti significativi elementi di differenziazione dal lavoro di natura privatistica che non sono, però, da ricondurre solo ad un interesse al buon funzionamento dell'amministrazione in sé (quale entità oggettiva separata dalla comunità, nel senso di essere ad essa contrapposta), ma, anche e soprattutto, strumentali ad assicurare i 'diritti degli altri'; il potere non si esaurisce nella funzione punitiva, essendo funzionalizzato alla tutela dei diritti dei cittadini, in tal caso di quelli dei cittadini-utenti che sono titolari di un diritto ad una buona amministrazione che si sostanzia, prevalentemente, in una serie di pretese procedurali.

È necessario superare l'idea che il potere pubblico, per rimanere tale, non possa incontrare forme di 'contrattualizzazione' che si traducono nella parziale disponibilità (negoziabilità)³⁹ dello stesso, forme, in parte, già esistenti con l'art. 11 della legge sul procedimento⁴⁰. Anche qualora l'illecito disciplinare sia ricondotto nell'area dell'inadempimento contrattuale⁴¹, questo significa che detto inadempimento, che affonda le sue radici nel contratto, costituisce il presupposto per l'esercizio del potere del datore pubblico, il quale non è tanto finalizzato al corretto adempimento dell'obbligazione contrattuale in sé, quanto, viceversa, funzionalizzato alla cura del soddisfacimento dell'interesse alla buona amministrazione. In tal senso, si può spiegare la previsione in termini di obbligo del potere disciplinare: l'azione disciplinare è obbligatoria in quanto l'esigenza è quella di assicurare il 'diritto' (alla buona amministrazione) in capo alla controparte (il

della legge, a cui si accompagna, a differenza di quanto accadeva in passato, un non trascurabile ruolo dello strumento contrattuale.

³⁹ Ad avviso di autorevole dottrina, ragionando sulla base del carattere unilaterale del potere pubblico, ne deriverebbe l'indisponibilità dello stesso, VILLATA R., *L'atto amministrativo*, in Mazzaroli L., Pericu G., Romano A., Roversi Monaco F.A., Scoca F.G. (a cura di), *Diritto amministrativo, I, Parte generale*, IV ediz., Milano, Monduzzi, 2005, p. 783.

⁴⁰ È possibile che il potere pubblico, in special modo se inteso quale situazione soggettiva, possa rinvenire nel contratto non già la sua fonte (che non può che essere la legge) ma l'elemento che, nel caso di specie, ne detta la disciplina, con un rapporto fra privato e amministrazione regolato dallo stesso.

⁴¹ Il riferimento è alle ipotesi nelle quali siano state trasgredite previsioni (che trovano la loro fonte nei contratti collettivi) la cui violazione dà luogo a responsabilità disciplinare.

cittadino-utente), a differenza del lavoro privato dove è facoltativa. È evidente il dato per cui, nell'ambito disciplinare del lavoro presso le pubbliche amministrazioni, l'illecito trascenda il mero inadempimento contrattuale (ed una offesa, quindi, esclusivamente alla controparte), finendo per incidere su interessi della collettività, i quali, dunque, segnano una differenza con il potere disciplinare del datore di lavoro privato e fanno sì che l'equiparazione fra i due poteri sia possibile solo in parte.

È quest'ultimo, forse, l'elemento decisivo per ritenere il potere disciplinare un potere, di fatto, pubblico, ove la natura pubblica è dovuta alla funzionalizzazione di quel potere ad interessi altrui rispetto a quelli del soggetto che tale stesso potere esercita⁴². Il datore di lavoro privato esercita il potere disciplinare se lo ritiene, secondo una valutazione libera in ordine all'*an* (purché, ovviamente, sussistano i presupposti di base). Il datore di lavoro pubblico, all'opposto, in presenza dei relativi presupposti, è tenuto (obbligato) ad esercitare quel potere e ciò sembra richiamare in parte, da questo punto di vista (con riferimento, cioè, all'*an* dell'esercizio), il potere dell'amministrazione inteso quale potere-dovere di agire⁴³; nel caso del potere disciplinare, si potrebbe osservare, vi è un potere-obbligo di agire.

Il contratto individuale di lavoro alla base del rapporto fra amministrazione e lavoratore, nella ricostruzione qui avanzata, si configura come una sorta di contratto con lo stesso cittadino-utente, alla cura dei cui interessi è funzionalizzata la sua attività lavorativa⁴⁴, e se tale funzionalizzazione viene meno si causa un danno al cittadino medesimo, danno che l'amministrazione è tenuta a perseguire con un'azione disciplinare prevista, non a caso, come obbligatoria. Se l'illecito disciplinare si traduce, in ultima analisi, in un danno ai cittadini, il rapporto non è più solamente fra 'amministrazione' e 'lavoratore' ma in esso si inseriscono altresì primi, che da quello stesso danno sono colpiti, ed è qui che vengono in rilievo la natura pubblica del potere disciplinare e la sua strumentalità alla salvaguardia del diritto ad una buona amministrazione. Anche in tal caso, come spesso accade

⁴² Si ha piena consapevolezza del fatto per cui l'opinione consolidata sul punto è di segno contrario (cfr., per tutti, DEL PUNTA R., *op. cit.*, p. 545), così come si ha totale contezza del maggiore approfondimento che un discorso come questo meriterebbe e che dovrebbe necessariamente partire con l'individuazione del contenuto stesso sotteso al concetto di 'potere pubblico' (e, quindi, della sua conseguente delimitazione).

⁴³ CLARICH M., *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, Cedam, 1989, p. 173, secondo cui l'esercizio del potere amministrativo è caratterizzato dalla «doverosità, nel senso che è un potere-dovere di agire».

⁴⁴ In questo senso sembra doversi leggere la previsione della pubblicità che consente la visione del codice non solo ai dipendenti ma anche agli utenti (art. 17, comma 2, dpr. n. 62/2013, che richiama l'art. 54, comma 5, d.lgs. n. 165/2001).

nel diritto amministrativo, il rapporto finisce per essere multipolare (più precisamente tripolare: 'amministrazione'-'dipendente'-'cittadino/utente').

Ricostruito il regime della responsabilità disciplinare nel paragrafo precedente e chiarita ora la natura del relativo potere (e, quindi, il suo profilo sostanziale), preme esaminarne il profilo procedurale, quello, cioè, relativo al procedimento disciplinare, per riflettere su come esso operi, avuto particolare riguardo all'esercizio del potere ed alla sua funzionalizzazione.

Conviene osservare che si tratta di un procedimento peculiare che presenta tratti distintivi dalla maggior parte dei procedimenti amministrativi, dai quali deve essere ben tenuto distinto. Invero, si è dinanzi ad un procedimento finalizzato all'irrogazione di una sanzione di tipo disciplinare, ove il profilo del bilanciamento degli interessi contrapposti (pubblici e privati) e quello della migliore loro composizione nella direzione di perseguire l'interesse pubblico (in concreto), non compaiono (e non devono comparire). Piuttosto, è un procedimento che opera secondo lo schema del 'modello procedurale di accertamento'⁴⁵, basato sull'accertamento dei presupposti normativi che danno luogo all'illecito disciplinare ed al conseguente regime di responsabilità. Un procedimento, dunque, funzionale all'esercizio del potere disciplinare dove quest'ultimo influenza e conforma il primo secondo una prospettiva caratterizzata dall'idoneità della funzione (in tal caso disciplinare) a mutare i caratteri del primo⁴⁶. In questo senso, si può parlare di 'dimensione funzionale' del procedimento disciplinare, risolvendo così in maniera negativa l'interrogativo di cui sopra circa la riconducibilità o meno di tale procedimento allo schema tradizionale (del procedimento amministrativo).

L'importanza del procedimento in ambito disciplinare è nota: esso rappresenta lo 'strumento' che consente, anzitutto, di evitare l'automatismo in punto di applicazione della sanzione disciplinare⁴⁷ e, di conseguenza, al soggetto che si presume abbia commesso il fatto (che costituisce il presupposto di applicazione della relativa sanzione disciplinare) di difendersi. Nonostante non si applichi il modello tradizionale del procedimento amministrativo, sembra tuttavia possibile ritenere che trovino spazio le garanzie che da quest'ultimo derivano, anche e soprattutto per come lette nell'ottica del principio del c.d. giusto procedimento.

⁴⁵ CARBONE A., *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, I, cit., p. 88, «il modello procedurale si caratterizza per l'accertamento della situazione giuridica da esercitare».

⁴⁶ Sul punto CHITI E., *La dimensione funzionale del procedimento*, in AA.VV., *Le amministrazioni pubbliche tra conservazioni e riforme*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 211 ss., a detta del quale «il procedimento non costituisce una variabile indipendente della funzione, ma reagisce al variare dei caratteri dell'attività amministrativa» (p. 232).

⁴⁷ SANDULLI A., *L'illegittimità costituzionale della sanzione disciplinare "automatica"*, in *Giur. cost.*, 1, 1999, p. 17 ss.

Infatti, se si pensa all'anima difensiva del procedimento amministrativo – quella che ha come scopo la difesa del soggetto destinatario dello stesso –, ecco che viene in evidenza la medesima esigenza di tutela nel caso del procedimento disciplinare. I due procedimenti, sotto tale profilo, condividono l'esercizio di un potere⁴⁸ e la necessità, costituzionalmente imposta, di apprestare un assetto di garanzie, per il destinatario del potere, che gli consentano di difendersi. Inoltre, pure il procedimento disciplinare, al pari di quello tradizionale, è, in qualche modo, funzionalizzato ad assicurare il perseguimento di un interesse di carattere generale, come detto con riferimento alla buona amministrazione, con la precisazione che detta funzionalizzazione, in questo caso, avviene secondo un'altra modalità di produzione dell'effetto giuridico sottostante. In altre parole, la manifestazione del (diverso tipo di) potere si realizza sulla base di una tecnica differente: non bilanciamento degli interessi in gioco, quanto accertamento dei presupposti previsti (dalla legge e, in misura minore, dal contratto collettivo) per l'esercizio del potere disciplinare.

5. *Per continuare*

Nel modello di cui all'art. 111 Cost. si può, quindi, rinvenire la base che legittima l'applicazione di buona parte dei principi da esso enucleati al procedimento disciplinare e, più in generale, al procedimento amministrativo⁴⁹. Il primo – non solo per come è strutturato ma altresì per il risultato cui può giungere – si pone a metà strada tra il procedimento amministrativo tradizionale ed il processo penale, rendendo ancora più necessaria la sua riconduzione all'interno dell'archetipo del giusto processo e ravvalorando così sempre più l'idea della vicinanza fra procedimento (del tipo disciplinare secondo la ricostruzione qui avanzata) e processo giurisdizionale.

Il procedimento disciplinare deve pertanto essere letto «in un'ottica per cui più ampia è l'attribuzione della discrezionalità [in tal caso, interpretativa] mag-

⁴⁸ Benché si tratti di un potere diverso, essendo il primo (quello che trova manifestazione nel tradizionale procedimento amministrativo dove viene in gioco l'attività amministrativa pura, differente cioè dal caso del rapporto di lavoro) strutturato attorno alla logica del bilanciamento degli interessi in gioco, assente, invece, nel caso del procedimento disciplinare, come già chiarito nel testo.

⁴⁹ Cfr. CAVALLARO M.C., *Il giusto procedimento come principio costituzionale*, in *Foro amm.*, 6, 2001, p. 1836 ss.; MANFREDI G., *Giusto procedimento e interpretazioni della Costituzione*, in *Foro amm. TAR*, 7-8, 2007, p. 2707 ss.; BUFFONI L., *Il rango costituzionale del "giusto procedimento" e l'archetipo del "processo"*, in *Quad. cost.*, 2, 2009, p. 277 ss.; CARBONE A., *Il contraddittorio procedimentale. Ordinamento nazionale e diritto europeo-convenzionale*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 69-83.

giore è l'esigenza dell'intervento dei privati»⁵⁰, con la necessità, dunque, di assicurare la massima valorizzazione possibile del contraddittorio; ciò, nel rafforzare la tendenza (ad onor del vero, già in atto da prima della sua introduzione) della 'processualizzazione' della funzione amministrativa⁵¹, appare coerente con la ricostruzione del procedimento disciplinare come procedimento di accertamento in larga parte analogo a quello giurisdizionale.

L'esigenza, quindi, consiste nel predisporre un procedimento che sia retto dai principi del giusto procedimento, con una centralità del principio del contraddittorio⁵², nella direzione di assicurare, previo effettivo accertamento della condotta, l'irrogazione di una sanzione proporzionata all'infrazione concretamente commessa. È da qui che appare opportuno muovere per ricostruire l'illecito disciplinare e per cercare le soluzioni idonee al fine di configurare così un modello di responsabilità che risulti pienamente coerente con i principi sanciti dalla Carta costituzionale e con il primato indiscusso da essa assegnato alla persona.

LORENZO RICCI

*Dottore di ricerca in Diritto amministrativo
nell'Università degli Studi della Tuscia*

⁵⁰ CARBONE A., *Il contraddittorio procedimentale*, cit., p. 11.

⁵¹ BUFFONI L., *op. cit.*, p. 294, la quale rileva come la forma del processo rappresenti la «concezione più alta dell'amministrazione, che coniuga l'agire al servizio della comunità con il rispetto dei diritti ed interessi dei cittadini».

⁵² Cfr. CARBONE A., *Il contraddittorio procedimentale*, cit.

La responsabilità precontrattuale negli appalti: materia contesa tra giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria

SOMMARIO: 1. La responsabilità precontrattuale nel diritto amministrativo. – 2. La ripartizione bifasica del contenzioso in materia di contratti pubblici. – 3. Il giudice naturale della fase precontrattuale secondo il Consiglio di Stato. – 4. La linea interpretativa della Corte di cassazione. – 5. Il Nuovo Codice dei contratti pubblici risolve la questione? Considerazioni di chiusura.

1. La responsabilità precontrattuale nel diritto amministrativo

Il tema oggetto del presente, sintetico, contributo è quello del discusso riparto di giurisdizione in materia di responsabilità precontrattuale nei contratti pubblici.

Va preliminarmente chiarito che prenderemo a riferimento, per circoscrivere il campo di indagine, l'ipotesi in cui la responsabilità precontrattuale nasca nel contesto di una procedura di gara aperta e, per poter approfondire il tema in questione, bisognerà anzitutto soffermarsi sull'origine dell'istituto della 'responsabilità precontrattuale'.

Tale forma di responsabilità nasce al precipuo scopo di tutelare il futuro contraente da tutti quei comportamenti contrari a correttezza e buona fede che potrebbero precedere la stipulazione del contratto. Gli obblighi di correttezza e buona fede sono concetti che, pur mutuati dal diritto civile¹, vengono ormai da tempo ampiamente riconosciuti anche nei rapporti tra privato e Amministrazione².

¹ Il diritto amministrativo, per molte questioni, sta sempre più abbracciando i canoni privatistici, tanto che molti in dottrina, ormai, notano questa sorta di 'privatizzazione del diritto amministrativo'. Sordi parla di un "invadente gigantismo dei poteri privati" che caratterizza il potere pubblico (Così in SORDI B., *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, Bologna, Il Mulino, 2020, p. 226 ss.).

² Lo Statuto del contribuente (l. 27 luglio 2000, n. 212), all'art. 10, comma 1, chiarisce che "I rapporti tra contribuente e amministrazione finanziaria sono improntati

Già a partire dagli anni '70, infatti, si riconobbe che l'Amministrazione, ogni qual volta agisse *iure privatorum*³, dovesse fare applicazione delle regole di diritto privato⁴ e, tra queste, vi è senz'altro la regola del rispetto dei doveri di correttezza e buona fede *ex art. 1337 c.c.*⁵.

Prendendo a riferimento lo specifico tema oggetto del presente studio, deve aggiungersi a quanto sin qui premesso che, in materia di contratti pubblici, ove si discuta di responsabilità precontrattuale dell'Amministrazione, ci si dovrà interrogare sul momento a partire dal quale possa validamente agirsi in giudizio per chiedere il risarcimento dei danni da violazione dei suddetti doveri. Tale momento è stato individuato, non senza difficoltà⁶, dalla giurisprudenza amministrativa nel primo momento di manifestazione del potere amministrativo verso l'esterno⁷, ovverosia nell'emanazione del bando di gara.

al principio della collaborazione e della buona fede", così come la legge 7 agosto 1990, n. 241, all'art. 1, comma 2-bis, stabilisce chiaramente che "I rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede". Su tali principi, si veda CIMINI S., *Collaborazione e buona fede nei rapporti tra Amministrazione e privati*, in Giordano A. (a cura di), *Il procedimento amministrativo tra regole e responsabilità*, Milano, Giuffrè, Milano, 2021, p. 21 ss.

³ GUGLIELMI G., *La responsabilità precontrattuale della p.a.: i nuovi (discutibili) criteri individuati dalla adunanza plenaria n. 21/2021 per il risarcimento del danno*, in *Resp. civ. e prev.*, 3/2022, p. 933 ss.

⁴ Principio ad oggi cristallizzato nell'art. 1, comma 1-bis, l. 7 agosto 1990, n. 241: "La pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente".

⁵ Cass., S. U., 11 gennaio 1977, n. 93: "l'art. 1337 c.c. sancisce [...] un principio generale, il quale informa tutto l'ordinamento giuridico ed al cui impero anche la Pubblica Amministrazione deve sottostare, quando intraprenda o accetti di trattare iniziative di contratti privatistici".

⁶ Si veda la ricostruzione di GUGLIELMI G., *Responsabilità e pubblica amministrazione: nuovi confini tra pubblico e privato?*, in *Resp. civ. e prev.*, 3/2021, p. 988 ss.

⁷ L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con la sentenza del 4 maggio 2018, n. 5, ha infatti chiarito che la responsabilità precontrattuale è configurabile anche prima della definitiva individuazione del futuro contraente, visto che i soggetti che partecipano alla procedura sono già portatori della aspettativa all'adozione di un comportamento corretto *ex art. 1337 c.c.* da parte della Pubblica Amministrazione. Dunque, già nelle primissime fasi della procedura di scelta del contraente si innesta un contatto sociale qualificato tale da legittimare una richiesta di risarcimento danni da lesione di un vero e proprio diritto soggettivo (così Cass., S. U., 11 maggio 2021, n. 12428), che viene tutelato tramite il riconoscimento di una responsabilità precontrattuale della P.A. nel caso di violazione degli obblighi di correttezza e buona fede [Cfr. ANDREINI

Per dovere di completezza, si precisa che vi sono orientamenti giurisprudenziali (anche relativamente recenti) che non ammettono la configurabilità di una forma di responsabilità precontrattuale fin dall'emanazione del bando, motivando tale interpretazione sulla base della considerazione che il partecipante alla gara non abbia fin da subito una aspettativa al contratto dal momento che non può essere certo di vincere la gara e non può, dunque, neanche lamentare la lesione di un affidamento che non ha in sé ancora maturato⁸.

Si osserva, su questo, che l'aspettativa è legata, in realtà, al corretto comportamento della stessa Amministrazione nella fase che precede la stipula del contratto, più che alla futura stipula in sé; la P.A. deve infatti agire secondo regole di correttezza e buona fede nell'intera fase che precede la stipula del contratto e, quindi, anche indipendentemente dalle modalità con cui si snoda la ricerca del futuro contraente⁹.

Il fatto che le trattative vere e proprie siano assenti nella fase ad evidenza pubblica non fa venir meno la necessità che l'Amministrazione - pur esercitando il suo potere - debba fare applicazione delle regole di cui all'art. 1337 c.c. Tuttavia, è certo che il grado di affidamento che il privato ripone nella Amministrazione è naturalmente differenziato in base allo stato di avanzamento della procedura di selezione e al tipo di comportamento scorretto attuato dall'Amministrazione¹⁰ e questo non potrà che avere una sua rilevanza in sede di determinazione del *quantum* risarcitorio.

C., *Il progressivo ampliamento della responsabilità della Pa: l'applicazione dei principi civilistici, dalla giurisprudenza dell'Adunanza plenaria al codice dei contratti pubblici d. Lgs 36/2023*, in *Ildirittoamministrativo.it*, 22 maggio 2024, p. 9.]. Si evidenzia che non è pacifica la riconduzione della responsabilità precontrattuale ad una responsabilità da contatto sociale qualificato, dal momento che ancora si discute se possa essere piuttosto categorizzata quale forma di responsabilità aquiliana o se costituisca invece una forma di responsabilità del tutto *sui generis*. Per una ricostruzione recente delle varie linee di orientamento, si veda SCOGNAMIGLIO C., *La giurisprudenza della corte di cassazione sulla natura della responsabilità precontrattuale: contrasto latente o contrasto apparente?*, in *Resp. civ. e prev.*, 3/2024, p. 745 ss.

⁸ Si vedano: Cass., S.U., 5 ottobre 2018, n. 24411; C. St., 15 aprile 2016, n. 1532.

⁹ Si veda, sul punto, anche il contributo di SALERNO M., *Brevi riflessioni sulla responsabilità precontrattuale*, in *Ildirittoamministrativo.it*, 13 settembre 2018, p. 4.

¹⁰ Il pregiudizio concretamente risarcibile, in altre parole, "dovrà essere individuato caso per caso, alla luce delle peculiarità della fattispecie che integra la scorrettezza precontrattuale ed in applicazione dei principi generali in materia di liquidazione del danno" (cfr. FEBBRAJO T., *La «nuova» responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. Priv.*, 2/2011, p. 214).

Sebbene, ad oggi, la giurisprudenza ormai ammetta un rimedio di tipo risarcitorio anche in questa particolare materia, in principio è stato difficile riconoscere la sussistenza di obblighi di correttezza e buona fede (nonché la conseguente forma di tutela della responsabilità precontrattuale) che nascessero in conseguenza dell'esercizio di poteri amministrativi¹¹. La originaria ritrosia ad ammettere una *culpa in contrahendo* della P.A. era dovuta alla evidente differenza tra la situazione di 'asimmetria' del rapporto fra privato e Pubblica Amministrazione, tipica della fase pubblicistica di selezione del contraente (a fronte dell'esercizio unilaterale del potere di scelta da parte della P.A.), e la situazione di 'parità' che invece contraddistingue i rapporti tra privati nella fase delle trattative¹². Com'è evidente, questa originaria ritrosia è stata poi superata tramite l'applicazione del principio dell'affidamento quale regola generale del diritto amministrativo (come l'art. 1, c. 2-bis della l. n. 241/90 stabilisce).

Un ultimo tassello utile, dunque, alla ricostruzione del quadro della disciplina sta nel riconoscere - sulla base di quanto sin qui evidenziato - come indissolubilmente legato alla responsabilità precontrattuale l'affidamento incolpevole del privato¹³, dal momento che la prima costituisce rimedio alla lesione del secondo¹⁴.

¹¹ GUGLIELMI G., *La responsabilità precontrattuale della p.a.*, cit., p. 935.

¹² MASSERA A., *Contratto e pubblica amministrazione*, in Roppo V. (a cura di), *Trattato del contratto*, Tomo VI, *Interferenze*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 1023.

¹³ L'Adunanza plenaria ha ritenuto assimilabili le nozioni di affidamento incolpevole e affidamento legittimo. Al contrario, invece, la Cassazione li distingue nettamente: "Come sottolineato da avvertita dottrina, la nozione di affidamento che rileva nella prospettiva delle suddette pronunce non è quella, generalmente definita come 'affidamento legittimo', la cui forma tipizzata di tutela si rinviene nella disciplina dell'annullamento di ufficio del provvedimento amministrativo illegittimo dettata dalla L. n. 241 del 1990, art. 21 nonies. [...] L'affidamento a cui si fa riferimento nelle tre ripetute ordinanze del 2011, e nelle successive pronunce che alle stesse si sono uniformate, per contro, è una situazione autonoma, tutelata in sé, e non nel suo collegamento con l'interesse pubblico, come affidamento incolpevole di natura civilistica, che si sostanzia, secondo una felice sintesi dottrinale, nella fiducia, nella delusione della fiducia e nel danno subito a causa della condotta dettata dalla fiducia mal riposta; si tratta, in sostanza, di un'aspettativa di coerenza e non contraddittorietà del comportamento dell'amministrazione fondata sulla buona fede" (Punti 28.1 e 28.2 dei Motivi della decisione, Cass., 28 aprile 2020, n. 8236).

¹⁴ L'Adunanza plenaria nel 2021, abbracciando i ragionamenti effettuati dalle diverse sezioni del Consiglio di Stato nel tempo (si vedano: C. St., 5 maggio 2016, n. 1797; C. St., 1° febbraio 2013, n. 633), ha speso qualche - importante - parola anche sulla *natura* della responsabilità precontrattuale dell'Amministrazione, sostenendo che essa sorge tutte le volte in cui l'operatore economico abbia riposto un affidamento

2. La ripartizione bifasica del contenzioso in materia di contratti pubblici

La *ratio* della ripartizione bifasica del contenzioso in materia di contratti pubblici sta nel rispetto della intrinseca natura delle due fasi che la caratterizzano: l'una pubblicistica (in cui le posizioni del privato e dell'amministrazione sono ben distinte ed il rapporto non è paritario), retta dalle norme sul procedimento amministrativo; l'altra privatistica (in cui l'amministrazione e il privato si trovano in una posizione quasi paritetica, dovendo entrambi eseguire le rispettive obbligazioni previste da contratto), retta da norme privatistiche e, nel caso di espressa previsione, dal Codice dei contratti pubblici¹⁵. La ripartizione tra giurisdizione ordinaria ed amministrativa è guidata, in altre parole, dalla rilevanza o meno, nel giudizio che si intende instaurare, dell'esercizio di un potere da parte dell'amministrazione e solo ove l'azione esperita non sia legata in alcun modo all'esercizio del suddetto potere, la giurisdizione sarà del giudice ordinario.

In merito alla attrazione della responsabilità precontrattuale nelle procedure di appalto alle materie di cognizione del giudice ordinario o di quello amministrativo, tuttavia, si osserva da sempre una certa tensione tra i giudici di grado superiore amministrativo e ordinario, con il risultato che le diverse controversie si spostano dalla sede amministrativa a quella civile e viceversa, di continuo (fenomeno che qualcuno ha definito come un “waltzer di giurisdizioni”¹⁶), fintantoché sulla questione non si pronuncerà la Corte costituzionale o non interverrà il legislatore.

nell'Amministrazione. L'affidamento “è un principio generale dell'azione amministrativa” (C. St., 13 agosto 2020, n. 5011), il quale è “sorto nei rapporti di diritto civile, con lo scopo di tutelare la buona fede ragionevolmente riposta sull'esistenza di una situazione apparentemente corrispondente a quella reale, da altri creata” ma “è ormai considerato canone ordinatore anche dei comportamenti delle parti coinvolte nei rapporti di diritto amministrativo, ovvero quelli che si instaurano nell'esercizio del potere pubblico, sia nel corso del procedimento amministrativo sia dopo che sia stato emanato il provvedimento conclusivo” (Ad. Plen., 29 novembre 2021, n. 21).

¹⁵ ZUCCHERETTI M., *Brevi note in tema di responsabilità precontrattuale*, in *Foro amm. TAR*, 11/2003, p. 3252.

¹⁶ COSÌ CARBONE V., CONSOLO C., DI MAJO A., *Il “waltzer delle giurisdizioni” rigira e ritorna a fine Ottocento*, in *Corriere giur.*, 9/2004, p. 1130. Sulla stessa falsariga anche TULUMELLO, che afferma: “Una malintesa concezione ideologica del riparto sembra aver innescato una forma di competizione (unilaterale, e ad armi impari) fra le giurisdizioni considerate in assoluto (prospettiva già di per sé fuorviante), e non in relazione alle specifiche esigenze di tutela implicate dall'esercizio del potere” (così TULUMELLO G., *Fenomenologia del dialogo fra le giurisdizioni*, ne *Il Libro della Giustizia Amministrativa 2021*, Torino, Giappichelli, 2021, p. 370.).

Questo riparto dai “confini mobili” riflette la predetta difficoltà di inquadramento delle controversie inerenti alla responsabilità precontrattuale in materia di appalti. Infatti, prendendo a riferimento l’ipotesi in cui la responsabilità precontrattuale sia della Amministrazione (e non, quindi, del privato), quest’ultima potrà tirarsi indietro davanti alla stipula del contratto per diverse ragioni: sia, ad esempio, come conseguenza di una illegittimità procedimentale che ha caratterizzato la precedente fase di selezione del futuro contraente, sia per un mero rifiuto opposto dalla P.A. e che sia totalmente indipendente da quanto accaduto durante la procedura.

Se la mancata stipula del contratto deriva direttamente da vizi della fase pubblicistica, il privato impugnerà l’atto o il provvedimento che ha travolto con i suoi vizi il buon esito della procedura e il giudice di questa controversia sarà senza dubbio il giudice amministrativo, in quanto gli atti amministrativi adottati dalla P.A. in violazione dei suoi obblighi di buona fede e correttezza *ex art. 1337 c.c.* hanno per certo natura pubblicistica¹⁷. Nella stessa sede, il privato potrà, dunque, chiedere al giudice amministrativo tanto l’annullamento dell’atto della procedura viziato, quanto il riconoscimento del diritto al risarcimento del danno derivante da responsabilità precontrattuale; ciò in quanto la mancata stipula del contratto deriva da vizi che appartengono alla fase precedente, che ricade ancora, dunque, nella giurisdizione del giudice amministrativo¹⁸.

Tuttavia, l’attrito tra giurisdizioni superiori riguarda, invece, la corretta individuazione del giudice munito di giurisdizione nella ipotesi in cui la mancata stipula del contratto non trovi causa in un atto illegittimo suscettibile di diretta impugnazione o annullamento¹⁹, ma nell’esclusivo comportamento ostativo alla stipula posto in essere dall’Amministrazione, ovvero sia nel caso in cui la mancata stipula non sia in alcun modo legata alla fase della procedura o all’emanazione di un atto. In tale ipotesi, ci si chiede se il comportamento dell’Amministrazione sia in qualche modo riconducibile all’esercizio del potere amministrativo oppure no e dalla risposta a tale quesito non può che dipendere anche la discussione attorno al riparto di giurisdizione.

¹⁷ FUSCO M. C., *Il riparto di giurisdizione in relazione ai contratti pubblici*, in *Iurisprudenzia.it*, p. 3.

¹⁸ Nell’ipotesi in cui, ad esempio, venga annullato il provvedimento di aggiudicazione perché illegittimo, si configura un diritto al risarcimento del danno precontrattuale in capo al privato.

¹⁹ DELLE CAVE G., *Brevi considerazioni sulla differenza tra responsabilità precontrattuale della P.A. e responsabilità da provvedimento illegittimo (nota a Consiglio di Stato, sez. IV, 19 giugno 2023, n. 5989)*, in *Giustiziainsieme.it*, 15 novembre 2023.

Rimane, quale faro normativo nella risoluzione del contrasto, il codice del processo amministrativo, sul quale interviene giorno per giorno un lavoro ermeneutico essenziale di dottrina e giurisprudenza che condurrà, prima o dopo, a un punto fermo. Si presenta di seguito una breve ricognizione delle recenti posizioni espresse in materia dalla giurisprudenza, per poi tentare di formulare una proposta di soluzione della questione attraverso l'interpretazione delle norme esistenti e della *ratio generale* sottesa al riparto di giurisdizione quando si discute di diritti soggettivi, interessi legittimi e della loro connessione con l'esercizio del potere amministrativo.

3. *Il giudice naturale della fase precontrattuale secondo il Consiglio di Stato*

Partendo dalla giurisprudenza amministrativa, si osserva che il Consiglio di Stato tende a configurare l'esistenza della giurisdizione amministrativa (esclusiva) ogni qual volta si discuta di responsabilità precontrattuale dell'Amministrazione. Ciò, avviene, ad esempio, qualora il comportamento scorretto si manifesti attraverso l'adozione di atti quali la revoca o l'annullamento dell'aggiudicazione²⁰ o il provvedimento di decadenza dall'aggiudicazione²¹. Il Consiglio di Stato ammette la giurisdizione amministrativa anche in riferimento alle controversie aventi ad oggetto una responsabilità precontrattuale che origini dal comportamento scorretto dell'operatore economico²², che non abbia agito secondo buona fede nelle trattative²³.

Dunque, in materia di riparto di giurisdizione, il Consiglio di Stato è chiaro nel ricomprendere le controversie inerenti alla responsabilità precontrattuale nelle materie di giurisdizione amministrativa esclusiva.

Una sentenza di grande impatto in relazione al tema oggetto di studio è stata quella dell'Adunanza plenaria del 2021 (pronuncia n. 21/2021), emanata a conclusione di una vicenda nella quale si discuteva di una revoca di aggiudicazione per indisponibilità finanziaria, la quale revoca, sebbene legittima nella forma, celava, nella sostanza, un comportamento sleale e scorretto tenuto dall'Amministrazione nella fase precontrattuale. L'esercizio del potere della P.A. era, nel caso di specie, valido (la revoca del provvedimento), ma il comportamento (motore

²⁰ C. St., Ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5; C. St., 28 gennaio 2019, n. 697.

²¹ C. St., 23 febbraio 2015, n. 844; 31 agosto 2016, n. 3755; 29 luglio 2019, n. 5354; 2 agosto 2019, n. 5498; 31 dicembre 2020, n. 8546.

²² Si vedano le sentenze: C. St., 26 maggio 2023, n. 7217.

²³ BOCCHINI S., *la responsabilità "concorrente" dell'operatore e l'azione di rivalsa della stazione appaltante al cospetto del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1/2025, p. 81.

dell'esercizio del potere) era invece contrario agli obblighi di lealtà e correttezza imposti dall'art. 1337 c.c.. L'Adunanza plenaria ha dunque effettuato una distinzione importante tra regole di validità (regole di 'legittimità amministrativa') e regole di comportamento (regole di 'correttezza') ed ha poi, nella sentenza, aggiunto: "i profili in questione sono autonomi e non in rapporto di pregiudizialità, nella misura in cui l'accertamento di validità degli atti impugnati non implica che l'amministrazione sia esente da responsabilità per danni nondimeno subiti dal privato destinatario degli stessi"²⁴.

In questa direzione, pertanto, non viene in rilievo l'attività provvedimentale della p.a. (l'esercizio diretto ed immediato del potere) ma il comportamento (collegato in via indiretta e mediata all'esercizio del potere) tenuto dalla stazione appaltante nel corso della gara²⁵.

4. *La linea interpretativa della Corte di Cassazione*

Per quello che riguarda l'orientamento espresso dalla Cassazione civile, si osserva che dall'entrata in vigore del d.lgs. n. 104/2010 sino ad oggi, si sono formate due parallele linee di indirizzo sul tema.

Una prima linea di indirizzo abbraccia la stessa interpretazione del Consiglio di Stato analizzata, in tema di riparto di giurisdizione²⁶. Nello specifico, le sentenze che esprimono questa linea di pensiero affermano che la cognizione del giudice amministrativo in materia di procedura ad evidenza pubblica si estenda a tutte le controversie che traggono origine dal momento dell'inizio della procedura fino alla fase successiva all'aggiudicazione, che termina con la stipula del contratto²⁷. Una seconda linea di indirizzo invece sostiene che dell'art. 133 c.p.a si debba fare un'interpretazione restrittiva, in virtù del fatto che la responsabilità precontrattuale prescinde dal modo in cui il potere è stato

²⁴ Per una analisi della sentenza ed i successivi sviluppi della questione si veda LORENZONI L., *Osservazioni critiche in tema di responsabilità civile della P.A.*, in *Dir. Amm.*, 1/2020, p. 235 ss.

²⁵ Il Consiglio di Stato, sul punto ha evidenziato: "rilevano le regole di diritto privato la cui violazione non dà vita ad invalidità provvedimentale, ma a responsabilità; anche per la p.a. le regole di correttezza e buona fede così come per i privati sono regole di responsabilità" (C. St., 13 luglio 2020, n. 4514, cit.). Si evidenzia che questi ragionamenti sono stati ripresi dal Consiglio di Stato anche in tempi recenti (C. St., 12 settembre 2023, n. 8273).

²⁶ Si vedano: Cass., S. U., ord., 21 aprile 2016, n. 8057, nonchè Cass., 29 maggio 2017, n. 13454.

²⁷ Cfr. Cass., S.U., ord. 8 luglio 2015, n. 14188; 23 luglio 2013, n. 17858; 25 maggio 2018, n. 13191; 5 marzo 2019, n. 6356; 13 marzo 2020, n. 7219.

esercitato ed è legato alla violazione di regole di buona fede e correttezza alla cui osservanza è tenuto qualunque soggetto, sia privato che pubblico²⁸. La conseguenza di tale interpretazione è che le controversie inerenti alla responsabilità precontrattuale sono rimesse alla cognizione del giudice ordinario²⁹, in quanto il contesto in cui si colloca la violazione di obblighi di correttezza e buona fede è stata nient'altro che l'«occasione» per ledere la sfera del privato. Tale ultima linea interpretativa è quella maggiormente riproposta attualmente dalla Corte di Cassazione.

5. *Il Nuovo Codice dei contratti pubblici risolve la questione? Considerazioni di chiusura*

Il nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 36/2023) ha il pregio di aver introdotto esplicitamente il principio generale di tutela dell'affidamento e di buona fede nella procedura ad evidenza pubblica (art. 5, c. 1, d.lgs. 36/2023), legando le parti in un reciproco rapporto di fiducia. Questo elemento non rappresenta, come ben visto, una novità nel diritto amministrativo, essendo il risultato di approdi precedenti; tuttavia la positivizzazione di un principio equivale al riconoscimento formale della sua esistenza e della sua tutela e fornisce l'appiglio legislativo fondamentale anche in sede giurisdizionale, consentendo a chi ne fa valere la violazione di ricevere con assoluta certezza l'adeguata tutela, al ricorrere dei corretti presupposti. In altre parole, i principi di buona fede e di tutela dell'affidamento, ad oggi costituiscono “parametri di controllo dell'operato amministrativo”³⁰ a tutti gli effetti.

Oltre a questa importante affermazione di principio, in ogni caso, il Codice non si addentra in questioni di giurisdizione e la sola previsione del principio non è, quindi, di per sé risolutiva del contrasto³¹.

²⁸ Questa considerazione è espressa in Cass., S.U., ord., 23 marzo 2011, nn. 6594, 6595 e 6596.

²⁹ Cfr. Cass., S.U., 12799/2017 e 15640/2017; Cass., S.U., 5 ottobre 2018, n. 24411; Cass., S.U., 17 dicembre 2020, n. 28979; Cass., S.U., ord. 17 giugno 2021, n. 17329; Cass., S.U., n. 13595/2022; Cass., S.U., ord. n. 111 del 4 gennaio 2023; Cass., S.U., 31 ottobre 2023, n. 30267.

³⁰ ANDREINI C., *Il progressivo ampliamento della responsabilità della Pa: l'applicazione dei principi civilistici*, op. cit., p. 5.

³¹ MAGLIARI A., *Il contenzioso: la tutela giurisdizionale e i rimedi alternativi*, in Macchia M. (a cura di), *Costruire e acquistare. Lezioni sul nuovo Codice dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli, 2024, p. 343.

La questione, in realtà, potrebbe essere pacificamente risolta attraverso la lettura del dato normativo, ma prima di analizzare quest'ultimo, si ritiene opportuno indagare il tema da un punto di vista sostanziale.

Nello specifico, far rientrare nella cognizione del giudice amministrativo le controversie che abbiano ad oggetto comportamenti scorretti dell'Amministrazione nella fase precontrattuale solo ove emergano per mezzo di un provvedimento (di revoca o di annullamento che sia), significa estrapolare il comportamento dell'Amministrazione dal contesto nel quale si colloca³²: quello dell'affidamento del contratto, innescato dall'esercizio stesso del potere amministrativo. Realizzare un legame necessario tra atto e comportamento ai fini dell'individuazione del giudice significherebbe trascurare che il comportamento scorretto dell'Amministrazione, a ben vedere, non è nient'altro che la manifestazione di un potere uguale e contrario rispetto a quello originariamente espresso con gli atti della procedura che lo hanno preceduto, ovvero sia quello diretto alla conclusione di un contratto pubblico. Da ciò deve necessariamente desumersi che anche il solo comportamento scorretto dell'Amministrazione nella fase precontrattuale è, di fatto, manifestazione (seppur mediata) dell'esercizio del potere e che la giurisdizione su questa materia non può che essere amministrativa, essendo il giudice amministrativo il giudice, non degli atti amministrativi, ma dei pubblici poteri³³.

