

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

26 FEBBRAIO 2025

federalismi.it

Fascicolo n. 6/2025



ISSN 1826-3534

Numero 6, 2025

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

Direttore responsabile: Prof. Annamaria Poggi

Vice Direttore responsabile: Prof. Federica Fabrizzi

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

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

Segreteria di redazione: dott. Simone Barbareschi; dott. Andrea Caravita di Toritto; dott. Adriano Dirri; dott. Eleonora Iannario; dott. Nicola Pettinari; dott. Giulia Renzi; dott. Francesco Severa; dott. Sergio Spatola, dott. Giulia Vasino.

E-mail: redazione@federalismi.it



Sommario

EDITORIALE

- Le elezioni tedesche del 2025: stabilità nonostante la polarizzazione e la frammentazione?, di *Marco Olivetti*..... iv

SAGGI E ARTICOLI

- L'ingiustificato arricchimento nei confronti della Pubblica Amministrazione: il limite dell'arricchimento imposto ed il principio di buon andamento (note a margine dell'ordinanza della Corte di Cassazione n. 27753 del 2024), di *Gianluca Briganti* 1
- Sovranità digitale e libertà di espressione online nella dimensione europea e convenzionale, di *Valentina Capuozzo e Alessandro Tacente*..... 16
- Profili interpretativi e prospettive evolutive sulla tutela della fauna selvatica all'indomani della revisione dell'art. 9 della Costituzione, di *Nicola Lucifero* 29
- Il recesso dai trattati nella prassi degli Stati africani. Una reazione a persistenti forme di "imperialismo giuridico"?, di *Luigi Zuccari*..... 56

FOCUS LAVORO, PERSONA, TECNOLOGIA

- Robotica e lavoro. Prime osservazioni in tema di sicurezza (delle macchine e) dei lavoratori, di *Lucia D'Arcangelo* 83
- Accordi collettivi dei "platform worker", lavoro autonomo e *antitrust* nel diritto dell'Unione Europea, di *Ombretta Dessì* 105
- Adeguatezza ex art. 2086 c.c. e obbligo di introdurre tecnologia avanzata per mitigare i rischi da lavoro, di *Michele Faioli*..... 143
- Telelavoro e lavoro agile nella prospettiva di un futuro intervento del legislatore europeo, di *Alessandro Murru* 158
- Il lento cammino del lavoro agile nell'Amministrazione pubblica: difficoltà e prospettive di un'inevitabile trasformazione, di *Flavia Schiavetti* 173



Le elezioni tedesche del 2025: stabilità nonostante la polarizzazione e la frammentazione?

di Marco Olivetti

Professore ordinario di Diritto costituzionale
Università LUMSA

1. Le elezioni federali svoltesi in Germania il 23 febbraio 2025 sono state il primo grande test elettorale su scala globale nell'anno in corso e, osservate all'indomani del voto, appaiono come un momento cruciale in cui la quasi leggendaria stabilità della democrazia germanica rifondata nel secondo dopoguerra è stata sottoposta ad una dura prova. Ma se appare indubbio il rilievo delle consultazioni del 2025 nella prospettiva della storia e del futuro delle istituzioni politiche tedesche, esse, un po' paradossalmente, sembrano meno importanti che nel recente passato per gli equilibri europei e mondiali, come se anche la Germania – dopo gli altri Stati europei – stia perdendo peso geopolitico in un momento assai delicato, alla fine del primo quarto del XXI secolo, quando sembra delinarsi un processo di ridefinizione degli equilibri globali, il cui esito appare al momento ancora incerto.

Prima di analizzare le caratteristiche principali della campagna elettorale e del risultato elettorale – segnato dalla riconquista della maggioranza relativa da parte dell'unione democratico-cristiana, dal raddoppio dei consensi della destra radicale, da un successo della sinistra estrema rispetto a quella moderata (sia tradizionale che ecologista) e dall'uscita dei liberali dal Parlamento federale – è bene ripercorrere brevemente le vicende che hanno condotto alle elezioni, con un anticipo di otto mesi sulla scadenza naturale della legislatura.

2. All'indomani delle elezioni legislative del 26 settembre 2021 si era formata, per la prima volta a livello federale, una coalizione 'semaforo' (*Ampel*), composta dal Partito Socialdemocratico (SPD) dai Verdi e dal Partito liberale (FDP), sotto la guida del cancelliere Olaf Scholz. Il principale partito tedesco, l'unione democristiana, aveva infatti rinunciato ad aprire negoziati tanto con la SPD, quanto con verdi e liberali, preferendo rifugiarsi all'opposizione sia per tentare di sanare le ferite della sconfitta elettorale, sia per riposizionarsi, con un nuovo programma ed una nuova *leadership*, dopo i 16 anni dell'era Merkel (2005-2021). I negoziati fra SPD, FDP e Verdi per concludere l'accordo di coalizione erano durati un po' più di due mesi e l'8 dicembre 2021, dopo essere stato designato dal Presidente federale Frank-Walter



Steinmeier, Scholz era stato eletto Cancelliere federale, diventando il nono titolare della carica (e il quarto socialdemocratico, dopo Brandt, Schmidt e Schroeder) dal 1949.

Il governo da lui guidato era internamente disomogeneo e ed è stato sottoposto fin dall'inizio a pressioni opposte, provenienti dai due partner dei socialdemocratici: a sinistra i Verdi e a destra i liberali, due partiti che si sono trovati per la prima volta alleati a livello federale dopo che, nel 2017-18, i loro contrasti avevano condotto al fallimento del primo tentativo di formare una coalizione, in quel caso a guida democristiana (con una forma che, in base ai colori che rappresentano i partiti tedeschi, era stata definita 'Giamaica', ovvero nero-verde-gialla). La coalizione semaforo si è trovata a governare la Germania in un momento non poco complesso, soprattutto dal punto di vista geopolitico. Appena due mesi e mezzo dopo l'elezione di Scholz da parte del *Bundestag*, l'invasione russa dell'Ucraina aveva visto crollare gli assiomi della politica estera tedesca dell'era Merkel, obbligando il nuovo governo ad un faticoso tentativo di riposizionamento.

Durante la vita del governo, due grandi dossier hanno pesato sulla sua azione: la ormai strutturale crisi migratoria e la fine di un lungo periodo di crescita economica per la Germania, oltre a qualche scandalo minore che ha appannato la reputazione del cancelliere (c.d. scandalo Cum-Ex), mentre le *cultural wars* così rilevanti in altri Paesi democratici, sono rimaste nel complesso in sordina. La crisi economica e le strategie per fronteggiarla – in parallelo con un calo di popolarità di tutti i partiti della coalizione semaforo, ben percepibile nelle elezioni europee dello scorso giugno – hanno però diviso sempre più la coalizione nel corso del 2024, fino al punto che nel mese di ottobre si è giunti ad una vera e propria rottura del patto di governo. Di conseguenza, con un *coup de théâtre*, il 7 novembre il cancelliere ha licenziato il ministro delle Finanze Christian Lindner, capo della delegazione liberale nel governo federale e gli stessi liberali si sono uniti alla richiesta proveniente dai partiti di opposizione – anzitutto la CSU-CDU – di convocare elezioni legislative anticipate.

Dopo aver inizialmente tentato di sottrarsi a tale passaggio, il cancelliere Scholz ha ceduto alle richieste e ha concordato il percorso procedurale necessario nell'ordinamento tedesco per anticipare la data delle votazioni. Così il 16 dicembre Scholz – ormai alla guida di un *Rump government*, privo di tutti i ministri liberali – ha posto la questione di fiducia davanti al *Bundestag*. L'esito negativo del voto ha consentito al Presidente federale Steinmeier di sciogliere la Camera e di convocare le nuove elezioni per il 23 febbraio, data concordata fra i principali partiti politici. La procedura di cui all'art. 68 della Legge fondamentale è stata così utilizzata per la sesta volta dal 1949 e per la quarta volta essa è stata usata dal Governo con la finalità di vedersi non concedere, ma rifiutare la fiducia, al fine di permettere lo scioglimento anticipato, che nell'ordinamento tedesco è possibile solo in un caso di questo tipo, oltre che in quello di impossibilità



di eleggere un Cancelliere. A differenza di alcuni casi precedenti, il decreto presidenziale di scioglimento non è stato impugnato e non ha generato una pronuncia del Tribunale costituzionale federale.

3. La funzione svolta dall'istituto dello scioglimento anticipato del *Bundestag* nell'ordinamento tedesco continua dunque ad essere quella delineatasi nei tre casi precedenti del 1972, del 1983 e del 2005, vale a dire quella di certificare l'avvenuta dissoluzione della maggioranza parlamentare, restituendo quindi la parola al corpo elettorale: nel 1972 ciò era accaduto in seguito alla riduzione al minimo della maggioranza che sosteneva il governo Brandt, pur nel fallimento della mozione di sfiducia costruttiva a favore del democristiano Rainer Barzel; nel 1983, invece, allo scioglimento si era fatto ricorso dopo il successo della mozione di sfiducia costruttiva che aveva posto fine al governo Schmidt e portato Helmut Kohl alla cancelleria, ma con un consenso tra le forze politiche per un ritorno a breve scadenza davanti agli elettori; nel 2005 a seguito di una serie di risultati negativi per la coalizione di governo rosso-verde nelle elezioni regionali che aveva indotto il cancelliere Schroeder a ritenere inevitabile un passaggio elettorale anticipato di un anno. Ciò che accomuna tutti questi casi – come quello del 2024 – è la natura consensuale del ricorso allo scioglimento tra tutti i principali partiti rappresentati in Parlamento, al punto che il voto parlamentare in cui si certifica la risposta negativa alla questione di fiducia posta dal governo può sembrare quasi una delibera di autoscioglimento, come quelle cui è possibile fare ricorso secondo la Costituzione austriaca e secondo quelle di alcuni *Länder* tedeschi.

Al tempo stesso la crisi della coalizione 'semaforo' era la quarta crisi di governo in corso di legislatura dal 1949, dopo quelle del 1966 (uscita dei liberali dal governo Erhard e formazione della prima grande coalizione sotto la guida di Kurt Georg Kiesinger), del 1982 (uscita dei liberali dal governo Schmidt e formazione del governo Kohl attraverso una mozione di sfiducia costruttiva) e del 2005 (per la decisione del cancelliere Schroeder di porre fine al governo rosso-verde dopo la serie di insuccessi elettorali or ora citata).

È forse opportuno sottolineare che, pur a fronte di un contrasto politico significativo, il sistema germanico ha mantenuto l'ordine e la tendenza alla stabilità che lo hanno storicamente caratterizzato. La fiducia nel governo Scholz è rimasta presunta nel periodo fra il 7 novembre e il 16 dicembre (anche in virtù della sfiducia costruttiva di cui all'art. 67 della Legge fondamentale come unico canale per obbligare un governo a dimettersi), i partiti hanno trovato rapidamente un accordo per l'uscita dalla crisi e il Presidente federale, nell'annunciare lo scioglimento, ha avuto cura di precisare che il governo sarebbe rimasto in carica fino all'elezione del nuovo Cancelliere e che il *Bundestag* avrebbe continuato a funzionare regolarmente pur dopo lo scioglimento, come si sarebbe poi visto in occasione del dibattito nel mese di gennaio sulla questione migratoria.

4. La campagna elettorale per l'elezione del XXI Bundestag si è svolta ordinatamente fra le ultime settimane del 2024 e la fine di febbraio 2025, sia sui media tradizionali che su quelli nuovi. Essa è stata funestata da una serie di episodi di terrorismo a sfondo islamista o antiislamista, che hanno contribuito ad attribuire un ruolo centrale fra i temi dibattuti alla questione delle migrazioni e delle strategie di accoglienza dei rifugiati, per la gestione dei quali la Germania ha continuato a seguire l'impostazione adottata nell'estate 2015 dall'allora cancelliera Angela Merkel. Il tema è stato ovviamente al centro della propaganda del partito di destra radicale *Alternative fuer Deutschland*, che sin dalla sua fondazione ne ha fatto una delle questioni principali della sua proposta politica. Tale partito, pur operando nella legalità costituzionale (e godendo appieno delle garanzie di partecipazione e di *Chancengleichheit* previste nell'ordinamento tedesco) è sinora rimasto isolato dalle altre forze politiche, che lo hanno reputato *Koalitionsunfähig* (vale a dire idoneo a concludere accordi di coalizione), erigendogli attorno un *Brandmauer*, vale a dire un *firewall* o muro anti-incendio, reputandolo non idoneo alla conclusione di accordi di governo tanto a livello federale quanto a livello di *Land*: dunque una *conventio ad excludendum* particolarmente rigorosa. Formalmente, il *Brandmauer* non è stato messo in discussione durante la campagna elettorale. Ma due episodi macroscopici hanno determinato un clima nuovo in cui esso viene a situarsi.

Il primo è stata la scelta del Presidente della CDU Friedrich Merz di accettare la convergenza dell'AfD su una mozione e poi su un disegno di legge volto a modificare le politiche di asilo. Ciò è accaduto il 29 gennaio in un dibattito svoltosi al *Bundestag*, ove è stata approvata una mozione proposta dalla CDU, anche se il 31 lo stesso *Bundestag* ha respinto il progetto di legge che avrebbe modificato alcune norme in materia migratoria¹. Ma nella medesima circostanza lo stesso Merz ha sottolineato che la strategia coalizionale del suo partito non era stata modificata, precisando alla tribuna del Parlamento che una decisione resta giusta anche se è approvata col concorso delle persone sbagliate. Tuttavia Merz è stato più volte accusato di aver violato un tabù ed in particolare il cancelliere uscente Scholz ha dichiarato che la sua opzione aveva sollevato forti dubbi sulla sua affidabilità politica.

Il secondo episodio è stato il discorso pronunciato il 16 gennaio a Monaco dal vice-presidente degli Stati Uniti J.D. Vance, nel quale il modello di democrazia protetta (specificamente tedesco e, *in parte qua*, europeo) è stato duramente criticato, in particolare con l'affermazione “non c'è spazio per i firewall”. Tali critiche si collocavano in un contesto nel quale in maniera assai più boriosa ed aggressiva, l'imprenditore americano – e membro del governo Trump – Elon Musk aveva invitato gli elettori tedeschi a votare per *Alternative für Deutschland*.

¹ Sulla stampa italiana si v. L. LUCCHINI, *Bocciato in Germania il patto fra Cdu e AfD, no alla legge anti-stranieri*, in *La Repubblica*, 1.2.2025, p. 12.

La vicenda è rimasta sospesa tra tre dati di fatto di ordine diverso, ma che per varie ragioni possono essere ritenute utili descrizioni della politica del ventunesimo secolo. In primo luogo la situazione di oggettiva difficoltà, se non di saturazione, nella gestione della questione migratoria, denunciata da alcuni sindaci democristiani direttamente impegnati sul campo²: situazione riflessa negli umori di ampie fasce dell'elettorato e comune ad altre nazioni europee³. In secondo luogo l'ampio consenso fra i partiti tedeschi tradizionali – CDU compresa – per il mantenimento della strategia di isolamento dell'AfD. In terzo luogo l'impatto del nuovo clima internazionale, dato che la campagna elettorale tedesca si è sovrapposta all'insediamento del Presidente degli Stati Uniti Donald Trump e alle iniziative da lui adottate – non solo, ma anzitutto, sul tema migratorio – a ritmo serrato sin dal 20 gennaio.

Nella campagna elettorale tedesca non sembra che questo intreccio abbia aiutato la CDU-CSU a fare breccia nel crescente elettorato di destra radicale, favorevole all'AfD. La strategia di svuotamento o di contenimento della destra mediante assorbimento di alcune preoccupazioni dei suoi elettori non pare aver aumentato i voti democristiani. Si è invece prodotto, verosimilmente, un effetto opposto, vale a dire di mobilitazione dell'elettorato contrapposto in maniera più netta all'estrema destra: è forse in questa chiave che si può tentare di spiegare la inattesa ripresa della *Linke*, che all'inizio della campagna elettorale – anche a causa della scissione da cui era nata nel 2024 la *Bündnis Sara Wagenknecht* (BSW) – era ritenuta chiaramente al di sotto della clausola di sbarramento del 5 per cento (al punto che alcuni suoi leader storici avevano annunciato un impegno a fondo per essere eletti in tre collegi uninominali, in modo da aggirare gli effetti della clausola) e che invece, proprio in nome di una strategia 'antifa' ha recuperato nettamente consensi durante il mese di febbraio.

Ma la questione della crescita della destra radicale non si è esaurita nel tema migratorio. L'AfD si caratterizza infatti anche per l'ostilità all'Unione europea e per un ambiguo aperturismo in favore della Russia, oltre che come espressione delle permanenti inquietudini dei territori dell'ex Germania orientale, non ancora dissolte a 35 anni dalla riunificazione tedesca. Da questo punto di vista, la mappa elettorale dei collegi uninominali che descrive il primo partito a livello territoriale nelle elezioni del 23 febbraio sembra ridisegnare una DDR azzurra: il colore con cui è designata l'AfD domina infatti quasi ovunque nei cinque *Flachländer* della defunta Repubblica democratica tedesca, mentre i territori dell'ex *Bonner Republik* si tingono di nero (il colore della CDU-CSU), con chiazze di rosso (il colore della SPD) sempre più circoscritte e collocate soprattutto nel centro-nord (Amburgo, Brema, Bassa Sassonia, Renania settentrionale-Westfalia).

² Si v. R. SOLDT, *Strukturelle Überforderung*, in *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 1.2.2025, p. 3.

³ Si pensi, per fare solo un esempio, alle scelte compiute a partire da settembre 2024 dal ministro dell'Interno francese Bruno Retailleau, membro sia del governo Barnier che del governo Bayrou.

5. Il risultato elettorale – reso noto dapprima dalle proiezioni pubblicate alle 18 del 23 febbraio e poi dal calcolo dei voti – non si è scostato di molto dai sondaggi delle settimane precedenti⁴.



Esso si è anzitutto caratterizzato per una elevata partecipazione al voto, che è stata superiore all'80 per cento e che ha fatto registrare un incremento di sei punti percentuali rispetto alle elezioni del 2021 (82,5 per cento degli aventi diritto rispetto al 76,4). Si tratta di un livello molto elevato anche in prospettiva comparata e, dal punto di vista storico, del più elevato dalla riunificazione tedesca nel 1990.

Tagesspiegel, 25 febbraio 2025

5.1. La CDU-CSU⁵ ha riconquistato saldamente la posizione di principale partito della Germania, posizione che gli è sempre spettata nelle precedenti 20 elezioni generali susseguitesi dal 1949, con l'eccezione di quelle del 1972, del 1998, del 2002 e del 2021. Rispetto al suo risultato peggiore, ottenuto nel 2021 (24,1 per cento), la CDU-CSU ha fatto registrare un incremento di oltre 4 punti percentuali, attestandosi al 28,52 per cento dei voti validi e risultando quindi in maniera chiara il primo partito tedesco. Il risultato così ottenuto restava tuttavia al di sotto della soglia psicologica della vittoria del 30 per cento, raggiunta nelle elezioni dei rappresentanti tedeschi al Parlamento europeo del 9 giugno 2024 ed era, in ogni caso, il secondo peggior risultato della storia elettorale dell'Unione democristiana, dopo quello del 2021.

5.2. Netto è stato invece l'incremento di consensi ottenuto dall'AfD, che è passata dal 10,4 al 20,8 dei voti, raddoppiando quindi i propri voti e raggiungendo il proprio massimo storico. L'AfD, inoltre, si è affermata come principale partito tedesco in quasi tutta la Germania orientale. Forse ancor più rilevante

⁴ Saranno citati in questa sede i dati ufficiosi pubblicati sulla stampa quotidiana del 25 febbraio 2025, ad es. in *Tagesspiegel*, 25.2.1995, p. 4-5.

⁵ In questa sede si ragiona della CDU-CSU come di un solo partito (*die Union* per i tedeschi), anche se, come è noto, si tratta di due organizzazioni politiche diverse ma strutturalmente alleate, la seconda delle quali è attiva solo in Baviera. Esse hanno sempre concordato una candidatura comune alla Cancelleria, per la quale è stato sempre designato un esponente della CDU, tranne che nel 1980 e nel 2002, quando tale ruolo toccò ad un esponente della CSU (Franz-Jozef Strauss nel 1980 e Edmund Stoiber nel 2002).

dal punto di vista simbolico è stato il fatto che con le elezioni del 2025 la destra radicale ha chiaramente superato la socialdemocrazia, diventando il secondo partito tedesco, con oltre il 4 per cento dei voti in più rispetto alla SPD. Il successo della AfD è stata la principale manifestazione di una svolta a destra desumibile dal voto, evidente anche nella crescita del centro-destra moderato rappresentato dalla CDU⁶.

5.3. La sconfitta della SPD – che com'è noto è il più antico partito di massa d'Europa, archetipo delle forze in cui il movimento operaio si è organizzato a partire dagli ultimi decenni del XIX secolo – è l'altro dato macroscopico risultante dalle elezioni. Con il 16,41 per cento, la SPD ha toccato il minimo storico nelle elezioni federali, andando peggio anche dell'assai deludente risultato nelle elezioni del 2017, le ultime in cui Angela Merkel era candidata alla cancelleria per la CDU e restando al di sotto della metà dei voti ottenuti nelle prime elezioni del XXI secolo (38,5 per cento nel 2002). L'unica, assai magra invero, consolazione, è il leggero recupero rispetto alle elezioni europee del 2024, quando la SPD era precipitata al 13,9 per cento. L'elettorato della SPD è 'fuggito' in tutte le direzioni tranne che verso i liberali: esso è sbandato a destra, verso l'AfD e soprattutto a sinistra, verso le forze più radicali (*Linke* e BSW). Ridotta a 120 deputati nel XXI *Bundestag*, la SPD resta sufficiente a formare una coalizione maggioritaria assieme alla CDU-CSU: ma anche questo dato è rimasto incerto per tutta la serata elettorale, dato che inizialmente il superamento dello sbarramento del 5 per cento da parte della FDP e soprattutto della BSW sembrava aver reso insufficiente a tale scopo il numero dei seggi della SPD. In ogni caso, i seggi della socialdemocrazia, pur sufficienti a formare una coalizione maggioritaria con la CDU-CSU non basteranno a fare di tale coalizione una *Grosse Koalition*, dato che tale locuzione ha senso se riferita all'alleanza dei due principali partiti di un sistema politico e che la SPD nelle elezioni del 23 febbraio ha perso lo *status* non solo di primo partito (conquistato nel 2021) ma anche quello di secondo.

5.4. A sinistra della SPD, hanno partecipato alla competizione elettorale ben tre forze politiche, tutte con qualche *chance* di superare il 5 per cento.

La posizione più forte è stata ed è quella dei Verdi⁷, che sono usciti dal naufragio dell'*Ampel* meglio degli altri due partner, i socialdemocratici e i liberali e che inoltre potevano disporre di due leader autorevoli, la ministra degli esteri uscente Annalena Baerbock e il ministro dell'economia (e vicecancelliere) uscente Robert Habeck. I due leaders si sono scambiati il ruolo di *Kanzlerkandidat* dei Verdi rispetto al 2021 e tale ruolo è stato ora assunto da Habeck. Nel complesso l'elettorato verde è il più stabile nelle elezioni del

⁶ La AfD è ulteriormente cresciuta anche rispetto al 15,9 per cento ottenuto alle elezioni europee del 2024

⁷ Tradizionalmente definiti come “un prodotto dei cambiamenti valoriali dal materialismo al post-materialismo e un risultato dei movimenti politici degli anni settanta e ottanta del novecento, in particolare dell'ecologia e della lotta contro l'energia nucleare e per la pace” (as es. M. G. SCHMIDT, *Das politische System Deutschlands*, Beck, München, 2007, p. 94). Si v. al riguardo fra gli altri J. RASCHKE (a cura di), *Die Grünen: Wie sie wurden, was sie sind*, Bund Verlag, Bonn, 1993 e M. KLEIN, J. FALTER, *Der lange Weg der Grünen. Eine Partei zwischen Protest und Regierung*, Beck, München, 2003.

XXI secolo⁸, durante il quale ha oscillato fra il minimo dell'8,4 per cento del 2013 e il massimo del 14,7 ottenuto nel 2021: il risultato del 2025 si è collocato a metà fra questi due estremi, vale a dire all'11,61, con una flessione di tre punti percentuali rispetto alle elezioni precedenti e con un calo quasi impercettibile (meno 0,3 per cento) rispetto alle elezioni europee dello scorso anno. La seconda esperienza di partecipazione al governo federale (2021-25, dopo quella del 1998-2005) non ha dunque scalfito più di tanto la posizione, ormai assai solida, dei Verdi nel sistema politico tedesco. A 42 anni dal loro primo ingresso nel *Bundestag*, i Verdi sono una forza consolidata nel sistema politico tedesco come i due tradizionali *Volksparteien* e forse anche più di essi.

5.5. Ormai relativamente consolidata è anche la posizione della *Linke*, un partito risultato dell'aggregazione fra gli ex comunisti della Germania Est, ridenominatisi PDS dopo la riunificazione, e una scissione a sinistra della SPD. Se i Verdi sono una forza di matrice soprattutto tedesco-occidentale, la forza della *Linke* è storicamente maggiore a Est, nonostante la recente ascesa della destra radicale nei cinque *Länder* dell'ex DDR. Anche in questa occasione il radicamento orientale di questo partito si è confermato, in particolare con la conquista di alcuni mandati diretti a Berlino. Ma nelle elezioni federali del 2025 si è registrata una sensibile crescita della *Linke* anche ad ovest, in maniera per alcuni aspetti peculiare alla crescita dell'AfD (e come reazione a quest'ultima): il che appare sorprendente alla luce del crollo subito dai post-comunisti nelle elezioni europee dello scorso anno, quando il salasso di voti a beneficio della BSW aveva fatto scendere la *Linke* al 2,7 per cento. Se si considera che all'8,8 per cento dei voti ottenuti dalla *Linke* va aggiunto il sarcastico 4,97 per cento conseguito dalla scissione della sinistra populista di Sara Wagenknecht, rimasta fuori dal *Bundestag* per un soffio, risulta ben evidente che la polarizzazione (a destra come a sinistra) è stata uno dei tratti caratterizzanti delle elezioni. Uno degli spostamenti di voti durante la campagna elettorale è stato proprio quello interno alla sinistra radicale: così i c.d. 'rosso-bruni' guidati dalla Wagenknecht, che erano arrivati al 6,2 per cento nelle elezioni europee dello scorso anno, sono scivolati al di sotto della fatidica soglia del 5 per cento. Ma il voto della sinistra radicale è comunque cresciuto dall'8,9 al 13,8 per cento in appena 8 mesi.

5.6. La destra e la sinistra radicali hanno ottenuto – nell'insieme – il 34,54 per cento dei voti (con una crescita di quasi 5 punti percentuali rispetto al 29,6 ottenuto dalle tre liste alle ultime elezioni europee): uno scenario che non può non ricordare la terribile ascesa di nazisti e comunisti nella Germania dei primi anni trenta, anche se, nell'abbozzare l'inevitabile paragone, occorre molta prudenza, dato che né la AfD può essere qualificata un partito neo-nazista, né *Linke* e BSW sono qualificabili come neo-comunisti. Ciò che li accomuna, piuttosto, è – oltre alla diffusione del voto estremo, soprattutto a sinistra, nella fascia

⁸ Nelle elezioni federali del XX secolo, invece, dopo l'esordio nel 1980 (in cui i Verdi si erano fermati all'1,5 per cento), oscillarono fra il minimo del 5,1 nel 1990 e il massimo dell'8,3 per cento nel 1987.

più giovane dell'elettorato⁹ – la contestazione di alcuni punti fermi della politica interna ed estera dei governi succedutisi nell'ultimo quarto di secolo ed il vedersi e il presentarsi come alternativi alla politica tradizionale, che invece ha registrato nel primo quarto del XXI secolo un drammatico declino di consensi: la somma dei voti ottenuti da CDU-CSU, SPD, FDP e Verdi nelle elezioni del 1998 era pari all'88,7 per cento; in quelle del 2025 essa è pari soltanto al 60,85 per cento dei voti.

5.7. I liberali, infine. Per la seconda volta da quando nel sistema elettorale tedesco è stata introdotta la clausola di sbarramento del 5 per cento a livello federale (vale a dire dalle elezioni del 1953), il Partito liberale non l'ha superata. Ed entrambi i casi si sono verificati nel XXI secolo, nell'elezione successiva ad una in cui la FDP aveva ottenuto i suoi migliori risultati: nel 2013, quando la FDP di Guido Westerwelle si fermò al 4,8 per cento dei voti dopo aver ottenuto il suo massimo storico (il 14,6) nel 2009 e oggi, quando la FDP è precipitata ad un misero 4,3 per cento, perdendo oltre 7 punti percentuali rispetto all'11,4 per cento delle elezioni del 2021 e quasi un punto percentuale rispetto al 5,2 ottenuto alle europee di 8 mesi fa. In entrambi i casi i liberali hanno pagato più degli altri partner la partecipazione al governo: il Merkel II nel 2013, il governo Scholz oggi. Ma più in generale la FDP paga per l'assenza di una base elettorale stabile di proporzioni consistenti, con la conseguenza che per essa la *Spärrklausel* del 5 per cento è una vera e propria spada di Damocle che pende permanentemente su di essa ad ogni elezione¹⁰.

6. I risultati elettorali hanno dato indicazioni importanti per la formazione del prossimo governo tedesco. Già i commenti alla conclusione della giornata elettorale hanno riconosciuto che il voto ha prodotto un incarico a formare il prossimo esecutivo a favore del candidato cancelliere della CDU-CSU, Friedrich Merz. Ma la strada da percorrere per Merz appare abbastanza stretta. Certo, i risultati definitivi hanno fatto venir meno lo scenario che, subito dopo la chiusura delle urne, lasciava intravedere un *Bundestag* composto di ben sette gruppi parlamentari, quando ancora FDP e BSW sembravano in grado di raggiungere la soglia del 5 per cento. In un *Bundestag* con 6 o 7 gruppi parlamentari, una coalizione fra CDU-CSU e SPD non sarebbe stata autosufficiente e avrebbe avuto bisogno anche del sostegno dei Verdi o della FDP, con tutta la complessità di un governo tripartito come quello della legislatura appena conclusasi.

La ripartizione dei seggi uscita dal voto consente invece la formazione di un governo a due, fra CDU-CSU e SPD, che se richiederà un elevato impegno nel costruire compromessi fra posizioni non vicine su molti temi, si muove comunque su una solida tradizione di coalizioni, già sperimentate in passato ben 4 volte (1966-69, 2005-09, 2013-17 e 2017-21). Appare dunque ormai lontana l'affermazione attribuita a

1.1. ⁹ Si v. J. KOLTERMANN, *Warum wählt die Jugend plötzlich radikal links?*, in *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 24.02.2025, il quale sottolinea che non è affatto una buona notizia

¹⁰ M. G. SCHMIDT, *Das politische System Deutschlands*, cit., p. 95.

Willy Brandt, secondo la quale le grandi coalizioni lascerebbero la sensazione di un atto sessuale perverso¹¹: ma se ai tempi di Brandt la perversione sessuale aveva una portata più ampia di oggi, anche le grandi coalizioni attuali – oltre a non essere più ‘grandi’ – appaiono derubricate da atto perverso a nuova normalità.

Seguendo la tradizione delle coalizioni sinora praticate in Germania, è improbabile che vengano inclusi partiti non necessari a fare maggioranza ed è dunque verosimile che si formerà una *minimum winning coalition*, più facilmente gestibile di una coalizione a tre.

Diversamente da quanto accadde nel 1969, nel 2005 e nel 2013, la coalizione SPD-CDU non disporrà della maggioranza dei due terzi nel *Bundestag* (420 voti su 630)¹², necessaria (assieme ad una analoga maggioranza nel *Bundesrat*) per la revisione costituzionale. Non solo: tale maggioranza non sarà a disposizione dei due partiti neppure con il supporto dei Verdi (le tre forze arriverebbero a 413 voti), considerato che i due partiti estremisti (*Linke* e *AfD*) dovrebbero disporre al riguardo, con 216 voti, di un potere di veto. Ciò non è irrilevante per questioni attualmente in discussione, come quella relativa al freno alle spese costituzionalizzato negli scorsi anni e cui, non a caso, alcuni vorrebbero porre rimedio con una legge costituzionale da approvarsi da parte del XX *Bundestag*, che rimarrà nella pienezza dei suoi poteri fino all’insediamento di quello appena eletto, previsto attorno al 25 marzo¹³.

Una eventuale coalizione fra CDU-CSU e SPD disporrà invece di una comoda maggioranza assoluta al *Bundesrat* (oltre 40 seggi su 69), ma anche in tale sede la maggioranza dei due terzi non sembra garantita in anticipo e richiederebbe il supporto dei Verdi: tutto, del resto, è complicato dal fatto che nel Consiglio federale le delegazioni statali devono votare in maniera unitaria.

Tuttavia i non pochi nodi di politica interna e di politica estera obbligheranno il nuovo cancelliere e il futuro governo a ricercare un sapiente *mix* di audacia e prudenza per disinnescare – o almeno per non accentuare ulteriormente – le spinte polarizzanti emerse nelle elezioni del 2025, secondo tendenze del resto ben evidenti in molti altri Paesi europei. Dopo una lunghissima attesa ai margini del potere – conseguente alla sua ‘epurazione’ da parte di Angela Merkel venti anni fa – è la grande occasione per Friedrich Merz per dimostrare di essere quello che nella DC italiana era definito un ‘cavallo di razza’. E non avrà certo importanza marginale la configurazione della componente socialdemocratica del nuovo

¹¹ Riprendo questa citazione da *Loveless Marriage*, in *The Economist*, 20.2.2018, p.22.

¹² Il numero dei deputati del *Bundestag* è stato fissato a 630 dalla riforma elettorale del 2023 (*Gesetz zur Änderung des Bundeswahlgesetzes und des Fünfundzwanzigsten Gesetzes zur Änderung des Bundeswahlgesetzes* dell’8.6.2023), che ha confermato il carattere di fondo del sistema elettorale tedesco, ma ne ha accentuato la natura proporzionalistica, ridefinendo i rapporti fra i 299 collegi uninominali e le liste bloccate di partito (si v. al riguardo F. Schorkopf, *Abschied von Adenauer oder weshalb die Wahlrechtsreform ein Verfassungsrechtsproblem ist*, in *Verfassungblog.de*, 24.3.2023).

¹³ Su questo problema v. D.F. STURM, *Schuldenbremse. Union, FDP und Grüne wollen noch Schnell das Grundgesetz ändern*, in *Tagespiegel*, 25.2.2025, p. 1 e G. BOGGERO, *La Germania, il freno all’indebitamento e il problema dei due terzi*, in *Il Foglio*, 25.2.2025, p. I.

governo: uscito quasi sicuramente di scena Olaf Scholz, il cancelliere uscente (e prima vicecancelliere nell'ultimo governo Merkel) e grande sconfitto nelle elezioni del 2025, si dovrebbe aprire la via al definitivo tramonto del personale di governo che nell'ultimo ventennio ha rappresentato la SPD negli esecutivi e i futuri ministri dovranno conciliare l'attività di governo con una rifondazione del partito che si annuncia fin da ora assai problematica.

La stabilità di governo è stata fin dai primi anni successivi alla sua fondazione una reputazione che ha accompagnato la Repubblica federale tedesca e il suo sistema di partiti¹⁴. Essa è ben visibile in alcuni dati: solo nove Cancellieri si sono succeduti alla guida del governo in 76 anni; tre di essi hanno governato per oltre 10 anni senza interruzione (16 anni Merkel e Kohl, 14 Adenauer); solo 5 volte (su 20) la coalizione di governo formata ad inizio legislatura si è rotta prima delle elezioni successive (1966, 1972, 1982, 2005, 2024); solo due volte la maggioranza è cambiata in corso di legislatura (nel 1966 con il passaggio dal governo democristiano-liberale alla prima grande coalizione e nel 1982, con la sfiducia costruttiva che portò alla rimozione di Schmidt e all'elezione di Kohl) e tre volte soltanto si è assistito ad un cambio di Cancelliere in corso di legislatura (oltre ai due casi ora citati – 1966 e 1982 – va ricordata la successione di Schmidt a Brandt nel 1974, a seguito di uno scandalo politico).

Questi dati di stabilità di governo non sembrano essere mutati né dopo la riunificazione, né nel nuovo secolo. Ma negli ultimi anni la composizione delle coalizioni è diventata una impresa sempre più complicata: in particolare, nel 2017-18 sono serviti 171 giorni fra le elezioni e la formazione del IV governo Merkel¹⁵. Si tratta del resto di un fenomeno non originale nella *XXI century politics*, se si considerano i dati offerti dal Belgio, dall'Olanda, dalla Spagna, da Israele e – proprio mentre si scrive – dall'Austria¹⁶. Sinora, tuttavia, nel caso tedesco la lentezza dei tempi per concludere un accordo di coalizione è stata compensata dalla solidità dell'accordo, che ha retto alle tensioni politiche fino alle elezioni successive, salvo che nella vicenda dell'*Ampel*, conclusasi alla fine del 2024.

La stabilità di governo tedesca non è il prodotto di fattori meccanici, ma dipende da una pluralità di cause di natura diversa, che includono almeno la memoria della vicenda weimariana, una serie di meccanismi costituzionali (la sfiducia costruttiva, il bicameralismo differenziato, una presidenza federale non particolarmente forte), la legislazione elettorale (in particolare la clausola di sbarramento del 5 per cento, che ha sinora contenuto la frammentazione, come anche le elezioni del 2025 hanno ben dimostrato), il sistema dei partiti a multipartitismo temperato (anche se ormai passato dal sistema a due partiti e mezzo

¹⁴ Lo notava, fra molti, G. SMITH, *The Nature of the Unified State* in G. SMITH, W.E. PATERSON, P.H. MERKL, S. PADGETT (a cura di), *Developments in German Politics*, MacMillan, London, 1992, p. 37.

¹⁵ Per una ricostruzione dei negoziati che portarono alla conclusione dell'accordo di coalizione precedente, quello del 2013, si v. T. SAAFELD, *La formazione della grande coalizione dopo le elezioni del 2013*, in G. D'OTTAVIO, T. SAAFELD (a cura di), *La Germania della Cancelliera*, Il Mulino, Bologna, 2014, p. 235 ss.

¹⁶ Per tacere della V Repubblica francese post-2024, ove la formazione di coalizione appare per ora una chimera.



degli anni sessanta-ottanta a un sistema a quattro e poi a cinque, se non a sei partiti presenti nel *Bundestag*), la disciplina e la coesione interna dei principali partiti e una cultura politica che dà valore alla stabilità di governo e al principio di responsabilità.

Questi fattori sembrano sussistere anche dopo le elezioni del 2025, ma la stabilità della stabilità – se si permette il bisticcio di parole – non pare assicurata per il futuro, soprattutto in ragione della crescita dei partiti che in vario modo (e con varia intensità) possono essere ritenuti almeno in parte anti-sistema¹⁷, pur senza chiamare in causa i dispositivi giuridici che danno corpo alla democrazia protetta. In particolare, il ricorso a muri anti-incendio, se non produce un contenimento elettorale dei partiti soggetti ad isolamento, rischia di delegittimare le credenziali democratiche del sistema, o quantomeno di restringerne fortemente la base sociale, ricordando l'esempio della IV Repubblica francese per via dell'esclusione o dell'autoesclusione di gollisti e comunisti dall'area di governo.

¹⁷ La 'marginalità delle posizioni antisistema' era annoverata da L. ELIA *Governo (forme di)*, in *Enc. Dir.*, vol. XIX, Giuffrè, Milano, 1970, p. 654, come una delle ragioni del successo della democrazia di Bonn.



L'ingiustificato arricchimento nei confronti della Pubblica Amministrazione: il limite dell'arricchimento imposto ed il principio di buon andamento (note a margine dell'ordinanza della Corte di Cassazione n. 27753 del 2024)*

di Gianluca Briganti

Dottore di ricerca in Diritto pubblico, comparato e internazionale
Sapienza - Università di Roma

Abstract [It]: L'ingiustificato arricchimento nei confronti della Pubblica Amministrazione è un classico esempio della complessa convivenza tra le esigenze di tutela del privato ed i principi pubblicistici che regolano l'*agere* pubblico. Il contributo, dopo una ricostruzione dogmatica dell'azione *de qua*, prendendo spunto da una recente pronuncia della Suprema Corte di Cassazione, intende evidenziare il ruolo del principio di buon andamento nell'ambito degli arricchimenti imposti nei confronti della Pubblica Amministrazione.

Title: The action for unjustified enrichment against Public Administration: the limitation of imposed enrichment and the principle of sound administration (note to judgement Supreme Court no. 27753 of 2024).

Abstract [En]: Unjustified enrichment against Public Administration is a classic example of the complex coexistence between the need to protect private interests and the public principles governing public action. This contribution, following a dogmatic reconstruction of the action in question and inspired by a recent ruling of the Supreme Court of Cassation, aims to highlight the role of the principle of sound administration in the context of imposed enrichments involving Public Administration.

Parole chiave: Ingiustificato arricchimento, Pubblica Amministrazione, Enti Locali, Principio di buon andamento, Arricchimento imposto della Pubblica Amministrazione

Keywords: Unjustified enrichment, Public Administration, Local Authorities, Principle of sound administration, Imposed enrichments of Public Administration

Sommario: 1. Premessa. 2. La vicenda processuale. 3. La decisione della Corte di Cassazione. 4. Brevi cenni sull'ingiustificato arricchimento. 5. L'ingiustificato arricchimento nei confronti degli Enti Locali e della Pubblica Amministrazione: una riflessione sul crescente ruolo del principio di buon andamento. 5.1. Il ruolo del requisito del "riconoscimento dell'utilità". 5.2. Il superamento del requisito soggettivo e l'emergere del principio di buon andamento.

* Articolo sottoposto a referaggio.

1. Premessa

L'arricchimento senza causa¹ (*ex art. 2041 e 2042 del Codice civile*², c.d. *actio de in rem verso*³ o ingiustificato arricchimento) nei confronti della Pubblica Amministrazione è un classico esempio della complessa convivenza tra le esigenze di tutela del privato ed i principi costituzionali che regolano l'*agere* pubblico⁴. L'azione in esame, proposta nei confronti della Pubblica Amministrazione, ha assunto un significato parzialmente autonomo; ciò, infatti, è dimostrato dal fatto che l'ingiustificato arricchimento nei confronti della P.A. è stato spesso oggetto di trattazione separata rispetto agli studi di natura meramente civilistica⁵. La giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione è chiamata, frequentemente, ad occuparsi di casi di ingiustificato arricchimento della P.A., che deriva, in parte dei casi, dalla violazione della normativa sull'acquisizione di beni e servizi. Il problema riguarda, generalmente, soggetti che hanno prestato la propria opera in virtù di un incarico conferito in maniera meramente informale o, alternativamente, che hanno effettuato prestazioni ulteriori rispetto a quelle che gli erano state legittimamente affidate o, come nel caso di specie, che sono subentrati in precedenti rapporti tra P.A. e privati⁶.

¹ La letteratura sull'azione generale di arricchimento è estremamente vasta. In generale, *ex multis*, si vedano le monografie di E. MOSCATI, *Studi sull'indebito e sull'arricchimento senza causa*, Cedam, Padova, 2021; B. CORTESE, *Indebiti solutio ed arricchimento ingiustificato*, Jovene, Napoli, 2013; P. GALLO, *Arricchimento senza causa*, Milano, 2003; V. PIETROBON, *Ingiustificato arricchimento*, Milano, 2003; F. ASTONE, *Arricchimento senza causa*, Giuffrè, Milano, 1999; P. GALLO, *Arricchimento senza causa e quasi contratti (i rimedi restitutori)*, Giappichelli, Torino, 1996; G. FOLCO, *Arricchimento senza causa*, Cedam, Padova, 1979; L. BARBIERA, *L'ingiustificato arricchimento*, Jovene, Napoli, 1964.

² L'art. 2041 c.c., rubricato "Azione generale di arricchimento", stabilisce che: «Chi, senza una giusta causa, si è arricchito a danno di un'altra persona è tenuto, nei limiti dell'arricchimento, a indennizzare quest'ultima della correlativa diminuzione patrimoniale. Qualora l'arricchimento abbia per oggetto una cosa determinata, colui che l'ha ricevuta è tenuto a restituirla in natura, se sussiste al tempo della domanda». Diversamente, l'art. 2042 c.c., rubricato "Carattere sussidiario dell'azione", stabilisce che: «L'azione di arricchimento non è proponibile quando il danneggiato può esercitare un'altra azione per farsi indennizzare del pregiudizio subito». Sul carattere sussidiario dell'azione, aderendo alla tesi della "sussidiarietà in concreto", si veda il recente arresto della Corte di Cassazione a Sezioni Unite (Cass., SS. UU., 5 dicembre 2023, n. 33954).

³ L'*actio de in rem verso* si sviluppò nel periodo della repubblica romana, quando i pretori iniziarono a introdurre rimedi per evitare situazioni di arricchimento senza causa. Nelle fonti romane non esiste un'espressa enunciazione dell'arricchimento senza causa come principio generale, ma l'*actio de in rem verso* ne rappresenta una delle espressioni più concrete. Tuttavia, l'*actio de in rem verso* è una delle azioni più particolari e significative del diritto romano, nata come rimedio per evitare arricchimenti ingiusti all'interno dei rapporti patrimoniali, specialmente nei contesti di rapporti indiretti o di rappresentanza. Questa azione si colloca storicamente all'interno del diritto pretorio, ossia quel *corpus* di norme introdotte dai pretori (magistrati con funzione giudiziaria) per adattare e integrare il rigido schema del diritto civile romano alle esigenze sociali emergenti. Nell'epoca postclassica e, successivamente, nel diritto medievale, la figura dell'*actio de in rem verso* continuò a essere studiata e influenzò lo sviluppo delle azioni per arricchimento senza causa nei diritti europei.

⁴ Nel 1814, Romagnosi definiva l'*agere* pubblico come l'attività dell'Amministrazione Pubblica come «l'attività di amministrare, intesa come serie di azioni interessanti tutta una società politica, eseguite per autorità sovrana o delegata, sopra le materie appartenenti o interessanti tutto il corpo politico o la sovranità medesima», come riportato in G. D. ROMAGNOSI, *Principi fondamentali di diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni*, Giovanni Silvestri, Firenze, 1814, p. 70. Sul punto, inoltre, si veda *ex multis* V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Giappichelli, Torino, 2011.

⁵ Sul tema F. ASTONE, *Arricchimento senza causa*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 289.

⁶ Sul punto, V. BRIZZOLARI, *Arricchimento ingiustificato della pubblica amministrazione: la fine di un privilegio?*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, n. 10, 2015, cit. p. 872.

Nello specifico, con l'ordinanza n. 27753 del 28 ottobre 2024 la Suprema Corte di Cassazione⁷ si è pronunciata in tema di azione di ingiustificato arricchimento, nei confronti degli Enti Locali⁸, nell'ambito di un caso estremamente peculiare e meritevole di uno specifico approfondimento.

La pronuncia, resa nel corso di un contenzioso civile tra una società privata ed un Ente Locale, merita di essere attenzionata, poiché nell'ambito dei rapporti tra privati e Pubblica Amministrazione vi è l'intreccio di principi di matrice civilistica, pubblicistica⁹ e, finanche, contabilistica.

L'azione di ingiustificato arricchimento nei confronti degli Enti Locali e, più in generale, della Pubblica Amministrazione, - malgrado l'intervento nomofilattico delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione¹⁰ - possiede ancora delle peculiarità che impongono (come si vedrà, almeno parzialmente) un approfondimento specifico rispetto ai casi di arricchimento senza causa tra soggetti meramente privati¹¹. Infatti, la natura pubblicistica del soggetto che si arricchisce e, conseguentemente, la particolare disciplina del *modus agendi* delle Pubbliche Amministrazioni hanno suscitato un annoso dibattito sui presupposti per l'esperibilità di tale azione¹².

La questione, fondamentalmente, si poneva nei seguenti termini: la regola e, dunque, i presupposti codificati all'art. 2041 c.c., devono essere applicati paritariamente sia nei confronti dei privati che della Pubblica Amministrazione o, alternativamente, data la natura pubblicistica dell'arricchito, gli elementi costitutivi sono differenti?