Venendo ora al dato letterale della norma sulla giurisdizione, anche l'art. 133 c.p.a. confermerebbe la summenzionata interpretazione. L'articolo, nello specifico, deve essere interpretato alla luce dell'art. 7 c.p.a..

L'art. 7, commi 1 e 5, c.p.a. prescrive che "1. Sono devolute alla giurisdizione amministrativa le controversie, nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritti soggettivi, concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti

³² FILIPPI M., *Il principio dell'affidamento nei confronti della pubblica amministrazione riflessi sul riparto tra le giurisdizioni alla luce dei nuovi orientamenti della giurisprudenza*, in *Giustiziainsieme.it*, 11 febbraio 2021. A ragione sottolinea che il comportamento scorretto dell'Amministrazione non può considerarsi posto in essere nell'ambito dell'attività di diritto privato, perché è evidente che la condotta si espliciti "nel rapporto procedimentale: sicché negare la riconducibilità del comportamento all'esercizio del potere sembra obiettivamente una forzatura" (così TRIMARCHI M., *Il riparto della giurisdizione nelle controversie per il risarcimento dei danni arrecati nell'esercizio della funzione amministrativa*, in 4/2024, p. 834). Sulla stessa falsariga, sebbene in riferimento ad un diverso tema, anche RONCAROLO F., *Il contrasto tra le giurisdizioni in materia di responsabilità per lesione dell'affidamento prosegue*, in *Dir. Proc. Amm.*, 4/2013, p. 1288.

³³ Si veda Corte cost., 6 luglio 2004, n. 204 e 11 maggio 2006, n. 191.

provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediatamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni. [...] 5. Nelle materie di giurisdizione esclusiva, indicate dalla legge e dall'articolo 133, il giudice amministrativo conosce, pure ai fini risarcitori, anche delle controversie nelle quali si faccia questione di diritti soggettivi".

L'art. 133, comma 1, lett. e) sancisce la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo di tutte le controversie "relative a procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi, forniture, [...], ivi incluse quelle risarcitorie e con estensione della giurisdizione esclusiva alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione ed alle sanzioni alternative".

Dal combinato disposto di questi due articoli si evince che la giurisdizione amministrativa attrae a sé qualunque controversia inerente alla procedura di appalto, anche quando essa riguardi diritti soggettivi, bastando la connessione anche "mediata" con l'esercizio del potere amministrativo. La norma di cui all'art. 7 non circoscrive la cognizione del giudice amministrativo a specifici diritti soggettivi e introduce di nuovi pare, perciò, un'operazione del tutto arbitraria. Quindi, anche il comportamento attuato in violazione degli obblighi di buona fede e correttezza (sebbene slegato dall'emanazione di atti o provvedimenti amministrativi³⁴), ricade in questo alveo³⁵.

Un'ultima questione rimane da risolvere. Ove a tirarsi indietro davanti alla stipula del contratto sia il privato e non l'Amministrazione, la controversia ricadrà nella giurisdizione del giudice ordinario o di quello amministrativo?

Dal punto di vista sostanziale, anzitutto, la circostanza che il privato abbia partecipato alla gara attivamente fino al termine della procedura, è elemento di per sé idoneo a dedurre un effettivo interesse del privato alla futura stipula del contratto ed è dunque questo 'interesse alla gara' che fa sorgere in capo alla P.A. una aspettativa alla futura stipula del contratto.

Il comma 5 dell'art. 7 del Codice attribuisce alla cognizione del giudice amministrativo le controversie, anche risarcitorie, in materia di procedure di affidamento, senza distinguere l'ipotesi in cui sia il privato ad agire avverso l'Amministrazione da quella in cui sia l'Amministrazione ad agire contro il privato,

³⁴ Il codice fa esplicito riferimento ad «atti» o «comportamenti» dell'Amministrazione.

³⁵ A tal proposito si sottolinea che la stessa Relazione di accompagnamento al Codice chiarisce tale interpretazione: "l'espressa menzione delle "controversie risarcitorie" nel testo dell'art. 133, c. 1, lett. e) n. 1 – in un contesto ordinamentale in cui la tutela risarcitoria dell'interesse legittimo non richiede previsioni di giurisdizione esclusiva (cfr. Corte cost. n. 204 del 2004) – non può che leggersi come volontà del legislatore di includere nella giurisdizione esclusiva in materia di appalti proprio le controversie di risarcimento del danno da responsabilità precontrattuale".

con ciò lasciando intendere che il giudice Amministrativo conosce anche delle controversie che vedano, quale parte lesa, l'Amministrazione³⁶.

La ragione che giustifica l'attrazione della controversia alla giurisdizione del giudice amministrativo, tuttavia, è profondamente diversa rispetto a quella che giustifica l'attrazione con riguardo all'ipotesi in cui la responsabilità precontrattuale ricada sulla Amministrazione. È infatti evidente che il comportamento del privato non sia collegato in alcun modo all'esercizio del potere amministrativo, non essendo tale potere ad esso attribuito *in nuce*. Un tanto premesso, l'attrazione della controversia alla cognizione del giudice amministrativo è giustificata, in questo caso, dalla semplice applicazione del principio di 'concentrazione delle tutele' (cristallizzato all'art. 44, l. 69/2009)³⁷.

A conclusione di questo compendioso studio, si rileva come il problema di fondo del corretto inquadramento del riparto di giurisdizione in questa materia possa, a ben vedere, individuarsi nella distinzione tra "comportamento mero e comportamento costituente esercizio del potere"³⁸. Per questo motivo, sarebbe

³⁶ Dello stesso avviso anche GANDINO A., *Lesione dell'affidamento - Lesione dell'affidamento: spunti per un nuovo confronto tra le magistrature superiori*, in *Giur. it.*, n. 10, 1° ottobre 2024, p. 2175 ss; il quale, tuttavia, ricostruisce con una diversa *ratio* l'attrazione di tali controversie alla cognizione del giudice amministrativo. Nello specifico, egli sostiene che tanto le azioni promosse dalla P.A. contro il privato per responsabilità precontrattuale quanto quelle promosse dal privato contro la P.A. riguardano entrambe una "vicenda procedimentale dove l'Amministrazione cagiona o subisce lesione nella fase di esercizio del potere amministrativo" e per tale motivo dovrebbero essere attratte alla giurisdizione del giudice amministrativo.

³⁷ Come ben argomenta T.A.R. Milano, "Rientra nell'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell'articolo 133, comma 1, lettera e), n. 1) cod. proc. amm., [...] anche l'ipotesi inversa, in cui si faccia questione della violazione ad opera della parte privata dei canoni di buona fede nelle trattative. Diversamente opinando, sarebbe violato il principio di concentrazione delle tutele (sancito dall'art. 44 della legge n. 69 del 2009), in quanto la proposizione di domande attinenti alla responsabilità precontrattuale aventi carattere reciproco o riconvenzionale comporterebbe il ricorso a giurisdizioni diverse, con conseguenze irragionevoli e potenzialmente lesive del diritto costituzionalmente garantito alla difesa in giudizio (art. 24 Cost.)" (T.A.R. Milano, 20 marzo 2014, n.736). Sul principio di concentrazione delle tutele si veda la ricostruzione di QUARANTA A., *Il libro I del codice e la concentrazione delle tutele*, in Quaranta A., Lopilato V. (a cura di), *Il processo amministrativo. Commentario al D.lgs. 104/2010*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 57 ss.

³⁸ TULUMELLO G., *Affidamento, buona fede, e fiducia nel nuovo codice dei contratti pubblici: la verifica delle categorie, e la disciplina dei rimedi (verso un "diritto amministrativo praticato")*, in *Giustizia-Amministrativa.it*, 11/2023, p. 21.

apprezzabile un intervento chiarificatore del legislatore o della Corte costituzionale, visti gli evidenti e persistenti attriti tra le magistrature superiori.

LAURA SANCILIO

Dottoranda di ricerca in Diritto amministrativo nell'Università di Trieste

Sezione II:
Diritto privato

Profili di responsabilità connessi alla diffusione e allo sviluppo dei «*Connected and Autonomous Vehicles*»

Digitalizzazione e automazione hanno profondamente trasformato il settore dei trasporti e in particolare il comparto dell'automotive¹. Il protagonista di questa rivoluzione tecnologica è il CAV, acronimo inglese di Connected and Autonomous Vehicle, un veicolo completamente autonomo in grado di interagire con l'ambiente circostante grazie alla raccolta e alla rielaborazione di dati che vengono trasformati in comandi di guida².

In particolare, i CAV presentano una struttura complessa, essendo dotati di componenti hardware, come sensori, telecamere e radar e componenti software, tra cui sistemi sviluppati di IA e machine learning.

^{*} ***Il presente contributo racchiude gli esiti di una ricerca condotta nell'ambito del finanziamento per la ricerca del progetto PON dal titolo Nuova mobilità condivisa ed ecosostenibile nel trasporto urbano ed extraurbano di persone.***

¹ TELESCA C., *Inquadramento giuridico dei profili di responsabilità in tema di veicoli a guida autonoma*, in *Veicoli a guida autonoma. Veicoli a impatto zero*, Pisa, 2023, 251; SEVERONI C., *L'assicurazione della responsabilità da impiego di mezzi di trasporto a guida altamente automatizzata o autonoma*, in *Veicoli a guida autonoma. Veicoli a impatto zero*, Pisa, 2023, 277 s; PELLEGATTA S., *Guida autonoma e prime riflessioni in punto di diritto*, in *Veicoli a guida autonoma. Veicoli a impatto zero*, Pisa, 2023, 93 s;

² BUTTI L., *Auto a guida autonoma ed impatto ambientale*, in *Veicoli a guida autonoma. Veicoli a impatto zero. Regole, intelligenza artificiale, responsabilità*, a cura di Cassano G. – Picotti L., Pisa, 2023, 45; LOBIANCO R., *Veicoli a guida autonoma e responsabilità civile: regime attuale e prospettive di riforma – I parte*, in *Resp. civ. e prev.*, 3/2020, 724 s; BENELLI G., *Auto a guida autonoma: profili di responsabilità civile e prospettive di riforma*, in *Dir. Trasp.*, 2019, 352 s; GAETA M.C., *Automazione e responsabilità civile automobilistica*, in *Resp. civ. e prev.*, 2016, 1718; COMENALE PINTO M. M., ROSAFIO E. G., *Responsabilità civile per la circolazione degli autoveicoli a conduzione autonoma. Dal grande fratello al grande conducente*, in *Dir. Trasp.*, 2019, 368 s; PELLEGATTA S., *Autonomous driving and civil liability: The Italian Perspective*, in *GIURETA*, 2019, 135 ss;

A livello tecnico, con lo Standard internazionale J 3016, la Society of Automotive Engineers (S.A.E.)³ individua sei diversi livelli di automazione crescente dei veicoli, che vanno dallo 0 al 5⁴.

Il primo è il livello 0 (L0), sprovvisto di qualsiasi forma di automazione. Il livello 1 (L1) individua vetture dotate di sistemi di guida assistita di base, quali ad esempio il cruise control e l'ABS. Il livello 2 (L2) dispone di una forma di autonomia parziale, che si esplica nell'ausilio di frenata e di accelerazione in caso di necessità. Il livello 3 (L3) si basa su una forma di autonomia condizionale, ovvero tale da poter imporre al passeggero, in caso di criticità, di assumere il comando del veicolo. L3 può, infatti, essere considerato il primo livello CAV.

I successivi livelli 4 (L4) e 5 (L5) vengono indicati come ad elevata automazione e ad automazione piena⁵ e si muovono autonomamente in assenza di conducente.

Tra i principali esempi di veicoli a guida autonoma di livello 4 e 5 si menzionano quelli sviluppati da alcune aziende statunitensi, come Waymo e Cruise, che offrono servizi di trasporto autonomo in alcuni contesti urbani, come le città di Phoenix e San Francisco, nonché i c.d. «robotaxi» progettati dalle aziende cinesi Baidu e Pony.ai.

La diffusione su larga scala dei CAV può essere considerata un passo avanti nel raggiungimento degli obiettivi di sviluppo sostenibile promossi dalle Nazioni Unite, c.d. Sustainable Development Goals (SDG) in particolare per quanto concerne le dimensioni ambientali e sociali.

L'automazione della mobilità è destinata a incentivare il superamento dei combustibili fossili e a promuovere una gestione più efficiente delle infrastrutture di trasporto. Essa garantisce, altresì, una maggiore inclusività favorendo gli spostamenti dei soggetti portatori di disabilità fisiche⁶.

³ Un ente di normazione nel settore dell'industria aerospaziale ed automobilistica

⁴ Cfr. DE VANNA F., *Autonomous driving e questione della responsabilità: alcuni nodi teorici*, in *Smart roads e driverless cars: tra diritto, tecnologie, etica pubblica*, a cura di S. Scagliarini, Torino, 2019, 79 s;

⁵ Cfr. *Taxonomy and Definitions for Terms, Related to Driving Automation Systems for On Road Motor Vehicles*, SAE International, reperibile in <https://www.sae.org>; INGRATOCI C., *Autonomous vehicles in smart roads: an integrated management system for road circulation*, in *Dir. trasp.*, 2020, 501 s; CALABRESI G., AL MUREDEEN E., *Driverless cars: intelligenza artificiale e futuro della mobilità*, Bologna, 2021, 152;

⁶ VANTIN S., *Automobili a guida autonoma: un'inedita opportunità per le persone con disabilità fisiche?*, in *Smart Roads e driverless cars: tra diritto, tecnologie, etica pubblica*, a cura di S. Scagliarini, 58 s.

Numerosi studi di settore dimostrano inoltre che l'automazione della mobilità possa determinare un incremento della sicurezza stradale, principalmente grazie alla progressiva incidenza del «fattore umano» nei sinistri stradali⁷.

Contestualmente alla crescente diffusione, l'adozione di questa tecnologia è altresì segnata da una molteplicità di problematiche di ordine tecnico e giuridico, le quali sollevano complessi interrogativi in merito alla sua concreta applicazione e regolamentazione.

Sotto il profilo tecnico, i principali ostacoli risiedono nella necessità di operare una profonda trasformazione e adeguamento delle infrastrutture stradali esistenti alle nuove tecnologie digitali. Questo comprenderebbe, tra l'altro, l'installazione di sensori intelligenti capaci di monitorare in tempo reale le condizioni del traffico e dell'ambiente circostante. Inoltre, includerebbe la progettazione e la realizzazione di sistemi avanzati di comunicazione tra veicolo e infrastruttura, (secondo la tecnologia Vehicle – to – infrastructure, o V2I), nonché un significativo implemento e potenziamento della connettività, al fine di garantire una trasmissione stabile e sicura dei dati.

A livello normativo, invece, le perplessità si concentrano attorno ad alcune tematiche rilevanti, tra cui il regime di responsabilità civile, le questioni etiche e la regolamentazione della privacy.

Nel rispetto del tema portante di questo intervento, ossia i profili di responsabilità connessi ai CAV, verranno di seguito riassunti i termini essenziali del dibattito relativo alla disciplina applicabile ai sinistri che li vedranno coinvolti.

In primo luogo, è opportuno precisare che, sebbene in alcuni Paesi europei – tra cui l'Italia – i veicoli a guida automatizzata di livello 4 e 5 siano già divenuti oggetto di test e sperimentazioni, e in altri contesti⁸ rappresentino già una modalità consolidata di trasporto, la normativa vigente nel nostro ordinamento non ne consente ancora la libera circolazione su strade urbane non confinate.

A tal proposito, si precisa come l'unico riferimento normativo attualmente presente nell'ordinamento giuridico italiano in punto di guida autonoma sia il Decreto 28 febbraio 2018 intitolato «Modalità attuative e strumenti operativi

⁷ Considerato che il 97% dei sinistri stradali è dovuto all'errore umano, si stima che l'introduzione dei veicoli a guida autonoma possa ridurre drasticamente il tasso di incidentalità. Così si cfr. con QUARTA E., TREZZA R., *Driverless cars o driverless law: quale direzione prenderà il diritto per evitare "incidenti sistematici"?* in *Cultura giuridica e diritto vivente*, 8/2021, 4 ss; CASADEI T., ZANETTI G., *Tra dilemmi etici e potenzialità concrete: le sfide dell'autonomous driving*, in *Smart roads e driverless cars: tra diritto, tecnologie, etica pubblica*, a cura di S. Scagliarini, Torino, 2019, 48 s.

⁸ Come Cina e Stati Uniti.

della sperimentazione su strada delle soluzioni di Smart Road e di guida connessa e automatica» comunemente noto come Decreto Smart Roads⁹.

Nonostante questo intervento, l'intero apparato legislativo italiano si dimostra, ad oggi, totalmente inadeguato a recepire e attuare in maniera efficace le implicazioni derivanti dall'automazione della mobilità. Il decreto Smart Roads, infatti, si limita a regolare solo alcuni aspetti, quali la fase sperimentale della guida autonoma e le caratteristiche delle smart roads, omettendo di disciplinarne altri di più essenziali, tra cui la responsabilità civile in caso di sinistro.

Tra questi, si annoverano, in particolare, l'assenza di una definizione di veicolo autonomo e di conducente.

Questa lacuna costringe dunque la dottrina a compiere un notevole sforzo interpretativo al fine di individuare la soluzione più adatta a disciplinare la responsabilità civile in relazione alle fattispecie di sinistro stradale causate da un veicolo a guida autonoma.

Ad ogni modo, in un simile contesto, risulta quanto mai opportuno – ed anzi preliminare rispetto all'elaborazione di un sistema di responsabilità civile per i danni derivanti dalla circolazione di un veicolo a guida autonoma – un intervento normativo volto all'aggiornamento e all'adattamento delle nozioni e delle definizioni giuridiche di veicolo e di conducente.

Tali definizioni, infatti, risultano ancora ancorate ad una concezione tradizionale della guida manuale, fondate sul binomio inscindibile che lega il concetto di conducente a quello di veicolo¹⁰, così come indicato dall'art. 46 del Codice della Strada e dalle definizioni introdotte dalla Convenzione di Vienna del 1968 sulla circolazione stradale.

L'avvento della guida autonoma ha infatti comportato un progressivo ridimensionamento del ruolo e – più ampiamente – della figura del conducente tradizionale, la cui interazione con il veicolo si riduce fino a trasformarlo in un mero «user» o semplice passeggero.

Tale innovazione ha messo pertanto in crisi l'attuale sistema di attribuzione della responsabilità civile automobilistica, così come delineato dall'art. 2054

⁹ Simili iniziative sono state intraprese anche nel Regno Unito, in Germania, Francia e Svizzera. Per un ulteriore approfondimento, vedasi l'interessante contributo di CERINI D., *Il c.d. "smart roads" e "smart vehicles"*, in *Smart mobility, smart cars e intelligenza artificiale: responsabilità e prospettive*, a cura di D. Cerini e A. P. Tedesco, Torino, 2019, 27 ss e MAROTTA M., *Esperienze legislative a confronto in tema di guida autonoma*, in *Veicoli a guida autonoma, Veicoli a impatto zero. Regole, intelligenza artificiale, responsabilità*, a cura di G. Cassano-L. Picotti, Pisa, 2023, 119 ss.

¹⁰ RUSSO G., *La responsabilità civile auto nell'era digitale. Inapplicabilità dell'art. 2054 c.c. e re-interpretazione dell'attuale assetto normativo*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2023, 1222 s;

c.c.¹¹ che introduce un regime di responsabilità civile automobilistica incentrato sulla figura del conducente. Venendo a mancare tale soggetto, l'intero sistema di attribuzione della responsabilità diverrebbe palesemente inadeguato¹².

Pur potendosi ammettere una residuale applicazione dell'art. 2054 c.c. – limitatamente al terzo livello di automazione (L3) – secondo un modello di responsabilità da c.d. «monitoraggio», in cui la supervisione del conducente umano continua ad essere un elemento imprescindibile del sistema, a partire dal livello successivo, l'intero impianto normativo si rivela – per le ragioni testé esposte – strutturalmente inidoneo¹³.

A questo si aggiunge la consapevolezza che, con l'introduzione dei veicoli a guida autonoma e il conseguente venir meno del fattore umano, le stesse cause generative dei sinistri stradali siano mutate rispetto al passato.

Se, infatti, nella tradizionale prospettiva della guida manuale tali responsabilità erano prevalentemente riconducibili a un errore umano, come la distrazione o lo stato di alterazione psico-fisica del conducente, e, più in generale, a condotte colpose o imprudenti dello stesso, nel contesto della guida autonoma le medesime dovranno invece essere ricondotte a eventuali malfunzionamenti del CAV, siano essi di natura hardware o software.

Pertanto, parte della dottrina¹⁴ è propensa ad individuare il soggetto responsabile per i sinistri che coinvolgono un veicolo autonomo nella figura del produttore o del programmatore del CAV¹⁵.

¹¹ Il comma I prevede quanto segue: «Il conducente di un veicolo senza guida di rotaie è obbligato a risarcire il danno prodotto a persone o a cose dalla circolazione del veicolo, se non prova di aver fatto tutto il possibile per evitare il danno». Il comma III, invece, precisa che: «Il proprietario di un veicolo, o, in sua vece, l'usufruttuario o l'acquirente con patto di riservato dominio è responsabile in solido col conducente, se non prova che la circolazione del veicolo è avvenuta contro la sua volontà».

¹² La progressiva perdita di controllo sui comandi di guida e la conseguente impossibilità per il «conducente – passeggero» di intervenire sulla marcia in caso di necessità ha reso pertanto impossibile l'applicazione di un sistema di responsabilità civile fondato sulla colpa del conducente.

¹³ SCAGLIARINI S., *La sperimentazione su strada pubblica dei veicoli autonomi: il "Decreto smart road"*, in *Smart roads e driverless cars: tra diritto, tecnologie, etica pubblica*, a cura di S. Scagliarini Torino, 2019, 16 ss;

¹⁴ *Ex multis*, SALAMONE A., *Smart roads e driverless cars, tra diritto e innovazione tecnologica*, Bologna, 2024, 21; LOBIANCO R., *Veicoli a guida autonoma e responsabilità civile: regime attuale e prospettive di riforma - II parte*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 4/2020, 1080 ss; BENELLI G., *Auto a guida autonoma, Auto a guida autonoma, profili di responsabilità civile e prospettive di riforma*, in *Dir. Trasp.*, 2019, 364.

¹⁵ Per tutti, LOBIANCO R., *Veicoli a guida autonoma e responsabilità civile-parte II*, op. cit.;

In tal senso, viene dunque richiamata la disciplina di cui alla Direttiva 85/374 CEE sulla responsabilità del produttore per danno da prodotto difettoso (Product Liability Directive). Tale responsabilità, sia in via esclusiva sia in concorso con quella del proprietario del veicolo, sembrerebbe secondo questo primo orientamento, la soluzione più appropriata per far fronte ai sinistri derivanti da difetti di fabbricazione di un veicolo autonomo o da malfunzionamenti occorsi al software¹⁶.

Produttore e programmatore rappresenterebbero dunque i soggetti più qualificati ad assumere il rischio e l'onere risarcitorio in relazione a tali fattispecie di sinistri.

Ad ogni modo, l'attuale D.P.R. 24 maggio 1988, n. 244, recepite la normativa europea in materia di responsabilità del produttore per difetti di fabbricazione, successivamente confluito nel Codice del Consumo negli artt. 114 – 127¹⁷, non fornisce adeguata tutela in caso di sinistro provocato da CAV. La normativa, infatti, lontana decenni dall'attuale contesto tecnologico, prevede un onere della prova in capo al consumatore/soggetto danneggiato del tutto incompatibile con l'opacità del modello decisionale di un'intelligenza artificiale. Costui si ritroverebbe infatti a dover dimostrare il difetto del prodotto, il danno subito e il nesso causale.

Tra le principali difficoltà applicative evidenziate dalla dottrina, oltre alla rigidità derivante dall'onere della prova gravante sul soggetto danneggiato, si segnalano l'assenza di un'esplicita previsione riguardante le componenti digitali e la mancanza di una definizione normativa chiara e condivisa del concetto di software in relazione alla nozione di prodotto così come delineata dalla direttiva 85/374/CEE.

In tempi recenti, con l'adozione della direttiva UE 2024/2853¹⁸ è stata emanata una nuova versione della Product Liability Directive, volta a chiarire e a superare alcune delle principali perplessità applicative precedentemente sollevate dalla dottrina in merito alla disciplina previgente. La nuova normativa apporta modifiche sostanziali, tra cui l'ampliamento della nozione di prodotto, ora estesa fino a ricomprendere anche il software e i sistemi di intelligenza artificiale, nonché la nozione di produttore, includendovi anche il programmatore del software ed ogni altro operatore economico coinvolto nel processo di realizzazione del prodotto.

¹⁶ Così BENELLI G., *Auto a guida autonoma, profili di responsabilità civile e prospettive di riforma*, op.cit., 352.

¹⁷ Così come istituito dal d.lgs. n. 206/2005.

¹⁸ Direttiva UE 2024/2853, pubblicata in G.U.U.E., il 18 novembre 2024.

A questo primo orientamento, fanno capo altre posizioni dottrinali che suggeriscono altresì di richiamare, accanto alla PLD, alcuni paradigmi di responsabilità già consolidati e previsti dal codice civile, tra cui quelli disciplinati dagli artt. 2051 e 2050 c.c.

Una prima impostazione¹⁹ suggerisce di applicare ai CAV l'art. 2051 c.c., che disciplina la responsabilità per danni da cose in custodia, sostenendo che la medesima possa gravare sul proprietario o sul supervisore di un veicolo autonomo in tutti i casi in cui non si possa ricorrere all'art. 2054 c.c.²⁰.

Adattandola al contesto della guida autonoma, la dottrina equipara la figura del supervisore a quella del custode, considerando la comune funzione di vigilanza e di intervento in caso di necessità imposta sul soggetto.

Un secondo orientamento²¹ farebbe invece ricorso all'art. 2050 c.c., interpretando l'uso dell'intelligenza artificiale nei CAV come un'attività intrinsecamente rischiosa, in relazione alla potenziale pericolosità derivante dall'interazione tra sistemi di guida intelligenti.

L'insieme di queste posizioni dottrinali, che richiamano in combinato disposto, l'applicazione della PLD ai principali paradigmi di responsabilità declinati dal codice, si può riassumere secondo un approccio del tipo *de iure condito*²², attuabile per il tramite della rilettura e del riadattamento dei modelli di responsabilità tutt'oggi esistenti.

D'altra parte, invece, si evidenzia una seconda posizione dottrinale²³ maggiormente propensa a seguire un orientamento del tipo *de iure condendo*, la quale sostiene la necessità di introdurre una disciplina specifica per i veicoli autonomi che tenga conto delle peculiarità tecnologiche ed operative dei sistemi di I.A. e machine learning.

Tra le soluzioni proposte, si menziona l'istituzione di un fondo di garanzia partecipato uniformato a livello europeo e supportato da un'assicurazione ob-

¹⁹ In questo senso RUSSO G., *La responsabilità civile auto nell'era digitale. Inapplicabilità dell'art. 2054 c.c. e re-interpretazione dell'attuale assetto normativo*, op. cit., 1228 ss.

²⁰ Così RUFFOLO U., *Intelligenza artificiale e responsabilità*, in *Responsabilità, comunicazione, impresa*, Milano, 2017, 45.

²¹ Così RUFFOLO U., AMIDEI A., *Diritto dell'intelligenza artificiale. Responsabilità. Contratto. Regolazione. Veicoli autonomi*, Roma, 2024, 221 s.

²² RUFFOLO U., AMIDEI A., *Diritto dell'intelligenza artificiale. Responsabilità. Contratto. Regolazione. Veicoli autonomi*, op. cit., 221 s; BENELLI G., *Auto a guida autonoma*, op. cit., 365; RUSSO G., *La responsabilità civile auto nell'era digitale. Inapplicabilità dell'art. 2054 c.c.*, op. cit., 1233 s.

²³ Così, LOBIANCO R., *Veicoli a guida autonoma e responsabilità civile: regime attuale e prospettive di riforma – II parte*, op. cit., 1092.

bligatoria per il produttore, attraverso il quale, nel rispetto di determinati massimali, quest'ultimo si assume la responsabilità verso l'utilizzatore del CAV per eventuali difetti del prodotto o anomalie nel funzionamento del software²⁴.

Risulta dunque fortemente auspicabile un intervento del legislatore al passo con l'avvento delle nuove tecnologie.

Ad ogni modo, al di là di quello che sarà il modello di responsabilità adottato dal legislatore tra le varie soluzioni considerate, appare auspicabile una regolamentazione capace di bilanciare gli interessi e le esigenze di tutti i soggetti coinvolti, che tenga conto da una parte, della tutela dei danneggiati e dall'altra della sostenibilità economica per i produttori e gli operatori del settore.

L'attuale incertezza ed arretratezza giuridica rispetto agli altri Paesi europei rappresenta per il nostro Paese uno dei principali ostacoli all'attuazione delle soluzioni tecnologiche già disponibili, frenando la transizione verso un sistema di trasporti più sostenibile ed efficiente.

MARTINA CAMPACI

*Dottoressa di ricerca in Diritto della navigazione e dei trasporti
nell'Università di Udine*

²⁴ *Ibidem*, LOBIANCO R., *Veicoli a guida autonoma e responsabilità civile: regime attuale e prospettive di riforma – II parte* op. cit., 1092 s.; MAIO E., *Argomentazioni a sostegno della responsabilità civile dei veicoli a guida autonoma*, in *Actualidad Juridica Iberoamericana*, 2023, 1065; DAVOLA A., *Veicoli autonomi, sinistri stradali e nuovi modelli di responsabilità civile*, in *Opinio Juris in Comparatione*, 1/2018, 124 ss.

Pilotaggio, comando della nave e *Vessel Traffic Services**

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il comandante. – 3. Il servizio di pilotaggio. – 4. Il servizio di assistenza al traffico marittimo. – 5. L'interazione tra comandante, pilota e operatore VTS. – 6. Profili di responsabilità. – 7. Conclusioni.

1. *Premessa*

Ogniquale volta una nave che si avvalga del servizio di pilotaggio sia contemporaneamente soggetta ai sistemi di controllo del traffico marittimo (VTS, *Vessel Traffic Services*), si delinea uno scenario dinamico, entro la cui cornice le figure del comandante, del pilota e dell'operatore VTS sono sottoposte a obblighi di cooperazione e vigilanza reciproca, nel rispetto delle funzioni cui ciascuno è preposto.

Questo peculiare intreccio di competenze è foriero di particolari criticità, la cui portata è vieppiù amplificata quando servizio di pilotaggio venga eccezionalmente eseguito a distanza, attraverso i mezzi offerti dalla moderna tecnologia (SBP, *Shore Based Pilotage*): in tali ipotesi, infatti, il processo decisionale del comandante potrebbe essere perturbato da un flusso di informazioni potenzialmente contraddittorio, proveniente da soggetti ubicati in una postazione distante dal teatro delle operazioni nautiche.

L'intervento si propone di delineare la portata di quella particolare prerogativa, conferita al comandante della nave, consistente nella direzione della manovra e della navigazione (artt. 295 e 298 c. nav.), nonché di illustrare il contenuto della prestazione di pilotaggio e del servizio pubblico di assistenza al traffico marittimo, onde evidenziare i profili di responsabilità connessi all'intreccio di funzioni intercorrente tra le figure del comandante, del pilota e dell'operatore VTS.

* La borsa di dottorato dell'A. è stata finanziata dal progetto iNEST (*Interconnected Nord-Est Innovation Ecosystem*), con risorse provenienti dall'Unione Europea: *Next Generation EU* (NGEU) nell'ambito del PNRR M4C2 Investimento 1.5.

2. *Il comandante*

Il comandante di nave è quella figura professionale che, munita della prescritta abilitazione, assume il comando dell'unità navale, in forza della regolare nomina conferitagli dall'armatore¹.

Tra le numerose attribuzioni facenti capo (oggettivamente) al comando e (soggettivamente) al comandante, particolare rilievo assume la cosiddetta *direzione nautica* (artt. 295, 298 e 313 c. nav.)².

Segnatamente, l'art. 295, co. 1 c. nav., relativo alla titolarità del potere direttivo, attribuisce in modo esclusivo al comandante la direzione della «manovra» e della «navigazione»: la prima inerente agli aspetti più squisitamente tecnici, la seconda comprensiva di ogni altro aspetto dell'arte nautica. Inoltre, l'art. 298 c. nav., concernente l'esercizio del potere direttivo, dispone che il comandante, in determinate circostanze – vale a dire all'entrata e uscita di porti, di canali e, più in generale, in ogni situazione in cui la navigazione presenti particolari difficoltà – debba dirigere personalmente la manovra della nave, anche quando sia obbligato ad avvalersi del pilota.

Come si evince dalla lettura congiunta di tali disposizioni, la direzione nautica è, dunque, un potere la cui titolarità spetta esclusivamente al comandante. Fatte

¹ Cfr. LA TORRE U., *Comando e comandante nell'esercizio della navigazione*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1997, p. 16 s.

² Fanno capo al comandante di nave una pluralità di compiti che spaziano in diversi ambiti. Egli è innanzitutto investito delle funzioni previste agli artt. 186-188 e 322 c. nav. in materia di polizia, disciplina e gerarchia di bordo. In determinate ipotesi, il comandante esercita inoltre le funzioni di ufficiale dello stato civile (artt. 203-205, 296 c. nav.) e di ufficiale di polizia giudiziaria (artt. 1235, n. 2 e 1237 c. nav.). L'art. 334 c. nav. gli riconosce poi la facoltà di adibire i componenti dell'equipaggio a un servizio diverso da quello per il quale sono stati arruolati, entro i limiti stabiliti dalla legge. La sua competenza si estende anche alla direzione nautica della nave (artt. 295, 298 e 313 c. nav.), nonché alle operazioni di caricazione o scaricazione di merci (artt. 193, 335, 431, 434, co. 2 e 458 c. nav.), ovvero all'imbarco, sbarco o rimpatrio dei soggetti che si trovino in determinate condizioni (artt. 197, 198, 336 c. nav.). Ancora, in relazione ai fatti o avvenimenti che si verificano durante il viaggio, egli è tenuto a svolgere attività di natura documentale (artt. 169, 173-177 e 299 c. nav.), accertativa (artt. 206 e 314 c. nav.), informativa (artt. 182 e 183 c. nav.) e di custodia (art. 195 c. nav.). Egli è altresì tenuto a provvedere per i bisogni e la salvezza della spedizione (artt. 189, co. 2, 300-302, 306, 307, 310 c. nav.) e, una volta esperiti senza risultato tutti i mezzi suggeriti dall'arte nautica, a ordinare l'abbandono della nave, sentiti gli ufficiali di coperta (artt. 190 e 303 c. nav.). In caso di naufragio, egli deve adoperarsi per il ricupero del relitto (art. 191 c. nav.). Infine, gli incombe l'obbligo prestare soccorso alle navi o aeromobili che si trovino in stato di pericolo, nonché alle persone a bordo (artt. 489, 490 c. nav.). Cfr. LA TORRE U., *op. cit.*, p. 32-33.

salve le ipotesi in cui particolari difficoltà gli impongano di dirigere personalmente la manovra, egli può nondimeno essere temporaneamente sostituito da altro membro idoneo dell'equipaggio, vale a dire un ufficiale di coperta abilitato all'espletamento di tale funzione, purché ne controlli la regolare esecuzione e sia in grado di riassumerla ogniqualvolta lo ritenga necessario od opportuno (artt. 130 n. 1 e 321 n. 2 c. nav.)³.

Sotto il profilo patologico, peraltro, incorre nel reato proprio di «abbandono abusivo di comando» il comandante che, senza necessità, lasci la direzione nautica della nave in condizioni tali da determinare l'assunzione della stessa da parte di persona priva dei requisiti per sostituirlo⁴: la fattispecie semplice è punita con la reclusione fino a un anno e con la multa da € 206 a € 516; inoltre, se il fatto è stato commesso nei casi in cui vi era l'obbligo di dirigere personalmente la manovra, si configura una circostanza aggravante speciale a effetto comune (art. 1116 c. nav.)⁵.

3. *Il servizio di pilotaggio*

Il pilotaggio, disciplinato, nel quadro dei servizi portuali, agli artt. 86-100 c. nav. e 98 reg. nav. mar., è uno degli istituti più antichi del diritto marittimo⁶. Nella disciplina vigente, esso rientra nel novero "servizi tecnico-nautici", per tali intendendosi quei «*servizi di interesse generale atti a garantire nei porti, ove sono istituiti, la sicurezza della navigazione e dell'approdo*».

Sotto il profilo operativo, il pilota assiste il comandante della nave in località di approdo o di transito, fornendogli suggerimenti in ordine alla rotta da seguire

³ L'attributo di esclusività deve essere inteso in termini di mera «responsabilizzazione» e non già di materiale effettività, dal momento che la direzione tecnica di una nave moderna comporta una serie di attività e di prestazioni che non possono essere materialmente espletate da una sola persona. Così LA TORRE U., *Comando e comandante*, op. cit., p. 44 ss.

⁴ Per tale intendendosi un soggetto che non sarebbe professionalmente abilitato a subentrare nel comando in caso di morte, assenza o impedimento del comandante.

⁵ Per integrare il reato occorre l'effettiva sostituzione della persona non abilitata, non bastando la semplice possibilità o probabilità che ciò avvenga. Per integrare la contravvenzione prevista dall'art. 1222 c. nav. (*Mancata direzione personale della nave*), per contro, è sufficiente la mera condotta omissiva del comandante che non diriga personalmente la manovra nei casi in cui ne ha l'obbligo. Così LA TORRE U., op. cit., p. 44 ss.

⁶ Cfr. ANCIS L., *Il pilotaggio*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022, p. 4 ss.; CASCIAO D., *La limitazione del debito in favore del pilota: inquadramento sistematico e profili critici*, in *Dir. marittimo*, 2024, p. 3 ss.

e alle manovre necessarie per assicurare l'approdo o il transito senza danni (art. 92 c. nav.); non assumendo egli il comando della nave, la sua prestazione è qualificabile come un semplice parere professionale, mai vincolante per il comandante⁷. Sotto il profilo organizzativo, invece, il pilotaggio può essere facoltativo ovvero obbligatorio: nei porti e negli altri luoghi di approdo o di transito delle navi in cui il pilotaggio è stato reso obbligatorio, è istituita, mediante d.p.r., una corporazione di piloti, avente personalità giuridica, la quale è diretta e rappresentata dal capo pilota (art. 86, co. 1 e 2 c. nav.) ed è sottoposta alla vigilanza dell'autorità competente (art. 88, co. 1 c. nav.)⁸.

Quanto all'esecuzione, la prestazione può essere erogata a bordo della nave ovvero a distanza, tramite collegamento VHF o altri mezzi di comunicazione, in collegamento dalla stazione piloti o da una pilotina. Preme a ogni modo osservare che, in Italia, il ricorso allo *Shore-Based Pilotage* (SBP) è consentito unicamente se ammesso dai regolamenti locali per la disciplina del servizio di pilotaggio, ovvero nell'eccezionale ipotesi in cui il pilota non possa salire per condizioni metereologiche avverse a bordo della nave (art. 129 reg. nav. mar.)⁹.

⁷ Sul punto v. ANCIS L., *op. cit.*, p. 67 ss.; CASCIAO D., *op. cit.*, p. 7.

⁸ Non è questa la sede per esaminare in dettaglio le problematiche inerenti al rapporto tra il pilota e la corporazione, da un lato, e alla stipulazione del contratto di pilotaggio, dall'altro. Quanto al primo profilo, pare sufficiente accennare che, secondo l'orientamento maggioritario in dottrina, tra la corporazione e i piloti sussisterebbe un rapporto associativo di carattere organico. Conseguentemente, il contratto di pilotaggio: (a) nelle ipotesi di pilotaggio «obbligatorio» sarebbe stipulato tra la corporazione, che si avvarrebbe del pilota per lo svolgimento del servizio, e l'armatore; (b) nelle ipotesi di pilotaggio «facoltativo», invece, il contratto sarebbe stipulato direttamente dal professionista. Si è però sostenuto che l'abrogazione della responsabilità solidale della corporazione nei limiti della cauzione prevista dall'art. 94 c. nav. (vecchia formulazione) abbia compromesso la tenuta dell'impianto teorico tradizionale. Così ANCIS, *op. cit.*, p. 98 ss. Un orientamento minoritario, invece, attribuisce alla corporazione funzioni meramente organizzative, ragion per cui il contratto di pilotaggio, sarebbe concluso di volta in volta dal pilota di turno. Sul punto v. CASCIAO, *La limitazione*, *op. cit.*, p. 9 s. Quanto al secondo profilo, afferente all'individuazione del momento di stipulazione del contratto di pilotaggio, il contratto è da intendersi concluso nel momento in cui il pilota riceve la richiesta di assistenza da parte della nave, essendo la corporazione obbligata a contrarre ai sensi dell'art. 2597 c.c. Una tesi minoritaria, peraltro, ritiene che, sussistendo in capo alla corporazione un obbligo a contrarre, il regolamento negoziale deve considerarsi perfezionato con l'accettazione da parte della corporazione della richiesta proveniente dal comandante di una nave o dall'Autorità marittima. Cfr. ROSAFIO, *Il contratto di pilotaggio*, in *Riv. dir. navigazione*, 2018, p. 471 ss.

⁹ Nell'ordinamento italiano, l'esecuzione da remoto del servizio di pilotaggio non costituisce un'ipotesi generalmente ammessa. Alcuni regolamenti locali (Cagliari, Bari, Pescara, Termoli) consentono lo *Shore Based Pilotage* nel caso in cui vengano soddisfatti

4. Il servizio di assistenza al traffico marittimo

I «servizi di assistenza al traffico marittimo» (VTS, *Vessel Traffic Services*) sono sistemi di monitoraggio e gestione del traffico marittimo istituiti nei canali, stretti e aree caratterizzate da un intenso traffico navale al fine di migliorare la sicurezza e l'efficienza della navigazione marittima, nonché prevenire o gestire incidenti (Reg. 12/V SOLAS)¹⁰.

Il perseguimento di tali finalità è assicurato attraverso: (a) l'erogazione di informazioni tempestive sui fattori che possono influenzare i movimenti della nave e assistere il processo decisionale del comandante a bordo; b) il monitoraggio e la gestione del traffico; c) l'adozione di misure in risposta allo sviluppo di situazioni non sicure (art. 3.1 *Guidelines for Vessel Traffic Services*). Tali funzioni si intrecciano con l'attività del comandante e di altri «servizi alleati», come il pilotaggio¹¹.

Quanto ai profili organizzativi, il VTS è un servizio pubblico, erogato dal personale della Guardia Costiera, corpo specialistico della Marina Militare (l. 7 marzo 2001, n. 51; d.m. 28 gennaio 2004), che si distingue in «portuale», «costiero» o «misto», a seconda dell'area coperta dal monitoraggio¹².

determinati requisiti, afferenti alle dimensioni della nave o all'esperienza del comandante nelle manovre di uscita dal porto. A tal proposito, il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, con Circ. 19 gennaio 2017, n. 1862, ha individuato una serie di parametri tecnici, relativi alla nave e alle caratteristiche dell'infrastruttura portuale, che le autorità marittime locali devono tenere in considerazione per esaminare le istanze di utilizzo del servizio di pilotaggio tramite VHF. Sul punto v. MARINO A., *Oggetto dei servizi di VTS e servizi di pilotaggio*, in *Riv. dir. navigazione*, 2021, p. 757 ss.

¹⁰ Il Regolamento 12, par. 1 della Convenzione SOLAS, così come emendata nel 1997, enuclea gli obiettivi perseguiti dai *Vessel Traffic Services*: la salvaguardia della vita umana in mare, la sicurezza (*safety*) ed efficienza della navigazione, la tutela dell'ambiente marino. L'art. 2.1 delle *Guidelines for Vessel Traffic Services* definisce i VTS quali «*services implemented implemented by a Government with the capability to interact with vessel traffic and respond to developing situations within a VTS area to improve safety and efficiency of navigation, contribute to the safety of life at sea and support the protection of the environment*».

¹¹ Il servizio di assistenza al traffico marittimo è unitario e inscindibile. Sul piano meramente descrittivo, è possibile distinguere: i) il servizio informazioni (INS); ii) il servizio di assistenza alla navigazione (NAS); iii) il servizio di organizzazione del traffico (TOS). Sul punto v. BADAGLIACCA M., *Strumenti di ausilio alla navigazione, cyber security e potere decisionale del comandante di nave*, in *Riv. dir. navigazione*, 2022, p. 3 ss.

¹² Le *Guidelines for Vessel Traffic Services*, racchiuse nell'allegato alla Risoluzione IMO A.1158(32), adottata il 28 gennaio 2022 costituiscono, unitamente ai documenti elaborati dalla International Association of Marine Aids to Navigation and Lighthouse Authorities (IALA), la normativa di riferimento per i Centri VTS. Cfr. ROMAGNOLI A., *I sistemi di controllo, di monitoraggio e di identificazione del traffico marittimo: aspetti*

5. *L'interazione tra comandante, pilota e operatore VTS*

La compresenza, nel medesimo contesto operativo, di più soggetti investiti di competenze tecniche, determina un intreccio di funzioni autonome e al contempo complementari: il comandante, il pilota e l'operatore VTS sono figure chiamate a cooperare nell'interesse della sicurezza della navigazione, pur nel rispetto dei ruoli e delle distinte sfere di responsabilità che a ciascuno competono.

In particolare, il comandante, titolare delle prerogative connesse alla direzione nautica, vive una dimensione «egoistica» della navigazione: immerso nel cuore delle operazioni, egli è a diretto contatto con gli elementi meteomarini, ha contezza delle condizioni della nave e di ciò che avviene intorno a essa¹³.

Il pilota, invece, è un esperto locale di consolidata esperienza che, a bordo nave o a distanza, coadiuva il comandante della singola nave durante le operazioni di arrivo o partenza da un porto o di attraversamento di un tratto di mare, svolgendo una prestazione d'opera intellettuale qualificabile come obbligazione di mezzi: egli non ha contezza di tutte le navi in transito, ma solo di quelle che necessitano del suo ausilio e funge da *trait d'union* con le autorità locali, il VTS e gli altri servizi tecnico-nautici¹⁴.

Infine, l'operatore VTS, incardinato presso la Guardia Costiera, ha una visione onnicomprensiva di tutte le navi che entrano ed escono in un porto o che

normativi e profili di responsabilità, in *Dir. marittimo*, 2017, p. 400 ss.; MARINO A., *op. cit.*, 736 s.; LA TORRE U., *Prerogative del comandante e incrocio di competenze*, in *Riv. dir. navigazione*, 2021, p. 77 ss.; BERLINGÒ V., *Per una rilettura dei servizi di Vessel Traffic Services (VTS) e di pilotaggio alla luce delle implicazioni giuridiche del metodo matematico dell'HITL*, in *Dir. marittimo*, 2022, p. 694 ss.; LANDI M., *VTS Behind Traditions. L'evoluzione dei sistemi di assistenza al traffico marittimo verso un modello di controllo da terra*, in *Riv. dir. navigazione*, 2022, p. 817 ss.

¹³ Così LA TORRE U., *Prerogative del comandante e servizi VTS: incrocio di competenze*, cit. p. 100.

¹⁴ Da un lato «[i] piloti che operano su navi in arrivo o in partenza da un porto nazionale o che operano su navi dirette o in transito all'interno delle acque di giurisdizione, informano immediatamente l'autorità competente locale, qualora nell'esercizio delle loro normali funzioni, vengano comunque a conoscenza di anomalie che possono costituire un rischio per la sicurezza della navigazione o rappresentare una minaccia per l'ambiente marino» (art. 14, co. 1 d.lgs. n. 53/2011). Dall'altro, i regolamenti locali del servizio di pilotaggio prevedono che – nell'ipotesi in cui, durante le operazioni, si verifichino incidenti o ritardi, ovvero siano riscontrate violazioni di regole e procedure o comunque situazioni suscettibili di compromettere la sicurezza della navigazione – il pilota sia tenuto a redigere un rapporto di pilotaggio, da comunicare all'autorità marittima e al capo pilota, per consentire la ricostruzione dei fatti accaduti. In tal modo il compito del pilota si intreccia con le prerogative del VTS. Cfr. MARINO A., *op. cit.*, p. 749 ss.

devono transitare in un determinato tratto di mare: rappresenta pertanto una sorta di cabina di regia, poiché dispone di un quadro completo della situazione in atto e di quella in divenire, ed è in grado di intervenire attraverso istruzioni o consigli, raccomandazioni, al fine di mitigare eventuali situazioni di pericolo¹⁵.

6. *Profili di responsabilità*

Al netto di tali premesse, è possibile delineare il perimetro che separa le sfere di responsabilità del comandante, del pilota e dell'operatore VTS.

In primis, il comandante, in quanto titolare della direzione nautica del mezzo, è «*tendenzialmente*» responsabile nei confronti dell'armatore dei danni cagionati alla nave sotto la sua supervisione» (art. 313 c. nav.).

Se ne evince che, qualora tale figura, in ragione di un errore di manovra, cagioni un danno a terzi, questi ultimi potranno agire nei confronti dell'armatore, quale centro unico di imputazione delle obbligazioni derivanti dai fatti illeciti dell'equipaggio, dimostrando il nesso di causalità tra l'evento dannoso e la condotta colposa del comandante (art. 274 c. nav.). Nei rapporti interni, tuttavia, il titolare dell'impresa di navigazione potrà agire in via di regresso nei confronti di quest'ultimo¹⁶.

Il quadro, tuttavia, si complica quando, verificatosi un sinistro a causa di un errore di manovra del comandante, le determinazioni di quest'ultimo siano state influenzate dalla condotta del pilota o dell'operatore VTS.

Al riguardo, le due ipotesi richiedono una considerazione separata.

Per quanto concerne l'interazione tra il comandante e il servizio di pilotaggio, si rende opportuna, anzitutto, una considerazione preliminare: la responsabilità civile del pilota, disciplinata agli artt. 93-94 c. nav., è stata infatti oggetto di un recente intervento di riforma, operato con l. 1 dicembre 2016, n. 230.

Nella previgente disciplina, il pilota rispondeva dei danni subiti dalla nave¹⁷ durante le operazioni di pilotaggio, qualora fosse positivamente dimostrato che

¹⁵ Tanto il VTS quanto il pilotaggio di caratterizzano per l'elevata qualificazione professionale dei soggetti incaricati, che possono intervenire efficacemente e attuare strategie per ridurre i rischi, anche in un'ottica reattiva. Entrambi i servizi, preordinati alla sicurezza della navigazione, non si sovrappongono ma perseguono il medesimo obiettivo su piani diversi. Sul punto v. MARINO A., *op. cit.*, p. 749.

¹⁶ Cfr. LEFEBVRE D'OVIDIO A. - PESCATORE G. - TULLIO L., *Manuale di diritto della navigazione*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, p. 334 ss.

¹⁷ Secondo l'opinione prevalente i danni alla nave erano da intendersi strettamente circoscritti al pregiudizio patito dal bene fisico della nave, mentre per altre fattispecie di danno si sarebbe dovuto fare ricorso ai criteri generali di imputazione propri della responsabilità da inadempimento di cui all'art. 1218 c.c.

tali danni fossero ascrivibili all'inesattezza delle informazioni e indicazioni da lui fornite per la determinazione della rotta (art. 93 c. nav., nel testo originario). Il legislatore aveva altresì previsto che la corporazione fosse solidalmente responsabile, nei limiti della apposita cauzione prevista dall'art. 94 c. nav., da costituire secondo le modalità stabilite dai regolamenti locali (art. 89 c. nav., nel testo originario, oggi abrogato)¹⁸.

La lettera della norma induceva, dunque, a ritenere che responsabile nei confronti dei terzi fosse unicamente l'armatore della nave pilotata (art. 274 c. nav.), salvo il diritto di regresso verso il pilota e la corporazione nell'ipotesi dell'indempimento contrattuale.

La riforma del 2016 ha apportato tre elementi di rilievo innovativo.

In primo luogo, ha esteso il novero dei soggetti risarcibili, prevedendo che il regime di responsabilità del pilota si applichi non soltanto ai danni arrecati alla nave, ma anche a quelli causati a persone e cose di terzi, fermo restando l'onere del danneggiato di dimostrare il nesso causale tra l'evento dannoso e l'inesattezza delle informazioni e indicazioni fornite dal pilota (art. 93, co. 1, c. nav., nella formulazione vigente).

In secondo luogo, è stato introdotto un sistema di limitazione dell'esposizione debitoria complessiva del pilota, fissato in un milione di euro per ciascun evento, con la previsione della decadenza dal beneficio nelle ipotesi di dolo o colpa grave e fatta salva la responsabilità dell'armatore della nave pilotata (art. 93, co. 2 e 3 c. nav., nella formulazione vigente).

Infine, ha completamente novellato l'art. 94 c. nav., che nella previgente formulazione stabiliva che la corporazione fosse solidalmente responsabile, nei limiti della cauzione prestata. Il nuovo testo prescrive invece l'obbligo, in capo al pilota, di stipulare una polizza assicurativa per la responsabilità civile, con un massimale pari al limite risarcitorio, essendo precluso l'esercizio o la prosecuzione dell'attività di pilotaggio in caso di mancanza, invalidità o insufficienza della copertura (art. 94 c. nav., nella formulazione vigente)¹⁹.

Chiarito quanto precede, è pacifica la responsabilità del pilota per tutti i danni cagionati «*durante le operazioni di pilotaggio*». Quando il processo decisionale del comandante sia stato in tutto o in parte perturbato dalle erronee indicazioni del pilota, l'attore²⁰ sarà tenuto a dimostrare, in continuità con la disciplina previgente, il nesso causale tra l'evento dannoso occorso alla nave o a terzi e l'inesattez-

¹⁸ Cfr. CASCIAO D., *op. cit.*, p. 10 ss.

¹⁹ Sul punto v. CASCIAO D., *op. cit.*, p. 12 ss.

²⁰ Vale a dire l'armatore o i terzi danneggiati, ai quali la disciplina vigente preclude l'esercizio dell'azione aquiliana.

za delle informazioni o indicazioni fornite al comandante per la determinazione della rotta (artt. 93 co. 1, nella formulazione vigente, e 313 c. nav)²¹.

Una volta assolto tale onere probatorio, l'ordinamento non riconosce al professionista la possibilità di liberarsi, imputando l'errore a terzi ovvero a forza maggiore²².

Sul punto, è alquanto pacifica l'applicazione dei principi generali sull'inadempimento delle obbligazioni (art. 1218 c.c.), per i danni provocati all'armatore dalla mancata esecuzione della prestazione, e delle regole speciali sulla responsabilità derivante dall'esercizio di attività pericolose, per quelli cagionati a terzi (art. 2050 c.c.)²³.

Per contro, rimane controverso se l'eliminazione della previsione della responsabilità solidale della corporazione dei piloti nei limiti della cauzione (art. 94 c. nav., vecchia formulazione) valga a escludere la responsabilità della corporazione per i danni occorsi in dipendenza delle informazioni o indicazioni fornite dal pilota in funzione della rotta da seguire. Secondo l'opinione prevalente, infatti, essa avrebbe determinato l'irresponsabilità della corporazione nell'attuale quadro normativo. Una posizione minoritaria in dottrina, tuttavia, suggerisce di operare una distinzione tra responsabilità verso la nave e responsabilità verso terzi: la corporazione, a seguito della riforma, continuerebbe a rispondere per i danni cagionati dal pilota ai sensi degli artt. 1218 e 1228 c.c., mentre, nei confronti dei terzi, risulterebbe responsabile il solo pilota (ferma restando la responsabilità dell'armatore per i fatti attribuibili al comandante e all'equipaggio)²⁴.

Veniamo ora ai profili di responsabilità afferenti all'interazione tra il comandante e il servizio di assistenza al traffico marittimo.

La responsabilità dell'operatore VTS, ascrivibile a una condotta omissiva o all'inesattezza delle informazioni o istruzioni diramate, è da ritenersi concorrente

²¹ La responsabilità del pilota presuppone la prova, oltre che del pregiudizio subito, anche della dipendenza dell'evento dannoso dalle informazioni fornite per la determinazione della rotta. Quando a proporre l'azione sia l'armatore, quest'ultimo dovrà preliminarmente escludere l'imputabilità del fatto al comandante della propria nave: per farlo sarà tenuto a dimostrare, da un lato, l'errore di manovra commesso da tale soggetto, dall'altro la sua totale o parziale dipendenza dalle informazioni e suggerimenti forniti dal pilota. Cfr. ANCIS, *op. cit.*, p. 177 ss.

²² L'inesattezza rileva in termini puramente oggettivi, potendo l'errore ricondursi non solo a una *defaillance* percettiva del professionista, ma anche dipendere da fattori esterni (ad es., nel caso in cui il pilota si sia limitato a trasmettere in termini assolutamente fedeli e genuini una rilevazione del fondale, rivelatasi errata). Così ANCIS L., *op. cit.*, p. 188.

²³ Cfr. ANCIS L., *op. cit.*, pp. 178 s.

²⁴ Sul punto v. CASCANO D., *La limitazione*, cit., p. 16.

con quella del comandante della nave, Da un lato, l'operatore VTS – su cui grava l'obbligo di verificare la veridicità e la completezza di tutti i dati acquisiti – potrebbe rispondere per non aver allertato il comandante in presenza di un pericolo imminente, non percepibile a bordo nave, o per avergli trasmesso – anche in presenza di normali condizioni di traffico – informazioni imprecise, consigli contrari alle pratiche marinaresche, istruzioni contraddittorie, ecc. Dall'altro, non viene meno il dovere del comandante di accertare, sulla base della propria esperienza marinaresca, la congruità di quanto gli venga segnalato e, quando l'indicazione appaia manifestamente erronea o pregiudizievole per l'ambiente o la sicurezza della nave, discostarsi dalle istruzioni ricevute laddove le ritenga in antitesi con la sicurezza della spedizione²⁵.

La responsabilità civile dell'operatore VTS per violazione del summenzionato affidamento pare a ogni modo ascrivibile all'Autorità VTS, nella sua articolazione centrale e periferica, fatta salva, beninteso, l'esperibilità dell'azione di regresso²⁶.

Quanto ai profili di responsabilità penale, la giurisprudenza di legittimità riconosce bensì al comandante di nave il ruolo di garante²⁷ della conservazione del patrimonio navigante, dell'integrità fisica e della vita delle persone imbarcate²⁸, ma non ha avuto occasione di esprimersi con riguardo all'operatore VTS.

²⁵ In caso di incidente causato da mancate o ingannevoli comunicazioni erogate dal VTS alla plancia, appare arduo escludere la responsabilità dell'operatore per non avere allertato il comandante, o per averlo male informato, con indicazioni opportune e inequivocabili. Resta fermo che il comandante mai può assumere un contegno acritico e passivo a fronte delle indicazioni diramate alla nave. Così LA TORRE U., *Prerogative del comandante e servizi VTS: incrocio di competenze*, in *Riv. dir. navigazione*, 2021, pp. 101 ss. Le *Guidelines for Vessel Traffic Services* dispongono che il comandante (*rectius*, la *participating ship*), possa discostarsi dalle istruzioni ricevute dal VTS per ragioni inerenti alla sicurezza o alla protezione dell'ambiente (art. 6.1.3 *Guidelines*), ferma restando la sua responsabilità per le questioni connesse alla spedizione (art. 7.1 *Guidelines*). È bene evidenziare che l'operatore VTS si limita a trasmettere al comandante una serie di informazioni, senza inficiare il potere, facente capo allo stesso, di determinare la rotta e le manovre da eseguire (artt. 295, 298 c. nav.). Cfr. LANDI M., *op. cit.*, 823 ss.

²⁶ Cfr. ROMAGNOLI A., *op. cit.*, p. 417 ss.

²⁷ Secondo l'art. 40, co. 2 c.p. «*non evitare un evento che si aveva il dovere di evitare equivale a cagionarlo*»: l'obbligo di attivarsi ricade su quei soggetti che – per disposizione di legge, per contratto o per un fatto contingente – devono tenere indenni da eventuali pericoli altri, affidati alle loro cure perché non in grado di governare, in modo autonomo, la fonte di pericolo. Affinché si possano efficacemente svolgere funzioni di protezione e controllo, i garanti devono disporre di poteri che assicurino la salvaguardia dei beni giuridici affidati alle loro cure

²⁸ Cass. pen. 20 gennaio 2017, n. 6376.

Nel contiguo settore del diritto aeronautico, la Corte di cassazione penale ha peraltro riconosciuto al controllore del traffico aereo la posizione di garante della sicurezza del volo, unitamente al comandante del velivolo²⁹. In ragione delle analogie intercorrenti tra i compiti del controllore del traffico aereo e quelli dell'operatore VTS, è pertanto ragionevole ritenere che, in caso di ravvisate negligenze e omissioni inerenti al controllo delle fonti di pericolo rimesse alla sua cura, anche quest'ultimo possa considerarsi gravato da una posizione di garanzia ai sensi dell'art. 40, co. 2 c.p.³⁰

7. Conclusioni

In ultima analisi, l'operato del comandante, del pilota e dell'operatore VTS si colloca in un quadro dinamico di cooperazione tecnica, posto a presidio della sicurezza della navigazione marittima.

Fermo restando l'affidamento che ciascuna figura ripone nell'adempimento dei compiti affidati alle altre, il comandante mantiene una posizione di assoluta centralità: su di lui incombe comunque l'onere di vagliare, con spirito critico, le informazioni ricevute e adottare, anche in contesti emergenziali o tecnologicamente mediati, scelte consapevoli, al fine di salvaguardare la sicurezza della spedizione.

LEONARDO CARBONE

*Dottorando di ricerca in Diritto della navigazione e dei trasporti
nell'Università di Udine*

²⁹ Cass. pen. 12 aprile 1985, n. 5564.

³⁰ Cfr. LA TORRE U., *Prerogative del comandante e servizi VTS*, cit., p. 111 ss.

Responsabili per vocazione: le cooperative sociali c.d. di *tipo b*, l. n. 381/1991*

SOMMARIO: 1. Le cooperative sociali: inquadramento e disciplina. – 2. L'inclusione lavorativa delle "persone svantaggiate" attraverso l'art. 14, d.lgs. n. 276/2003. – 3. Il caso-studio: *Arte e Libro Società Cooperativa Sociale E.T.S.* – 3.1. (*segue*) L'inserimento lavorativo attraverso le convenzioni *ex* art. 14, d.lgs. n. 276/2003. – 4. Osservazioni conclusive.

1. *Le cooperative sociali: inquadramento e disciplina*

Sin dalla Carta costituzionale del 1948 la "funzione sociale della cooperazione a carattere di mutualità e senza fini di speculazione privata" assume a valore e interesse della Repubblica, rimettendosi alla legge ordinaria il compito di promuoverne e favorirne l'incremento con i mezzi più idonei (art. 45, comma 1, Cost.). La disposizione costituzionale enuncia, innanzitutto, la "funzione sociale" delle cooperative, che può essere individuata "nella congiunta realizzazione del decentramento democratico del potere di organizzazione e gestione della produzione e della maggiore diffusione e più equa distribuzione del risultato utile della produzione stessa"¹. Inoltre, dal dato testuale, emergono due caratteristiche essenziali attribuite al modello cooperativo: per un verso, il "carattere di mutualità" e, per l'altro verso, l'assenza di "fini di speculazione privata" o scopo di lucro², sì da espungere dall'ambito della cooperazione ogni altra forma di esercizio collettivo di impresa privo di siffatti tratti sostanziali, come il fenomeno della c.d. 'falsa cooperazione'³.

* La presente pubblicazione è il risultato del progetto realizzato con il cofinanziamento dell'Unione Europea - FSE REACT-EU, PON Ricerca e Innovazione 2014-2020, UniUD.

¹ IMBERTI L., *Il socio lavoratore di cooperativa: disciplina giuridica ed evidenze empiriche*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 28.

² BASSI A., *Le società cooperative*, Torino, Utet, 1995, p. 92.

³ Cfr. RACUGNO G., *Controlli amministrativi e controllo giudiziario nelle società*

Il “carattere di mutualità” può assumere un significato diverso, perché, secondo alcuni, viene individuato nella struttura democratica imperniata sulla regola della ‘porta aperta’, sul principio ‘una testa-un voto’ e nell’effettiva partecipazione dei soci(-lavoratori) alla gestione⁴, fuoriuscendo dallo scopo mutualistico del Codice civile che privilegia la “gestione di servizio”⁵; secondo altri, “il carattere di mutualità consiste nella destinazione della società a soddisfare i bisogni economici specifici dei soci, attraverso quella reciprocità di prestazioni tra ente ed aderenti e al connesso vantaggio”⁶.

Per quanto riguarda l’espressione “senza fini di speculazione privata”, si vuole riconoscere un ulteriore compito alla cooperazione, cioè quello di contribuire alla realizzazione dei bisogni collettivi e non quello volto alla massimizzazione del profitto⁷.

L’affermarsi della cooperazione è, dunque, esemplificativa del ‘pluralismo’ economico e produttivo accolto dalla Costituzione, che segna non solo il superamento del dualismo impresa pubblica-impresa privata, ma anche la fuoriuscita dal sistema “di produzione e gestione capitalistico, concretizzando una forma di vera e propria socializzazione”⁸.

I caratteri tipizzanti le cooperative, ispirandosi all’art. 45 Cost., sembrano, tuttavia, trovare piena espressione nella cooperazione sociale a partire dallo scopo esplicito individuato dalla l. n. 381/1991 che, nel disciplinarle per la prima volta⁹, lo individua nel perseguimento dell’“interesse generale della comunità alla promozione umana e all’integrazione sociale dei cittadini” (art. 1, comma 1).

cooperative, in *Riv. dir. civ.*, 2012, n. 6, pp. 10819 ss.

⁴ IMBERTI L., *op. cit.*, p. 33. Contra BASSI A., *op. cit.*, p. 91, secondo cui “il carattere di mutualità consiste nella destinazione della società a soddisfare i bisogni economici specifici dei soci, attraverso quella reciprocità di prestazioni tra ente ed aderenti e al connesso vantaggio”.

⁵ Secondo BUONOCORE V., *op. cit.*, p. 253, la gestione di servizio significa “svolgimento dell’attività (in modo esclusivo o prevalente) con i soci e nell’interesse dei soci”.

⁶ BASSI A., *op. cit.*, p. 91.

⁷ NIGRO A., *Art. 45 Cost.*, in BRANCA G. (a cura di), *Commentario della Costituzione – Rapporti economici*, Tomo III, Zanichelli, 1980, pp. 32-36.

⁸ NIGRO A., *op. ult. cit.*, p. 2.

⁹ Per approfondire l’iter che ha portato all’emanazione della l. n. 381/1991 v. BUONOCORE V., *Un nuovo tipo di cooperativa? A proposito della nuova legge sulle cooperative sociali*, in *Riv. dir. impr.*, 1992, p. 249; BANO A., *Il lavoro senza mercato. Le prestazioni di lavoro nelle organizzazioni “non profit”*, Bologna, Il Mulino, 2001, pp. 199-235.

Le cooperative sociali si caratterizzano non solo come *species* del *genus* cooperativo¹⁰, ma anche come imprese sociali¹¹, (art. 1, comma 4, d.lgs. n. 112/2017), come ribadito dal d.lgs. n. 117/2017¹², c.d. Codice del Terzo Settore (da ora CTS), che annovera tra gli enti appartenenti a questa categoria le “imprese sociali, incluse le cooperative sociali” (art. 4, comma 1)¹³. In questo senso, i citati decreti hanno attuato la l. delega n. 106/2016 (c.d. *Social Act*)¹⁴, che innova la disciplina sulle cooperative sociali. Infatti, oggi, la disciplina “risulta dal combinato disposto da quanto previsto dalla legge speciale (n. 381/1991) e dalla legge generale (n. 112/2017 e per quanto rilevante il CTS)”¹⁵, con la precisazione che le disposizioni contenute nel d.lgs. n. 112/2017 “si applicano nel rispetto della normativa specifica delle cooperative [sociali] ed in quanto compatibili” (art. 1, comma 4). Ciò evidenzia come la l. n. 381/1991, in quanto ‘speciale’, prevalga sulla disciplina generale.

La cooperazione sociale incorpora, dunque, uno spirito solidaristico, da intendersi non tanto quale mero sostegno ai soci-lavoratori, quanto, invece, come un più ampio impulso alla rimozione degli ostacoli alla realizzazione del principio di eguaglianza e all’integrazione sociale¹⁶. In questi termini, le cooperative sociali rappresentano una peculiare “forma imprenditoriale a doppia garanzia”, in quanto, da un lato, indirizzano la propria attività verso il bene comune, considerando il profitto non come fine, ma come mezzo e, dall’altro, intervengono a supporto e integrazione delle politiche statali, offrendo risposte concrete ai bisogni sociali¹⁷.

¹⁰ DEL PUNTA R., *Diritto del lavoro e Terzo Settore*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2001, f. 4, pp. 329 ss. Un importante ricostruzione sul fenomeno cooperativo è data da BIAGI M., *Cooperative e rapporti di lavoro*, Milano, Franco Angeli, 1983.

¹¹ L’art. 19, d.lgs. n. 112/2017 ha abrogato la precedente disciplina sulle imprese sociali contenuta nel d.lgs. n. 155/2006, cfr. FICI A., *La nuova disciplina dell’impresa sociale. Una prima lettura sistematica*, in *Impr. soc.*, 2017, n. 9, p. 9.

¹² Su cui ampiamente, RICCOBONO A., *Diritto del lavoro e Terzo settore. Occupazione e welfare partenariale dopo il d.lgs. n. 117/2017*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020.

¹³ Le cooperative sociali sono individuate quali entità idonee “a perseguire il bene comune [e a favorire] l’inclusione e il pieno sviluppo della persona” (art. 1, d.lgs. n. 117/2017).

¹⁴ GAROFALO D., *Il lavoro nel Terzo settore*, in *Mass. giur. lav.*, 2018, p. 92.

¹⁵ CONSORTI P.; GORI L.; ROSSI E., *Diritto del Terzo settore*, Il Mulino, 2018, p. 114.

¹⁶ PASTORE F., *Brevi note sulla “Cooperazione a carattere di mutualità e senza speculazione privata”*, in *Federalismi.it*, 2008, n. 9, p. 5.

¹⁷ Sul punto v. FIORENTINI G., *Welfare e impresa sociale di garanzia*, in *Impr. soc.*,

2. *L'inclusione lavorativa delle "persone svantaggiate" attraverso l'art. 14, d.lgs. n. 276/2003*

Entrando ora nel merito della l. n. 381/1991, lo scopo solidaristico perseguito dalle cooperative sociali può realizzarsi attraverso due diverse "modalità": da un lato, si prevede "la gestione di servizi socio-sanitari ed educativi" [art. 1, comma 1, *lett. a*)]; dall'altro, "lo svolgimento di attività diverse – agricole, industriali, commerciali o di servizi – finalizzate all'inserimento lavorativo di persone svantaggiate" [art. 1, comma 1, *lett. b*)]¹⁸. Al riguardo, è invalso l'uso di distinguere, seguendo la lettera della legge, rispettivamente tra cooperative c.d. di *tipo a* e cooperative c.d. di *tipo b*¹⁹.

In particolare, alla luce dei ragionamenti che qui si intende coltivare, verranno prese in esame le cooperative c.d. di *tipo b*, che ricoprono una "una funzione pienamente sociale", perché attraverso l'inserimento lavorativo di persone svantaggiate e disabili riescono a includere nel mercato del lavoro quei soggetti che si trovano in una posizione di maggiore debolezza, garantendo loro un lavoro dignitoso²⁰.

Il novero di soggetti coinvolti nella compagine delle cooperative sociali è assai articolato, perché, oltre ai soci (lavoratori) ordinari, ai soci sovventori e ai lavoratori non soci (assunti con qualsiasi forma contrattuale), possono essere presenti "soci volontari" (art. 2, l. n. 381/1991)²¹ e "persone [lavoratori soci] svantaggiate" (art. 4, l. n. 381/1991), la cui presenza è obbligatoria nelle cooperative sociali

2016, n. 7, p. 1.

¹⁸ MARIANI M., *La legge 8 novembre 1991, n. 381 sulle cooperative sociali*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1992, II, p. 212.

¹⁹ BANO F., *op. cit.*, pp. 203-204, che precisa come una cooperativa sociale possa svolgere anche entrambe le attività, e cioè qualificarsi come cooperativa sociale mista, a condizione che nello statuto sia chiaramente indicato il collegamento funzionale tra le due attività e che l'organizzazione amministrativa delle cooperative sociali consenta la netta separazione delle gestioni relative alle attività esercitate.

²⁰ Cfr. PAOLUCCI L. F., *Disciplina delle cooperative sociali. Legge 8 novembre 1991, n. 381*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1997, p. 1358, secondo cui il legislatore "riconosce alle cooperative di *tipo b* una funzione pienamente sociale, quale è l'inserimento lavorativo di persone svantaggiate".

²¹ I soci volontari delle cooperative sociali non devono essere confusi con i volontari delle organizzazioni di volontariato, perché le cooperative sociali sono società commerciali operanti sul mercato, quindi non riconducibili allo schema delle organizzazioni di volontariato di cui alla l. n. 266/1991, v. SARTORI A., *Le cooperative sociali. Profili giuslavoristici*, in *Var. temi dir. lav.*, 2017, n. 2, pp. 436-437.

c.d. di *tipo b*²². Infatti, quest'ultima categoria di soggetti connota proprio le cooperative c.d. di *tipo b*, comprendendo "gli invalidi fisici, psichici e sensoriali, gli *ex* degenti di ospedali psichiatrici, anche giudiziari, i soggetti in trattamento psichiatrico, i tossicodipendenti, gli alcolisti, i minori in età lavorativa in situazioni di difficoltà familiare, le persone detenute o internate negli istituti penitenziari, i condannati e gli internati ammessi alle misure alternative alla detenzione e al lavoro all'esterno" (art. 4, comma 1, l. n. 381/1991).

Il legislatore, in questo modo, include non solo le disabilità di tipo psicofisico, ma anche il disagio di carattere sociale²³. Inoltre, al successivo comma 2 prevede che tali soggetti "devono costituire almeno il 30% dei lavoratori della cooperativa e, compatibilmente con il loro stato soggettivo, essere soci della cooperativa stessa". È evidente, quindi, l'impegno sociale di queste cooperative all'interno della comunità, con importanti riflessi sull'occupazione.

La disciplina contenuta nella l. n. 381/1991 delinea un modello organizzativo idoneo a consentire l'integrazione socio-lavorativa delle "persone svantaggiate", offrendo loro un'occupazione 'di qualità' (essendo stabile e poco delocalizzabile)²⁴. L'intenzione del legislatore è, quindi, quella di creare opportunità d'impiego per quelle persone che hanno difficoltà a procurarsi autonomamente un lavoro a causa della situazione di fragilità, attraverso un contesto cooperativo.

Si rileva, tuttavia, come la legge sulle cooperative sociali, nel dettare una disciplina *ad hoc* per il c.d. *tipo b*, riconosca a queste realtà un ruolo importante, che diviene ancora più significativo se si considera quanto previsto dall'art. 14 d.lgs. n. 276/2003 (c.d. Legge Biagi), che consente ai servizi per il collocamento mirato di stipulare "con le associazioni sindacali dei datori di lavoro e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative a livello nazionale e con le associazioni di rappresentanza, assistenza e tutela delle cooperative (sociali c.d. di *tipo b*) [...] convenzioni quadro su base territoriale, che devono essere validate da parte delle regioni [...] aventi ad oggetto il conferimento di commesse di lavoro alle cooperative sociali [...] da parte delle imprese associate o aderenti"²⁵.

²² VENDITTI L., *Cooperative sociali e prestazioni di lavoro*, in *Dir. merc. lav.*, 2007, n. 3, p. 387.

²³ SARTORI A., *op. cit.*, pp. 432-433.

²⁴ ALLEGRETTA L.; BARABASCHI B., *L'impresa sociale al servizio della "buona occupazione": una biodiversità da tutelare*, in *Impr. soc.*, 2015, n. 6, p. 39.

²⁵ Su cui ampiamente v. SLATAPER S., *Art 14 – Le convenzioni con le cooperative sociali per favorire l'inserimento dei soggetti svantaggiati*, in MISCIONE M.; RICCI M. (a cura di), *Commentario al D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276 – Organizzazione e disciplina del mercato del lavoro*, IPSOA, 2004, pp. 290-305.

In questo modo, la cooperativa sociale c.d. di *tipo b* assume il/i prestatore/i in luogo dell'impresa onerata (ai sensi della l. n. 68/1999) e quest'ultima, in contropartita, assegna alla cooperativa commesse di lavoro, proporzionate al costo del personale ivi inserito per tutta la durata della convenzione²⁶. Allo scadere di questa (e nel caso di mancato rinnovo) i lavoratori impiegati nella commessa potranno essere assunti direttamente dall'impresa o rimanere in cooperativa. Nel caso in cui, invece, non si realizzi nessuna di queste ipotesi, i soggetti interessati torneranno a carico degli uffici del collocamento.

Le convenzioni *ex art.* 14, d.lgs. n. 276/2003²⁷, rispetto a quelle previste agli artt. 11 (Convenzioni di integrazione lavorativa), 12 (Convenzioni di inserimento lavorativo temporaneo con finalità formative) e 12-*bis* (Convenzioni di inserimento lavorativo) della l. n. 68/1999 sul c.d. collocamento mirato²⁸, riescono meglio a coniugare inclusione e produttività²⁹, attuando l'Ottavo Obiettivo dell'Agenda 2030, che ha come fine quello di "incentivare una crescita [...] inclusiva e sostenibile, un'occupazione piena e produttiva ed un lavoro dignitoso per tutti".

Tale strumento, infatti, è idoneo a realizzare un vantaggio per tutti i soggetti coinvolti in una "logica *win-win*": il datore di lavoro riesce a coprire la propria quota d'obbligo, ai sensi della l. n. 68/1999³⁰; la cooperativa sociale esce da una visione puramente assistenzialistica, perché ritenuta capace di operare al pari di un'impresa *profit*; la persona con disabilità o svantaggiata inserita acquisisce professionalità e dignità grazie al lavoro.

Le convenzioni *ex art.* 14, d.lgs. n. 276/2003 racchiudono, quindi, un grande potenziale, poiché possono trasformare un obbligo (assuntivo) in capo al datore, ai sensi della l. n. 68/1999, in una opportunità grazie alla cooperazione tra *profit* e non *profit*.

²⁶ DE FALCO M., *Il diritto al lavoro delle persone con disabilità: alla ricerca della "persona giusta al posto giusto"*, in *Lavoro nella giur.*, 2022, n. 4, pp. 376 ss.

²⁷ ROSATO S., *Nuove opportunità di inclusione per i "diversamente abili": l'articolo 14 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, in TIRABOSCHI M. (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, Milano, Adapt, 2004, p. 606.

²⁸ TURSI A., *Le nuove convenzioni per l'inserimento lavorativo dei disabili e dei soggetti svantaggiati tramite cooperative sociali, due anni dopo*, in *Giornale dir. lav. e rel. ind.*, n. 109, 2006, p. 71 ss.

²⁹ DE FALCO M., *Dal collocamento mirato all'art. 14 del d.lgs. n. 276/2003: tessere nuove reti per l'inclusione e la produttività*, in *Professionalità Studi*, 2023, n. 3, p. 60.

³⁰ CIMAGLIA M.C., *L'esperienza applicativa dell'art. 14 del d.lgs. n. 276 del 2003*, in *Giornale dir. lav. e rel. ind.*, 2006, n. 109, pp. 131-136.

3. *Il caso-studio: Arte e Libro Società Cooperativa Sociale E.T.S.*

Un esempio virtuoso e genuino di cooperativa sociale, operante nel territorio del Friuli-Venezia Giulia, in provincia di Udine, è *Arte e Libro Società Cooperativa sociale E.T.S.* (d'ora in poi, *Arte e Libro*).

Ci si pone qui l'obiettivo di presentare questa realtà, per esporre come essa applichi le previsioni di cui all'art. 14, d.lgs. n. 276/2003 e quali siano le externalità positive di questa attività, al fine di incentivare tutte quelle cooperative sociali c.d. di *tipo b*, che ancora non lo utilizzano.