Conformemente all'orientamento delle Sezioni Unite del 2015¹³, la Suprema Corte, nella pronuncia *de qua*, afferma che l'azione di ingiustificato arricchimento possiede, in via generale, i medesimi presupposti

⁷ Cass. Civ., sez. III, 28 ottobre 2024, n. 27753.

⁸ Per un'analisi della disciplina degli enti locali si veda, *ex multis*, B. CARAVITA DI TORITTO, F. FABRIZZI, A. STERPA, *Lineamenti di diritto costituzionale delle regioni e degli enti locali*, Giappichelli, Torino, 2019.

⁹ Per un'analisi di sistema, di matrice pubblicistica, si vedano le opere risalenti di G. SANVENERO ROSSELLI, *L'azione di arricchimento nel diritto pubblico*, in *Rassegna di Diritto Pubblico*, n. 1, 1929, p. 91 ss.; A. NAVARRA, *L'actio de in rem verso nel diritto pubblico italiano*, Morano, Napoli, 1930.

¹⁰ Cass. Civ., SS. UU., 26 maggio 2015, n. 10798. Sulla pronuncia, si veda la nota di G. BACCARI, *Brevi note in materia di ingiustificato arricchimento alla luce del recente intervento delle Sezioni Unite*, in *Il Foro Napoletano*, n. 3, 2016, p. 635; A. M. BASSO, *La P.A. deve pagare la prestazione non contrattualizzata se non l'ha rifiutata*, in *Diritto & Giustizia*, n. 21, 2015, p. 125 ss.; A. MEALE, *L'azione di indebito arricchimento nei confronti dell'Amministrazione pubblica: nota a Cass. civ., SU, n. 10798 del 26 maggio 2015*, in *Urbanistica e appalti*, n. 1, 2016, p. 28 ss.

¹¹ Gli Enti Locali, nello specifico, sono destinatari di una disciplina speciale (art. 191 del d. lgs. n. 267/2000), in forza del quale risulta personalmente obbligato il funzionario che abbia consentito l'esecuzione della prestazione in violazione della normativa sull'assunzione delle obbligazioni. Sul tema, si veda la recente pronuncia Cass. Civ., sez. VI, 31 marzo 2022, n. 10432.

¹² Sul tema, in generale, si veda *ex multis*, R. TOMEI, *L'ingiustificato arricchimento nei confronti della pubblica amministrazione: tra conferma della tradizione e critica del privilegio*, Giappichelli, Torino, 2000; L. VIOLA, *L'arricchimento senza causa della pubblica amministrazione*, Cedam, Padova, 2003; C. CICERO, *Arricchimento (azione di) nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Digesto civile*, V, Utet, Torino, 2010, p. 35 ss.; A. LEPRE, *Arricchimento ingiustificato ed esecuzione forzata contro la P.A. e gli enti locali*, Giuffrè, Milano, 2012.

¹³ Cass. Civ., SS. UU., 26 maggio 2015, n. 10798. Tale pronuncia, supera l'orientamento patrocinato sino al 2015 (tra tutte Cass. Civ., sez. III, 29 marzo 2005, n. 6570) che riteneva necessario l'ulteriore requisito dell'utilità dell'opera o della prestazione resa.

anche nei confronti della Pubblica Amministrazione e, dunque, con riferimento al requisito del “*utilitas*”, è irrilevante, di per sé sola considerata, l’utilità della prestazione espletata, sicché, eccipitane la carenza da parte della convenuta, l’attore non è onerato dal dover provare la sua sussistenza.

La pronuncia è estremamente importante perché la Cassazione, in questo caso, afferma di nuovo la rilevanza del principio pubblicistico di “buon andamento” (art. 97 della Costituzione)¹⁴; infatti, secondo la Corte, l’accoglimento dell’iniziativa dell’impoverito incontrerebbe il solo limite del “divieto di arricchimento imposto” (secondo il brocardo latino “*nemo invitus locupletari potest*”), giacché il diritto fondamentale di azione del depauperato deve adeguatamente coniugarsi con l’esigenza, altrettanto fondamentale, del buon andamento dell’attività amministrativa, affidando alla stessa Pubblica Amministrazione l’onere di eccipire e provare il rifiuto dell’arricchimento o l’impossibilità del rifiuto per la sua inconsapevolezza.

2. La vicenda processuale

La vicenda processuale, oggetto della pronuncia della Suprema Corte di Cassazione in epigrafe, si articola in tre distinti gradi di giudizio.

In primo grado, il Giudice di Pace di Tricase, con sentenza n. 254 del 16 giugno 2017, in relazione al completamento di taluni lavori eseguiti per l’apertura di una strada nei pressi di una piscina comunale, riconoscendo un ingiustificato arricchimento da parte di un Ente Locale, emetteva un provvedimento monitorio¹⁵ che ingiungeva il pagamento, in favore di una società privata, di un importo a carico del Comune arricchito senza causa.

Il Comune, dunque, promuoveva un giudizio di opposizione che veniva rigettato.

¹⁴ Sul principio di buon andamento, *ex multis*, si veda G. FALZONE, *Il dovere di buona amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1953; A. ANDREANI, *Il principio costituzionale di buon andamento della pubblica amministrazione*, Cedam, Padova, 1979; U. ALLEGRETTI, *Imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. VIII, Torino, 1993, p. 131; R. CARANTA, *Commento all’art. 97 Cost.*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. II, Giappichelli, Torino, 2006, p. 1889 ss.; C. PINELLI, *Art. 97, Il 1° comma dell’art. 97. Parte II - Il “buon andamento” e l’“imparzialità” dell’amministrazione*, in AA. VV., *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1996, p. 31 ss.; S. STAMMATI, *Il buon andamento dell’amministrazione. Una rilettura e principi per un ripensamento (riattraversando gli articoli 95, 3° comma e 97, 1° comma, della Costituzione)*, in AA. VV., *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, vol. III, Giuffrè, Milano, 1998, p. 795 ss.; P. CALANDRA, *Il buon andamento dell’amministrazione pubblica*, in *Studi in memoria di Vittorio Bachelet*, Giuffrè, Milano, 1987; F. TIGANO, *Amministrazione, costituzione e buon andamento: profili della nuova legalità amministrativa*, Sicania, Messina, 2002; U. ALLEGRETTI, *Amministrazione pubblica e Costituzione*, Cedam, Padova, 1996, p. 236 ss.; C. PINELLI, *Il buon andamento e l’imparzialità dell’amministrazione*, in P. CARETTI, C. PINELLI, U. POTOTSCHNIG, G. LONG, G. BORRÈ (a cura di), *La Pubblica Amministrazione*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1994; M. R. Spasiano, *Il principio di buon andamento*, in M. RENNA, F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 117 ss.

¹⁵ Sul tema, *ex multis* si veda M. CATALDI, *Il procedimento monitorio e l’opposizione al decreto ingiuntivo*, Giuffrè, Milano, 2006. Per gli aggiornamenti della c.d. riforma Cartabia si veda C. MANDROLI, A. CARRATTA, *Diritto processuale civile. Vol. III. Processi speciali e procedure alternative*, Giappichelli, Torino, 2024, p. 267 ss.

Nell'ambito del giudizio *de quo*, il Comune, nell'opporsi al decreto ingiuntivo (emesso sulla base di una fattura allegata dalla società ricorrente), eccepiva di non aver dato alcun incarico alla società ingiungente, bensì ad un'altra ditta individuale e, cioè, un soggetto giuridicamente diverso.

In secondo luogo, il Comune contestava che i lavori fossero stati eseguiti correttamente, evidenziando la presenza di un'indagine della magistratura per appurare la qualità del materiale utilizzato.

La società ricorrente, invece, nell'ambito del giudizio d'opposizione, evidenziava il suo subentro nel rapporto tra il Comune e la ditta individuale e, conseguentemente, domandava il rigetto dell'opposizione e la condanna dell'opponente al pagamento della somma ingiunta, eventualmente anche ai sensi dell'art. 2041 c.c.; interveniva volontariamente in giudizio, *ex art.* 105 c.p.c., anche il titolare della ditta individuale aderendo alle richieste dell'opposta.

Il Comune, soccombente nel giudizio di opposizione, promuoveva gravame al competente Tribunale che, questa volta, accoglieva il ricorso dell'Ente Locale.

Il Tribunale di Lecce, con la sentenza n. 31 del 2020¹⁶, accoglieva l'appello dell'Ente Locale, ritenendo che non vi fosse alcuna prova che la società fosse succeduta alla ditta individuale nell'ambito del contratto con il Comune. Inoltre, il Tribunale escludeva che la domanda di pagamento potesse trovare accoglimento ai sensi dell'art. 2041 c.c., avendo il Comune espressamente contestato, con specifico motivo di impugnazione, l'esatto adempimento dell'obbligazione e comunque l'"utilità" dei lavori eseguiti.

In definitiva, secondo il Tribunale la società non avrebbe fornito alcuna prova di aver eseguito i lavori e comunque dell'utilità che il Comune avrebbe conseguito dai lavori stessi.

Avverso la pronuncia del Tribunale, la società soccombente proponeva ricorso in Cassazione sulla base di due distinti motivi.

In particolare, con il secondo motivo (*ex art.* 360, comma 1, n. 3), c.p.c.) si denunciava la violazione o falsa applicazione di norme di diritto (gli artt. 2041 c.c. e 2042 c.c.).

Si censurava, in particolare, la sentenza impugnata là dove afferma che, a fronte della contestazione del Comune circa l'effettiva utilità dei lavori eseguiti, era onere quest'ultima fornire la prova di tale utilità.

La società ricorrente evidenziava come il riconoscimento dell'utilità da parte dell'arricchito non costituisca un requisito dell'azione di ingiustificato arricchimento, sostenendo, dunque, che il depauperato che agisce *ex art.* 2041 c.c., ha il solo onere di provare il "fatto oggettivo dell'arricchimento", senza che il Comune possa opporre il mancato riconoscimento; residua in capo a quest'ultimo, di converso, la possibilità di

¹⁶ Tribunale di Lecce, 9 gennaio 2020, n. 31.

eccepire e debitamente provare che l'arricchimento non fu voluto o non fu consapevole, e che si trattò, quindi, di "arricchimento imposto".

Il Comune resisteva a tale impugnazione promuovendo un controricorso. Infine, la ditta individuale, aderendo alla medesima tesi della società ricorrente, proponeva impugnazione incidentale.

3. La decisione della Corte di Cassazione

La Suprema Corte di Cassazione, con l'ordinanza n. 27753 del 28 ottobre 2024, accoglieva il ricorso principale della società (che aveva adito, in origine, il Giudice di Pace di Tricase) ed il ricorso incidentale della ditta individuale, cassando con rinvio al Tribunale di Lecce.

Con riferimento al primo motivo, la Cassazione ne dichiarava l'inammissibilità, non ravvisando il difetto di specificità dei motivi di appello proposti dal Comune e la censura circa la presunta violazione dell'art. 345 c.p.c.¹⁷

Il secondo motivo, fondamentale al fine di risolvere la controversia nel merito, invece, veniva accolto dalla Suprema Corte.

Secondo la Cassazione il Tribunale di Lecce, nel rigettare l'azione di ingiustificato arricchimento, aveva affermato che, a fronte della contestazione (da parte del Comune) della mancanza del requisito della "utilitas" della prestazione resa in proprio favore, la società opposta non avrebbe fornito alcuna prova di aver correttamente eseguito i lavori e, comunque, dell'utilità che il Comune avrebbe conseguito dai lavori stessi, ponendo, invero, a carico della stessa un onere probatorio che la norma suddetta non contempla. Tuttavia, la Cassazione evidenzia che, a fronte di un pregresso e prevalente orientamento, che condizionava l'accoglimento dell'azione di ingiustificato arricchimento "al riconoscimento dell'utilitas" da parte della Pubblica Amministrazione e, cioè, al riscontro di una valutazione soggettiva in capo all'ipotetico arricchito, le Sezioni Unite¹⁸ hanno affermato la connotazione meramente oggettiva dell'arricchimento che il depauperato deve provare, senza che l'Amministrazione possa opporre il mancato riconoscimento dello stesso.

Secondo la Cassazione, dunque, chi agisce *ex art.* 2041 c.c. deve provare solo il proprio depauperamento ed il contestuale arricchimento della Pubblica Amministrazione. Tuttavia, l'accoglimento dell'azione incontra il "limite del divieto di arricchimento imposto", giacché il diritto fondamentale di azione del

¹⁷ La norma, rubricata "Domande ed eccezioni nuove", dispone che «1. Nel giudizio d'appello non possono proporsi domande nuove e, se proposte, debbono essere dichiarate inammissibili d'ufficio. Possono tuttavia domandarsi gli interessi, i frutti e gli accessori maturati dopo la sentenza impugnata, nonché il risarcimento dei danni sofferti dopo la sentenza stessa. 2. Non possono proporsi nuove eccezioni, che non siano rilevabili anche d'ufficio. 3. Non sono ammessi i nuovi mezzi di prova e non possono essere prodotti nuovi documenti, salvo che la parte dimostri di non aver potuto proporli o produrli nel giudizio di primo grado per causa ad essa non imputabile. Può sempre deferirsi il giuramento decisorio».

¹⁸ Cass. Civ., SS. UU., 26 maggio 2015, n. 10798.

depauperato deve adeguatamente coniugarsi con l'esigenza, altrettanto fondamentale, del buon andamento dell'attività amministrativa, affidando alla stessa Pubblica Amministrazione l'onere di eccepire e provare il rifiuto dell'arricchimento o l'impossibilità del rifiuto per la sua inconsapevolezza¹⁹.

Definitivamente, secondo la Cassazione l'impoverito non deve provare alcuna utilità della P.A. in cui favore ha eseguito le sue prestazioni, ma neppure ha l'onere di dimostrare la regolarità dell'esecuzione delle prestazioni. I risultati della prestazione vanno valutati al fine di determinare l'entità concreta dell'arricchimento e salvo il caso del cosiddetto arricchimento imposto, che, invece, non può riconoscersi.

4. Brevi cenni sull'ingiustificato arricchimento

Il Codice civile del 1865 non prevedeva l'azione generale di ingiustificato arricchimento, ma unicamente gli istituti della ripetizione dell'indebitato e della gestione d'affari altrui.

Diversamente, il Codice civile del 1942, sollecitato dalle elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali, decise di istituire, per la prima volta, l'azione di ingiustificato arricchimento (art. 2041 c.c. e art. 2042 c.c.)²⁰.

L'art. 2041, co. 1 c.c. prevede che *«Chi, senza una giusta causa, si è arricchito a danno di un'altra persona è tenuto, nei limiti dell'arricchimento, a indennizzare quest'ultima della correlativa diminuzione patrimoniale»*.

Tale disposizione conferma il principio in forza del quale ogni spostamento di ricchezza debba necessariamente possedere una sua giustificazione causale: è il generale controllo dell'ordinamento sull'autonomia privata, che è alla base della necessaria esistenza di una causa dei negozi (artt. 1325 c.c. e 1323 c.c.)²¹.

¹⁹ Conformemente: Cass. Civ., sez. I, 7 giugno 2017, n. 15937; Cass. Civ., sez. III, 24 aprile 2019, n. 11209; Cass. Civ., sez. III, 5 novembre 2020, n. 24642.

²⁰ Come evidenziato da Cass. Civ., SS. UU., 26 maggio 2015, n. 10798, *«la previsione di un'azione generale di arricchimento era ignota al codice del 1865; l'istituto venne, quindi, accolto dal progetto di codice delle obbligazioni del 1936 e, infine, codificato dal legislatore del 1942, accanto a numerose altre fattispecie particolari di arricchimento (art. 31 c.c., comma 3, art. 535 c.c., art. 821 c.c., comma 2, artt. 935, 940 e 1150 c.c., art. 1185 c.c., comma 2, artt. 1190, 1443 e 1769 c.c., art. 2037 c.c., comma 3, art. 2038 c.c., comma 3), assolutamente eterogenee e, comunque, ispirate al medesimo principio e accomunate dall'obbligo di "restituire" all'impoverito esclusivamente perdite, esborsi, spese, prestazioni ed altri elementi, utilità o valori già sussistenti nel suo patrimonio "nei limiti dell'arricchimento»*.

²¹ F. BOCCHINI, E. QUADRI, *Diritto privato*, Giappichelli, Torino, 2022, cit. p. 1406. Gli Autori evidenziano inoltre come: *«Viene inoltre espresso un generale criterio di solidarietà sociale e di equità per cui nessuno può avvantaggiarsi con l'altrui danno (nemo locupletari potest cum aliena iactura): fondamento dell'azione è la locupletazione di un soggetto a danno dell'altro senza giusta causa. Sono varie le applicazioni del principio nell'ordinamento: ad es., chi fa propri i frutti deve, nei limiti del loro valore, rimborsare colui che abbia fatto spese per la produzione e il raccolto (art. 8212); per opere fatte da un terzo con materiali propri, se il proprietario preferisce di ritenerle (per accessione), deve pagare, a sua scelta, il valore dei materiali e il prezzo della mano d'opera oppure l'aumento di valore arrecato al fondo (art. 9362). È qui delineato giuridicamente il generale principio etico del divieto di arricchirsi a danno altrui che, nella modernità, può ricondursi al principio costituzionale della solidarietà nelle relazioni sociali»*.

Generalmente, si ritiene che tale disposizione si ponga come una “norma di chiusura” volta a garantire un’interpretazione unitaria e sistematica delle ipotesi di ingiustificato arricchimento disciplinate dall’ordinamento²². Tale rimedio, pertanto, ha natura residuale ed è di origine equitativa²³.

I requisiti dell’azione, che si ricavano dall’art. 2041 c.c. sono: a) l’arricchimento a favore di un soggetto; b) l’impoverimento subito da un altro soggetto (depauperato); c) il nesso di correlazione tra i due requisiti (sub a) e sub b)); d) la mancanza di qualsiasi altra azione a favore dell’impoverito (residualità).

In via pretoria, originariamente, era stato previsto un ulteriore requisito nelle ipotesi di arricchimento da parte della P.A.: quello del riconoscimento dell’utilità dell’opera o della prestazione. Tale requisito aggiuntivo, come si vedrà nel prosieguo, è stato superato ad opera delle Sezioni Unite della Cassazione del 2015²⁴.

Infine, si evidenzia come l’art. 2041 c.c. non attribuisca alcuna rilevanza all’aspetto soggettivo o psicologico del soggetto agente; ciò, in conclusione, conferma la funzione prettamente riequilibratrice e restitutoria dell’obbligo di indennizzo (differentemente dall’obbligo di risarcimento, che, invece, ha funzione riparatoria e sanzionatoria).

5. L’ingiustificato arricchimento nei confronti degli Enti Locali e della Pubblica Amministrazione: una riflessione sul crescente ruolo del principio di buon andamento

La tematica dell’ingiustificato arricchimento nei confronti degli Enti Locali e, più in generale, della Pubblica Amministrazione, si colloca al crocevia tra le esigenze di tutela del privato e i principi pubblicistici, come il buon andamento di cui all’art. 97 Cost., che governano l’*agere* pubblico.

La complessa coesistenza dei principi pubblicistici che regolano l’attività della Pubblica Amministrazione e le crescenti istanze di tutela dei soggetti privati hanno reso il tema dei presupposti dell’azione di

²² Come evidenziato da P. BASSO, *art. 2041*, in P. CENDON (a cura di), *Commentario al codice civile*, Giuffrè, Milano, 2008, cit. p. 1070, «La norma, quindi, costituisce il mezzo estremo per garantire un rapporto di equilibrio fra i patrimoni ponendo rimedio a tutti quegli squilibri che non appaiono meritevoli di protezione e conservazione. La categoria, nella sua valenza di chiusura, raccoglie tutte le fattispecie differenti sia dai contratti sia dai delitti, così che, efficacemente, si è scritto che l’arricchimento previsto dall’art. 2041 c.c. deve essere agiuridico ma non antiagiuridico e la sua specificità restitutoria si esprime sotto il profilo delle conseguenze, che sono differenti rispetto a quelle che si avrebbero in caso di violazione di un valido contratto oppure in caso di commissione di un atto illecito».

²³ Sulla residualità dell’azione di ingiustificato arricchimento Cass. Civ., SS. UU., 5 dicembre 2023 n. 33954 ha accolto la tesi della residualità “in astratto”. La pronuncia, aderendo ad un indirizzo già espresso dalle Sezioni Unite nel 1996 (Cass. Civ., SS. UU., 4 novembre 1996, n. 9531) e risalente agli anni Sessanta, ha ribadito che «L’azione di ingiustificato arricchimento è contraddistinta da un carattere di residualità che ne postula l’inammissibilità ogniqualvolta il danneggiato, per farsi indennizzare del pregiudizio subito, possa esercitare, un’altra azione, secondo una valutazione da compiersi in astratto e prescindendo, quindi, dal relativo esito” e che l’azione ex art.2041 cc è inammissibile anche nell’ipotesi in cui l’”altra azione” sia esercitabile dall’impoverito nei confronti di un terzo ovvero si sia prescritta o si sia verificata una decadenza (Cass. 29 maggio 1967 n. 1170, 25 febbraio 1971 n. 481) o ancora sia stata respinta nel merito per difetto di prova o non sia stata opportunamente coltivata. Per tali motivi l’azione generale di arricchimento è esclusa quando altra azione appaia proponibile per conseguire lo stesso bene, ancorché l’attore sia dubbioso nel prevederne l’esito positivo».

²⁴ Cass. Civ., SS. UU., 26 maggio 2015, n. 10798.

ingiustificato arricchimento nei confronti degli Enti Locali e, più in generale, della Pubblica Amministrazione estremamente dibattuto in dottrina ed in giurisprudenza.

5.1. Il ruolo del requisito del “riconoscimento dell’utilità”

Fino all’arresto delle Sezioni Unite della Cassazione del 2015²⁵, l’elemento della necessità del “riconoscimento dell’utilità” è stato il perno attorno al quale ha ruotato l’intera problematica dell’azione di ingiustificato arricchimento contro la P.A.

Come premesso, ci si chiedeva se fosse necessario il requisito ulteriore (elaborato unicamente in sede pretoria) del riconoscimento dell’utilità dell’opera o della prestazione, rispetto a quanto stabilito dagli artt. 2041 e 2042 c.c. che, tuttavia, nulla statuiscano in merito a tale presupposto (implicito) dell’azione; la dottrina, infatti, criticando tale requisito, si è anche espressa in termini di “creatività della giurisprudenza”²⁶. In concreto, ci si riferisce, dunque, alla necessità della dimostrazione da parte dell’attore, affinché l’azione sia accolta, del riconoscimento dell’*utilitas* operato dall’Amministrazione.

Preliminarmente, è importante interrogarsi sul motivo che ha portato le Corti ad esigere la dimostrazione di un elemento aggiuntivo rispetto ai normali requisiti. Successivamente, è necessario chiedersi perché le Sezioni Unite abbiano deciso di escludere definitivamente il riconoscimento dell’utilità dai presupposti dell’azione di ingiustificato arricchimento.

Il dibattito su questo requisito aggiuntivo risalirebbe addirittura ai primi anni del Novecento, quando una parte della dottrina già criticava tale orientamento prevalente della giurisprudenza.

In particolare, in senso critico, si evidenziava che la valutazione dell’arricchimento indebito non riguardasse “una questione di utilità amministrativa”, ma richiedesse piuttosto un semplice “accertamento di fatto”²⁷.

Invece, secondo l’orientamento prevalente, che patrocinava la necessità del riconoscimento (esplicito o implicito) dell’*utilitas*, l’obbligatorietà del riconoscimento costituiva un principio non scritto che risaliva alle prime elaborazioni della materia, quando si sosteneva l’impossibilità di attribuire allo Stato e agli Enti Locali pericolosi “arricchimenti imposti”²⁸ in grado di minare, potenzialmente, le finanze pubbliche.

²⁵ Cass. Civ., SS. UU., 26 maggio 2015, n. 10798.

²⁶ Espressione attribuibile a P. GALLO, *Arricchimento senza causa*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 128.

²⁷ Tra le autorevoli critiche risalenti per una critica risalenti, al potere della P.A. di operare il riconoscimento dell’utilità: S. ROMANO, *Principii di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1912, p. 648; F. CAMMEO, *L’azione «de in rem verso» nei rapporti fra pubblica amministrazione e funzionari responsabili a norma dell’art. 256 l. com. e prov. e la competenza per far valere detta azione*, in *Giur. it.*, n. 3, 1896, p. 9.

²⁸ Sul punto, G. MICARI, *L’azione di indebito arricchimento nei confronti della pubblica amministrazione e il principio giurisprudenziale del riconoscimento dell’*utiliter coeptum**, in *Giustizia civile*, n. 11, 2005, p. 2677.

Il divieto di arricchimento imposto è un importante corollario del principio della libertà di autodeterminazione dei privati. Tale divieto impone che alcuno possa produrre una modificazione nella sfera giuridica altrui, se non voluta.

La volontà del soggetto, il cui patrimonio subisce un cambiamento, è indispensabile non solo quando si verifica un peggioramento, ma anche in caso di incremento. Come principio generale, si ammette che possano essere attribuiti vantaggi al patrimonio di una persona anche senza un'esplicita dichiarazione di volontà da parte del titolare, purché tali attribuzioni non siano (almeno) contrarie alla sua volontà.

La tesi, all'epoca prevalente, si basava sul timore che la Pubblica Amministrazione potesse essere chiamata a rispondere, ai sensi dell'art. 2041 c.c., di qualsivoglia iniziativa arbitraria che si manifestava fuori dal controllo degli organi amministrativi deputati alla spesa²⁹.

Il riconoscimento dell'utilità, dunque, si imponeva come strumento di tutela per la P.A. avverso arricchimenti imposti da azioni volontarie di soggetti privati poste in mancanza di un provvedimento dell'Amministrazione. Essi, dunque, potevano vantare diritti economici per l'attività svolta solo in presenza del riconoscimento dell'utilità da parte della stessa Pubblica Amministrazione³⁰.

Sul punto, però, venivano mosse le seguenti critiche.

In *primis*, inserendo un requisito di valutazione soggettivo, il riconoscimento doveva verificarsi con una manifestazione di volontà della P.A. mediante provvedimenti amministrativi. Tuttavia, parte della giurisprudenza³¹, ha ridotto la portata di tale conseguenza ritenendo sufficiente l'utilizzazione dell'opera o della prestazione³².

In secondo luogo, relativamente al giudizio di utilità, il giudice ordinario non avrebbe potuto sindacare nel merito la valutazione, di natura discrezionale, della Pubblica Amministrazione, lasciando uno spazio valutativo all'Amministrazione difficilmente sindacabile (*rectius* insindacabile).

Nonostante le critiche sollevate, la giurisprudenza scelse, per molto tempo, di aderire allo spirito della Legge n. 2248 del 1865³³, che mirava a dare priorità all'Amministrazione rispetto all'intervento

²⁹ Come evidenziato da R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto civile*, Ita, Torino, 2022, cit. p. 956.

³⁰ Sul tema, S. VENTURI, *L'arricchimento senza causa nei rapporti con la pubblica amministrazione: presupposti e condizioni di ammissibilità*, in *Il diritto amministrativo*, 2012, p. 1 ss.

³¹ Cass. civ., sez. III, 12 dicembre 2003, n. 19059.

³² Sul punto, si veda V. LOPILATO, *Manuale di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 884.

³³ Legge 20 marzo 1865, n. 2248, rubricata "Legge per l'unificazione amministrativa del Regno d'Italia". Sui rapporti non paritari, A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2022, cit. p. 8, evidenzia come «Il tentativo di rimanere ancorati alla logica della norma bilaterale regolatrice del rapporto si pose allora, in quelle circostanze, attraverso l'elaborazione di una relazione non paritaria fra gli interessi coinvolti; una relazione ove, cioè, l'interesse del privato risultasse funzionalizzato alla tutela dell'interesse pubblico, come soggettivo in capo all'Amministrazione. Tale declinazione del rapporto, tuttavia, inevitabilmente portava con sé tutte le ambiguità di cui la stessa funzionalizzazione era carica, rendendo perplessa l'effettiva rilevanza giuridica della dimensione sostanziale dell'interesse del cittadino». Sul tema si veda anche O. RANELLETTI, *Le garanzie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1937, p. 170 ss.

giudiziario³⁴. Tale scelta si basava sull'idea che l'Amministrazione, rappresentando l'interesse pubblico e, per tale, superiore a quello dei singoli privati, non potesse essere disturbata dall'ingerenza del giudice nella sua volontà³⁵.

Tuttavia, anche se si potrebbe pensare che alla Pubblica Amministrazione sia sempre stato riservato un trattamento privilegiato, la necessità che fosse l'unica autorizzata a valutare l'utilità non è del tutto priva di giustificazione. Si è infatti già evidenziato come la previsione del requisito del riconoscimento dell'*utilitas* abbia lo scopo di tutelare la Pubblica Amministrazione dall'arricchimento imposto tutelandone il buon andamento, e dall'attività arbitraria dei soggetti ad essa estranei³⁶. Ciò, infatti, si verifica quando un privato, consapevolmente e talvolta in mala fede, decide di offrire una prestazione con l'intento di ottenere un vantaggio economico personale³⁷.

Come anticipato, il superamento di questo orientamento (per lungo tempo fermamente maggioritario in giurisprudenza) è avvenuto ad opera della pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione del n. 10798 del 2015³⁸, che hanno recepito le critiche di una parte della dottrina³⁹.

Nella pronuncia *de qua*, le Sezioni Unite hanno ritenuto non più necessario il requisito soggettivo del riconoscimento dell'*utilitas*.

5.2. Il superamento del requisito soggettivo e l'emergere del principio di buon andamento

Attualmente, secondo il consolidato e prevalente orientamento, l'azione di ingiustificato arricchimento si fonda solo sul riscontro di eventi oggettivi.

Gli elementi soggettivi, riconducibili alla volontà provvedimentale dell'Amministrazione, non avrebbero alcuna rilevanza. In questa prospettiva, il riconoscimento da parte della Pubblica Amministrazione

³⁴ In questo quadro, la Pubblica Amministrazione veniva concepita come una proiezione dello Stato, dotata di un'autorità superiore volta a perseguire l'interesse generale, ma al contempo spesso distante dal garantire un effettivo equilibrio con i diritti individuali. L'evoluzione successiva, in particolare con l'istituzione della giustizia amministrativa (Consiglio di Stato come organo giurisdizionale), ha gradualmente ridimensionato questa posizione di primazia, segnando il passaggio verso un'amministrazione più bilanciata e responsabile nei confronti dei cittadini.

³⁵ M. STIPO, *Le origini del riparto di giurisdizione verso la p.a. e la doppia tutela*, Sapienza editore, Roma, 1979, p. 228.

³⁶ V. BRIZZOLARI, *Arricchimento ingiustificato della pubblica amministrazione: la fine di un privilegio?*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, n. 10, 2015, cit. p. 872.

³⁷ A. ALBANESE, *Le prestazioni compiute in favore della pubblica amministrazione in esecuzione di contratti irregolari*, in *Corriere giuridico*, n. 2, 2007, 265 ss.

³⁸ Cass. Civ., SS. UU., 26 maggio 2015, n. 10798.

³⁹ Come evidenziato da P. GALLO, *Azione di arricchimento nei confronti della P. A. - Arricchimento senza causa e contratti informali della P.A.*, in *Giurisprudenza Italiana*, n. 7, 2021, cit. p. 1596, «In più occasioni la dottrina aveva richiamato l'attenzione sull'incongruenza di questa impostazione e sulla necessità di ricondurre il più possibile l'azione di arricchimento nei confronti della P.A. nell'alveo del diritto comune e su come il requisito del riconoscimento dell'utilità evidenzii piuttosto una forte esigenza di tutela della P.A. nei confronti dell'imposizione di una responsabilità di arricchimento non desiderata; si tratta come è ben noto del problema degli arricchimenti imposti, vale a dire conseguenti all'iniziativa dell'impovertito il quale effettua una prestazione in favore dell'arricchito; in conformità ai principi generali nei casi di questo genere ai fini della configurabilità di una responsabilità in arricchimento è fondamentale provare una qualche forma di accettazione o acquiescenza da parte dell'arricchito».

dell'utilità di una prestazione o di un'opera non serve a sanare, dal punto di vista giuridico, un contratto inesistente, invalido o imperfetto, poiché tale elemento è estraneo all'istituto; piuttosto, tale riconoscimento assume rilievo come prova, esclusivamente per accertare che l'arricchimento sia imputabile all'Amministrazione stessa.

Le Sezioni Unite del 2015, inoltre, evidenziavano alcune criticità dell'orientamento all'epoca maggioritario.

In primo luogo, il giudice, mentre dovrebbe condannare la P.A. per un arricchimento riconosciuto, ancorché non provocato, dovrebbe assolverlo per un arricchimento provato, ma non riconosciuto.

In secondo luogo, una criticità atterrebbe alle modalità di tutela giurisdizionale, poiché la richiesta del requisito del riconoscimento dell'*utilitas* sarebbe un'applicazione restrittiva dell'azione e, conseguentemente, un privilegio ingiustificato per l'Amministrazione Pubblica⁴⁰; un privilegio che, come si è evidenziato, non godrebbe di alcun fondamento normativo.

La pronuncia del 2024 in epigrafe⁴¹, nel confermare l'orientamento delle Sezioni Unite, esprime, ancora una volta, la centralità del principio di "buon andamento" nell'ambito di tale azione nei confronti degli Enti Locali, da cui è possibile cogliere ulteriori sfumature.

Negli ultimi anni si è assistito a una rinnovata attenzione verso i principi fondamentali del diritto amministrativo, non soltanto a livello nazionale ma anche in ambito europeo e internazionale.

Il principio di buon andamento della Pubblica Amministrazione, sancito dall'art. 97 della Costituzione, poiché non è definito in modo puntuale da una norma, ma pervade trasversalmente tutta l'attività amministrativa, è stato relegato per lungo tempo nella categoria del metagiuridico, sia da parte della dottrina⁴² che della giurisprudenza (specialmente quella costituzionale). Pertanto, la dottrina, per lungo tempo, ha collocato il buon andamento nell'area dell'"irrilevante giuridico"⁴³.

Tuttavia, a partire dagli anni Settanta, con la storica pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 2 del 1972, il buon andamento è stato riconosciuto come uno dei "principi fondamentali" dell'azione amministrativa⁴⁴.

⁴⁰ V. LOPILATO, *Manuale di diritto amministrativo*, op.cit., cit. p. 884.

⁴¹ Cass. Civ., sez. III, 28 ottobre 2024, n. 27753.

⁴² Sul punto, P. BARILE, *Il dovere di imparzialità della P.A.*, in AA. VV., *Scritti in onore di Pietro Calamandrei*, Cedam, Padova, 1958, p. 136; N. SPERANZA, *Il principio di buon andamento - imparzialità nell'art. 97 Cost.*, in *Foro Amministrativo*, n. 2, 1972, p. 86.

⁴³ C. DE SETA, *Principi giurisprudenziali in tema di buon andamento*, in *Amministrazione e contabilità*, n. 1, 1985, cit. p. 27.

⁴⁴ Il riferimento è alla pronuncia Cons. Stato, A.P., 22 febbraio 1972, n. 2, con la quale per la prima volta si evidenziò che ove fosse «*legislativamente posto un sistema organizzativo che renda possibile, anche solo in astratto, di non onorare i principi del buon andamento e della imparzialità, le norme del sistema stesso non possono essere ritenute costituzionalmente legittime*». Dopo la pronuncia richiamata, la giurisprudenza amministrativa, pur con alcune oscillazioni e ripensamenti, ha mostrato una tendenza a collegare il principio di buon andamento alla definizione di un corretto equilibrio tra i diversi livelli di governo. Questo

Nella sua attuale accezione, il buon andamento impone che l'attività amministrativa sia organizzata in modo da garantire efficienza, efficacia ed economicità nella gestione della cosa pubblica. Questo principio mira a evitare sprechi di risorse e a promuovere l'interesse collettivo, ponendo limiti e doveri di comportamento non solo nei confronti dei funzionari pubblici, ma anche rispetto alle relazioni con i privati⁴⁵.

Proprio in virtù di questo principio, la Pubblica Amministrazione deve agire in modo giustificato e razionale, motivando i propri provvedimenti e adottando procedure chiare e trasparenti, così da prevenire arbitri o scelte irragionevoli.

Il rapporto tra buon andamento ed ingiustificato arricchimento si concretizza nella necessità di contemperare due esigenze fondamentali: la tutela dell'erario pubblico, in forza del quale la Pubblica Amministrazione non può vedersi costretta a riconoscere spese o prestazioni che non siano state previamente autorizzate o formalizzate attraverso contratti regolari; l'equità nei confronti dei privati, cioè, allo stesso tempo, non è consentito che l'Amministrazione si avvantaggi indebitamente di prestazioni ricevute da un soggetto privato senza giusto corrispettivo.

Il buon andamento, dunque, nella pronuncia n. 27753 del 2024, viene elevato, in modo esplicito, a “limite esterno” dell'azione di ingiustificato arricchimento. Secondo la Corte di Cassazione, il diritto fondamentale di azione del depauperato deve coniugarsi con l'esigenza, altrettanto fondamentale, *«del buon andamento dell'attività amministrativa, affidando alla stessa pubblica amministrazione l'onere di eccepire e provare il rifiuto dell'arricchimento o l'impossibilità del rifiuto per la sua inconsapevolezza»*.

equilibrio riguarda sia il rapporto tra le scelte legislative (o quelle adottate dall'amministrazione nell'ambito della programmazione) sia l'attività amministrativa vera e propria.

⁴⁵ Secondo Andreani, la cui interpretazione non ha trovato seguito in altri autori, il buon andamento costituisce una modalità d'esercizio del potere amministrativo che, in un contesto normativo complesso e caratterizzato dalla presenza di numerosi soggetti pubblici, esige innanzitutto un'azione di coordinamento tra tali soggetti e, come necessaria conseguenza logica, un processo di armonizzazione tra i diversi interessi pubblici. In questo senso, il buon andamento diviene un criterio fondamentale per mettere in relazione gli interessi pubblici espressione del pluralismo organizzativo, identificandosi con un'imparzialità “intersoggettiva” che impone di strutturare i rapporti tra i soggetti amministrativi in maniera tale che gli interessi di ciascuno di essi possano accordarsi – prevalendo, recedendo o trasformandosi – con quelli altrui, sulla base del principio più adeguato desunto dall'insieme delle norme dell'ordinamento giuridico (A. ANDREANI, *Il principio costituzionale di buon andamento della pubblica amministrazione*, Cedam, Padova, 1979, p. 31 ss.).

Questa affermazione, in un'ottica di bilanciamento delle diversificate esigenze, è in linea con una tendenza, ormai maggioritaria, volta a dare sempre maggior spazio ai principi dell'azione amministrativa⁴⁶ e, in particolare, al principio di buon andamento⁴⁷.

Sul punto, però, è possibile muovere delle osservazioni in parte critiche.

Il buon andamento, malgrado delle parziali tipizzazioni giurisprudenziali, di stampo prevalentemente casistico, è un principio estremamente ampio che afferisce all'azione amministrativa (per taluno, come evidenziato, meta-giuridico).

Tale ampiezza, però, nell'ambito dell'azione di ingiustificato arricchimento, è parzialmente problematica.

⁴⁶ Riprendendo l'affermazione di Cons. Stato, A.P., 7 maggio 2013, n. 13, «Come è infatti noto, l'aspetto rilevante di un codice, anche nel senso ristretto della nuova codificazione moderna secondo codici di settore, è la sua aspirazione ad essere un "sistema"; il sistema consente di spostare l'attenzione anche su principi, che rendono possibile la comprensione delle singole parti connettendole al tutto e che, finalmente, rendono intellegibile il disegno armonico, organico ed unitario sotteso rispetto alla frammentarietà delle parti. I principi generali di un settore esprimono valori e criteri di valutazione immanenti all'ordine giuridico, che hanno una memoria del tutto che le singole e specifiche disposizioni non possono avere e ai quali esse sono riconducibili; sono inoltre caratterizzati da una eccedenza di contenuto deontologico in confronto con le singole norme, anche ricostruite nel loro sistema, con la conseguenza che essi, quali criteri di valutazione che costituiscono il fondamento giuridico della disciplina considerata, hanno anche una funzione genetica ("nomogenetica") rispetto alle singole norme».

⁴⁷ Nel corso degli ultimi decenni, il diritto amministrativo ha sperimentato un progressivo superamento dell'originaria impostazione prevalentemente formale e procedurale, in favore di una crescente attenzione ai principi fondamentali che ispirano e regolano l'azione della Pubblica Amministrazione. Nell'ambito della disciplina relativa ai contratti pubblici, il nuovo Codice dei contratti pubblici del 2023, per la prima volta, ambisce a valorizzare, in maniera esplicita, i principi ispiratori della materia. Nell'ambito di tale codificazione, con riferimento al rapporto tra buon andamento e principio del risultato, il Consiglio di Stato (Cons. Stato, sez. V, 1 luglio 2024, n. 5789) ha evidenziato come: «Si tratta, dunque, di regole assolutamente inderogabili ed aventi forza talmente cogente da invalidare e travolgere qualsiasi convenzione con esse confliggente, per cui è per lo meno illogico utilizzare il rimedio dell'art. 2041 c.c., per renderle inoperanti e ricollocare l'autore della prestazione nella situazione in cui si sarebbe trovato se avesse concluso con successo proprio quel contratto che la legge considera assolutamente invalido o addirittura giuridicamente inesistente». Analogamente, il Consiglio di Stato, con la sentenza 5 marzo 2024, n. 2149, ridimensionando la portata del principio del risultato, ha affermato che «Il vincolo di aggiudicazione serve a rendere effettivo l'obbligo di suddivisione in lotti dei grandi appalti, che l'art. 51, comma 1, collega direttamente "al fine di favorire l'accesso delle microimprese, piccole e medie imprese". Ciò non vuol dire che detto vincolo non possa avere anche altre finalità, connesse con il principio del buon andamento, ovvero del risultato utile, come ad esempio quella di migliorare la qualità della prestazione, evitando che un medesimo operatore sia contemporaneamente impegnato su troppi lotti. Tuttavia, dette finalità ulteriori, che del resto l'Amministrazione potrebbe perseguire anche con altri strumenti (in primis attraverso una dettagliata prescrizione delle specifiche tecniche e qualitative dell'appalto), devono ritenersi recessive rispetto alla finalità pro-concorrenziale che permea il vincolo, imponendo una lettura sistematica e congiunta del comma 3 e del comma 1 dell'art. 51 del D.Lgs. n. 50/2016». Sul tema, inoltre, A. CIOFFI, *Prima lettura del nuovo Codice dei contratti e dei suoi tre principi fondamentali*, in *ApertaContrada*, 2023, cit. p. 3, «Il testo conferisce al risultato una prima consistenza oggettiva e lo identifica in un quid preciso: affidamento del contratto e sua esecuzione, con "tempestività" e "miglior rapporto qualità-prezzo". In questo senso, il risultato assume il significato di efficienza economica. Ma il risultato assume anche il valore di fine e di principio: il testo dice che il risultato è espressione del principio di "buon andamento" e aggiunge che è "nell'interesse della comunità" e che è "obiettivo" della Unione europea. Cogliendo il riferimento del testo alla comunità e poi all'Unione europea, intesi come ordinamenti originari e non particolari, tutta la formula potrebbe acquisire una luce diversa: potrebbe significare interesse generale. Il risultato, dunque, potrebbe rappresentare il valore che viene alla comunità dalla scelta del miglior contraente, quello idoneo a garantire il miglior lavoro o servizio in termini di fruibilità collettiva. Questo significato si ispira a quello sedimentato nella storia dell'art. 97 Cost., rivelando il significato costituzionale di garanzia del miglior interesse. Questa è solo una possibile lettura, ma, in ogni caso, la formula "nell'interesse della comunità" potrebbe migliorare e forse andrebbe meglio l'espressione "interesse generale". Inoltre, al buon andamento varrebbe la pena di aggiungere il riferimento esplicito all'imparzialità, che per molti costituzionalisti è distinta dal buon andamento e non cade in endiadi con esso». Sul "principio del risultato" nell'ambito dei contratti pubblici, si veda, ex multis, G. MONTEDORO, *La funzione nomofilattica e ordinante e i principi ispiratori del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Giustiziamministrativa.it*, 2023; S. PERONGINI, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo del codice dei contratti pubblici*, in G. CORSO, M. IMMORDINO (a cura di), *Scritti in onore di Filippo Salvia*, Editoriale scientifica, Napoli, 2022, p. 517 ss.

L'Amministrazione, in gran parte dei casi, può agevolmente provare la violazione del principio di buon andamento al fine di resistere alle pretese attoree e giovare dell'arricchimento, rendendo il principio causalistico recessivo.

Superato il requisito non scritto del riconoscimento dell'*utilitas*, l'elaborazione pretoria, dunque, avrebbe coniato un nuovo limite "non codificato" anch'esso di natura, almeno in parte, soggettiva.

Tuttavia, in questo caso, il buon andamento, differentemente dal riconoscimento dell'*utilitas*, si manifesta quale principio costituzionale fondamentale dell'azione amministrativa. Infatti, si tratta di un principio assolutamente inderogabile ed avente una forza cogente da invalidare e travolgere qualsiasi espressione con esso confliggente.

Il dubbio, però, permane sul piano "pratico". La P.A., infatti, potrebbe provare la violazione del buon andamento per evitare arricchimenti che, in taluni casi, non sarebbero pienamente "imposti" lasciando poco margine probatorio alle pretese attoree.

Nella chiarezza del disposto dell'art. 2041 c.c., - sebbene il buon andamento sia indubbiamente da valorizzare - dunque, sarebbe auspicabile un'opera di tipizzazione giurisprudenziale volta a delimitare la nozione di arricchimento imposto sulla base del parametro del buon andamento e non una sua generica invocazione; ciò, in conclusione, risponderebbe all'esigenza di evitare vuoti di tutela dei privati riducendo, in via significativa, residui della posizione di primazia della Pubblica Amministrazione (nello specifico dell'Ente Locale) e fenomeni di benefici irrazionali dell'Amministrazione stessa.



Sovranità digitale e libertà di espressione online nella dimensione europea e convenzionale*

di Valentina Capuozzo

Assegnista di ricerca in Diritto pubblico comparato
Alma Mater Studiorum - Università di Bologna

e Alessandro Tacente

Dottorando in Diritto costituzionale comparato
Università Lumsa

Abstract [It]: Il presente studio esamina il rapporto tra sovranità digitale e libertà di espressione *online* nell'ordinamento europeo e convenzionale, analizzando i meccanismi di tutela e le sfide emergenti. Concentrando l'attenzione sulla responsabilità delle piattaforme digitali e sulle implicazioni per la *governance*, il contributo approfondisce la giurisprudenza della CGUE e della CEDU e le tendenze regolatorie volte a bilanciare l'autonomia digitale con la tutela della libertà di espressione.

Title: Digital sovereignty and freedom of expression *online* in the European and Conventional dimension

Abstract [En]: This study examines the relationship between digital sovereignty and freedom of expression *online* within the European and conventional legal framework, analyzing protection mechanisms and emerging challenges. Focusing on the responsibility of digital platforms and its implications for governance, the work explores the case law of the CJEU and the ECtHR, as well as regulatory trends aimed at balancing the digital autonomy with the protection of freedom of expression.

Parole chiave: Sovranità digitale, libertà di espressione, Unione Europea, CEDU, piattaforme digitali

Keywords: digital sovereignty, freedom of expression, European Union, ECHR, digital platforms

Sommario: 1. Rilievi introduttivi. 2. Le sfide sovranazionali. 3. La prospettiva europea. 4. La prospettiva convenzionale. 5. Riflessioni conclusive.

1. Rilievi introduttivi

In un mondo sempre più interconnesso il concetto di sovranità digitale si colloca al centro del dibattito giuridico-politico, definendosi come la capacità degli ordinamenti di regolare e vigilare sulle nuove tecnologie e sulle piattaforme *online* per garantire l'esercizio e la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali¹. Tra questi, la libertà di espressione, sancita sia dalle Costituzioni nazionali che dalle convenzioni sovranazionali – come la Carta di Nizza e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo

* Articolo sottoposto a referaggio. Sebbene nel quadro di una riflessione comune, i paragrafi 1 e 4 sono da attribuirsi ad Alessandro Tacente, mentre i paragrafi 2 e 3 sono da attribuirsi a Valentina Capuozzo. Le conclusioni (paragrafo 5) sono il frutto di riflessioni congiunte tra gli Autori.

¹ Cfr. A. VENANZONI, *L'ordine costituzionale della cybersecurity*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 4, 2024, pp. 39-43 “Sovranità digitale potrebbe però tanto delineare la riaffermazione dello Stato nel ventre del digitale, a fronte di mutamenti quasi genetici della società e delle forme statali sotto la spinta accelerata dei formanti della globalizzazione e del digitale, quanto una sovranità autodeterminata dalle regole tecniche e organizzative del digitale stesso”; R. BELLAMY, *A European republic of sovereign States: sovereignty, republicanism and the European Union*, in *European Journal of Political Theory*, n. 16, 2016; R. BIFULCO, A. NATO, *The concept of sovereignty in the European Union: past, present and the future*, Brussels: European Union's Horizon 2020 Research and Innovation programme, 2020; C. BJOLA, *The European Union's quest for digital sovereignty and its implications for the transatlantic relationship*, Oxford Department of International Development, Oxford, 2021; M. ROBLES CARRILLO, *La articulación de la soberanía digital en el marco de la Unión europea*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n. 75, 2023.

(CEDU)² – rappresenta un diritto essenziale ma al contempo vulnerabile, dinanzi alle nuove sfide del *cyberspazio*.

L'espansione delle infrastrutture digitali e l'utilizzo pervasivo di algoritmi³ nella gestione delle informazioni e nella tutela della *privacy* sollevano interrogativi assordanti sul dovere degli ordinamenti di assicurare un esercizio effettivo di tale libertà. In particolare, i meccanismi di moderazione, censura e gestione della visibilità e sicurezza dei contenuti adottati da queste piattaforme rischiano di determinare limitazioni arbitrarie, interferendo con il libero flusso delle idee e delle opinioni individuali⁴.

Emerge con chiarezza la necessità di affrontare la questione dell'*accountability* delle piattaforme digitali, ossia poter garantire che questi attori, ormai paragonabili agli Stati per influenza sull'opinione pubblica, rispettino *standards* costituzionali minimi in materia di trasparenza, sicurezza e tutela dei diritti, soggiacendo alla disciplina della responsabilità giuridica (*liability*) diretta ed indiretta, ed etico-morale (*responsibility*), distinguendo altresì tra la responsabilità amministrativa, civile e penale e tra la gestione di contenuti dannosi e illeciti.

Parte della dottrina inquadra il tema nel c.d. costituzionalismo digitale⁵, un concetto che si colloca all'intersezione tra il diritto costituzionale e il mondo digitale; nello specifico, esso si riferisce all'applicazione e all'evoluzione dei principi costituzionali nell'era digitale, con l'obiettivo di garantire la tutela dei diritti fondamentali e il rispetto delle regole democratiche in un contesto caratterizzato dalla pervasività delle nuove tecnologie e delle piattaforme *online*.

Appare evidente che l'accesso alla rete è sempre più rilevante per l'esercizio effettivo di molti diritti costituzionalmente garantiti⁶, divenendo secondo parte della dottrina un diritto fondamentale⁷; pertanto, occorre investire maggiormente nell'alfabetizzazione digitale delle fasce della popolazione in condizioni di marginalità.

In questo contesto di transizione digitale emerge con evidenza una duplice tendenza: da un lato, la crescente spinta per il rafforzamento della sovranità nazionale nel dominio digitale; dall'altro,

² M. BASSINI, *Internet e libertà di espressione*, Aracne ed., Roma, 2019, p. 165.

³ Per un approfondimento sul tema, si v. F. FABRIZZI, L. DURST (a cura di), *Controllo e predittività. Le nuove frontiere del costituzionalismo nell'era dell'algoritmo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2024.

⁴ Sul punto cfr., G. CONTI, *Il condizionamento dell'opinione pubblica in campo politico ed economico*, relazione svolta in occasione del XXXIX Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti 2024 "La libertà di manifestazione del pensiero", svoltosi presso l'Università degli studi di Salerno, 15-16 novembre 2024, p. 39.

⁵ Sul punto O. POLLICINO, *Di cosa parliamo quando parliamo di costituzionalismo digitale?* in *Quaderni Costituzionali*, n. 3, 2023; E. CELESTE, *Digital constitutionalism: a new systematic theorisation*, in *International Review of Law, Computers & Technology*, 2019.

⁶ Cfr. R. TARCHI, A. GATTA, *Intelligenza artificiale e protezione dei dati personali: problemi di metodo e di procedura*, in *DPCE online*, n. 2, 2024, pp. 1175 e ss.

⁷ Sul punto, T.E. FROSINI, *Il diritto costituzionale di accesso ad Internet*, in *Rivista AIC*, n. 1, 2011. Per un approfondimento sulla qualificazione giuridica dell'accesso a *internet* si v. L. CUOCOLO, *La qualificazione giuridica dell'accesso a Internet, tra retoriche globali e dimensione sociale*, in *Politica del diritto*, n. 2-3, 2012.

l'ammissione non unanime, che per affrontare le dinamiche complesse dei mercati digitali nel contesto della *Internet governance*⁸, si renda indispensabile una *hard law*⁹.

In Europa, fenomeni come la diffusione di *fake news*¹⁰ e dei c.d. *deepfake* – ossia foto, video e audio alterati con l'intelligenza artificiale (IA) – ma anche la manipolazione del consenso elettorale o delle scelte consumeristiche, rappresentano ulteriori criticità che mettono in discussione la sovranità digitale¹¹ europea intesa quale capacità di garantire un equilibrio tra innovazione tecnologica e protezione della libertà di espressione ed in generale dei diritti inviolabili¹².

Il presente contributo intende analizzare il quadro giuridico europeo e convenzionale in materia di libertà di espressione *online*, con particolare attenzione alla regolazione delle piattaforme, chiarendo il suo rapporto con la sovranità digitale e le modalità del suo esercizio. L'obiettivo è quello di evidenziare le principali tutele, criticità e prospettive emergenti, in una logica di armonizzazione delle normative statali. L'elaborato nella sua unitarietà sarà composto da due segmenti. Nel primo, si procederà all'analisi della normativa unionale con attenzione al percorso giurisprudenziale compiuto dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea (CGUE).

La seconda parte sarà dedicata allo studio del quadro normativo convenzionale in tema di manifestazione del pensiero *online*, con particolare attenzione alle decisioni della Corte di Strasburgo (Corte EDU).

Attraverso un approccio comparativo, si intende pertanto ricostruire analiticamente le strategie normative e le tendenze giurisprudenziali per rispondere alle sfide poste dagli ecosistemi virtuali nelle garanzie di manifestazione del pensiero, nonché alle nuove istanze di giustizia digitale.

2. Le sfide sovranazionali

Si può parlare di una dimensione circolare della libertà di espressione, che la rende uno fra i principali diritti fondamentali su cui si fondano i moderni Stati democratici. Il diritto di esprimere liberamente le

⁸ M. SANTANIELLO, *Sovranità digitale e diritti fondamentali: un modello europeo di Internet governance*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, n. 1, 2022, p. 48.

⁹ V. BERTOLA, *La sovranità digitale e il futuro di Internet*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, n. 1, 2022, p. 3.

¹⁰ Sul punto, E. NATALE, G. ZACCARIA (a cura di), *“Libertà di espressione online e Fake News”, alla luce del Diritto Costituzionale e del Diritto Europeo*, in *Ius in Itinere*, 2020; L. CALIFANO, *La libertà di manifestazione del pensiero... in rete; nuove frontiere di esercizio di un diritto antico. Fake news, hate speech e profili di responsabilità dei social network*, in *Federalismi.it*, n. 26, 2021; P. DUNN, *Moderazione automatizzata e discriminazione algoritmica: il caso dell'hate speech*, in L. ABBA et al., *La Internet governance e le sfide della trasformazione digitale*, Editoriale scientifica, Napoli, 2022, p. 175 e ss.; G. DE GREGORIO, *Democratising online content moderation: A constitutional framework*, in *The Computer Law and Security Report*, n. 36, 2020.

¹¹ L. TORCHIA, *Poteri pubblici e poteri privati nel mondo digitale*, in *Il Mulino*, n. 1, 2024, p. 28.

¹² Cfr. B. CARAVITA, *Social network, formazione del consenso, istituzioni politiche: quale regolamentazione possibile?*, in *Federalismi.it*, n. 2, 2019, pp. 3 e ss.

proprie idee alimenta invero un dialogo di cui beneficiano reciprocamente sia l'individuo che l'intera società, diventando garanzia sociale di partecipazione e di integrazione culturale¹³.

Come è emerso nell'evoluzione del dibattito scientifico e giurisprudenziale¹⁴, la libertà di espressione si compone di diverse articolazioni, che non si esauriscono nel solo diritto di esprimersi liberamente, comprendendo altresì il diritto all'informazione, quello al silenzio, oltretutto il diritto di utilizzare ogni mezzo disponibile per esprimere il proprio pensiero. In questo senso, la rete diventa parte integrante della tutela, ponendo nuove istanze sia sul versante attivo, a proposito della diffusione del proprio pensiero tramite *internet*, sia su quello passivo, per ciò che riguarda la ricezione di tali informazioni e idee.

La libertà di espressione *online* tutela dunque interessi funzionali allo svolgimento del processo democratico¹⁵, assicurando la formazione di un convincimento personale e la possibilità di esprimere un dissenso¹⁶. Alcuni studiosi la collocano nell'ambito dei diritti di quarta generazione, in ragione delle nuove sfide che la dimensione tecnologica della comunicazione e dell'informazione pone per l'esercizio e la garanzia di tale diritto fondamentale¹⁷.

Da ciò l'esigenza di regolare lo spazio digitale, che negli ultimi decenni viene assumendo un'importanza centrale nella normativa europea e nella giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU)¹⁸, soprattutto con riferimento al ruolo delle piattaforme – come i motori

¹³ Sul punto si v. G. AMATO, *Libertà (diritto costituzionale)*, ad voecem, in *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milano, 1981, pp. 285 e 286; P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, ad voecem, in *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milano, 1974, pp. 424 e ss.; C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1958, pp. 49 e ss.; G. ROLLA, *La tutela costituzionale dei diritti*, Giuffrè, Milano, 2013; M.E. BUCALO, *I volti della libertà di manifestazione del pensiero nell'era digitale fra intermediari online, moderazione dei contenuti e regolazione*, Giappichelli, Torino, 2023, pp. 13 e ss.

¹⁴ Cfr. la ricostruzione di F. CASAROSA, *Libertà di espressione e contrasto ai discorsi d'odio*, *Handbook sulle tecniche di interazione giudiziale nell'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'UE*, Handbook, European University Institute, 2020, p. 3.

¹⁵ E. CHELLI, *Libertà d'informazione e pluralismo informativo negli indirizzi della giurisprudenza costituzionale*, in A. PISANESCHI, L. VIOLINI (a cura di), *Poteri, garanzie e diritti a sessanta anni dalla Costituzione. Scritti per Giovanni Grottanelli de' Santi*, Giuffrè, Milano, 2007, vol. I, pp. 1405 e ss.

¹⁶ Lo stretto legame tra libertà di espressione e democrazia è stato più volte affermato dalla giurisprudenza nazionale: ad esempio la Corte costituzionale ha sottolineato a più riprese che una società democratica si basa su un'effettiva libertà di espressione (Corte cost., sentenza n. 105/1972; e successivamente le sentenze nn. 826/1988, 348/1994 e 466/2002).

¹⁷ Cfr. sul punto L. PEGORARO, A. RINELLA, *Sistemi costituzionali*, Giappichelli, Torino, 2024, p. 199 "La quarta generazione trae origine dalla nuova dimensione tecnologica della comunicazione dell'informazione: si tratta dei cosiddetti diritti della società tecnologica (...) La scienza e la tecnologia hanno conosciuto uno sviluppo tale e talmente rapido da incontrare sempre meno ostacoli sul terreno della vita e delle sue diverse espressioni. Le tecnoscienze interferiscono direttamente sulla configurazione di nuovi diritti e nuove pretese, e soprattutto creano un ponte con le generazioni future. Il quadro valoriale che ha rappresentato per lungo tempo la base di riferimento dei diritti e delle libertà fondamentali subisce, per effetto della rivoluzione scientifica e tecnologica, una profonda crisi di identità, cui le comunità politiche reagiscono tentando di ricostruire una trama di legittimazione"; L. BRUSCUGLIA, R. ROMBOLI (a cura di), *Diritto pubblico e diritto privato nella rete delle nuove tecnologie*, Pisa University Press, Pisa, 2010; T.E. FROSINI, *Liberté Egalité Internet*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015; J.J. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Gobierno electrónico*, Fundap, Querétaro, 2004; F.J. DÍAZ REVORIO, *Los Derechos Humanos ante los nuevos avances Científicos y Tecnológicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

¹⁸ Sul ruolo che la giurisprudenza è venuta assumendo, si v. S. RAGONE, *Nuevas tecnologías e intimidación: reflexiones a raíz de la reciente jurisprudencia*, in E. FERRER MAC GREGOR (a cura di), *La garantía jurisdiccional de la constitución. A cien años del Verfassungsgerichtshof Österreich, a cuarenta años del Tribunal Constitucional de España. XII Encuentro Iberoamericano de Derecho*

di ricerca e i *social networks* – che collegano chi fornisce le informazioni o, più generalmente, esprime il proprio pensiero, e chi lo riceve¹⁹. Esse, infatti, amplificano la portata delle opinioni e informazioni diffuse filtrandole attraverso criteri algoritmici in grado di determinare quali contenuti rendere prioritari, in base a regole interne che rispondono alla logica privato-imprenditoriale delle grandi società cui fanno capo²⁰. Questi sviluppi pongono in evidenza la necessità di una riflessione critica che contemperi i diritti fondamentali *online*, con un’attenzione particolare alla protezione delle persone vulnerabili e alla prevenzione della diffusione di contenuti dannosi in una logica di tutela multilivello.

3. La prospettiva europea

La tutela della libertà di espressione ha trovato positivo riconoscimento nel sistema delle fonti di diritto europeo solo in tempi recenti e il dato non sorprende se si considera l’impronta essenzialmente economica che ha segnato le origini dell’Unione²¹.

In quest’ottica, né il Trattato che istituisce la Comunità europea né il Trattato sull’Unione europea vi facevano esplicito riferimento, come pure non contenevano nessuna disposizione riconducibile alla tutela dei diritti fondamentali. Una prima affermazione positiva si è avuta nel Trattato di Maastricht che – nel perseguimento di una maggiore integrazione politica fra gli Stati membri convalidata dall’introduzione di una cittadinanza dell’Unione – ha introdotto un rinvio esplicito ai diritti garantiti dalla Convenzione europea dei diritti dell’uomo (Titolo I, articolo F, n. 2) tra cui quello alla libertà di espressione²², tutelato *ex art. 10* come si vedrà nel paragrafo successivo.

Il processo di positivizzazione si è consolidato con la proclamazione della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea che, con l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona, ha acquisito lo stesso valore

Procesal Constitucional, CEPC, Madrid, 2023: p. 1164 “*la interpretación resulta fundamental, como en cada proceso de modernización de cartas de derechos «ya no tan jóvenes», y probablemente será acompañada por nuevos instrumentos procesales*”.

¹⁹ Cfr. M.E. BUCALO, *La libertà di espressione: nuovi limiti e nuovi controlli*, in www.treccani.it, paragrafo 2 ove l’A. parla di “*soggetti (...) che svolgono il ruolo di Gatekeepers (letteralmente ‘portieri, guardiani’) del cyberspazio e che regolano il flusso dei dati per mezzo del loro algoritmo, mettendo così ordine nel caos delle informazioni*”, e rappresentano “*un numero molto ristretto di compagnie (tech companies) che hanno il controllo delle porte di accesso alle informazioni presenti in rete.*”

²⁰ Su cui si v. M. REVENGA SÁNCHEZ, *Dicotomías de la libertad de expresión en la era de la comunicación digital*, in E. FERRER MAC GREGOR (a cura di), *La garantía jurisdiccional de la constitución...*, cit., p. 1178: “*El diagnóstico de los problemas que acarrea la desregulación y el descontrol está realizado, como también están comprobadas las consecuencias que genera abandonar a su suerte el sistema de la libertad de expresión, dejándolo en manos de corporaciones privadas que establecen sus propias normas desde una lógica privado-empresarial a las que el usuario no tiene más alternativa que adherirse o alejarse.*”

²¹ Cfr. sul punto M. BASSINI, *Internet e libertà di espressione*, cit., p. 319; O. POLLICINO, *La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione nell’era di Internet*, in G. PITRUZZELLA, O. POLLICINO, S. QUINTARELLI (a cura di), *Parole e potere. Libertà di espressione, hate speech e fake news*, Egea, Milano, 2017, p. 16; B. GUASTAFERRO, *Le declinazioni sovranazionali del principio democratico*, in A. ARGENIO (a cura di), *Democrazia e totalitarismo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, pp. 173 e ss.

²² Così recita il testo dell’articolo: “*L’Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario.*”

giuridico dei Trattati ai sensi dell'articolo 6 TUE. L'art. 11 della Carta, in particolare, sancisce il diritto di ogni persona alla libertà di espressione, precisando che questo *“include la libertà di opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera”* e, al secondo comma, che *“la libertà dei media e il loro pluralismo sono rispettati”*. L'art. 52 della Carta, poi, assoggetta le eventuali limitazioni del diritto al rispetto della riserva di legge e del principio di proporzionalità²³.

Già prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e dell'integrazione della Carta di Nizza nel diritto primario, tuttavia, la Corte di Giustizia dell'Unione europea (CGUE), le cui pronunce si collocano nel solco dell'interpretazione consolidata nella giurisprudenza della Corte EDU, considerava la libertà di espressione come uno dei principi fondamentali dell'ordinamento giuridico europeo, tentando di rispondere alle nuove esigenze di tutela poste dall'emergere progressivo della dimensione digitale. Si può dire, a tal riguardo, che la CGUE abbia approntato una tutela indiretta per la libertà di espressione *online*, occupandosene nel bilanciamento con altri diritti²⁴.

Emblematica è l'evoluzione giurisprudenziale in materia di *privacy*, che ha visto dapprima la Corte stabilire che nel bilanciamento fra tutela della riservatezza e altre libertà, fra cui quella di espressione, va compiuta una valutazione *case by case*²⁵, per poi introdurre il canone della proporzionalità delle misure limitative²⁶. Tale operazione ermeneutica si è spinta fino ad arrivare a imporre ai motori di ricerca l'applicazione della normativa europea in materia di protezione dei dati personali con riferimento al diritto all'oblio²⁷, così aprendo la strada alla responsabilizzazione delle piattaforme digitali.

Anche in materia di diritto d'autore la CGUE ha compiuto importanti passi avanti, spesso posta dinanzi a questioni complesse per le *“molteplici tensioni che la digitalizzazione ha prodotto nel rendere disponibili opere protette per la libera fruizione da parte degli utenti”*²⁸. Da un primo punto di vista, a rilevare è il bilanciamento che la Corte opera, affermando che, sebbene i diritti d'autore siano tutelati a livello europeo, tale protezione non può comprimere altri diritti fondamentali, come la libertà di espressione²⁹. In particolare, i giudici di Lussemburgo non adottano una gerarchia rigida tra i diritti, collocandoli tutti su un piano di pari valore

²³ Su tale evoluzione si v. il Dossier *“La libertà di espressione, una prospettiva di diritto comparato”*, del Servizio Ricerca del Parlamento europeo, testo consultabile sul sito del [Parlamento europeo](#).

²⁴ Cfr. M.E. BUCALO, *I volti della libertà...*, cit., pp. 142 e ss.

²⁵ CGUE, sentenza c.d. *Lindqvist*, 6 novembre 2003, C-101/1.

²⁶ CGUE, sentenza c.d. *Data Retention*, 8 aprile 2014, C-293/12 e C-594/12.

²⁷ CGUE, sentenza c.d. *Google Spain*, 13 maggio 2014, C-131/12; sentenza *Google vs. Commission Nationale de l'Informatique e des Libertés*, 24 settembre 2019, C-517/17; sentenza cd. *TU e RE vs. Google*, 8 dicembre 2022, C-460/20, che peraltro è la prima ad assumere l'articolo 11 della Carta come parametro.

²⁸ O. POLLICINO, *La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione nell'era di Internet*, in *MediaLaws*, n. 1, 2018, p. 61.

²⁹ CGUE, sentenza c.d. *Scarlet vs. SABAM*, 24 novembre 2011, C-70/10; sentenza cd. *SABAM vs. Netlog*, 16 febbraio 2012, C-360/10.

e imponendo un bilanciamento casistico³⁰. La CGUE, poi, sottolinea che ai siti *web* può essere riconosciuta la posizione di intermediario ai sensi dell'art. 8, paragrafo 3, della direttiva 2001/29/CE (*sull'armonizzazione di alcuni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi della società dell'informazione*)³¹, così aggiungendo un ulteriore tassello alla necessaria responsabilizzazione delle piattaforme³².

Sulla scia di questo percorso giurisprudenziale, anche nel diritto derivato è possibile osservare una progressiva emersione di norme volte a tutelare indirettamente la libertà di espressione³³. Disposizioni significative in tal senso sono rinvenibili nella direttiva sul commercio elettronico³⁴, nelle direttive sulla tutela dei diritti d'autore³⁵, nel regolamento sulla protezione dei dati personali³⁶, nella direttiva sui media audiovisivi³⁷ e in quella sul *whistleblowing*³⁸, anche se la svolta decisiva è avvenuta più di recente³⁹, con il *Digital Services Act (DSA)*⁴⁰ e il *Digital Markets Act (DMA)*⁴¹, che insieme compongono il *Digital Services Package*, entrato in vigore nel maggio 2023, cui si unisce il Regolamento 1689/2024 sull'IA⁴².

Si tratta di una normativa che denota l'intenzione dell'Unione europea di dotarsi di una disciplina *ad hoc* per limitare l'appropriarsi da parte delle piattaforme di poteri che, invece, sono propri delle istituzioni pubbliche⁴³. Tale obiettivo, peraltro, emerge con chiarezza anche dalla lettura della Dichiarazione Europea dei Diritti Digitali adottata dal Parlamento Europeo, dalla Commissione e dal Consiglio, che sottolinea la dimensione costituzionale e universale dei diritti *online*⁴⁴.

Nell'ambito di siffatte disposizioni, il *DMA* si concentra in particolare sui rapporti tra piattaforme e fornitori di servizi, imponendo una maggiore trasparenza nelle condizioni contrattuali e limitando la

³⁰ Sul punto una parte della dottrina è critica, poiché ascrive questa equi-ordinazione tra diritti a una possibile mancata emancipazione del diritto dell'Unione europea dalla sua dimensione prevalentemente economica, cfr. O. POLLICINO, *Judicial Protection of Fundamental Rights on Internet. A Road Towards Digital Constitutionalism?*, Hart Publishing, Oxford, 2021, p. 92; di diverso avviso invece è M. BASSINI, *Internet e libertà di espressione*, *cit.*, p. 382, che ritiene questa giurisprudenza meritevole di aver ridimensionato il diritto d'autore.

³¹ CGUE, sentenza cd. *Telekabel Wein vs. Constantin film e Wega*, 27 marzo 2014, C-314/12.

³² Su punto cfr. M.E. BUCALO, *I volti della libertà...*, *cit.*, p. 169.

³³ Su tale evoluzione, si v., O. POLLICINO, *Regolazione e innovazione tecnologica nell' "ordinamento della rete"*, relazione svolta in occasione del XXXIX Convegno annuale dell'associazione italiana dei costituzionalisti AIC 2024 "La libertà di manifestazione del pensiero", svoltosi presso l'Università degli studi di Salerno, 15-16 novembre 2024, pp. 7 e ss. e pp. 39 e ss.

³⁴ Direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000.

³⁵ Direttiva 2001/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2001; direttiva (UE) 2019/790 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 aprile 2019.

³⁶ Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016.

³⁷ Direttiva (UE) 2018/1808 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 novembre 2018.

³⁸ Direttiva (UE) 2019/1937 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 ottobre 2019.

³⁹ Sul punto, F. PIZZETTI (a cura di), *La regolazione europea della società digitale*, Giappichelli, Torino, 2024.

⁴⁰ Regolamento (UE) 2022/1925 del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 14 settembre 2022.

⁴¹ Regolamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 14 ottobre 2022.

⁴² Regolamento (UE) 2024/1689 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 giugno 2024.

⁴³ Cfr. M.E. BUCALO, *La libertà di espressione...*, *cit.*, paragrafo 6.

⁴⁴ Comunicazione congiunta al Parlamento Europeo, al Consiglio e alla Commissione, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea il 23 gennaio 2023.

conformazione oligopolistica del mercato digitale, per garantire ai consumatori un mercato concorrenziale più vantaggioso⁴⁵.

Il *DSA*, invece, stabilisce un quadro normativo per le piattaforme *online*⁴⁶, prevedendo regole a protezione degli utenti per garantire la loro libertà di espressione, e imponendo obblighi di trasparenza e responsabilità nella moderazione dei contenuti illeciti (artt. 12-15 *DSA*). A tal proposito, molto rilevanti sono gli articoli 3, 4 e 5 *DSA*, che prevedono la regola generale per cui il *provider* è responsabile per i contenuti pubblicati, dovendo provare di volta in volta la sua irresponsabilità. Una criticità da segnalare, tuttavia, è la mancata definizione, da parte della normativa, di cosa debba intendersi per contenuto illecito, che può creare incertezza, lasciando così ampio margine all'interpretazione⁴⁷.

Risulta interessante, inoltre, soffermarsi su due ulteriori aspetti legati alla valorizzazione della dimensione dei controlli. In primo luogo, è opportuno osservare il ruolo preponderante della Commissione Europea nella supervisione delle piattaforme di grandi dimensioni⁴⁸. Gli articoli 50-56 del *DSA* stabiliscono, infatti, che la Commissione può intervenire direttamente di propria iniziativa in caso di infrazioni persistenti, conducendo in modo autonomo indagini e audizioni, ispezioni *in loco*, adottando misure provvisorie, rendendo vincolanti determinati impegni e persino imponendo sanzioni pecuniarie per le violazioni del Regolamento.

Per quanto concerne il controllo preventivo, poi, l'articolo 35, paragrafo 1, del *DSA* promuove il metodo della co-regolazione, incentivando l'adozione di codici di condotta a livello unionale, al fine di favorire un'applicazione efficace della disciplina. L'obiettivo è rafforzare la dimensione collaborativa con le piattaforme, che in passato non aveva prodotto risultati soddisfacenti⁴⁹, integrando le fonti di *hard law*

⁴⁵ Cfr. C. CENNAMO, T. KRETSCHMER, P. CONSTANTINIDES, C. ALAIMO, J. SANTALÒ, *Digital Platforms Regulation: An Innovation-Centric View of the EU's Digital Markets Act*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 1, 2023, pp. 44 e ss.; R. PODSZUN, P. BONGARTZ, S. LANGENSTEIN, *The Digital Markets Act: Moving from Competition Law to Regulation for Large Gatekeepers*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 2, 2021, pp. 60 e ss.

⁴⁶ Cfr. C. CAUFFMAN, C. GOANTA, *A New Order: The Digital Services Act and Consumer Protection*, in *European Journal of Risk Regulation*, 4, 2021, pp. 758 e ss.; P. LEERSEN, *An End to Shadow Banning? Transparency Rights in The Digital Services Act Between Content Moderation and Curation*, in *Computer Law & Security Review*, 2023.

⁴⁷ Cfr. sul punto M.E. BUCALO, *I volti della libertà...*, *cit.*, pp. 201 e 202, che tuttavia osserva come tale scelta possa giustificarsi alla luce del "rischio che la cristallizzazione in disposizioni positive di tali definizioni non sarebbe in grado di seguire l'evoluzione tecnologica sottesa alla manifestazione delle opinioni online e renderebbe precocemente obsolete le norme stesse".

⁴⁸ Il *DSA* modula e differenzia le obbligazioni di cooperazione e supervisione in base alla dimensione degli intermediari e alla complessità dei servizi offerti, distinguendoli in quattro categorie: *intermediary services*, *hosting*, *online platform* e *very large online platforms*, come evidenziato nei considerando 53-63 *DSA*. Per approfondire, si v. M.E. BUCALO, *I volti della libertà...*, *cit.*, pp. 202 e ss.

⁴⁹ Un riferimento specifico riguarda, in particolare, il *Code of Practice on Disinformation*, adottato nella sua prima versione nel 2018. Per un'analisi più dettagliata si rimanda a M.E. BUCALO, *I volti della libertà...*, *cit.* pp. 181 e ss.; P. CESARINI, *Regulating Big Tech to Counter Online Disinformation: Avoiding Pitfalls while Moving Forward*, in *Media Laws*, 1, 2021, pp. 292-293; G. PAGANO, *Il Code of Practice on Disinformation. Note sulla natura giuridica di un atto misto di autoregolazione*, in *Federalismi.it*, 11, 2019, p. 8.

con strumenti di *soft law* più flessibili e facilmente adattabili ai continui cambiamenti derivanti dalla rapida evoluzione tecnologica che caratterizza questa materia.

L'ultima tappa del percorso normativo europeo è quella scandita dal Regolamento 1689/2024, che stabilisce un quadro giuridico uniforme per lo sviluppo, l'immissione sul mercato, la messa in servizio e l'uso di sistemi di IA⁵⁰. Anche in questo caso, a rilevare è la finalità di limite che viene assumendo la disciplina europea, volta a promuovere la diffusione di un'IA antropocentrica e affidabile attraverso il divieto di pratiche che possano avere un impatto negativo sui diritti fondamentali (art. 5) e l'imposizione di *standards* di trasparenza (art. 13) e obblighi di vigilanza (art. 25).

4. La prospettiva convenzionale

Con l'avvento della transizione digitale in cui gli Stati e le imprese erogano servizi e prestazioni anche attraverso la rete, vi è un'esposizione a crescenti rischi sul piano della tutela multilivello dei diritti fondamentali.

Vieppiù, il confronto democratico, che si fonda anche sulla possibilità di esprimere il dissenso, potrebbe essere leso nella misura in cui non vi sia una regolamentazione sull'*online* che ne disciplini i limiti. Infatti, gli algoritmi utilizzati dagli *internet service providers* per creare gerarchie di contenuti visualizzabili dagli utenti spesso riproducono *bias* umani. Un esempio è il fenomeno della *bubble chamber*, in cui gli utenti si auto-isolano in comunità chiuse, dove si interagisce solo con opinioni simili, riducendo il confronto con idee diverse, limitando il pluralismo informativo e favorendo polarizzazione e disinformazione. Tale argomento intercetta varie questioni legate alla protezione dei dati personali, alla tutela dei minori, fino alle questioni legate ai diritti civili e al contrasto agli *hate speeches*⁵¹.

⁵⁰ Su cui si v., C. GAZZETTA, *Intelligence artificielle: questions juridiques (pas seulement)*, in *Revista General de Derecho Público Comparado*, n. 36, 2024; AA. VV., *Il Regolamento sull'intelligenza artificiale*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 2, 2024. Si v. poi, sull'utilizzo dello strumento regolamentare per evitare la frammentazione normativa tra i diversi Stati membri, come avvenuto anche per il DMA e il DSA, L. TORCHIA, *Lo Stato digitale. Una introduzione*, il Mulino, Bologna, 2023, p. 77; sul punto s. v., tuttavia, le osservazioni critiche di O. POLLICINO, *Regolazione e innovazione...*, *cit.*, p. 9 ove l'A. rileva come tali "regolamenti si sono spesso rivelati, a causa dell'elevato numero di clausole aperte, delle vere e proprie «direttive mascherate», richiedendo "un recepimento interno" che quindi necessita "di un adeguamento dell'ordinamento statale al regime previsto dalla fonte dell'Unione attraverso l'adozione di una legislazione nazionale" che li espone al "rischio di frammentazione e di mancata realizzazione dell'obiettivo dell'uniformità esplicitamente dichiarato dal legislatore dell'Unione nel motivare il passaggio dalla direttiva al regolamento".

⁵¹ Sul punto, G. VASINO, *Censura "privata" e contrasto all'hate speech nell'era delle Internet Platforms*, in *Federalismi.it*, n. 4, 2024. Si veda Corte EDU, sentenza del 20 luglio 2017, caso *Belkacem vs. Belgium*, ric. n. 34367/2014, dove la Corte ha affrontato il caso della condanna del leader dell'organizzazione "Sharia4Belgio" per incitamento alla discriminazione, all'odio e alla violenza a causa delle osservazioni da lui formulate nei video di YouTube riguardanti gruppi non musulmani e la Sharia. La Corte ha dichiarato il ricorso del leader irricevibile, affermando che il contenuto dei video *online* aveva un contenuto marcatamente odioso e che il ricorrente cercava di suscitare odio, discriminazione e violenza nei confronti di tutti i non musulmani. Di conseguenza, la Corte ha ritenuto che, conformemente all'art. 17, il ricorrente non poteva far valere la tutela dell'art. 10.

A livello convenzionale, la protezione di tale libertà, intesa come *free marketplace of ideas*⁵², trova cittadinanza nell'art. 10 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU), che garantisce il diritto alla libertà di opinione e alla ricezione e diffusione delle informazioni, fatte salve le restrizioni previste dalla legge e necessarie in una società democratica.

Viepiù, nella giurisprudenza convenzionale la manifestazione del pensiero *online* si snoda attraverso un progressivo adeguamento delle discipline tradizionali alle peculiarità del contesto digitale, ed una tensione verso la positivizzazione di nuove regole di settore. In tal senso, la nozione di sovranità digitale rappresenta una rivendicazione – degli Stati aderenti alla Convenzione – nel disciplinare l'operato delle piattaforme *online*, con l'obiettivo di garantire la tutela dei diritti degli utenti.

È doveroso quindi chiarire che, nel dibattito terminologico, la sovranità digitale viene spesso confusa con il concetto di potere digitale⁵³. Tuttavia, mentre il potere digitale si manifesta principalmente attraverso fatti, comportamenti ed effetti concreti, la sovranità digitale richiede ulteriori caratteristiche qualificanti, tra cui la legittimità, che deriva dal riconoscimento istituzionale e giuridico della sua esistenza e autorità. Inoltre, la continua evoluzione digitale pone la sfida della rapida obsolescenza normativa, evidenziando la possibilità di un costante aggiornamento legislativo o di una legislazione per principi, al fine di garantire un'efficace protezione dei diritti individuali senza compromettere l'innovazione e la sicurezza.

In prima battuta occorre ricordare che l'art. 52, paragrafo 3, della c.d. Carta di Nizza stabilisce che, quando la Carta “*contiene diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla CEDU, il significato e la portata sono identici a quelli contenuti nella convenzione*”. In altre parole, la CEDU funge da livello minimo di protezione per quanto concerne i diritti corrispondenti nell'ordinamento europeo.

Le libertà in conflitto sono bilanciate perché nella CEDU non esiste una gerarchia⁵⁴ tra diritti positivizzati. Inoltre, l'art. 10, paragrafo 2, CEDU consente agli Stati di limitare la portata della libertà in circostanze specifiche – se sono previste dalla legge e costituiscono misure necessarie⁵⁵ – come la sicurezza nazionale e l'amministrazione della giustizia.

⁵² Sul tema, G. DE GREGORIO, *The market place of ideas nell'era della post-verità: quali responsabilità per gli attori pubblici e privati online?*, in *MediaLaw*, 2015.

⁵³ G. FINOCCHIARO, *La sovranità digitale*, in *Diritto pubblico*, n. 3, 2022, p. 811.

⁵⁴ Tale concetto è condiviso nella nota Corte cost., sentenza n. 85/2013 al punto 9 del considerato in diritto: “*Nessun diritto è tiranno*”.

⁵⁵ Nella sentenza della Corte EDU 22 maggio 1990, *Weber vs. Svizzera*, ric. n. 11034/84, la Corte decise all'unanimità che la sentenza che condannava il Sig. Weber a pagare un'ammenda pecuniaria per non aver rispettato durante una conferenza stampa il segreto istruttorio, non fosse necessaria per tutelare l'imparzialità della sentenza, dal momento che la stessa informazione era già stata rivelata in una precedente conferenza stampa.



La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sull'art. 10 evidenzia un approccio sensibile anche al contesto delle espressioni offensive⁵⁶, come dimostrato nel caso *Jersild vs. Danimarca*⁵⁷.

In questa sentenza, la Corte ha ritenuto che la condanna inflitta a un giornalista per aver intervistato giovani estremisti – autori di dichiarazioni razziste – violasse la libertà di espressione, sottolineando l'importanza del contesto giornalistico nel promuovere il dibattito pubblico. La Corte ha inoltre riconosciuto un'interpretazione ampia della libertà di manifestazione del pensiero, includendo divulgazione di espressioni disturbanti o di scarso contributo al dibattito democratico.

Nel tempo, la Corte di Strasburgo ha affinato il proprio approccio interpretativo, ribadendo in modo chiaro l'importanza di tale diritto nell'ambiente digitale, con l'obiettivo di assicurarne una tutela effettiva, in armonia con gli altri diritti e libertà sanciti dalla Convenzione.

Un caso emblematico di questa evoluzione è *Hurbain vs. Belgium* (Corte EDU, sez. III, sentenza 22 giugno 2021), in cui la Corte ha riconosciuto il diritto all'anonimizzazione e deindicizzazione delle informazioni digitali come una forma di compromesso tra la libertà di espressione e il diritto all'oblio, garantito dall'art. 8 CEDU. La decisione ha messo in evidenza la necessità di bilanciare la conservazione della memoria storica con la protezione della dignità e della riservatezza personale, ponendo un limite all'archiviazione perpetua dei dati digitali senza compromettere il diritto del pubblico alla conoscenza. Questo orientamento riflette una crescente consapevolezza della Corte rispetto alla complessità delle dinamiche digitali e alla necessità di una regolamentazione volta a bilanciare i diritti che vengono in rilievo.

Una recente pronuncia, il caso *XXX vs. Ungheria* (Corte EDU, sez. I, sent. 7 settembre 2023), costituisce un ulteriore passo in avanti nella giurisprudenza convenzionale. Essa ha approfondito il rapporto tra libertà di espressione e diffusione di informazioni sul *web*, ribadendo che, pur essendo un pilastro del pluralismo democratico, tale libertà deve essere soggetta a dei limiti come la proporzionalità. Richiamandosi alla pregressa giurisprudenza in tema di libertà di stampa, ed in particolare al ruolo di *public watchdog* che i giornalisti devono assumere nello svolgimento della professione, la Corte ha enfatizzato l'obbligo positivo degli Stati membri di predisporre strumenti normativi adeguati a garantire un equilibrio tra la tutela della libertà di espressione e gli altri valori costituzionali, quali la dignità, la sicurezza e l'ordine pubblico.

⁵⁶ *Ex multis*, Corte EDU, sentenza della Grande Camera, 16 giugno 2015, *Delfi AS vs. Estonia*, ric. n. 64569/09, in cui la Corte ha statuito che le piattaforme *online* sono responsabili per i commenti diffamatori degli utenti, se non adottano misure adeguate a prevenirne o rimuoverne tempestivamente la pubblicazione. La sentenza opera il bilanciamento tra la libertà di espressione *online* (art. 10 CEDU) con il diritto alla reputazione e onore (art. 8 CEDU), affermando che la libertà di espressione non è assoluta.

⁵⁷ Si veda, Corte EDU (Grande Camera), sentenza 23 settembre 1994, caso *Jersild vs. Danimarca*, ric. n. 15890/89.

Oltre al *test* di proporzionalità, la Corte EDU ha sviluppato il concetto di “margine di apprezzamento”⁵⁸ in virtù del quale gli Stati godono di una certa flessibilità nella valutazione delle restrizioni alla libertà di espressione, purché rispettino i principi di necessità, proporzionalità e legalità. La Corte si riserva sempre il ruolo di arbitro finale, garantendo che tali limitazioni non conducano a una violazione dei diritti sanciti dalla CEDU, pur riconoscendo che il livello di tutela dei diritti fondamentali possa variare tra gli Stati firmatari in ragione delle loro specificità culturali, sociali e giuridiche.

Questi sviluppi si inseriscono in un contesto di progressiva armonizzazione tra le disposizioni della CEDU e la normativa europea in materia. L’obiettivo è assicurare un sistema giuridico-normativo che non solo protegga formalmente tale diritto, ma ne garantisca un’applicazione effettiva nel contesto delle sfide poste dal paradigma digitale e dalla *governance* della rete.

5. Riflessioni finali

L’analisi sin qui svolta mette in luce come la libertà di espressione, sebbene riconosciuta quale diritto fondamentale nella normativa sovranazionale, debba oggi confrontarsi con sfide complesse⁵⁹, legate all’evoluzione del contesto digitale e all’impiego sempre più diffuso di algoritmi e dell’IA⁶⁰ nella gestione dei contenuti da parte delle piattaforme private.

Dopo un primo periodo di anarchia politica e normativa, attualmente si assiste a una esternalizzazione co-regolatoria e co-gestoria di libertà costituzionali divisa tra grandi piattaforme digitali e organismi sovranazionali⁶¹, dove le istituzioni pubbliche non sempre hanno un ruolo preminente.

Parte della dottrina ammonisce che “è il diritto che deve guidare la tecnologia”⁶² e non viceversa. Tale assunto è stato suffragato dalle scelte compiute dall’ordinamento europeo caratterizzate, per un primo periodo, da un importante nonché necessario intervento della giurisprudenza, a cui si sono affiancati in tempi più recenti, politiche e interventi normativi.

L’assenza di un quadro normativo organico sull’espressione *online* rende tuttavia necessario un ripensamento sulle modalità di tutela e, soprattutto, sull’integrazione delle normative esistenti per

⁵⁸ *Ex multis*, Corte EDU, sentenza del 7 dicembre 1976, caso *Handyside vs. Regno Unito*, ric. n. 5493/72; sul punto, G. REPETTO, *Alle origini del margine di apprezzamento, tra self-restraint e inquadramento del pluralismo: il caso Handyside*, in www.diritti-cedu.unipg.it; J.A. BRAUCH, *The Margin of Appreciation and the Jurisprudence of the European Court of Human Rights: Threat to the Rule of Law*, in *Columbia Journal of European Law*, 2004, pp. 113 e ss.

⁵⁹ Sul punto, M. REVENGA SÁNCHEZ, *Dicotomías de la libertad de expresión...*, *cit.*, pp. 1176 e 1177: “*El optimismo libertario y antropocéntrico que destilaba la Declaración de Independencia en el Ciberespacio redactada en 1986 por John Perry Barlow, uno de los artífices de la Red, nos resulta hoy ingenuo y desenfocado*”.

⁶⁰ *Ex multis*, O. POLLICINO, P. DUNN, *Intelligenza artificiale e democrazia. Opportunità e rischi di disinformazione e discriminazione*, Bocconi University Press, Milano, 2024.

⁶¹ A. VENANZONI, *L’ordine costituzionale della cybersecurity*, *cit.*, *passim*.

⁶² M. BASSINI, *Internet e libertà di espressione*, *cit.*, p. 414.

rispondere alle sfide poste dalla digitalizzazione. In tal senso, sarebbe auspicabile una collaborazione sinergica tra legislatore europeo, autorità garanti e operatori del settore digitale⁶³.

La normativa UE di settore rappresenta un tentativo significativo di armonizzare la regolazione dell'*online world* con la tutela dei diritti fondamentali⁶⁴. Tuttavia, permangono nodi irrisolti, tra cui il rischio di censura algoritmica e la potenziale discriminazione digitale, che rendono imprescindibile una costante vigilanza sul ruolo delle piattaforme private.

Tali dinamiche evidenziano l'importanza di soluzioni legislative nazionali che siano in linea con gli *standards* unionali, e al contempo in grado di cogliere le specificità delle singole realtà digitali. È pertanto essenziale identificare come obiettivo la sicurezza digitale, la quale deve essere informata ai principi di uguaglianza, sussidiarietà e di solidarietà digitale.

Nell'attuale realtà globalizzata⁶⁵ e interconnessa, è cruciale bilanciare l'autonomia digitale, intesa come capacità di garantire in modo indipendente servizi *online*, con un *empowerment* regolatorio che assicuri il rispetto delle normative di settore.

Questo approccio richiede la necessità di armonizzare le politiche degli Stati europei per preservare la peculiare natura globale della rete, disciplinando gli spazi di sovranità digitale per ciascun Paese.

In ragione di ciò, si discute sempre più sulla rilevanza costituzionale di *internet*⁶⁶ in quanto si è sostenuto in modo convincente che l'accesso alla rete è una condizione imprescindibile per la fruizione di numerosi diritti e libertà costituzionalmente garantiti. A tal proposito occorre, secondo parte della dottrina, che il c.d. costituzionalismo digitale in Europa si ispiri ad un "*sano antropocentrismo, che è il migliore guard rail della dignità della persona e della sua oceanica profondità*"⁶⁷.

Una *governance* multilivello, che coinvolga sinergicamente attori pubblici e privati, risulta essenziale per garantire mercati digitali equi e inclusivi. Il futuro della libertà di espressione *online*, nonché quello della sovranità digitale, va considerato una pietra angolare dell'ordinamento europeo e richiede quindi una riflessione giuridica e politica continua, capace di adattarsi alle sfide emergenti e di aprire scenari inediti per lo sviluppo normativo-tecnologico.

⁶³ Sul punto cfr., G. CONTI, *Il condizionamento dell'opinione pubblica...*, cit., p. 22.

⁶⁴ In tal senso, si v. O. POLLICINO, *Regolazione e innovazione...*, cit., p. 31.

⁶⁵ In merito alla tutela dei diritti umani su *internet*, l'ONU ha approvato la Risoluzione del Consiglio diritti umani n. 20/8 "*The promotion, protection and enjoyment of human rights on the internet*" adottata nel giugno 2012.

⁶⁶ Sul punto, P. PASSAGLIA, *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo. Ancora sul fondamento costituzionale di Internet. Con un ripensamento*, in *Consulta OnLine*, 26 giugno 2019; P. COSTANZO, *Internet (diritto pubblico)*, ad *vocem*, in *Dig. Disc. pubbl.*, Appendice, 2000, pp. 347 e ss.

⁶⁷ R. RAZZANTE, *AI e tutela dei diritti fondamentali*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1, 2024, p. 10. Sul punto, *amplius*, N. IRTI, *Conclusioni? No, e come si potrebbe su un tema così arduo e controverso? Soltanto un qualche pensiero, che, mosso dalle pagine di Beniamino Caravita, si arricchisca di altri spunti e incitamenti*, in A. POGGI, F. FABRIZZI, F. SAVASTANO (a cura di), *Social Network, formazione del consenso, intelligenza artificiale*, Sapienza University Press, Roma, 2023, pp. 117 e ss.



Profili interpretativi e prospettive evolutive sulla tutela della fauna selvatica all'indomani della revisione dell'art. 9 della Costituzione*

di Nicola Lucifero

Professore associato di Diritto agrario
Università degli Studi di Firenze

Abstract [It]: Il saggio esamina la portata del riformato art. 9 Cost. con particolare riferimento alla disciplina della fauna selvatica. Muovendo dall'esegesi della norma costituzionale si è posta attenzione ai profili applicativi con riguardo ad una categoria di animali che, per la qualifica giuridica e l'apparato normativo di riferimento dettato da un insieme di fonti, internazionali, europee ed interne, solleva non pochi nodi ermeneutici. In un tale contesto si è voluto delineare una prospettiva interpretativa coerente con la riforma costituzionale secondo la quale le disposizioni introdotte dall'art. 9 Cost. non si propongono di prevedere un livello maggiormente elevato di tutela della fauna selvatica rispetto a quella attualmente prevista dal complesso quadro normativo, ma possano rappresentare la base per l'attuazione di politiche ambientali europee e nazionali che possono interessare la fauna selvatica per perseguire nuove sfide e nuovi obiettivi.

Title: Interpretative outlines and evolutionary perspectives on the protection of wildlife after the revision of Article 9 of the Constitution

Abstract [En]: This paper examines the scope of the reformed Article 9 of the Constitution with particular reference to the regulation of wildlife. Starting from the exegesis of the constitutional norm, attention was paid to the application profiles regarding a category of animals which, due to the legal qualification and the regulatory framework of reference set out by the international, European and internal sources, raise quite a few hermeneutic issues. In such a context we wanted to outline an interpretative perspective consistent with the constitutional reform according to which the provisions introduced by Article 9 of the Constitution do not intend to provide a higher level of protection of wildlife than that currently provided for by the complex regulatory framework to, but may represent the basis for the implementation of European and national environmental policies that may affect wildlife to pursue new challenges and new objectives.