Arte e Libro nasce nel 1984 come cooperativa sociale c.d. di *tipo b* finalizzata all'inserimento lavorativo di persone svantaggiate. Successivamente (nel 2010), attraverso una fusione per incorporazione con una cooperativa sociale c.d. di *tipo a*, si costituisce a scopo plurimo *a+b*. Tale processo ha aperto nuove opportunità di sviluppo e crescita per tutti i suoi membri, consentendo così ad *Arte e Libro* di raggiungere risultati ben superiori, rispetto a quelli che avrebbe potuto realizzare singolarmente.

La natura dell'attività è, quindi, "mista", in quanto composta da due "anime": quella socio-educativa (*a*) e quella finalizzata all'inserimento lavorativo di persone svantaggiate (*b*), ove l'una è funzionale all'altra. Questo significa che, da una parte, i lavoratori inseriti in *b* usufruiscono dei servizi di *a* e, dall'altra, i lavoratori che usufruiscono dei servizi di *a* (come percorsi formativi), possono essere assunti in futuro nella parte *b*.

Vedremo, ora, come *Arte e Libro* si è evoluta nel tempo, soprattutto, con riferimento all'utilizzo dello strumento convenzionale ex art. 14, d.lgs. n. 276/2003, che ha permesso alla cooperativa di crescere non solo da un punto di vista quantitativo, ma anche qualitativo.

3.1. (segue) *L'inserimento lavorativo attraverso le convenzioni ex art. 14, d.lgs. n. 276/2003*

Come segnalato, l'inserimento lavorativo rientra tra le attività della "parte *b*" di *Arte e Libro*, la cui attività consiste nell'agevolare le persone con disabilità rispetto ai processi produttivi. In questo modo, il lavoro diventa veicolo di formazione e di integrazione sociale.

Arte e Libro ha stipulato la sua prima convenzione nel 2018, allorché ha costruito una struttura solida e definita che le ha permesso (e che le permette tuttora) di soddisfare le esigenze delle imprese, rispettando elevati *standard* qualitativi. Il cambio di mentalità e la capacità di *Arte e Libro* di rispondere efficacemente alle richieste del *profit* ha consentito di instaurare un dialogo importante e duraturo. Infatti, oggi, *Arte e Libro* collabora stabilmente con importanti imprese del

territorio, grazie alla credibilità e affidabilità, acquisite nel tempo, e alla puntualità nell'esecuzione delle commesse di lavoro affidate.

Le aziende che hanno stipulato con essa le convenzioni ai sensi dell'art. 14, d.lgs. n. 276/2003 sono ben quattro: Biofarma Group (settore farmaceutico), Ramo S.r.l. (settore componentistica per l'arredamento e l'industria), PMP Industries S.p.A. (meccanica di precisione) e, da ultimo, Danieli S.p.A. (settore metalmeccanico).

La prima convenzione è stata stipulata con Biofarma Group nel 2018 ed è già stata rinnovata per ben tre volte, portando gli inserimenti lavorativi di persone con disabilità da sei a dieci. Questo dimostra la stabilità del legame tra le due realtà e la fiducia che la committente ha riposto in *Arte e Libro*, ritenuta capace di rispondere prontamente alle richieste. L'attività oggetto della commessa riguarda il *packaging* di prodotti biomedicali.

Qualche anno dopo, nel 2020, *Arte e Libro* ha stipulato la convenzione quadro con Ramo S.r.l., successivamente rinnovata, che attiene l'assemblaggio di componenti d'arredo e coinvolge oggi due lavoratori (prima del rinnovo vi era solo una persona).

Nel 2021 è stata conclusa la convenzione con PMP Industries S.p.A., che interessa sette lavoratori con disabilità (più un tutor non disabile) occupati nell'assemblaggio e nel collaudo di valvole, attraverso l'impiego di un macchinario dato in comodato da PMP Industries S.p.A. Inoltre, nel caso di lavorazioni straordinarie, parte dei lavoratori vengono inviati presso l'impresa committente, a dimostrazione della professionalità e flessibilità da parte di *Arte e Libro* rispetto alle necessità che possono sorgere.

Infine, nel 2024 è stata stipulata la prima convenzione *ex art.* 14, d.lgs. n. 276/2003 con Danieli S.p.A., colosso del settore metalmeccanico-siderurgico. Essa ha già portato all'inserimento di ben sei persone, che svolgono compiti inerenti la digitalizzazione e la dematerializzazione dell'archivio aziendale³¹.

Di regola, le attività lavorative sono svolte presso la cooperativa. Il motivo riconducibile a tale scelta è quello di accogliere e includere (soprattutto) le persone con particolari fragilità, che, in un contesto lavorativo 'ordinario' potrebbero incontrare maggiori difficoltà professionali e sociali. Come noto, infatti, presso le imprese *profit* è difficile far convivere l'inserimento lavorativo di una persona con disabilità o svantaggio con le caratteristiche del contesto aziendale, che spesso non permette, se non con grandi difficoltà, l'adattamento dei tempi e modi della produzione.

³¹ I dati sono stati forniti direttamente da *Arte e Libro* e aggiornati a ottobre 2024.

L'utilizzo crescente e genuino delle convenzioni *ex art.* 14 da parte di *Arte e Libro* ha reso la cooperativa un vero e proprio modello di riferimento per altre realtà, che attingevano a tale strumento.

Da ultimo, *Arte e Libro* si è fatta promotrice dell'inclusione lavorativa tramite convenzione anche grazie al coordinamento con *Futura società cooperativa sociale ONLUS*, che insiste nel medesimo territorio, e le istituzioni locali, al fine di costruire un sistema integrato di relazioni tra tutti i soggetti coinvolti a beneficio dell'intera comunità.

4. Osservazioni conclusive

Il legislatore considera le cooperative sociali c.d. di *tipo b* il 'motore' per l'inclusione e l'integrazione lavorativa e sociale delle persone con disabilità e svantaggiate. Questo appare chiaramente sia nella l. n. 68/1999 sul collocamento mirato (artt. 11, 12 e 12-*bis*), sia nell'art. 14, d.lgs. n. 276/2003, che fa riferimento esplicito a tali realtà.

Da un lato, si cerca di aumentare le possibilità – per le persone con disabilità e svantaggiate – di accedere a un'occupazione regolare; dall'altro, si vuole valorizzare il ruolo delle cooperative sociali nei territori in cui operano. Invero, le cooperative sociali c.d. di *tipo b* possono essere definite "imprese ecologiche", perché integrano nel processo produttivo persone, che si trasformano da "oggetti di assistenza in produttori, generatori di valore per sé e per gli altri"³².

Le cooperative sociali c.d. di *tipo b* assumono, quindi, un ruolo chiave in termini di sostenibilità e inclusione sociale, in quanto offrono lavoro anche a quei "bacini di utenza" che rischierebbero di non essere assorbiti dagli altri attori economici, pubblici e privati³³. Esse rappresentano, dunque, uno strumento aggregativo, che consente l'inclusione delle persone svantaggiate e disabili all'interno del mercato del lavoro, neutralizzando i *deficit* occupazionali³⁴.

L'inserimento delle persone svantaggiate e con disabilità all'interno delle cooperative sociali c.d. di *tipo b* non deve portare a ritenere che queste ultime siano dei 'laboratori protetti', ma a vederle, al contrario, quale trampolino di lancio per l'accrescimento delle competenze, tramite la formazione, e la professionalità di coloro che partecipano all'attività d'impresa³⁵. Infatti, sono impegnate nel creare

³² SCALVINI F., *La cooperazione sociale di inserimento lavorativo*, in *Impr. soc.*, 2006, pp. 21-22.

³³ GAROFALO D., *op. cit.*, 2018, p. 123.

³⁴ FERLUGA L., *Il lavoro nelle cooperative sociali*, in *Var. temi dir. lav.*, 2019, pp. 1729-1730.

³⁵ BORZAGA C., *Cooperazione sociale e inserimento lavorativo: il contributo*

un modello di *social business*³⁶ che si emancipa dalle logiche di tipo assistenzialistico. In tal modo, la funzione sociale assolta da queste cooperative garantisce alle persone svantaggiate e con disabilità la possibilità di diventare soggetti proattivi, superando le barriere giuridiche e sociali, che altrimenti porterebbero al loro isolamento.

Ulteriori profili di forza, che rendono le cooperative sociali ‘speciali’ rispetto alle imprese tradizionali, sono l’ambiente e l’organizzazione del lavoro. In particolare, la cooperativa presenta una struttura capace di valorizzare la persona inserita, attraverso l’attribuzione di specifiche mansioni, che tengono conto della situazione di fragilità di ognuno.

Il valore aggiunto è strettamente connesso alla capacità delle cooperative sociali di valorizzare la persona svantaggiata, che altrimenti rischierebbe di essere esclusa dal mercato del lavoro, a beneficio dell’intera comunità³⁷. Quindi, il modello della cooperazione sociale va oltre l’economia d’impresa, con l’esito di contribuire alla realizzazione della giustizia sociale³⁸. Si realizza così il Settimo principio della Dichiarazione d’Identità Cooperativa adottata dall’*International Cooperative Alliance* nel 1995³⁹, secondo cui le cooperative “lavorano per lo sviluppo sostenibile delle loro comunità attraverso politiche approvate dai loro soci”⁴⁰.

Le cooperative sociali giocano, dunque, un ruolo fondamentale, perché costituiscono la parte più rilevante del settore non *profit*, tra Stato e mercato, rappre-

dell’analisi economica, in *Giornale dir. lav. e rel. ind.*, 2006, n. 1, p. 115.

³⁶ Sul punto v. CRISTOFORO G.; CAPRINI M., *Corporate Social Innovation. Processi di accelerazione dell’innovazione e di rigenerazione*, in *Impr. soc.*, 2015, n. 5, p. IV, secondo cui il *social business* è volto alla creazione di sistemi di impresa autosostenibili equi, replicabili in grado di creare valore condiviso per l’intera società.

³⁷ MORI P.A., *Comunità e cooperazione: l’evoluzione delle cooperative verso nuovi modelli di partecipazione democratica dei cittadini alla gestione dei servizi pubblici*, in *Euricse Working Papers*, p. 8.

³⁸ DEPEDRI S.; TURRI S., *Dalla funzione sociale alla cooperativa di comunità: un caso studio per discutere sul flebile confine*, in *Impr. soc.*, 2015, n. 5, p. 67; LAUNIO C.C.; SOTELO M.C.B., “Concern for community”: *Case of cooperatives in the Cordillera region, Philippines*, in *Journal of Co-operative Organization and Management*, 2021, p. 9.

³⁹ Su cui ampiamente MACPHERSON I., *Cooperative’s concern for the community: from members towards local communities’ interest*, Euricse Working Papers, n. 46|13, 2012.

⁴⁰ Per approfondire il Settimo principio dell’ICA, si consenta di rinviare a COLOMBO G., *Cooperative work for sustainable development: a Labour law approach to the Seventh Principle of International cooperation*, in *Dir. lav. merc. international*, 2023, n. 2, pp. 44-49.

sentando un nuovo modello occupazionale⁴¹. Infatti, esse configurano compagini associative imprenditoriali funzionalmente orientate a realizzare fini solidaristici di utilità sociale, attraverso la mutualità cooperativa.

All'interno del contesto così descritto, *Arte e Libro* rappresenta un esempio consolidato di cooperativa sociale del territorio friulano, che (per la 'parte b') fa ottimo magistero dello strumento convenzionale *ex art.* 14, d.lgs. n. 276/2003, idoneo all'inserimento lavorativo di persone con disabilità o svantaggiate, facendosi (anche) promotrice delle proprie buone prassi nei confronti delle altre cooperative e, di riflesso, delle imprese.

Si tratta di un traguardo importante per *Arte e Libro*, che ha richiesto notevole impegno e capacità di cambiamento. Essa ha dovuto rinnovare i propri processi e la struttura organizzativa, per cercare di instaurare un legame con le imprese *profit* ed essere in grado di rispondere alle loro esigenze.

In conclusione, *Arte e Libro* è la dimostrazione del fatto che le cooperative sociali c.d. di *tipo b* locali hanno gli strumenti giuridici per adempiere allo scopo sociale, assumendo nel territorio un ruolo da protagoniste nella transizione verso un mercato del lavoro più sostenibile, ove inclusione e produttività non sono contrapposti ma, al contrario, spinte che si sorreggono l'una con l'altra.

GIULIA COLOMBO

Dottoranda di ricerca in Diritto del lavoro nell'Università di Udine

⁴¹ FERLUGA L., *op. cit.*, p. 1711.

'Functio navicularia' e perimetro delle 'species annonariae'

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Responsabilità e allocazione del rischio tra privati (cenni). – 3. Responsabilità dei *navicularii* e allocazione del *periculum maris*. – 4. Alcune annotazioni quasi conclusive.

1. *Introduzione*

A partire dagli Anni Ottanta e Novanta del secolo scorso e, segnatamente, da due fondamentali contributi¹, il tema dei *corpora naviculariorum* costituisce l'oggetto di un 'filone' costante di interesse all'interno della dottrina romanistica.

Si tratta delle associazioni professionali di armatori dislocate, su base territoriale, nei maggiori centri portuali dell'Impero romano e tenute, a partire all'incirca dall'inizio del Principato, a effettuare il trasporto via mare dei beni destinati alla distribuzione pubblica da parte dell'annona in Roma, Costantinopoli e, via via, nelle altre capitali dell'Impero, come Ravenna; oltretutto, probabilmente, in altre 'megapoli' densamente popolate del mondo antico quali, ad esempio, Alessandria d'Egitto².

Le prospettive di indagine dischiuse dallo studio del loro inquadramento *sub specie iuris* sono molteplici. Ciò è ben esemplificato dai differenti quesiti – per lo

¹ Cfr. DE SALVO L., *Economia privata e pubblici servizi nell'Impero romano. I 'corpora naviculariorum'*, Messina, Samperi, 1992, *passim*; SIRKS A.J.B., *Food for Rome. The Legal Structure of the Transportation and Processing of Supplies for the Imperial Distributions in Rome and Constantinople*, Amsterdam, J.C. Gieben, 1991, *passim*. Ma cfr. anche HERZ P., *Studien zur römischen Wirtschaftsgesetzgebung: die Lebensmittelversorgung*, Stuttgart, F. Steiner Verlag Wiesbaden, 1988, *passim*.

² Per quanto riguarda la vicenda dei *navicularii* alessandrini, cfr. per una rapida cognizione DE SALVO L., *op. cit.*, pp. 478 ss. Era comunque distinta, in termini generali, l'annona civile di Roma (o delle altre capitali dell'Impero) da quella dei capoluoghi e delle città provinciali (cfr. DE SALVO L., *op. cit.*, pp. 483 ss.; HERZ P., *op. cit.*, pp. 222 ss.). Il presente contributo si concentra sul primo aspetto.

più di non agevole risoluzione – elencati, senza pretesa di esaustività, nelle righe che seguono.

Appaiono, infatti, incerti: il momento storico cui ancorare la nascita di detti *corpora*³; se la loro origine sia da riconnettere ad un primigenio atto di autonomia privata anziché ad una diretta creazione *ex nihilo* da parte del potere imperiale⁴;

³ Cfr. DE SALVO L., *op. cit.*, p. 373: “... non è neppure possibile stabilire quando i *navicularii* ... si siano riuniti in corporazione”. Al riguardo, si sono formulate in dottrina varie teorie: per taluni, la nascita dei *corpora* va collocata all’incirca nell’età degli Antonini (cfr. PIGONNEAU H., *De convectione urbanae annonae et de publicis naviculariorum corporibus apud Romanos*, S. Cloud, Kessinger Legacy Reprints, 1876, pp. 62 ss., 82, 113; ID., *L’annone romaine et les corps des naviculaires particulièrement en Afrique*, in *RAF*.4, 1886, pp. 227; LIEBENAM W., *Zur Geschichte un Organisation des römische Vereinswesens*, Leipzig, B.G. Teubner, 1890, p. 69 e, più recentemente, LEVI M.A., ‘*Collegia*’ e *patronato al tempo di Adriano*, in *Index*, XIII, 1985, pp. 557 s.; SIRKS A.J.B., *op. cit.*, p. 81); per altri (come la stessa DE SALVO L., *op. cit.*, pp. 378 ss.: cfr. anche DE FINO M., *Recensione a DE SALVO L., op. cit.*, in *Quaderni di storia*, XLIV, 1996, pp. 236 ss.), essa dovrebbe essere invece retrodatata sino all’immediato inizio del Principato oppure all’ultima età repubblicana. In linea generale, possono essere ammesse con sicurezza l’esistenza e l’operatività dei collegi di *navicularii* alla metà circa del II sec. d.C., date per presupposte da molteplici fonti di quel periodo (come, ad esempio, Gai 3 *ad ed. prov.* D. 3.4.1pr.-1), mentre la questione di una loro eventuale più risalente origine resta ancora oggi, in qualche modo, aperta.

⁴ Si esprime a favore dell’idea della creazione *ex nihilo* dei *corpora* da parte dell’autorità pubblica imperiale soprattutto SIRKS A.J.B., *op. cit.*, pp. 59 ss., 75 ss., 81 ss., 128 ss. Questa presa di posizione non è tuttavia ad oggi condivisa dall’orientamento maggioritario. Si tende infatti a ritenere, per lo più, che i *navicularii* delle varie regioni dell’Impero si siano spontaneamente associati e che, soltanto in seguito, i loro collegi siano andati incontro a un processo di progressiva pubblicizzazione imposto dall’autorità imperiale e tale da comportare, per il tardo-antico, la sostanziale equiparazione di essi a veri e propri organi dello Stato. Così si esprimono, pur con inevitabile diversità di sfumatura, oltre al già citato BROEKAERT W., ‘*Creatio ex nihilo?*’, cit., *passim* e, prima ancora, alla stessa DE SALVO L., *op. cit.*, pp. 259 ss., 373 ss.: ROUGÉ J., *Recherches sur l’organisation du commerce maritime en Méditerranée sous l’Empire romain*, Paris, S.E.V.P.E.N. edition, 1966, pp. 245 s.; PAVIS D’ESCURAC H., *La préfecture de l’annone. Service administratif impérial d’Auguste à Constantin*, Roma, École française de Rome, 1976, *passim*; RICKMAN G.E., *The Corn Supply of Ancient Rome*, Oxford, Clarendon Press, 1980, pp. 87 ss., 226 ss.; SANGRISO P., *I collegi professionali e la loro valenza economica: il caso dei ‘figuli’*, in *Studi Classici e Orientali*, LV, 2009, pp. 104 ss.; MARZANO A., *The Personal Infrastructure of Maritime Trade*, in *Roman Law and Maritime Commerce*, edited by P. Candy and M. Ferrándiz, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2022, pp. 58 s. e nt. 11; nonché, in tempi risalenti, WALTZING J.P., *Étude historique sur les corporations professionnelles chez les Romains. Depuis les origines jusqu’à la chute de l’Empire d’Occident*, Bruxelles-Louvain, C. Peeters, 1896-1900, I, 188 ss. e BESNIER M., ‘*Navicularius?*

la collocazione di essi all'interno del sistema associativo romano delineato dalla *lex Iulia de collegiis* e dai successivi interventi normativi documentati in materia (anche in relazione al tema della 'personalità giuridica'⁵); ciò che qui più interessa, e nonostante la mole considerevole di studi dedicati all'argomento, il profilo involgente l'intensità della portata, sul piano tanto giuridico-formale quanto, soprattutto, pratico-operativo, della stessa *functio navicularia*, ossia del servizio svolto.

Al riguardo, secondo l'impostazione dominante, è necessario distinguere tra il regime vigente in età alto-imperiale e quello successivo, proprio dell'epoca tardoantica⁶.

Per quanto concerne il primo periodo, lo svolgimento della prestazione a favore dell'*officium annonae* si sarebbe configurato come liberamente declinabile da parte del singolo *navicularius*, il quale beneficiava, peraltro, di numerosi privilegi (tra cui una speciale forma di esenzione '*ab omnibus oneribus et muneribus*'⁷, assai discussa in dottrina) per il caso in cui intendesse viceversa assumerla⁸.

In età tardoantica, la *functio* si sarebbe invece contraddistinta per il suo carattere assolutamente inderogabile, tanto da risultare, per svariate ragioni ancora non del tutto chiarite, 'odiosa'⁹.

naukleros, in *DAGR*, IV, 1907, pp. 20 ss.

⁵ Sul punto, mi permetto di rinviare al recente studio di BUONGIORNO P., *Riflessione sulle riforme in materia di diritto associativo da Augusto a Settimio Severo*, in *IURA*, 2022, *passim* (ma soprattutto 75 ss., con fonti e letteratura ivi passate in rassegna).

⁶ Questa contrapposizione tanto è data per assodata, quantomeno nei suoi termini generali, da costituire quasi il punto di partenza obbligato, o il presupposto implicito, di ogni trattazione in tema di *corpora naviculariorum*. Per estrema brevità, cfr. gli indici delle monografie di De Salvo e Sirks: DE SALVO L., *op. cit.*, p. 797; SIRKS A.J.B., *op. cit.*, p. V.

⁷ Cfr. C.Th. 13.5.5. Sulla questione, rinvio per celerità di cognizione a DE SALVO L., *op. cit.*, p. 580 nt. 427.

⁸ Questo *favor* per i *navicularii*, che anima la legislazione imperiale sino a tutto il II sec. d.C. (senza venire mai totalmente abbandonato però neppure in età postclassica, come testimoniato, a tacer d'atro, ad esempio proprio da C.Th. 13.5.5 *supra* riportata), è quanto emerge anche dalla lettura di passi quali Scaev. 3 *reg. D.* 50.5.3; Call. 1 *cogn. D.* 50.6.6.5; Call. 1 *cogn. D.* 50.6.6.9; Scaev. 3 *reg. D.* 50.5.3.

⁹ In merito al *topos* dell'odiosità del *munus* in età tardoantica, vanno svolte varie considerazioni. Innanzitutto, sotto il profilo storico, può dirsi relativamente certa la fissazione del passaggio al regime di coattività del servizio nell'arco temporale ricompreso tra l'età dei Severi e l'inizio del Dominato (pur con un peso maggiore dato dagli interpreti ora alla figura di questo ora alla figura di quell'imperatore). È in quest'epoca, infatti, che venne progressivamente in luce, per effetto del susseguirsi di varie costituzioni e indirizzi della legislazione imperiale, una nuova considerazione della stessa *functio*

Generalmente qualificata nelle fonti come ‘munus’ di carattere gius-pubblicistico¹⁰, essa si sostanzia ad ogni modo, anzitutto, in un rapporto giuridico obbligatorio¹¹ astringente, non diversamente che tra soggetti privati, i *navicularii* associati in *corpora* (debitori) all’amministrazione imperiale (come parte creditrice).

A quale titolo, tuttavia, ciò avveniva e qual era il limite della responsabilità gravante sui *navicularii*?

Essi avrebbero inoltre conservato il diritto alla controprestazione in caso di mancata consegna a destinazione delle derrate per causa non imputabile, oppure il *periculum maris* era accolto ai pubblici apparati¹²?

navicularia come prestazione avente carattere *lato sensu* fiscale, prima che professionale (sul punto, cfr. SIRKS A.J.B., *op. cit.*, pp. 128, 180 ss., 237 ss., 298 ss.; DE SALVO L., *op. cit.*, pp. 502 ss.; VERA D., *Fisco, annona e commercio nel Mediterraneo tardoantico: destini incrociati o vite parallele?*, in LRCW. *Late Roman Coarse Wares and Amphorae in the Mediterranean Archaeology. Archaeology and Archaeometry. Comparison between western and eastern Mediterranean*, edited by Menchelli S., Santoro S., Pasquinucci M., Guiducci G., Oxford, Archaeopress, 2010, pp. 10 s.). In tale contesto, che vedeva i beni dei *navicularii* assoggettati, quasi in una forma di garanzia reale, all’adempimento dell’obbligo di trasporto, si pervenne dapprima ad ammettere che soltanto un individuo riconosciuto come ‘*idoneus facultatibus*’, ossia dotato di un patrimonio sufficiente, potesse entrare a far parte dei *corpora naviculariorum* (cfr. DE SALVO L., *op. cit.*, pp. 527 s., 530). In secondo luogo, a tracciare una netta distinzione tra i *navicularii tout court* e i meri proprietari (o possessori) di (singole) *res naviculariae*: i primi gravati dal *munus* nell’intero loro patrimonio e inoltre sotto il profilo personale, i secondi unicamente sul piano patrimoniale e in relazione alle singole *res naviculariae* entrate nella propria disponibilità (cfr. WALTZING J.P., *Étude historique sur les corporations professionnelles chez les Romains depuis les origines jusqu’à la chute de l’Empire d’Occident*, II, Louvain, C. Peeters, 1895-1900, pp. 89 s.; DE ROBERTIS F.M., *Storia delle corporazioni e del regime associativo nel mondo romano*, II, Bari, Adriatica, 1971, pp. 143 ss.; DE SALVO L., *op. cit.*, pp. 527 ss., 531 ss.). Quest’ultimo dato si interseca con quello emergente in materia di alienazioni di beni preordinati alla *functio*, ammessa a partire da Costantino ma sotto imposizione di una sorta di ‘diritto di seguito’ a vantaggio dello Stato, che conservava intatta la propria pretesa sulla destinazione de essi (cfr. C.Th. 13.6.1). Oltre a ciò, l’*annonaria praestatio* divenne, almeno in alcune province, in un certo senso ereditaria (cfr. DE SALVO L., *op. cit.*, p. 514). Per effetto di tutte queste innovazioni, può dirsi che il servizio imposto ai *navicularii* abbia penetrato, nel diritto postclassico, oltre al campo delle obbligazioni, pure quello dei diritti reali e delle successioni.

¹⁰ Cfr. *ex multis* C.Th. 13.5.2; 13.5.3.1; 13.5.5 pr.; 13.5.7; 13.5.17; 13.5.27; 13.5.32; 13.6.1; 13.6.4; 13.6.7.

¹¹ Cfr. *infra*.

¹² In merito alla differenza tra responsabilità e allocazione del pericolo contrattuale, nonché alle varie accezioni assunte dal vocabolo *periculum* nell’ambito delle fonti giuridiche romane, cfr. per tutti l’efficace sintesi tracciata da VACCA L., *Considerazioni*,

Pur con le dovute cautele (dettate dalla necessità di tenere conto: da un lato, della linea di sviluppo storico nei rapporti Stato-*corpora naviculariorum* sopra accennata e, dall'altro, della compenetrazione, nella regolazione del fenomeno, del diritto privato e del diritto pubblico romano, concettualmente distinti ma funzionalmente connessi, talora in modo alquanto rigoroso¹³), al quesito va data risposta sostanzialmente unitaria, valorizzando il dato del costante utilizzo, lungo tutto l'arco temporale interessato dall'attività dei *corpora naviculariorum*, dello schema della *locatio conductio operis*¹⁴ per inquadrare giuridicamente gli accordi intercorsi tra le autorità pubbliche preposte ai rifornimenti annonari e i *navicularii*.

Il trasporto per via d'acqua a titolo oneroso era ricondotto infatti, presso i Romani, entro lo schema generale della *locatio conductio* e, più in particolare, della *locatio operis*, sotto forma di *locatio conductio* cd. *ad onus vehendum* o *mercium vehendarum*; a tale assetto negoziale, in assoluto il più praticato nell'ambito dei commerci marittimi¹⁵, dunque, erano conformati tanto il trasporto tra privati

in tema di risoluzione del contratto per impossibilità della prestazione e di ripartizione del rischio nella 'locatio conductio', in 'Iuris vincula'. Studi in onore di M. Talamanca, VIII, Napoli, Jovene, 2001, pp. 249 ss. Si aderisce qui all'impostazione, già nella sostanza propria di Talamanca e Betti, secondo cui la questione sul rischio 'in senso tecnico' si pone solo una volta risolta in senso negativo quella preliminare sulla 'responsabilità': acclarata la non imputabilità della mancata esecuzione del trasporto al *nauta*, ecco che ci si interroga se quest'ultimo conservi o meno, e a quali condizioni, il diritto a essere comunque retribuito (cfr. PELLOSO C., *Sulla responsabilità contrattuale di 'fullo' e 'sarcinator' nel II secolo d.C.: considerazioni a margine del pensiero di C.A. Cannata*, in *TSDP*, XIII, 2020, p. 33 nt. 48).

¹³ Sul tema generale delle interrelazioni tra esercizio dell'impresa in forma collettiva e rilevanti interessi di rango gius-pubblicistico in Roma antica, cfr. per tutti STARACE P., *L'interesse pubblico e le società dei pubblicani. Riflessioni sulle origini del contratto di società*, in *I beni di interesse pubblico nell'esperienza giuridica romana*, II, a cura di Garofalo L., Napoli, Jovene, 2016, *passim* (ma soprattutto pp. 326 ss.).

¹⁴ Cfr. ROUGÉ J., *Recherches*, cit., p. 385; VACCA L., *op. cit.*, pp. 282 ss.; FIORI R., *L'allocazione del rischio nei contratti relativi al trasporto*, in *Diritto romano e economia. Due modi di pensare e organizzare il mondo (nei primi tre secoli dell'Impero)*, a cura di Lo Cascio E. e Mantovani D., Pavia, Pavia University Press, 2018, pp. 546 ss.; GALEOTTI S., *Perdita del carico e diritto al nolo: considerazioni in tema di 'locatio conductio mercium vehendarum'*, in *Archivio giuridico Filippo Serafini*, II, 2023, pp. 845 ss.; EAD., *'Mare monstrum Mare nostrum'. Note in tema di 'pericula maris' e trasporto marittimo nella riflessione della giurisprudenza romana (I sec. a. C. – III sec. d.C.)*, Napoli, Jovene, 2020, p. 111 nt. 201.

¹⁵ Per una vasta panoramica delle varie forme di *locatio conductio* rilevanti in ambiente 'nautico', cfr. per tutti, oltre a GALEOTTI S., *'Mare'*, cit., pp. 97 ss.; FIORI R.,

quanto quello, strutturalmente analogo, realizzato per far fronte a pubbliche esigenze.

Esso prevedeva che il *nauta* (ossia l’armatore e quindi il *navicularius*¹⁶) assumesse verso la controparte direttamente l’obbligo di effettuare egli stesso, con predisposizione di propri uomini e mezzi, il transito delle merci affidategli. L’obbligazione che ne derivava, inoltre, veniva (generalmente) intesa come di risultato¹⁷.

2. Responsabilità e allocazione del rischio tra privati (cenni)

Stante l’omogeneità del paradigma contrattuale di riferimento, risulta quindi utile interrogarsi in primo luogo sul regime di responsabilità e allocazione del rischio quale era venuto consolidandosi nel corso del Principato tra privati, per poi soffermarsi sulle peculiarità proprie del trasporto per conto dell’annona.

Viene in rilievo al riguardo la figura giuridica del *receptum*: un peculiare patto, apposto dalle parti (ma infine anche considerato adietto per fatti concludenti¹⁸) alla ‘struttura di base’ della *locatio conductio mercium vehendarum* e tutelato sul piano del diritto pretorio¹⁹. In base ad esso, il *nauta* era chiamato a ‘*recipere saluum fore*’, ossia a garantire la buona conservazione, sino all’arrivo, di quanto

L’allocazione, cit., pp. 507 ss. (con letteratura ivi citata).

¹⁶ Per un approfondimento terminologico relativo alla figura dell’armatore, con impiego dei sostantivi ‘*nauta*’ e ‘*navicularius*’, mi permetto di rinviare agli studi, che mi paiono sostanzialmente ancora validi, condotti a suo tempo da VÉLISSAROPOULOS J., *Les nautilères grecs. Recherches sur les institutions maritimes en Grèce et dans l’Orient hellénisé*, Genève-Paris, Librairie Droz, 1980, *passim* (ma soprattutto pp. 48 ss.).

¹⁷ Cfr. per celerità GALEOTTI S., ‘*Mare*’, p. 112 (e letteratura ivi citata), nonché la ricostruzione dei *duo genera rerum locatarum* in relazione a Lab. 1 *pith. a Paulo epit.* D. 14.2.10 pr. proposta da FIORI R., *L’allocazione*, cit., pp. 519 ss.

¹⁸ Cfr. *infra*.

¹⁹ Secondo la dottrina maggioritaria, già a partire dalla metà del II sec. a.C., quando la cd. ‘età commerciale’ di Roma appariva ormai in via di consolidamento. Sul punto, cfr. DE ROBERTIS F.M., ‘*Receptum nautarum*’. *Studio sulla responsabilità dell’armatore in diritto romano, con riferimento alla disciplina particolare concernente il ‘caupo’ e lo ‘stabularius’*, in *Ann. Bari*, XII, 1952, p. 19; ID., *D. 19.2.31 e il regime dei trasporti marittimi nell’età repubblicana*, in *RDN*, XXVI, 1, 1965, p. 93, nt. 6 ripreso da MÉNAGER L.R., ‘*Naulum*’ et ‘*receptum rem salvam fore*’. *Contribution a l’étude de la responsabilité contractuelle dans les transports maritimes en droit romain*, in *RD*, XXXVII, 1960, pp. 192, 202 ss. Ma cfr., pure, l’ulteriore letteratura citata in GALEOTTI S., ‘*Mare*’, cit., pp. 137, nt. 308.

ricevuto²⁰ oltre, a partire dall'opera di Viviano, di tutto quanto fosse stato comunque imbarcato (come gli effetti personali dei passeggeri-locatores delle *merces vehendae*, per i quali non era dovuta la *vectura*)²¹.

Tale convenzione produceva in capo al *nauta*, gravato da un obbligo di risultato ma chiamato a rispondere *iure civili* meramente a titolo di *culpa*, una forma di responsabilità obiettiva²².

Da questo assetto complessivo derivava, in caso di perdita delle *res vehendae*, quanto segue.

Essendo allocato il rischio in senso tecnico in capo al *nauta*²³, egli avrebbe perso in ogni caso il diritto di incamerare la *vectura*, dovendola restituire se già

²⁰ Cfr. Ulp. 14 *ad ed.* D. 4.9.1 pr.: *Ait praetor "Nautae caupones stabularii quod cuiusque salvum fore receperint nisi restituent, in eos iudicium dabo"*. In merito alla possibile valorizzazione dei *verba* '*nisi restituent*' in chiave di interpretazione dell'*actio ex recepto* o *recepticia* come *arbitraria*, cfr. CALORE E., *Il ruolo dei 'verba' 'nisi restituent' nella promessa dell'actio de recepto*, in *Revista de Derecho Privado*, XLV, 2023, *passim*. Per un'ampia panoramica delle questioni giuridiche sottese al regime del *receptum nautarum*, con specifico *focus* su responsabilità contrattuale e allocazione del rischio, cfr. senza pretesa di esaustività: MÉNAGER L.R., *op. cit.*, *passim*; SALAZAR REVUELTA M., *op. cit.*, *passim*; EAD., *La responsabilidad objectiva en el transporte marítimo y terrestre en Roma. Estudios sobre el 'receptum nautarum, cauponum et stabulariorum'. Entre la 'utilitas contrahentium' y el desarrollo comercial*, Madrid, Dykinson S.L., 2007, *passim*; DE ROBERTIS F.M., *op. cit.*, *passim*; GAURIER D., *Le droit maritime romain*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2004, cit., pp. 67 ss.; CURSI M.F., '*Actio de recepto*' e '*actio furti [damni] in factum adversus nautas, caupones, stabularios*'. *Logiche differenziali di un sistema composito*, in *Studi per G. Nicosia*, I, Milano, Giuffrè, 2007, 124 s.; PETRUCCI A., *Per una storia della protezione dei contraenti con gli imprenditori*, I, Torino, Giappichelli, pp. 131 ss.; ROUGÉ J., *Recherches*, pp. 383 ss.; CASOLA M., *Le regole della navigazione. La responsabilità dell'armatore nell'età dei Severi*, in '*Civitas et Lex*', III, 2014, pp. 57 ss.; PELLOSO C., '*Custodia*', '*receptum*' e responsabilità contrattuale. *Una rilettura dei dogmi civilistici alla luce del metodo casistico romano*, in *Seminarios Complutenses de Derecho Romano*, XXIX, 2016, pp. 12 ss.; GALEOTTI S., '*Mare*', cit., pp. 136 ss.; nonché *infra*.

²¹ Cfr. Paul. 13 *ad ed.* D. 4.9.4.2. Ma cfr. pure Ulp. 14 *ad ed.* D. 4.9.3 pr.: esso reca traccia dell'orientamento facente capo a Pomponio, ma poi superato dallo stesso Ulpiano, volto ad estendere estese la responsabilità *ex recepto* a quelle merci per le quali era intervenuto senz'altro il patto di *receptum*, ma che ancora non erano state '*receptae*' (e cioè 'stivate' in senso materiale) nella nave.

²² Essa sarebbe risultata, in seguito, assimilabile alla *custodia* in senso tecnico per il fatto di prevedere, quale forma di esimente da responsabilità, la forza maggiore: cfr. *infra*.

²³ Come principale effetto giuridico scaturente dall'obbligazione contrattuale di risultato gravante *ex contractu* sul *nauta*: cfr. per tutti FIORI R., *L'allocazione*, cit., *passim*.

ottenuta; inoltre, nel caso in cui la perdita risultasse per giunta a lui imputabile, egli sarebbe stato chiamato a risarcire il danno al *dominus mercium*²⁴.

Nel corso dell’età classica, peraltro la frequenza di ricorso nella prassi a questo patto fu tale da condurre i giuristi a reputarlo, già sul finire del II sec. d.C., sostanzialmente assimilabile oramai a un elemento naturale della locazione marittima, risultandovi praticamente inglobato salva diversa disposizione dei contraenti²⁵.

A introdurre però una mitigazione in via equitativa (*non esse iniquum exceptionem ei dari*) all’ambito di operatività di tale rigoroso regime era intervenuta, a partire da Labeone, la concessione di un’apposita *exceptio* (che sarà poi detta appunto ‘labeoniana’) volta a paralizzare l’azione basata sul *receptum* nei soli casi (tassativi) in cui la perdita delle *res vectae* fosse dovuta a *vis piratarum* o *naufragium*²⁶.

Con tali espressioni, secondo parte della dottrina da intendersi in verità quali perfettamente sinonimiche a formare un’endiadi²⁷, si faceva riferimento concreto

²⁴ Cfr. GALEOTTI S., *Perdita del carico*, cit., *passim*; EAD., ‘Mare’, cit., p. 112. Ma cfr. pure, con una riflessione di ampio respiro sui criteri soggettivi di imputazione dell’inadempimento contrattuale, GAROFALO L., *Figure e tutele contrattuali fra diritto romano e contemporaneità giuridica*, Santiago de Compostela, Andavira, 2015, pp. 142 ss. (e letteratura ivi citata) nonché PELLOSO C., ‘Custodia’, cit., *passim*.

²⁵ Cfr. ROUGÉ J., *Recherches*, cit., p. 395; MÉNAGER L.R., *op. cit.*, 193 s.; VAN OVEN J.C., ‘*Actio de recepto*’ et ‘*actio locati*’, in *TR*, XXIV, 1956, pp. 139 s. e, più recentemente, VACCA L., *op. cit.*, p. 279 e nt. 58; GALEOTTI S., ‘Mare’, cit., p. 147 e nt. 340.