Parole chiave: Art. 9 Cost., fauna selvatica, impresa agricola, agricoltura, biodiversità

Keywords: Article 9 Constitution, wildlife, agricultural enterprise, agriculture, biodiversity

Sommario: 1. Introduzione. 2. I contenuti della revisione dell'art. 9 Cost. nel contesto dell'evoluzione delle fonti europee ed internazionali. 3. (*segue*) La tutela degli animali. 4. La fauna selvatica tra norme di *tutela* e norme di *gestione*. Il regime delle tutele differenziate. 5. I danni da fauna selvatica in agricoltura. La complessità del tema, la posizione giuridico-soggettiva dell'agricoltore tra incongruenze legislative e staticità normativa. Un tema irrisolto. 6. La disciplina della fauna selvatica tra tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi. L'approdo della giurisprudenza della Corte costituzionale e la sua portata applicativa. 7. Considerazioni conclusive.

1. Introduzione

La promulgazione della l. cost. 11 febbraio 2022, n. 1, ha apportato modifiche significative agli artt. 9 e 41 che si inseriscono nella più ampia riflessione giuridica relativa alla tutela dell'ambiente, la cui finalità è

* Articolo sottoposto a referaggio.

da tempo maturata nell'ordinamento italiano sulla base dell'impulso derivante dalle fonti internazionali ed europee, e pacificamente acquisita a livello interno come emerge dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, e più in generale dalla coscienza collettiva.

In particolare, la modifica dell'art. 9 riporta l'inserimento di un terzo comma rispetto ai due originari con una formulazione composta, a sua volta, da un duplice ordine di preposizioni distinte sul piano lessicale: *“Tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni. La legge dello stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali”*. Mentre, l'art. 41 prevede l'aggiunta nel testo originario del riferimento, al secondo comma, al *“danno alla salute”* e al *“danno all'ambiente”* quali ulteriori limiti che si impongono all'esercizio della libertà di iniziativa economica privata; e al terzo comma con la previsione, unitamente ai *“fini sociali”*, di quelli *“ambientali”* a cui può essere *indirizzata e coordinata* l'attività economica, sia essa pubblica o privata.

La riforma si segnala per la sua portata innovativa, individuabile innanzitutto per essere intervenuta nella parte della Carta costituzionale riservata ai principi fondamentali, fino ad oggi mai oggetto di modifica. Ma, altresì, per consolidare definitivamente l'ambiente quale principio e valore costituzionale nel nostro sistema – finalità che non era stato possibile perseguire con la precedente modifica dell'art. 117 Cost., ad opera della l. cost. 18 ottobre 2001, n. 3, in materia di riparto delle competenze tra Stato e Regioni – i cui effetti si misurano anche sotto il profilo dell'iniziativa economica (art. 41 Cost.).

La revisione, indubbiamente, rappresenta un punto di arrivo di una riflessione che muove i suoi passi da lontano e che ha alla sua base la ricerca di una tutela dell'ambiente da perseguire attraverso la sua positivizzazione e il suo consolidamento nel diritto costituzionale vigente¹: una prospettiva di veduta più complessa che impone all'interprete di non isolare l'art. 9 Cost. rispetto alla più ampia e profonda evoluzione legislativa e giurisprudenziale costruita nel corso degli ultimi anni, e peraltro accompagnata da una considerevole riflessione dottrinale, che da anni ormai ha posto l'accento sulla valenza giuridica della tutela ambientale nel nostro ordinamento al punto da elevare la sua qualificazione a *bene unitario* e *valore primario ed assoluto* come rimarcato dalla Consulta. Pertanto, occorre contestualizzare la riforma nel quadro delle fonti normative vigenti, e ciò, si crede opportuno in ordine anche alle critiche mosse alla l. cost. 1/2022 nell'ambito di un importante dibattito dottrinale articolatosi già durante i lavori preparatori. Questo, in termini generali, si è sviluppato attorno all'interpretazione della nuova formulazione, alla sua

¹ In questi termini M. CECCHETTI, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtù (anche innovativa) e molte lacune*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, fasc. 3, 2021, p. 299, ove l'A. puntualmente osserva che la revisione ha la dichiarata finalità di iscrivere nel testo della Carta costituzionale le acquisizioni in tema di tutela ambientale progressivamente maturate nell'ordinamento e nella coscienza collettiva, così come emergono dalla giurisprudenza oramai pluridecennale del giudice delle leggi.

dimensione spaziale e temporale e, più in particolare, nell'individuazione di come la tematica ambientale tocchi le caratteristiche dell'attuale costituzionalismo².

È possibile osservare come questa riforma sia espressione di una “cultura dell'ambiente”, come puntualmente individuato da autorevole dottrina³, presente nel nostro Paese che, una volta acquisita sul piano del diritto positivo attraverso una sua dimensione giuridica, ha voluto trovare una collocazione nella Costituzione anche in considerazione delle fonti vincolanti europee e degli impegni assunti dal nostro Paese in sede internazionale. Restano, tuttavia, i dubbi che la norma solleva circa la semantica, per una formulazione che sollecita non pochi dubbi interpretativi, e i possibili effetti della revisione e le sue ricadute, financo sulla concreta opportunità di tale riforma come criticamente puntualizzato⁴.

Sebbene queste mie riflessioni siano principalmente incentrate sulla previsione dell'art. 9 Cost. segnatamente riferita alla “*tutela degli animali*”, e più in particolare alla “fauna selvatica”, con l'intento di misurare in che misura la norma costituzionale possa incidere sul complesso sistema che ruota attorno alla fauna selvatica, occorre mettere in evidenza che le osservazioni che seguiranno prendono le mosse dalla ricerca del significato della previsione della *tutela degli animali* nel più ampio contesto della revisione dell'art. 9 Cost. E, quindi, la sua portata come principio fondamentale, e ancora si interrogano su come l'apertura alla tutela degli animali possa trovare luogo nell'evoluzione dell'attuale costituzionalismo e se questo possa avere conseguenze sulla base della dimensione delle fonti di governo multilivello. Invero, il riferimento alla “*tutela degli animali*” riflette, pur con i limiti della formulazione della norma, di cui si dirà, l'evoluzione di una cultura ambientale che segna l'attuale fase storica, di cui l'ordinamento costituzionale è espressione e che si manifesta in una spiccata tendenza ad una visione “ecocentrica”.

Si tratta quindi di individuare la portata applicativa del riferimento normativo e perciò indagare in che modo la nuova formulazione dell'art. 9 Cost. relativo alla “*tutela degli animali*” e, come detto, a quelli selvatici in particolare, possa definire i criteri di risoluzione dei conflitti tra gli interessi propriamente ambientali e la tutela dei valori costituzionali del nostro ordinamento e, più in dettaglio, con riguardo all'esercizio dell'attività economica d'impresa.

² Rilevanti a tale riguardo le considerazioni critiche di T.E. FROSINI, *La Costituzione in senso ambientale. Una critica*, in *Federalismi.it*, paper, 23.6.2021, p. 1; G. DI PLINIO, *L'insostenibile evanescenza della costituzionalizzazione ambientale*, in *Federalismi.it*, paper, 1.7.2021, p. 1; F. RESCIGNO, *Quale riforma per l'articolo 9*, in *Federalismi.it*, paper, 23.6.2021, p. 1; R. BIFULCO, *Prmissime riflessioni intorno alla l. cost. 1/2022 in materia di tutela dell'ambiente*, in *Federalismi.it*, 2022, p. 2.

³ Il riferimento è al saggio di S. GRASSI, *La cultura dell'ambiente nell'evoluzione costituzionale*, in *Rivista AIC*, fasc. 3, 2023, p. 217.

⁴ Sul punto, G. SEVERINI e P. CARPENTIERI, *Sull'inutile, anzi dannosa modifica dell'art. 9 della Costituzione*, in *www.giustiziasieme.it*, 22.9. 2021, p. 5, ove gli A. rilevano l'inutilità della modifica dell'art. 9 Cost. proprio “perché ripetitiva di un precetto presente e incontestato e dunque produttiva di nessuna autentica utilità”.

2. I contenuti della revisione dell'art. 9 Cost. nel contesto dell'evoluzione delle fonti europee ed internazionali

La nuova versione dell'art. 9 Cost. presenta una prima difficoltà sul piano interpretativo per aver esplicitato gli “oggetti” della tutela ambientale introducendo il riferimento alla “*biodiversità*” e agli “*ecosistemi*” e richiamando, seppur in una separata preposizione, la “*tutela degli animali*”.

Questa pluralità degli “oggetti” potrebbe indurre a sollevare sul piano scientifico qualche perplessità, posto che il termine “ambiente” anche sul piano del lessico giuridico è idoneo di per sé a comprendere – separatamente dal “paesaggio”, inteso per l'appunto come la forma visibile e fisicamente percepibile del territorio e dell'ambiente⁵ – la pluralità di tutti gli *ecosistemi* all'interno dei quali si sviluppano gli elementi della *biodiversità* che, più in particolare, sono frutto degli equilibri di coesistenza tra le varie specie biotiche in relazione al clima e le risorse naturali abiotiche. In verità, questa puntualizzazione riflette una precisa scelta condivisibile che è frutto di nozioni consolidate nel linguaggio giuridico ed espressioni puntualmente richiamate con finalità diversa nell'esperienza giurisprudenziale. D'altronde, l'ambiente è concetto ontologicamente polimorfo e multidimensionale, ma è oltremodo vero che in esso si possono distinguere profili distinti espressione anche di potenziali conflittualità che possono insorgere tra interessi giuridicamente rilevanti diversi.

I lavori parlamentari hanno dichiaratamente espresso che la modifica risponde all'esigenza di dare una articolazione al principio della tutela dell'ambiente, ulteriore rispetto alla menzione contenuta nell'art. 117, 2 co., lett. s), Cost., nel contesto del Titolo V ove sono enumerate le materie su cui lo Stato conserva una competenza legislativa esclusiva⁶. La revisione riflette un intento di iscrivere nel testo costituzionale le acquisizioni in tema di tutela ambientale decisamente raggiunte dal nostro ordinamento anche attraverso la giurisprudenza pluridecennale della Corte costituzionale⁷. Un contesto decisamente

⁵ Per tutti A. PREDIERI, *Paesaggio (voce)*, in *Enc. dir.*, XXXI, Milano, 1981, p. 503; F. MERUSI, *Art. 9*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1975, p. 445. La disciplina del paesaggio non è sovrapponibile a quella dell'ambiente ove si consideri l'autonomia della disciplina e la funzione oramai assegnate alla tutela del paesaggio come plasmato dal legislatore quale presidio per la tutela del territorio. Osserva, a tale riguardo, N. FERRUCCI, *La trama giuridica della sostenibilità*, in *Agricoltura, paesaggio, ambiente. Sostenibilità ed uso dei suoli. La riforma dell'art. 9 Cost. e la Politica Agricola Comune, Quaderni dei Georgofili*, Firenze, 2023, p. 29, che l'ingresso dell'ambiente in una norma, l'art. 9 della Costituzione, che tutela il paesaggio può segnare il consolidarsi di una distinzione tra due valori che si lambiscono ma non coincidono, ambiente e paesaggio, inteso quest'ultimo nella moderna connotazione di bene culturale plasmata dalla Convenzione Europea del Paesaggio, elemento identitario di un territorio, testimonianza visiva della interconnessione tra natura e opera dell'uomo, quale percepito dalle popolazioni che in esso vivono, e dunque liberato dai retaggi della sua originaria configurazione come bellezza naturale, funzionalizzata a criteri meramente estetici. Più in generale sul tema del paesaggio agrario, per tutti, N. FERRUCCI e M. BROCCA, *Il paesaggio agrario: dal vincolo alla gestione negoziata*, Milano, 2019.

⁶ Cfr. *Dossier Servizio Studi del Senato della Repubblica e della Camera dei Deputati* del 18 gennaio 2022 (A.C. 3156-B).

⁷ Una giurisprudenza formatasi nell'ambito del conflitto di competenze legislative tra Stato e Regioni, ai sensi dell'art. 117 Cost., ove il Giudice delle leggi ha puntualizzato che l'ambiente non è soltanto un valore primario da perseguire, ma è un bene materiale e, come tale, oggetto di una disciplina giuridica ben definita ed isolabile, attribuita per l'appunto alla competenza esclusiva dello Stato. La legislazione statale costituisce quindi un limite inderogabile da parte delle Regioni,

ambientale che rappresenta la matrice della riforma che, a ben vedere, riflette l'evoluzione del diritto internazionale e, in modo forse anche maggiore, del diritto europeo ove la tutela dell'ambiente è indicata nelle fonti primarie con l'art. 3, par. 3, TUE a cui si aggiungono i plurimi riferimenti contenuti nel TFUE e nella Carta di Nizza⁸. Ulteriore impulso deriva dalle fonti di diritto derivato che rappresentano la base di riferimento della disciplina sulla biodiversità attraverso disposizioni vincolanti che hanno definito un percorso che mira a raggiungere l'obiettivo di arrestare la perdita di biodiversità e del degrado dei servizi ecosistemici⁹.

che possono concorrere solo indirettamente a definire beni o interessi connessi con la tutela dell'ambiente, solo in quanto esercitino competenze proprie che abbiano ad oggetto lo stesso bene disciplinato dal legislatore statale. È significativa la sentenza della Corte costituzionale n. 210 del 2016 che «ha ritenuto che la tutela dell'ambiente non possa identificarsi con una materia in senso stretto, dovendosi piuttosto intendere come un valore costituzionalmente protetto, integrante una sorta di “materia trasversale”. Proprio la trasversalità della materia implica l'esistenza di “competenze diverse che ben possono essere regionali”, con la conseguenza che allo Stato sarebbe riservato solo “il potere di fissare standards di tutela uniformi sull'intero territorio nazionale, senza peraltro escludere in questo settore la competenza regionale alla cura di interessi funzionalmente collegati con quelli propriamente ambientali” (sentenza n. 407 del 2002). Successivamente, peraltro, la Corte ha chiarito che alle Regioni non è consentito apportare deroghe *in peius* rispetto ai parametri di tutela dell'ambiente fissati dalla normativa statale (*ex plurimis* sentenza n. 21 del 2021 e n. 300 del 2013, secondo cui la giurisprudenza costituzionale è costante nell'affermare che la ‘tutela dell'ambiente’ rientra nelle competenze legislative esclusive dello Stato e che, pertanto, le disposizioni legislative statali adottate in tale ambito fungono da limite alla disciplina che le Regioni, anche a statuto speciale, dettano nei settori di loro competenza, essendo ad esse consentito soltanto eventualmente di incrementare i livelli della tutela ambientale, senza però compromettere il punto di equilibrio tra esigenze contrapposte espressamente individuato dalla norma dello Stato)”. In dottrina, S. GRASSI, *Ambiente e Costituzione*, in *Rivista Quadrimestrale di Diritto dell'ambiente*, fasc. 3, 2017, pp. 14-21.

⁸ Nell'ordinamento europeo la tutela ambientale è oggetto di una specifica disciplina e costituisce “materia” propria nell'ambito delle diverse materie del diritto europeo. La politica ambientale è infatti uno dei principali settori in cui si estrinseca l'azione dell'Unione Europea, e il perseguimento dell'obiettivo dello sviluppo sostenibile nella determinazione e nella realizzazione di tutte le altre politiche e azioni comunitarie rappresenta ormai un obiettivo imprescindibile per le Istituzioni europee. Va detto che è solo con la fine degli anni Sessanta e l'inizio degli anni Settanta del secolo scorso, allorché cominciarono ad emergere i problemi ambientali, che si pose la questione del fondamento sostanziale, del titolo formale e degli strumenti utilizzabili per l'azione politica e gli interventi normativi di protezione ambientale della Comunità. Il fondamento sostanziale fu rinvenuto nell'art. 2 del Trattato che, nella versione originaria, stabiliva che la Comunità ha il compito di promuovere *uno sviluppo armonioso delle attività economiche ed un'espansione continua ed equilibrata*. Il titolo formale per l'esercizio di competenze in materia ambientale fu invece rinvenuto nelle disposizioni di cui agli artt. 100 e 235 della versione originaria del Trattato (attualmente artt. 114 e 352) relativi, il primo, al ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri e, il secondo, ai c.d. poteri impliciti della Comunità. Con l'Atto Unico Europeo è stato introdotto per la prima volta nel Trattato una espressa competenza della Comunità in materia ambientale introducendo il Titolo VII dedicato espressamente alla tutela ambientale (artt. 130 R, 130 S, 130 T). Tale Titolo, successivamente modificato con il Trattato di Maastricht nel 1992, poi con il Trattato di Amsterdam nel 1997 ed infine con il Trattato di Lisbona nel 2007, costituisce oggi il pilastro sostanziale della politica ambientale. Vanno segnalate le sentenze della Corte di giustizia del 18.03.1980 (in cause riunite C-91/1979 e C-92/1979); Corte di giustizia del 7.02.1985 (C-240/1983); Corte di giustizia del 20.2.1988 (C-302/1986). In dottrina, in generale, anche sotto il profilo storico v. J.H. HANS, *European Environmental Law*, Groningen, 2000; L. KRAMER, *Manuale di diritto comunitario per l'ambiente*, Milano, 2002; G. CATALDI, voce *Ambiente (tutela dell')* *Diritto della Comunità europea*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2001; M. MONTINI, *Unione Europea e ambiente*, in S. NESPOR, A.L. DE CESARIS (a cura di), *Codice dell'ambiente*, Milano, 2009; R. ROTA, *Profili di diritto comunitario dell'ambiente*, in DELL'ANNO P. e E. PICOZZA (diretto da), *Trattato di diritto dell'ambiente*, Padova, 2012, 151; L. SALVEMINI, *Il nuovo diritto dell'ambiente tra recenti principi e giurisprudenza creativa*, Torino, 2022, pp. 121-149.

⁹ La disciplina europea è principalmente riconducibile alla dir. 2009/147/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 novembre 2009 concernente la conservazione degli uccelli selvatici, che ha abrogato la dir. 79/409/CEE del Consiglio del 2 aprile 1979, concernente la conservazione degli uccelli, e la dir. 92/43/CEE del Consiglio del 21 maggio

Pertanto, la scelta di inserire, in aggiunta al riferimento al “paesaggio”, già presente nella versione originaria, i riferimenti oltre all’*ambiente*, alla *biodiversità* e agli *ecosistemi* esprime la consapevolezza di una sorta di autonomia concettuale da questi termini acquisita all’interno del più ampio e comune obiettivo della tutela ambientale. Un punto di arrivo che risponde ad una disciplina costruita in sede internazionale che ha ad oggetto la biodiversità, e l’esigenza di una tutela che richiede interventi non a livello locale, bensì transnazionale. Invero, la politica internazionale di protezione della flora e della fauna – che sintetizzano l’ambito di riferimento della *biodiversità* – si è sviluppata attraverso convenzioni multilaterali la cui evoluzione è stata segnata, in un primo tempo, da un approccio utilitaristico ed antropocentrico nei confronti dei fattori naturali rappresentati, per l’appunto, dalla flora e della fauna, per poi passare ad uno maggiormente protezionistico nei riguardi di tali fattori specifici per giungere, infine, ad un approccio ecosistemico di tutela dei due principali elementi coerentemente con il perseguimento dello sviluppo sostenibile¹⁰.

Dal punto di vista della giurisprudenza costituzionale, pur con i limiti della sua frammentarietà e della casistica di riferimento, è stato riconosciuto dal giudice delle leggi con una giurisprudenza pressoché consolidata la rilevanza costituzionale dell’interesse ambientale, inteso talvolta anche come tutela sia paesaggistica sia ecologica, ricavabile dal combinato disposto dei vigenti artt. 9 e 32 Cost, oltre alla qualificazione dell’ambiente come *valore* e obiettivo costituzionale fondamentale, nonché come oggetto

1992, relativa alla conservazione degli habitat naturali e seminaturali e della flora e della fauna (c.d. direttiva Habitat). Tali Direttive costituiscono la base normativa su cui si fonda “Nature 2000”, la rete europea di zone speciali di conservazione e di zone di protezione speciale, che dovrebbe assicurare il raggiungimento degli obiettivi fissati nella Convenzione sulla diversità biologica del 1992. A queste fonti occorre aggiungere la dir. 2008/56/CE sulla strategia per l’ambiente marino, volta a garantire una cooperazione tra gli Stati membri per il raggiungimento di un “buono stato ambientale delle acque marine”, da intendersi come la capacità di preservare la diversità ecologica, la vitalità dei mari e degli oceani, affinché siano puliti, sani e produttivi, mantenendo l’utilizzo dell’ambiente marino ad un livello sostenibile.

¹⁰ Le prime convenzioni rispondevano all’esigenza di definire una tutela settoriale, volte a tutelare alcuni tipi di habitat e specie: la Convenzione internazionale per la regolamentazione della caccia alle balene (1946), la Convenzione di Ramsar sulle zone umide (1971), la Convenzione sulla protezione delle foche antartiche (1972), l’Accordo sulla conservazione dell’orso polare (1973), la Convenzione di Bonn sulle specie migratrici (1979) e la Convenzione di Washington sul commercio internazionale delle specie di fauna e flora selvatiche minacciate di estinzione (1973). Si è poi passati ad un approccio volto a garantire una tutela globale e complessiva della biodiversità: Carta mondiale della natura adottata dall’Assemblea generale delle Nazioni Unite (1982), il Rapporto “Our common future”, con cui nel 1987 si sono conclusi i lavori della Commissione Brundtland, che ha evidenziato l’importanza della biodiversità per lo sviluppo sostenibile; l’adozione nell’ambito della Conferenza delle Nazioni Unite di Rio de Janeiro nel 1992 della *Convention on Biological Diversity* (CBD), con cui si è voluto garantire una protezione generalizzata alla biodiversità considerata nel suo insieme. Più di recente si è addivenuti all’adozione del “Global Strategy for Plant Conservation” (GSPC), volto a rallentare il processo di estinzione delle piante entro il 2010, approvato nel 2000 a Nairobi, in occasione della quinta Conferenza delle Parti (COP), ossia l’assemblea di tutti i Paesi firmatari, che si riunisce con cadenza periodica, circa ogni due anni, per valutare i progressi compiuti nell’implementazione della Convenzione e per definire i programmi e le linee di azione, e il “Global Strategic Plan”, approvato nel 2010 nel corso della decima sessione della COP, che ha fissato gli obiettivi di conservazione della biodiversità per il periodo 2011-2020, noti come *Aichi Biodiversity Targets*.

di una tutela trasversale da parte dei diversi livelli di governo¹¹. E, al pari delle fonti internazionali citate, la Consulta ha impiegato nella sua giurisprudenza il riferimento al termine *biodiversità* in modo distinto rispetto a quello degli *ecosistemi*¹².

È questo il panorama in cui si inserisce la riforma che fa propria una “cultura ambientale” oramai propria del nostro ordinamento ed ugualmente dimostra di condividere i rischi che riguardano anche la perdita di biodiversità nelle specie vegetali e animali¹³. Non devono, quindi, troppo stupire i riferimenti indicati dalla nuova formulazione, da cui emerge, nella complessità del concetto di ambiente, una visione più ricca e ampia che vuole distinguere più nettamente tra una concezione dell’ambiente antropocentrica, e quindi di un ambiente funzionale ai diritti dell’uomo, e una visione ecocentrica, a cui rispondono la *biodiversità* e gli *ecosistemi*, nonché gli animali, quali beni da tutelare per il loro valore intrinseco¹⁴. In questi termini, è possibile rilevare la conformità della revisione costituzionale alla disciplina europea del riferimento all’ambiente come valore obiettivo e non posizione giuridica soggettiva e anche il riferimento all’interesse delle future generazioni, in linea con la prospettiva di lungo periodo fatta propria dal diritto unionale, mentre resta assente una previsione esplicita di interessi fondamentali relativi allo “sviluppo sostenibile”¹⁵

¹¹ Quando l’art. 117 Cost. assegna la tutela ambientale alla competenza esclusiva dello Stato, esclude la configurabilità dell’ambiente come materia, per indicare nella tutela ambientale una finalità, una clausola generale di legittimazione a favore dello Stato di dettare norme in *qualsunque settore*, laddove si tratti di predisporre le regole necessarie per assicurare, sull’intero territorio nazionale, la protezione ambientale e dell’ecosistema. L’esclusività statale si fonda, in altre parole, non sulla materia-ambiente bensì sulla correlazione tra settore e interesse sotteso, laddove tale interesse è generale, ascrivibile a tutta la collettività, non frazionabile, che riguarda la Repubblica nella sua integrità. Analogamente quando oggi l’art. 11 TFUE prevede una politica nel settore ambientale, affermando il principio dell’integrazione trasversale di tale politica con le altre politiche della UE, si evidenzia la trasversalità del valore ambiente, ovvero la sua indispensabile pervasività in tutti i settori di disciplina. Così, S. CARMIGNANI, *Agricoltura e ambiente. Le reciproche implicazioni*, Torino, 2012, pp. 68-70.

¹² Con riferimento all’*ecosistema* v., *ex plurimis*, Corte cost. 5 maggio 2021, n. 86; Corte cost. 31 maggio 2021, n. 113; Corte cost. 23 giugno 2020, n. 117; Corte cost. 23 dicembre 2019, n. 289. Mentre con riguardo alla *biodiversità* v. Corte cost. 21 aprile 2021, n. 74; Corte cost. 23 dicembre 2020, n. 281; Corte cost. 6 marzo 2020, n. 134.

¹³ Autorevole il monito in tal senso di G.M. FLICK, *L’art. 9 della Costituzione oggi: dalla convivenza alla sopravvivenza*, in *Agricoltura, paesaggio, ambiente. Sostenibilità ed uso dei suoli. La riforma dell’art. 9 Cost. e la Politica Agricola Comune, Quaderni dei Georgofili*, Firenze, 2023, p. 11, spec., pp. 18-19.

¹⁴ Così S. GRASSI, *La cultura dell’ambiente nell’evoluzione costituzionale*, op. cit., pp. 222-224, il quale ricorda come la stessa giurisprudenza della Corte costituzionale non ha ritenuto un’endiadi “ambiente” e “ecosistema”, ai fini di un giudizio sul conflitto di competenze ex art. 117, 2 co, lett. s), Cost., perché con il concetto di *ambiente* “si vuole fare riferimento a ciò che riguarda l’*habitat* degli esseri umani”, mentre *ecosistema* si riferisce “a ciò che riguarda la natura come valore in sé” (Corte cost. 23 gennaio 2009, n. 12).

¹⁵ Il legislatore costituzionale ha volutamente lasciato cadere i riferimenti al principio dello sviluppo sostenibile in quanto “costituzionalizzare tali principi avrebbe esposto la norma costituzionale a un precoce invecchiamento” (così R. BIFULCO, *La legge costituzionale 1/2022: problemi e prospettive*, in *Analisi giur. dell’economia*, fasc. n. 1/2022, 21) a cui il principio del diritto internazionale dell’ambiente potrebbe giungere di fronte a nuove esigenze e crisi. Le norme della Carta costituzionale, invece, devono conservare una valenza, soprattutto nel caso dei principi fondamentali, duratura nel tempo. Peraltro, una tutela dell’ambiente attenta all’interesse delle generazioni future, come previsto dall’art. 9, permette di conferire un fondamento costituzionale ad altri principi che regolano l’azione amministrativa in materia (si pensi al principio di precauzione, al principio per cui chi inquina paga, fino al principio per cui chi svolge attività inquinanti deve usare le migliori tecniche disponibili). Dello stesso A., *Diritto e generazioni future. Profili giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Milano, 2007, p. 118.

oppure alla lotta al cambiamento climatico¹⁶, che pure esprimo criticità contemporanee collegate all'ambiente.

Peraltro, come puntualmente osservato in dottrina, i testi costituzionali, specialmente nelle loro enunciazioni di principio, svolgono la funzione di guidare e orientare i comportamenti delle istituzioni pubbliche e dell'intera comunità¹⁷. In questi termini, avuto considerazione della materia ambientale, la revisione dell'art. 9 Cost. amplia e integra il contenuto della norma costituzionale, anche in una prospettiva intragenerazionale, rimettendo all'interprete l'individuazione del perimetro di riferimento quando si tratti dell'uno o dell'altro concetto, con la doverosa consapevolezza non solo della ineliminabile complessità dell'ambito di riferimento, ma altresì della potenziale conflittualità che può sorgere tra le diverse istanze.

“L'interesse delle future generazioni” rappresenta uno dei profili della revisione costituzionale maggiormente apprezzata in quanto è espressione di una tecnica legislativa propria dei nostri tempi che si pone il compito di guardare al futuro come dimensione che impone responsabilità delle Istituzioni già nel presente. Posto che il riferimento dell'art. 9 Cost. all'interesse delle future generazioni è correlato alla tutela posta in essere nei confronti dell'ambiente, della biodiversità e dell'ecosistema, permette alle Istituzioni italiane di azionare tutti gli strumenti necessari per conferire alle politiche pubbliche la necessaria attenzione alla dimensione intergenerazionale. D'altronde, la tutela ambientale rappresenta un principio che si attua con un apparato normativo per raggiungere un fine che supera l'attuale generazione e volge al futuro¹⁸. La categoria dei principi, infatti, richiama l'immagine di una Costituzione come “carta di valori” con lo scopo di coniugare passato, presente e futuro con l'obiettivo di proiettare le politiche ambientali nel lungo periodo¹⁹.

¹⁶ Sul punto R. BIFULCO, *Ambiente e cambiamento climatico nella Costituzione italiana*, in *Rivista AIC*, fasc. n. 3/2023, pp. 137-138, che giustifica il silenzio in quanto “vi è la consapevolezza che non esiste problema più globale del cambiamento climatico”.

¹⁷ Il riferimento è alle parole di M. CECCHETTI, *Virtù e limiti della modifica degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *Corti Supreme e Salute*, fasc. n. 1/2022, pp. 75-76, che sottolinea la funzione di “guida” e di “orientamento” dei principi costituzionali nei decenni a venire.

¹⁸ Le norme sono per loro natura preordinate alla disciplina di comportamenti futuri e le costituzioni aspirano a regolare in modo durevole i rapporti giuridici fondamentali. In generale, emerge dal costituzionalismo contemporaneo come tutti i principali comparti a valenza sistemica nei quali sono organizzati i pubblici poteri aspirino a una prospettiva di durevolezza e, correlatamente, sono condizionati da esigenze di sostenibilità. In dottrina, D. PORENA, “*Anche nell'interesse delle generazioni future*”. *Il problema dei rapporti intergenerazionali all'indomani della revisione dell'art. 9 della Costituzione*, in *Federalismi.it*, fasc. n. 15/2022, p. 121, spec. pp. 128-136; A. D'ALOIA, *Generazioni future (diritto internazionale)*, in *Enc. dir., Annali IX*, Milano, 2016, p. 331; P. TORRETTA, *Responsabilità intergenerazionale e procedimento legislativo. Soggetti, strumenti e procedure di positivizzazione degli interessi delle generazioni future*, in R. BIFULCO e A. D'ALOIA (a cura di) *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Napoli, 2008, p. 151.

¹⁹ Questo riferimento esplicito in Costituzione può costituire un vincolo per il legislatore e, dunque, un parametro di validità denso di potenzialità per i processi decisionali di elaborazione delle politiche ambientali e per il sindacato giudiziale su di esse. A tale riguardo M. CECCHETTI, *La riforma degli articoli 9 e 41 Cost.: un'occasione mancata per il futuro delle politiche ambientali?*, in *Quaderni costituzionali*, fasc. 2-2022, pp. 352-353, assurge questo richiamo a “parametro

Il dato normativa va quindi letto come una apertura allo sviluppo di concetti che le scienze hanno elaborato e che spostano l'attenzione al necessario rapporto che il legislatore e l'amministrazione dovranno stabilire con le conoscenze scientifiche e le tecniche alla base di ogni scelta politica ed operativa da adottare. Al riguardo il riferimento alla "Tutela" da attuare da parte della "Repubblica"²⁰ fa proprio il principio del "compito comune", sui cui è costruito l'intero impianto dell'art. 9 Cost., che coinvolge tutti gli enti ed istituzioni pubbliche, fermo restando il rispetto della distribuzione delle competenze ai sensi dell'art. 117 Cost., per il perseguimento del fine della tutela dell'ambiente²¹.

Maggiori dubbi interpretativi pone la proposizione inserita al terzo comma, laddove si stabilisce che "La legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali". Si tratta di una previsione che "stona" rispetto al più ampio disegno anzidetto e che prospetta diversi nodi ermeneutici da sciogliere. Un intervento che potrebbe qualificarsi quale estemporaneo rispetto al più ampio disegno di revisione costituzionale che fonda le sue radici nell'evoluzione del diritto ambientale internazionale ed europeo. Esso trae spunto da alcuni disegni di legge costituzionale, peraltro oggetto di esame nel corso dei lavori parlamentari, i quali perseguivano l'intento di introdurre il riferimento esplicito del "rispetto degli animali" nella Costituzione ma con una semantica distinta e con fini oltremodo diversi²². Il risultato, invece, è tutt'altro che felice limitandosi a stabilire un unico contenuto normativo, ossia una sorta di "riserva di legge" statale per la disciplina dei *modi* e delle *forme* di tutela degli animali²³.

sostanziale" di legittimità costituzionale, prevedendo in questo modo un obbligo giuridico conformativo per le scelte del decisore politico prescrivendo istruttorie, ponderazioni e bilanciamenti specificatamente orientati a consolidare gli effetti di lungo periodo di quelle scelte e rendendo queste ultime, al tempo stesso, misurabili e valutabili nella sede di un sindacato giudiziale di ragionevolezza.

²⁰ Interpretazione che segue il percorso logico-testuale dei due commi originari della disposizione costituzionale in esame e che si collega, senza possibilità di equivoco, al medesimo riferimento soggettivo. Così M. CECCHETTI, *op. ult. cit.*, p. 77.

²¹ Ancora, sul punto, M. CECCHETTI, *Ibidem*.

²² I disegni di legge costituzionale, seppur con alcune aporie, presentavano una diversa struttura che risultava, sul piano sistemico, maggiormente pregevole. In particolare, la proposizione normativa era autonoma rispetto a quella riservata all'ambiente e alle sue componenti in quanto non riteneva i rapporti tra il genere umano e gli animali riconducibili all'alveo della tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi. Inoltre, si rendeva esplicito che gli animali sono "esseri senzienti", coerentemente alla previsione dell'art. 13 TFUE, superando in questo modo la tradizionale e non più adeguata prospettiva dell'animale come mero "bene giuridico" ovvero come "oggetto di diritti". Invece, la formulazione contenuta nell'art. 9 ha costituito un punto di mediazione tra un novero piuttosto articolato di orientamenti quali emersi nella discussione referente presso la Commissione Affari costituzionali del Senato, tra i due capi della proposta di inserimento di una tutela degli animali quali "esseri senzienti" (riprendendo una dicitura presente nell'articolo 13 del Trattato di Lisbona dell'Unione europea) o di contro l'opzione di non inserimento alcuno di una previsione circa la tutela gli animali, ritenuta già incluso appieno nella nozione di ecosistema e biodiversità quale scandita dalla novella. Sul punto D. CERINI e E. LAMARQUE, *La tutela degli animali nel nuovo articolo 9 della Costituzione*, in *Federalismi.it*, fasc. 24-2023, p. 48.

²³ La riserva è accompagnata, in base all'art. 3 della legge di revisione costituzionale, da una clausola di salvaguardia delle competenze legislative delle regioni a statuto speciale e delle province autonome di Trento e Bolzano che potranno agire "nei limiti delle competenze legislative ad esse riconosciute dai rispettivi statuti". Sul punto, critiche le osservazioni di G. SANTINI, *Costituzione e ambiente: la riforma degli artt. 9 e 41 Cost.*, in *Quaderni costituzionali*, 2021, p. 460, che denuncia l'applicazione di una riserva di legge a geometria variabile rispetto all'efficacia nei diversi territori, peraltro in

Merita puntualizzare che, a ben vedere, questa non sembra potersi indicare quale effettiva riserva di legge, in quanto non presenta quelle caratteristiche proprie della formulazione di garanzia tipica delle riserve di legge contenuta tra i principi fondamentali o nelle norme presenti nella prima parte della Costituzione. Invero, la norma si limita a demandare alle Istituzione la definizione dei *modi* e delle *forme* di tutela degli animali nel rispetto del riparto delle competenze *ex art.* 117 Cost. Né pare possibile ritenere che il riferimento testuale alla “*legge dello Stato*” possa in qualche modo voler indicare una diversa competenza legislativa rispetto a quanto previsto nel Titolo V della Costituzione, posto che, se tale fosse stato l’intento del legislatore costituzionale, sarebbe occorso apportare le opportune modifiche all’interno dell’art. 117 Cost. Si consideri, peraltro, che, se l’effetto della revisione fosse quello di attribuire una nuova competenza allo Stato, ciò rischierebbe di compromettere la perdurante ammissibilità di una potestà legislativa che è sempre stata ritenuta pacificamente spettante alle Regioni, a cui risponde un indirizzo giurisprudenziale che precede addirittura la riforma costituzionale del 2001. A parere di chi scrive è la tecnica legislativa che deve condurre a ritenere che tale preposizione non ha alcun fine con riguardo al regime di competenza in quanto, il rigore della struttura della Costituzione, esige che la modifica al regime delle competenze legislative deve trovare luogo, perché possa produrre i suoi effetti, unicamente nella norma a cui è demandata tale funzione, ossia l’art. 117 Cost.

3. (segue) La tutela degli animali

Sciolti alcuni nodi ermeneutici, occorre ora soffermarsi sul riferimento normativo alla “*tutela degli animali*” con il fine di voler delineare le giuste linee interpretative. Finalità che mi pare opportuna se si considera il dibattito dottrinale che si è da tempo acceso circa la “*questione animale*”²⁴ che ha accompagnato parimenti i lavori preparatori – condotti anche con un approccio comparatistico con le esperienze ricavabili dalle altre Costituzioni degli Stati membri²⁵ – e, da ultimo, stimolato da parte di quella dottrina che, all’indomani della promulgazione della l. cost. 1/2022, ha ipotizzato, segnatamente al riferimento

controtendenza rispetto allo spirito che ha tendenzialmente caratterizzato gli interventi di riforma più recenti, volti a perseguire forme di maggiore omogeneità e integrazione.

²⁴ Sul punto S. CASTIGNONE e L. LOMBARDI VALLAURI (a cura di), *La questione animale*, Milano, 2012, p. 63 ss. Sul piano filosofico, si è voluto osservare che in relazione alla sensibilità degli animali emerge il valore intrinseco che ad essi va riconosciuto e si impone altresì l’esigenza di allargamento della “comunità morale”, cioè dei soggetti destinatari della considerazione etica – tradizionalmente limitati al genere umano. Si tratta di una “espansione del cerchio morale” che “si dovrebbe spingere fino a includere la maggior parte degli animali”. In questa nuova visione etica, qualsiasi prevaricazione degli interessi degli animali per la soddisfazione di interessi umani risulta essere priva di fondamento morale, e dunque una pura discriminazione rispetto a specie diverse. Ancora, P. SINGER, *Liberazione animale*, Milano, 2003; T. REGAN, *Diritti animali*, Milano, 1990.

²⁵ I lavori preparatori hanno posto l’attenzione all’esperienza delle Costituzioni degli stati membri dell’Unione europea evidenziando i riferimenti alla tutela degli animali presente nella Costituzione in Lussemburgo dopo la revisione del 1999; in Germania dopo la revisione del 2002; all’art. 15 della Costituzione Bulgara; e all’art. 54 della Costituzione Lituana. Cfr. *Dossier Servizio Studi del Senato della Repubblica e della Camera dei Deputati* del 18 gennaio 2022, *cit.*

della “*tutela degli animali*”, una loro nuova “dignità costituzionale”²⁶ financo all’affermarsi di un “principio animalista” nella Costituzione²⁷.

Pensiero che muove da una accentuata percezione di tutela degli animali sviluppatasi nel tempo, ed oggi maturata nella collettività, con la conseguenza che l’intero ordinamento delineato dal sistema delle fonti, dovrebbe risentire inevitabilmente del nuovo principio, sia in sede di sopravvenuta incompatibilità costituzionale di leggi esistenti, che non possono contrastare con i principi fondamentali, sia in sede interpretativa, da parte della giurisprudenza costituzionale, ordinaria e speciale.

A ben vedere, la prospettiva interpretativa della norma deve seguire un diverso approccio. Invero, la preposizione finale del terzo comma dell’art. 9 Cost. esige di essere letta nel più ampio contesto dell’intervento riformista, così da non isolare la preposizione finale rispetto alla “tutela ambientale” prevista dal medesimo comma, e mettendo in luce l’effettiva volontà del legislatore costituzionale e quindi le potenziali ricadute in una molteplicità di campi di indagine.

La revisione normativa, complice l’adozione di una non perfetta tecnica legislativa che coinvolge inevitabilmente la semantica della nuova formulazione, impone quindi di comprendere lo spazio riservato dalla Costituzione alla “*tutela degli animali*”. A tali fini occorre puntualizzare che sebbene, come si è accennato, l’attenzione verso gli animali risponda ad crescente interesse da parte del legislatore che in precedenti iniziative parlamentari ha più volte cercato di riconoscere la categoria degli animali quali soggetti di diritto, e quindi tentando di affermare una “dignità degli animali”, se non addirittura i “diritti degli animali”, in quanto esseri senzienti dotati di una propria soggettività declinabile sul piano giuridico²⁸, esso rinviene un limite tecnico non valicabile. Invero, la teorizzazione giuridica dei diritti degli animali che ha animato il dibattito dottrinale anche con riferimento ad alcuni disegni di legge, di cui si è detto, ha sempre rilevato una estrema fragilità dell’impianto normativo in relazione ai profili critici, che conducono a ritenere insostenibile la configurazione di uno statuto giuridico degli animali caratterizzato da situazioni giuridiche soggettive attive. Peraltro, spostando l’attenzione a norme di diritto positivo non può non

²⁶ In questi termini, U. IZZO, *Il nuovo art. 9 Cost. e la tutela degli animali riservata alla legge dello Stato: il legislatore (non) può attendere*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. 2, 2024, p. 92.

²⁷ Così D. GRANARA, *il principio animalista nella Costituzione*, in *DPCE online*, fasc. 2, 2023, 857, ove l’Autore afferma che la tutela degli animali di cui all’art. 9, comma 3, Cost., è ben di più della considerazione degli stessi quali “esseri senzienti”, propria dell’art. 13 TFUE, con ciò ponendo il nostro ordinamento all’avanguardia, sia rispetto al diritto dell’Unione, sia rispetto agli altri ordinamenti europei. Sul punto, per riferimenti di diritto comparato, si veda anche P. VIPIANA, *La protezione degli animali nel nuovo art. 9 Cost.*, in *DPCE online*, fasc. 2, 2022, p. 1114 ss.

²⁸ Tesi peraltro contraddistinta da un orientamento degli studi giuridici che si colloca sullo sfondo di un generale mutamento della sensibilità culturale rispetto a quella oggi più semplicemente definita quale “questione animale”. Si veda al riguardo F. RESCIGNO, *I diritti degli animali. Da res a soggetti*, Torino, 2005; Ead., *Animali (diritti degli)*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di Diritto Pubblico*, Milano, I, 2006, p. 321; P.P. ONIDA, *Animali (diritti degli)*, in *Enciclopedia di Bioetica e Scienza giuridica*, I, Napoli, 2009; G. PELAGATTI, *Dignità e diritti degli animali. Prospettive bioetiche e giuridiche*, in *Dirittifondamentali.it*, fasc. 1, 2017, p. 1.

osservarsi come la fattispecie giuridica resti segnata da una astrazione creata in funzione della rappresentazione di interessi dell'uomo, da cui una soggettività che ha la propria fonte in dichiarazioni di volontà umana, che hanno come destinatario comunque l'uomo²⁹. In altri termini, la posizione giuridico soggettiva non può che fare capo all'essere umano che rimane il referente degli interessi e colui che può azionarli.

Ferma quindi l'impostazione anzidetta che deve escludere possibili fughe in avanti, l'accezione giuridica del riferimento agli animali, nel nostro ordinamento, non può che essere individuata se non in relazione alla dignità umana che informa il principio personalistico posto a fondamento della Costituzione. D'altronde, lo stesso legislatore riformista non ne fa un oggetto di tutele, ma si limita ad affidare la sua *tutela* al legislatore. Emerge, in questo modo, una visione coerente con l'impostazione più generale della Carta costituzionale che resta impressa da una impronta antropocentrica ove anche gli animali sono tutelati in funzione degli interessi dell'uomo.

Su tali basi è possibile considerare che l'espressa individuazione degli animali nell'art. 9 Cost. esclude ogni riferimento a forme di dignità animale, da cui possono discendere diritti declinabili sul piano giuridico, bensì esprime la volontà del legislatore costituzionale di conferire una sorta di autonomo rango a determinati interessi che ruotano attorno alla sfera degli animali³⁰, rinviando la scelta delle *forme* e dei *modi* attraverso cui esplicitare la tutela alla discrezionalità del legislatore.

La norma non si propone di prevedere una forma di tutela dei singoli animali, ma più in generale delle specie e della loro condizione di vita in quanto esseri senzienti (come indicato dall'art. 13 TFUE³¹) che

²⁹ In tal senso puntuali le considerazioni di G. PELAGATTI, *La costituzionalizzazione simbolica degli animali nella revisione dell'art. 9*, in *Amministrazione In Cammino*, fasc. 2, 2022, p. 4, che mette in luce come anche la prospettiva dell'art. 9 Cost. non si riflette nel riconoscimento di una "dignità animale", quanto piuttosto una impostazione che resta antropocentrica. Un concetto che appare difficilmente configurabile e di incerta applicazione.

³⁰ Così R. BIFULCO, *La legge costituzionale 1/2022: problemi e prospettive*, op. cit., pp. 18-22.

³¹ Giova puntualizzare che l'art. 13 TFUE, come introdotto dal Trattato di Lisbona del 2009, ha previsto che "nella formulazione e nell'attuazione delle politiche dell'Unione nei settori dell'agricoltura, della pesca, dei trasporti, del mercato interno, della ricerca e sviluppo tecnologico e dello spazio, l'Unione e gli Stati membri tengono pienamente conto delle esigenze in materia di benessere degli animali in quanto esseri senzienti, rispettando nel contempo le disposizioni legislative o amministrative e le consuetudini degli Stati membri per quanto riguarda, in particolare, i riti religiosi, le tradizioni culturali e il patrimonio regionale". La norma, perché circoscritta al settore economico e della ricerca in cui vi concorrono gli interessi umani con il coinvolgimento delle specie animali (e ittiche), ha previsto il "benessere animale" in quanto esseri senzienti, quale parametro da tenere in conto nell'esercizio dell'attività di impresa, legittimando in tal modo lo sviluppo di una considerevole legislazione a tutela della componente animale nel contesto delle politiche europee. A tale proposito, puntualmente F. ALBISINNI, *Esseri senzienti, animali ed umani: nuovi paradigmi e nuovi protagonisti*, in *Riv. dir. alim.*, fasc. n. 3, 2021, p. 9, ricorda, con riferimento alla tutela degli animali nell'ambito delle fonti europee, che questo paradigma si connota di una dichiarata politica di bilanciamento dei valori tutelati. Sul punto, per una ampia e approfondita ricostruzione del quadro disciplinare relativo al "benessere animale" v., da ultimo, M. MAURO, *Il benessere animale nel quadro delle fonti internazionali ed europee: una nozione dal contenuto complesso*, in *Dir. agroalim.* 2023, p. 99. Ancora sul tema M. TALACCHINI, *Il sentire animale tra scienze, valori, e policies europee*, in *Riv. dir. alim.*, fasc. n. 3, 2021, p. 26; F.P. TRAI SCI, *Specismo ed antispecismo nella tutela degli animali*, *ivi*, 42; E. SIRSI, *Il benessere degli animali nel Trattato di Lisbona*, in *Riv. dir. agr.*, 2011, I, p. 220 che mette in luce la multidisciplinarietà del concetto e la sua progressiva emersione; I. CANFORA, *Le imprese alimentari e la protezione del benessere animale nelle società*

interagiscono con l'uomo e che possono dallo stesso essere messi in pericolo o viceversa essere alla base di situazioni pregiudizievoli per la sicurezza dell'uomo, della sua attività di impresa o, più in generale, del territorio. Da qui, l'ampia discrezionalità affidata al legislatore di disciplinare i *modi* e le *forme* della tutela che possono esprimersi nell'adozione di obblighi di tutela, derivanti anche dagli impegni internazionali che lo Stato italiano è chiamato ad assumere con riguardo ad una specie, oppure di limiti e l'adozione di provvedimenti a tutela degli animali rispetto a possibili lesioni che possono subire, per giungere anche perseguire la tutela garantendo un giusto equilibrio delle specie medesime nel territorio.