²⁶ Cfr. Ulp. 14 *ad ed.* D. 4.9.3.1: ... *Inde Labeo scribit, si quid naufragio aut per vim piratarum perierit, non esse iniquum exceptionem ei dari. Idem erit dicendum et si in stabulo aut in caupona vis maior contigerit.*

²⁷ È questa la posizione espressa da coloro i quali ritengono che la particella ‘aut’ utilizzata da Labeone abbia in verità funzione congiuntiva, piuttosto che disgiuntiva (come CARVAJAL P.J., *La persistencia de ‘recipere’ en su acepción de prometer y la desvinculación entre ‘vis maior’ y la ‘exceptio Labeonis’ en época postclásica ‘salvum recipere obligare’ y ‘suscipere in fidem suam’*, in *Studi in onore di A. Metro*, I, a cura di Russo Ruggeri C., Milano, Giuffrè, 2009, pp. 429 s. e STOLFI E., *Studi sui ‘libri ad edictum’ di Pomponio*, I, *Trasmissione e fonti*, Napoli, Jovene, 2002, p. 408, nt. 267; *contra*, cfr. *ex aliis* FIORENTINI M., *Reale e immaginario piratesco nel diritto romano. Storici, giuristi, legislatori*, in ‘*Latrocinium maris*’. *Fenomenologia e repressione della pirateria nell’esperienza romana, e oltre*, a cura di Mastroianni I.G., Roma, Aracne Editrice, 2018, 259, nt. 140). Sul punto, è forse condivisibile quanto sostenuto da GALEOTTI S., ‘Mare’, cit., pp. 158 ss. e nt. 15: secondo l’Autrice, è proprio sulla base dell’estrema ampiezza semantica assunta dal termine ‘*naufragium*’ (riferibile ad ogni ipotesi di perdita della nave, in qualsiasi modo verificata: perché inghiottita dai flutti, semplicemente incagliata senza

all'eventualità, certamente all'epoca non remota, che il *nauta* cadesse vittima di un attacco dei pirati e che tale drammatica circostanza recasse con sé, inevitabilmente, anche la perdita del carico.

In tale ipotesi, inquadrabile certamente come un caso di *vis maior*²⁸, si voleva se non altro far sì che il *nauta*, già vittima dell'attacco dei predoni del mare, andasse esente dalla responsabilità *ex recepto* nei confronti del proprietario delle merci.

Introdotta quale mera *exceptio in factum* (da concedersi dunque ad opera del pretore previa una delibazione delle circostanze fattuali condotta caso per caso) e soltanto a fronte dell'evento-attacco dei pirati/*naufragium*²⁹, essa andò incontro, nel corso del primo secolo e mezzo del Principato, a un processo di progressivo ampliamento applicativo che la condurrà a includere in sé ogni ipotesi di *vis maior* concepita oramai in termini generali³⁰.

possibilità di recupero, fatta oggetto di assalto o predazione all'approdo, o altro ancora), che dovrebbe portare ad escludere l'interpretazione in chiave disgiuntiva dell'espressione '*vis piratarum aut naufragium*'. Diversamente, infatti, le maglie dell'eccezione concessa da Labeone apparirebbero tanto largheggianti da compromettere potenzialmente la stessa operatività del regime *ex recepto*.

²⁸ Questa qualificazione è data per assodata in dottrina. Tra i contributi più recenti sul tema, mi limito a ricordare: GALEOTTI S., '*Mare*', cit., p. 176 e nt. 101; PELLOSO C., '*Custodia*', cit., p. 16; ID., *Sulla responsabilità*, cit., pp. 31 ss. e in particolare nt. 46.

²⁹ Che la portata originaria dell'eccezione concessa da Labeone ai *nautae* fosse circoscritta a ipotesi ben delimitate (o forse, addirittura, ad una soltanto: cfr. *supra*) corrisponde ad una presa di posizione pressoché universalmente sostenuta in dottrina. Per tutti, cfr. GALEOTTI S., '*Mare*', cit., p. 158 (con ampia rassegna della letteratura ivi contenuta).

³⁰ Come reso evidente dalla stessa equiparazione ulpiana, tracciata nella seconda parte di Ulp. 14 *ad ed.* D. 4.9.3.1 già menzionato, tra la situazione dei *nautae* e quella dei *caupones* e *stabularii*, a propria volta esonerabili per forza maggiore. La generalizzazione a tutte le ipotesi di *vis cui resisiti non potest* del meccanismo di esonero da responsabilità fondato sull'*exceptio labeoniana* comportò l'accostamento, anche se probabilmente non una vera e propria assimilazione (se non altro per il fatto che, nella *custodia* in senso tecnico, la *vis maior* avrebbe rilevato quale esimente *ispo iure*: cfr. per tutti PELLOSO C., '*Custodia*', cit., p. 16) della responsabilità *ex recepto*, fondata sul *ius honorarium*, alla *custodia* gravante *iure civili* su determinate categorie di soggetti, come ad esempio il *fullo* e il *sarcinator*. Questo spiega l'utilizzo, che potrebbe apparire *ictu oculi* promiscuo, di terminologia attinente alla sfera dell'una e dell'altra responsabilità da parte di Gaio (cfr. Gai 5 *ad ed. prov.* D. 4.9.5 pr.-1) e, mezzo secolo più tardi, Ulpiano (Ulp. 14 *ad ed.* D. 4.9.1.8; Ulp. 38 *ad ed.* D. 47.5.1.4). In argomento, cfr. GALEOTTI S., '*Mare*', cit., p. 179 nt. 115 e PELLOSO C., *Sulla responsabilità*, cit., pp. 28 ss.

In conclusione, per quanto attiene alla responsabilità dell’armatore nei confronti del *dominus mercium* (entrambi uomini d’affari privati) in età classica matura, può dirsi che il primo fosse tenuto nei riguardi del secondo in base a un criterio di responsabilità oggettiva, risultando tuttavia liberabile nei casi di forza maggiore.

3. Responsabilità dei navicularii e allocazione del *periculum maris*

Parzialmente diverso dal quadro ora brevemente tracciato appare il caso del trasporto di derrate annonarie, pur essendo inquadrato anch’esso, come già accennato, in termini di *locatio conductio mercium vehendarum*, comportante l’assunzione di un’obbligazione di risultato³¹.

Rispetto alla responsabilità, non appare attestato il regime del *receptum*: ne deriva che l’eventuale responsabilità dei *navicularii* per il perimento delle *species annonariae* è ancorata, in base ai criteri dell’*utilitas contrahentium*, al parametro ‘mediano’ della *culpa*³².

In merito all’allocazione del *periculum maris*, si prevedeva inoltre, quale misura incentivante, che esso fosse assunto in capo all’autorità pubblica³³.

Da una serie di costituzioni imperiali dell’età postclassica, attinenti per lo più all’ambito del diritto criminale e miranti a colpire con pene pubbliche quei *navicularii* che avessero tentato di avvalersene in maniera fraudolenta (per ottenere con essa l’esenzione dal servizio lamentando in modo non veritiero di avere subito un naufragio)³⁴, risulta peraltro come tale regola sia stata mantenuta salda, in termini generali, anche nel IV/V sec. d.C.

Sul piano processuale, ne consegue che il *navicularius*, una volta esclusa a monte la sua eventuale responsabilità per *culpa*, sarebbe andato esente altresì da sopportazione del rischio fornendo prova in giudizio, non di avere patito necessariamente una circostanza avversa del tutto esorbitante e invincibile (come

³¹ Cfr. *ex multis* ROUGÉ J., *Recherches*, cit., p. 385; VACCA L., *Considerazioni*, cit., p. 209; FIORI R., *L’allocazione*, cit., pp. 547 s. e, da ultima, GALEOTTI S., ‘Mare’, cit., p. 111, nt. 201.

³² Per un celere riscontro, cfr. DE SALVO L., *op. cit.*, p. 302 nonché GALEOTTI S., ‘Mare’, cit., pp. 136 ss.

³³ Cfr. per tutti GALEOTTI S., *Perdita del carico*, cit., p. 848 nt. 49 ove si evidenzia, peraltro, la peculiarità dell’allocazione del rischio in capo allo Stato benché i trasporti annonari avessero per lo più per oggetto beni fungibili. Non è comunque mancata, in alcune contingenze, la determinazione *ope legis* di ulteriori e diversi criteri, quali quello di addossare la perdita al rispettivo *corpus* del *navicularius* che l’avesse patita (cfr. C.Th. 13.5.32 = C. 11.2.4 e 11.6.6).

³⁴ Cfr. C.Th. 13.9 (*de naufragiis*) e C. 11.6 (stesso titolo).

invece accade nel campo dell'*exceptio labeoniana*³⁵), ma semplicemente di essere andato incontro, indipendentemente dalla propria condotta, a un esito infausto della navigazione. In quest'ultima ipotesi, infatti, oltre a non dover risarcire ai funzionari imperiali la perdita subita, egli avrebbe anche mantenuto il diritto a percepire la mercede pattuita³⁶.

Vi è da chiedersi, tuttavia, se questo principio di assunzione del *periculum maris* in capo all'autorità pubblica avesse carattere monoliticamente inderogabile oppure andasse incontro, almeno in alcune ipotesi, alla possibilità concreta di essere disapplicato.

L'interrogativo è sollecitato, precipuamente, dalla lettura di un passo di Ulpiano:

Ulp. 32 *ad ed.* D. 19.2.15.6: *Item cum quidam nave amissa vecturam, quam pro mutua acceperat, repeteretur*³⁷, *rescriptum est ab Antonino Augusto non immerito procuratorem Caesaris ab eo vecturam repetere, cum munere vehendi functus non sit: quod in omnibus personis similiter observandum est.*

Esso ci tramanda un rescritto di Caracalla che prende posizione in merito alla situazione di un *navicularius* che abbia già ricevuto, al momento della partenza, la *vectura* e che si trovi poi nelle condizioni di non poter adempiere alla propria obbligazione essendo perita la nave su cui viaggiava il carico (*amissa nave*). La *quaestio* rivolta alla cancelleria imperiale è se, in casi come questo, il *navicularius* abbia titolo per trattenere la somma anticipatamente corrispostagli o se egli debba, invece, restituirla al *procurator Caesaris*; la risposta è di segno sfavorevole all'amatore (*rescriptum est ab Antonino Augusto non immerito procuratorem Caesaris ab eo vecturam repetere*).

Sul piano tecnico, il responso pare *ictu oculi* incentrato sulla circostanza per cui il *navicularius* aveva accettato di ricevere anticipatamente la *vectura* '*pro mutua*': sul valore di questa specificazione, tuttavia, non vi è consenso unanime in dottrina.

³⁵ Resta ad ogni modo non chiarito, nel silenzio delle fonti in nostro possesso, se l'armatore, una volta riconosciuto non responsabile del perimento delle merci in base all'*exceptio labeoniana*, conservasse il diritto alla controprestazione o, invece, risultasse comunque tenuto alla sopportazione del rischio in senso tecnico: sul punto, cfr. VACCA L., *op. cit.*, p. 288 nt. 79.

³⁶ Come si desume, mi pare, dalla lettura di DE SALVO L., *op. cit.*, pp. 353 ss., 361 ss. e GALEOTTI S., *Perdita del carico*, cit., p. 848 nt. 49.

³⁷ Sul costruito 'anomalo' (perché la forma verbale non si accorda con l'accusativo) '*vecturam ... repeteretur*' cfr. GALEOTTI S., *Perdita del carico*, cit., p. 845 nt. 40 nonché FIORI R., *L'allocazione*, cit., p. 547 nt. 137.

Larga parte della dottrina tradizionale³⁸, ora ricorrendo anche ad argomenti interpolazionistici³⁹, ha infatti negato ad essa il riconoscimento di un particolare valore, limitandosi ad ascrivere la fattispecie esaminata nel passo all’ipotesi del pagamento anticipato della *vectura* cui fa seguito, ma senza che si renda necessaria alcuna forma di accostamento alla figura giuridica del mutuo, l’assunzione di una obbligazione di risultato in capo al *nauta*, che risulterebbe pertanto assoggettato al rischio in senso tecnico.

Diametralmente opposta, invece, la posizione di quegli autori⁴⁰ i quali ritengono che nel frammento in esame non vi sarebbe in realtà un accostamento, ma addirittura una vera e propria identificazione, tra la *vectura* ‘pro mutua’ e il mutuo: sarebbe pertanto alla luce di quest’ultimo che si spiegherebbe l’obbligo di restituzione della somma ricevuta *ante diem* dal *navicularius*.

Tale impostazione pare tuttavia da respingere. Come opportunamente sottolineato da Fiori⁴¹, “nell’ usuale interpretazione del passo la precisazione appare del tutto inutile: se la *vectura* deve essere restituita perché non c’è stato trasporto (ossia consegna delle merci), a che serve aggiungere che la somma era stata presa dal *nauta* a titolo di mutuo?”. Non solo, come già evidenziato pure da Quadrato⁴², “quando si riceve un mutuo, non si parla di *accipere pro mutuo*, ma di *mutuum accipere*”.

Rispetto alla prima, essa trova appiglio anche in un argomento di carattere testuale, tratto da un raffronto con i Basilici: appare significativo osservare, infatti, come i commentatori bizantini traducano sempre con *προχρεία* l’espressione

³⁸ Per limitarsi ad alcuni autori, cfr. MAYER-MALY T., ‘*Locatio conductio*’. Eine Untersuchung zum klassischen römischen Recht, München-Wien, Verl. Araldo, 1956, p. 146; KASER M., ‘*Periculum locatoris*’, in ZRG RA, LXXXVII, 1957, p. 193; ALZON C., *Les risques dans la ‘locatio-conductio’*, in Labeo, XII, 1966, p. 334 nt.77; WUBBE F.B.J., *Labeo zum Gefahrtragung im Bauvertrag*, in *L’homme dans son environnement - Mensch und Umwelt*, Fribourg, Editions universitaires, 1980, p. 144 nt. 60; VACCA L., *op. cit.*, p. 536.

³⁹ Cfr. HAYMANN F., *Textkritische Studien zum römischen Obligationenrecht*, II. ‘*Periculum est emptoris*’, in ZRG RA, XLI, 1920, p. 157, nt. 51.

⁴⁰ Cfr. RÖHLE R., *Das Problem der Gefahrtragung im Bereich des römischen Dienst- und Werkvertrages*, in SDHI, 1968, p. 218 nt. 132, nonché HÖBENREICH E., ‘*Annona*’. Juristische Aspekte der stadtrömischen Lebensmittelversorgung im Prinzipat, Graz, Leykam, 1997, p. 85 nt. 138.

⁴¹ Cfr. FIORI R., *L’allocazione*, cit., pp. 548 e ntt. 145, 146; Id., *The Allocation of Risk in Carriage-by-Sea Contracts in Roman Law and Maritime Commerce*, cit., p. 195 nt. 40.

⁴² Cfr. QUADRATO E., ‘*Promutuum*’, in SDHI, LXXIII, 2007, p. 81 nt. 147.

(*vectura*) ‘*pro mutua*’ ricorrente nel brano⁴³, e attestata, con varianti⁴⁴, anche in altri luoghi del Digesto. Tale terminologia, mutuata dal ricco campionario di prassi commerciali riportato nei papiri greco-egizi, denota la dazione anticipata, senza interessi, della somma dovuta, soprattutto in relazione a prestazioni lavorative⁴⁵ e senza necessariamente sottendere, di per sé, un riferimento al mutuo.

Ora, a prescindere dal carattere non incontrovertito della constatazione da ultimo riportata⁴⁶, se l’unica possibilità di interpretazione del passo fosse in chiave di mero pagamento anticipato con allocazione del *periculum*-rischio in capo al *nauta*, alla stregua di quanto generalmente si sostiene rispetto ad altri frammenti in materia di locazione ‘marittima’, ricondotti entro schemi che dovevano già apparire consolidati al tempo in Ulpiano scrive, non si comprenderebbe la necessità per le parti della lite sottesa al caso di specie di richiedere un rescritto alla cancelleria imperiale, né del giureconsulto severiano di rapportarsi ad esso.

Viene da chiedersi, allora, se all’espressione (*vectura*) ‘*pro mutua*’ (e simili) non possa essere attribuito un particolare valore tecnico-giuridico. In questo senso, va segnalata la posizione espressa da quella recente dottrina⁴⁷ che propende,

⁴³ Cfr. Bas. 53.1.59 (Scheltema, A VII, 2439-2440); nonché sch. 5 ad Bas. 20.1.15 (Scheltema, B III, 1182): ὁ προχρήσας.

⁴⁴ Ci si riferisce qui, oltre che alla forma ‘*pro mutuo*’, al sostantivo ‘*promutuum*’ nonché alla resa aggettivale ‘*promutuus*’, presenti in verità anche in fonti estranee alla Compilazione giustinianea. Per la prima ipotesi, cfr. Scaev. 16 *dig.* D. 32.34.3, Cic. *fam.* 5.1.1, 5.2.1 e 5.2.3; per le seconde, cfr. Scaev. 24 *dig.* D. 40.7.40.5 (sul punto, cfr. sch. 4 ad Bas. 48.5.41 [Scheltema, B VII, 2914]), Caes. *civ.* 3.31-32.

⁴⁵ Cfr. JÖRDENS A., *Vertragliche Regelungen von Arbeiten im Späten Griechischsprachigen Ägypten*, Heidelberg, C. Winter 1990, pp. 271 ss.

⁴⁶ Cfr. THÜR G., *Fictitious loans and novatio: IG VII 3172, UPZ II 190, and C.Pap.Jud. I 24 reconsidered*, in *Proceedings of the Twenty Fifth International Congress of Papyrology (Ann Arbor 2007)*, Ann Arbor, 2010, pp. 757 ss. Questi, che nella parte dell’indagine riguardante il diritto romano fa espressa menzione di D. 32.34.3 e D. 19.2.15.6, riporta come, nell’ambito delle prassi ellenistiche, “quando in un contratto si voleva effettuare un pagamento o una consegna anticipati, si consegnava al creditore un documento che faceva riferimento a un prestito fittizio; quando poi la prestazione futura per la quale era stato pagato l’anticipo o consegnata la cosa veniva eseguita, il documento veniva restituito al debitore. Prima della prestazione del debitore, il creditore era garantito dal documento che attestava il suo credito come mutuo. Dopo la prestazione, il pagamento o la consegna anticipati dal creditore assumevano le vesti della controprestazione” (cfr. FIORI R., *L’allocazione*, cit., pp. 550 s. e nt. 159).

⁴⁷ Cfr. QUADRATO E., *op. cit.*, pp. 70 ss.; JAKAB É., ‘*Vectura pro mutua*’: *Überlegungen zu TP 13 und Ulp. D. 19,2,15,6*, in *ZSS*, CXVII, 2000, pp. 259 ss.; FIORI R., *L’allocazione*, cit., pp. 546 ss. nonché, in senso adesivo a questo, GALEOTTI S., *Perdita del carico*, cit., pp. 845 ss.

non già per l’assimilazione, ma per l’accostamento della fattispecie incentrata sulla dazione della *vectura* ‘*pro mutua*’ a un mutuo, da intendersi come sintomatico di un assetto di interessi affatto peculiare, connotato da un certo grado di ‘provvisorietà’ al momento (genetico) della conclusione del negozio e destinato, per contro, ad acquisire una fisionomia stabile in relazione a quello (funzionale) dell’esecuzione, o dell’acclarata impossibilità di esecuzione, della prestazione contrattuale.

In altri termini: ove l’operazione non avesse esito positivo, la somma anticipata verrebbe intesa come una dazione a mutuo (e il *navicularius* sarebbe tenuto a restituirla); nel caso inverso, sarebbe definitivamente da lui acquisita a titolo di mercede⁴⁸.

Ad ogni modo, sulla *ratio* di un tale sovvertimento della tendenziale esenzione dei *navicularii* dalla sopportazione del *periculum maris*, comunque realizzato sul piano tecnico-giuridico, è possibile avanzare alcune congetture.

Un’interessante chiave di lettura, anzitutto, può trarsi dalla collocazione palinogenetica del frammento, che segue, nell’opera di Ulpiano da cui è tratto, vari altri passi in cui il giurista severiano affronta il tema della *remissio mercedis* nella locazione⁴⁹.

Si veda, ad esempio:

Ulp. 32 *ad ed.* D. 19.2.15.2: *Si vis tempestatis calamitosae contigerit, an locator conductori aliquid praestare debeat, videamus. Servius omnem vim, cui resisti non potest, dominum colono praestare debere ait, ut puta fluminum graculorum sturnorum et si quid simile acciderit, aut si incursus hostium fiat: si qua tamen vitia ex ipsa re oriantur, haec damno coloni esse, veluti si vinum coacuerit, si raucis aut herbis segetes corruptae sint. Sed et si labes facta sit omnemque fructum tulerit, damnum coloni non esse, ne supra damnum seminis amissi mercedes agri praestare cogatur. Sed et si uredo fructum oleae corruperit aut solis fervore non adsueto id acciderit, damnum domini*

⁴⁸ Questa interpretazione del frammento in esame, prospettata da GALEOTTI S., *Perdita del carico*, cit., pp. 849 e ss. e FIORI R., *L’allocazione*, cit., pp. 546 ss. è sostanzialmente condivisa anche da CANDY P., *Credit for Carriage: TPSulp. 78 and P. Oxy. XLV 3250*, in *op. cit.*, pp. 175 ss.

⁴⁹ Il dato è valorizzato sia da GALEOTTI S., *Perdita del carico*, cit., pp. 847 s. sia da FIORI R., *L’allocazione*, cit., p. 554 e nt. 165 (quest’ultimo, in particolare, si esprime contro l’idea che il passo in questione non riguardasse in realtà problematiche di rimessione della mercede – e risulterebbe pertanto spurio quantomeno in relazione alla sua collocazione palinogenetica – sostenuta da MAYER-MALY T., *op. cit.*, p. 146 e LONGO G., *Sulla disciplina giustiniana della ‘locatio-conductio’*, in *Studi B. Biondi*, II, Milano, Giuffrè, 1965, p. 295).

futurum: si vero nihil extra consuetudinem acciderit, damnum coloni esse. Idemque dicendum, si exercitus praeteriens per lasciviam aliquid abstulit. Sed et si ager terrae motu ita corruerit, ut nusquam sit, damno domini esse: oportere enim agrum praestari conductori, ut frui possit.

Esso ripercorre il ragionamento, cui anche il giurista di Tiro presta la propria adesione, formulato da Servio in tema di allocazione del *periculum* nelle locazioni agrarie: si tratta di determinare se, a fronte di un evento irresistibile impeditivo della possibilità per il colono di trarre dal fondo l'utilità riconnessa al *frui*, quest'ultimo sia legittimato ad agire *ex conducto* avverso il *locator* per ottenere la restituzione, almeno parziale⁵⁰, della mercede già corrisposta. Al riguardo, Servio distingue a seconda della tipologia di evento e, dunque, di rischio⁵¹: se trattasi di accadimento di eccezionale portata catastrofica, il conduttore sarà liberato; *si nihil extra consuetudinem acciderit*, se cioè il danno rientri nella normale *alea* intrinseca all'attività ordinaria svolta sul fondo, invece, egli sarà tenuto in via definitiva al pagamento (sarebbe, infatti, parso iniquo che il locatore se ne privasse a causa di un evento sì esorbitante dalla sfera di controllo del conduttore, ma rientrante pur sempre nella misura dell'*id quod plerumque accidit*)⁵².

Facendo dunque applicazione dei medesimi principi anche nel diverso contesto cui afferisce la fattispecie trattata in D. 19.2.15.6, Ulpiano si focalizza sulla situazione di svantaggio in cui si sarebbe venuto a trovare il *procurator Caesaris* a fronte del pagamento anticipato del nolo per un servizio mai ricevuto: parrebbe analogamente iniquo che quest'ultimo, oltre a subire il danno connesso al disservizio, fosse anche tenuto egualmente al pagamento del nolo, perdendo così pure

⁵⁰ Il tema della riduzione proporzionale della mercede dovuta dal colono in ipotesi di una diminuzione dell'*uti frui* a scapito di quest'ultimo è affrontata anche in altri luoghi dell'opera serviana, ripresi da Alfeno: Alf. 2 *dig.* D. 19. 2. 27 pr.-1. e Alf. 3 *dig. a Paulo epit.* D. 19. 2. 30.

⁵¹ In merito alla tecnica utilizzata da Servio nella redazione dei propri *responsa*, mi permetto di rinviare soprattutto a BREONE, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*², Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1984, pp. 94 ss. (ma cfr. pure DAUBE D., *Slightly different*, in *Iura*, XII, 1961, *passim*).

⁵² Cfr. soprattutto KASER M., *op. cit.*, pp. 164 ss.; CAPOGROSSI COLOGNESI L., *'Remissio mercedis'. Una storia tra logiche di sistema e autorità della norma*, Napoli, Jovene, 2005, pp. 19 ss., 37 ss., 71 ss.; CARDILLI R., *L'obbligazione di 'praestare' e la responsabilità contrattuale in diritto romano: (II sec. a.C.-II sec. d.C.)*, Milano, Giuffrè, 1995, 243 ss.; VACCA L., *Sul 'rischio del locatore' nella 'locatio conductio rei'*, in *Garanzia e responsabilità. Concetti romani e dogmatiche attuali*, a cura di Cortese B., Torino, Cedam, 2017, pp. 158 ss.; FIORI R., *La definizione della 'locatio conductio'.* *Giurisprudenza romana e tradizione romanistica*, Napoli, Jovene, 1999, pp. 85 ss., 91 ss.

la somma già corrisposta al *navicularius*⁵³. In questo senso, la posizione del funzionario sarebbe vagamente accostabile a quella del colono il quale, corrisposto in anticipo il pagamento, si trovasse nell'impossibilità concreta di godere del fondo a causa di un rischio di natura eccezionale⁵⁴. O ancora, a quella del locatore agricolo, se a questi non fosse accordato il diritto di trattenere egualmente la mercede a fronte di un'inutilizzabilità del fondo dovuta a un evento imponderabile ma ricompreso entro la sfera di sopportazione del rischio ordinaria per il conduttore (non essendo specificato, in Ulp. 32 *ad ed.* D. 19.2.15.6, se le circostanze che hanno portato alla perdita della nave impiegata dal *navicularius* rientrassero nella normale *alea* associato alla navigazione o fossero da attribuirsi a un evento di natura e portata soverchiante; il problema resta anzi, in una certa misura, aperto⁵⁵).

La presa di posizione cristallizzata nel *rescriptum* considerato da Ulpiano, inoltre, va assai probabilmente rapportata anche con gli indirizzi generali della politica annonaria dell'epoca: realizzatosi sotto Caracalla⁵⁶ un ampliamento della

⁵³ L'incameramento anticipato della mercede da parte del *locator operis* poteva in effetti tradursi in una situazione concreta di vantaggio (cfr. anche *infra*), suscettibile di alterare l'equipollenza formale tra le reciproche obbligazioni delle parti consacrata nel 'tipo' negoziale oneroso della *locatio conductio* (sul punto, cfr. specialmente le riflessioni di PELLOSO C., *Sulla responsabilità*, cit., pp. 36 ss.). Muovendo da tale constatazione, e in un'ottica volta a ristabilire l'equilibrio sinallagmatico, la posizione del *locator* stesso sarebbe stata valutata rigorosamente, in chiave ora di responsabilità (come nel caso del *fullo* e del *sarcinator*, tenuti *ex custodia* per la mancata restituzione della cosa affidata alle loro cure e da questi detenuta: cfr. PELLOSO C., *Sulla responsabilità*, cit., pp. 42 ss.; ID., *'Custodia'*, cit., pp. 272 ss.) ora, come nel caso qui in esame, di allocazione del rischio tecnicamente inteso. Ad ogni modo, gli effetti della corresponsione anticipata del nolo sull'allocazione del rischio non erano presumibilmente di univoca interpretazione, ma sempre da porre in relazione all'*id quod actum est*; così, se la mercede corrisposta all'imbarco fosse stata calcolata sulla base dei beni *impositi* sulla nave, l'obbligazione del *nauta* sarebbe stata intesa come di mezzi (con esenzione dalla sopportazione del *periculum* tecnico) secondo FIORI R., *L'allocazione*, cit., *passim* e soprattutto p. 548.

⁵⁴ Sul punto, cfr. GALEOTTI S., *Perdita del carico*, cit., pp. 839 ss.

⁵⁵ Cfr. GALEOTTI S., *Perdita del carico*, cit., p. 839 nt. 47 (e letteratura ivi citata, soprattutto SIRKS A.J.B., *op. cit.*, p. 33).

⁵⁶ In merito alle 'proporzioni' del fenomeno annonario, sotto il profilo (anche) dei suoi beneficiari, e all'impatto di esso nell'economia globale del Mediterraneo romano cfr. il recente studio di VERA D., *op. cit.*, *passim* (con letteratura ivi citata). Che, in generale, la politica annonaria dell'età dei Severi abbia registrato notevoli innovazioni è anche testimoniato, pur con specifico riferimento all'ambito dei rifornimenti oleari, da evidenze di carattere archeologico. Si allude qui al caso dei cd. *tituli picti*, iscrizioni presenti sul materiale anforario con lo scopo di specificare informazioni di vario genere relative al contenuto, e delle significative variazioni che i reperti registrano nella loro intestazione a cavaliere tra il principato di Settimio e quello di Alessandro Severo (sul

platea dei beneficiari delle *frumentationes* e delle altre forme di erogazioni pubbliche, con conseguente inevitabile accrescimento delle difficoltà di reperimento e gestione delle risorse a ciò destinate, l'allocazione del rischio in capo agli armatori privati (sotto forma di possibilità di trattenere quantomeno a titolo definitivo la mercede, nel caso di mancato servizio) dovette risultare funzionale (anche) a far fronte a queste mutate esigenze. Al tempo stesso, la possibilità di ricevere un pagamento anticipato del nolo risultava senza dubbio vantaggiosa per gli stessi *navicularii*, dal momento che avrebbe consentito loro di ricevere prima della partenza quanto necessario per allestire la nave, reclutare il personale di bordo e acquistare merci da vendere in proprio durante il viaggio⁵⁷.

4. Alcune annotazioni quasi conclusive

In conclusione, se la regola dell'assunzione del *periculum maris* in capo al contraente pubblico nel settore di trasporti anonari rimane salda come regola generale lungo l'intero arco temporale interessato dalla vicenda dei *corpora naviculariorum*, è altresì certo che ad essa poteva essere fatta deroga, a partire almeno dall'età di Caracalla, nel caso in cui il pagamento della mercede fosse effettuato a monte dell'operazione e risultasse, altresì, convenuta tra le parti *'pro mutua'*⁵⁸.

Rimane invece da chiarire, allo stadio attuale delle ricerche, il problema dell'eventuale addossamento ai *navicularii*, per il tramite di questo 'meccanismo' negoziale, anche di quelle circostanze eccezionali, accostabili al concetto di *vis maior*, per le quali, nel campo della responsabilità *ex recepto* tra privati, sarebbe stata verosimilmente concessa al *nauta* l'*exceptio labeoniana*⁵⁹.

SIMONE TENTORI

Dottorando di ricerca in Diritto romano nell'Università di Verona

tema, cfr. da ultimo BROEKAERT W., *Roman Economic Policies during the Third Century A.D.: the Evidence of 'Tituli Picti' on Oil Amphorae*, in *Ancient Society*, XXXVIII, 2020, *passim*; GÓMEZ Á.-CASAL I., *Aspectos jurídicos de la actividad comercial en Roma y los 'tituli picti'*, in *REHJ*, XXXII, *passim*, ma soprattutto pp. 8 ss.).

⁵⁷ Così GALEOTTI S., *Perdita del carico*, cit., p. 848. Sarebbe tuttavia da comprovare se il suo ammontare fosse considerevole, tale cioè da risultare comunque appetibile nonostante la sopportazione del *periculum*.

⁵⁸ Quale che si il valore che si intende attribuire a questa espressione.

⁵⁹ Ove si ammettesse l'inoperatività di una qualche forma di esimente per queste fattispecie, ciò, è de credere, deve aver costituito un tassello non irrilevante nella caratterizzazione in termini di 'odiosità' della *functio* in età postclassica (cfr. GALEOTTI S., *Perdita del carico*, cit., p. 847 nt. 47).

Apprendistato sportivo: chi è responsabile per l'erogazione della formazione all'atleta?

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La – nobile - *ratio* dell'art. 30 d.lgs. 36/2021. – 3. L'apprendistato professionalizzante nel rapporto di lavoro sportivo. – 4. L'apprendistato nel calcio di Serie A: il tutor e il piano formativo. – 5. L'aspetto patologico e il caso dell'apprendista “ceduto in prestito”. – 6. Conclusioni

1. *Introduzione*

Mediante la promulgazione del d.lgs. 28 febbraio 2021, n. 36 (*breviter* “d.lgs. 36/2021”)¹ il legislatore ha *inter alia* introdotto² - *rectius*, regolamentato³ - nell'alveo del lavoro sportivo⁴, il contratto di apprendistato, tale da intendersi la

¹ In G.U. n. 67 del 18/03/2021. Il d.lgs. 36/2021, di attuazione dell'art. 5 l. 8 agosto 2019, n. 48, si inserisce in un contesto più ampio di riforma dello sport. Parallelamente al testo legislativo *de qua* sono infatti stati promulgati: d.lgs. 37/2021 (procuratori sportivi), d.lgs. 38/2021 (impiantistica sportiva); d.lgs. 39/2021 (disposizioni sulla semplificazione); d.lgs. 40/2021 (sport invernali). Sul punto *ex multis* PITTALIS M., *L'attuazione della legge delega 8 agosto 2019, n. 86 in tema di ordinamento sportivo, professioni sportive e semplificazione*, in *Corr. Giur.*, 2021, VI, pp. 737 ss.

² Viene definito <Uno degli aspetti qualificanti della Riforma> in DE MARTINO C., *La specialità del lavoratore sportivo. Nozioni, tipi contrattuali, disciplina e tutele*, Cacucci Editore, Bari, 2024, p. 173.

³ In tal senso, si sottolinea che un'autrice ha correttamente rilevato come la preminente disciplina non vietasse espressamente la stipula di contratti di apprendistato, nonostante questi fossero in concreto non utilizzabili a causa della non conformità, nel professionismo, ai contratti tipo predisposti dalle Federazioni, dalle organizzazioni sindacali e dalle Leghe di riferimento. Cfr. SPADAFORA M.T., *Nodi irrisolti della disciplina del lavoro sportivo*, in *Mass. giur. lav.*, 2016, IV, p. 206.

⁴ Sulla riforma del lavoro sportivo di cui al d.lgs. 36/2021 in generale, si veda il *Fascicolo* curato da NUNIN R. in *Var. temi dir. lav.*, 2024, II, con scritti di VETTOR T., ZUBIN A., TULISSI C., FAVELLA R., DE MARTINO C., BIASI M., e BARBA RAMOS F.J., oltre a AA.VV., *Lineamenti di diritto sportivo*, Giappichelli, 2024; MEZZACAPO

fattispecie in cui, rispetto al sinallagma previsto dall'art. 2094 c.c. "scambio di lavoro mediante retribuzione", il datore si fa carico dell'ulteriore obbligo di provvedere alla formazione del lavoratore, nell'ottica della creazione del c.d. "sistema duale"⁵.

La norma di riferimento in tal senso è l'art. 30 d.lgs. 36/2021, titulata "*Formazione dei giovani atleti*", la quale ad ormai più di quattro anni dalla pedissequa promulgazione è già stata oggetto di numerose modifiche, anche a valle del serrato confronto tra le parti interessate.

Nel presente elaborato verrà dapprima posta sotto la lente d'ingrandimento la *ratio* che sottostà all'intervento legislativo; ampio spazio sarà poi dedicato alla ricostruzione della disciplina dell'apprendistato professionalizzante in ambito sportivo, mettendone in evidenza gli elementi che lo caratterizzano⁶ rispetto alla fattispecie così come regolata nei rapporti di lavoro di diritto comune⁷; si passeranno dunque in rassegna le modalità attraverso le quali la contrattazione

D., *Qualificazione del lavoro sportivo e certificazione dei contratti*, in *Lav. Prev. Oggi*, 2025, V-VI, pp. 271-285; LAMBERTUCCI P., *Il lavoro sportivo subordinato tra disciplina speciale e normativa generale di tutela: prime considerazioni sulla riforma del 2021*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2024, I, pp. 1 ss.; ZOLI C., *La riforma dei rapporti di lavoro sportivo tra continuità e discontinuità*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2022, I, pp. 41 ss.; GRAGNOLI E., *I profili di specialità del rapporto di lavoro degli sportivi professionisti*, in *Rass. Dir. Econ. Sport*, 2021, II, pp. 263 ss. L'impatto del d.lgs. 36/2021 è invece approfondito, tra i più recenti, in PERRUCCA D., *La riforma dello sport: l'impatto sulle persone fisiche*, in *Giur. It.*, 2024, VI, pp. 1468-1473, MONACO M.P., *Il lavoratore sportivo: definizione e tipologie contrattuali alla luce della riforma*, in *Giorn. dir. amm.*, 2024, I, pp. 45-53, VETTOR T., *La figura generale di lavoro dopo la Riforma dello sport*, in *Lav. prev. oggi*, 2024, IX-X, pp. 656-663, ID, *Le parti del contratto di lavoro sportivo nel D.lgs. n. 36/2021*, in *Lav. Prev. Oggi*, 2025, V-VI, pp. 286-291 e ID, *La nuova riforma del lavoro sportivo: prime analisi alle disposizioni integrative e correttive al d.lgs. n. 36/2021*, in *Mass. giur. lav.*, 2023, I, pp. 129-148.

⁵ Così BALANDI G.G., *La legge sull'occupazione giovanile*, Franco Angeli, Milano, 1978, p. 50 e più di recente TOMASELLO G., *Ancora sul contratto di apprendistato: incentivi, nuove criticità e prospettive future*, in *Lav. Giur.*, 2016, XI, p. 973. In giurisprudenza, la causa mista del contratto di apprendistato è stata *ex multis* riconosciuta anche in C. St. sez. V, 24.11.2021, n. 7865, in *Foro Amm.*, 2021, XI, p. 1724; C. St. sez. VI, 12.05.2020, n. 2984.

⁶ La dottrina ha sottolineato come la disciplina dell'apprendistato nei rapporti di lavoro di diritto comune sia stata mutata e adattata alle necessità, oltre che alla specificità, del lavoro sportivo. In questi termini PERRUCCA D., *La riforma dello sport: l'impatto sulle persone fisiche*, cit., p. 1471.

⁷ Sulle recenti novità in materia di apprendistato nell'ambito dei rapporti di lavoro di diritto comune si veda MAZZANTI C., *Le misure in materia di politica formativa nell'apprendistato*, in *Lav. Giur.*, 2025, III, pp. 235 ss.

collettiva, segnatamente quella relativa alla Serie A del calcio maschile, ha attuato l'istituto, focalizzando l'analisi da un lato sulla figura del c.d. tutor, ovvero il soggetto responsabile per la formazione del giovane atleta, e dall'altro sul contenuto del piano di formazione stesso ed interrogandosi sull'aspetto patologico, anche mediante l'analisi di casi che – al momento – sono solamente di scuola.

Occorre premettere inoltre che la tematica *de qua* è *sine dubio* caratterizzata da spiccati profili di complessità tanto normativa in senso stretto quanto applicativa, ciò in virtù degli spiccati profili di autonomia⁸ e specialità che hanno da sempre caratterizzato in generale il diritto sportivo e in particolare i rapporti di lavoro in seno allo stesso.

2. *La – nobile - ratio dell'art. 30 d.lgs. 36/2021*

L'incipit dell'art. 30 d.lgs. 36/2021, a mente del quale “*Nell'ottica della valorizzazione della formazione dei giovani atleti, per garantire loro una crescita non solo sportiva, ma anche culturale ed educativa, nonché una preparazione professionale che favorisca l'accesso all'attività lavorativa anche alla fine della carriera sportiva [...]*”, esplicita in maniera cristallina il fine che ha inteso perseguire il legislatore domestico mediante l'introduzione dell'apprendistato nell'alveo del lavoro subordinato sportivo.

Il primo obiettivo, tale da intendersi l'incentivazione per l'atleta ad acquisire durante il suo percorso formativo sia le capacità sportive sia quelle culturali ed educative, deve necessariamente essere letto alla luce di una situazione in cui il livello di istruzione medio degli sportivi professionisti è tutt'altro che confortante⁹. Le cause che concorrono a determinare una situazione in cui mediamente – e in proiezione - poco più di un calciatore su dieci riesce a concludere il proprio percorso accademico sono agilmente intuibili: accanto all'innegabile ingente impegno fisico e mentale, oltre che di tempo, richiesto dalla pratica dell'attività, vi è senza dubbio la scarsa attitudine in gran parte degli sportivi che svolgono professionalmente la propria disciplina – probabilmente ammalati da più o meno

⁸ L'autonomia dell'ordinamento sportivo è stata per la prima volta affermata da autorevole dottrina negli anni Trenta. In tal senso cfr. CESARINI SFORZA W., *La teoria degli ordinamenti giuridici e il diritto sportivo*, in *Foro it.*, 1933, I, pp. 1381-1407.