Questa prospettiva interpretativa risulta essere maggiormente coerente con la più ampia struttura dell'art. 9 Cost. come revisionato. Vero è che la “*tutela degli animali*” entra nella Costituzione, ma è oltremodo vero che essa non consiste nella mera proclamazione di una soggettività giuridica dell'essere animale oppure dell'enunciazione di un principio volta a garantire una finalità protezionistica degli animali – come sarebbe stato più appropriato pensare in quanto l'art. 9 è collocato nella parte della Costituzione riservata ai principi fondamentali – ma si esaurisce nella prefigurazione di una disciplina la cui formulazione è demandata al legislatore ordinario, peraltro senza alcun intento di sancire una effettiva riserva di legge³².

Da tale spunto emerge l'esatta relazione tra la “*tutela dell'ambiente*” e la “*tutela degli animali*” che, nella previsione dell'art. 9 Cost., non sono collocati sullo stesso piano. Sebbene enunciati nel medesimo comma, mentre la “*tutela dell'ambiente*” è affidato direttamente alla Repubblica, come *supra* osservato, la “*tutela degli animali*” è assegnata alla legge dello Stato che ne deve disciplinare i *modi* e le *forme*. La portata della tutela ambientale risulta più ampia e complessa, anche attraverso la (nuova) esplicitazione della tutela della *biodiversità* e degli *ecosistemi*, rimanendo, invece, la “*tutela degli animali*” ancorata semplicemente all'attività legislativa, che risulta peraltro priva di parametri di riferimento al fine di un bilanciamento degli interessi (diversamente da quanto statuito dall'art. 13 TFUE). Pertanto, il legislatore per disciplinare i *modi* e le *forme* della tutela, che all'atto pratico potranno concretizzarsi, ad esempio, nella sottrazione alla crudeltà e allo sfruttamento degli animali, dovrà fare ricorso anche ad altre fonti in funzione della sua discrezionalità assoluta.

In definitiva, al di là della previsione testuale della “*tutela degli animali*”, questa presenta un limite in quanto l'assunzione nel testo costituzionale trascende il senso proprio delle parole e viene allontanata dal senso

multiculturali, in *Agr. Ist. Merc.*, 2018, p. 5 ove l'A. esamina i differenti interessi che tocca il principio; L. COSTANTINO, *La tutela del benessere animale nelle politiche agricole europee*, *ivi*, p. 71.

³² Così M. CECCHETTI, *Virtù e limiti della modifica degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, *op. cit.*, 9; R. BIFULCO, *La legge costituzionale 1/2022: problemi e prospettive*, *op. cit.*, p. 19. Maggiore apertura a riconoscere la riserva di legge è invece data da P. VIPIANA, *La protezione degli animali nel nuovo art. 9 Cost.*, *op. cit.*, pp. 1118-1119, poiché la previsione della riserva di legge manifesta la sua funzione garantista propriamente riguardo alla disciplina dei diritti. Diversamente, come osservato, il nuovo enunciato non sembra voler rispondere in alcun modo e sotto alcun profilo alla funzione di garanzia tipica delle riserve di legge contenute nella prima parte della Costituzione, ma assumer la diversa logica di una mera attribuzione di competenze in capo al legislatore.

proprio del testo costituzionale e trasferita su un piano concettuale ove la sua portata verrà individuata dagli interpreti attraverso l'interpolazione con altri riferimenti valoriali fondati su diversi enunciati costituzionali, in una reciproca ponderazione in termini di compatibilità e ragionevolezza³³.

4. La fauna selvatica tra norme di *tutela* e norme di *gestione*. Il regime delle tutele differenziate

L'art. 9 Cost. esplicita una *tutela* generalizzata a tutti gli animali senza distinguere tra le diverse categorie che pure vi rientrano (*i.e.* animali domestici, da allevamento, selvatici, o impiegati nella ricerca scientifica), rinviando al legislatore la disciplina dei *modi* e delle *forme* della tutela.

La questione deve essere considerata in ragione del quadro normativo all'interno del quale si inserisce la previsione costituzionale interamente definita sul piano della relazione con l'uomo mettendo in evidenza interessi diversi. Ciò in quanto, la tutela degli animali è destinata a misurarsi in una molteplicità di campi di indagine nei quali, anche sulla base delle disposizioni di diritto positivo, gli animali sono tradizionalmente considerati in relazione all'interesse umano che ne condiziona le attese di tutela³⁴.

Tuttavia, è indubbio, che dal momento in cui l'indagine prende in esame la fauna selvatica, la questione presenta una maggiore complessità per gli interessi coinvolti e i valori in conflitto. A tale fine, occorre interrogarsi se la prospettiva ambientale fino ad oggi prevista dalle diverse fonti normative sia sufficiente a garantire una tutela efficace per le specie selvatiche, oppure se l'art. 9 Cost. possa in qualche modo rappresentare un riferimento normativo idoneo, in funzione dell'enunciata tutela degli animali, per elevare il regime di protezione. Tuttavia, deve essere tenuto in conto che la fauna selvatica presenta una diversa prospettiva rispetto agli altri animali che evidenzia un conflitto che attiene essenzialmente al rapporto tra la tutela delle specie e la loro presenza sul territorio e, quindi, con la loro interazione con l'uomo e l'attività economica dallo stesso ivi svolta³⁵.

³³ In questo senso la previsione dell'art. 9 Cost. può essere inquadrata come una "costituzionalizzazione simbolica". G. PELAGATTI, *La costituzionalizzazione simbolica degli animali nella revisione dell'art. 9, op. cit.*, pp. 8-10, che mette in luce il rischio a cui corrisponde questa "degradazione semantica" del testo costituzionale, per cui la tutela animale, che non può che essere protezione della vita degli animali e sottrazione alla crudeltà e allo sfruttamento, sarà permanentemente esposta ad interferenze economiche e politiche. Sul punto, G. DI GASPARE, *Costituzionalizzazione simbolica e decostituzionalizzazione di fatto dell'art. 41 della Costituzione, in Amministrazione in cammino*, 2011.

³⁴ Giova considerare che il coinvolgimento degli animali da allevamento, delle specie della pesca o dell'acquacoltura, nei processi produttivi, è segnata dalla previsione dell'art. 13 TFUE e quindi dall'applicazione del paradigma del benessere animale che ha dato luogo al sorgere di diverse disposizioni volte a migliorare le condizioni di allevamento, ad attenuare la sofferenza nei diversi momenti della filiera. Se, invece, si prendono in considerazione gli animali domestici le norme vigenti tendono a prevedere una tutela in funzione della relazione con l'uomo. Diversamente, ancora, l'interesse al perseguimento della ricerca scientifica individua un ambito ancora più specialistico che conforma con tratti specifici lo spazio nel quale calibrare le istanze di tutela dell'animale. In dottrina, sottolineano il profilo relazione quale base su cui è costruita la legislazione di settore F.P. TRAI SCI, *Animali ed umani: il tentativo di un inquadramento relazione e unitario dell'animale anche nel nostro sistema giuridico*, Napoli, 2021, 111-143; U. IZZO, *Il nuovo art. 9 Cost. e la tutela degli animali riservata alla legge dello Stato: il legislatore (non) può attendere, op. cit.*, p. 92.98.

³⁵ In senso analogo, M. OLIVI, *L'art. 9 della Costituzione e la tutela degli animali selvatici*, in *Riv. giur. AmbienteDiritto.it*, fasc. 4/20221, 1, che ben evidenzia il conflitto tra la tutela dell'animale e la tutela dell'ambiente.

Giova considerare che la tutela della fauna selvatica³⁶ è stata fino ad oggi perseguita attraverso un regime marcatamente conservativo delle specie che si riflette in una moltitudine di fonti normative, principalmente internazionali ed europee, oltre che interne, da cui discende un regime di protezione in funzione delle singole specie. D'altronde, la tutela della fauna selvatica rappresenta una componente essenziale della biodiversità e si persegue (come per la flora) attraverso interventi normativi che rispondono ad una logica di tutela. L'interesse tutelato è sempre stato rappresentato dalla specie selvatica e attraverso strumenti giuridici di protezione e conservazione si sono previsti limiti o divieti all'uomo quando la sua azione poteva in qualche modo mettere in pericolo la salvaguardia della fauna. Una prospettiva sviluppatasi nell'ambito di una tutela marcatamente ambientalista che ha segnato l'evoluzione della disciplina e le sue fonti normative, al punto da riflettersi a livello nazionale nella stessa qualificazione giuridica della fauna selvatica³⁷.

Il vincolo di destinazione della fauna selvatica a bene pubblico come previsto dal nostro ordinamento assume rilevanza, quale categoria generale che caratterizza il regime del bene e assume rilevanza anche per assicurare un regime di protezione di tutte le specie e a garantire una fruizione collettiva; tuttavia il collegamento funzionale tra indisponibilità del bene e vincolo di destinazione, nel duplice senso che l'originaria destinazione deve permanere, ma che i beni possono essere sottratti ad essa nei modi stabiliti

³⁶ La "fauna selvatica" rappresenta l'insieme dei mammiferi ed uccelli che vivono, stabilmente o temporaneamente, in uno stato di naturale libertà sul territorio, collocandosi nel novero dei beni dello Stato e dei beni ambientali. In senso stretto, quindi, dall'interpretazione della nozione di riferimento, vengono delineati i soli caratteri fondamentali da cui tuttavia non si può prescindere a un qualsiasi riferimento, anche indiretto, con l'attività venatoria. Questo orientamento trova conforto nella l. 11 febbraio 1992 n. 157, "Norme per la protezione della fauna selvatica omeoterma e per il prelievo venatorio", e si ricava dagli artt. 1, 2 e 18, da cui si evince la qualificazione giuridica (art. 1), i caratteri fondanti (art. 2, comma 1), e il diretto riferimento all'attività venatoria (art. 2, comma 2) nei limiti del disposto dell'art. 2 e 18. Sempre nell'ottica di una definizione del concetto *de quo* si deve evidenziare come la classificazione non sia generica bensì è determinata dal legislatore sulla base del principio di protezione delle specie, da cui poi discende la loro riconduzione all'attività di caccia. Infatti, all'interno del concetto di fauna "omeoterma", la normativa in esame distingue categorie di animali nei confronti dei quali è preclusa ogni attività di caccia, ulteriormente specificandosi per queste specie la necessità di una particolare protezione (art. 2, comma 1, lett. a, b, c), a cui è connessa una sanzione rafforzata in caso di illecita apprensione nelle sue varie forme (cattura, detenzione, abbattimento), rispetto a quelle ordinariamente previste per tutte le altre specie. Accanto agli animali selvatici rispetto ai quali è vietata, come dato unificante, ogni forma di attività ed appropriazione venatoria, figurano le specie indicate dall'art. 18 che godono generalmente della protezione sancita all'art. 1, eccettuato l'arco temporale in cui è consentita la caccia. Sostanzialmente, quindi, la fauna selvatica risulta giuridicamente strutturata in tre distinte categorie: la prima, è riferita alle specie oggetto di una particolare protezione e tutela in quanto in via di estinzione, previste ed elencate in appositi testi normativi, nazionale, comunitari ed internazionali, al fine di vietarne l'abbattimento; la seconda categoria, fa, invece, capo alle specie cacciabili, anch'essa elencate in modo tassativo dalla legge ed oggetto di caccia nei relativi periodi indicati, pur sottoposti a variazioni a livello nazionale o regionale (art. 18); infine, la terza è la categoria residuale, riferita a tutte le altre specie non cacciabili, ma non necessariamente oggetto di una tutela rafforzata.

³⁷ L'espressa qualificazione della fauna selvatica in termini di "patrimonio indisponibile dello Stato", ai sensi dell'art. 1 della l. 157/92, riflette il concetto di "fauna selvatica" introdotto dalla previgente l. 968/1977. In argomento, per una ricostruzione della disciplina di riferimento, sia lecito rinviare a N. LUCIFERO, *La caccia e la tutela della fauna selvatica*, in L. COSTATO, A. GERMANÒ, E. ROOK BASILE (diretto da), *Trattato di Diritto agrario, Il diritto agroambientale*, II, Torino, 2011, p. p. 443 e ss; da ultimo, ID., *La fauna selvatica e la caccia*, in *Trattato breve di Diritto agrario italiano e dell'Unione europea*, diretto da L. COSTATO E F. ALBISINNI, IV ed., Padova, 2023, p. 797.

dalla legge (*i.e.* attraverso il prelievo venatorio) pone il problema in termini di protezione delle specie. In altri termini, il principio della indisponibilità, ancorché riferito alla categoria delle specie faunistiche, deve essere coniugato con il regime protezionistico attribuito dal diritto ambientale, internazionale o interno, a ciascuna singola specie evidenziando in tal modo regimi delle tutele differenziate per singole specie³⁸.

Dunque, la tutela della fauna selvatica, come risulta dai diversi interventi normativi che hanno caratterizzato l'evoluzione della materia, si misura attraverso la previsione di strumenti di conservazione della fauna che non possono prescindere dall'esigenza di prevedere regole per il suo contenimento. Invero, la l. 157/1992 prevede un regime di tutela della fauna selvatica attraverso il suo prelievo, considerando il secondo compatibile con lo statuto della tutela della fauna selvatica e, a tali fini, tenta nella sua disciplina un contemperamento delle due istanze finalizzato al miglior equilibrio faunistico nel contesto ambientale. Ciò posto, i due interessi tutelati non devono essere considerati sullo stesso piano posto che la tutela della fauna selvatica evoca un concetto di protezione (interesse negativo), l'altro, quello contrario della sua fruizione (interesse positivo). Obiettivo del legislatore è quindi la fissazione di un giusto contemperamento degli interessi in modo che l'esigenza dell'equilibrio biologico delle specie selvatiche e della loro conservazione sul territorio si attui anche attraverso il prelievo venatorio, quale attività del privato posta anche a soddisfacimento di interessi collettivi. Non deve pertanto stupire che il legislatore abbia sempre privilegiato un approccio unitario alla materia della fauna selvatica e della caccia e, ancor meno, che la disciplina del prelievo venatorio trovi con la vigente l. 157/92, e ugualmente in passato, la sua collocazione, ancorché con finalità diverse, nell'ambito della tutela ambientale della fauna selvatica, quale attività soggetta a limitazioni e a controlli.

Le considerazioni brevemente esposte mettono in luce un quadro normativo estremamente articolato che riflette un principio di ordine conservativo delle specie, non assoluto, bensì relativo, in quanto a tutti i livelli delle fonti è previsto di rendere sacrificabili singoli individui o anche intere popolazioni in funzione della conservazione degli *habitat*, della biodiversità, ma anche per prevenire danni alle colture agricole, all'allevamento e alla selvicoltura³⁹. Concorre a tali fini lo strumento del prelievo venatorio che, non a caso, trova la sua completa disciplina nel corpo della stessa norma in quanto esso concorre alla conservazione delle specie garantendo la densità ottimale della fauna sul territorio⁴⁰.

³⁸ Il concetto delle c.d. "tutele differenziate" relative alla fauna selvatica riflette la tesi dottrinale volta a rimarcare il diverso ordine di regole protezionistiche sviluppatasi nel tempo nelle fonti normative segnatamente a ciascuna specie. In argomento, N. LUCIFERO, *Gli strumenti di prevenzione e di ristoro dei danni da fauna selvatica in agricoltura nella disciplina giuridica: le fonti normative, la fattispecie del danno, gli interventi di tutela a favore delle colture agricole e l'azione per il ristoro dei danni*, in N. LUCIFERO (a cura di), *I danni all'agricoltura dalla fauna selvatica: prevenzione e responsabilità*, Torino, 2015, pp. 273-303.

³⁹ In termini analoghi, M. OLIVI, *L'art. 9 della Costituzione e la tutela degli animali selvatici*, *op. cit.*, p. 9.

⁴⁰ In argomento, M. OLIVI, *La fauna selvatica e la disciplina della caccia nel sistema regionale*, in *La riforma della PAC e la gestione della fauna selvatica, Quaderni dei Georgofili*, Firenze, 2022, pp. 57-78.

Volgendo lo sguardo all'art. 9 Cost., e più in particolare alla “*tutela degli animali*”, non si crede che tale disposizione possa valorizzare ulteriormente il regime protezionistico ricavabile dalla normativa speciale. D'altronde, va evidenziato che la norma costituzionale non menziona i “diritti degli animali”⁴¹, limitandosi a rinviare ogni forma di tutela ai *modi* e alle *forme* previsti dal legislatore. Vi è anche da dire che, come rilevano i lavori preparatori, la fauna selvatica non è mai stata veramente presa in considerazione in quanto il legislatore riformista aveva in mente principalmente la tutela degli animali domestici. In altri termini, non sembra scorretto ritenere, in modo coerente con l'evoluzione normativa e l'apparato disciplinare vigente, la fauna selvatica rinvenga la sua disciplina nel contesto delle finalità della biodiversità, piuttosto che di una espressa “*tutela degli animali*”, invocando in tal senso una “*tutela*” di rango superiore prevista dall'art. 9 Cost. che meglio può dirimere i conflitti e temperare gli interessi che si propongono. Una prospettiva che supera la logica protezionistica a cui, in modo non del tutto corretto, la “*tutela degli animali*” poteva rinviare, che, a ben vedere, si inserisce nel più ampio contesto della tutela della biodiversità da perseguire attraverso la “gestione” della fauna selvatica invocando tutti gli strumenti giuridici di gestione della stessa.

5. I danni da fauna selvatica in agricoltura. La complessità del tema, la posizione giuridico-soggettiva dell'agricoltore tra incongruenze legislative e staticità normativa. Un tema irrisolto

Il tema si collega al fenomeno dei danni causati dalla fauna selvatica in agricoltura che si esprime nella naturale interazione delle specie sul territorio dove viene praticata l'attività agricola. Una prospettiva diversa della “questione degli animali (selvatici)” dettata dal pregiudizio causato da tali specie in agricoltura, che non si esaurisce con la definizione della posizione giuridico soggettiva dell'agricoltore, ma porta a considerare il problema considerando le cause, di matrice ambientale, che sono alla base dell'evento dannoso.

Una situazione che il legislatore negli anni addietro ha tentato di gestire garantendo un determinato equilibrio delle specie attraverso lo strumento del prelievo, da perseguirsi anche attraverso il contenimento delle specie. Tuttavia, le trasformazioni, sociali ed economiche, che hanno caratterizzato gli ultimi decenni hanno con il tempo accentuato l'aumento di alcune specie selvatiche sul territorio e così determinato l'incremento dei danni arrecati alle attività agricole segnato anche da una diversificazione

⁴¹ Così F. FRACCHIA, *L'ambiente dell'art. 9 della Costituzione: un approccio in “negativo”*, in *Il dir. dell'economia*, 2022, p. 22, il quale osserva come la tutela degli animali debba essere opportunamente scorporata dal perimetro della protezione dell'ambiente, che impone di considerare l'intero ecosistema. La tutela dell'ambiente, infatti, ha a che fare con un equilibrio complessivo e non può raggrumarsi e concentrarsi intorno a un solo fattore di quell'ecosistema, o ridursi a difesa di quel fattore, la quale può e deve trovare fondamento in altri “titoli” giuridici.

delle specie animali che li determinano⁴². Diverse sono le ragioni di questo aumento esponenziale delle specie, che sono principalmente da ricondurre a un concorso di fattori tra cui si ricorda l'assenza dell'uomo sul territorio soprattutto a seguito dell'abbandono delle campagne, dove in precedenza questi rappresentava una costante fonte di controllo e di protezione del contesto ambientale; le abbondanti risorse alimentari provenienti dai terreni abbandonati dall'agricoltura; l'avanzamento del bosco, che ha determinato un aumento delle aree di rifugio e di riproduzione faunistica; e una pressione venatoria divenuta nel tempo sempre più debole. Una criticità che, con intensità diverse, coinvolge ora l'intero territorio nazionale e che pone non pochi dubbi sul piano dell'efficacia del sistema di gestione del rischio⁴³.

Ciò che rileva non è solo la forte diversificazione delle tipologie di danno⁴⁴, ma soprattutto la rilevanza dell'evento pregiudizievole che si presenta su scala aziendale, in quanto il danno è tale da incidere sui fattori della produzione e quindi – per un considerevole arco temporale – sull'esercizio e sui risultati dell'impresa agricola. Per meglio dire, non si tratta di un evento circoscrivibile ad un bene qualsiasi, bensì ad una componente produttiva dell'azienda le cui conseguenze sono tutt'altro che temporalmente limitate in quanto il ripristino del danno patito avviene in base al ciclo vitale animale o vegetale oppure alla stagionalità della produzione (si pensi ai tempi di crescita di un impianto boschivo, oppure di un allevamento colpito da un attacco di carnivori) così comportando tempi e costi maggiori per il ripristino e, ancor di più, per la limitazione o addirittura per l'esclusione della presenza del prodotto aziendale sul mercato così incidendo sul processo economico dell'attività imprenditoriale.

Ora, per quanto anzidetto, l'intero impianto della l. 157/92 risulta segnato dalla qualifica giuridica della fauna selvatica che l'art. 1 prevede quale *patrimonio indisponibile dello Stato* e, pertanto, bene pubblico non

⁴² In argomento si vedano i resoconti dei lavori in AA.VV., *Danni causati dalla fauna selvatica all'agricoltura*, I Quaderni dei Georgofili, Firenze, 2009; AA.VV., *Agricoltura e gestione razionale della fauna selvatica*, I Quaderni dei Georgofili, Firenze, 2014; AA.VV., *Irrazionali danni da fauna selvatica all'agricoltura e all'ambiente*, I Quaderni dei Georgofili, Firenze, 2015; AA.VV., *La gestione della fauna selvatica ungulata tra insostenibilità del danno in agricoltura, tute e opportunità*, I Quaderni dei Georgofili, Firenze, 2017 e, da ultimo, AA.VV., *La riforma della pac e la gestione della fauna selvatica*, Firenze, 2022.

⁴³ Sul punto sia lecito rinviare a N. LUCIFERO, *La gestione del rischio e i danni da fauna selvatica in agricoltura*, in *Dir. agroal.*, 2021, pp. 557-581.

⁴⁴ La caratteristica principale di tale fenomeno, che all'atto pratico determina una concreta difficoltà di individuare uno strumento unitario di risoluzione del problema, è data dalla sua eterogeneità. Questa è innanzitutto riferita alle specie, diverse tra loro e a cui peraltro corrisponde un regime di tutele differenziate, e si esprime in una moltitudine di eventi dannosi all'attività agricola comprendendo situazioni assai diversificate tra loro con effetti che coinvolgono più ambiti di interesse. Si tratta di danni diretti ed indiretti, talvolta di particolare entità, causati dalla fauna selvatica, in quanto il pregiudizio può essere provocato direttamente alle produzioni primarie, oppure determinarsi all'esito di atti commessi dalla fauna stessa in danno di opere o strutture (ad es. idrauliche) presenti sul territorio dalle quali si genera il danno all'agricoltore (è questo il caso dei danni causati dai roditori alle opere di regimentazione delle acque o alle condutture idriche e agli argini che causano inondazione di vaste aree). Pur trattandosi di fattispecie distinte, queste sono accomunate, in termini di nesso di causalità, dall'identità dell'agente causante il danno e per il pregiudizio subito dall'attività agricola.

disponibile, che lo Stato, attraverso gli enti territoriali, custodisce e controlla a beneficio dell'intera collettività. Tale qualificazione rileva con riferimento agli obblighi in capo allo Stato connessi all'appartenenza degli animali selvatici, nonché al profilo "risarcitorio" per i danni causati dalla fauna selvatica⁴⁵. La questione è particolarmente spinosa se posta in relazione alla tutela degli interessi agricoli di fronte ai pregiudizi subiti dagli attacchi della fauna selvatica.

Le conseguenze della proprietà sulla fauna richiedono di essere misurate con gli interessi in gioco previsti dal legislatore – quali sono quelli ambientali, quelli venatorie oltre che quelli agricole – non solo per definire il soggetto legittimato passivo al ristoro del danno all'agricoltore, oltre all'*an* e al *quantum debeatur* ma, ancor prima, per delineare gli obblighi che incombono per garantire l'equilibrio faunistico, e ambientale in genere, auspicato dal legislatore che si tramuta in atti e interventi di prevenzione e controllo della fauna selvatica sul territorio.

⁴⁵ Le disposizioni previste a tutela del *riсторо* del danno causato all'agricoltore si esprimono nelle forme non del risarcimento pieno ed integrale, bensì di un indennizzo in misura fissa e percentuale che con margini minimi di discrezione la Pubblica Amministrazione può erogare sulla base di una dotazione finanziaria di un fondo non illimitata. Merita a tale proposito osservare – perché questo rappresenta ancora oggi una questione apparentemente controversa – che, seppure la legge a più riprese fa riferimento al *risarcimento*, in verità di *indennizzo* si tratta, la cui *ratio legis* poggia proprio sulla qualifica giuridica della fauna di cui si è detto, e quindi alle esigenze di pubblico interesse connesse alla tutela, anche in attuazione di obblighi internazionali, della fauna selvatica e dall'altra dall'assenza di ogni profilo di illegittimità nella condotta dell'amministrazione che è tenuta all'osservanza di un obbligo di solidarietà che impone di non sacrificare a dette esigenze i contrapposti interessi dell'agricoltore. In altre parole, muovendo dalla constatazione che la determinazione dell'ingiustizia non può assumersi esclusivamente dal punto di vista del danneggiante o da quello del danneggiato, bensì in una considerazione correlativa di entrambi i fattori, si può mettere in luce che il danno, per potersi qualificare "ingiusto", deve caratterizzarsi come danno prodotto non solo *non iure* ma anche *contra ius*, dove la qualificazione del danno come evento prodotto *non iure* rimanda alla valutazione operata dall'interprete della condotta del danneggiante in termini di antiggiuridicità, mentre la qualificazione del pregiudizio come evento *contra ius* rinvia al profilo più strettamente oggettivo della lesione di un interesse meritevole di tutela. In tal modo si perviene a indicare il danno in una duplice accezione: un danno prodotto *contra ius*, e un danno prodotto *secundum ius* e a distinguere il *risarcimento* come conseguenza del primo, e l'*indennizzo* come effetto del secondo. Si deve pertanto considerare che la circostanza per cui i danni in parola vengono indennizzati mediante la previsione dell'indennizzo rifletta quei fondamenti di cui si è detto su cui poggia la legge quadro. A ben vedere, nella fattispecie di danno causato dalla fauna selvatica, l'antigiuridicità dell'evento pregiudizievole viene elisa dall'incidenza sulla lesione del diritto di una pluralità di fattori fatti propri dal legislatore con la legge 157/92 (S. CARMIGNANI, *Danno da fauna selvatica e bilanciamento degli interessi tra illecito civile e legislazione speciale*, in *Dir. e giur. agr. e dell'amb.*, 1998, p. 645; EAD, *Identità di vicende pregiudizievoli e differenza di qualificazioni giuridiche soggettive nel danno da fauna selvatica*, in *Dir. giur. agr. e dell'amb.*, 2000, p. 713). In questi termini, trovano spazio i limiti imposti alla proprietà fondiaria, nonché i vincoli che ricadono sull'attività dell'impresa agricola, in ragione degli interessi di rango superiore relativi alla tutela dell'ambiente e, in generale, alla salvaguardia dell'ecosistema. Sul punto sia lecito rinviare a N. LUCIFERO, *Gli strumenti di prevenzione e di ristoro dei danni da fauna selvatica in agricoltura nella disciplina giuridica: le fonti normative, la fattispecie del danno, gli interventi di tutela a favore delle colture agricole e l'azione per il ristoro dei danni*, in *I danni all'agricoltura dalla fauna selvatica: prevenzione e responsabilità*, op. cit., pp. 297-300; ID., *La "gestione sostenibile" della fauna selvatica tra questioni irrisolte e nuove prospettive interpretative*, in *La riforma della PAC e la gestione della fauna selvatica*, *Quaderni dei Georgofili*, Firenze, 2022, pp. 37-57.

Invero, com'è stato da tempo osservato in dottrina⁴⁶ e, più di recente dalla giurisprudenza di merito⁴⁷, la disciplina dettata dal legislatore speciale in materia di danni da fauna selvatica non può essere limitata alla sola fase del ristoro del danno, ma richiede una disamina più ampia che prenda in considerazione sia la fase di intervento preventiva sia quella del ristoro del pregiudizio causato all'agricoltore. È difatti indubbio che in capo alla Pubblica Amministrazione vi siano degli obblighi istituzionali di controllo e di gestione della fauna selvatica sul territorio in linea con la funzione preventiva che le è affidata dalla legge. Un sistema di regole che a ben vedere si ricava dal combinato disposto degli artt. 14 e 26 della legge quadro: se la *prevenzione* rappresenta il fine primario, in quanto regola posta per garantire un assetto equilibrato del territorio, il *riсторо*, invece, è indice di una previsione eventuale e successiva a tutela del danno causato dalla fauna selvatica. E ciò in quanto la tutela della fauna selvatica si persegue attraverso regole di prevenzione, ossia garantendo l'equilibrio delle specie selvatiche sul territorio (la c.d. "densità ottimale") che concretamente si attua attraverso la pianificazione faunistico venatoria (art. 10), e quindi i censimenti e i controlli posti in essere dagli enti territoriali, e conseguentemente il contenimento delle specie in eccesso⁴⁸. È, infatti, indubbio che la prevenzione del danno da fauna selvatica in agricoltura si attui garantendo un adeguato equilibrio del numero di specie nell'*habitat* naturale in modo da rendere possibile una regolare conservazione degli animali selvatici sul territorio, e quindi anche l'attività agricola. Tale finalità, si rinviene nella legge quadro in materia di *protezione della fauna selvatica* con il riconoscimento

⁴⁶ Per tutti, M. COMPORITI, *Responsabilità civile per i danni da selvaggina*, in *Riv. dir. agr.*, 1986, I, 858-860; sia lecito rinviare anche a N. LUCIFERO, *Gli strumenti di prevenzione e di ristoro dei danni da fauna selvatica in agricoltura nella disciplina giuridica: le fonti normative, la fattispecie del danno, gli interventi di tutela a favore delle colture agricole e l'azione per il ristoro dei danni*, in *I danni all'agricoltura dalla fauna selvatica: prevenzione e responsabilità*, op. cit., pp. 297-300.

⁴⁷ Cfr. App. Firenze, 9 agosto 2012 n. 1105; T. Ravenna, 19 marzo 2016, n. 349; Trib. Taranto, 27 aprile 2020; Trib. L'Aquila, 27 gennaio 2021, n. 56.

⁴⁸ In altri termini, la circostanza che in Italia la fauna selvatica sia *ex lege* classificata come bene pubblico non disponibile, implica tra le altre cose che lo Stato attraverso i suoi enti territoriali sia responsabile della sua gestione e del suo controllo, ma altresì dei danni arrecati dalla stessa fauna, ma non che i risarcimenti debbono coprire integralmente le perdite subite dagli agricoltori se non attraverso una sentenza che accerti una responsabilità della Pubblica Amministrazione a fronte di un comportamento colposo per non aver provveduto ai suoi obblighi istituzionali di sorveglianza e di intervento per fronteggiare le situazioni di pericolo causate dalla fauna agli agricoltori. Tali ultime considerazioni trovano conforto, come anticipato, nell'orientamento secondo cui le competenze faunistico-venatorie degli enti territoriali locali, come disegnate dalla legge quadro, non sono esclusivamente orientate alla tutela, ma anche al controllo degli animali selvatici, pertanto imponendo un esercizio attivo da parte dell'ente territoriale. Invero, l'ente competente, oltre ad esercitare la normale sorveglianza istituzionale sulla fauna selvatica, è tenuto ad intervenire per fronteggiare situazioni di pericolo cagionate dalla condotta delle popolazioni animali, se non in via preventiva generalizzata, quanto meno a fronte di specifiche e fondate segnalazioni di rischio. La qualificazione illecita della condotta omissiva della pubblica amministrazione passa, insomma, attraverso l'individuazione del fatto che avrebbe dovuto innescare una reazione attuale. L'obbligo violato suscettibile di radicare la responsabilità dell'ente *ex art.* 2043 c.c. non assume pertanto carattere universale e preventivo, ma si concretizza nell'emergenza di un problema sociale, di cui l'ente è tenuto positivamente ad occuparsi, e quindi a cui siano concretamente affidati tramite apposita delega, poteri di agire sul territorio per la gestione della fauna insediata, purché a questo sia stata garantita autonomia decisionale ed operativa tale per cui le azioni da intraprendersi riescano a svolgersi efficientemente (Trib. L'Aquila, 18 gennaio 2022, n.13).

dell'attività venatoria quale attività complementare alla tutela ambientale, evidenziandone il profilo relazionale, finalizzato anche alla conservazione dell'equilibrio ecologico⁴⁹.

6. La disciplina della fauna selvatica tra tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi. L'approdo della giurisprudenza della Corte costituzionale e la sua portata applicativa

In un contesto generale segnato dall'incremento dei danni in agricoltura e dall'accentuarsi delle criticità subite dal settore agricolo, va detto che a livello nazionale il quadro normativo è rimasto sostanzialmente invariato – salvo i correttivi che sono stati apportati alla legge quadro per volontà del legislatore europeo⁵⁰ – nonostante lo sforzo del legislatore regionale i cui interventi normativi per lo più volti a modificare la disciplina regionale sul prelievo venatorio per diminuire la pressione faunistica hanno subito il controllo di legittimità da parte della Corte costituzionale.

Quando il legislatore esplicitamente invita gli enti territoriali ad adottare *le misure necessarie per mantenere o adeguare la popolazione (...) tenendo conto delle esigenze economiche*, evidenzia una relazione di stretta interdipendenza tra la tutela ambientale e lo strumento venatorio per perseguire l'equilibrio delle specie attraverso il contenimento degli animali sul territorio in quanto necessario per concorrere alla tutela della biodiversità. Dunque, il prelievo venatorio, ove posto in essere nei limiti definiti dalla legge, rappresenta, nell'ottica del legislatore, lo strumento privilegiato per garantire l'equilibrio faunistico e la conservazione degli *habitat*⁵¹.

⁴⁹ Va, tuttavia, osservato che sul piano pratico tale equilibrio risulta assai difficile da raggiungere anche in ragione della destinazione differenziata del territorio agro-silvo-pastorale, a cui corrisponde anche un diverso regime normativo, e dei diversi enti territoriali coinvolti nella gestione. Se la *ratio legis* deve essere individuata nel conseguimento di una densità ottimale delle specie del patrimonio faunistico attraverso la riqualificazione delle risorse ambientali e nella regolamentazione del prelievo venatorio, va detto che – in concreto – si determina un sistema fortemente frammentato, a causa della distribuzione delle competenze su base territoriale, nonché della presenza di diversi istituti assai diversi tra loro. Invero, la pianificazione del territorio, da attuarsi su base regionale, determina una ripartizione in oasi di protezione, zone di ripopolamento e cattura, centri pubblici o privati di riproduzione della fauna selvatica allo stato naturale sulla base del quale viene predisposto la pianificazione faunistico-venatoria (art. 10. co. 7 e 8, l. 157/1992). Una ripartizione del territorio in zone destinate alla protezione delle specie e in altre alla cattura che rendono assai difficile avere una conoscenza costante delle specie necessarie per l'attività di pianificazione.

⁵⁰ Da ultimo, la modifica all'art. 19 l. 157/1992 da parte della l. 29 dicembre 2022, n. 197 (Legge di bilancio) che ha inserito la “tutela della biodiversità” e quella della “pubblica incolumità e della sicurezza stradale” tra le finalità che possono legittimare interventi regionali di “controllo” delle specie di fauna selvatica anche nelle zone vietate alla caccia, “*comprese le aree protette e le aree urbane*”.

⁵¹ Il ricorso al prelievo venatorio, disciplinato per garantire l'equilibrio delle specie attraverso il contenimento, è previsto dalla l. 157/92 che, una volta esperiti i “*metodi ecologici*”, autorizza al contenimento della popolazione faunistica. L'art. 19 *bis* – anch'esso parzialmente novellato dall'art. 27 della l. 97/2013 – rappresenta uno strumento per l'esercizio, da parte delle Regioni, del prelievo in deroga per l'avifauna previsto dall'art. 9 della dir. 2009/147/CE con cui il legislatore europeo legittima il prelievo venatorio di talune specie anche *per prevenire gravi danni alle colture, al bestiame, ai boschi, alla pesca e alle acque* (art. 9, par. 1, lett. a, dir. 2009/147/CE). Le deroghe disposte con atto amministrativo da parte delle Regioni possono essere attuate *solo in assenza di altre soluzioni soddisfacenti*, e previo parere dell'ISPRA. Va tuttavia osservato che, nella pratica, il ricorso allo strumento del prelievo in deroga da parte delle regioni ha trovato una difficile applicazione a fronte di una consolidata giurisprudenza della Corte costituzionale, secondo cui spetta allo Stato,

Un fine che si misura con la potestà legislativa e, quindi, la facoltà di prevedere interventi normativi idonei a contenere le specie. In tal modo, già all'indomani della riforma del Titolo V della Costituzione, la Consulta ha rilevato in più occasioni il conflitto di competenze ai sensi dell'art. 117 Cost. Invero, la giurisprudenza della Corte da tempo è costante nell'affermare che le Regioni (e le Province autonome) hanno la facoltà *di adottare norme di tutela ambientale più elevata nell'esercizio di competenze, previste dalla Costituzione, che concorrano con quella dell'ambiente*⁵². Il controllo della fauna selvatica è demandato alle Regioni, ai sensi dell'art. 19 della l. 157/1992⁵³, e deve essere espletato mediante il ricorso a metodi ecologici e, solo allorché l'Istituto superiore per la protezione e la ricerca ambientale (ISPRA) abbia verificato l'inefficacia di tali metodi ecologici soddisfacenti⁵⁴, le Regioni possono autorizzare piani di abbattimento straordinari per la gestione e il contenimento della fauna selvatica di durata quinquennale⁵⁵. I suddetti piani, ai sensi del comma 2 dell'art. 19 della l. 157/1992, vengono attuati dalle amministrazioni tramite le guardie provinciali che possono avvalersi dei proprietari e dei conduttori dei fondi interessati, oltre che delle guardie forestali e comunali, sempre che siano tutti muniti di licenza per l'esercizio venatorio.

La riconduzione dell'art. 19 della l. 157/1992 alle prescrizioni in materia di tutela ambientale – o più precisamente della tutela della biodiversità⁵⁶ – è stata affermata dalla Consulta in considerazione del fatto che l'abbattimento di fauna nociva non avviene a fini venatori, ma per tutelare l'ecosistema, tanto che lo strumento è preso in considerazione quale *extrema ratio*, quando i metodi ecologici sono risultati inefficaci⁵⁷. Invero, la norma deriva da un'attenta ponderazione del legislatore statale tesa ad evitare che la tutela degli interessi (sanitari, di protezione delle produzioni zootecniche, agricole, eccetera) perseguiti con i piani di abbattimento trasmodi nella compromissione della sopravvivenza di alcune specie

nell'esercizio della potestà esclusiva in materia di tutela dell'ambiente e dell'ecosistema *ex art. 117, 2 co., lett. s), Cost., stabilire standard minimi e uniformi di tutela della fauna, ponendo regole che possono essere modificate dalle Regioni, nell'esercizio della loro potestà legislativa in materia di caccia, esclusivamente nella direzione dell'innalzamento del livello di tutela. Ex plurimis*, Corte cost. 12 dicembre 2012 n. 278; Corte cost. 26 aprile 2012 n. 106; Corte cost. 10 maggio 2012 n. 116; e da ultimo, Corte cost. 12 dicembre 2013 n. 303.

⁵² Cfr. Corte cost. 30 marzo 2018 n. 66; Corte cost. 16 luglio 2014 n. 199.

⁵³ Diverse sono invece le funzioni assegnate, ai sensi dell'art. 8 al Comitato Tecnico Faunistico-Venatorio Nazionale, ricostituito con d.m. MASAF n. 0263986 del 22 maggio 2023 ai sensi dell'articolo 1, co. 453, della l. 29 dicembre 2022 n. 197, recante "Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2023 e bilancio pluriennale per il triennio 2023-2025".

⁵⁴ Cfr. art. 19 *bis* 2 l. 157/1992.

⁵⁵ Cfr. art. 19 *ter* 3 l. 157/1992, comunque nel rispetto di quanto previsto dalla disciplina di recepimento della dir. 92/43/CEE, relativa alla conservazione degli *habitat* naturali e seminaturali e della flora e della fauna selvatiche e della dir. 2009/147/CE, come previsto dall'art. 19 *ter*, co. 5 *bis*, aggiunto dall'art. 13, co. 1, del d.l. 16 settembre 2024, n. 131, convertito con modificazioni dalla l. 14 novembre 2024, n. 166.

⁵⁶ Cfr. art. 1, co. 447, l. 29 dicembre 2022, n. 197, che ha modificato l'art. 19 della l. 157/1992 introducendo il riferimento alla tutela della biodiversità.

⁵⁷ Cfr. Corte cost. 13 marzo 2019 n. 44; Corte cost. 20 ottobre n. 217.

faunistiche ancorché nocive⁵⁸, ed è per questo che l'elenco dell'art. 19 della l. 157/1992 è stato, in precedenza, considerato tassativo e non integrabile da parte delle Regioni⁵⁹.

Un orientamento quello ora richiamato che riconduce alla posizione della giurisprudenza costituzionale cristallizzato da tempo attraverso le diverse pronunce della Consulta che si basa sulla considerazione che la tutela dell'ambiente oggetto di detto parametro costituzionale non costituisce una materia in senso tecnico, *dal momento che non sembra configurabile come sfera di competenza statale rigorosamente circoscritta e delimitata, giacché, al contrario, essa investe e si intreccia inestricabilmente con altri interessi e competenze*⁶⁰. L'ambiente, dunque, è un valore *costituzionalmente protetto, che, in quanto tale, delinea una sorta di materia "trasversale", in ordine alla quale si manifestano competenze diverse, che ben possono essere regionali, spettando allo Stato le determinazioni che rispondono ad esigenze meritevoli di disciplina uniforme sull'intero territorio nazionale*⁶¹. In questo modo, è possibile che *la disciplina statale nella materia della tutela dell'ambiente venga a funzionare come un limite alla disciplina che le Regioni e le Province autonome dettano in altre materie di loro competenza, salva la facoltà di queste ultime di adottare norme di tutela ambientale più elevata nell'esercizio di competenze, previste dalla Costituzione, che concorrano con quella dell'ambiente*⁶². Pertanto, la disciplina statale costituisce un limite per le Regioni e le Province autonome nell'esercizio delle proprie competenze che concorrono con quella dell'ambiente, salva la facoltà di dettare prescrizioni che elevino il livello di tutela ambientale previsto dal legislatore statale⁶³. D'altra parte, la stessa Consulta aveva ritenuto in precedenza non essere possibile una applicazione automatica del criterio della derogabilità *in melius* da parte del legislatore regionale rispetto agli *standard* minimi di tutela stabiliti dalla legge statale, spostando invece l'attenzione sul concetto di punto di equilibrio⁶⁴.

In tal senso, la potestà esclusiva statale in materia di tutela dell'ambiente può incontrare altri interessi e competenze, con la conseguenza che — ferma restando la riserva dello Stato del potere di fissare livelli di tutela uniforme sull'intero territorio nazionale — le Regioni possono esercitare competenze legislative proprie per la cura di interessi funzionalmente collegati con quelli propriamente ambientali, quale è il prelievo venatorio⁶⁵, purché l'incidenza nella materia di esclusiva statale sia solo in termini di maggiore e

⁵⁸ Cfr. Corte cost. 21 ottobre 2005 n. 392.

⁵⁹ Cfr. Corte cost. 3 giugno 2021 n.116; Corte cost. 29 novembre 2018 n. 217; Corte cost. 14 giugno 2017 n. 139; Corte cost. 18 aprile 2014 n. 107.

⁶⁰ Cfr. Corte cost. 26 luglio 2002 n. 407.

⁶¹ Cfr. Corte cost. 6 luglio 2012 n. 171; nello stesso senso, Corte cost., 16 settembre 2016 n. 210.

⁶² Cfr. Corte cost., 16 luglio 2014 n. 199; in senso conforme, Corte cost., 24 ottobre 2013, n. 246; Corte cost. 20 giugno 2013, n. 145; Corte cost. 26 febbraio 2010 n. 67; Corte cost., 18 aprile 2008 n. 104; Corte cost., 14 novembre 2007 n. 378.

⁶³ Cfr., ancora, Corte cost. 30 marzo 2018 n. 66; Corte cost. 16 luglio 2014 n. 199; Corte cost., 24 ottobre 2013, n. 246; Corte cost. 20 giugno 2013, n. 145.

⁶⁴ Cfr. Corte cost. 7 ottobre 2003, n. 307; Corte cost. 7 novembre 2003, n. 331.

⁶⁵ Cfr. Corte cost. 17 febbraio 2021, n. 21. Nel caso di specie la norma censurata, integrando l'elenco di cui all'art. 19, comma 2, della l. 157/1992, incrementa lo *standard* di tutela ambientale fissato dalla disposizione statale.

più rigorosa tutela⁶⁶. Cionondimeno, non è del tutto chiaro cosa debba intendersi per intervento migliorativo rispetto agli *standards* minimi in quanto, all'atto pratico, si tratta di contemperare la tutela degli animali con la tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi⁶⁷. Un limite che la giurisprudenza costituzionale ha posto per l'esercizio della potestà legislativa regionale, che tuttavia richiede una valutazione di opportunità sulla base di un principio di ragionevolezza e che tenga conto della circostanza specifica e della specie selvatica, e quindi delle tutele ad essa riconosciute, oltre alle misure dell'intervento.

Allo stesso modo, con specifico riferimento alle aree protette e ai parchi naturali, il modello di tutela è contenuto nella l. 394/1991, che detta i principi fondamentali della materia, ai quali la legislazione regionale è chiamata ad adeguarsi, assumendo dunque anche i connotati di normativa interposta⁶⁸; tale modello è imperniato sull'esistenza di un ente gestore dell'area protetta, sulla predisposizione di strumenti programmatici e gestionali e sulla funzione di controllo del loro rispetto, attribuita all'ente gestore, e tali prescrizioni integrano lo standard minimo uniforme di tutela nazionale⁶⁹. In particolare, la legge quadro sulle aree protette ha previsto che la gestione dei parchi nazionali sia affidata ad un soggetto dotato di personalità giuridica di diritto pubblico, l'ente parco, e che le finalità istitutive siano realizzate attraverso appositi strumenti di gestione: il regolamento che disciplina le attività consentite nel territorio del parco (art. 11); il piano per il parco, che ha il compito di organizzare il territorio in aree e parti caratterizzate da differenti forme di uso, godimento e tutela (art. 12); il piano pluriennale economico-sociale per la promozione delle attività compatibili, che è volto a favorire lo sviluppo delle collettività residenti nel parco o nei territori adiacenti (art. 14). La *ratio* ispiratrice di tale disciplina non è solo quella di garantire la conservazione dell'ambiente, ma anche la sua valorizzazione, assicurando, in una prospettiva dinamica, la sua integrazione con le attività antropiche. A tal fine sono previsti gli specifici strumenti pianificatori per la regolazione delle svariate attività antropiche consentite all'interno dei parchi e delle aree protette, per la promozione di iniziative di sviluppo economico-sociale⁷⁰.

7. Considerazioni conclusive

Le considerazioni che precedono hanno prospettato la questione della fauna selvatica, e quindi dei conflitti che si generano attorno ad essa in considerazione degli interessi meritevoli di tutela, nel contesto

⁶⁶ Cfr. Corte cost. 5 maggio 2021, n. 86; Corte Cost. 14 ottobre 2020, n. 214;

⁶⁷ Sul punto, M. OLIVI, *La fauna selvatica e la disciplina della caccia nel sistema regionale*, *op. cit.*, pp. 62-63.

⁶⁸ Cfr. Corte cost., 26 gennaio 2012 n. 14; Corte cost., 18 marzo 2005 n. 108; Corte cost., 14 luglio 2000 n. 282; Corte cost., 18 luglio 2014 n. 212.

⁶⁹ Cfr. Corte cost., 13 giugno 2018 n. 121.

⁷⁰ Cfr. Corte cost., 20 luglio 2021 n. 158.

della revisione dell'art. 9 Cost. mettendo in luce i limiti della riforma costituzionale e ancor più le contraddizioni che il riferimento alla “*tutela degli animali*” può dare luogo.

A ben vedere, come è stato puntualmente osservato da un autorevole studioso, il dato normativo oggi vigente va letto come un'apertura allo sviluppo di concetti che le scienze hanno elaborato ed al necessario rapporto che il legislatore e l'amministrazione dovranno stabilire con le conoscenze scientifiche e tecniche alla base di ogni scelta politica e operativa da adottare⁷¹. Da qui la considerazione, già espressa in precedenza, che la tutela dell'ambiente e la tutela degli animali non sono posti sullo stesso piano dalla revisione costituzionale, ciò in quanto il riferimento alla tutela degli animali si risolve più semplicemente sul piano delle modalità della disciplina piuttosto che dei suoi contenuti; mentre la tutela dell'ambiente assurge a principio fondamentale rinforzato dall'esplicito richiamo della *biodiversità* e degli *ecosistemi*.

Non si addivene in alcun modo ad una “tutela degli animali”, piuttosto individuerei degli spazi in funzione delle loro condizioni di vita allorché le specie possano essere messe in pericolo dall'uomo. Una tutela che riguarda indistintamente tutti gli animali, sebbene all'atto pratico ciò implica al legislatore ordinario di adottare provvedimenti a favore di singole specie ritenute bisognose di tutela, con riguardo anche ad impegni internazionali che lo Stato è chiamato ad assumersi per il perseguimento di livelli di tutela più efficace. È una prospettiva che sembra delineare una tutela delle specie animali in funzione dell'interesse dell'uomo e del suo potere sull'animale

Ove si consideri il riferimento alla fauna selvatica, la questione acquisisce una maggiore complessità: a mio avviso la revisione dell'art. 9 Cost., con riferimento alla “*tutela degli animali*”, non sembra poter avere un impatto così rilevante, posto che l'intera disciplina della fauna risponde ad una finalità di tutela propriamente riconducibile alla tutela della biodiversità, e in tale contesto disciplinare rinvia il suo apparato disciplinare e le sue regole, le cui fonti sono principalmente a livello sovranazionale. Non a caso tutta la disciplina che interviene in materia di fauna selvatica conserva una matrice pubblicistica finalizzata alla protezione della componente ambientale che, nel contesto delle finalità della tutela della biodiversità, presenta un livello assai maggiore ricercando un giusto equilibrio tra gli interessi attraverso la sua gestione. In questa prospettiva, l'approccio conservativo e protezionistico che si ricava da tali disposizioni delinea un insieme di regole in cui concorrono gli strumenti di contenimento delle specie e, quindi, anche il prelievo venatorio per il perseguimento della tutela della biodiversità. Ciò in quanto la tutela delle specie si persegue anche garantendo un loro equilibrio sul territorio. Questo non rappresenta uno strumento confliggente con l'interesse della conservazione delle specie e, più in generale della biodiversità, piuttosto ne è uno strumento (debitamente regolamentato) necessario per garantire un equilibrio delle specie sul

⁷¹ Così S. GRASSI, *La cultura dell'ambiente nell'evoluzione costituzionale*, op. cit., pp. 222-223.

territorio. In questo senso, non pare opportuno interpretare l'enunciato dell'art. 9 Cost. come un nuovo limite invalicabile all'esercizio venatorio, in quanto, così facendo, si rischierebbe di falsare il fine voluto dal legislatore riformista; la tutela della fauna selvatica è retta dalle fonti internazionali ed europee e attuata a livello interno attraverso la norma speciale che indica le regole di tutela e, al suo interno, anche le modalità di attuazione del prelievo venatorio, in quanto espressione della medesima politica ambientale, definendo i limiti e le regole dell'attività nel rispetto della tutela delle specie selvatiche.

Nel difficile equilibrio tra tutela della fauna selvatica e prelievo venatorio, l'art. 9 Cost. acquisisce uno spazio a mio avviso marginale, posto che le regole di tutela delle specie selvatiche sono ben cristallizzate nelle diverse fonti che disegnano le c.d. "tutele differenziate". L'interpretazione autentica della norma può, a ben vedere, condurre a rimarcare il prelievo venatorio per perseguire la tutela della fauna selvatica. Un difficile equilibrio che si concretizza su due principali fronti che restano ancora oggi aperti ed irrisolti: quello del conflitto delle competenze tra Stato e Regioni, e quello dei danni causati dalla fauna selvatica alla sicurezza dell'uomo e in agricoltura.

In concreto, da un lato, i limiti dell'attività legislativa regionale in materia di prelievo venatorio segnato dalla potestà legislativa dello Stato attraverso la definizione degli *standard* minimi ed uniformi della tutela a livello dell'intero territorio nazionale, e dalla previsione di un ordine di intervento delle Regioni in senso unicamente migliorativo rispetto al limite posto dallo Stato. Se la regola pare semplice nella sua definizione, la giurisprudenza costituzionale ha messo in evidenza la ricaduta pratica e sostanzialmente i limiti di una discrezionalità del legislatore regionale nell'individuazione di cosa debba intendersi per intervento migliorativo attraverso una posizione granitica confermata nel tempo che ha lasciato un minimo margine di manovra alle Regioni.

Dall'altro lato, resta aperto l'annoso tema dei danni causati dalla fauna selvatica alla sicurezza dell'uomo e, in misura assai maggiore, alle colture agricole. Al riguardo, non può non osservarsi con interesse il monito che si percepisce dalla giurisprudenza di merito più recente che, nel giudicare la responsabilità dell'ente pubblico rispetto al pregiudizio patito dall'agricoltore a causa della fauna selvatica, sposta il baricentro dal ristoro del danno verso le attività di prevenzione, che discendono dagli obblighi correlati al bene in custodia (art. 2051 c.c.), attuate al fine di scongiurare i danni. In questa prospettiva, tra le attività a matrice preventiva, oltre ai censimenti e alla pianificazione, viene richiamata (non a caso) l'attività venatoria in quanto maggiormente efficace per ristabilire l'equilibrio delle specie sul territorio. Da quanto osservato consegue una visione precisa da parte del nostro ordinamento di una tutela della biodiversità che si persegue attraverso la salvaguardia della densità ottimale della fauna selvatica sul territorio per prevenire effetti negativi alle altre specie, che potrebbero subire gli effetti di una crescita smisurata, ed ugualmente dell'attività dell'imprenditore agricolo che opera sul territorio.



In definitiva, si crede che le disposizioni introdotte dall'art. 9 Cost. non si propongono di prevedere un livello maggiormente elevato di tutela della fauna selvatica rispetto a quella attualmente prevista dal complesso quadro normativo richiamato, ma possano rappresentare la base per l'attuazione di politiche ambientali europee e nazionali che possono interessare la fauna selvatica per perseguire nuove sfide e nuovi obiettivi. Un fine da attuarsi anche definendo procedimenti più adeguati ad acquisire la consapevolezza nel decidere e nel soppesare gli interessi che si frappongono. In questa prospettiva la fauna selvatica, per superare le criticità sopra richiamate, richiede, in una prospettiva *de jure condendo*, una riflessione più profonda e decisa per ridisegnare la struttura della l. 157/1992 in una dimensione più coerente con l'attuale contesto economico e sociale, tenendo in dovuto conto il fine della tutela delle specie selvatiche, da perseguire anche attraverso il prelievo venatorio, nell'interesse delle generazioni presenti e future.

Il recesso dai trattati nella prassi degli Stati africani. Una reazione a persistenti forme di “imperialismo giuridico”?

di Luigi Zuccari

Assegnista di ricerca in Diritto internazionale

Sapienza Università di Roma – Fondazione Arangio-Ruiz per il diritto internazionale

Abstract [It]: Questo articolo analizza la recente prassi africana in materia di recesso dai trattati internazionali ponendosi due obiettivi specifici: 1) evidenziarne gli aspetti distintivi e giuridicamente più interessanti, che si pongono in controtendenza rispetto al diritto e alla prassi internazionale di riferimento; 2) verificare se, e in che misura, queste tendenze continentali possano dar luogo a nuove norme di diritto internazionale consuetudinario a carattere continentale o regionale. Analizzando specificamente questi aspetti, la recente prassi africana in materia di recesso sembra configurarsi come una spontanea reazione alle perduranti forme di imperialismo giuridico, attraverso la quale gli Stati del Continente recidono i vincoli coloniali e promuovono, altresì, il consolidamento di nuove norme di diritto internazionale generale a carattere regionale che sfidano i limiti posti dal diritto internazionale dei trattati.

Title: The withdrawal from treaties in the practice of African States. A reaction to persistent forms of ‘legal imperialism’?

Abstract [En]: This article examines the recent African practice on withdrawal from international treaties with two specific objectives: 1) to highlight its most interesting aspects, especially those which move in contrast to the relevant international law and practice; 2) to verify whether, and to what extent, these African trends may give rise to new norms of customary international law applicable in Africa. In examining these aspects, the recent African practice on withdrawal takes the form of a reaction to the enduring forms of legal imperialism, through which the States of the Continent also promote the consolidation of new norms of general international law that challenge the limits provided for in the international law of treaties.

Parole chiave: recesso, denuncia, prassi africana; diritto internazionale dei trattati, Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati

Keywords: withdrawal, denunciation, African practice, international law of treaties, Vienna Convention on the law of Treaties

Sommario: 1. Introduzione. 2. L’istituto del recesso nel diritto internazionale. 2.1. Definizione di recesso e questioni terminologiche. 2.2. L’evoluzione dell’istituto del recesso nelle relazioni internazionali: una ricostruzione storico-giuridica. 2.3. Il regime giuridico che regola il recesso dai trattati internazionali. 2.3.a). Il recesso dai trattati che prevedono clausole *ad hoc*. 2.3.b). Il recesso dai trattati privi di clausole *ad recedendum*. 3. Nuove tendenze normative in materia di recesso nel diritto convenzionale africano e negli ordinamenti interni degli Stati del continente. 3.1. La regolazione dell’istituto del recesso in Africa e le conferme della prassi internazionale. 3.2. Nuove prassi normative nella disciplina continentale del recesso. 4. Il ricorso all’istituto del recesso nella recente prassi dei Paesi africani. 4.1. L’esercizio del recesso nel Continente africano: uno sguardo d’insieme. 4.2. Il recesso come reazione a perduranti forme di “imperialismo giuridico”? 4.3. L’obbligo di motivazione e il “recesso collettivo” quali elementi distintivi della recente prassi africana in tema di recesso. 5. Conclusioni.

* Articolo sottoposto a referaggio.

1. Introduzione

Questo contributo sulla prassi africana in materia di recesso dai trattati interazionali nasce dall'esigenza di approfondire un ambito del diritto e della prassi internazionale che, nonostante presenti molteplici profili di interesse giuridico, resta largamente inesplorato dalla dottrina internazionalista.

Si nota, infatti, come gli studi in materia di recesso, anche i più recenti¹, pur facendo riferimento ad una prassi internazionale ampia ed eterogenea, non riservano la giusta attenzione alle tendenze giuridiche che si affermano nel Continente africano, dove il recesso viene esercitato, non raramente, secondo modalità e procedure che si distinguono dalla prassi internazionale prevalente. Nell'ultimo decennio, peraltro, si nota un crescente ricorso degli Stati africani all'istituto del recesso che ha subito una repentina accelerazione negli ultimi due anni, quando diversi Paesi dell'Africa occidentale hanno denunciato, in modo coordinato, diversi trattati istitutivi di organizzazioni internazionali, nonché molteplici accordi bilaterali di cooperazione militare, fiscale ed economica.

Nel tentativo di esaminare sistematicamente questa recente prassi continentale, piuttosto ricca, il presente contributo si pone due obiettivi specifici: da un lato, evidenziare gli aspetti distintivi e giuridicamente più interessanti della prassi africana, che si pongono in controtendenza rispetto al diritto e alla prassi internazionale di riferimento; dall'altro, verificare se, e in che misura, queste tendenze continentali possano dar luogo a nuove norme di diritto internazionale consuetudinario applicabili a livello continentale o regionale.

Al fine di perseguire questi obiettivi, l'analisi non può che muovere da una breve ma necessaria panoramica del diritto e della prassi internazionale in tema di recesso. In una prospettiva comparatistica, infatti, la disciplina internazionale costituisce il termine di confronto rispetto al quale dovrà essere verificata la conformità delle tendenze emergenti nel Continente africano.

Nei paragrafi successivi, invece, l'indagine si concentrerà, specificamente, sulla disciplina giuridica e sull'applicazione pratica del recesso in Africa. Con riferimento alla disciplina giuridica, verranno analizzate sia le clausole *ad recedendum* contenute negli 'accordi africani'², sia le disposizioni costituzionali degli ordinamenti interni degli Stati, nel tentativo di ricostruire l'*idem sentire* del Continente in materia di recesso. Per quanto riguarda l'applicazione pratica dell'istituto, invece, esamineremo i principali casi di denuncia³

¹ In tal senso, v. A. SCHMIDT, *Treaty withdrawal and the development of international Law*, in *The Review of International Organizations*, 2024, vol. 19, p. 785–808; I. VON BORZYSKOWSKI, F. VABULAS, *When Do Withdrawal Threats Achieve Reform in International Organizations?*, in *Global Perspectives*, n. 4, 2023, p. 1; A. MORELLI, *Withdrawal from Multilateral Treaties*, Leiden, 2022; C. DE LA VEGA, A. CAMPBELL LEE, *Provisions for Withdrawing from International Human Rights Treaties*, in *Journal of International & Comparative Law*, n. 28, 2022, p. 315.

² Nel corso di questo contributo, con la locuzione 'accordi africani' si farà riferimento ai trattati conclusi esclusivamente tra Stati africani.

³ I termini 'denuncia' e 'recesso', nel prosieguo dell'analisi, verranno utilizzati indistintamente. Su questi aspetti, v. *infra*, par. 2.1.

dei trattati internazionali da parte degli Stati africani, mettendo in evidenza come le modalità e le procedure applicate nel Continente non sempre siano inquadrabili nel diritto o nella prassi internazionale. Nelle conclusioni, si tenterà di organizzare in modo sistematico i risultati raggiunti, al fine di verificare se gli elementi distintivi e le nuove tendenze che si stanno affermando nel Continente africano abbiano dato origine a norme consuetudinarie di carattere continentale o regionale, che potrebbero (il condizionale è d'obbligo) trovare applicazione in deroga al diritto internazionale generale come codificato nella Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati.

2. L'istituto del recesso nel diritto internazionale

2.1. Definizione di recesso e questioni terminologiche

Nel diritto internazionale il recesso costituisce un atto unilaterale posto in essere da uno Stato parte di un trattato che comporta l'estinzione di detto trattato per la parte recedente⁴. Simile al 'recesso' è il concetto di 'denuncia', sebbene alcuni autori preferiscano mantenere ben distinte le due fattispecie. In particolare, essi ritengono che il termine 'recesso' debba utilizzarsi con riferimento ai trattati multilaterali, dove la manifestazione della volontà dello Stato di rescindere gli obblighi convenzionali non comporta necessariamente l'estinzione del trattato per le altre parti contraenti⁵. Il termine 'denuncia', invece, sembrerebbe più consono per i trattati bilaterali, dove la volontà dello Stato denunciante determina sempre l'estinzione completa del trattato⁶.

Questa distinzione teorica, però, non trova conferme nella prassi dove i termini 'recesso' e 'denuncia' vengono spesso utilizzati in modo interscambiabile⁷. Del resto, anche nella Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati del 1969 i due concetti vengono riferiti indistintamente ai trattati multilaterali. In questo senso, rileva l'art. 70, par. 2, della Convenzione dove si stabilisce che: "If a State denounces or withdraws

⁴ A. AUST, *Treaties, Termination*, in *Max Plank Encyclopedias of Public International Law*, 2006; U. VILLANI, *Recesso (Diritto internazionale)*, in *Enciclopedia del Diritto*, 1988, p. 45; H. W. BRIGGS, *Unilateral Denunciation of Treaties: The Vienna Convention and the International Court of Justice*, in *American Journal of International Law*, 1974, p. 51.

⁵ Laddove il trattato multilaterale preveda un numero minimo di Stati partecipanti per la sua vigenza, però, la dichiarazione di recesso che comporti il venir meno di tale numero determina l'estinzione dell'accordo per tutte le parti contraenti. In questo senso, v. Convenzione sui diritti politici delle donne, adottata il 20 dicembre 1952, art. 8, par. 2.

⁶ Per approfondire le differenze tra "recesso" e "denuncia", v. F. CAPOTORTI, *L'estinction et la suspension des traités*, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1971, p. 417. Più recentemente, v. L. R. HELFER, *Terminating Treaties* in *Duncan B Hollis (ed), The Oxford Guide to Treaties* (2nd edn, Oxford University Press 2020) <https://academic.oup.com/book/56036/chapter/475068307> (ultimo accesso 28 dicembre 2024).

⁷ In proposito, si potrebbe menzionare un lungo elenco di trattati internazionali che fanno esplicito riferimento al termine "denuncia" pur avendo carattere multilaterale; è questo il caso della Convenzione delle Nazioni Unite di contrasto alla corruzione, del Protocollo opzionale al Patto sui diritti civili e politici, della Carta dell'Organizzazione degli Stati americani e della Convenzione ONU di contrasto al crimine organizzato, soltanto per citarne alcuni.

from a multilateral treaty, paragraph 1 applies in the relations between that State and each of the other parties to the treaty from the date when such denunciation or withdrawal takes effect”⁸.

In ogni caso, che si utilizzi il termine ‘recesso’ o ‘denuncia’, ciò che rileva ai fini di questo contributo sono gli effetti “estintivi” di questi atti unilaterali, ragion per cui verranno utilizzati indistintamente.

2.2. L’evoluzione del fenomeno del recesso nelle relazioni internazionali: una ricostruzione storico-giuridica

Come altri istituti del diritto internazionale, anche quello del recesso è stato influenzato dai mutamenti sociologici e strutturali che hanno interessato la Comunità internazionale dalla fine del Secondo conflitto mondiale ad oggi. Nell’arco di questo periodo temporale, di circa 80 anni, si nota un’evoluzione dell’istituto che da fenomeno marginale, secondo alcuni autori ‘trascurabile’, è divenuto uno strumento giuridico di rilievo significativo della politica interna e internazionale degli Stati.

Al termine della Seconda guerra mondiale, infatti, nella Comunità internazionale prevaleva l’esigenza di garantire un’applicazione duratura, omogenea e universale del diritto, al fine di promuovere l’affermazione di un ‘nuovo ordine mondiale’ fondato sul mantenimento della pace e della sicurezza internazionale. In questo momento, “international treaties were meant to be perpetual tools, without withdrawal clauses, with which to secure a world order around core values”⁹. L’istituto del recesso, dunque, veniva percepito, essenzialmente, come uno strumento giuridico suscettibile di pregiudicare il raggiungimento degli obiettivi posti dal diritto internazionale emergente, di cui la Carta dell’ONU rappresentava la principale espressione.

Consegue, che nella Comunità internazionale post-bellica gli accordi internazionali spesso non contemplavano clausole di recesso¹⁰. Questo aspetto è stato evidenziato anche dalla migliore dottrina che in diverse occasioni ha messo in evidenza il carattere sporadico di tali disposizioni¹¹.

In questo periodo e fino ai primi anni ‘70, inoltre, il recesso viene esercitato soltanto se funzionale agli equilibri del ‘nuovo ordine internazionale’, vale a dire per porre fine a trattati obsoleti, superati dalle contingenze storiche o politiche. In tali circostanze, infatti, l’estinzione del trattato, non costituisce un atto di ‘*disengagement*’ *stricto sensu*, ma diviene funzionale alla promozione dei principi e dei valori comuni

⁸ Convenzione di Vienna sul diritto internazionale dei trattati conclusi tra Stati, art. 70, par. 2. [CVD’T].

⁹ A. MORELLI, *Withdrawal*, cit., p. 82.

¹⁰ A titolo di esempio, si può rammentare non soltanto la Carta dell’ONU, ma anche gli atti istitutivi dell’UNESCO, dell’OMS, diversi accordi di tutela dei diritti umani, tra cui i due Patti dell’ONU, la stessa Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati, le 4 Convenzioni di Ginevra sul diritto del mare del 1958 e molti altri.

¹¹ A. MCNAIR, *The Law of Treaties*, Oxford, 1961, p. 510. Nello stesso modo, v. R. B. BILDER, *Managing the Risks of International Agreement*, in *Michigan Law Review*, n. 4, 1982, p. 20. Più recentemente, v. A. MORELLI, *Withdrawal*, cit., p. 5.

che si sono affermati all'indomani del Secondo conflitto mondiale¹². Quasi del tutto assenti, invece, sono i casi in cui il recesso esprime una 'reazione oppositiva' a vincoli convenzionali ritenuti lesivi degli interessi nazionali. In queste rare circostanze, peraltro, il recesso non viene neppure considerato tale, come dimostrano i recessi dell'Indonesia dalle Nazioni Unite (1965) e quelli di diversi Paesi socialisti negli anni '50 sia dall'UNESCO, sia dall'OMS considerati dalle Organizzazioni interessate non come Stati recedenti ma piuttosto come 'membri inattivi'¹³.

Questo tentativo di contenere il ricorso al recesso - che trovava espressione anche in quella posizione dottrinale secondo cui l'istituto poteva essere esercitato esclusivamente in presenza di clausole *ad hoc*¹⁴ - se da un lato sembra giustificato dall'esigenza sociale di favorire l'affermazione di un sistema giuridico fondato sui valori della sicurezza e della cooperazione pacifica tra gli Stati, dall'altro entra chiaramente in contraddizione con la natura volontaristica dei trattati internazionali, di cui il recesso costituisce una importante manifestazione.

Tuttavia, intorno alla metà degli anni '70 - complice il processo di decolonizzazione e l'adozione della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969 che ha riordinato la materia - il recesso inizia ad essere utilizzato più frequentemente e viene a delinearci come uno strumento utile per affermare gli interessi nazionali riconducibili alla sovranità dello Stato, se necessario, anche in contrapposizione al sistema di governance internazionale. In questa prospettiva, assumono rilievo non soltanto i molteplici casi di recesso dei Paesi africani dai trattati dell'epoca coloniale¹⁵, ma anche quelli degli Stati Uniti (1983), Israele e Regno Unito (1984) dall'UNESCO, nonché i recessi degli Stati Uniti (1975), del Vietnam (1983) e della Polonia (1984) dall'OIL.

A partire dagli anni '70, dunque, l'istituto del recesso 'cambia veste', non è più necessariamente strumentale al consolidamento dell'ordine politico e giuridico sorto al termine del Secondo conflitto mondiale, ma recupera la sua tradizionale funzione '*disengagement*'. Da quel momento, gli Stati iniziano ad esercitare il recesso per le ragioni più disparate¹⁶, riappropriandosi di quello spazio di sovranità a cui

¹² In questa prospettiva, rilevano i recessi da alcuni accordi conclusi nell'ambito della Società delle Nazioni o dall'Agreement on most-favoured-nation treatment for areas of Western Germany under military occupation', reso desueto dalla fine dell'occupazione dei territori tedeschi da parte dei Paesi occidentali.

¹³ Su questi aspetti, *infra*, nota 46.

¹⁴ Così si esprimeva non soltanto l'art. 34 del Progetto di Convenzione elaborato nel 1935 dall'Università di Harvard, ai sensi del quale 'A treaty may be denounced by a party only when such denunciation is provided for in the treaty or consented to by all other parties', ma anche U. VILLANI, *Recesso*, *cit.*, p. 49, secondo cui 'in assenza di una siffatta disposizione, è da ritenere che la possibilità di recedere sia esclusa'.

¹⁵ Per un'analisi di questi aspetti, v. A. MORELLI, *Withdrawal*, *cit.*, p. 85. 102.

¹⁶ Con riferimento specifico alle motivazioni che giustificano i recessi dai trattati istitutivi di organizzazioni internazionali, v. S. GÄNZLE, J. UWE WUNDERLICH, T. C. HOFELICH, *Differentiated disintegration in the Economic Community of West African States, the Eurasian Economic Community and the European Union: a comparative regionalism approach*, in *Journal of European Integration*, 2024, p. 881 – 901.

avevano rinunciato nel periodo post-bellico. Oggi, infatti, gli Stati denunciano i trattati internazionali perché percepiti come un ostacolo alla realizzazione degli interessi nazionali¹⁷, oppure per contestare alcune politiche o misure adottate dall'organizzazione internazionale creata dall'accordo. Si pensi, in questa prospettiva, al ben noto caso Brexit, alla cui base si colloca una sostanziale rivendicazione di sovranità del Regno Unito¹⁸. Molto simili sono le ragioni che hanno determinato la denuncia della Carta dell'Organizzazione degli Stati americani da parte del Nicaragua che ha motivato il recesso sulla base delle “repeated actions of interference of the Organization of American States in the Internal Affairs of the State of Nicaragua”¹⁹.

Altre volte il recesso è stato esercitato nei confronti di accordi istitutivi di tribunali internazionali, come la Corte penale internazionale²⁰ e la Corte interamericana dei diritti dell'uomo. Con riferimento a questo secondo tribunale, assumono rilievo le argomentazioni presentate dal Venezuela nel 2012, secondo cui “both the Inter-American Commission on Human Rights and the Inter-American Court of Human Rights, [...] have become a political weapon aimed at undermining [...] the principle of respect for state sovereignty”²¹. Contestazioni ‘sovraniste’ sono contenute, altresì, in alcune comunicazioni di ritiro delle dichiarazioni di accettazione della giurisdizione sia della Corte internazionale di giustizia²², sia della Corte africana dei diritti dell'uomo e dei popoli²³. In questi casi, però, non si tratterebbe di recessi ‘*stricto sensu*’ in quanto gli effetti estintivi non investono i trattati istitutivi di tali tribunali nella loro interezza, ma soltanto le dichiarazioni unilaterali di accettazione della giurisdizione.

Il recesso, peraltro, può assumere una rilevanza giuridica anche quando non si perfeziona²⁴. Non raramente, infatti, gli Stati minacciano di denunciare un trattato internazionale per rafforzare la propria posizione nel meccanismo di cooperazione istituito dall'accordo o per stimolarne una revisione. In questo

¹⁷ In questo senso, possono rammentarsi le procedure di recesso avviate dal Presidente degli Stati Uniti, Donald Trump, tra il 2016 e il 2020, che hanno condotto l'amministrazione americana a recedere dall'Accordo di Parigi sul clima e dal Protocollo opzionale alla Convenzione di Vienna sulle relazioni diplomatiche; in modo simile, rileva il recesso della Corea del Nord dal Trattato di non proliferazione nucleare, notificato il 10 gennaio 2003, perché considerato d'intralcio allo sviluppo del programma nucleare di Pyongyang.

¹⁸ Nella notifica di recesso, il Primo Ministro britannico, Theresa May, ha sottolineato che ‘the referendum was a vote to restore, as we see it, our national self-determination’. Lettera del Primo ministro britannico, Theresa May al Presidente del Consiglio europeo Donald Tusk del 29 marzo 2017.

¹⁹ Ministerio de relaciones exteriores, Managua 18th november, 2021 (mre/dm/00284/11/21).

²⁰ In tal senso, v. South Africa, ‘Declaratory statement by the Republic of South Africa on the decision to withdraw from the Rome Statute of the International Criminal Court’, 25 ottobre 2016, Reference: C.N.862.2016.TREATIES-XVIII.10. Di questi aspetti si parlerà in seguito.

²¹ Minister of Popular Power for Foreign Affairs of the Bolivarian Republic of Venezuela, Caracas, September 6, 2012, disponibile sul sito dell'[Organizzazione degli Stati americani](#). (ultimo accesso il 24 febbraio 2025).

²² V. Statement by H.E. Hon. Uhuru Kenyatta on the International Court of Justice Judgement in Maritime Delimitation Case.

²³ Sebbene di questi aspetti si parlerà più diffusamente nel seguito di questo contributo, v. République du Bénin, Ministère de l'Affaires étrangères et de la coopération du Bénin, n. 216/MAEC/AM/SP-C, Cotonou, 24 marzo 2020.

²⁴ I. VON BORZYSKOWSKI, F. VABULAS, *When Do Withdrawal Threats Achieve Reform*, cit., p. 2.

senso, si può far riferimento alle reiterate minacce dell'Amministrazione statunitense di recedere dall'Alleanza atlantica, al fine di stimolare una più rigida attuazione degli obblighi di spesa militare da parte degli altri membri dell'Organizzazione²⁵. Nella stessa prospettiva, possiamo inquadrare il recesso, soltanto 'minacciato', del Sud Africa e del Gambia dallo Statuto della Corte penale internazionale, con l'obiettivo di rendere più 'imparziale' l'attività della Corte.

Attraverso questo frequente e variegato ricorso all'istituto del recesso, gli Stati, a partire dagli anni '70, non soltanto hanno affermato la loro sovranità o manifestato il loro dissenso verso forme di cooperazione internazionale non gradite, ma hanno anche riaffermato il carattere volontaristico dei trattati internazionali che implica, peraltro, la 'caducità' dell'accordo. Per sua natura, infatti, il trattato non è concluso *sub specie aeternitatis*, è un atto negoziale e in quanto tale soggetto, *in primis*, alla mutevole volontà delle Parti - che può essere espressa attraverso il recesso - *in secundis* a circostanze esogene che, al ricorrere di specifiche condizioni, possono determinarne l'estinzione. Del resto, questa condizione di 'provvisorietà' degli accordi internazionali trova espressione anche nella clausola consuetudinaria *rebus sic stantibus* che meglio di altre esprime il carattere per alcuni versi precario e mutevole del negozio giuridico. Questa prassi internazionale, che a partire dagli anni '70 ha consentito di riaffermare la natura consensuale e al contempo caduca dell'accordo internazionale, ha trovato fondamento giuridico nell'approccio volontaristico che ha ispirato la Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969²⁶ e che si rinviene, in particolare, nelle norme dedicate all'istituto del recesso, oggetto di analisi nel paragrafo successivo.

2.3. Il regime giuridico che regola il recesso dai trattati internazionali

2.3.a) Il recesso dai trattati che prevedono clausole *ad hoc*

Da una prospettiva giuridica, l'istituto del recesso è regolato, innanzitutto, dalle clausole *ad recedendum* previste nel trattato²⁷, che possono prevedere un semplice e generico 'diritto di recesso' oppure stabilire precisi limiti procedurali alla facoltà degli Stati di estinguere unilateralmente l'accordo.

Un diritto di recesso *sic et simpliciter* è contenuto, ad esempio, in alcuni accordi internazionali in materia di diritti umani negoziati nell'ambito delle Nazioni Unite. Qui, "A State Party may denounce this Convention by written notification to the Secretary-General of the United Nations. Denunciation shall

²⁵ "In 2014, NATO Heads of State and Government agreed to commit 2% of their national Gross Domestic Product (GDP) to defence spending, to help ensure the Alliance's continued military readiness. This decision was taken in response to Russia's illegal annexation of Crimea, and amid broader instability in the Middle East". Per ulteriori dettagli, consulta il sito della [NATO](https://www.nato.int) (ultimo accesso il 24 febbraio 2025).

²⁶ Tale approccio si rinviene, in particolare, nelle norme che regolano l'istituto delle riserve (artt. 19 – 22), l'applicazione di successivi trattati relativi alla stessa materia (art. 30) e gli effetti dei trattati nei confronti di terzi (artt. 34 – 38).

²⁷ CVDT, art. 42, par. 2.

take effect one year after the date of receipt of the notification by the Secretary General”²⁸. Queste disposizioni di recesso, previste in modo del tutto simile dai trattati istitutivi di alcune organizzazioni internazionali²⁹, stabiliscono esclusivamente l’obbligo di notifica scritta al depositario dell’accordo e differiscono di un anno dal momento della notifica gli effetti estintivi del recesso.

In altri casi, però, le clausole *ad recedendum* sono più articolate e prevedono limiti stringenti. In questo senso vanno rammentate quelle norme convenzionali che impediscono il recesso prima che sia trascorso un periodo minimo di vigenza dell’accordo. È questo il caso del Trattato istitutivo dell’Alleanza atlantica³⁰, di diverse convenzioni dell’ILO³¹, dell’Accordo di Parigi sul clima³² e della Convenzione di contrasto al genocidio³³.

Alcune clausole *ad recedendum*, invece, prevedono delle restrizioni ‘circostanziali’, che impediscono o consentono alla dichiarazione di recesso di produrre effetti giuridici esclusivamente al verificarsi di eventi specifici. Un esempio in questo senso potrebbe rinvenirsi nelle clausole contenute nelle quattro Convenzioni di Ginevra del 1949 che impediscono alla denuncia di produrre effetti giuridici se lo Stato denunciante è coinvolto in un conflitto armato³⁴.

Negli accordi di disarmo, le clausole di recesso spesso prevedono un obbligo di motivazione, sebbene una prescrizione simile sia anche prevista nell’art. 65 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati. In ogni caso, la dichiarazione di recesso dalla maggior parte dei trattati di disarmo “shall include a full explanation of the reasons motivating withdrawal”³⁵. L’obbligo di motivazione, peraltro, è contemplato anche da alcuni trattati di non proliferazione, dal Trattato sul commercio di armi delle Nazioni Unite e dalla Convenzione ONU sul diritto del mare, sebbene qui assuma toni meno perentori³⁶.

²⁸ Vedi, Convention on the Rights of Persons with Disabilities, 13 dicembre 2006; International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, 7 marzo 1966; Convention on the Rights of the Child, 20 November 1989.

²⁹ V. gli *Articles of Agreement of the International Monetary Fund*, che all’art. XXVI, par. 1, stabiliscono che “Any member may withdraw from the Fund at any time by transmitting a notice in writing to the Fund at its principal office. Withdrawal shall become effective on the date such notice is received”.

³⁰ The North Atlantic Treaty, 4 aprile 1949, art. 13.

³¹ Qui il periodo minimo di vigenza del trattato è fissato, generalmente, a dieci anni. V. Promotional Framework for Occupational Safety and Health Convention, 2006 (No. 187); Worst Forms of Child Labour Convention, 1999 (No. 182); Tripartite Consultation (International Labour Standards) Convention, 1976 (No. 144).

³² Paris Agreement, 12 dicembre 2015, art. 28.

³³ Convention on the Prevention and Punishment of Genocide, 9 dicembre 1948, art. XIV.

³⁴ V., Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field of 12 agosto 1949, art. 63.

³⁵ In questo senso, v. Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons Which May Be Deemed to Be Excessively Injurious or to Have Indiscriminate Effects As Amended on 21 December 2001, art. 9; Convention on the Prohibition of the Use, Stockpiling, Production and Transfer of Anti-Personnel Mines and on their Destruction, 18 September 1997, art. 20; Convention on Cluster Munitions, 30 May 2008, art. 20.

³⁶ United Nations Convention on the Law of Sea, 10 December 1982, art. 317. Qui, infatti, si specifica che “Failure to indicate reasons shall not affect the validity of the denunciation”.

Frequentemente, le clausole di recesso contenute nei trattati combinano due o più limitazioni tra quelle sopra illustrate, restringendo non poco la possibilità dello Stato di denunciare l'accordo. Ciononostante, un'analisi della prassi internazionale dimostra come gli Stati, nella maggioranza dei casi, si conformino alle disposizioni convenzionali, rispettando piuttosto diligentemente, sia i termini di preavviso, sia gli obblighi di natura procedurale³⁷. Medesime considerazioni valgono per gli obblighi di motivazione, laddove istituiti da specifiche clausole *ad recedendum*. Benché l'obbligo di motivare dovrebbe applicarsi, indistintamente, a tutte le dichiarazioni di recesso, in virtù dell'art. 65 della Convenzione di Vienna³⁸, gli Stati sembrano conformarsi a tale prescrizione soltanto se espressamente prevista dalle clausole *ad hoc* del trattato³⁹. L'obbligo di motivazione, ad esempio, ha trovato recente applicazione nella dichiarazione di recesso della Lituania dalla Convenzione contro le bombe a grappolo⁴⁰ e nel recesso della Russia del 9 giugno 2023 dal Trattato sulle forze armate convenzionali in Europa del 1990, motivato sulla base della collocazione, da parte della NATO, di armamenti convenzionali nel territorio di nuovi Stati membri (Finlandia) percepiti come una minaccia dal Cremlino⁴¹.

2.3.b) Il recesso dai trattati privi di clausole *ad recedendum*

Laddove il trattato non preveda norme specifiche in materia di recesso, ad applicarsi sarà la disciplina prevista dalla Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969 (ammesso che lo Stato recedente ne sia parte) oppure il diritto internazionale generale che, tuttavia, è stato in larga misura codificato nello strumento convenzionale.

A questo proposito, l'art. 56 della Convenzione di Vienna stabilisce che il recesso da un accordo internazionale che non prevede clausole *ad hoc* non è generalmente consentito, salvo che: 'it is established that the parties intended to admit the possibility of denunciation or withdrawal; or (b) a right of denunciation or withdrawal may be implied by the nature of the treaty'.

³⁷ Per un'ampia analisi della prassi internazionale in questo senso v. M. BUSCEMI, L. MAROTTI, *Obblighi procedurali e conseguenze del recesso dai trattati: quale rilevanza della Convenzione di Vienna nella prassi recente?*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2019, p. 939 – 976.

³⁸ La norma stabilisce che, "The notification shall indicate the measure proposed to be taken with respect to the treaty and the reasons therefor".

³⁹ In tal senso, v. il recesso degli Stati Uniti d'America dall'accordo bilaterale con la Russia sulle forze a medio raggio del 1987 motivato sulla base delle reiterate violazioni del Trattato da parte del Cremlino (per ulteriori dettagli, si rimanda a United States Initiates Withdrawal from Intermediate-Range Nuclear Forces Treaty, in *American Journal of International Law*, 2019, p. 631) e il recesso della Repubblica di Corea dal Trattato di non proliferazione nucleare, a causa delle politiche aggressive statunitensi nei confronti di Pyongyang (per ulteriori dettagli v. R. WINTERS, *Preventing Repeat Offenders: North Korea's Withdrawal and the Need for Revision to the Nuclear Non-Proliferation Treaty*, in *Vanderbilt Journal Transnational Law*, 2005, p. 1499.

⁴⁰ Lituania: notification of withdrawal, 6 September 2024, reference: c.n.347.2024.treaties-xxvi.6.

⁴¹ Per ulteriori dettagli v. https://treatydatabase.overheid.nl/en/Treaty/Details/004285_b#Russian%20Federation.

La prima delle due eccezioni consente agli Stati di denunciare un accordo privo di clausole *ad recedendum* laddove sia possibile ricostruire una volontà comune delle parti in tal senso. Può verificarsi, infatti, che gli Stati contraenti, pur concordando in linea generale sulla possibilità di denunciare il trattato, non abbiano previsto una clausola *ad hoc* in quanto non sono d'accordo sui termini specifici e le modalità di esercizio del recesso.

Con la seconda eccezione, invece, si stabilisce che il diritto di recesso, in assenza di norme espresse, potrà essere esercitato esclusivamente con riferimento ad alcune tipologie di trattati che, per loro natura, si presterebbero ad essere denunciati. Sebbene la Convenzione di Vienna non specifichi quali siano queste categorie di trattati, nel secondo rapporto dello Special Rapporteur, Humphrey Waldock si sostiene che possono essere oggetto di recesso i trattati in materia commerciale, culturale, scientifica, quelli che prevedono alleanze militari e quelli che sono istitutivi di meccanismi di arbitrato, di conciliazione o di organizzazioni internazionali⁴².

Laddove il trattato possa essere denunciato ai sensi dell'art. 56 della Convenzione, la notifica di recesso dovrà conformarsi ai termini di preavviso previsti dal paragrafo 2 della norma, secondo cui lo Stato che intende recedere dovrà comunicare la sua intenzione alle altre parti contraenti con un preavviso di almeno dodici mesi.

Oltre a questo obbligo di preavviso, il recesso dai trattati internazionali che non prevedono clausole *ad hoc* è altresì subordinato agli obblighi di natura procedurale previsti dall'art. 65 della Convenzione di Vienna. Qui si stabilisce, infatti, che la notifica di recesso deve essere formalizzata per iscritto e “shall indicate the measure proposed to be taken with respect to the treaty and the reasons therefor”.

Ciò posto, l'analisi della prassi internazionale dimostra come gli Stati, nel caso di trattati internazionali che non prevedono clausole *ad hoc*, si siano soltanto parzialmente conformati alla disciplina prevista dalla Convenzione. Si nota, infatti, che recedendo da un trattato privo di norme specifiche, gli Stati tendono a dare applicazione immediata alla notifica del recesso, non rispettando, dunque, il termine di preavviso di dodici mesi introdotto nella Convenzione di Vienna a titolo di sviluppo progressivo del diritto internazionale⁴³. Altrettanto evidente è il mancato rispetto degli obblighi di motivazione, previsti dall'art.

⁴² Humphrey Waldock, Second report on the law of treaties, Special Rapporteur, Document A/CN.4/156 and Add.1-3, Yearbook of the International Law Commission, 1963, vol. II, p. 64.

⁴³ In questo senso, v. i recessi: degli Stati Uniti dall'Optional Protocol to the Vienna Convention on Diplomatic Relations, Concerning the Compulsory Settlement of Disputes del 1961, notificato il 12 ottobre 2018 (Reference: C.N.487.2018.TREATIES-III.5); della Repubblica di Corea dal Patto sui diritti civili e politici, notificato il 25 agosto 1997 (Reference: C.N.467.1997.TREATIES) nonché quello dell'Indonesia dalle Nazioni Unite, Letter dated 20 January 1965 from the First Deputy Prime Minister and Minister for Foreign Affairs of Indonesia to the Secretary-General, S/6157.

65. Fatta eccezione per alcuni casi importanti⁴⁴, nella maggioranza delle notifiche di recesso da trattati privi di clausole *ad hoc*, gli Stati si limitano a comunicare l'intenzione di recedere dall'accordo senza dare alcuna giustificazione⁴⁵.

Sebbene la prassi dimostri come in assenza di una norma *ad recedendum* gli Stati godano di un diritto particolarmente ampio di recedere, ciò non vale per i trattati istitutivi di organizzazioni internazionali o quelli di tutela dei diritti umani, dove l'assenza di una clausola *ad hoc* è stata spesso interpretata con l'impossibilità di recedere⁴⁶.

Questa disciplina internazionale del recesso, che abbiamo rapidamente ricostruito, risulta fondamentale all'economia di questo contributo in quanto rappresenta il termine di comparazione rispetto al quale dovrà essere analizzata la prassi africana che sarà oggetto di approfondimento nei paragrafi successivi.

3. Nuove tendenze normative in materia di recesso nel diritto convenzionale africano e negli ordinamenti interni degli Stati del continente

Obiettivo fondamentale di questo paragrafo è quello di individuare (e ove possibile ricostruire) le principali prassi normative che si sono affermate nel Continente africano in tema di recesso.

A questo fine, appare utile avviare l'indagine dalle clausole *ad recedendum* contenute negli oltre 150 accordi conclusi nell'ambito delle principali organizzazioni africane, per poi esaminare anche le disposizioni costituzionali degli Stati del Continente che regolano specificamente l'istituto. L'analisi di questo ampio corpo di norme, infatti, ci consentirà di individuare quegli elementi giuridici ricorrenti indicativi, in qualche misura, della prassi normativa continentale e dell'*idem sentire* degli Stati africani in tema di recesso.

3.1. La regolazione dell'istituto del recesso in Africa e le conferme della prassi internazionale

Dall'analisi delle clausole di recesso contenute nei trattati stipulati tra Stati africani emerge come i limiti alla possibilità di recedere ivi previsti non siano dissimili, in linea generale, da quelli contemplati in altri accordi internazionali.

⁴⁴ Il riferimento specifico è al recesso dell'Indonesia dalle Nazioni Unite e della Corea del Nord dal Patto sui diritti civili e politici, entrambi ampiamente motivati.

⁴⁵ Vedi, a titolo di esempio, i recessi degli Stati Uniti dai protocolli opzionali alle Convenzioni di Vienna sulle relazioni diplomatiche e consolari, ma anche il recesso della Colombia dall'Optional Protocol of Signature concerning the Compulsory Settlement of Disputes, del 1958, notificato il 15 settembre 2017 (Reference: C.N.521.2017.TREATIES-XXI.5).

⁴⁶ In tal senso, v. il recesso dell'Indonesia dalle Nazioni Unite, che non è stato mai considerato dall'Organizzazione come un effettivo ritiro, al punto che la sua riammissione è avvenuta mediante una mera dichiarazione e non attraverso la procedura prevista dall'art. 4 della Carta. In aggiunta, si potrebbe far riferimento ai recessi, degli anni '50, dell'Ungheria, della Cecoslovacchia e della Polonia dall'UNESCO e a quelli del 1949 di altri Stati socialisti dall'OMS, considerati "membri inattivi". In questo senso, v. N. FEINBERG, *Unilateral Withdrawal from an International Organization*, in *British YearBook of International Law*, n. 63, 1963, p. 189.

Anche nelle clausole *ad recedendum* contenute nei ‘trattati africani’, infatti, ritroviamo il tradizionale obbligo di notifica scritta⁴⁷, nonché il consueto obbligo di dare un periodo di preavviso che può variare, in funzione dell’accordo di volta in volta considerato, dai 3⁴⁸ ai 24 mesi⁴⁹. In alcuni casi, le clausole di recesso sono più articolate e prevedono anche quelle limitazioni *ratione temporis* che vietano agli Stati parti di denunciare il trattato prima che sia trascorso un periodo minimo di vigenza. Ciò avviene, ad esempio, in molti trattati bilaterali di protezione degli investimenti⁵⁰ o in alcuni accordi adottati nell’ambito delle organizzazioni continentali e regionali africane⁵¹. Nella prassi del Continente non mancano neppure norme *ad recedendum* che obbligano gli Stati a motivare il recesso⁵² o che limitano la possibilità di recedere al verificarsi di eventi straordinari, come previsto dalla Convenzione ECOWAS sulle armi leggere e di piccolo calibro⁵³.

Ciononostante, le clausole di recesso previste nei trattati conclusi tra Stati africani, benché confermino in parte la prassi normativa internazionale, presentano anche alcune peculiarità difficilmente inquadrabili nella disciplina illustrata nei paragrafi precedenti.

3.2. Nuove prassi normative nella disciplina continentale del recesso

Esaminando sistematicamente i trattati conclusi nell’ambito delle principali organizzazioni continentali e regionali africane, non raramente si rinvencono clausole *ad recedendum* insolite, che disciplinano in maniera atipica l’istituto.

È questo il caso, ad esempio, dell’art. 15 del Protocollo SADC sull’estrazione mineraria, del 1997, dove si stabilisce che lo Stato che recede dell’Accordo potrà divenirne di nuovo parte soltanto previo consenso

⁴⁷ V. titolo di esempio, v. l’accordo bilaterale sulla cooperazione doganale tra Sud Africa e Malawi, adottato a Pretoria il 27 maggio 2021, nonché i trattati istitutivi dell’Unione africana, dell’ECOWAS e della Southern African Development Community.

⁴⁸ Un termine così breve è previsto nel Memorandum of Understanding tra la Comunità per lo sviluppo degli Stati dell’Africa meridionale e l’associazione delle camere di commercio dei Paesi dell’Africa meridionale, adottato a Windhoek, il 7 agosto 2000 e nel citato accordo bilaterale sulla cooperazione doganale tra Sud Africa e Malawi, adottato a Pretoria il 27 maggio 2021.

⁴⁹ Un periodo di preavviso pari a 24 mesi è previsto dall’art. 27, par. 2, dell’Agreement Establishing the African Continental Free Trade Area, adottato a Kigali il 21 marzo 2018.

⁵⁰ V., Agreement between the Republic of the Congo and the Republic of Angola on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, adottato a Luanda il 9 settembre 2010, art. 11; Agreement for the Promotion and Protection of Investments between the Arab Republic of Egypt and the Federal Democratic Republic of Ethiopia, art. 13, adottato a Il Cairo, il 27 luglio 2006; Agreement between the Government of the People’s Democratic Republic of Algeria and the Government of the Republic of Mali on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, adottato a Bamako, l’11 luglio 1996, art. 11.