⁹ L'Associazione Italiana Calciatori, nell'ambito della ricerca *Atleta studente* consultabile online al link <https://www.assocalciatori.it/news/ricerca-aic-su-%E2%80%9Catleta-studente%E2%80%9D> (18 maggio 2025), ha fotografato una situazione nella quale solamente l'11,4% dei calciatori risultava iscritto ad un corso di laurea (2% in Serie A, 3,2% in Serie B, 6,2% in Serie C), mentre il 4,8% aveva già conseguito il titolo (0,8% in Serie A, 1,8% in Serie B, 2,2% in Serie C)

ingenti guadagni – a programmare puntigliosamente percorsi di formazione che facilitino il *post career*.

Il reinserimento nel mondo del lavoro al termine dell'attività agonistica è invece il secondo obiettivo esplicitato dall'art. 30 d.lgs. 36/2021.

A ben vedere scarsa scolarizzazione e complessità a trovare un'occupazione stabile sono, per molti aspetti, due facce della stessa medaglia. Uno spunto di riflessione in tal senso viene offerto tanto dal mondo del calcio, settore in cui tuttavia si stanno comunque cercando di mettere in atto delle *practices* mirate ad agevolare il connubio sport-studio, quanto da altre discipline sportive, non solo domestiche¹⁰, che fotografano una situazione drammatica e meritevole di essere attenzionata perfino dall'Unione Europea¹¹ la quale, a valle della riunione svoltasi a Poznan il 28 settembre 2012, ha approvato le *Linee Guida Europee sulla doppia carriera degli atleti*, invero richiamate anche dall'art. 30 comma 6 d.lgs. 36/2021. Trattasi di un documento che, seppur privo di efficacia vincolante per gli Stati membri, riassume alcune delle misure potenzialmente idonee a favorire sia lo svolgimento di una carriera parallela a quella sportiva, sia il reinserimento nel mondo del lavoro al termine dell'attività agonistica.

Si consideri inoltre l'introduzione dell'apprendistato sportivo ha di riflesso offerto ai sodalizi uno strumento utile per cercare di assicurarsi le prestazioni degli atleti per più stagioni sportive, il tutto in un contesto - quello del d.lgs. 36/2021¹² - caratterizzato dall'abolizione integrale del vincolo sportivo¹³.

¹⁰ In FRISONE M., *Stipendi milionari, anche all'atleta professionista serve pianificare il post-carriera*, IlSole24Ore.com, 05/04/2019, vengono riportati i dati raccolti dalla rivista *Sports Illustrated* nel 2009, secondo la quale il 60% dei giocatori della National Basketball Association (NBA) e il 78% degli atleti della National Football League (NFL) si trovano ad affrontare difficoltà di tipo finanziario entro cinque anni dal termine della carriera agonistica.

¹¹ In generale sulle relazioni tra sport e Unione Europea: CARAVITTA DI TORITTO A., *Sport e diritto dell'Unione Europea*, in AA.VV., *Lineamenti di diritto sportivo*, cit., pp. 19-32.

¹² L'art. 31 comma 1 d.lgs. 36/2021, oggetto di plurime modifiche a partire dalla sua entrata in vigore, sancisce che “*Le limitazioni alla libertà contrattuale dell'atleta, individuate come vincolo sportivo, sono eliminate entro il 1° luglio 2023. Il predetto termine è prorogato al 1° luglio 2024 per i tesseramenti che costituiscono rinnovi, senza soluzione di continuità, di precedenti tesseramenti. Decorsi i termini di cui al primo e al secondo periodo del presente comma, il vincolo si intende abolito*”.

¹³ La dottrina ha speso, spesso utilizzando un tono fortemente critico, fiumi di inchiostro sul vincolo sportivo, il quale, prima della promulgazione del d.lgs. 36/2021, è stato oggetto di numerosi interventi legislativi, a partire dalla l. 91/81. MAZZOTTA O., *Il lavoro sportivo*, in LENER A.- MAZZOTTA O. -VOLPE PUTZOLU G.-GAGLIARDI M., *Una legge per lo sport?*, in *Foro it.*, 1981, XI, p. 306), sino alle modifiche imposte dalla celebre

La ratio di cui supra si può rinvenire anche nella recente introduzione del *Fondo sport a studenti universitari* per la concessione di borse di studio per alti meriti sportivi, uno strumento che dovrà essere necessariamente sviluppato e implementato ma potrà produrre benefici significativi nel medio-lungo termine¹⁴

3. *L'apprendistato professionalizzante nel rapporto di lavoro sportivo*

Come accennato in sede di *Introduzione*, la disciplina posta dal legislatore in materia di apprendistato sportivo presenta delle peculiarità rispetto a quella dei rapporti di lavoro di diritto comune ai sensi del c.d. Jobs Act, d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81 (“d.lgs. 81/2015”)¹⁵, nonostante in entrambi i casi parte datoriale, oltre a versare la retribuzione, debba anche provvedere alla formazione del lavoratore¹⁶. Si proceda tuttavia con ordine.

Originariamente l'art. 30 d.lgs. 36/2021 prevedeva la possibilità, tanto in ambito dilettantistico quanto professionistico, di sottoscrivere solamente con gli atleti¹⁷ contratti di apprendistato *i)* per la qualifica e il diploma professionale, per il diploma di istruzione secondaria superiore e per il certificato di specializzazione tecnica superiore (art. 43 d.lgs. 81/2015, c.d. “apprendistato di primo tipo”)

sentenza *Bosman*, emessa della Corte di Giustizia. Sul punto: BASTIANON S., *Bosman, il calcio e il diritto comunitario*, in *Foro it.*, 1996, I, pp. 3-13; VIDIRI G., *Il «Caso Bosman» e la circolazione dei calciatori professionisti nell'ambito della Comunità europea*, in *Foro it.*, 1996, I, pp. 13-17.

¹⁴ Art. 13 d.l. 30 giugno 2025, n. 96 (d.l. 96/2025).

¹⁵ Sul contratto di apprendistato così come regolato dal d.lgs. 81/2015 v.: LUCIANI V., *La riforma dell'apprendistato: rapporto con il contratto a tutele crescenti e “riordino delle fonti di regolazione*, in *Dir. rel. ind.*, 2016, III, pp. 739 ss.; GAROFALO D., *Riforma del lavoro e apprendistato: un intervento inevitabile*, in *Lav. giur.*, 2015, XII, pp. 1157 ss.

¹⁶ In DI MATTINA C., *La Riforma del lavoro sportivo aggiornata al “Decreto correttivo-bis” (d.lgs. n. 120/2003)*, 2023, Giuffrè Francis Lefebvre, p. 151 si riconoscono come elementi che caratterizzano il contratto di apprendistato in ambito sportivo: la tipologia dei rapporti di apprendistato instaurabili che tuttavia, considerando l'introduzione dell'apprendistato professionalizzante avvenuta con il comma 7-bis all'art. 30 d.lgs. 36/2021 ha perso di rilevanza; la durata del contratto e la disciplina prevista alla cessazione del periodo di apprendistato. Sull'apprendistato sportivo in generale si veda anche GIAMPÀ G.-DE GIULI F., *La disciplina dei contratti*, in AA.VV., *Lineamenti di diritto sportivo*, cit., pp. 173-174 e ZOLI C., *Il contratto di apprendistato sportivo*, in *Ass. & Sport*, 2024, III, pp. 1-6.

¹⁷ La dottrina non ha comunque escluso che tutte le altre figure di lavoratore sportivo di cui al d.lgs. 36/2021 possano sottoscrivere contratti di apprendistato nei termini delineati dal d.lgs. 81/2015. Così DE MARTINO C., *La specialità del lavoratore sportivo*, cit., p. 175.

e ii) di alta formazione e ricerca (art. 45 d.lgs. 81/2015, c.d. “apprendistato di terzo tipo”).

Tuttavia, con il d.lgs. 5 ottobre 2022, n. 163 è stato introdotto in calce all'art. 30 d.lgs. 36/2021 il comma 7-bis, il quale prevede che le sole società sportive professionistiche¹⁸ possono sottoscrivere anche contratti di apprendistato professionalizzante, fattispecie che sconta una disciplina quasi integralmente derogatoria rispetto a quella prevista nell'ambito dei rapporti di lavoro di diritto comune dall'art. 44 comma 1 d.lgs. 81/2015. Si analizzeranno dunque di seguito i tratti caratterizzanti detto tipo contrattuale, unico sin qui ad aver trovato concreta applicazione stante l'inerzia tanto del legislatore quanto della contrattazione collettiva nella dettatura delle norme attuative dell'apprendistato di primo e terzo tipo¹⁹.

In *primis* e dal punto di vista soggettivo, è possibile assumere con contratti di apprendistato professionalizzante non solamente gli atleti²⁰, così come accade invece per il primo e il terzo tipo, bensì i lavoratori sportivi *tout court* intesi, dunque tutte le figure rientranti nell'elenco pubblicato nel 2024 dal Dipartimento per lo Sport ai sensi dell'art. 25 comma 1, 1-ter d.lgs. 36/2021, che si affiancano a quelle già previste, senza alcuna distinzione di genere²¹, dall'art. 25 comma 1 d.lgs. 36/2021 (atleta, allenatore, istruttore, direttore tecnico, direttore sportivo, preparatore atletico e direttore di gara)²².

¹⁸ Giova ricordare che solamente quattro federazioni hanno optato per l'inserimento del settore professionistico al loro interno: calcio (FIGC), basket (FIP), ciclismo (FCI) e golf (FGI).

¹⁹ In tal senso, è lo stesso art. 30 commi 4, 6 e 7 a prevedere che debbano essere emanati dei DPCM attuativi che vadano a regolamentare *ex multis* anche la formazione e le relative modalità di erogazione, passaggio fondamentale al fine di addivenire ad una concreta applicazione dell'istituto. Cfr DE MARTINO C., *La specialità del lavoratore sportivo*, cit., p. 178.

²⁰ La dottrina più attenta sottolinea come, con riferimento al contratto di apprendistato per la qualifica e il diploma professionale, per il diploma di istruzione secondaria superiore e per il certificato di specializzazione tecnica superiore, oltre che di alta formazione e ricerca, non sia espressamente previsto dalla lettera della norma ma sia agilmente desumibile in via interpretativa. Per un'analisi completa si rinvia a DI MARTINA C., *La Riforma del lavoro sportivo*, cit., p. 153-154.

²¹ La logica universalistica, con particolare riferimento alla tematica di genere, è sottolineata in NUNIN R., *Introduzione. La riforma del lavoro sportivo: un intervento atteso, complesso e discusso*, in *Arg. Dir. lav.*, 2024, II, p. 290 e ID., *Sport e questioni di genere*, in *Lav. Dir. Eur.*, 2024, III, pp. 286-292.

²² Ancora una volta il mondo del calcio si offre come esempio paradigmatico. Dapprima si è passati dal dettato dell'art. 21 l. 91/81 secondo il quale erano da considerarsi sportivi professionisti gli atleti, gli allenatori, i direttori tecnico-sportivi e i preparatori

La disciplina dell'apprendistato professionalizzante nei rapporti di lavoro di diritto comune è inoltre derogata con riferimento al requisito anagrafico, tanto dal punto di vista dell'età minima, fissata a 15 anni, quanto per quella massima, 23 anni, *ex art.* 1 comma 154 l. 30 dicembre 2021 n. 234.

Come già accennato *supra*, uno degli elementi maggiormente caratterizzanti la fattispecie *de qua* è quanto previsto dalla legge, nello specifico dall'art. 30 comma 3 d.lgs. 36/2021, con riferimento alla disciplina del rapporto al termine del periodo di formazione: contrariamente a quanto accade nei rapporti di lavoro di diritto comune²³, nell'ambito del lavoro sportivo il contratto di apprendistato è infatti per espressa previsione legislativa – in coerenza con l'intero sistema – a tempo determinato, punto su cui il legislatore è recentemente intervenuto modificando l'art. 26 comma 2 d.lgs. 36/2021 ed estendendo per l'effetto a otto anni il termine massimo della durata dei contratti²⁴. Trattasi dunque di un mec-

atletici, a quello dell'art. 25 d.lgs. 36/2021 che ha affiancato a dette figure – ora lavoratori sportivi indipendentemente dal settore professionistico o dilettantistico – gli istruttori e i direttori di gara. All'interno del c.d. mansionario sono state poi riconosciute le seguenti figure, necessarie per lo svolgimento dell'attività sportiva: collaboratori nella gestione sportiva delle società; dirigente accompagnatore; dirigente addetto agli arbitri; football social responsibility officer; responsabile settore giovanile; osservatore; match analyst; dirigenti con funzioni tecniche; dirigenti federali con funzioni di carattere tecnico-sportivo; docenti formatori sportivi; omologatori dei campi da gioco; accompagnatori dei minori; delegato alla gestione dell'evento; delegato ai rapporti con la tifoseria o supporter liaison officer; disability access officer; addetti antidoping. Quella delineata dall'art. 25 d.lgs. 36/2021 viene definita <fattispecie trans-tipica> in BIASI M., *Causa e tipo nella riforma del lavoro sportivo. Brevi osservazioni sulle figure del lavoratore sportivo e dello sportivo amatore nel d.lgs. n. 36/2021*, in *Lav. dir. eur.*, 2021, III, p. 11. A fargli eco ROCCHINI E., *Dal dilettante al lavoratore sportivo. Prime osservazioni sulla riforma dello sport*, in *Mass. giur. lav.*, 2021, II, p. 418, in cui il sistema è definito <a specialità crescente>.

²³ A mente dell'art. 41 comma 1 d.lgs. 81/2015, infatti, al termine del periodo di formazione le parti possono recedere liberamente, ai sensi dell'art. 2118 c.c., nel solo rispetto di un termine di preavviso solitamente previsto dalla contrattazione collettiva.

²⁴ L'art. 26 comma 2 d.lgs. 36/2021, così come modificato dal d.l. 96/2025 sancisce che “*Il contratto di lavoro subordinato sportivo può contenere l'apposizione di un termine finale non superiore a otto anni dalla data di inizio del rapporto*”. Sul punto, autorevole dottrina, nel commentare la previsione della l. 91/81 che ancora prevedeva una durata del vincolo massima di cinque anni, puntualizzava che detto termine fosse già eccessivamente lungo in quanto nella realtà dei fatti vi era interesse sia per le società che per i calciatori, per motivi diversi, a non vincolarsi così a lungo. Cfr VIDIRI G., *Il contratto di lavoro sportivo*, in *Mass. giur. lav.*, 2001, X, pp. 991-992. Detta prospettiva deve essere senza dubbio riletta al giorno d'oggi alla luce dello sviluppo del calcio negli ultimi anni e delle prerogative che sono senza ombra di dubbio cambiate.

canismo di risoluzione automatica del rapporto, con la sola precisazione per la quale la società che stipula un contratto di lavoro sportivo successivamente alla scadenza di quello di apprendistato e senza soluzione di continuità con quest'ultimo, è tenuta a corrispondere il premio di formazione tecnica *ex art.* 31 comma 2 d.lgs. 36/2021.

Per quanto concerne i profili retributivi, definiti dalla dottrina <<perno su cui ruota l'apprendistato>>²⁵, la contrattazione collettiva nell'ambito della Serie A maschile²⁶ ha già offerto alcuni spunti molto interessanti. Prendendo ad esempio la fascia tra il 19° e il 23° anno di età, il contratto collettivo attualmente in vigore prevede per il calciatore professionista una retribuzione minima annua pari a Euro 30.796,00 lordi, abbassata a Euro 23.097,00 lordi per gli apprendisti, con una differenza pari a oltre Euro 7.000,00 lordi. Se da un lato il vantaggio lato parte datoriale è evidente, dall'altro – ancora di più se la forbice venisse in futuro aumentata – questa potrebbe fungere da deterrente per i giovani sportivi, con inevitabili conseguenze dal punto di vista della reale portata pratica della fattispecie²⁷.

Agli apprendisti trovano infine applicazione le tutele previste per il lavoratore sportivo in materia di controlli sanitari (art. 32 d.lgs. 36/2021), sicurezza sul luogo di lavoro (art. 33 d.lgs. 36/2021)²⁸ e assicurazione contro gli infortuni (art. 34 d.lgs. 36/2021)²⁹; in virtù del rinvio alla disciplina generale è prevista

²⁵ Così DI MATTINA C., *La Riforma del lavoro sportivo*, cit., p. 159.

²⁶ La scelta della Serie A di calcio maschile come parametro per la valutazione della questione non è casuale bensì dettata dalla rilevanza prorompente che ha storicamente avuto, anche ai fini dello sviluppo della disciplina del lavoro sportivo. Si pensi a titolo di esempio al fatto che il primo intervento in materia (l. 91/81) prese il là dal decreto emesso dal Pretore di Milano Costigliola in data 07.07.1978, il quale di fatto bloccava il calciomercato e rischiava di far slittare l'inizio del campionato. Per un approfondimento sul punto si rinvia a DE SILVESTRI A., *Il diritto sportivo oggi*, in *Dir. lav.*, 1988, I, p. 254; D'HARMANT FRANCOIS A., *Il rapporto di lavoro sportivo tra autonomia e subordinazione*, in *Dir. lav.*, 1988, I, p. 265.

²⁷ Per converso, non viene previsto alcun tetto massimo alla somma che può essere corrisposta all'apprendista. Tuttavia, e in via meramente interpretativa, si ritiene di poter escludere che possano essere sottoscritti contratti che riconoscono al calciatore apprendista ingenti somme di denaro, al pari dei già "Professionisti". Nell'ipotesi contraria verrebbe infatti meno lo scopo stesso dell'apprendistato e l'istituto sarebbe utilizzato solamente a fini di elusione della normativa in materia di contribuzione.

²⁸ L'art. 33 comma 7 d.lgs. 36/2021 detta anche alcune disposizioni specifiche a tutela dei minorenni relative alla lotta contro l'abuso, lo sfruttamento sessuale e la pornografia minorile. Cfr. FERRARO F., *La Riforma*, in AA.VV., *Lineamenti di diritto sportivo*, cit., pp. 165-166.

²⁹ Sulla tutela della salute tout court nel lavoro sportivo, si veda LAUS F., *La tutela*

poi una deroga quasi integrale alla normativa sui licenziamenti³⁰, a quella sulle sanzioni disciplinari ex art. 7 l. 300/1970³¹ e a quella sul demansionamento. Per quanto concerne invece gli aspetti contributivi, si è reso necessario un intervento di dettaglio dell'INPS³².

4. *L'apprendistato nel calcio di Serie A: il tutor e il piano formativo*

La portata delle novità introdotte in materia di apprendistato sportivo ha trovato - e tuttora trova, stanti i numerosi tavoli di discussione aperti - un banco di prova molto importante nel mondo del calcio professionistico³³.

In primis, giova segnalare che, ai sensi delle Norme organizzative interne ("NOIF") della Federazione Italiana Giuoco Calcio ("FIGC")³⁴ sono considerate professionistiche solamente la Serie A, Serie B e Serie C³⁵ maschili, oltre alla Serie A femminile³⁶, con la conseguente esclusione della possibilità di sottoscrivere i

della salute nel lavoro sportivo alla luce del d.lgs. 36/2021, in *Diritto dello Sport*, 2022, III (1), pp. 14-25.

³⁰ L'art. 26, comma 1, d.lgs. 36/2021, al quale l'art. 30 d.lgs. 36/2021 fa espressamente rinvio, prevede che non si applichino al rapporto di lavoro sportivo, così come già previsto dalla l. 91/81, gli artt. 4, 5, 13, 18 l. 300/1970 e gli artt. 1, 2, 3, 5, 6, 7, 8 l. 604/1966; la riforma dello sport esclude inoltre l'applicabilità dell'art. 1 commi 47-69 l. 92/2012, gli artt. 2, 4, 5 l. 108/1990, l'art. 24 l. 223/1991 e il d.lgs. 23/2015.

³¹ Una recente pronuncia del giudice di legittimità ha invece ribadito l'applicabilità dell'art. 7 l. 300/1970 agli apprendisti nei rapporti di lavoro di diritto comune. Cfr. Cass. sez. lav., 03/02/2020, con nota di DE ANGELIS N., *La Cassazione estende la procedura prevista dall'art. 7 l. 300/1970 agli apprendisti*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2020, III, pp. 467 ss.

³² Cfr. Circolare INPS 10 novembre 2023 n. 91.

³³ Non si ha infatti ad oggi evidenza della concreta attuazione della fattispecie in seno alle altre competizioni professionistiche, in particolare nella Lega Serie A di pallacanestro maschile.

³⁴ Art. 28 comma 1 NOIF.

³⁵ Si segnala che la Serie C ha fatto da apripista all'introduzione dell'apprendistato professionalizzante nell'alveo dei rapporti di lavoro nel calcio professionistico mediante la sottoscrizione, in data 01.07.2022, dell'Addendum al Contratto Collettivo. Per un'analisi delle previsioni adottate dalla terza del calcio italiano, sia concesso rinviare a TULLISSI C., *L'apprendistato irrompe nello sport. Quali conseguenze per il mondo del calcio?*, in *Lav. Dir. Eur.*, 2023, II, pp. 8-10. Si segnala in questa sede che, a differenza di quanto si sta riscontrando nella serie maggiore, in Serie C a due mesi dall'introduzione dell'istituto erano già stati sottoscritti settanta contratti di apprendistato professionalizzante (v. la nota ufficiale della Lega Pro "In serie C, settanta contratti di apprendistato. Un cambio epocale a favore dei giovani", pubblicata in data 16 settembre 2022).

³⁶ Sul punto sia concesso il rinvio a TULLISSI C., *Novità nel lavoro sportivo: la*

contratti *de quo* per tutti i calciatori e le calciatrici tesserati per club che competono in tutte le altre categorie “non professionistiche”³⁷.

Per quanto concerne la sola Serie A, i rappresentanti di FIGC, Associazione Italiana Calciatori e Lega Serie A hanno disciplinato l'apprendistato all'art. 2.3 dell'accordo collettivo sottoscritto il 10.03.2023, poi modificato il 08.08.2023 (*breviter* “Accordo Collettivo”)³⁸. Con riferimento al solo apprendistato professionalizzante, coerentemente il dettato del d.lgs. 36/2021, si prevede che il calciatore professionista deve aver compiuto almeno il quindicesimo anno di età e che in ogni caso il rapporto non può avere scadenza alla stagione sportiva di compimento del ventitreesimo anno, né in alcun modo durata superiore a quella prevista dalla legge e dalle NOIF.

Dal punto di vista strettamente formale, il contratto di lavoro deve essere redatto su un modulo conforme a quello del contratto tipo allegato all'Accordo Collettivo – conformemente al dettato dell'art. 27 comma 4 d.lgs. 36/2021³⁹ - e deve esservi allegato, costituendone parte integrante, anche il piano disciplinante l'attività formativa che può essere svolta, oltre che nell'ambito dell'espletamento della prestazione lavorativa, anche in aula o mediante strumenti di collegamento da remoto⁴⁰. Viene inoltre riconosciuta la possibilità di avvalersi della collaborazione delle istituzioni e delle componenti tecniche federali e di modificare il piano formativo in corso d'opera, nell'ottica di garantire alle parti una flessibilità utile sia ai fini del bilanciamento con l'attività agonistica, sia alle esigenze dei singoli apprendisti.

F.I.G.C. apre le porte del professionismo alla Serie A femminile, in *Bollettino ADAPT*, 23 maggio 2022, n. 20. In VETTOR, T., *La riforma dello sport*, cit., p. 307, l'autrice pone l'accento anche sugli interventi promozionali a sostegno del professionismo femminile previsti nel Titolo V, Capo II del d.lgs. 36/2021.

³⁷ Sono “non professionisti” i calciatori che svolgono attività sportiva per società associate della Lega Nazionale Dilettanti, svolgono attività di Calcio a 5, attività ricreativa, oltre alle calciatrici che partecipano ai campionati non professionistici di calcio femminile. Cfr art. 29 comma 1 NOIF.

³⁸ Sull'importanza e le peculiarità delle relazioni sindacali nello sport si veda anche MEZZACAPO D., *Il diritto sindacale*, in AA.VV., *Lineamenti di diritto sportivo*, cit., pp. 177 ss.

³⁹ V. DE MARTINO C., *La specialità del lavoratore sportivo*, cit., p. 178.

⁴⁰ Le prescrizioni dell'Accordo Collettivo sono in linea con il requisito della forma scritta del piano formativo, posto a pena di nullità del contratto di apprendistato. Così Cass. sez. lav., 13/02/2024, n. 6704, in *Giust. Civ. Mass.*, 2024; Cass. sez. lav., Sent. 13/03/2024, n. 6704 in *Dir. Rel. Ind.*, 2024, III, p. 832; Cass. sez. lav., Sent. 24/04/2023, n. 10826.

Nel silenzio della legge, l'Accordo Collettivo si fa inoltre carico di individuare anche i contenuti della formazione. In particolare, devono essere obbligatoriamente trattati l'organizzazione e la sicurezza del lavoro nel club, la disciplina del rapporto di lavoro, gli aspetti normativi e regolamentari in materia di *match fixing*⁴¹ - tematica molto attuale, anche alla luce dei più o meno recenti fatti balzati agli onori della cronaca⁴² - e doping⁴³ e l'educazione all'alimentazione. A ben vedere, un piano formativo sì costruito non è finalizzato ad agevolare il reinserimento nel mondo del lavoro al termine della carriera agonistica, bensì ha solamente l'obiettivo a breve termine di fornire strumenti e conoscenze utili per affrontare gli anni di attività sportiva con maggiore consapevolezza: si può dunque ritenere che una siffatta struttura faccia venire meno la *ratio* generale esplicitata nell'art. 30 d.lgs. 36/2021, ovvero l'erogazione della "*preparazione professionale che favorisca l'accesso all'attività lavorativa anche alla fine della carriera sportiva*", su cui ci si è già ampiamente soffermati *supra*. Tale discordanza è comunque dovuta al fatto che il legislatore, nell'introdurre il comma 7 bis all'art. 30 d.lgs. 36/2021, non ha provveduto ad armonizzare *in toto* il dettato integrale della norma con le nuove previsioni⁴⁴. Balza immediatamente all'occhio un'ulteriore problematica: l'ampio spettro di tematiche che devono essere necessariamente toccate richiede che la società disponga – o quantomeno abbia la possibilità di affidarsi – a persone dotate di diverse professionalità, ciò al fine di non rendere l'obbligo formativo del sinallagma contrattuale totalmente privo di contenuto. In tal senso, parrebbe dunque auspicabile un intervento in termini analoghi a quanto, invero ancora oggi non fatto, ipotizzato con riferimento all'apprendistato di primo e di terzo livello, ai sensi dell'art. 30 comma 4 d.lgs. 36/2021: il riferimento è alla promulgazione di linee guida sottoforma di d.p.c.m., le quali costituirebbero *sine dubbio* un ottimo punto di partenza.

⁴¹ La tematica e i possibili risvolti anche in ambito penale di tali condotte sono approfonditi in VILLARI G., *Match fixing e frode sportiva: rapporti tra giustizia domestica e potestà punitiva statale*, in *Riv. dir. sport.*, 2019, II, pp. 317-330.

⁴² Il riferimento è senza dubbio alle vicende che nell'ultimo periodo hanno interessato calciatori appartenenti alla nazionale italiana. Tuttavia, nella storia tale situazione si è riproposta in numerose occasioni: si pensi allo scandalo del 2011, a *Calciopoli* (2006) o al *Totonero* (1980).

⁴³ In particolare, sul doping: VIGNA M., *Il doping nello sport*, in AA.VV., *Lineamenti di diritto sportivo*, cit., pp. 311 ss.

⁴⁴ In tal senso depone anche il fatto che i commi 3 e 5, i quali rinviano per la disciplina ad altre fonti normative, citano solamente gli apprendisti di cui al comma 1 (di 1° e 3° livello), senza fare riferimento alcuno all'apprendistato professionalizzante, di cui al comma 7 bis.

Per quanto concerne invece la figura del referente/tutor, l'Accordo Collettivo indica quali figure potenzialmente idonee a) un allenatore o un calciatore tesserato con la società, che può farsi carico di un massimo di cinque apprendisti o b) un soggetto interno al sodalizio sportivo che sia stato tesserato FIGC come allenatore o calciatore professionista per almeno 10 stagioni sportive, anche non consecutive, in questo caso senza alcun limite massimo di apprendisti affidati. Se da un lato il fatto che si possa fare affidamento su personale già impiegato a vario titolo presso le società riduce sensibilmente gli oneri dal punto di vista economico ed organizzativo in capo alle stesse, dall'altro la normativa federale, nel silenzio della legge e ponendo una "presunzione di competenza" in capo a detti soggetti, non si preoccupa di porre un meccanismo atto a verificarne la reale capacità ed idoneità per il perseguimento degli scopi esplicitati dal d.lgs. 36/2021.

Entro 30 giorni dal termine di ogni stagione sportiva viene infine posto l'obbligo di depositare una relazione sottoscritta tanto dall'apprendista quanto dal tutor, nella quale deve essere indicata e per l'effetto certificata l'attività formativa svolta: dal tenore della norma appare dunque escluso un qualsiasi controllo in ordine all'effettivo svolgimento dell'attività, innescando un sistema per il quale eventuali doglianze potranno venire alla luce solo in presenza di formali contestazioni da parte – astrattamente – del solo giovane sportivo.

5. L'aspetto patologico e il caso dell'apprendista "ceduto in prestito"

Data la disciplina di diritto positivo, l'attenzione deve necessariamente spostarsi sull'aspetto patologico, tale da intendersi gli effetti sul rapporto di lavoro tra il club e l'atleta apprendista in caso di mancato assolvimento dell'obbligo formativo.

Nell'ambito dei rapporti di lavoro di diritto comune, l'art. 47 d.lgs. 81/2015 sancisce che in caso di inadempimento, il datore di lavoro è tenuto a versare il delta tra la contribuzione versata e quella dovuta con riferimento al livello di inquadramento superiore che il lavoratore avrebbe raggiunto al termine del periodo di apprendistato, maggiorata del cento per cento. Inoltre, l'Ispettorato del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, ove rilevi tale *deficit* e siano presenti le condizioni per sanarlo, è legittimato ad intimare a parte datoriale l'adempimento entro un termine congruo. La c.d. conversione in rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato e conseguente inquadramento *ab origine* nella qualifica ordinaria non opera dunque in automatico ma necessita, così come riconosciuto dalla costante giurisprudenza⁴⁵ di merito e di legittimità, di una pronuncia giudiziale.

⁴⁵ Cfr. Cass. sez. lav., 08/06/2021, n. 15949, in *Guida al diritto* 2021, 32; Cass.

Un quesito sorge dunque spontaneo: tale impianto può trovare applicazione nell'alveo del lavoro sportivo? E nella peculiare ipotesi in cui le prestazioni del calciatore apprendista siano trasferite temporaneamente da un club ad un altro? La normativa di settore nulla dice a riguardo, rendendo necessario uno sforzo interpretativo e la conseguente applicazione dei principi generali in materia giuslavoristica.

In primis, giova ricordare che le NOIF⁴⁶, coerentemente con quanto previsto dalla legge, disciplinano l'istituto della cessione del contratto⁴⁷ del calciatore, che può avvenire sia a titolo definitivo che a titolo temporaneo⁴⁸.

Si ponga ipoteticamente il caso per cui un calciatore assunto con contratto di apprendistato professionalizzante sia trasferito a titolo temporaneo presso un altro sodalizio⁴⁹, ove dovrebbe continuare la propria formazione, obbligo nei confronti del quale la società cessionaria rimane tuttavia integralmente inadempiente: su istanza del calciatore o d'ufficio, per mano dell'autorità ispettiva, oltre all'eventuale provvedimento di disposizione per rimediare al *deficit* formativo,

sez. lav., 03/08/2020, n. 16595, in *Giust. civ. Mass. 2020*; A. Roma sez. lav., Sent. 30/10/2019, n. 3512; Cass. sez. lav., Sent. 07/03/2018, n. 5375.

⁴⁶ In ambito endofederale, la disciplina generale sulla cessione del contratto è posta dagli artt. 100 ss. NOIF, il quale impone la forma scritta e l'utilizzo di speciali moduli predisposti dalle Leghe o dalla FIGC. La validità del trasferimento non può essere inoltre condizionata all'esito di esami medici e/o al rilascio di un permesso di lavoro.

⁴⁷ La possibilità di cessione del contratto previo accordo anche dell'atleta professionista è stata una delle principali novità introdotte dalla l. 91/81, istituito sul quale il d. lgs. 36/2021 non è intervenuto in riforma. La dottrina lavoristica maggioritaria inquadra detta fattispecie nell'ambito della cessione del contratto ex art. 1406 c.c.: cfr STINCARDINI R., *La cessione del contratto: dalla disciplina codicistica alle peculiari ipotesi d'applicazione in ambito calcistico*, in *Riv. dir. econ. sport.*, 2008, III, pp. 135-138; M. SFERRAZZA-F. MITE, *Sulla natura giuridica del contratto di trasferimento del calciatore professionista*, in *Riv. dir. econ. sport.*, 2017, I, pp. 151-159, a cui si rinvia per una ricostruzione della posizione della dottrina sulla cessione del contratto antecedente alla promulgazione della l. 91/1981. Più recentemente sul punto GIAMPÀ G.-DE GIULI F., *La disciplina dei contratti*, in AA.VV., *Lineamenti di diritto sportivo*, cit., p. 171.

⁴⁸ Sul punto si veda art. 100 comma 1 NOIF.

⁴⁹ Un'ulteriore tematica collegata alle c.d. cessioni in prestito, sulla quale sarà necessario l'intervento tanto della FIGC quanto degli organismi internazionali che governano il mondo del calcio (FIFA e UEFA), riguarda le conseguenze sul contratto di apprendistato domestico in caso di cessione temporanea delle prestazioni del calciatore ad un club straniero: in tal caso è *ictu oculi* evidente come, in assenza di - un difficile - intervento armonizzatore della normativa sul piano del diritto comune tra gli stati interessati, regni ancora l'incertezza.

potrà essere comminata solamente la sanzione della risoluzione del contratto, più il risarcimento dei danni eventualmente patiti dal calciatore. Per l'effetto riviverebbe dunque il rapporto contrattuale originario tra la società cedente e il calciatore.

Seguendo tale logica interpretativa, verrebbe esclusa la possibilità di ottenere la conversione del contratto di apprendistato con la società cessionaria in contratto professionistico, per almeno tre ordini di motivi. Da un lato, infatti, dovrebbero sussistere i presupposti per la sottoscrizione del contratto da professionista (a titolo meramente esemplificativo, l'età di 16 anni *ex art. 28 comma 3 NOIF*). Non si dimentichi poi che sussisterebbe incertezza circa i rapporti tra società cedente, società cessionaria e calciatore, con il rischio paradossale per cui l'atleta si trovi a svolgere l'attività con contratto da professionista presso la società cessionaria, salvo poi fare rientro presso la società cedente ove ancora vive un rapporto di apprendistato. Infine, meritevole di attenzione è anche l'incertezza astrattamente ipotizzabile, nel caso di conversione del contratto di apprendistato in contratto professionistico, circa le condizioni contrattuali del rapporto, in particolare sulla durata e sul *quantum* della retribuzione.

Dette considerazioni, seppur per certi versi mitigate, potrebbero trovare casa anche nel caso in cui a rendersi inadempiente rispetto all'obbligo formativo fosse la società con cui è stato originariamente instaurato il rapporto, anche in considerazione dell'evidente difficoltà sussistente per valutarne *de facto* la portata – sia concesso il rinvio di matrice penalistica – dell'elemento soggettivo, *id est* l'effettiva volontà di elusione della normativa.

6. Conclusioni

A più di quattro anni dall'emanazione del d.lgs. 36/2021 è possibile a tirare le prime somme circa la concreta applicabilità della fattispecie nel mondo apicale del calcio italiano.

Sussistono ancora molte, *rectius* troppe, incertezze sulla disciplina concretamente applicabile ai giovani apprendisti e sulle modalità di svolgimento della formazione, tutti elementi che stanno *sine dubio* fungendo da deterrente per i sodalizi sportivi.

Tra queste rientrano gli stessi tutor, figure previste dalla disciplina statale e la cui disciplina è stata oggetto di sviluppo nel dettaglio da parte della Federazione competente, oltre che della contrattazione collettiva. In tal senso, il rinvio generico a figure che possono non avere competenze specifiche nelle materie oggetto della formazione rischia di rendere l'ambito formativo dell'apprendistato meramente di facciata, disilludendo così gli obiettivi esplicitati dal legislatore.

A ciò si deve aggiungere il fatto che *medio tempore* il potere contrattuale dei giovani atleti è aumentato a dismisura: non è utopistico pensare che un giovane atleta, soprattutto se talentuoso e al centro delle vicende del c.d. calciomercato, abbia il – legittimo - interesse a stipulare un contratto da professionista piuttosto che un contratto di apprendistato, ancor di più se la formazione non risulta essere efficace.

Se dunque l'introduzione dell'apprendistato nell'alveo del lavoro sportivo, almeno nei principi, pare essere una novità da accogliere con entusiasmo e curiosità, dall'altro lato ancora lungo è il lavoro che tanto il legislatore quanto le parti della contrattazione collettiva devono svolgere per far sì che non resti un istituto apprezzabile solo sulla carta ma poco utilizzato nella realtà dei fatti. I primi passi, seppur ambiziosi e per certi aspetti confusionari, sono stati mossi e la direzione pare nonostante tutto essere quella giusta. Non resta che continuare a percorrerne la via, con un unico monito: sarà necessario, per tutte le parti coinvolte, "aumentare i giri del motore".

CRISTIAN TULISSI

Dottorando di ricerca in Diritto del lavoro nell'Università di Trieste

Le responsabilità dei dipendenti pubblici: i rapporti tra procedimento disciplinare e procedimento penale

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La contestazione degli addebiti tra vincoli normativi ed esigenze di celerità. – 3. La decorrenza del termine per la contestazione dalla conoscenza del fatto. – 4. I rapporti tra procedimento disciplinare e procedimento penale: il principio di autonomia. – 5. Alcune considerazioni conclusive.

1. *Premessa*

Nel corso dell'esercizio delle proprie funzioni il pubblico dipendente può incorrere in molteplici forme di responsabilità, le quali trovano il proprio fondamento costituzionale nell'art. 28 Cost., ai sensi del quale "i funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili secondo le leggi penali, civili e amministrative degli atti compiuti in violazione di diritti".

La declinazione di tale norma è oggi contenuta all'interno del d. lgs. 30 marzo 2001, n. 165 (c.d. Testo Unico sul pubblico impiego), considerato il punto di approdo del processo di riforma che, a partire dagli anni Novanta, ha determinato la progressiva 'contrattualizzazione' della maggior parte dei rapporti di lavoro alle dipendenze delle Pubbliche Amministrazioni¹, rapporti sui quali la presente analisi intende soffermarsi.

Accanto a quella penale, civile, amministrativa² e dirigenziale³, il pubblico dipendente può essere assoggettato anche alla responsabilità disciplinare di cui agli

¹ Sulla contrattualizzazione dei rapporti di lavoro alle dipendenze delle Pubbliche Amministrazioni si vedano i contributi pubblicati nei volumi di CARICI F., D'ANTONA M. (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Dal D.LGS. n. 29/1993 ai D.LGS. nn. 396/1997, 80/1998 e 387/1998. Commentario*, Milano, Giuffrè Editore, 2000; BOSCATI A., *L'evoluzione storica*, in ID. (a cura di), *Il lavoro pubblico. Dalla contrattualizzazione al Governo Draghi*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli Editore, 2021, pp. 21 ss. Si ricorda che resta escluso dalla contrattualizzazione il personale di cui all'art. 3, d. lgs. n. 165/2001.

² Art. 55, primo e secondo comma, d. lgs. n. 165/2001.

³ Art. 21, d. lgs. n. 165/2001.

artt. 54 e 55 del d. lgs. n. 165/2001. La violazione degli obblighi previsti dalla legge, dalla contrattazione collettiva e dal codice di comportamento determina, infatti, l'instaurazione di un procedimento disciplinare, il cui avvio mediante la c.d. contestazione degli addebiti solleva delicate questioni, in quanto ad entrare in gioco sono una serie di variabili: l'eterogeneità delle condotte umane, la non sempre agevole identificazione e contestazione delle norme violate, le conseguenze che derivano dal decorso del tempo e, infine, le frequenti connessioni con altri procedimenti, in particolare quello penale⁴.

Su questi aspetti il legislatore è intervenuto a più riprese nel corso degli anni con il d. lgs. 27 ottobre 2009, n. 150 (c.d. Riforma Brunetta)⁵, prima, e con il d. lgs. 25 maggio 2017, n. 75 (c.d. Riforma Madia)⁶, poi, sottraendo sempre più spazi di regolamentazione all'autonomia collettiva – viceversa valorizzata dalla riforma degli anni 1997-1998⁷ – in favore di una regolamentazione legale, espres-

⁴ In questi termini, NOCELLI F. M., *La contestazione disciplinare tra regole, valori e nuove responsabilità*, in *Foro amm.*, 2019, 6, p. 1151 s.

⁵ Sulle linee portanti della Riforma Brunetta si rinvia a CURRAO C., PICARELLA G., *Lo sguardo "severo" del legislatore: le nuove regole del potere disciplinare*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".it-109/2010; BONURA H., CARUSO G., *La nuova disciplina della responsabilità disciplinare del dipendente pubblico e la lotta all'assenteismo*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".it-105/2010; MARTELLONI F., *Il procedimento disciplinare*, in FIORILLO L., PERULLI A. (diretto da), *Il nuovo diritto del lavoro. Volume Primo. Il Lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2013, p. 565 s.; URSI R., *Alcune considerazioni sul nuovo regime delle sanzioni disciplinari dopo il decreto Brunetta*, in *Lav. pubb. amm.*, 2009, 5, pp. 759-771; RAVELLI F., *Sanzioni disciplinari e responsabilità dei dipendenti pubblici*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".it-122/2011.

⁶ Sulle novità introdotte da tale riforma v. ROMEO C., *Nuove regole del procedimento disciplinare nei rapporti di pubblico impiego*, in *Lavoro nella giur.*, 2019, 1, pp. 17-27; CORDELLA C., *Il procedimento disciplinare*, in ESPOSITO M., LUCIANI V., ZOPPOLI A., ZOPPOLI L. (a cura di), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2018, p. 269 s.; MARINELLI M., *Il lavoro alle dipendenze della P.A. dopo la "Riforma Madia" – Il procedimento disciplinare*, in *Giur. it.*, 2018, 4, pp. 985 ss.; GARGIULO U., *La riforma del procedimento disciplinare nel lavoro pubblico*, in *Var. temi dir. lav.*, 2020, 3, pp. 341-367; PAOLUCCI L., *Il procedimento disciplinare nel pubblico impiego. Aspetti procedurali alla luce del D.lgs. n. 75 del 2017*, in *Lav. pubb. amm.*, 2018, 3, pp. 127 ss.

⁷ Per una disamina della seconda fase della privatizzazione del pubblico impiego, avviata dalla legge delega 15 marzo 1997, n. 59, e completata dal d. lgs. 4 novembre 1997, n. 396, d. lgs. 31 marzo 1998, n. 80 e d. lgs. 29 ottobre 1998, n. 387 si veda CARINCI F., *Massimo D'Antona e la "contrattualizzazione" del pubblico impiego: un tecnico al servizio di un'utopia*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT-80/2008, consultabile online nel sito http://csdle.lex.unict.it/sites/default/files/Documenti/Articoli/2008-2_Carinci.pdf.

samente considerata inderogabile da parte dei contratti collettivi⁸.

L'esatta individuazione del *dies a quo* dal quale inizia a decorrere il termine per una tempestiva contestazione – e conseguentemente l'individuazione delle caratteristiche che a tal fine deve avere la notizia dell'infrazione disciplinare pervenuta all'amministrazione da cristallizzare poi nella nota da notificare all'interessato – ha da sempre costituito uno degli aspetti più dibattuti e incerti della materia disciplinare⁹; un'operazione che diviene ancor più difficoltosa nelle ipotesi di connessione tra il procedimento disciplinare e il procedimento penale, potendo infatti la condotta del dipendente integrare al tempo stesso non solo gli estremi di un illecito disciplinare ma anche di un reato¹⁰.

2. *La contestazione degli addebiti tra vincoli normativi ed esigenze di celerità*

Regolata dall'art. 55 *bis*, quarto comma, d. lgs. n. 165/2001, la contestazione disciplinare rappresenta quell'atto indefettibile a pena di nullità con il quale viene instaurato il contraddittorio con l'incolpato; essa tende, da un lato, a fissare con chiarezza il *dies a quo* del termine per la conclusione del procedimento e, dall'altro, a fornire certezza e immutabilità al contenuto dell'infrazione¹¹.

Delle tre caratteristiche che deve presentare, ovverosia la specificità, l'immutabilità e la tempestività, quest'ultima è quella che viene maggiormente in rilievo nella casistica giurisprudenziale¹²; in sua virtù, la contestazione deve essere formalizzata secondo una scansione temporale tale da garantire, da un lato, l'agevole esercizio del diritto di difesa da parte del lavoratore¹³ e, dall'altro, l'interesse del

⁸ Art. 55, primo comma, d. lgs. n. 165/2001.

⁹ La disciplina dei termini procedurali è stata infatti considerata una delle "concause del cattivo funzionamento [...] del sistema sanzionatorio interno" (TENORE V., *I termini che cadenzano il procedimento disciplinare nell'impiego pubblico "privatizzato"*, in *Lav. pubb. amm.*, 2002, 1, p. 61).

¹⁰ Per le implicazioni del procedimento penale sui termini che cadenzano il procedimento disciplinare sia consentito il rinvio a TUROLLO M., *La contestazione disciplinare nell'impiego pubblico tra tempestività e diritto di difesa*, in *Lavoro nella giur.*, 2022, 2, pp. 163 ss.

¹¹ TENORE V., *Studio sul procedimento disciplinare nel pubblico impiego*, Milano, Giuffrè Editore, 2017, p. 328.

¹² PAOLUCCI L., *op. cit.*

¹³ Tale diritto risulterebbe compromesso dinanzi a un eccessivo e immotivato arco temporale tra il fatto contestato e l'attivazione del procedimento disciplinare; minore è infatti il lasso di tempo che intercorre tra il fatto contestato e il procedimento disciplinare, maggiore è la possibilità per l'incolpato di reperire valide argomentazioni difensive e prove a sostegno. Sul punto v. Cass., Sez. lav., 11 agosto 2015, n. 16683;

datore ad una congrua ed esemplare reazione per gli altri lavoratori, evitando così la dannosa permanenza in servizio di soggetti che si sono resi autori di fatti gravi¹⁴.

Tale principio, ritenuto immanente nel settore privato, nel pubblico impiego è stato invece inizialmente codificato solo in senso relativo. L'art. 55, quinto comma, d. lgs. n. 165/2001 nella sua versione originaria si limitava infatti a prevedere la necessità di una "tempestiva contestazione scritta dell'addebito al dipendente", senza tuttavia individuare un termine tassativo entro il quale tale contestazione dovesse essere effettuata¹⁵. A colmare la lacuna era stata la contrattazione collettiva, prevedendo che la contestazione scritta dell'addebito dovesse intervenire "tempestivamente e, comunque, non oltre venti giorni da quando l'ufficio istruttore secondo l'ordinamento dell'amministrazione, è [fosse] venuto a conoscenza del fatto"¹⁶.

Il legislatore è successivamente intervenuto con il d. lgs. n. 150/2009, prima, e con il d. lgs. n. 75/2017, poi, prevedendo una disciplina puntuale di ogni aspetto del procedimento disciplinare e rinviando alla fonte contrattuale la regolamentazione delle sole infrazioni per le quali è prevista la sanzione del mero rimprovero verbale.

Proprio a partire dalla Riforma Brunetta si è venuta a delineare una rigida sequenza cronologica del procedimento disciplinare, scandita da termini definiti tutti come perentori, al fine di conferire maggiore certezza e celerità all'accertamento dell'infrazione disciplinare¹⁷. L'obiettivo dichiarato di "semplificare le fasi dei procedimenti disciplinari, con particolare riferimento a quelli per le infrazioni di minore gravità, nonché [di] razionalizzare i tempi del procedimento disciplinare, anche ridefinendo la natura e l'entità dei relativi termini"¹⁸ aveva finito per condurre ad uno 'sdoppiamento' del procedimento disciplinare. L'art. 55 *bis*, inserito dal legislatore della riforma nell'articolato del d. lgs. n. 165/2001, aveva

Cass., Sez. lav., 7 aprile 2011, n. 7951; Cass., Sez. lav., 2 marzo 2007, n. 4932.

¹⁴ TENORE V., *Studio sul procedimento disciplinare nel pubblico impiego*, cit., p. 202; NOCELLI F. M., *op. cit.*

¹⁵ Tale previsione ricalcava peraltro quella dell'art. 59, d. lgs. n. 29/1993.

¹⁶ Sul punto si veda l'art. 24 del primo CCNL del comparto Ministeri 1994-1997, nonché i contratti collettivi degli altri comparti, la cui formulazione ricalcava quella del CCNL Ministeri.

¹⁷ Sul punto v. MARTELLONI F., *op. cit.*, p. 571; MAZZANTI C., *La decorrenza dei termini del procedimento disciplinare nel pubblico impiego*, in *Lavoro nella giur.*, 2019, 1, pp. 67 ss.

¹⁸ Art. 7, secondo comma, lett. a), l. n. 15/2009.

infatti introdotto una bipartizione del procedimento disciplinare e delle relative competenze a seconda della gravità della condotta e della titolarità dell'azione disciplinare¹⁹. Si poteva così distinguere tra un procedimento 'semplificato' e un procedimento 'ordinario', entrambi individuati dal primo comma dell'art. 55 *bis* del d. lgs. n. 165/2001 e regolati, rispettivamente, dai successivi commi secondo e quarto.

Il primo modello di procedimento, ispirato a criteri di concentrazione e di celerità, trovava applicazione solo qualora il responsabile dell'ufficio presso il quale era impiegato il dipendente avesse qualifica dirigenziale e solo in presenza di condotte punibili con una sanzione disciplinare superiore al rimprovero verbale ed inferiore alla sospensione dal servizio con privazione della retribuzione per più di dieci giorni.

La seconda tipologia di procedimento, caratterizzata da una maggiore complessità in funzione garantista, era invece diretta ad accertare le infrazioni disciplinari punibili con le sanzioni più gravi, trovando altresì applicazione in tutti quei casi in cui il responsabile della struttura non fosse dirigente.

La *ratio* di tale previsione risiedeva nell'evidente necessità di attribuire la competenza relativa alle infrazioni di minore gravità ad un soggetto – qual è il capo della struttura – in grado di valutare le condotte contestate “verificando l'impatto e le ricadute dell'inadempimento nello specifico ambito organizzativo ove erano poste in essere”²⁰.

Conseguentemente, l'avvio, la conduzione e la conclusione del procedimento in presenza di condotte del pubblico dipendente che, in quanto più gravi, erano tali da incrinare in maniera più significativa il rapporto di fiducia con l'amministrazione di appartenenza venivano affidate al c.d. Ufficio per i procedimenti disciplinari (d'ora in poi U.p.d.), individuato da ciascuna amministrazione “secondo proprio ordinamento”²¹.

In entrambe le ipotesi previste dall'intervento del 2009, il procedimento disciplinare assumeva la forma di un *iter*, da svolgersi nel rispetto dei termini stabiliti a pena di decadenza, a garanzia della celerità e certezza del procedimento stesso²². Per quanto concerne l'invio della contestazione disciplinare, il termine previsto

¹⁹ Sull'articolazione del procedimento disciplinare introdotto dalla Riforma Brunetta v. CURRAO C., PICARELLA G., *op. cit.*, pp. 8-13; BONURA H., CARUSO G., *op. cit.*, pp. 22-24; DI PAOLA L., *La nuova disciplina dell'esercizio del potere disciplinare nel pubblico impiego privatizzato*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, 3, pp. 13-20; RAVELLI F., *op. cit.*, pp. 7-16;

²⁰ GARGIULO U., *op. cit.*, p. 355.

²¹ Art. 55 *bis*, quarto comma, d. lgs. n. 165/2001.

²² CURRAO C., PICARELLA G., *op. cit.*, p. 9.

a tal fine era di venti giorni, ad eccezione delle ipotesi di maggiore gravità per le quali era previsto il ‘raddoppio’ del termine e, quindi, fino a quaranta giorni dalla notizia del fatto. In entrambi i casi, il termine decorreva “dalla data di ricezione degli atti trasmessi ai sensi del comma 3”, il quale imponeva al responsabile della struttura di comunicare la notizia del fatto avente rilevanza disciplinare all’ufficio competente entro cinque giorni dalla notizia stessa, ovvero “dalla data nella quale l’ufficio ha [aveva] altrimenti acquisito notizia dell’infrazione”²³.

Senonché, la farraginosità del doppio binario, unitamente al diffuso atteggiamento dei capi-struttura, che avevano finito per percorrere la strada del ‘buonismo’ (nonostante le sanzioni introdotte per prevenire eventuali loro inerzie nell’attivazione del procedimento disciplinare)²⁴, ha indotto il legislatore ad intervenire nuovamente sulla titolarità dei poteri disciplinari nel pubblico impiego contrattualizzato, prendendo le distanze dal modello previgente.

La terzietà dell’U.p.d.²⁵, dovuta alla sua composizione collegiale, nonché la natura specialistica delle funzioni attribuitegli, ha spinto il legislatore del d. lgs. 175/2017 ad affidare a tale ufficio l’intera materia disciplinare²⁶, con la sola eccezione delle condotte punite con la sanzione del rimprovero verbale, tuttora di

²³ Art. 55 *bis*, quarto comma, d. lgs. n. 165/2001 aggiornato con la Riforma Brunetta.

²⁴ Il legislatore del 2009, nell’affidare ai capi-struttura la titolarità del potere disciplinare per le infrazioni punite con l’irrogazione delle sanzioni meno gravi, aveva determinato un aumento dei poteri dei dirigenti, senza tuttavia considerare due fattori: da un lato, la mancata estrazione giuridica di molti capi-struttura, non essendo infatti la conduzione di posizioni di comando garanzia di possesso di adeguate conoscenze legali; dall’altro lato, la *vicinitas* fisica dei responsabili delle strutture rispetto ai propri sottoposti, rendendo così difficile isolare l’affare disciplinare dai rapporti professionali e non, intrecciati nell’ambito lavorativo. Sul punto si vedano CORDELLA C., *op. cit.*, p. 271; TENORE V., *Lo stato dell’arte sul procedimento disciplinare nel pubblico impiego dopo le più recenti riforme*, in *Lav. dir. europa*, 2021, 4, pp. 10 ss.; PICCO G., *L’avvio della procedura disciplinare e la terzietà dell’UpD [Ufficio procedimento disciplinari] nel pubblico impiego “privatizzato”*, in *Lavoro nella giur.*, 2023, 2, p. 190.

²⁵ Come precisato dalla giurisprudenza di legittimità, la connotazione di terzietà dell’U.p.d. postula solamente una distinzione sul piano organizzativo tra lo stesso e la struttura presso la quale presta servizio il pubblico dipendente e non va perciò confusa con l’imparzialità dell’organo giudicante; una caratteristica, quest’ultima, propria solo di un soggetto terzo rispetto alle parti del rapporto, non potendo dunque appartenere ad un organo – come l’U.p.d. – proprio dell’amministrazione. In questo senso si vedano Cass., 16 agosto 2018, n. 20749; Cass., 2 marzo 2017, n. 5317. Sulla terzietà dell’U.p.d., si veda GARGIULO U., *op. cit.*, 355; PICCO G., *L’avvio della procedura disciplinare*, cit., pp. 189 ss.

²⁶ GARGIULO U., *op. cit.*, p. 355.

competenza del responsabile della struttura (non necessariamente di qualifica dirigenziale) presso la quale presta servizio il dipendente autore della condotta disciplinarmente rilevante, con il limite dell'osservanza della disciplina dettata dai contratti collettivi di comparto.

Al fine di semplificare il procedimento e di offrire una maggiore garanzia di specializzazione, indipendenza e imparzialità dell'organo procedente²⁷, il legislatore della Riforma Madia ha attribuito, per tutte le altre ipotesi di maggiore gravità, la titolarità dell'azione disciplinare esclusivamente all'U.p.d., il quale procede ex art. 55 *bis*, quarto comma, a contestare gli addebiti al dipendente entro trenta giorni dal ricevimento della segnalazione da parte del responsabile della struttura²⁸ o dal momento in cui abbia altrimenti avuto piena conoscenza dei fatti aventi rilevanza disciplinare.

Ne discende come l'avvio del procedimento disciplinare non dipenda necessariamente dalla segnalazione del responsabile della struttura, bensì dalla conoscenza che l'Ufficio ha comunque acquisito dei fatti aventi rilevanza disciplinare, in quanto comunicati da un soggetto diverso da quello istituzionalmente obbligato ad effettuare la predetta segnalazione²⁹.

Il procedimento così instaurato deve essere concluso entro centoventi giorni dalla contestazione dell'addebito; un termine, quest'ultimo, che, unitamente a quello previsto per l'invio della contestazione, è stato indicato come perentorio dal legislatore della riforma. Discostandosi dalle previsioni introdotte nel 2009, il d. lgs. n. 175/2017 ha espressamente previsto che la violazione dei termini e delle disposizioni sul procedimento previste dagli artt. 55-55 *quater* del d. lgs. n. 165/2001 “non determina la decadenza dall'azione disciplinare né l'invalidità degli atti e della sanzione irrogata, purché non risulti irrimediabilmente compromesso il diritto di difesa del dipendente, e le modalità di esercizio dell'azione disciplinare, anche in ragione della natura degli accertamenti svolti nel caso concreto, risultino comunque compatibili con il principio di tempestività”³⁰. Per effetto di tale previsione, la scansione temporale dei procedimenti disciplinari affidati

²⁷ Cass. civ., 25 giugno 2018, n. 16706.

²⁸ Ai sensi dell'art. 55 *bis*, quarto comma, d. lgs. n. 165/2001, il responsabile della struttura presso la quale presta servizio il dipendente è tenuto a segnalare immediatamente, e comunque entro il termine di dieci giorni (non più cinque), la condotta avente rilevanza disciplinare all'U.p.d.

²⁹ Così, MARINELLI M., *op. cit.*

³⁰ Art. 55 *bis*, comma 9 *ter*, d. lgs. n. 165/2001. La previsione ha sollevato invero delle perplessità in dottrina, in quanto, pur facendo salvo il principio di tempestività, la norma “non argomenta sui tempi del procedimento stesso, lasciando ampi spazi di discrezionalità in punto di concreta determinazione della cogenza che rimane del tutto astratta” (ROMEO C., *op. cit.*, p. 20).

all'U.p.d. risulta delimitata da due soli termini perentori, quelli che riguardano gli atti di avvio e di conclusione dell'azione disciplinare, assumendo tutti gli altri termini procedurali una valenza meramente ordinatoria³¹.

Oltre alle difficoltà sotto il profilo probatorio che l'amministrazione può incontrare nell'acquisizione della notizia dell'infrazione disciplinare, ulteriori profili di incertezza emergono con riferimento al grado di conoscenza che viene richiesto al datore di lavoro pubblico dei fatti posti a fondamento della contestazione disciplinare. Le principali problematiche legate al principio di immediatezza riguardano infatti, da un lato, la decorrenza del termine per la contestazione dalla conoscenza del fatto e, dall'altro, la relatività del principio in esame.

3. *La decorrenza del termine per la contestazione dalla conoscenza del fatto*

L'immediatezza dell'azione disciplinare è legata al ricevimento di una segnalazione, ovvero della notizia dell'infrazione. I contratti collettivi delle tornate antecedenti alle modifiche apportate dalla Riforma Brunetta³², così come successivamente il testo dell'art. 55 *bis*, non chiarivano quando si potesse configurare quella "notizia dell'infrazione" idonea a far decorrere i termini procedurali³³. Da qui deriva l'annosa questione giurisprudenziale in merito al grado di conoscenza che il datore di lavoro deve avere dei fatti contestati.

³¹ Sulla natura perentoria o meramente ordinatoria dei termini del procedimento disciplinare si rinvia a NOVIELLO G., TENORE V., *La responsabilità e il procedimento disciplinare nel pubblico impiego privatizzato*, Milano, Giuffrè Editore, 2002, pp. 223 ss.; TENORE V., *I termini che cadenzano il procedimento disciplinare*, cit., p. 79 s.; CORDELLA C., *op. cit.*, pp. 275-277; FALCONE A., *Sanzioni disciplinari e responsabilità. Sub art. 55, D.lgs. 30 marzo 2001, n. 165*, in AMOROSO G., DI CERBO V., FIORILLO L., MARESCA A., *Il diritto di lavoro. Volume III. Il lavoro pubblico*, Milano, Giuffrè Editore, 2004, pp. 590 ss.

³² In particolare, il CCNL Enti Pubblici non Economici 1994-1997 prevedeva che: "L'amministrazione [...] non può adottare alcun provvedimento disciplinare nei confronti del dipendente, se non previa contestazione scritta dell'addebito, da effettuarsi tempestivamente e, comunque, non oltre 20 giorni da quando l'ufficio istruttore individuato secondo l'ordinamento dell'amministrazione è venuto a conoscenza del fatto".

³³ DI PAOLANTONIO A., *Il procedimento disciplinare*, in AMOROSO G., DI CERBO V., FIORILLO L., MARESCA A. (a cura di), *Il lavoro pubblico*, Milano, Giuffrè Francis & Taylor, 2019, p. 860; DI PAOLA L., *Considerazioni in materia di tempestività della contestazione nel settore pubblico, con particolare riguardo al caso dell'interferenza tra procedimento disciplinare e procedimento penale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, 2, p. 892; PICCO G., *La sospensione del procedimento disciplinare in pendenza del procedimento penale nel pubblico impiego "privatizzato"*, in *Lavoro nella giur.*, 2020, 2, p. 155, n. 9.

Valorizzando il principio del giusto procedimento, così come inteso dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 310/2010, la giurisprudenza³⁴ è parsa concorde nel ritenere che la notizia dell'illecito debba avere un contenuto tale da consentire di avviare correttamente il procedimento nelle sue tre fasi fondamentali: la contestazione dell'addebito, l'istruttoria e l'adozione della sanzione. In tale ottica, la contestazione disciplinare potrebbe dirsi tardiva solamente qualora l'amministrazione rimanga inerte, non dando avvio al procedimento nonostante essa sia in possesso degli elementi necessari a tal fine.

La decorrenza del termine in questione va dunque ancorata, secondo tale giurisprudenza, alla conoscenza 'piena' del fatto avente valenza disciplinare, conoscenza da ritenersi raggiunta non già con l'assoluta certezza degli accadimenti, bensì con la ragionevole sussistenza dei medesimi, in quanto 'riscontrati'; sicché, le mere segnalazioni generiche o laconiche, non supportate da riscontri minimi, non appaiono idonee a far decorrere il predetto termine, potendo per contro essere occasione per effettuare degli accertamenti di carattere preliminare, all'esito dei quali la conoscenza potrebbe diventare 'piena' e, quindi, idonea a far decorrere il termine in questione³⁵.

Nell'affermare la necessità della 'piena' conoscenza dei fatti aventi rilevanza disciplinare, la novella del 2017 ha richiesto ai fini dell'individuazione del *dies a quo* relativo all'avvio del procedimento disciplinare una notizia circostanziata e non generica o informale, finendo pertanto per recepire l'orientamento formatosi in giurisprudenza durante la vigenza della disciplina introdotta dal d. lgs. n. 150/2009³⁶. La *ratio* della modifica del 2017 va rinvenuta nell'esigenza di dare effettività al procedimento disciplinare³⁷, anche giustificando istruttorie interne all'amministrazione volte a circoscrivere il più possibile l'addebito da contestare, dando così rilievo alla consegna della relazione interna all'U.p.d. ai fini della

³⁴ Cass. 27 aprile 2023, n. 11039; Cass. 10 luglio 2020, n. 14810; Cass. 15 maggio 2019, n. 13026; Cass. 11 settembre 2018, n. 22075; Cass. 21 marzo 2018, n. 6989; Cass. 25 ottobre 2017, n. 25379.

³⁵ Cass. 25 maggio 2016, n. 10833; Cass. 25 gennaio 2016, n. 1248, in *Foro it.*, 2016, I, 1290; Cass. 3 marzo 2010, n. 5115.

³⁶ Anche la giurisprudenza antecedente al 2009 riteneva che segnalazioni generiche o poco dettagliate, prive dunque di un *minimum* di supporto probatorio, non fossero idonee ad attivare il predetto termine. Per tutte si veda Cass. 23 dicembre 2004, n. 23900, in *Lavoro e prev. oggi*, 2005, p. 547. Sul punto si rinvia a NOVELLO G., TENORE V., *op. cit.*, p. 226; TENORE V., *I termini che cadenzano il procedimento disciplinare*, cit., p. 65; DI PAOLA L., *Il potere disciplinare nel lavoro privato e nel pubblico impiego privatizzato*, Milano, Giuffrè Editore, 2006, p. 371.

³⁷ Così, BOSCATI A., *Note sul licenziamento disciplinare nel lavoro pubblico contrattualizzato*, in *Var. temi dir. lav.*, 2024, fascicolo straordinario, p. 209.

decorrenza del termine per la contestazione dell'addebito. Ragioni di certezza portano infatti ad escludere la rilevanza della mera conoscibilità della condotta da parte dell'Ufficio³⁸, dovendo quest'ultimo ricevere o acquisire una segnalazione concreta che sia affidabile e attendibile³⁹. Ancorare la decorrenza del termine per la contestazione dell'addebito alla generica acquisizione della notizia di un illecito disciplinare da parte di qualsiasi ufficio o dipendente della P.A. porterebbe con sé il rischio un'incertezza, in contrasto non solo con il diritto di difesa dell'incolpato, ma anche e soprattutto con il principio costituzionale di buon andamento⁴⁰.

Quanto affermato sinora vale, come precisato dalla Corte di Cassazione⁴¹, anche nell'ipotesi in cui il procedimento disciplinare abbia ad oggetto, in tutto o in parte, fatti per i quali è in corso un procedimento penale, per i quali sarebbe anche ammessa la sospensione del primo e che comunque, ai fini disciplinari, vanno ad oggi valutati in modo autonomo.

4. *I rapporti tra procedimento disciplinare e procedimento penale: il principio di autonomia*

Quanto detto sul principio di tempestività della contestazione disciplinare non può prescindere dalle possibili interferenze che si vengono a creare tra il procedimento disciplinare e il procedimento penale, quando forme gravi di inadempimento degli obblighi lavorativi sono anche sussumibili in fattispecie di reato⁴².

La riforma del 2009 è intervenuta anche su tale versante, colmando la lacuna esistente nel d. lgs. n. 165/2001, attraverso l'introduzione dell'art. 55 *ter*, dedicato proprio ai rapporti tra i due procedimenti⁴³. Tale norma ha segnato il supe-

³⁸ Cass. 23 dicembre 2021, n. 41374.

³⁹ Cass. 7 aprile 2021, n. 9313.

⁴⁰ BOSCATI A., *Note sul licenziamento disciplinare*, cit., p. 209; PAOLUCCI L., *op. cit.*; Cass. 15 maggio 2019, n. 13026; Cass. 21 gennaio 2018, n. 23771; Cass. 20 marzo 2018, n. 6889; Cass. 10 agosto 2016, n. 16900.

⁴¹ Cass. 20 marzo 2017, n. 7134.

⁴² ESPOSITO M., *Processo penale e procedimento disciplinare nella normativa sul lavoro pubblico: diritto di difesa del dipendente e buon andamento delle amministrazioni pubbliche*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, II, p. 385.

⁴³ Sulla disciplina dei rapporti tra procedimento disciplinare e penale introdotta dalla Riforma Brunetta si vedano BONURA H., CARUSO G., *op. cit.*, pp. 8 ss.; CORSO S., *Procedimento disciplinare e procedimento penale dopo la riforma del d.lgs. n. 150/2009*, in *Lav. pubb. amm.*, 2010, 1, pp. 159 ss.; SORDI P., *I rapporti tra procedimento disciplinare e procedimento penale nelle amministrazioni pubbliche*, in *Lav. pubb. amm.*, 2010, 3-4, pp. 603 ss.; MESSINEO F., *Rapporti tra illecito disciplinare e illecito penale: un buco nella*

ramento della previgente disciplina improntata alla regola della c.d. pregiudiziale penale, la quale aveva finito per precludere una tempestiva attivazione dell'azione disciplinare in presenza di fatti per i quali il pubblico dipendente fosse stato sottoposto ad azione penale, imponendo all'organo disciplinare di sospendere il procedimento eventualmente già avviato, in attesa della conclusione dell'*iter* penale e del relativo giudicato⁴⁴.

La (nota) eccessiva durata dei procedimenti penali (specie considerando i tre gradi di giudizio), mal conciliandosi con la finalità di una reazione immediata all'illecito disciplinare del dipendente⁴⁵, ha quindi indotto il legislatore della Riforma Brunetta ad innovare la disciplina, introducendo il principio generale per cui il procedimento disciplinare che abbia ad oggetto, in tutto o in parte, fatti in relazione ai quali procede l'Autorità Giudiziaria è proseguito e concluso anche in pendenza del procedimento penale.

Tale regola trova applicazione, senza eccezioni, con riferimento alle infrazioni meno gravi, punite con sanzioni non superiori alla sospensione dal servizio e dalla retribuzione fino a dieci giorni. Diversamente, per le infrazioni più gravi, il legislatore ha consentito all'amministrazione di sospendere il procedimento disciplinare fino al termine di quello penale, sebbene limitatamente a quei casi in cui l'accertamento del fatto illecito risulti di particolare complessità oppure qualora, all'esito di una prima istruttoria, il compendio probatorio in possesso dell'amministrazione sia carente per motivare la sanzione⁴⁶.

Il principio di autonomia del procedimento disciplinare rispetto a quello penale non è stato messo in discussione dalla successiva Riforma Madia⁴⁷ che,

riforma Brunetta, in *Lav. pubb. amm.*, 2011, II, pp. 337-343; RAVELLI F., *op. cit.*, pp. 28-31; DI PAOLA L., *La nuova disciplina dell'esercizio del potere disciplinare nel pubblico impiego privatizzato*, cit., pp. 21-25.

⁴⁴ Sulla regola della pregiudizialità penale si vedano SORDI P., *op. cit.*, p. 603; MESSINEO F., *op. cit.*, p. 338; CORSO S., *op. cit.*, pp. 159-162.

⁴⁵ MESSINEO F., *op. cit.*, p. 338. In questo senso si veda anche RICCOBONO A., *L'incidente penale nel sistema disciplinare dell'impiego pubblico privatizzato: procedure, accordi, misure cautelari*, in *Lav. pubb. amm.*, 2020, 3.

⁴⁶ Art. 55 *ter*, primo comma, d. lgs. n. 165/2001, nella versione introdotta dalla Riforma Brunetta. Sulla necessaria alternatività dei due presupposti ivi contemplati si veda TENORE V., *Studio sul procedimento disciplinare nel pubblico impiego*, cit., p. 475; SORDI P., *op. cit.*, p. 607. Per la soluzione di segno opposto si veda RAVELLI F., *op. cit.*, p. 29; RICCOBONO A., *op. cit.*.

⁴⁷ Sulle modifiche apportate dalla Riforma Madia in tema di rapporto tra procedimento disciplinare e giudizio penale si vedano ROMEO C., *op. cit.*, pp. 26-27; BOSCATI A., *Note sul licenziamento disciplinare*, cit., pp. 241-249; RICCOBONO A., *op. cit.*; GARGIULO U., *op. cit.*, pp. 360-363; CORDELLA C., *op. cit.*, pp. 286-289; MARINELLI

nell'ottica di certezza dei tempi dell'azione disciplinare, ha confermato la scelta del 2009 a favore della sospensione dell'azione disciplinare nei casi di particolare complessità o nei casi in cui gli elementi per motivare la sanzione risultino insufficienti, integrandola tuttavia con la possibilità per la P.A. di riattivare il procedimento disciplinare sospeso qualora la stessa venga a conoscenza di elementi nuovi, sufficienti a concludere il procedimento, compreso un "provvedimento giurisdizionale non definitivo"⁴⁸.

Mentre infatti il testo della norma previgente sembrava consentire la riattivazione del procedimento solo dopo il passaggio in giudicato della sentenza⁴⁹, la novella del 2017 consente invece di riattivare il procedimento sanzionatorio interno già prima del giudicato penale, secondo una lettura più coerente con il principio di autonomia del procedimento disciplinare⁵⁰.

Con la Riforma Madia si è venuto così a determinare un superamento definitivo della pregiudiziale penale anche nell'ipotesi in cui la P.A. abbia effettivamente sospeso il procedimento; sicché, in presenza di fatti di evidente rilevanza disciplinare e di non complesso accertamento, il datore non può immotivatamente attendere l'esito degli accertamenti penali, avendo invece l'obbligo di attivarsi tempestivamente.

5. *Alcune considerazioni conclusive*

Nel pubblico impiego contrattualizzato, il principio di immediatezza della contestazione disciplinare richiama l'attenzione su due profili, che vengono così ad intrecciarsi: il primo attiene ai requisiti formali della contestazione, ovverossia della specificità della notizia dell'infrazione⁵¹, ciò in quanto una notizia troppo generica non è idonea a far decorrere il termine per l'invio della contestazione dell'addebito; il secondo riguarda invece i criteri di carattere sostanziale, ovverossia l'aspetto probatorio, in quanto un fatto può essere contestato a condizione che vi sia un *minimum* di supporto probatorio.

M., *op. cit.*

⁴⁸ Art. 55 *ter*, primo comma, d. lgs. n. 165/2001 nella versione introdotta dal d. lgs. n. 75/2017.

⁴⁹ In tal senso SORDI P., *op. cit.*, p. 608; CORSO S., *op. cit.*, p. 167.

⁵⁰ In tal senso di veda CORDELLA C., *op. cit.*, pp. 287-288.

⁵¹ Per un valido avvio del procedimento disciplinare la contestazione deve infatti presentare i caratteri di specificità e immutabilità, senza tuttavia sottostare agli schemi prestabiliti e rigidi dell'accusa del processo penale. In questo senso si vedano Cass. 1° ottobre 2018, n. 23771; Cass. 6 dicembre 2017, n. 29240; Cass. 3 marzo 2010, n. 5115.

Tra la fase di segnalazione e la fase della contestazione può pertanto trascorrere un arco di tempo più o meno ampio, necessario all'amministrazione per effettuare i dovuti approfondimenti istruttori. Se tuttavia con il d. lgs. n. 29/1993 e i contratti collettivi della tornata successiva ad esso il principio di immediatezza, in quanto elastico, era ritenuto compatibile con tale intervallo di tempo⁵², a partire dalla Riforma Brunetta il termine per la contestazione, in quanto perentorio, viene ad essere valutato con maggiore rigore⁵³. In altri termini, se prima delle modifiche apportate dalla riforma del 2009 era prassi per l'amministrazione attendere gli esiti delle indagini condotte dagli organi inquirenti, con l'odierna disciplina il datore di lavoro pubblico non è più vincolato ad attendere gli esiti del procedimento penale o ad utilizzare le prove emerse in tale sede, potendo per contro procedere ad autonome valutazioni e ad attività istruttorie ulteriori. D'altra parte, non si deve dimenticare che un fatto può avere rilevanza disciplinare nonostante venga esclusa o venga meno la sua rilevanza penale.

Il datore di lavoro, attraverso la formale contestazione dell'addebito, deve pertanto portare a conoscenza del lavoratore i fatti emersi a suo carico non appena questi appaiono ragionevolmente sussistenti, non potendo procrastinare la contestazione sino al momento in cui ritiene di averne "assoluta" certezza⁵⁴. La 'piena' conoscenza dei fatti aventi rilevanza disciplinare potrebbe essere conseguentemente esclusa solamente qualora di questi ultimi non si conoscano le connotazioni spazio-temporali oppure non sia certa la loro riferibilità al dipendente e non quando, invece, la notizia sia sufficientemente circostanziata, ma l'ufficio non disponga degli elementi necessari alla formulazione del giudizio; ciò

⁵² Questo in quanto all'epoca la giurisprudenza prevalente qualificava il termine per la contestazione degli addebiti come ordinatorio; conseguentemente, si riteneva che il ritardo con cui la P.A. procedeva alla contestazione degli addebiti non viziava il procedimento qualora tale ritardo fosse giustificato dalla particolarità della situazione accertata, dalla complessità di eventuali e necessarie acquisizioni istruttorie o dalla condotta dell'incolpato. Sul punto v. TENORE V., *Studio sul procedimento disciplinare nel pubblico impiego*, cit., p. 205. Nel senso della relatività ed elasticità nell'applicazione del principio di immediatezza nel pubblico impiego, Cass. 17 settembre 2008, n. 23739; Cass. 23 dicembre 2004, n. 23900, in *Giust. civ.*, 2005, I, 3192; Cass. 9 settembre 2003, n. 131900, in *Giust. civ. mass.*, 2003, 9.

⁵³ L'immediatezza è 'relativa' solo nella fase dei riscontri minimali che precedono l'azione disciplinare, necessari per acquisire una 'piena' conoscenza dei fatti. Una volta raggiunto tale livello di conoscenza, la perentorietà non consentirebbe di procrastinare ulteriormente la contestazione. In questi termini TENORE V., *Studio sul procedimento disciplinare nel pubblico impiego*, cit., p. 341.

⁵⁴ TENORE V., *Studio sul procedimento disciplinare nel pubblico impiego*, cit., p. 341.

in quanto tali elementi dovrebbero essere acquisiti nel corso del procedimento, a seguito del contraddittorio con l'incolpato⁵⁵.

Non si deve infine dimenticare come la mancata attivazione dei procedimenti disciplinari o il loro immotivato abbandono possa generare responsabilità disciplinari in capo all'inerte dirigenza⁵⁶. Secondo la dottrina maggioritaria⁵⁷ l'azione disciplinare nel pubblico impiego sarebbe infatti improntata al principio di obbligatorietà, in virtù del quale l'impunita tolleranza di fenomeni di illegalità all'interno dell'apparato pubblico risulterebbe incompatibile con il perseguimento dei principi costituzionali di buon andamento della P.A. e di legittimità dell'azione amministrativa previsti dall'art. 97 Cost.

MICHELA TUROLDO

Dottoranda di ricerca in Diritto del lavoro nell'Università di Udine

⁵⁵ DI PAOLANTONIO A., *op. cit.*, p. 862.

⁵⁶ L'art. 55 *sexies*, d.lgs. n. 165/2001, così come modificato dal d.lgs. n. 75/2017, ha infatti disposto la sospensione dal servizio fino ad un massimo di tre mesi, o la sanzione più grave del licenziamento, in caso di mancato esercizio o decadenza dall'azione disciplinare dovuti all'omissione o al ritardo senza giustificato motivo degli atti del procedimento disciplinare, ovvero a valutazioni manifestamente irragionevoli di insussistenza dell'illecito in relazione a condotte aventi evidente ed oggettiva rilevanza disciplinare.

⁵⁷ DI PAOLANTONIO A., *op. cit.*, pp. 846 ss.; TENORE V., *Studio sul procedimento disciplinare nel pubblico impiego*, cit., p. 399; VILLA E., *Il fondamento del potere disciplinare nel lavoro pubblico privatizzato alla luce delle più recenti riforme*, in *Lav. pubb. amm.*, 2013, 6, pp. 967 ss.; VOZA R., *Fondamento e fonti del potere disciplinare nel lavoro pubblico*, in *Lav. pubb. amm.*, 2011, 5, pp. 658 ss. Parlano invece di obbligatorietà di fatto MAZZANTI C., *op. cit.*, p. 69; MARTELLONI F., *op. cit.*, p. 555; RAVELLI F., *op. cit.*, pp. 24 ss.

Operazioni straordinarie *cross-border* e responsabilità verso i creditori: il labile confine tra *lex societatis* e *lex concursus**

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il dissesto patrimoniale a seguito di operazioni straordinarie *cross-border*. 3. - “Concorsualizzazione” del diritto societario e Regolamento UE sulle insolvenze transfrontaliere. – 4. Presupposti normativi alla base dell’azione di responsabilità dei creditori nei confronti degli amministratori. – 5. Compatibilità dell’art. 2086 c.c. con gli strumenti di tutela per i creditori previsti dalla normativa di recepimento del D.lgs 19/2023. – 6. Fattispecie peculiare di responsabilità degli amministratori: le osservazioni dei creditori.