⁵¹ In tal senso, v. African Convention on the Conservation of Nature and Natural Resources, adottata a Maputo l’11 luglio 2003, art. XI; ECOWAS Energy Protocol, adottato a Dakar il 31 gennaio 2003; SADC Agreement on the Establishment of the Zambezi Watercourse Commission, adottato a Kasane, il 13 luglio 2004.

⁵² African Union Convention for the Protection and Assistance of Internally Displaced Persons in Africa, Kampala, 23 ottobre 2009, art. XIX, par. 1. L’obbligo di motivazione è previsto anche dalla Carta Africana rivista sul trasporto marittimo, adottata a Kampala il 26 luglio 2010, art. 52.

⁵³ Cfr. Convenzione dell’ECOWAS on Small Arms and Light Weapons, Their Ammunition and Other Related Materials, adottata ad Abuja il 14 giugno 2006, art. 32, lett. C) e Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons, adottato il 1° luglio 1968, art. X, par. 1. Clausole del tutto simili sono previste anche in alcune Convenzioni dell’Unione africana. Vedi a titolo di esempio, The African Nuclear Weapon Free Zone Treaty, adottato l’11 aprile 1996, art. 20.

dei due terzi degli Stati firmatari⁵⁴. Altrettanto insolite sono quelle clausole *ad recedendum*, ricorrenti nei trattati conclusi in Africa meridionale ma rare nel panorama internazionale, che impediscono agli Stati parti di estinguere gli obblighi derivanti da alcune norme specifiche del trattato, generalmente quelle che impongono obblighi di riservatezza in campo militare ma non soltanto⁵⁵.

Tuttavia, queste come altre norme *ad recedendum* contenute nei trattati africani, pur presentando degli aspetti giuridicamente interessanti non hanno dato origine a prassi normative di rilievo, non avendo trovato un'adeguata diffusione.

Diverso, invece, è il caso di quelle norme che prevedono il diritto dello Stato recedente di revocare incondizionatamente il recesso prima che sia divenuto efficace. Norme di questo genere, infatti, si rinvencono frequentemente sia nei trattati bilaterali e multilaterali stipulati tra Paesi africani⁵⁶, sia negli accordi conclusi nell'ambito delle organizzazioni del Continente⁵⁷. Il diritto di revocare il recesso, peraltro, è contemplato espressamente anche in tutti i trattati istitutivi delle principali organizzazioni africane; lo ritroviamo nell'art. 31 dell'Atto istitutivo dell'Unione africana, nell'art. 91 del Trattato fondativo dell'ECOWAS, nell'art. 34, par. 2, del Trattato della Comunità per lo sviluppo dell'Africa meridionale, nell'art. 91 dell'Atto costitutivo della Comunità economica degli Stati dell'Africa centrale e nell'art. 145 del Trattato della Comunità dell'Africa orientale⁵⁸.

Queste clausole, sebbene rappresentino una peculiarità dei trattati africani, potrebbero apparire *prima facie* poco rilevanti, nella misura in cui si limitano a codificare un'espressione apparentemente incontestata e incontestabile della sovranità dello Stato. Si potrebbe rammentare, ad esempio, che il diritto di revocare il recesso è previsto anche dall'art. 68 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati secondo cui una

⁵⁴ La norma ricorda, *mutatis mutandis*, le disposizioni generalmente contenute nei trattati istitutivi di organizzazioni internazionali che subordinano l'ammissione di nuovi Stati all'approvazione dell'organizzazione stessa.

⁵⁵ Tali clausole si rinvencono, ad esempio, nell'art. 14 del Patto di mutua difesa adottato nel 2003 dalla SADC, nell'art. 19 dell'accordo SADC in materia di tassazione, del 2012 e nel Memorandum of Understanding on the Establishment of a Southern African Development Community Standby Brigades, del 2007.

⁵⁶ V., Agreement between the Federal Republic of Nigeria and the Republic of Niger Concerning the Equitable Sharing in the Development, Conservation and Use of Their Common Water Resources, done at Maiduguri, 18 July 1990; Agreement Concerning the River Niger Commission and the Navigation and Transport on the River Niger, done at Niamey, on 25 November 1964.

⁵⁷ V. a titolo di esempio, OAU Convention Governing Specific Aspects on Refugee Problems in Africa, done in Addis Ababa, 10 September 1969; AU Convention of the African Energy Commission, done at Lusaka, 11 July 2001; Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights Relating to the Specific Aspects of the Right to a Nationality and the Eradication of Statelessness in Africa, done in Addis Ababa, 18 February 2024; ECOWAS Protocol Relating to the Mechanism for Conflict Prevention, Management, Resolution, Peace-Keeping and Security, done at Lome, 10 December 1999; ECOWAS, Convention relating to the Inter-State Road Transit of Goods, done at Cotonou, 29 May 1982; ECOWAS Protocol on Education and Training, 1 January 2003.

⁵⁸ A titolo di esempio, v. Part. 91 del Trattato istitutivo dell'ECOWAS, secondo cui "Any Member State wishing to withdraw from the Community shall give to the Executive Secretary one year's notice in writing who shall inform Member States thereof. At the expiration of this period, *if such notice is not withdrawn*, such a State shall cease to be a member of the Community".

dichiarazione di recesso “may be revoked at any time before it takes effect”. Va evidenziato, tuttavia, che l’art. 68 della Convenzione non costituisce una norma di codificazione del diritto internazionale generale. È quanto sostiene non soltanto una parte della dottrina ma anche la Commissione del diritto internazionale che nel Commentario della Convenzione ha evidenziato come le norme a carattere procedurale previste negli artt. 65 – 68 siano state introdotte a titolo di sviluppo progressivo⁵⁹. Con riferimento specifico all’art. 68, peraltro, la Commissione ha precisato, esplicitamente, come “certain Governments had questioned the desirability of stating the rule in a form which admitted a complete liberty to revoke a notice of denunciation, termination, withdrawal or suspension prior to the moment of its taking effect”⁶⁰.

Quelle perplessità, che allora suggerivano di apporre dei limiti al diritto unilaterale di revocare il recesso, sussistono tutt’oggi, quantomeno con riferimento agli accordi istitutivi di organizzazioni internazionali. Nel caso Brexit, infatti, oltre ad una parte della dottrina⁶¹, anche diversi tribunali britannici si sono espressi negativamente sulla possibilità del Regno Unito di revocare unilateralmente il recesso dall’Unione⁶². Nondimeno, lo stesso Consiglio dell’Unione si è opposto espressamente al riconoscimento di un diritto assoluto di revocare la denuncia, come dimostra il caso *Wightman*. Qui, l’Istituzione dell’UE ha sostenuto che in assenza di una clausola *ad hoc* nel Trattato sull’Unione, l’art. 50⁶³ doveva essere interpretato “nel senso che esso consente la revoca, ma soltanto qualora il Consiglio europeo vi acconsenta all’unanimità”⁶⁴.

Queste considerazioni, se da un lato confermano i dubbi circa la natura consuetudinaria del diritto di ritirare il recesso, dall’altro ci consentono di apprezzare meglio il valore giuridico delle clausole *ad*

⁵⁹ International Law Commission, Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries, Report 1966, pag. 263, par. 6.

⁶⁰ Ibid.

⁶¹ V. P. EDEN, *The Revocability of Instruments of Withdrawal from Multilateral Treaties with Particular Emphasis on the United Kingdom’s Article 50 TEU Notification*, 2018, available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3238431>; G. NALDI and K. MAGLIVERAS, *The right to revoke withdrawal notices from international organizations: The case of Brexit and the European Union*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2021; M. ALVIM, *The right to withdraw the notification to leave the European Union under article 50 TEU: can we still save the marriage?*, in *EU Law Journal*, 2017, p. 139; P. OSTENDORF, *The Withdrawal Cannot be Withdrawn: The Irrevocability of a Withdrawal Notification under Art. 50 (2) TEU*, in *European Law Review*, 2017; EU Parliament Study, *The (ir-)revocability of the withdrawal notification under Article 50 TEU*, March 2018.

⁶² Contrari alla possibilità di revocare il recesso: High Court of England and Wales, in R. (on the application of Miller) v. Secretary of State for Exiting the European Union [2016] EWHC 2768 (Admin), par. 10 e 11; Supreme Court, in R. (on the application of Miller) v Secretary of State for Exiting the European Union [2017] EWHC 2768 (Admin), 24 gennaio 2017, par. 26; High Court of Northern Ireland, in Re McCord [2016] NIQB 85; [2017] 2 C.M.L.R. 7, par. 23. Favorevole alla revoca del recesso: European Court of Justice, Sentenza della Corte (Seduta Plenaria), *Andy Wightman e a. contro Secretary of State for Exiting the European Union*, causa C-621/18, 10 December 2018.

⁶³ Va rammentato, peraltro, in linea con l’evoluzione dell’istituto del recesso illustrata nel par. 2.2 di questo contributo, che i testi originari dei Trattati dell’Unione non contemplavano alcuna disciplina specifica relativa all’istituto del recesso. L’art. 50, infatti, è stato introdotto soltanto nel 2009, con l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

⁶⁴ CGUE, Sentenza della Corte (Seduta plenaria) del 10 dicembre 2018, *Andy Wightman e a. contro Secretary of State for Exiting the European Union*, par. 42.

recedendum previste nei ‘trattati africani’. Tali clausole, infatti, non soltanto regolano un aspetto ancora dibattuto della prassi internazionale, ma dimostrano, altresì, come gli obiettivi di sviluppo progressivo previsti dall’art. 68 della Convenzione di Vienna, ancora contestati a livello internazionale, siano stati ampiamente raggiunti in Africa dove è sorta una solida prassi normativa che riconosce espressamente agli Stati del Continente il diritto di revocare incondizionatamente il recesso prima che sia divenuto efficace⁶⁵. Tuttavia, le clausole che consentono di revocare unilateralmente il recesso non rappresentano le uniche peculiarità normative contenute nei trattati africani.

In questa prospettiva, va menzionato, ad esempio, l’art. 145 del Trattato istitutivo dell’East African Community (EAC) che consente il recesso esclusivamente a seguito di una delibera dell’organo parlamentare dello Stato recedente adottata con la maggioranza qualificata di almeno i due terzi degli aventi diritto di voto.

La norma, riconoscendo espressamente ai parlamenti nazionali il diritto di recesso dall’Organizzazione, rappresenta lo spunto per avviare una serie di riflessioni di più ampia portata circa il tema dell’attribuzione della competenza a recedere. L’art. 145 del Trattato fondativo dell’EAC, infatti, se analizzato alla luce della prassi continentale, diviene espressione di una tendenza normativa africana che sembra muoversi in senso contrario rispetto alla prassi internazionale.

Al di fuori del Continente africano, infatti, risulta piuttosto complesso rilevare una pratica costante in tema di attribuzione della competenza a recedere. È stato evidenziato da più autori⁶⁶, come il potere di recesso, soltanto raramente disciplinato dagli ordinamenti interni degli Stati⁶⁷, assuma forme e caratteristiche differenti da Stato a Stato. In alcuni casi, il diritto di recedere viene attribuito esclusivamente al Potere esecutivo⁶⁸, in altri al Capo dello Stato⁶⁹, in altri ancora interamente all’organo legislativo⁷⁰. Non sono rare, neppure, quelle circostanze in cui l’ordinamento distingue alcune tipologie di trattati che possono essere denunciate dal Governo, da altre che richiedono necessariamente l’approvazione parlamentare.

⁶⁵ Recentemente, peraltro, agli Stati recedenti dall’ECOWAS è stato accordato il diritto di revocare il recesso anche oltre i termini temporali previsti dalla clausola *ad recedendum* prevista nel trattato istitutivo dell’Organizzazione. Final communique, Sixty-Sixth Ordinary Session of the Authority of Heads of State and Government, 15th December 2024, Abuja, par. 43.

⁶⁶ In questo senso, v. G. NESI, *Diritto internazionale e diritto interno nel recesso unilaterale dai trattati*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2019, n. 4, p. 976 – 1005; H. WOOLAVER, *From Joining to Leaving: Domestic Law’s Role in the International Legal Validity of Treaty Withdrawal*, in *European Journal of International Law*, 2019, p. 73 – 104.

⁶⁷ A livello internazionale, secondo una ricerca condotta nel 2018 dall’Organizzazione ‘Constitution Project’, soltanto 43 Stati su 190 esaminati disciplinavano a livello costituzionale il tema del recesso dai trattati internazionali. Per ulteriori informazioni, vedi il sito dell’[Organizzazione](#).

⁶⁸ Constitution of the People’s Republic of China (1982, rev. 2004), art. 81; Constitution of Guatemala (1985, rev. 1993), art. 183.

⁶⁹ Constitution of Norway, (1814, rev. 2016), art. 26.

⁷⁰ Constitution of Argentina, art. 75, par. 24.

Più frequentemente, peraltro, l'assenza di una disciplina specifica in tema di recesso ha favorito l'affermazione di prassi politiche e giurisprudenziali che conferiscono il potere di recedere al Capo dello Stato o all'organo esecutivo. È quanto avvenuto, ad esempio, negli Stati Uniti dove il silenzio dell'ordinamento sulla competenza a recedere ha consentito l'affermazione di una prassi politica, in parte confermata per via giurisprudenziale⁷¹, che riconosce al Presidente il diritto di denunciare i trattati internazionali⁷². Altrettanto si è verificato nel Regno Unito dove la Corte suprema, in occasione del caso Brexit, ha ribadito che il diritto di denunciare un accordo internazionale appartiene al Governo⁷³, salvo i casi che comportano un impatto sui diritti degli individui e sull'ordinamento costituzionale del Paese⁷⁴. In questa prassi internazionale, che sembra privilegiare l'attribuzione della competenza a recedere al Capo dello Stato o all'organo esecutivo⁷⁵, si colloca anche la decisione della Corte suprema delle Filippine relativa al recesso del Paese dallo Statuto di Roma. Con tale sentenza, infatti, la Corte di Manila ha rigettato il ricorso proposto da alcuni senatori del Paese, volto ad annullare il recesso perché carente di una previa autorizzazione parlamentare⁷⁶.

In senso diametralmente opposto, invece, sembra muoversi la prassi africana dove il potere di recesso, laddove regolato dall'ordinamento interno⁷⁷, viene sempre attribuito all'organo legislativo. Ciò avviene in Angola, dove “the National Assembly shall be responsible for: [...] Approving withdrawal from treaties, conventions, agreements and other international instruments”⁷⁸. In modo del tutto simile si esprime la Costituzione della Repubblica centroafricana dove si afferma che “The ratification or the revocation may only intervene after the authorization of the Parliament”⁷⁹. Disposizioni dello stesso tenore si rinvencono nelle Costituzioni di Capo Verde, Mozambico, Malawi e Namibia. Le Carte costituzionali di questi ultimi due Paesi, però, si limitano a disciplinare il recesso dai trattati preesistenti all'entrata in vigore della Costituzione attribuendo, tuttavia, il diritto di recedere all'organo parlamentare.

In alcuni casi, invece, l'attribuzione del potere di recesso all'organo legislativo è avvenuta nel silenzio della Costituzione. La denuncia dello Statuto della Corte penale internazionale da parte del Burundi, ad

⁷¹ United States Court of Appeals (Districts of Columbia Circuit), *Goldwater v. Carter*, 199 U.S.App.D.C. 115,617 F.2d 697 (1979).

⁷² C. A. BRADLEY, J. L. GOLDSMITH, *Presidential Control over International Law*, in *Harvard Law Review*, 2018, 1207–1220.

⁷³ Supreme Court, in R. (on the application of Miller) v Secretary of State for Exiting the European Union [2017] EWHC 2768 (Admin), 24 January 2017, par. 55.

⁷⁴ *Ibid.*, parr. 86 - 87.

⁷⁵ In tal senso, v. G. NESI, *Diritto internazionale e diritto interno*, cit., p. 980.

⁷⁶ Supreme Court, G.R. No. 238875, Manila, March 16, 2021.

⁷⁷ Anche in Africa, come a livello internazionale, gli ordinamenti interni che disciplinano il tema del recesso costituiscono una minoranza rispetto a quelli che invece restano silenziosi in materia.

⁷⁸ Constitution of Angola (2010), art. 161, lett. L).

⁷⁹ Central African Republic Constitution (2016), art. 91, par. 2.

esempio, è stata notificata previa adozione di un decreto del Parlamento, benché la Costituzione del 2018 sia silente in materia⁸⁰. Anche la prassi giurisprudenziale africana, sebbene esigua, sembra muoversi verso l'attribuzione del potere di recesso all'autorità legislativa. In questo senso, assume rilievo il recesso del Sud Africa dallo Statuto di Roma, annullato dalla Corte costituzionale del Paese proprio perché in assenza di una previa autorizzazione parlamentare⁸¹. La Corte di Pretoria, infatti, applicando la teoria dell'*'acte contraire'* ha affermato che, se la partecipazione ad un trattato internazionale prevede una autorizzazione del Parlamento, una delibera del medesimo organo si rende necessaria anche ai fini del recesso⁸². La stessa teoria, peraltro, era stata applicata anche dalla Corte suprema del Ghana nel caso John Akparibo Ndebugre v. Attorney General, Minister of Justice⁸³, sebbene si trattasse di un accordo concluso tra lo Stato e una società di estrazione petrolifera. Ciononostante, la Corte ha stabilito che un accordo 'ratificato' dal Parlamento può essere estinto soltanto attraverso una delibera del medesimo organo⁸⁴.

Alla luce di quanto precede, emerge in modo piuttosto evidente come in Africa la competenza a recedere, laddove oggetto di una regolazione normativa o giurisprudenziale *ad hoc*⁸⁵, venga preferibilmente attribuita all'organo legislativo, in netta controtendenza rispetto alla prassi internazionale di riferimento che invece sembra privilegiare il Capo dello Stato o gli organi esecutivi.

Questa ampia analisi della prassi normativa dei Paesi africani in tema di recesso ci consente di proporre, altresì, delle riflessioni di più ampia portata in relazione alle due principali tendenze rilevate nel corso dell'indagine: il diritto di revocare il recesso e l'attribuzione della competenza a recedere agli organi parlamentari dello Stato.

Un interprete attento, infatti, non mancherebbe di rilevare come entrambe queste pratiche normative, per quanto possano apparire diverse, siano finalizzate al raggiungimento del medesimo obiettivo, vale a dire favorire la continuità degli impegni internazionali assunti dagli Stati africani. Così, può essere interpretato il diritto di revoca del recesso che rappresenta, di fatto, una misura giuridica utile e necessaria per consentire agli Stati recedenti di ritirare incondizionatamente le dichiarazioni estintive e ripristinare *ipso facto* gli obblighi convenzionali. Similmente, l'attribuzione del potere di denuncia agli organi

⁸⁰ In tal senso, v. Assembly of the African Union, Withdrawal Strategy, Twenty-Eighth Ordinary Session 30 - 31 January 2017 Addis Ababa, Decision on the International Criminal Court, DOC. EX.CL/1006(XXX).

⁸¹ High Court of South Africa, Democratic Alliance Applicant and Minister of International Relations and Cooperation, Case No: 83145/2016, 22 February 2017.

⁸² *Ibid.*, par. 46.

⁸³ Supreme Court of Ghana, John Akparibo Ndebugre v. Attorney General, Minister of Justice (ACCRA A.D. 2016 - No. J1/5/2013), 20 April 2016.

⁸⁴ *Ibid.*, conclusion.

⁸⁵ In assenza di una disciplina specifica, invece, si nota, in linea con la prassi internazionale, come il potere di recesso venga esercitato in modo più o meno discrezionale dagli organi esecutivi. È quanto si è verificato nei recenti recessi del Mali, Niger e Burkina Faso dall'ECOWAS che saranno oggetto di approfondimento nel paragrafo successivo.

parlamentari costituisce il duplice tentativo di irrigidire la procedura di recesso e di sottrarre l'esercizio di tale potere agli organi esecutivi dei Paesi africani spesso caratterizzati da instabilità endemica.

In definitiva, le prassi normative che si stanno progressivamente affermando in Africa con riferimento all'istituto del recesso costituiscono una necessaria reazione giuridica all'instabilità del Continente, volta a favorire la 'continuità' degli impegni internazionali in capo agli Stati africani, nonostante la fragilità politica che spesso li contraddistingue.

4. Il ricorso all'istituto del recesso nella recente prassi dei Paesi africani

Dopo aver analizzato la prassi normativa africana in tema di recesso, in questo paragrafo andremo ad esaminare le modalità e le procedure attraverso le quali gli Stati africani hanno effettivamente denunciato i trattati internazionali, nel tentativo di individuare prassi, continentali o regionali, che si pongono in controtendenza rispetto alla prassi internazionale di riferimento.

4.1. L'esercizio del recesso nel Continente africano: uno sguardo d'insieme

Nell'ultimo decennio, gli Stati africani hanno denunciato accordi internazionali di natura e forme differenti. Le dichiarazioni estintive hanno riguardato accordi istitutivi di tribunali internazionali come dimostrano i recessi di Sud Africa, Burundi e Gambia dallo Statuto della Corte penale internazionale nel 2016⁸⁶. Sebbene non siano riconducibili al recesso "*stricto sensu*", nella stessa prospettiva si potrebbero menzionare anche le decisioni della Costa d'Avorio⁸⁷, Benin⁸⁸, Ruanda⁸⁹ e Tanzania⁹⁰ di ritirare le dichiarazioni di accettazione della giurisdizione della Corte africana sui diritti dell'uomo e dei popoli, che impongono una seria riflessione sull'effettiva capacità della Corte di svolgere un ruolo nella promozione e nella tutela dei diritti umani nel Continente. Il Kenya, invece, nel 2021 ha ritirato la dichiarazione di accettazione della competenza della Corte internazionale di giustizia⁹¹, aggiungendosi alla lista degli Stati

⁸⁶ Va precisato che, mentre il Sud Africa e il Gambia hanno ritirato le dichiarazioni di recesso, la denuncia del Burundi si è perfezionata il 27 ottobre 2017. Per ulteriori dettagli v. Reference: C.N.805.2016.TREATIES-XVIII.10. Per approfondire gli aspetti giuridici di questi recessi, v. L. PASQUALI, *I limiti posti dai Paesi africani all'istituzionalizzazione della cooperazione fra Stati nella repressione giudiziale dei crimini internazionali*, in *Federalismi.it*, n. 9/2019.

⁸⁷ Ambassade de Cote d'Ivoire en Ethiopie, AA/551/04/20/ND-AnN, 29 aprile 2020.

⁸⁸ Ministère de l'Affaires étrangères et de la coopération du Benin, n. 216/MAEC/AM/SP-C, del 24 marzo 2020.

⁸⁹ Republic of Rwanda, Ministry of foreign affairs and cooperation, Withdrawal for review of the Republic of Rwanda from the declaration made under article 34 (6) of the Protocol to the African Charter on Human and People Rights on the establishment of an African Court on Human and People Rights, 24 febbraio 2016.

⁹⁰ The Embassy of the United Republic of Tanzania, Ref. No. CHAD 133/738/01/2, del 21 novembre 2019.

⁹¹ Kenya: withdrawal of the declaration under article 36 (2) of the Statute, Reference: C.N.281.2021.TREATIES-I.4.

africani che tentano di sottrarsi alla giurisdizione internazionale, non di rado percepita come un limite alla sovranità nazionale⁹².

In altri casi, il recesso ha riguardato trattati che istituiscono organizzazioni internazionali. Ciò è avvenuto, ad esempio, nel 2021, quando l'Uganda si è ritirata dall'Organizzazione internazionale del Caffè, lamentando un trattamento sfavorevole per il caffè prodotto nel Continente africano⁹³. Più recentemente, il 28 gennaio 2024, dopo aver messo fine alla cooperazione nell'ambito del G5Sahel nel 2023⁹⁴, ben 3 Paesi dell'Africa occidentale, nello specifico Mali, Niger e Burkina Faso, hanno denunciato anche il trattato fondativo dell'ECOWAS, in reazione alle sanzioni adottate dall'Organizzazione nei loro confronti⁹⁵.

Nella recente prassi africana non mancano neppure dichiarazioni di recesso volte ad estinguere trattati bilaterali, come quelli che tutelano gli investimenti. Sud Africa, Niger, Tanzania, Burkina Faso, Kenya e Mali, recentemente, hanno estinto (e in alcuni casi rinegoziato) gli accordi di protezione degli investimenti conclusi con la Spagna, Paesi Bassi, Germania, Belgio, Svizzera e Francia⁹⁶. Altre volte, il recesso ha riguardato accordi bilaterali di cooperazione militare. A partire dal 2023, diversi Stati dell'Africa occidentale hanno denunciato gli accordi di difesa stipulati con la Francia⁹⁷, gli Stati Uniti⁹⁸ e altri Stati occidentali. Gli stessi Paesi, peraltro, hanno estinto anche alcuni trattati sulla doppia imposizione fiscale, considerati iniqui o svantaggiosi per gli interessi nazionali⁹⁹.

Questa abbondante prassi africana in materia di recesso, sommariamente richiamata, presenta una serie di peculiarità e spunti di interesse giuridico con riferimento, in particolare, a due aspetti specifici: 1) le ragioni che spingono gli Stati del Continente ad estinguere gli obblighi convenzionali; 2) le modalità e le procedure attraverso le quali i Paesi africani esercitano il recesso. Nelle righe a seguire, dunque, l'analisi si concentrerà su questi aspetti, con l'obiettivo di mettere in evidenza i tratti distintivi e giuridicamente più interessanti del ricorso all'istituto del recesso da parte dei Paesi africani.

⁹² Assembly of the African union, Decision on the International Criminal Court, Doc. EX.CL/1006(XXX), 30-31 gennaio 2017.

⁹³ International Coffee Organization, Withdrawal of Uganda from the International Coffee Agreement 2007, 22 febbraio 2022.

⁹⁴ F. COWELL, *ECOWAS Withdrawal and the law of treaty withdrawal*, 2024, disponibile al link www.ejiltalk.org/ecowas-withdrawal-and-the-law-of-treaty-withdrawal/ (ultimo accesso 24 febbraio 2025).

⁹⁵ Joint communique by Burkina Faso, the Republic of Mali and the Republic of Niger, 28 gennaio 2024.

⁹⁶ Per maggiori informazioni su questi recessi, v. J. LANG, B. GILLFILLAN, *Bilateral Investment Treaties – a shield or a sword?*, in *Corporate NewsFlash*, 2016.

⁹⁷ A titolo di esempio, v. *Ministères des affaires étrangères, de la coopération régionale et des Burkinabè de l'Extérieur du Burkina Faso*, n. 2023 – 090 MAECRBE/CAB, del 28 febbraio 2023.

⁹⁸ Vedi, Joint Statement from the U.S. Department of Defense and the Department of National Defense of the Republic of Niger, del 5 agosto 2023.

⁹⁹ Tra gli altri, v. *Communique conjoint n° 001 de la République du Mali et de la République du Niger: Les deux pays dénoncent deux conventions désavantageuses en matière fiscale avec la France*, del 5 dicembre 2023.

4.2. Il recesso come reazione a perduranti forme di ‘imperialismo giuridico’?

Dall’esame delle dichiarazioni di recesso dei Paesi africani si nota come siano spesso fondate sulle medesime ragioni giuridiche e politiche. Nel momento in cui recedono da un trattato internazionale, infatti, gli Stati africani lamentano, il più delle volte, rapporti giuridici iniqui, double standard o addirittura condotte persecutorie che pongono i Paesi del Continente in una posizione di disegualianza o svantaggio rispetto alle altre parti dell’accordo.

È quanto si rinviene nella dichiarazione di recesso del Sud Africa dalla Corte penale internazionale, dove il Paese africano ha evidenziato “*inequality and unfairness in the practice of the ICC that do not only emanate from the Court’s relationship with the Security Council, but also by the perceived focus of the ICC on African states*”¹⁰⁰. Questo trattamento iniquo e ingiusto a danno degli Stati africani è stato evidenziato anche dal Ministro dell’informazione del Gambia, secondo cui il recesso dallo Statuto di Roma sarebbe inevitabile, essendo la Corte utilizzata “*for the persecution of Africans and especially their leaders*”¹⁰¹. Le medesime accuse sono state rivolte alla Corte internazionale di giustizia dal Presidente del Kenya, Uhuru Kenyatta, che nel 2021, ritirando la dichiarazione di accettazione della giurisdizione della Corte, ha sottolineato che “*a trend has emerged of some supposedly international organizations, being deployed as political tools against African countries. Sadly, this misfeasance has infected the ICJ*”¹⁰².

Altre volte, ad essere percepiti come iniqui non sono i procedimenti avviati dai tribunali internazionali ma i rapporti giuridici derivanti da alcuni accordi bilaterali. In questa logica devono essere ricondotte le denunce di Mali e Niger dei trattati sulla doppia imposizione fiscale conclusi con la Francia, dove i due Paesi hanno stigmatizzato il “*caractère déséquilibré de ces Conventions*”¹⁰³. In modo simile, si è espresso il portavoce della Giunta militare nigerina che, riferendosi all’accordo di cooperazione militare con gli Stati Uniti, lo ha definito “*profoundly unfair*”¹⁰⁴. Particolarmente eloquente, in questa prospettiva, è la dichiarazione congiunta di recesso dal G5Sahel di Burkina Faso e Niger, dove i due Stati si dichiarano non più disposti ad accettare “*un partenariat dévoyé et infantilisant qui nie le droit à la souveraineté de nos peuples*”¹⁰⁵.

¹⁰⁰ ‘Declaratory statement by the Republic of South Africa, Reference: C.N.862.2016.TREATIES-XVIII.10, cit., p. 2.

¹⁰¹ Dichiarazioni del Ministro dell’Informazione del Gambia, riprodotte in Assembly of the African Union, Withdrawal Strategy, cit., par. 25. Nella stessa prospettiva si è espressa l’Assemblea dell’Unione africana nei par. 2 e 3 della citata ‘withdrawal strategy’ evidenziando “*a perception of a double standard against African States*”.

¹⁰² Embassy of The Republic of Kenya, Statement By H.E. Hon. Uhuru Kenyatta on the International Court Of Justice Judgement In Maritime Delimitation Case, disponibile sul sito dell’[ambasciata del Kenya in Etiopia](#). (ultimo accesso 24.02.2025).

¹⁰³ Communiqué conjoint n°001 de la République du Mali et de la République du Niger, cit., p. 1.

¹⁰⁴ Videomessaggio del Colonnello Amadou Abdramane alla televisione nazionale del 16 marzo 2024, parzialmente riprodotto su [Youtube](#) (ultimo accesso il 24 febbraio 2025).

¹⁰⁵ Communiqué conjoint n°001 de la République du Burkina Faso et de la République du Niger, cit., p. 1.

Da quanto precede, emerge come il ricorso degli Stati africani all'istituto del recesso sia avvenuto, *in primis*, per rescindere o ridefinire quei vincoli convenzionali percepiti come iniqui, che pongono i Paesi del Continente in una condizione di subordinazione rispetto alle altre parti del trattato. Nella prassi africana, il recesso dai trattati internazionali viene concepito, innanzitutto, come uno strumento di 'emancipazione sociale' che consente agli Stati africani di affermare la propria sovranità dinanzi alla Comunità internazionale e di riorganizzare i rapporti con gli altri Stati in una prospettiva di maggiore equità e giustizia¹⁰⁶.

Questa esigenza di ridefinire in modo più equilibrato i rapporti convenzionali viene avvertita, soprattutto, nei confronti di alcuni Paesi occidentali, in particolare quelli ex coloniali, che vengono considerati espressione di un imperialismo giuridico oggi mal tollerato dagli Stati africani. Nei recessi dalla Corte penale internazionale, ad esempio, i Paesi africani hanno evidenziato come la Corte sia stata particolarmente solerte ad avviare procedimenti contro i leaders del Continente "while ignoring crimes committed by the West [...] there are many western countries, at least 30, that have committed heinous war crimes against independent sovereign states [...] and not a single Western criminal has been indicted"¹⁰⁷. Accuse simili le ritroviamo nei recessi congiunti dall'ECOWAS, dove si evidenzia come l'Organizzazione "under the influence of foreign powers, violating its fundamental principles has become a threat for its member states and its people who were rather expecting joyfulness thereof"¹⁰⁸. In maniera simile, si potrebbe far riferimento al già citato 'partenariato deviato e infantilizzante', menzionato nel ritiro di Burkina Faso e Niger dal G5Sahel¹⁰⁹, oppure a "l'attitude unilatérale du partenaire français", che si ritrova nella denuncia del Mali dell'Accordo di cooperazione con la Francia¹¹⁰, o a "l'attitude hostile persistante de la France contre nos Etats", contenuta nel comunicato di recesso di Niger e Mali dagli accordi sulla doppia imposizione fiscale¹¹¹. Anche le autorità del Ciad, peraltro, hanno denunciato, il 28 novembre 2024, l'accordo di assistenza militare con la Francia, affermando che "After 66 years since the

¹⁰⁶ Tale obiettivo, peraltro, è stato in parte raggiunto con riferimento all'attività della Corte penale internazionale che, a seguito dei recessi collettivi del 2016, è stata riorientata in una prospettiva non più afrocentrica. A partire dal 2017, infatti, sono state avviate indagini in Georgia, Afghanistan, Myanmar, Palestina, Filippine, Venezuela e Ucraina.

¹⁰⁷ Dichiarazioni del Ministro dell'Informazione del Gambia, riprodotte in Assembly of the African Union, Withdrawal Strategy, cit., par. 25.

¹⁰⁸ Il riferimento specifico è alla Francia che ha sollecitato in diverse occasioni l'intervento militare dell'ECOWAS in Niger dopo il colpo di Stato del 2023. Joint communique by Burkina Faso, the Republic of Mali and the Republic of Niger, cit., p. 1.

¹⁰⁹ Communiqué conjoint n°001 de la République du Burkina Faso et de la République du Niger, cit.

¹¹⁰ Communiqué n. 029 du Gouvernement de la transition - Annexe à la lettre datée du 2 mai 2022 adressée à la Présidente du Conseil de sécurité par le Représentant permanent du Mali auprès de l'Organisation des Nations Unies.

¹¹¹ Communiqué conjoint n°001 de la République du Mali et de la République du Niger, cit.

proclamation of the Republic of Chad, the time has come for Chad to assert its full and complete sovereignty”¹¹².

In tutte queste dichiarazioni di recesso ritroviamo non solo l’esigenza di ridefinire in modo più equo le relazioni convenzionali, ma anche critiche più o meno celate all’Occidente e alle ex potenze coloniali. Esercitando il recesso, infatti, i Paesi africani tentano non soltanto di ridefinire gli equilibri convenzionali in un’ottica di maggiore equità, ma anche di recidere quei legami giuridici e politici che costituiscono un retaggio del colonialismo e che impediscono la piena autodeterminazione dei popoli e degli Stati del Continente.

Questa dimensione del recesso, volto ad estinguere i vincoli coloniali, risulta particolarmente evidente nei già citati recessi dei Paesi dell’Africa occidentale¹¹³. Nella logica giuridica di tali Stati, infatti, emerge chiaramente come il recesso dai trattati internazionali rappresenti uno strumento utile non soltanto per impedire le interferenze esterne nel dominio riservato dello Stato da parte delle ex potenze coloniali, ma anche per promuovere “the expectations, concerns and aspirations of populations”¹¹⁴ e per “préservier les intérêts supérieurs des peuples”¹¹⁵. In ultima istanza, ci sembra di notare che in Africa occidentale l’esercizio del recesso rappresenti l’ultimo atto del processo di decolonizzazione, attraverso il quale i Paesi della regione reagiscono alle perduranti forme di imperialismo giuridico recidendo i rapporti con le ex potenze coloniali e promuovendo la piena autodeterminazione degli Stati africani.

4.3. L’obbligo di motivazione e il ‘recesso collettivo’ quali elementi distintivi della recente prassi africana in tema di recesso

Essendo spesso accomunati dalle medesime esigenze e mossi dagli stessi interessi politici, i Paesi africani, non raramente, esercitano il recesso in forma collettiva, vale a dire denunciando simultaneamente e sulla base delle medesime motivazioni uno o più trattati internazionali¹¹⁶.

In questa prospettiva, non possiamo esimerci dal richiamare, ancora una volta, il più noto e già discusso caso di recesso collettivo dei Paesi africani, ossia quello di Sud Africa, Burundi e Gambia dallo Statuto della Corte penale internazionale. In quella occasione, peraltro, ha giocato un ruolo non irrilevante anche l’Unione africana che ha adottato la cosiddetta ‘withdrawal strategy’, un documento dal valore

¹¹² Ministère des affaires étrangères du Tchad, Communiqué de presse, N’Djaména, 28 novembre 2024.

¹¹³ *Supra*, note 109, 110, 111.

¹¹⁴ Joint communique by Burkina Faso, the Republic of Mali and the Republic of Niger, cit.

¹¹⁵ Communiqué conjoint n°001 de la République du Mali et de la République du Niger, cit.

¹¹⁶ Sebbene non esista una definizione comunemente accettata di ‘recesso collettivo’, v. L. R. HELFER, *Exiting treaties*, in *Virginia Law Review* 1636 (2005); L. R. HELFER, *Regime Shifting: The TRIPs Agreement and New Dynamics of International Intellectual Property Lawmaking*, 29 *Yale Journal of International Law* 1, 55–59 (2004); Assembly of the African Union, *Withdrawal Strategy*, Twenty-Eighth Ordinary Session 30 - 31 January 2017 Addis Ababa, Decision on the International Criminal Court, DOC. EX.CL/1006(XXX).

raccomandatorio, finalizzato a promuovere e a coordinare il recesso collettivo dei Paesi africani dallo Statuto di Roma¹¹⁷.

Assume carattere collettivo anche il recente recesso di Mali, Niger e Burkina Faso dal Trattato istitutivo della Comunità economica degli Stati africani occidentali. I tre Paesi del Sahel, infatti, hanno estinto gli obblighi convenzionali mediante un comunicato congiunto lamentando l'imposizione di "illegitimate, inhumane and irresponsible sanctions"¹¹⁸. Gli stessi Paesi, va sottolineato, si sono ritirati collettivamente anche dal G5Sahel, ritenuto incapace di raggiungere gli obiettivi previsti in materia di sicurezza e sviluppo¹¹⁹.

In Africa, peraltro, il 'recesso collettivo', o quantomeno coordinato, è stato esercitato anche nei confronti di alcuni trattati bilaterali considerati iniqui dai Paesi africani. Gli Stati recedenti dall'ECOWAS, ad esempio, hanno adottato una vera e propria strategia del recesso, denunciando in modo coordinato anche i trattati di cooperazione militare e fiscale stipulati con la Francia e gli Stati Uniti¹²⁰. Nello specifico, tra il 2022 e il 2024, Burkina Faso, Niger e Mali hanno denunciato i trattati di cooperazione in materia di difesa conclusi con Parigi, rispettivamente, nel 1961¹²¹, 1977¹²² e 2014¹²³. In alcuni casi, peraltro, il recesso, benché interessasse trattati bilaterali distinti, è stato notificato mediante un comunicato congiunto¹²⁴, come è avvenuto con riferimento ai trattati di cooperazione fiscale stipulati dal Niger e dal Mali con la Francia nel 1965¹²⁵ e nel 1972¹²⁶.

Da una prospettiva strettamente giuridica, va notato come il recesso collettivo venga spesso esercitato dai Paesi africani in modo non conforme ai termini di preavviso, siano essi stabiliti dalle clausole *ad hoc* del Trattato o, laddove assenti, dall'art. 56, par. 2, della Convenzione di Vienna.

In assenza di norme convenzionali, infatti, gli Stati dell'Africa occidentale, coerentemente con la prassi internazionale di riferimento, riconoscono effetti estintivi immediati o periodi di preavviso molto brevi

¹¹⁷ Assembly of the African Union, *Withdrawal Strategy*, cit.

¹¹⁸ Joint communique by Burkina Faso, the Republic of Mali and the Republic of Niger, done in Ouagadougou, Bamako, and Niamey on January 28, 2024.

¹¹⁹ Communiqué Conjoint n. 001 du Burkina Faso et de la République du Niger, 1 December 2023.

¹²⁰ Con riferimento specifico agli Stati Uniti, è stato denunciato l'accordo 'Between the United States of America and Niger, effected by Exchange of Notes at Niamey July 6, 2012 and January 28, 2013'.

¹²¹ Accord d'assistance militaire technique entre la République française et la République de Haute-Volta, del 24 aprile 1961.

¹²² Agreement on technical military co-operation between France and Niger, signed at Niamey on 19 February 1977.

¹²³ Traité de coopération en matière de défense entre la République Française et la République du Mali, signé à Bamako le 16 Juillet 2014.

¹²⁴ Communiqué conjoint n° 001 de la République du Mali et de la République du Niger, del 5 dicembre 2023.

¹²⁵ Convention entre le Gouvernement de la République Française et le Gouvernement de la République du Niger « tendant à éliminer les doubles impositions et à établir des règles d'assistance mutuelle administrative en matière fiscale, del 1° giugno 1965.

¹²⁶ Convention entre le Gouvernement de la République Française et le Gouvernement de la République du Mali tendant à éviter les doubles impositions et à établir des règles d'assistance réciproque en matière d'impôts sur le revenu, d'impôts sur les successions, de droits d'enregistrement et de droits de timbres, del 22 settembre 1972.

alle dichiarazioni di recesso¹²⁷, dimostrando come il termine di 12 mesi stabilito dall'art. 56 della Convenzione di Vienna non si sia consolidato neppure nel Continente africano.

Per il giurista, però, appare più interessante il tentativo dei Paesi africani di esercitare il recesso collettivo in violazione dei termini di preavviso, anche quando stabiliti dalle clausole *ad recedendum* del trattato. È quanto si è verificato nel citato caso di recesso collettivo dall'ECOWAS. Nel comunicato congiunto¹²⁸, infatti, gli Stati recedenti hanno dichiarato “to withdraw their countries - Burkina Faso, Mali and Niger - from the Economic Community of West African States, *with immediate effect*”, nonostante il Trattato istitutivo della Comunità preveda un termine di preavviso di un anno. Non diversamente, Mali e Niger hanno denunciato congiuntamente gli accordi sulla doppia imposizione fiscale stipulati con la Francia, con un preavviso di tre mesi, ignorando, entrambi, i termini stabiliti dalle norme pertinenti degli accordi denunciati¹²⁹.

Questi tentativi di alcuni Paesi dell'Africa occidentale di estinguere collettivamente i vincoli pattizi contraendo i termini temporali previsti dalle clausole *ad recedendum*, se da un lato indicano un comportamento chiaramente antiggiuridico¹³⁰, dall'altro ci pongono dinanzi ad una prassi regionale che, per quanto sia riconducibile essenzialmente a tre Stati specifici, sta trovando frequente applicazione in tempi recenti. In questa prospettiva, si pone concretamente la questione relativa alla nascita di una norma consuetudinaria applicabile a livello regionale in deroga alle norme convenzionali in materia di recesso, la cui formazione, però, dovrà essere valutata alla luce della prassi successiva¹³¹.

Oltre al fenomeno del ‘recesso collettivo’, alcune peculiarità della prassi africana si possono rinvenire con riferimento all'obbligo di motivazione previsto dall'art. 65 della Convenzione di Vienna. Va evidenziato, infatti, come gli Stati africani, diversamente da quanto si registra nella prassi internazionale¹³², siano più

¹²⁷ A titolo di esempio, v. Communiqué conjoint n°001 de la République du Burkina Faso et de la République du Niger, del 1° dicembre 2023; la denuncia del 16 marzo 2024 da parte del Niger dell'Agreement between the United States of America and Niger effected by exchange of notes at Niamey July 6, 2012 and January 28, 2013; il comunicato di recesso del Burkina Faso del 28 febbraio 2023 (Ministères des affaires étrangères, de la coopération régionale et des Burkinabè de l'Extérieur du Burkina Faso, n. 2023 – 090 MAECRBE/CAB, del 28 febbraio 2023) dall'Accord d'assistance militaire technique entre la République française et la République de Haute-Volta, adottato il 24 aprile 1961; il recesso del Mali dall'accordo ‘sous forme d'échange de lettres entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement du Mali déterminant le statut de la force «Serval», signées à Bamako le 7 mars 2013 et à Koulouba le 8 mars 2013’ (Communiqué no 029 du Gouvernement de la transition, cit.).

¹²⁸ Joint communiqué by Burkina Faso, the Republic of Mali and the Republic of Niger, Done in Ouagadougou, Bamako, and Niamey on January 28, 2024.

¹²⁹ Per ulteriori dettagli, v. Convention entre le Gouvernement de la République Française et le Gouvernement de la République du Mali tendant à éviter les doubles impositions, cit., art. 44 e Convention entre le Gouvernement de la République Française et le Gouvernement de la République du Niger tendant à éliminer les doubles impositions, cit., art. 44.

¹³⁰ F. COWELL, *ECOWAS Withdrawal and the law of treaty withdrawal*, 2024, disponibile al link www.ejiltalk.org/ecowas-withdrawal-and-the-law-of-treaty-withdrawal/ (ultimo accesso 4 gennaio 2025).

¹³¹ Questo aspetto sarà oggetto di ulteriori approfondimenti nelle conclusioni.

¹³² *Supra*, par. 2, sottoparagrafi 3 e 4.

attenti di altri a motivare, sia politicamente che giuridicamente, le loro denunce. Questa affermazione trova molteplici conferme nella prassi recente. A questo proposito, sembra sufficiente rammentare: la dichiarazione di recesso del Sud Africa dallo Statuto della Corte penale internazionale; i più recenti casi di recesso collettivo dall'ECOWAS; il ritiro del Burkina Faso e del Niger dal G5Sahel e il ritiro della dichiarazione di accettazione della giurisdizione della Corte africana dei diritti dell'uomo e dei popoli da parte di quattro Stati africani. Questi recessi sono stati tutti adeguatamente motivati, sia sotto il profilo politico che giuridico, dimostrando come l'obbligo di sviluppo progressivo del diritto internazionale previsto dall'art. 65, par. 1, della Convenzione di Vienna, si sia ampiamente consolidato nella coscienza giuridica degli Stati africani, contrariamente a quanto avvenuto nella prassi internazionale.

5. Conclusioni

Al termine di questa ampia analisi del diritto e della prassi africana in materia di recesso, ci sembra utile proporre delle riflessioni conclusive che ci consentono di sistematizzare e riordinare i principali risultati raggiunti dalla ricerca.

In primo luogo, l'indagine ha rilevato la presenza di pratiche normative che non raramente si muovono in senso contrario rispetto alla prassi internazionale di riferimento. Ne sono un esempio, innanzitutto, quelle tendenze continentali che danno attuazione all'obbligo di motivazione e al diritto di revoca del recesso, stabiliti rispettivamente negli artt. 65 e 68 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati. Con riferimento a questi aspetti, infatti, la ricerca ha dimostrato come il processo di sviluppo progressivo del diritto internazionale, promosso dalla Commissione del diritto internazionale mediante la previsione di queste norme, si sia ampiamente realizzato nel Continente africano mentre stenta a consolidarsi a livello internazionale.

Nella stessa prospettiva, è rilevante l'analisi delle Costituzioni degli Stati africani, da cui è emerso che il potere di recesso, laddove oggetto di una disciplina specifica, viene generalmente riconosciuto in capo agli organi legislativi, in controtendenza rispetto alla pratica internazionale. Su questo aspetto, peraltro, si è evidenziato come l'attribuzione della competenza a recedere ai Parlamenti nazionali possa costituire, in un'ottica di sviluppo futuro della prassi africana, un utile strumento per sottrarre l'esercizio del potere di recesso all'instabilità che spesso caratterizza i governi del Continente e favorire la continuità degli impegni internazionali assunti dagli Stati africani.

Altrettanto interessanti sono i risultati raggiunti dall'analisi delle motivazioni poste alla base dei recessi degli Stati continentali, che spesso si fondano sul passato coloniale africano. Nelle dichiarazioni di recesso, infatti, gli Stati dell'Africa non si limitano a denunciare lesioni della sovranità o a contestare gli orientamenti politici assunti dall'istituzione eventualmente creata dall'accordo; il più delle volte, i Paesi

del Continente denunciano rapporti giuridici iniqui, di subordinazione, soprattutto rispetto alle ex potenze coloniali, considerate espressione di un imperialismo giuridico non più giustificato alla luce del diritto internazionale attuale. Questa dimensione del recesso si rinviene, soprattutto (ma non solo), nella prassi di alcuni Stati dell’Africa occidentale, in particolare Mali, Niger e Burkina Faso, recentemente interessati da colpi di stato. Le giunte militari di questi Paesi, infatti, hanno interpretato (più o meno pretestuosamente) il ricorso al recesso come uno strumento necessario da un lato per impedire ingerenze negli affari interni dello Stato da parte delle ex Potenze coloniali, dall’altro per promuovere il completo affrancamento dei Paesi africani da ogni retaggio coloniale e favorire la piena autodeterminazione degli Stati del Continente.