1. Premessa

Come noto, negli ultimi trenta anni (almeno) si è assistito a numerosi importanti interventi della Corte di Giustizia dell’UE sul tema della compatibilità dei trasferimenti di sede all’estero (sia essi realizzati mediante trasformazione, fusione o scissione *cross-border*) con il principio della libertà di stabilimento previsto dagli artt. 49 e 54 TFUE¹.

* Il contributo è il frutto della ricerca finanziata dall’Unione europea-Next Generation EU, Missione 4 Componente 1 CUP G23C22001210003.

¹ In particolare, si fa riferimento alle più note sentenze CGUE *Daily Mail*, 1988 (C- 81/87); *Centros*, 1999 (C- 212/97); *Überseering*, 2002 (C- 208/00); *Inspire Art*, 2003 (C- 167/01); *Cartesio*, 2008 (C- 210/06); *Vale*, 2012 (C-378/10) e *Polbud*, 2017 (C- 106/16). Per un’analisi di dette pronunce, *ex multis* v. BOGGIO L., *Mobilità transfrontaliera delle società e continuità soggettiva nell’Unione Europea*, Torino, Giappichelli, 2022, 25 ss.; PEDERZINI E., *La libertà di stabilimento delle società europee nell’interpretazione evolutiva della Corte di Giustizia. Armonizzazione e concorrenza tra ordinamenti nazionali*, in Pederzini (a cura di), *Percorsi di diritto societario europeo*, Torino, Giappichelli, 2020, 99; CRESPI S., *La mobilità delle società nell’Unione Europea*, Torino, 2016, 159 ss.; MUCCIARELLI F.M., *Società di capitali, trasferimento all’estero della sede sociale e arbitraggi normativi*, Milano, Giuffrè, 2010, 91 ss.

Da ultimo, si segnala anche un recente intervento della CGUE sul tema con la sentenza *Edil Work e S.T.* (C- 276/22) del 25 aprile 2024, con la quale si è dichiarato che gli artt. 49 e 54 TFUE “ostano alla normativa di uno Stato membro che prevede,

Tale interpretazione, ossia la compatibilità della mobilità intraeuropea delle società con la libertà di stabilimento, è stata da ultimo confermata anche dalla Direttiva 2019/2121/UE del Parlamento europeo e del Consiglio – di recente recepita in Italia con il D.lgs. 2 marzo 2023 n. 19 -, la quale ha disciplinato per la prima volta nel contesto dell'UE le operazioni straordinarie transfrontaliere in modo unitario².

Secondo la recente normativa, si intendono per operazioni straordinarie transfrontaliere: le trasformazioni, le fusioni e le scissioni realizzate tra società regolate da diversi ordinamenti dell'UE, in particolare tra società che hanno o la sede legale, o l'amministrazione centrale ovvero il centro dell'attività principale all'interno dell'UE (ovvero dello SEE)³.

in via generale, l'applicazione del suo diritto nazionale agli atti di gestione di una società stabilita in un altro Stato membro [a seguito di trasformazione transfrontaliera] ma che svolge la parte principale delle sue attività nel primo Stato membro". In commento a detta sentenza, cfr. DE LUCA N., *Applicazione del diritto italiano alle società esterovestite: il no della Corte di Giustizia. Prima riflessioni sul caso del Castello di Tor Crescenza*, in *Foro it.*, 2024, IV, 235 ss.; MUCCIARELLI F.M., *Società estere con amministrazione o sede sociale in Italia e libertà di stabilimento: la giurisprudenza della Corte di Giustizia nasce da errori, equivoci e curiosi fatti di cronaca rosa*, in *Giur. comm.*, 2024, II, 930 ss. Per un approfondimento sulla questione giuridica sottesa al rinvio pregiudiziale alla CGUE, v. BOGGIO L., *Trasformazioni transfrontaliere e "lex societatis" nel prisma della libertà di stabilimento*, in *Giur. It.*, 2022, 2153 ss.; MUCCIARELLI F.M., *Il diritto societario italiano e le società estere con oggetto nel territorio nazionale: la Corte di Cassazione rimette una questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia*, in *Giur. comm.*, 2023, II, 62 ss.

² La Direttiva 2019/2121/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 novembre 2019 ha modificato la Direttiva 2017/1132/UE. In commento a detta normativa v. DI SARLI M., *Il quadro della disciplina europea in corso di recepimento*, in Di Sarli M., Cavanna M., *Le operazioni straordinarie transfrontaliere*, in Montalenti P. (a cura di), *Le società*, in Ajani G., Benacchio G.A. (diretto da), *Trattato di diritto privato dell'Unione Europea*, Giappichelli, Torino, 2022, 643 ss.; SCHMIDT J., *Cross-border mergers, divisions and conversions: accomplishments and deficits of Company Law Package*, in *ECFR*, 2019, 222 ss.

Quanto al decreto di recepimento, cfr. BUSANI A., *Fusioni, scissioni e trasformazioni transfrontaliere e internazionali*, Milano, Wolters Kluwer, 2023; RINALDO C., *Le trasformazioni transfrontaliere*, in *NLCC*, 2023, 1399 ss.; ID., *Per una ricostruzione sistematica della trasformazione transfrontaliera*, in *Riv. soc.*, 2024, 405 ss.; MAGLIULO F., *L'attuazione della direttiva (UE) 2019/2121 nell'ordinamento italiano*, in *Riv. Not.*, 2023, 481 ss.; CORTI M., SPERANZIN M., *Il recepimento in Italia della direttiva sulle operazioni transfrontaliere (EU Mobility Directive). Suggerimenti per un rilancio del dibattito sulla partecipazione?*, in *RGL*, 2024, 475 ss.; MALBERTI C., *Le scissioni transfrontaliere dopo la direttiva (UE) 2019/2121 e il d.lgs. 19/2023*, in *Riv. soc.*, 2024, 375 ss.

³ Artt. 86-bis, 160-bis Direttiva 2019/2121; Art. 1, comma 1, lett. d) e f) D.lgs. 19/2023.

Dunque, il principale effetto derivante dall'intervento del giudice europeo prima, e del legislatore europeo poi, è stato quello di favorire una vera e propria potenziale concorrenza tra ordinamenti giuridici europei in relazione al diritto societario. In altri termini, si è favorito lo sviluppo del c.d. arbitraggio normativo⁴; vale a dire, l'insieme di politiche ed interventi normativi effettuati da un Paese per incentivare l'ingresso nel proprio territorio nazionale di società estere, rendendo più attraente - in questo contesto - il diritto societario.

Per contro, questa apertura che si è avuta sul piano del diritto societario non si è replicata anche sul piano del diritto concorsuale. Ciò, perché il mutamento di *lex societatis* - effetto conseguente alle operazioni *cross-border* - è stato (spesso) percepito come un'operazione avente finalità opportunistiche ed elusive in danno ai creditori, soprattutto se effettuate in prossimità di una situazione di crisi o di insolvenza.

Per tale ragione, molti ordinamenti europei, in risposta alle operazioni effettuate potenzialmente in danno ai creditori sociali (nonostante ora la vigenza di un procedimento armonizzato a livello UE), stanno seguendo la tendenza a "concorsualizzare" alcune norme di diritto societario, soprattutto quelle relative alla responsabilità degli amministratori e alla conservazione patrimoniale⁵. Me-

⁴ Già con la sentenza *Centros* prese avvio il fenomeno del "mercato delle regole", che pose i diversi ordinamenti nazionali in concorrenza tra loro per la costruzione di un ambiente normativo più efficiente per lo sviluppo del mercato unico europeo. Sul tema, cfr. PERNAZZA F., *Corporate Governance e arbitraggio regolamentare. Premesse metodologiche e valutazioni operative*, in *Riv. Corp. Gov.*, 2024, 309 ss.; POMELLI A., *Dall'arbitraggio regolamentare all'arbitraggio sistemico: il vero gioco (e rischio) delle migrazioni societarie in Olanda*, in *Riv. Corp. Gov.*, 2024, 337 ss.; PEDERZINI E., *op. cit.*, 110; LOMBARDO S., *Regulatory competition in European company law. Where do we stand twenty years after Centros?*, in *Riv. dir. bancario*, 2019, 297 ss.; ENRIQUES L., ZORZI A., *L'armonizzazione europea del diritto degli stati membri in materia societaria: profili generali*, in Benedettelli-Lamandini (a cura di), *Diritto societario europeo e internazionale*, 2017, 179, 190 ss.; ID., *Armonizzazione e arbitraggio normativo nel diritto societario europeo*, in *Riv. soc.*, 2016, 775, 788 ss.; MUCCIARELLI F.M., *Società di capitali, trasferimento all'estero della sede sociale e arbitraggi normativi*, *cit.*, 207 ss.; CRESPI S., *op. cit.*, 86 ss.

⁵ Sul tema, cfr. MUCCIARELLI F.M., *Doveri degli amministratori di società in crisi, lex concursus e sovranità nazionale*, in *NLCC*, 2020, 698, 717 ss.; ID., *La libertà di stabilimento e la crisi della legittimazione politica del diritto societario*, in *Riv. Corp. Governance*, 2024, 375, 381; ABU AWWAD A., *Concorrenza tra ordinamenti e diritto della crisi di impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 2022, I, 225, 226 ss., la quale si riferisce al fenomeno in esame come "*insolvencification*" del diritto societario. Esempio plastico di tale politica normativa nell'ordinamento italiano è quello relativo all'introduzione nel 2019 del nuovo art. 2086, comma 2, c.c. il quale rappresenta uno strumento normativo ancillare all'art. 3 cc.ii. In relazione agli assetti di cui all'art. 2086 c.c., si parla anche di "diritto societario della crisi", cfr. FORTUNATO S., *Codice della crisi e codice civile: impresa, assetti*

dianche tale tecnica normativa, pertanto, si vengono a riqualificare alcune norme tipicamente rientranti nell'ambito della *lex societatis* all'interno dell'ambito applicativo della *lex concursus*, al fine di sfruttare il diverso criterio di collegamento (il COMI)⁶, che consente di applicare anche alle società estere il proprio diritto concorsuale.

Considerato ciò, risulta interessante analizzare le ripercussioni di questa tendenza normativa sulle operazioni *cross-border* dove muta la *lex societatis*, specialmente nei casi in cui all'esito di queste dovesse derivare un eventuale dissesto patrimoniale⁷. Infatti, i trasferimenti all'estero sono operazioni complesse, sia dal punto di vista procedimentale (oggi, forse, ancora di più per via della peculiare disciplina del d.lgs. 19/2023), sia dal punto di vista dei costi. Appare quindi possibile, e non del tutto peregrino, che all'esito di operazioni di tale portata, la società potrebbe ritrovarsi in una difficile situazione economico patrimoniale potenzialmente rientrante nella definizione di crisi (quindi di probabile insolvenza), ovvero aggravare la situazione di crisi già esistente.

Orbene, con il presente scritto si intende approfondire un profilo correlato (e di estrema rilevanza pratica) a tale tendenza normativa, ovvero sia comprendere se gli amministratori di una società che ha mutato la *lex societatis* - pur lasciando la sede operativa in Italia - possano incorrere in azioni di responsabilità instaurate dai creditori per aver realizzato un'operazione *cross-border* che ha condotto ad un dissesto patrimoniale⁸.

2. Il dissesto patrimoniale a seguito di operazioni straordinarie cross-border

Prima di entrare nel merito della questione di studio è necessario indagare in quali termini un'operazione straordinaria *cross-border* possa effettivamente

organizzativi e responsabilità, in *Riv. soc.*, 2019, 952, 957.

⁶ Ai sensi dell'art. 3 del Regolamento UE 848/2015 (regolamento sulle insolvenze transfrontaliere), il COMI (*Center of main interests*) è *il luogo in cui il debitore esercita la gestione dei suoi interessi in modo abituale e riconoscibile dai terzi*.

⁷ Sulle conseguenze patrimoniali delle operazioni straordinarie, cfr. LLAMAS POMBO E., *Responsabilidad por daños en modificaciones estructurales*, in *Actualidad civil*, n. 5, 2024, 2 (versione online).

⁸ Merita segnalare che il tema sarà lambito prossimamente dalla nuova Direttiva *Insolvency II*, la cui Proposta del 7 dicembre 2022 è attualmente in corso di approvazione. La nuova direttiva è volta ad armonizzare *“taluni aspetti del diritto in materia di insolvenza”*, aggiungendosi alla Direttiva 2019/1023 (*Insolvency*) e al Reg. UE 2015/848 in tema di insolvenze transfrontaliere. In particolare, per un primo commento alla proposta, cfr. BASSI A., *Brevi note sulla Proposta di Direttiva UE 7.12.2022 che armonizza “taluni aspetti del diritto in materia di insolvenza”*, in *Giur. comm.*, 2024, I, 244 ss.

condurre ad una insufficienza patrimoniale, tale da influire sulla riuscita stessa dell'operazione e sulla continuità dell'attività d'impresa.

Con riferimento a tale profilo, si è fatto riferimento al tema dei costi conseguenti ad un'operazione transfrontaliera, i quali dovrebbero essere considerati durante la fase di redazione del progetto di operazione da parte dell'organo amministrativo. In particolare, le uscite che si devono tenere in considerazione sono: i "costi procedurali diretti" e i "costi procedurali indiretti".

Quanto ai primi, vengono in rilievo principalmente le spese legate agli oneri pubblicitari e all'intervento dei professionisti (sia nazionali, sia dell'ordinamento di destinazione) necessari alla realizzazione dell'operazione, e quindi: notai, avvocati, commercialisti, tributaristi, consulenti del lavoro.

I secondi, invece, pur non rappresentando costi legati in senso stretto con l'attuazione del procedimento previsto dal D.lgs. 19/2023, sono probabilmente le spese che incidono in misura maggiore sul patrimonio della società e, in generale, sulla riuscita stessa della modificazione statutaria. Nello specifico, quest'ultimi sono gli esborsi riferibili essenzialmente alle tutele degli *stakeholders*; vale a dire: la liquidazione delle partecipazioni ai soci recedenti e la costituzione di garanzie ovvero il pagamento dei creditori, specialmente quelli pubblici (art. 30 d.lgs. 19/2023).

Risulta pertanto indiscutibile che un'operazione *cross-border* possa comportare una "emorragia"⁹ di risorse finanziarie tale da incidere notevolmente sul patrimonio sociale, col rischio di giungere ad una situazione di crisi, o addirittura di insolvenza¹⁰.

⁹ Sul punto, v. VASTA C., *Recesso da società per azioni e diritti sociali*, Milano, Giuffrè, 2020, 6, che utilizza tale concetto per esprimere la rilevante fuoriuscita di sostanze necessarie a liquidare le partecipazioni dei soci recedenti.

¹⁰ L'ipotesi della rilevante "emorragia" finanziaria a seguito del recesso di un numero consistente di soci ovvero per il pagamento dei creditori, non è così del tutto remota. Infatti, nella prassi delle operazioni straordinarie transfrontaliere, si nota che gli amministratori adottano soluzioni atte a prevenire fuoriuscite ingenti di patrimonio, condizionando l'efficacia della delibera assembleare approvante il progetto. Sul punto, si segnala il recente esempio del progetto di trasformazione transfrontaliera della società Brembo S.p.a. in società olandese (il progetto è pubblicato sul sito *web* della società), che prevedeva la seguente clausola (pag. 3 del progetto): "*Il perfezionamento della Trasformazione Transfrontaliera [...] è subordinato all'avveramento (o alla rinuncia) delle seguenti condizioni sospensive [...]:*

i) [...];

ii) che l'ammontare in denaro eventualmente da pagarsi da parte della società

a) Ai sensi dell'art. 2437 quater c.c. agli azionisti che abbiano esercitato il recesso;

b) Ai creditori [...] che hanno proposto opposizione [...];

non ecceda complessivamente l'importo di Euro 200.000.000 [...].

Perciò, di fronte alla situazione di crisi conseguente ad un'operazione straordinaria transfrontaliera *cross-border* appare necessario valutare se vi siano responsabilità addebitabili all'organo amministrativo, soprattutto in relazione all'attuazione degli assetti di cui all'art. 2086, secondo comma, c.c., che teoricamente dovrebbero prevenire e rilevare anticipatamente la crisi. Relativamente a ciò, si pone il problema di individuare l'ordinamento giuridico competente a disciplinare i procedimenti giurisdizionali in tema di responsabilità degli amministratori di società in crisi.

3. *“Concorsualizzazione” del diritto societario e Regolamento UE sulle insolvenze transfrontaliere*

La questione in tema assume maggiormente rilievo nel caso in cui all'esito dell'operazione *cross-border* si giunga ad una dissociazione tra lo Stato in cui viene fissata la sede legale (sia in fase costitutiva, sia in fase di operazione straordinaria *cross-border*) - al quale compete la regolamentazione della c.d. *lex societatis* -, e lo Stato in cui è effettivamente svolta l'attività imprenditoriale (che potrebbe essere il Paese di origine della società prima del trasferimento di sede legale all'estero).

Sul piano del diritto societario, in ragione della granitica giurisprudenza della CGUE e della Direttiva, i Paesi membri non hanno la possibilità di poter intervenire a limitare suddette operazioni, rendendo maggiormente gravoso l'esercizio della libertà di stabilimento, applicando il proprio diritto societario a realtà societarie formalmente estere ma operanti nel proprio territorio¹¹.

D'altro canto, però i diversi ordinamenti hanno piena libertà di ampliare o ridurre il perimetro delle fattispecie regolate dalla *lex concursus*; specificatamente, gli istituti volti a tutelare i creditori nella fase di prossimità di crisi. A vantaggio di questi interventi normativi vi è proprio la visione del legislatore europeo sulle tematiche di crisi d'impresa, caratterizzata dal favorire l'anticipazione sia del rilevamento della situazione di crisi, sia del ricorso agli strumenti di risoluzione della crisi o insolvenza.

Ne consegue che se si anticipa l'applicazione del diritto concorsuale ad una fase in cui non vi è ancora una conclamata insolvenza, ma solo una probabilità, anche i doveri degli amministratori devono subire un adeguamento alle nuove finalità imposte alla società.

¹¹ Ad eccezione della possibilità di introdurre limitazioni alla mobilità transfrontaliera giustificate da motivi generali di interesse pubblico secondo il c.d. *test Gebhard*, così come elaborato dalla famosa sentenza CGUE, *R. Gebhard v. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Milano*, del 30 novembre 1995 (C-55/94). Sul tema, si rinvia *ex multis*, MUCCIARELLI F.M., *Società di capitali, trasferimento all'estero della sede sociale e arbitraggi normativi*, cit., 117 ss.

Alla base di tale scelta normativa (“concorsualizzazione”), vi è la vigenza di norme europee sulla crisi di impresa che seguono un criterio di collegamento totalmente alieno a quello del diritto societario (generalmente quello della sede legale). Tale disciplina emerge dal Regolamento UE n. 848/2015 sulle insolvenze transfrontaliere, il quale all’art. 3 determina come criterio per individuare la legge applicabile e la giurisdizione nazionale in materia di crisi di impresa, il c.d. centro principale degli interessi del debitore (COMI). Vale a dire il luogo presso cui il debitore conduce i propri interessi regolarmente ed è soprattutto riconoscibile dai terzi.

Ai sensi della disciplina europea, poi, sussiste la presunzione di coincidenza tra sede legale e COMI, salvo prova contraria. Ciò comporta che se la presunzione viene superata, lo Stato in cui è installata la sede legale ha la competenza a regolare gli aspetti ricadenti nell’ambito del diritto societario; mentre, lo Stato in cui è presente il COMI è competente in tema di diritto concorsuale.

Ne deriva che sarà lo Stato in cui è localizzato il COMI ad avere giurisdizione e competenza nelle azioni di natura concorsuale e pre-concorsuale, e in generale nell’applicazione delle procedure concorsuali. Si capisce pertanto l’interesse degli Stati a riquilibrare norme di diritto societario in concorsuali di modo che possano intervenire a regolare le società estere (divenute tali anche a seguito della mobilità intraeuropea) presenti nel loro territorio.

Considerato ciò, è possibile per un creditore italiano poter esperire un’azione di responsabilità contro gli amministratori di una società trasferitasi all’estero che continua ad avere il COMI in Italia per aver causato una situazione di crisi?

4. *Presupposti normativi alla base dell’azione di responsabilità dei creditori nei confronti degli amministratori*

In presenza di una situazione di crisi conseguente ad un’operazione *cross-border* i creditori parrebbero interessati ad instaurare un’azione di responsabilità verso gli amministratori *ex art.* 2394 c.c. per aver violato i doveri inerenti alla conservazione patrimoniale, in particolare alla luce della stringente disciplina sugli assetti di cui all’art. 2086, secondo comma, c.c.

Con riguardo a quest’ultima norma, emerge che la stessa - come accennato *supra* - prescrive in modo tacito il dovere degli amministratori di mantenere patrimonializzata la società ai fini della solvenza prospettica. Ci si interroga però se tale presupposto normativo sia sufficiente e adatto a far acquisire allo Stato del COMI la competenza a giudicare sulla responsabilità degli amministratori di una società entrata in crisi.

Il dovere di conservazione patrimoniale presenta oggi un peculiare contenuto a seguito della riforma del diritto concorsuale del 2019 che ha portato alla mo-

dificazione dell'art. 2086 c.c.¹². Infatti, il nuovo secondo comma dell'articolo, richiedendo l'adozione di adeguati assetti amministrativi, organizzativi e contabili, impone implicitamente ai gestori l'onere di vigilare su un'adeguata patrimonializzazione della società in vista della solvenza prospettica¹³. In altri termini, il nuovo secondo comma rappresenta ora "una vera e propria clausola generale che impone un dovere di corretta gestione, 'trasversale' rispetto ai modelli di organizzazione collettiva dell'attività"¹⁴.

¹² L'art. 375 del D.lgs. 14/2019 ha novellato l'art. 2086 c.c., funzionalizzando i doveri degli amministratori in esso previsti alla corretta gestione della società al fine di prevenire la crisi d'impresa. A seguito della riforma, la dottrina è stata prolifica sul tema; v. *ex multis*: IRRERA M., *La responsabilità degli amministratori nella predisposizione di assetti adeguati*, in *Dir. ed econ. impresa*, 2024, 138 ss.; STRAMPELLI G., *La prevenzione e la tempestiva emersione della crisi d'impresa. Dal capitale sociale agli assetti adeguati*, in *AGE*, 2023, 87 ss.; STANGHELLINI L., *Il governo della società fra codice civile e codice della crisi*, in *AGE*, 2023, 19 ss.; PORTALE G.B., *Il codice italiano della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Tra fratture e modernizzazione del diritto societario (capitale sociale adieu?)*, in *AGE*, 2023, 5 ss.; AMBROSINI S., *Doveri degli amministratori di s.p.a., Business Judgement Rule e azioni di responsabilità alla luce del codice della crisi*, in Donativi (diretto da), *Trattato delle società*, t. II, 2022, 2059 ss.; BENEDETTI A.M., *Gli "assetti organizzativi adeguati" tra principi e clausole generali. Appunti sul nuovo art. 2086 c.c.*, in *Riv. soc.*, 2023, 964 ss.; MONTALENTI P., *Assetti organizzativi e organizzazione dell'impresa tra principi di corretta amministrazione e business judgement rule: una questione di sistema*, in *Nuovo dir. soc.*, 2021, I, 11 ss.; CALANDRA BUONAURA V., *Corretta amministrazione e adeguatezza degli assetti organizzativi nella Società per azioni*, in *Giur. comm.*, 2020, I, 439 ss.; FORTUNATO S., *op. cit.*, 952 ss.

¹³ HOUBEN M., *Quel che resta del capitale: l'esperienza italiana e le prospettive della repubblica popolare cinese. Dal capitale congruo al patrimonio funzionale alla solvibilità prospettica?*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2023, 386, 390 ss.; in termini simili anche IRRERA M., *La responsabilità degli amministratori nella predisposizione di assetti adeguati*, *cit.*, 144.

¹⁴ Così, MONTALENTI P., *Gestione dell'impresa, assetti organizzativi e procedure di allerta dalla "Proposta Rordorf" al Codice della crisi*, in Aa.Vv., *La nuova disciplina delle procedure concorsuali. In ricordo di Michele Sandulli*, Torino, Giappichelli, 2019, 482, 483; in termini simili anche, BENEDETTI A.M., *op. cit.*, 965, secondo cui "la crisi deve essere prevenuta con rimedi di tipo (anche) giuridico, espressi attraverso (o basati su) principi, clausole generali e responsabilità"; MIRONE A., *Assetti organizzativi, riparti di competenze e modelli di amministrazione: appunti alla luce del "decreto correttivo" al codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Giur. comm.*, 2023, I, 183 ss.; FORTUNATO S., *op. cit.*, 958; DI CATALDO V., ROSSI S., *Nuove regole generali per l'impresa nel nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza*, in *RDS*, 2018, 745, 746.; IRRERA M., *Adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile*, in Donativi V. (diretto da), *Trattato delle società*, t. II, Milano, Utet, 2022, 1550, 1552; ABRIANI N., ROSSI A., *Nuova disciplina della crisi d'impresa e modificazioni del codice civile: prime letture*, in *Società*, 2019, 393 ss.

Invero, con l'introduzione del codice della crisi e dell'insolvenza, sulla scorta della Direttiva c.d. *Insolvency*¹⁵, si è passati da una nozione di crisi statica ad una dinamica, non più basata sui risultati conseguiti, ma sulla capacità prospettica di adempiere alle obbligazioni¹⁶. In tal modo, si è anticipato il momento operativo della *lex concursus*, che non richiede più una insolvenza conclamata per trovare applicazione, ma solo la situazione di probabile insolvenza (e quindi di crisi)¹⁷. Ne consegue che in merito all'art. 2086, secondo comma, c.c. una parte della dottrina ritiene che la disciplina ivi prevista abbia una natura concorsuale¹⁸, a conferma di ciò basti considerare il fatto che l'art. 2086, secondo comma, c.c. rappresenta una specificazione dell'art. 3 cc.ii.

Tra l'altro, tale interpretazione si pone sullo stesso tracciato segnato antecedentemente dalla CGUE con la famosa sentenza *Kornhaas*¹⁹, con la quale i giudici europei hanno qualificato le azioni di responsabilità instaurate in una situazione di prossima insolvenza (ossia, di crisi) quali "*condizioni per l'apertura della procedura di insolvenza*", perciò rientranti nell'ambito applicativo della *lex concursus* e, in particolare, della normativa europea sulle insolvenze transfrontaliere (Reg. UE 848/2015). In più, nella medesima occasione, la Corte aveva individuato le

¹⁵ Direttiva 2019/1023/UE del 20 giugno 2019.

¹⁶ IRRERA M., *La responsabilità degli amministratori nella predisposizione di assetti adeguati*, in *Diritto ed Economia dell'Impresa*, 2024, 138, 144.

¹⁷ MUCCIARELLI F.M., *Doveri degli amministratori di società in crisi*, *lex concursus e sovranità nazionale*, cit., 724.

¹⁸ MUCCIARELLI F.M., *Doveri degli amministratori di società in crisi*, *lex concursus e sovranità nazionale*, cit., 734 ss.; in termini simili, anche BENEDETTI A.M., *op. cit.*, 964 ss.; DI CATALDO V., *Assetti organizzativi della società per azioni e adeguatezza. Alcuni profili fin qui un po' trascurati*, in *Giur. comm.* 2024, 250, 261.

¹⁹ Sentenza CGUE, 10 dicembre 2015, C-594/14, *Simona Kornhaas c. Thomas Dithmar*, con cui la Corte rispose al quesito sottopostole rispetto la compatibilità della qualificazione come *lex concursus* delle norme tedesche sulla responsabilità degli amministratori durante la fase di insolvenza ovvero di sovraindebitamento con la libertà di stabilimento. Per un commento alla sentenza, v. MUCCIARELLI F.M., *Doveri degli amministratori di società in crisi*, *lex concursus e sovranità nazionale*, cit., 719 ss.; ID., *La libertà di stabilimento e la crisi della legittimazione politica del diritto societario*, cit., 381 ss.; LOMBARDO S., *op. cit.*, 299 ss.; PALOMA TREVES E., *Protección de los acreedores en situación transfronterizas: (STJUE de 10 diciembre de 2015, Asunto C-594/2014: Kornhaas)*, in *La Ley UE*, 2016, n. 38, (online); SZYDŁO M., *Directors' duties and liability in insolvency and the freedom of establishment of companies after Kornhaas*, in *Common Market Law Review*, 2017, 1853 ss.; RINGE W.G., *Kornhaas and the Challenge of Applying Keck in Establishment*, in *European Law Review*, 2017, 270 ss.; RECAMAN GRAÑA E., *La protección de la masa del concurso como limite a la Libertad de establecimiento tras Kornhaas*, in *Rev. der. concursal y paraconcursal*, 2019, n. 30, 191 ss.;

materie che sono necessariamente regolate dalla *lex societatis*, ossia i presupposti e le procedure di costituzione della persona giuridica e le regole sullo stabilimento all'estero, lasciando quelle che residuano alla libera qualificazione da parte dello Paese membro.

Considerato quanto fin qui esposto, pare verosimile che l'art. 2086 c.c. risulti potenzialmente applicabile anche agli amministratori di società estere operanti in Italia (sia costituite all'estero, sia divenute tali a seguito di operazioni straordinarie), in ragione della presenza del COMI nel nostro ordinamento.

Ovviamente l'altra norma che viene in rilievo nell'ipotesi di responsabilità degli amministratori nei confronti dei creditori, è l'art. 2394 c.c., il quale rappresenta una norma di protezione generale dell'interesse dei creditori sociali a non vedere pregiudicata la garanzia patrimoniale. Vale a dire, dunque, che l'azione è posta a tutela non delle singole aspettative individuali, ma del pregiudizio complessivo arrecato al patrimonio sociale, e quindi a favore dell'intera massa di creditori²⁰.

5. *Compatibilità dell'art. 2086 c.c. con gli strumenti di tutela per i creditori previsti dalla normativa di recepimento del D.lgs 19/2023*

Vista, quindi, la potenziale applicabilità dell'art. 2086 c.c. agli amministratori di società italiane divenute estere, occorre volgere l'attenzione su un ulteriore profilo preliminare, prima di fornire una risposta al quesito iniziale. Esso concerne la compatibilità della responsabilità *ex art. 2086 c.c.* con il procedimento previsto dal D.lgs. 19/2023 per l'attuazione di operazioni straordinarie transfrontaliere.

Nello specifico, si ritiene dirimente comprendere se possa integrare una violazione dei doveri *ex art. 2086*, secondo comma, c.c. l'eventuale dissesto patrimoniale causato da un'operazione *cross-border* attuata proprio mediante il procedimento del d.lgs. 19/2023.

²⁰ Cfr. BRIZZI F., *Doveri degli amministratori e tutela dei creditori nel diritto societario della crisi*, Torino, Giappichelli, 2015, 175; ANGELICI C., *La società per azioni. Principi e problemi*, in Cicu-Messineo-Mengoni (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, Giuffrè, 2012, 431 ss.

Sul tema però è necessario sottolineare la non uniformità della dottrina in merito alla natura della responsabilità dell'azione di cui all'art. 2394 c.c.; in particolare, si discute se la responsabilità sia contrattuale o extracontrattuale, e se l'azione sia autonoma ovvero surrogatoria. Per una precisa illustrazione della discussione dottrinale, si rinvia - *ex multis* - a FRONTALI J., *Responsabilità verso i creditori sociali (art. 2394) e azioni di responsabilità nelle procedure concorsuali (art. 2394-bis)*, in Marchetti C. (a cura di), *La responsabilità degli amministratori nelle società di capitali*, Torino, Giappichelli, 2021, 139 ss.; BUTA G.M., *Art. 2394*, in Abbadessa-Portale (diretto da), *Le società per azioni*, Milano, Giuffrè, 2016, 1434 ss.; SAMBUCCI L., *Art. 2394*, in Niccolini-Stagno d'Alcontres (a cura di), *Società di capitali*, Napoli, Jovene, 2004, 698 ss.

In tema, la disciplina di recepimento si caratterizza per aver elaborato un sistema di tutele a favore dei creditori - a detta di alcuni - "iper protettivo"²¹, per i quali sono predisposte numerose guarentigie. Quest'ultime sono classificabili in due gruppi in ragione del soggetto tenuto ad attivarle, cosicché si hanno: tutele obbligatorie legate al procedimento, e tutele eventuali rimesse alla volontà dei creditori.

Le prime, in realtà, corrispondono a vere e proprie fasi del procedimento attuativo, dal momento che sono: *i*) la redazione ad opera dell'organo amministrativo del progetto di operazione straordinaria *cross-border*, il cui contenuto può presentare le eventuali garanzie offerte ai creditori; *ii*) la pubblicazione del suddetto progetto mediante iscrizione nel registro delle imprese; *iii*) il controllo notarile dell'anti-abusività dell'operazione ai fini del rilascio del certificato preliminare.

Con riguardo alle seconde, invece, come detto, sono tutele meramente eventuali, vale a dire che spetta al singolo creditore valutare la propria posizione e decidere se attivarle o meno. Nello specifico, quest'ultime si possono individuare nei seguenti strumenti: *i*) diritto di presentare osservazioni al progetto direttamente all'organo amministrativo; *ii*) diritto di opposizione all'operazione straordinaria ovvero di chiedere il pagamento o ancora di ottenere una garanzia; *iii*) diritto al risarcimento dei danni conseguenti all'invalidità dell'operazione; *iv*) infine, la *perpetuatio iurisdictionis* del diritto nazionale previgente per i due anni successivi all'efficacia dell'operazione per ottenere il pagamento dei crediti.

Inoltre, all'art. 30 d.lgs. 19/2023 vi è un'estesa disciplina riservata ai creditori pubblici (principalmente: Agenzia delle Entrate, Inps, Inail), i quali possono sicuramente accedere alle tutele ordinarie, ma in più possono - sinteticamente - bloccare il rilascio del certificato preliminare se non attestano che la società uscente abbia adempiuto correttamente ai propri debiti nei loro confronti.

Tale sistema di tutele risulta, quindi, funzionale ad assicurare ai creditori che l'operazione intrapresa dalla società debitrice non è effettuata con finalità opportunistiche ed elusive in loro danno. Oltre al fatto che l'adozione in sé di un modello societario di un altro Paese membro non può rappresentare la violazione di alcun obbligo di conservazione patrimoniale.

Ciò anche perché risultano sindacabili nel perimetro applicativo dell'art. 2086 c.c. solo le scelte inerenti agli assetti organizzativi (procedure di funzionamento aziendale, gestione amministrativa in senso stretto, processi decisionali e contabili, ecc.)²², e non le scelte gestorie, come può essere la decisione di intraprendere un'operazione straordinaria *cross-border* diretta alla riorganizzazione imprenditoriale all'estero.

²¹ CORTI M., SPERANZIN M., *op. cit.*, 480.

²² AMBROSINI S., *op. cit.*, 2062.

Da ultimo, si ritiene che alla luce della variegata struttura di guarentigie appena illustrata, i creditori abbiano a disposizione molti strumenti giuridici cui ricorrere per tutelare la propria esposizione creditoria di fronte alla mobilità transfrontaliera della società debitrice. Tutto ciò, quasi fosse un sistema diretto a responsabilizzare direttamente gli stessi creditori a non attendere la crisi o l'insolvenza conclamata per attivarsi quando ormai magari la società debitrice è soggetta ad una diversa *lex societatis*²³.

6. *Fattispecie peculiare di responsabilità degli amministratori: le osservazioni dei creditori*

Orbene, considerato quanto fin qui illustrato, risulta chiaro che i creditori possano (teoricamente) intraprendere azioni di responsabilità nei confronti di amministratori di società estere in funzione della presenza del COMI nell'ordinamento di appartenenza.

Ciò nonostante, la realtà pare essere leggermente più complessa, dato che - come noto - le scelte gestorie sono normalmente insindacabili dal giudice in virtù dell'applicabilità della *business judgement rule*²⁴.

Infatti, è indiscutibile che la scelta di intraprendere un'operazione straordinaria, pur se transfrontaliera, rientri nel novero delle scelte discrezionali degli amministratori nell'ambito dei loro poteri gestori, anche laddove queste dovessero condurre ad un dissesto patrimoniale.

²³ In termini simili, BOGGIO L., *Trasformazioni transnazionali di società in crisi: quali tutele per i creditori?*, in *Società*, 2023, 1185, 1198 ss., il quale specifica però che l'autotutela del creditore per essere maggiormente effettiva “richiede un'attenta vigilanza da parte del creditore stesso”.

²⁴ In tema di *business judgement rule* si segnala la seguente giurisprudenza: Cass. 22 Giugno 2017, n. 15470: “[...] all'amministratore di una società non può essere imputato a titolo di responsabilità ex art. 2392 cod. civ. di aver compiuto scelte inopportune dal punto di vista economico, [...] anche se presentino profili di rilevante alea economica, è pur vero tuttavia che, in tal tipo di giudizio, può ben sindacarsi l'omissione di quelle cautele, verifiche e informazioni preventive, normalmente richieste per una scelta di quel tipo, operata in quelle circostanze e con quelle modalità, e perciò anche la diligenza mostrata nell'apprezzare preventivamente i margini di rischio connessi all'operazione da intraprendere”; Trib. Milano, sez. imp., 23 maggio 2022, n. 4554: “In tema di responsabilità dell'amministratore di una società di capitali per i danni cagionati alla società amministrata, l'insindacabilità del merito delle sue scelte di gestione (c.d. “business judgement rule”) trova un limite nella valutazione di ragionevolezza delle stesse, da compiersi sia «ex ante», secondo i parametri della diligenza del mandatario [...]”.

Ciò non toglie però che in specifiche ipotesi gli amministratori possano essere chiamati a rispondere dei danni patrimoniali a seguito della valutazione giudiziale della diligenza adottata dagli stessi nella considerazione dei rischi connessi all'operazione. In altri termini, i profili che possono essere contestabili riguardano la modalità di assunzione della decisione di intraprendere una operazione *cross-border* in relazione agli assetti di cui all'art. 2086 c.c.

Alla luce del procedimento introdotto dal d.lgs. 19/2023, però, emerge almeno una ipotesi in cui i gestori potrebbero rispondere economicamente dei danni patrimoniali conseguenti alla decisione relativa all'operazione *cross-border*.

Trattasi dell'eventualità in cui i creditori avessero inviato osservazioni al progetto pubblicato nel registro delle imprese ovvero sul sito *web* della società, indicando la probabile difficile tenuta economica dell'operazione stessa²⁵. Difatti, gli amministratori pur non essendo tenuti a conformarsi alle osservazioni, le quali hanno meramente natura consultiva²⁶, sono comunque tenuti a tenerle in considerazione in virtù del generale dovere di diligenza cui sono sottoposti i gestori *ex art. 2392 c.c.*

Detto ciò, si è certi dell'applicabilità della *BJR* alle ipotesi qui studiate, con l'esclusione quindi dell'apprezzamento giudiziale sulla discrezionalità delle scelte gestorie in sé, salva la valutazione della diligenza adottata dagli amministratori nella considerazione dei rischi connessi all'operazione *cross-border*.

ENRICO VANZETTO

Dottorando di ricerca in Diritto commerciale nell'Università di Udine

²⁵ Anche se si tratta di un'ipotesi remota, soprattutto nell'ambito di trasformazioni transfrontaliere, dato che i creditori difficilmente possono accedere totalmente alle informazioni patrimoniali, soprattutto tenendo in considerazione il fatto che non è richiesto alcun prospetto di bilancio aggiornato da allegare al progetto.

²⁶ Il diritto di presentare osservazioni previsto sia dalla Direttiva, sia dalla disciplina di recepimento, rappresenta solo una mera modalità di interazione con gli *stakeholders* e non uno strumento volto al coinvolgimento degli stessi nella *governance* della società. Perciò, si ritiene che, avendo solo una natura consultiva, queste potranno trovare un'adequata ed effettiva ricezione solo se saranno convergenti con le istanze dell'organo amministrativo e se il creditore che le formula ha un "peso" rilevante nell'esposizione debitoria della società.