Da una prospettiva giuridica, gli Stati africani hanno perseguito questi obiettivi ricorrendo al cosiddetto ‘recesso collettivo’, che costituisce un ulteriore elemento distintivo della prassi continentale. Tuttavia, tale fenomeno è stato spesso considerato più politico che giuridico¹³³. Secondo la dottrina internazionalista, infatti, il ricorso collettivo al recesso, sebbene consenta agli Stati recedenti di conferire maggior forza alle loro argomentazioni politiche, resterebbe un atto unilaterale regolato dalla medesima disciplina che si applica all’istituto quando esercitato individualmente¹³⁴. Questa posizione dottrinale, però, viene sfidata dalla prassi africana, dove il recesso collettivo acquisisce una dimensione squisitamente giuridica. È stato rilevato, infatti, come in Africa occidentale il recesso collettivo venga esercitato, frequentemente, in violazione dei termini di preavviso stabiliti non soltanto dall’art. 56 della Convenzione di Vienna, ma anche dalle clausole *ad recedendum* previste dall’accordo. Alla luce di questa prassi, peraltro, non appare per nulla retorica la questione relativa alla formazione di una norma di diritto internazionale generale che consentirebbe agli Stati africani di recedere dai trattati internazionali in deroga ai termini di preavviso previsti dall’accordo. Tale norma, laddove si consolidasse, avrebbe carattere sopravvenuto, sarebbe applicabile soltanto in Africa occidentale e opererebbe esclusivamente in caso di recesso esercitato collettivamente. Tuttavia, in attesa di sviluppi futuri, ciò che sembra evidente è che in Africa occidentale il ricorso al recesso collettivo non ha una valenza meramente politica; al contrario, si configura come uno strumento giuridico mediante il quale gli Stati dell’area da un lato, estinguono i rapporti convenzionali con le ex potenze coloniali, dall’altro promuovono il consolidamento di nuove prassi regionali che sfidano i limiti posti dalle clausole *ad recedendum* degli accordi internazionali e dal diritto internazionale dei trattati.

¹³³ Secondo P. I. LABUDA, *The African Union’s Collective Withdrawal from the ICC: Does Bad Law make for Good Politics?*, in *EJIL-Talk*, 2017, ‘this is a (purely political) question of collective action, on which customary international law has no bearing’. In modo simile, v. L. PASQUALI, *I limiti posti dai Paesi africani*, cit., p. 26.

¹³⁴ *Ibid.*



Focus lavoro, persona, tecnologia



Robotica e lavoro. Prime osservazioni in tema di sicurezza (delle macchine e) dei lavoratori*

di Lucia D'Arcangelo

Professoressa associata di Diritto del lavoro
Università di Napoli Federico II

Abstract [It]: L'uso di strumenti e dispositivi che mirano al potenziamento umano, pur essendo progettati per migliorare la prestazione lavorativa con opportunità significative per l'efficienza produttiva, espongono i lavoratori al rischio di infortunio. Il presente contributo intende fornire alcune osservazioni sulla disciplina applicabile nei luoghi di lavoro in cui si utilizzano strumenti di robotica, alla luce, sia del d.lgs. n. 81/2008, sia del regolamento macchine UE 2023/1230 (che sarà applicabile a partire dal 20 gennaio 2027). L'obiettivo è di mettere in evidenza l'opportunità di un coordinamento sistematico tra le due legislazioni per garantire una prevenzione alla fonte dei rischi derivanti dall'uso della robotica sul lavoro nel contesto normativo di riferimento rappresentato dalla legge sull'IA e dalla regolamentazione in materia di protezione dei dati personali.

Title: Robotics and work. First observations regarding worker safety

Abstract [En]: The use of tools and devices that aim for human enhancement, despite being designed to improve work performance with significant opportunities for production efficiency, exposes workers to the risk of injury. This contribution intends to provide some observations on the rules applicable in workplaces where robotic tools are used, considering of the Legislative Decree n. 81/2008, and of the EU machinery regulation 2023/1230 (which will be applicable starting from 20 January 2027). The objective is to highlight the opportunity for systematic coordination between the two legislations to guarantee prevention of risks deriving from the use of robotics at work in the reference regulatory context represented by the law on AI and the regulation on the protection of personal data.

Parole chiave: robotica, lavoratori, sicurezza, prevenzione dei rischi, regolamentazione

Keywords: robotics, workers, safety, risk-based prevention, regulation

Sommario: 1. Premessa. 2. Potenziamento umano del lavoratore e rilievi costituzionali. 3. L'impatto della robotica sulla salute dei lavoratori e i possibili rischi. 4. Il decreto legislativo n. 81/2008 e il regolamento (UE) 2023/1230: opportunità di un coordinamento. 4.1. La prevenzione organizzata alla fonte. 4.2. La ridefinizione del ruolo e delle funzioni del medico competente e dei rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza (RLS). 5. Considerazioni conclusive.

1. Premessa

Quando si parla di nuove tecnologie e lavoro si allude alla introduzione di strumenti digitali che coadiuvano il lavoratore nello svolgimento della prestazione, talvolta anche sostituendolo, e che possono, ma non necessariamente, essere abilitati all'intelligenza artificiale.

* Articolo sottoposto a referaggio. This study was supported by the ROOTS ("gReensOftrOboTicS") and AURORA ("sustAinableUgmentedpRодукts for spORts and sAfyty") projects. ROOTS and AURORA are part of the MICS (Made in Italy-Circular and Sustainable) project and received funding from the European Union Next-Generation EU (piano nazionale di ripresa e resilienza (pnrr) – missione 4 componente 2, investimento 1.3 – d.d. 1551.11-10-2022, pe00000004). This manuscript reflects only the authors' views and opinions; neither the European Union nor the European Commission can be considered responsible for them.

L'utilizzo di queste tecnologie innovative, come per esempio i robot e la *soft* robotica, (quest'ultima ampiamente sperimentata in campo medico), ma in generale tutti i sistemi di automazione del lavoro, vuoi per migliorare le capacità fisiche, cognitive e sensoriali dei lavoratori, vuoi per prevenire gli infortuni, pur determinando opportunità significative per l'efficienza produttiva, pone vari problemi per la sicurezza psicofisica dei lavoratori.

Il piano di indagine che si intende privilegiare in questo studio riguarda proprio la tutela della salute e sicurezza dei lavoratori che utilizzano la robotica nell'esecuzione della prestazione di lavoro, nell'ambito del significato più limitato e ristretto dell'accezione «sicurezza del lavoro»¹, che, notoriamente, si riferisce alla possibilità di lesioni e menomazioni che l'individuo può subire durante l'attività lavorativa. La cui riconducibilità all'integrità fisica non esclude le ipotesi che rilevano sul diverso piano della tutela psichica e nemmeno potrebbe nei tempi odierni nei quali si assiste alla intensificazione dei rischi psico-sociali dovuta all'impatto della digitalizzazione e della intelligenza artificiale². Si evince, sin da subito, dal regolamento sull'IA (UE) 2024/1689 che parla di «pregiudizio sia materiale sia immateriale, compreso il pregiudizio fisico, psicologico, sociale o economico»³, ma anche dal regolamento sulle macchine (UE) 2023/1230 che menziona tra i rischi da evitare, come vedremo meglio in seguito, «le tensioni psichiche e fisiche (stress) dell'operatore»⁴.

¹ Così C. SMURAGLIA nell'*Introduzione* al volume *La sicurezza del lavoro e la sua tutela penale*, Giuffrè, Milano, 1974, 3. Nella diversa e più ampia accezione che fa riferimento alla condizione sociale ed economica in cui viene a trovarsi chiunque presti la sua opera alle dipendenze altrui relativamente a situazioni inerenti vari aspetti del rapporto di lavoro coperti dalla legislazione sociale di riferimento, v. M. TIRABOSCHI, *Salute e lavoro: una questione di sostenibilità - Salute e lavoro: un binomio da ripensare. Questioni giuridiche e profili di relazioni industriali*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2, 2023, 223 ss. In senso ancora più ampio, va peraltro segnalato il recente intervento del legislatore europeo con la direttiva UE) 2024/1499 del Consiglio del 7 maggio 2024 sulle norme riguardanti gli organismi per la parità in materia di parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza o dall'origine etnica, tra le persone in materia di occupazione e impiego indipendentemente dalla religione o dalle convinzioni personali, dalla disabilità, dall'età o dall'orientamento sessuale e tra le donne e gli uomini in materia di sicurezza sociale e per quanto riguarda l'accesso a beni e servizi e la loro fornitura, e che modifica le direttive 2000/43/CE e 2004/113/CE; e con la direttiva (UE) 2024/1500 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 maggio 2024, sulle norme riguardanti gli organismi per la parità nel settore della parità di trattamento e delle pari opportunità tra donne e uomini in materia di occupazione e impiego, e che modifica le direttive 2006/54/CE e 2010/41/UE. Su questo tema specifico, si veda V. FILI, *Le direttive gemelle (UE) 2024/1499 e (UE) 2024/1500 sugli organismi di parità*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 4, 2024, 1243 ss.

² Sulla rilevanza della dimensione psico-sociale dei rischi derivanti dalle nuove forme di tecnologizzazione del lavoro per una rimodulazione del concetto di salute come «stato di completo benessere bio-psico-sociale», v. C. LAZZARI, P. PASCUCI, *Sistemi di LA, salute e sicurezza sul lavoro: una sfida al modello di prevenzione aziendale fra responsabilità e opportunità*, in *Rivista giuridica del lavoro*, n. 4/2024, I, 587 ss.

³ Al Considerando (5), il legislatore europeo stabilisce che «L'IA può nel contempo, a seconda delle circostanze relative alla sua applicazione, al suo utilizzo e al suo livello di sviluppo tecnologico specifici, comportare rischi e pregiudicare gli interessi pubblici e i diritti fondamentali tutelati dal diritto dell'Unione. Tale pregiudizio può essere sia materiale sia immateriale, compreso il pregiudizio fisico, psicologico, sociale o economico».

⁴ Nell'Allegato III, al par. 1.1.6, si legge che «Nelle condizioni d'uso previste devono essere eliminati o ridotti al minimo possibile il disagio, la fatica e le tensioni psichiche e fisiche (stress) dell'operatore», tenuto conto almeno di una lunga serie di principi ergonomici, tra i quali, ai fini che qui interessano, «evitare un ritmo di lavoro condizionato dalla macchina», nonché, «evitare un controllo che richiede una concentrazione prolungata».

Vi è anche un altro risvolto del tema in oggetto – già affrontato ampiamente in altra sede⁵ – che attiene alla tutela dei dati personali dei lavoratori e che rappresenta una ulteriore (e non meno rilevante) conseguenza derivante dall’uso delle nuove tecnologie, specialmente quelle sensoriali, le quali realizzano un sistema di monitoraggio⁶ che raccoglie in tempo reale i dati personali dei lavoratori relativi al comportamento, alle modalità esecutive della prestazione e persino i parametri biologici, su cui si compirà un breve cenno.

Ebbene, in tale prospettiva va premesso che non esiste una definizione chiara e univoca di robotica, né esiste una tassonomia in base alla quale è possibile operare una classificazione certa e affidabile⁷, e che la soluzione più agile può essere cercata nella funzione svolta dal singolo strumento, che consiste, talora, nel potenziare il lavoratore per un migliore rendimento della prestazione; talaltra, nel prevenire eventuali infortuni sul lavoro; talaltra ancora, nel collaborare con il lavoratore stesso (*cobot*).

In ogni caso, qualunque sia la finalità perseguita, si pone un’esigenza di tutela della salute (fisica e psichica) del lavoratore, che spinge a domandarsi se l’attuale modello normativo della disciplina di riferimento, che è rappresentato dal decreto legislativo n. 81 del 2008, può ritenersi adeguato⁸ ad affrontare i nuovi rischi, o, piuttosto, se è necessario attingere anche al panorama normativo eurounitario, avendo riguardo al regolamento (UE) 2023/1230, che stabilisce i requisiti di sicurezza e di tutela della salute delle macchine al fine di garantire la tutela della salute «in particolare dei consumatori e degli utilizzatori professionali», che si applicherà, in abrogazione della direttiva macchine 2006/42/CE⁹, a partire dal 20 gennaio 2027.

⁵ Mi permetto di rinviare al mio *La tutela del lavoratore nel trattamento dei dati personali*, Aracne, Roma, 2024.

⁶ Su cui, recentemente, cfr. V. NUZZO, *Vecchi e nuovi limiti al monitoraggio dei lavoratori al tempo dell’IA*, in *Rivista giuridica del lavoro.*, n. 4/2024, 555 ss.

⁷ Sul problema della classificazione dei dispositivi robotici, si rinvia a V. MAIO, *Il diritto del lavoro e le nuove sfide della rivoluzione robotica*, in *Argomenti di diritto del lavoro.*, 2018, 6, 1414 ss. Sul punto si veda la Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017, che suddivide la categoria dei robot a seconda della funzione espletata (medica, per l’assistenza, per il trasporto autonomi, per il lavoro, etc.); nonché il documento di sintesi licenziato dall’EU-OSHA del 2022 (*Advanced robotics, artificial intelligence and the automation of tasks: definitions, uses, policies and strategies and Occupational Safety and Health*), reperibile in https://osha.europa.eu/sites/default/files/2022-04/Advanced%20robotics_AI_based%20systems.pdf. In argomento si veda anche E. PALMERINI, *Robotica e diritto: suggestioni, intersezioni, sviluppi a margine di una ricerca europea*, in *Resp. civ. prev.*, 6, 2016.

⁸ Per un bilancio sui primi quindici anni di applicazione del d.lgs. n. 81/2008, v. D. GAROFALO, *L’evoluzione della normativa italiana in materia di tutela della salute e della sicurezza sul lavoro, anche alla luce delle più recenti trasformazioni digitali*, in *Variazioni su tema di diritto del lavoro*, n. 4/2023, 844 ss.; ma si consultino anche i vari contributi pubblicati in questo numero, in parte menzionati nella successiva bibliografia del presente contributo.

⁹ Sugli esiti applicativi della direttiva macchine, cfr. Inail, Dipartimento innovazioni tecnologiche e sicurezza degli impianti, prodotti e insediamenti antropici, *11° Rapporto sull’attività di sorveglianza del mercato ai sensi del d.lgs. 17/2010 per i prodotti rientranti nel campo di applicazione della Direttiva Macchine*, a cura di SARA ANASTASI, FABIO GIORDANO, TIZIANO GIULIMONDI, LUIGI MONICA (DIT, Inail), Collana Ricerche, ed. 2024, in particolare cap. III per approfondire l’analisi dei requisiti di sicurezza.

Lo scopo è di mettere in evidenza l'opportunità di realizzare una prevenzione partecipata¹⁰ dei rischi nell'utilizzo dei dispositivi di lavoro anche ridefinendo i ruoli e le funzioni dei principali soggetti coinvolti nelle dinamiche organizzative della sicurezza attualmente configurati nell'assetto delineato dal d.lgs. n. 81/2008, attraverso un raccordo sistematico delle fonti, italiana sulla sicurezza del lavoro, ed europea sulla sicurezza delle macchine, in un quadro di riferimento della normativa applicabile che sul piano interpretativo si intreccia anche con il regolamento (UE) 2016/679 sulla protezione dei dati personali e con il regolamento sulla intelligenza artificiale (UE) 2024/1689¹¹.

In tale prospettiva, la riflessione muove da alcune (brevi) considerazioni di carattere preliminare sul fenomeno del potenziamento umano del lavoratore nell'ambito dei principi sul lavoro dettati dal nostro Costituente, utili ai fini della rappresentazione, sul piano giuridico, di un tema che presenta una forte connotazione interdisciplinare.

2. Potenziamento umano del lavoratore e rilievi costituzionali

Per potenziamento umano (*human enhancement*) può intendersi l'insieme di interventi per via farmacochimica o elettro-meccanica sul corpo o sulla mente di individui sani allo scopo di aumentare e migliorare caratteristiche o funzioni psicofisiche¹². In altri termini, si allude alle possibilità volte ad amplificare le capacità naturali dell'essere umano, superando i limiti fisiologici e cognitivi, attraverso qualsiasi modifica al corpo, realizzata intenzionalmente allo scopo di rendere le persone sane migliori di quelle in buona salute e le persone disabili addirittura oltre la normalità¹³.

Spesso si parla indistintamente di potenziamento umano e di transumanesimo, sebbene il secondo sia «un movimento culturale che si propone di trasformare la condizione umana con la realizzazione di

¹⁰ Sul modello partecipato della sicurezza, v. V. PASQUARELLA, *I principali garanti della sicurezza nell'era delle nuove trasformazioni del lavoro: profili di attualità e limiti da superare*, in *Variazioni su temi di diritto del lavoro*, n. 4-2023.

¹¹ La robotica non coincide necessariamente con l'intelligenza artificiale, può rappresentarne una parte come nel caso di robot dotati di software intelligenti. Su tale aspetto, v. E. FIATA, *Robotica e lavoro*, in M. BIASI (a cura di), *Diritto del lavoro e intelligenza artificiale*, Giuffrè, Milano, 2024, 613-616; più specificamente sui sistemi di robotica intelligente, (*robot collaborativi e intelligenti, dispositivi indossabili, etc.*), v. S. MARASSI, *Intelligenza artificiale e sicurezza sul lavoro*, ivi, 207 ss.

¹² Comitato Nazionale per la Bioetica, *Neuroscienze e potenziamento cognitivo farmacologico: profili bioetici*. Presidenza del Consiglio dei ministri, Roma, 2013. L. PALAZZANI, *Il potenziamento cognitivo e morale: riflessioni bioetiche*, in *FORUM*, vol. 6 (2020), 7-21. Solo per menzionare alcuni, fra i vari studi sull'argomento, v. A. SANTOSUOSSO, *Cognitive Neuroscience, Intelligent Robots and the Interplay Humans-Machines*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2014, 3, 91-106; C. SALAZAR, *Umano, troppo umano... o no? Robot, androidi e cyborg nel 'mondo del diritto' (prime notazioni)*, in *BioLaw Journal*, 2014, 1, 255-276; S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2012; J. SAVULESCU, N. BOSTROM (a cura di), *Human Enhancement*, Oxford University Press, 2009; F. FUKUYAMA, *L'uomo oltre l'uomo. Le conseguenze della rivoluzione biotecnologica*, Mondadori, Milano, 2002.

¹³ M. DELFINO, *Lavoro e realtà aumentata: i limiti del potenziamento umano*, in M. BIASI (a cura di), *Diritto del lavoro e intelligenza artificiale*, cit., 597.

tecnologie sofisticate (...) volte a migliorare le capacità fisiche e intellettive dell'essere umano»¹⁴, al quale si contrappone il bioconservatorismo, che considera non etico l'utilizzo di strumenti di potenziamento che alterano le capacità naturali dell'uomo.

La questione è tutt'altro che definitoria e inerisce al rapporto tra umanesimo e tecnica¹⁵, il cui equilibrio è reso precario dalla trasformazione digitale e dalla intelligenza artificiale¹⁶, le quali aumentano il rischio di creare macchine in grado di sostituirsi ai processi decisionali umani nello spettro di quella che George Orwell nel 1949¹⁷ definiva la società del Grande Fratello, descrivendo la sudditanza del popolo al governo totalitario che ne deteneva il controllo attraverso strumenti di sorveglianza.

Venendo al cd. *empowerment* – che costituisce il tema centrale di questa indagine – e, cioè, al potenziamento che si realizza attraverso innesti nel corpo umano di dispositivi tecnologici¹⁸, e che nel contesto lavorativo avviene tramite dispositivi indossabili, come protesi robotiche ed esoscheletri progettati per migliorare le prestazioni e anche per ridurre i rischi di infortunio¹⁹, tra i principi costituzionali²⁰, esso impatta, oltre che sulla salute, come a breve vedremo, anzitutto sulla libertà individuale, che non deve essere intesa soltanto come assenza di costrizioni fisiche, ma anche come diritto di autodeterminazione, rispetto della dignità personale e controllo sul proprio corpo e sulle proprie azioni²¹. Infatti, l'obbligo di utilizzare dispositivi

¹⁴ EAD., 598 ss.

¹⁵ V. FILÌ, F. COSTANTINI (a cura di), *Legal Issues in the Digital Economy: The Impact of Disruptive Technologies in the Labour Market*, Adapt University Press, 2019, ivi, in particolare, il contributo di F. COSTANTINI, *The Digital Use of Human Beings: Labour in the "Information Age"*, e di V. FILÌ, *Platform Workers' Needs and Social Security Challenges*, sull'uso del lavoro tramite piattaforme e sulle conseguenze anche sotto il profilo della sicurezza sociale. Più in generale sui diritti della persona in quanto tale, v. E. BATTELLI, *Necessità di un umanesimo tecnologico: sistemi di intelligenza artificiale e diritti della persona*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 3, 2022, 1096 ss.

¹⁶ Per una prima prospettiva dopo l'emanazione dell'AI Act, v. L. ZOPPOLI, *Il diritto del lavoro dopo l'avvento dell'intelligenza artificiale: aggiornamento o stravolgimento? Qualche(utile)appunto*, in *Working Papers Centro Studi di Diritto del Lavoro Europeo Massimo D'Antona*– 489/2024; nonché, S. SCAGLIARINI, I. SENATORI (a cura di), *Lavoro, imprese e nuove tecnologie dopo l'AI Act*, in *Quad. Fond. Marco Biagi*, 2024.

¹⁷ G. ORWELL, 1984, Oscar Mondadori, 1949.

¹⁸ Il potenziamento è realizzabile anche attraverso interventi farmacologici o biotecnologici capaci di alterare le capacità cognitive della persona (cd. *cognitive enhancement*); e attraverso interventi sul corredo genetico ai fini della trasmissibilità del potenziamento per via ereditaria. Su tale rappresentazione per nuclei d'indagine, cfr. V. MAIO, *Diritto del lavoro e potenziamento umano. I dilemmi del lavoratore aumentato*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 2020, 3, 55 ss.

¹⁹ A tal fine, l'Istituto Nazionale per l'Assicurazione contro gli Infortuni sul Lavoro (INAIL) ha realizzato insieme all'Istituto Italiano di Tecnologia (IIT) il progetto ergCub (<https://ergocub.eu/project>) per la prevenzione specifica dei disturbi muscoscheletrici che stanno anche agli studi caso svolti dall'Agenzia Europea per la sicurezza e la salute (d'ora in poi: EU-OSHA) rappresentano in Europa (e non solo) le malattie professionali più diffuse. Tra i vari *case studies* sulla robotica: *Automazione robotica avanzata: relazione su uno studio comparativo di casi*, 19 giugno 2023; *Attuazione di sistemi avanzati di robotica e basati sull'intelligenza artificiale per l'automazione dei compiti: fattori trainanti, ostacoli e raccomandazioni*, Policy brief, 19 giugno, 2023.

²⁰ Sul tema, si rinvia a M. DELFINO (2023). *Intelligenza artificiale, robotica e diritti fondamentali. Italian Labour Law E-Journal*, 16 (2), 35–47. <https://doi.org/10.6092/issn.1561-8048/18611>.

²¹ A rischio è la «protezione della libertà del lavoratore» ovvero «la libertà dal lavoro (...)» al di là del quale «c'è la (...) libertà della persona e della sua identità», cfr. V. BAVARO, *Su lavoro e libertà (Appunti per una critica del diritto su quattro preposizioni)*, in *Diritto Lavori Mercati*, 2024, I, 179-203.

di potenziamento, eventualmente supportati dall'intelligenza artificiale, può comportare una violazione della libertà individuale, soprattutto se tale scelta è dettata da esigenze produttive e non è accompagnata da un consenso informato²², giacché, in casi del genere, i lavoratori potrebbero sentirsi costretti ad accettare tali strumenti per mantenere il proprio impiego. Ancora, si potrebbe generare un *divide* tra lavoratori potenziati e non potenziati²³, creando un contesto discriminatorio che rischia di minare i principi di uguaglianza e pari opportunità sanciti dall'articolo 3 della Costituzione, non solo tra coloro che per ragioni etiche, religiose o di salute, scelgono di non accettare il potenziamento, ma anche tra coloro che per ragioni di salute preesistente potrebbero subire effetti “collaterali” incerti dal punto di vista della stabilità della propria integrità fisica.

In altre parole, la trasformazione dei lavoratori in “componenti” di un sistema produttivo altamente tecnologizzato, dove il confine tra uomo e macchina diventa sempre più labile, potrebbe scalfire il principio lavorista²⁴ posto a fondamento della Repubblica, dall'art. 1, comma 1, della Costituzione²⁵, che tra i suoi molteplici significati, come si è sostenuto in dottrina, annovera una vera e propria concezione antropologica della vita «secondo la quale deve vedersi nel lavoro la più efficace affermazione della personalità sociale dell'uomo, (...)»²⁶.

²² Per un inquadramento generale del tema, v. D. IMBRUGLIA, *Le presunzioni delle macchine e il consenso dell'interessato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 3, 2023, 921 ss.; più recentemente, F. MAFFEI, *Robot e lavoro: quale spazio per il dissenso ei lavoratori?*, in *Rivista giuridica dell'Unione Europea*, 2024, 25 ss.

²³ In questo modo, peraltro, non solo si favoriscono dinamiche di competitività sleale dovute ad una condizione di partenza della *performance* fisica di totale disuguaglianza, ma si genera «una coercizione indiretta derivante dai condizionamenti esercitati dall'ambiente e dal mercato: le persone che volessero astenersi da queste pratiche potrebbero sentirsi obbligate a ricorrevi per rimanere competitive nei contesti – professionale, sportivo, di studio – nei quali sono attese efficienza, performance elevate o incrementi di produttività». In tal senso, v. E. PALMERINI, *Il potenziamento umano tra ideologia e mercato*, in *BioLaw Journal*, n. 1-2024, 161-182, spec. 169.

²⁴ F. G. PIZZETTI, *Potenziamento umano e principio lavorista. Spunti di riflessione*, in *Rivista di filosofia del diritto.*, 2018, 2, 261-271.

²⁵ Sul tema, v. L. ZOPPOLI, *L'idea di lavoro nella Costituzione italiana*, in G. MARI, F. AMMANNATI, S. BROGI, T. FAITINI, A. FERMANI, F. SEGHEZZI, A. TONARELLI (curr.), *Idea di lavoro e di ozio per la nostra civiltà*, Firenze University Press, 2024, 1285 ss.; nonché i contributi pubblicati in P. PASSANTI (a cura di), *La dignità del lavoro. Nel cinquantenario dello Statuto*, Franco Angeli, Milano, 2021. Nella letteratura meno recente, senza pretesa di esaustività, *Lavoro* (voce) (dir. cost.) in *Enciclopedia del diritto*, 1973, vol. XXIII, 338-354; L. MENGONI, *Fondata sul lavoro: la Repubblica tra diritti inviolabili dell'uomo e doveri inderogabili di solidarietà*, in M. NAPOLI (a cura di), *Costituzione, lavoro, pluralismo sociale*, Vita e pensiero, Milano, 1998, 3-14; G. LOY, *Una Repubblica fondata sul lavoro*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 2009, 197-238; M. LUCIANI, *Radici e conseguenze della scelta costituzionale di fondare la Repubblica democratica sul lavoro*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2010, 628-652; R. SCOGNAMIGLIO, *Lavoro. I) Disciplina costituzionale*, in *Enc. giur.* 2008, vol. XX, 1-21.

²⁶ «(...) il suo valore più comprensivo e significativo, perché nel lavoro ciascuno riesce ad esprimere la potenza creativa in lui racchiusa, ed a trovare, nella disciplina e nello sforzo che esso impone, insieme allo stimolo per l'adempimento del proprio compito terreno di perfezione, il mezzo necessario per soddisfare al suo debito verso la società con la partecipazione all'opera costitutiva della collettività in cui vive». Il virgolettato riporta il pensiero di Costantino Mortati [1954], *Il lavoro nella Costituzione*, in L. GAETA, (a cura di), “Costantino Mortati e il lavoro nella Costituzione”: una rilettura, Giuffrè, Milano, 2005, 7 ss.; G. SANTORO PASSARELLI, *Trasformazioni socio-economiche e nuove frontiere del diritto del lavoro* *Civiltà giuridica e trasformazioni sociali nel diritto del lavoro*, in *Dir. rel. ind.*, 2, 2019, in particolare, per quanto qui interessa, v. par. 9.

Il potenziamento dell'uomo rischia di snaturare, quindi, la dimensione personalista del lavoro (art. 2 Cost.), «perché o contribuisce a svalutare la funzione del lavoro come strumento di autentico svolgimento e sviluppo della personalità individuale dal momento che (...) lo sostituisce col ritrovato tecnologico potenziante, oppure spinge l'uomo (...) a potenziarsi unicamente per poter lavorare di più, per “non perdere il ritmo”, (...) ponendosi, così, “a servizio” delle ragioni del lavoro e delle spinte della società iper-dinamica»²⁷. Ma anche la sua dimensione solidarista, per la quale il lavoro è non solo un diritto ma anche un dovere del singolo che deve contribuire al progresso materiale e spirituale della società (art. 4 Cost.).

Quanto al bene della salute dei lavoratori, la sua centralità nel dibattito sul potenziamento umano²⁸ si evince anche dal Quadro Strategico dell'UE in materia di salute e sicurezza sul lavoro 2021-2027²⁹, che segnala, tra le priorità, l'esigenza di migliorare la prevenzione degli infortuni sul lavoro e delle malattie professionali nei contesti di lavoro caratterizzati da tecnologie innovative³⁰.

3. L'impatto della robotica sulla salute dei lavoratori e i possibili rischi

Al fine di rappresentare i possibili rischi per la salute dei lavoratori causati dall'automazione del lavoro, in particolare dalla robotica, a fronte della varietà e complessità degli strumenti automatizzati che ne fanno parte, e che, come si è anticipato, sfugge a tentativi classificatori³¹, per grandi linee, può dirsi che accanto ai robot industriali, di tradizione oramai consolidata, esistono alcuni tipi dotati di sensori

²⁷ F. G. PIZZETTI, *Potenziamento umano e principio lavorista*, cit., 264.

²⁸ Cfr. *supra*, par. 2. Come evidenzia il rapporto dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro (ILO, *The Future of Work: Technological Innovations and Workers' Rights*, 2019), è fondamentale che le tecnologie di potenziamento siano sottoposte a rigorosi controlli di sicurezza e che i lavoratori siano adeguatamente formati circa il loro utilizzo per evitare che si creino condizioni di dipendenza biomeccanica. D'altra parte, i robot sono oramai considerati elementi chiave in tutti i settori della produzione. L'ultimo rapporto *World Robotics Report* di IFR (International Federation of Robotics), mostra come siano 4.281.585 le unità robotiche operative nelle fabbriche di tutto il mondo, con un incremento del 10%. Le installazioni annuali hanno superato per il terzo anno consecutivo il mezzo milione di unità. Considerando il mercato a livello regionale, il 70% di tutti i robot di nuova implementazione nel 2023 sono stati installati in Asia, il 17% in Europa e il 10% nelle Americhe.

²⁹ Su cui, ampiamente, v. M. CORTI, *Il Quadro strategico UE in materia di salute e sicurezza sul lavoro 2021-2027*, in *Variazioni su temi di diritto del lavoro*, n. 4-2023.

³⁰ Sulla dimensione centrale della salute nella odierna trasformazione del lavoro, v. M. TIRABOSCHI, *Salute e lavoro: una questione di sostenibilità - Salute e lavoro: un binomio da ripensare. Questioni giuridiche e profili di relazioni industriali*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2023, 2, 229 ss.; più specificamente sull'impatto dei nuovi rischi tecnologici per la salute dei lavoratori, ID., *Nuovi modelli della organizzazione del lavoro e nuovi rischi*, in *Diritto della sicurezza sul lavoro*, 1-2022, 136 ss.; E. DAGNINO, *Diritto del lavoro e nuove tecnologie. Casi e materiali*, ADAPT University Press, 2022, 85 ss.; nonché, G. LUDOVICO, *Nuove tecnologie e tutela della salute del lavoratore*, in G. LUDOVICO, F. FITA ORTEGA, T.C. NAHAS (a cura di), *Nuove tecnologie e diritto del lavoro. Un'analisi comparata degli ordinamenti italiano, spagnolo e brasiliano*, Milano, University Press, 2021, 79 ss.; M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il sistema prevenzionistico e le tutele assicurative alla prova della IV Rivoluzione Industriale. Volume I. Bilancio e prospettive di una ricerca*, ADAPT University Press, 2021; M. PERUZZI, *Nuove tecnologie e salute dei lavoratori*, in *Rivista giuridica del lavoro*, 2021, 2, 179 ss. Sul metodo della prevenzione, ampiamente, S. BUOSO, *Principio di prevenzione e sicurezza sul lavoro*, Torino, Giappichelli, 2020.

³¹ Cfr. *supra*, par. 1.

intelligenti per muoversi con autonomia nell'ambiente di lavoro e soprattutto per interagire con l'uomo³² (e per questo sono definiti robot collaborativi o *cobot* dalla definizione inglese *collaborative robot*)³³.

Vi sono, poi, i dispositivi indossabili, ovvero strutture meccaniche basate, secondo la definizione di macchina fornita dal regolamento (UE) 2023/1230 (art. 3, punto 1), su un sistema di azionamento diverso dalla forza umana e finalizzate ad una applicazione ben determinata che può consistere nel potenziare il lavoratore durante lo svolgimento della prestazione oppure nel prevenire eventuali infortuni sul lavoro. Tra i robot indossabili, una delle tecnologie più promettenti è rappresentata dagli esoscheletri, cioè, dispositivi biomeccanici o mecatronici progettati per fornire supporto, amplificazione della forza e assistenza nei movimenti agli esseri umani³⁴. Le cui caratteristiche strutturali devono soddisfare i requisiti di sicurezza ergonomica prescritti dall'Allegato III (punto 1.1.6.) del regolamento macchine (UE) 2023/1230.

La loro struttura esterna, rigida o semirigida, li rende agevolmente adattabili alla forma del corpo umano integrandone il movimento biomeccanico. Sono composti da sensori di funzionamento e di controllo, i quali contribuiscono, non solo a diminuire la pressione sulle articolazioni e sui muscoli, prevenendo lesioni da sovraccarico, ma anche a migliorare le capacità motorie soprattutto delle persone con disabilità, in generale, incrementando la produttività.

Tra i rischi di natura fisica e biomeccanica, in primo luogo, vi è da considerare che possono risultare eccessivamente ingombranti sul corpo umano e, dunque, "accelerare" l'esecuzione della prestazione lavorativa con un impegno eccessivamente gravoso per l'utilizzatore, fino a comportare effetti negativi per la salute, in termini, ad esempio, di limitazione della libertà di movimento.

Tale rigidità, alla lunga, può portare, sia a lesioni muscoloscheletriche, sia a sovraccarico muscolare e articolare, in quanto il carico fisico può ridistribuirsi su parti del corpo non adeguatamente supportate, causando affaticamento in aree non progettate per sostenere tale pressione, senza considerare, peraltro, che il peso dell'esoscheletro può alterare il centro di gravità dell'utilizzatore, aumentando il rischio di cadute, soprattutto in ambienti dinamici o irregolari³⁵.

Questa descrizione, benché approssimativa, deve tenere conto anche dei rischi legati alla intelligenza artificiale.

³² M. FAIOLI, *Assessing Risks and Liabilities of AI-Powered Robots in the Workplace. An EU-US Comparison*, in *Dir. sic. lav.*, 1-2025; P. E. PEDÀ, *L'impatto della robotica e dell'intelligenza artificiale sul diritto del lavoro*, in R. FABOZZI, P. MATERA, R. PESSI, G. SIGILLÒ MASSARA (a cura di), *Diritti, lavoro e nuove tecnologie*, Giappichelli, Torino, 2024, 107 ss.

³³ Più approfonditamente, v. E. FIATA, *Robotica e lavoro*, in M. BIASI (a cura di), *Diritto del lavoro e intelligenza artificiale*, cit., 619 ss.

³⁴ Cfr. il caso studio *Dispositivi indossabili per monitorare e migliorare l'ergonomia della postura: sistemi digitali intelligenti per migliorare la sicurezza e la salute dei lavoratori*, EU-OSHA, 5 dicembre 2024.

³⁵ Per un'analisi dell'impatto degli esoscheletri sul corpo umano, si veda il progetto (UNI1611109) dell'Ente Italiano di Normazione Membro Italiano ISO e CEN, reperibile sul sito internet www.uni.com

Infatti, le principali disposizioni del regolamento (UE) 2024/1689 sulla intelligenza artificiale prevedono varie misure da adottare secondo una classificazione dei potenziali rischi basata su un modello piramidale che per i sistemi “ad alto rischio” stabilisce precisi requisiti di progettazione e di gestione per i fornitori di IA, oltre che di trasparenza, e specifici obblighi gravanti su tutti i soggetti a vario titolo coinvolti³⁶.

Peraltro, nella lettura del testo si ravvisano, in maniera diffusa, vari richiami al regolamento (UE) 2016/679 sul trattamento dei dati personali, a conferma del fatto che la legge sull'IA si basa sulla interazione con la disciplina sui dati personali dovuta al carattere “endemico” del rischio di lesione del diritto di protezione dei dati personali in ogni strumento che funzioni con modalità automatizzate ancorché intelligenti. Se ne conviene, in aggiunta, come abbiamo già osservato altrove, che il regolamento sul trattamento dei dati assume un rilievo centrale nella disciplina dei sistemi di automazione basati sul funzionamento dell'intelligenza artificiale³⁷.

Difatti, non si può prescindere dal considerare il rischio di lesione del diritto di protezione dei dati personali del lavoratore conseguente dal monitoraggio della casella di posta aziendale, oppure eseguito tramite i menzionati dispositivi indossabili o anche mediante sistemi di videosorveglianza. In tutti questi casi si tratta di modalità di esercizio del potere datoriale³⁸ che determinano un trattamento illecito di dati del lavoratore realizzato attraverso il controllo a distanza, a cui si applica l'art. 4 dello Statuto dei lavoratori e il regolamento (UE) 2016/679, nonché il d.lgs. n. 196/2003 (Codice in materia di protezione dei dati personali), come previsto dal menzionato art. 4 St. lav., che ad essi compie esplicito rinvio.

Senza trascurare, poi, che dalla violazione del diritto di protezione dei dati può derivare il rischio della “perdita del controllo dei dati” da parte del lavoratore, una forma di danno che si ritiene possa scaturire dalla violazione delle norme del regolamento (UE) 2016/679, la cui tutela è azionabile in sede amministrativa (innanzi all'Autorità garante per la protezione dei dati personali) o in sede giurisdizionale secondo le modalità stabilite dal regolamento medesimo e dal d.lgs. n. 196/2003³⁹.

Ebbene, l'individuazione di questi (nuovi) rischi presuppone un'analisi attenta del processo di lavoro, in attuazione del principio della prevenzione primaria, insito nel precetto comunitario secondo cui i rischi devono essere evitati, ridotti, o comunque eliminati⁴⁰, che va condotta alla stregua di quanto stabilito dal

³⁶ V. art. 6, Sezione I, Capo III del regolamento (UE) 2024/1689.

³⁷ Su cui si rinvia a A. MANTELETO e M. PERUZZI, *L'AI Act e la gestione del rischio nel sistema integrato delle fonti*, in *Rivista giuridica del lavoro*, n. 4/2024, I, spec. 526 ss.; G. GAUDIO, *Valutazioni d'impatto e management algoritmico*, ivi, spec. I, 538 ss.; ma sia consentito un rinvio anche al mio *La tutela del lavoratore nel trattamento dei dati*, cit., spec. 44.

³⁸ Sulla funzione di controllo svolta nell'esercizio del potere direttivo v. L. TEBANO, *Fabbrica 4.0 e “potere di controllo direttivo”*, in M. RUSCIANO, L. GAETA, L. ZOPPOLI (a cura di), *Mezzo secolo dallo statuto dei lavoratori*, in (*Quaderni della Rivista*) *Diritti lavori mercati*, vol. I, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, spec. 450.

³⁹ Con particolare riferimento alla qualificazione del danno da lesione del diritto di protezione dei dati personali, al profilo della sua risarcibilità e ai modelli di tutela di cui può avvalersi il lavoratore mi permetto di rinviare al mio *La tutela del lavoratore nel trattamento dei dati personali*, Aracne, Roma, 2024, capitoli 3 e 4.

⁴⁰ P. PASCUCCI, *Le nuove coordinate del sistema prevenzionistico*, in *Diritto della sicurezza sul lavoro* 2-2023, 43.

complesso delle disposizioni vigenti in materia (art. 2087⁴¹ c.c.; direttiva quadro n. 89/391/CE; d.lgs. n. 81/2008), e in relazione, appunto, sia al regolamento sull'IA, sia al regolamento sul trattamento dei dati personali.

4. Il decreto legislativo n. 81/2008 e il regolamento (UE) 2023/1230: opportunità di un coordinamento

Da questa angolazione, va preliminarmente osservato che la prevenzione dei rischi – che notoriamente si configura, ai sensi dell'art. 15, d.lgs. n. 81/2008, come una delle prime misure generali di tutela del nostro ordinamento giuridico di sicurezza sul lavoro – dal punto di vista dell'organizzazione del lavoro⁴² rappresenta la principale strategia per la individuazione e valutazione dei rischi a partire dal momento della progettazione e della fabbricazione, fino a quello della successiva installazione degli strumenti di lavoro, nell'ottica, prima di tutto, di evitare il loro verificarsi. Da cui può comprendersi l'utilità, nell'uso dei sistemi di automazione, di accertare la conformità del “dispositivo-macchina”, che viene assegnato al lavoratore, alle caratteristiche di progettazione e di costruzione, per evitare i rischi prima ancora che per fronteggiare quelli inevitabili.

D'altra parte, che l'automazione del lavoro implichi l'uso di macchine è detto chiaramente, tra l'altro, nel regolamento sull'IA, là dove «il termine "automatizzato" si riferisce al fatto che il funzionamento dei sistemi di IA prevede l'uso di macchine» (Considerando 12).

Senonché, premesso che la valutazione dei rischi va eseguita tenendo conto delle modalità specifiche di esecuzione della prestazione⁴³, diventa necessaria l'integrazione sul piano delle fonti – in precedenza accennata⁴⁴ – della normativa vigente in materia di sicurezza sul lavoro (d.lgs. n. 81/2008) con il regolamento (UE) 2023/1230 relativo alla sicurezza delle macchine, affinché possa definirsi a livello

⁴¹ Com'è stato osservato, l'obbligo di sicurezza non può che essere inteso oggi come la risultante di un sistema circolare nel quale interagiscono reciprocamente la norma generale dell'art. 2087 c.c. e le norme speciali di cui al d.lgs. n. 81/2008. In termini di «necessaria interazione/integrazione tra le due fonti normative», che si ripercuote sulla interpretazione, in specie della norma generale, si veda P. PASCUCCI, *Organizzazione aziendale e tutela della salute e della sicurezza sul lavoro*, in *Lavoro diritti europa*, n. 4/2024, 3 ss.

⁴² Sul ruolo dell'organizzazione del lavoro nell'ecosistema della sicurezza è d'obbligo il rinvio a L. MONTUSCHI, *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, Franco Angeli, Milano, 1976. Sul problema di affrontare il tema della salute e sicurezza nei contesti lavorativi a livello di organizzazione, si veda M. TIRABOSCHI, *Nuovi modelli della organizzazione del lavoro e nuovi rischi*, in *Dir. sic. lav.*, 1-2022, 150 ss.; P. PASCUCCI, *Il Testo Unico sulla salute e sicurezza sul lavoro: spunti di riflessione (a fronte dei cambiamenti in atto) e proposte di modifica*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Bilancio e prospettive di una ricerca. Il Sistema prevenzionistico e le tutele assicurative alla prova della IV Rivoluzione industriale*, ADAPT University Press, I, 499-518; C. LAZZARI, *Brevi considerazioni a proposito di salute e sicurezza nel mondo del lavoro che cambia*, in *Diritto della sicurezza sul lavoro*, 1-2022, 3 ss. (con specifico riferimento alla promozione dei modelli di organizzazione e gestione del rischio per la prevenzione dei rischi).

⁴³ In questo senso, cfr. P. PASCUCCI, *Le nuove coordinate del sistema prevenzionistico*, cit., 43 ss.

⁴⁴ Cfr. *supra*, par. 1.

nazionale una cornice legislativa di riferimento che miri, a livello prevenzionistico, a coniugare in modo organico la salute e la sicurezza dei lavoratori automatizzati con le esigenze di innovazione.

Questa prospettiva può desumersi, peraltro, dallo stesso regolamento macchine, in particolare dall'art. 5 – rubricato «Protezione delle persone durante l'installazione e l'uso di macchine e prodotti correlati» – che attribuisce agli Stati membri la facoltà di stabilire ulteriori norme per la protezione delle persone durante l'installazione o l'utilizzo delle macchine – recita la norma – «compresi i lavoratori».

Tale disposizione va intesa non soltanto come possibilità di prevedere una fase di eventuale adeguamento del testo europeo da parte dei singoli ordinamenti giuridici nazionali, ma anche nel senso di un allargamento del campo di applicazione delle misure di adeguamento alla categoria dei lavoratori, che, per quanto rivolta esplicitamente alle fasi di installazione e utilizzo delle macchine, non esclude, almeno non espressamente, che al regolamento si possa fare riferimento anche in relazione alle fasi della progettazione e fabbricazione.

In particolare, il menzionato art. 5, del regolamento macchine, disponendo nei termini anzidetti, sembrerebbe andare oltre la previsione dell'art. 4 della direttiva 2006/42/CE – rubricato «Sorveglianza del mercato» – il quale prevede, in maniera più generica, che gli Stati membri possono adottare provvedimenti ai fini dell'immissione nel mercato (e/o della messa in servizio) delle sole macchine che soddisfano i requisiti di sicurezza stabiliti dall'Allegato I della direttiva medesima.

Nel complesso, può dirsi che la struttura stessa del regolamento macchine (UE) 2023/1230 si rappresenta più ampia e diversamente articolata⁴⁵ rispetto alla direttiva 2006/42/CE. Sono scanditi nel dettaglio i soggetti obbligati, i relativi obblighi, nonché i requisiti fondamentali di sicurezza delle macchine medesime, sicché ne scaturisce un sistema che potrebbe irrobustire il modello di prevenzione declinato nel Titolo I del d.lgs. n. 81/2008, almeno con riguardo a quattro punti chiave: 1. obbligo di valutazione dei rischi specifici legati alle tecnologie di potenziamento; 2. procedure di informazione e formazione dei lavoratori, garantendo il consenso informato sulle modalità d'uso dei dispositivi; 3. controlli sanitari per la prevenzione di infortuni e malattie professionali collegate al loro utilizzo; 4. coinvolgimento delle rappresentanze dei lavoratori in fase di valutazione dei rischi e di individuazione delle misure di tutela.

⁴⁵ Può evincersi dall'art. 1 che individua l'oggetto e le finalità del regolamento macchine (UE) 2023/1230 nella determinazione «dei requisiti di sicurezza e di tutela della salute per la progettazione e la costruzione di macchine, prodotti correlati e quasi-macchine, ai fini della loro immissione nel mercato o della loro messa in servizio». Ma lo stesso può dirsi anche in relazione alla titolarità degli obblighi di sicurezza in quanto il regolamento è piuttosto analitico nell'individuare, tramite le disposizioni collocate nel Capo II, non solo i soggetti obbligati, come i fabbricanti (artt. 10-11); i mandatari (art. 12); gli importatori (artt. 13-14); i distributori (artt. 15-16), ma anche i vari obblighi gravanti su ognuno di essi. Mentre la direttiva individua nella medesima disposizione – art. 5 – sia i soggetti obbligati (il fabbricante e il suo mandatario), sia i compiti ai quali gli stessi sono tenuti, specificando successivamente – nell'(unico) Allegato I – le condizioni e i requisiti essenziali di sicurezza dei prodotti ai fini della diffusione nel mercato e del loro utilizzo.

4.1. La prevenzione organizzata alla fonte

Dapprima in relazione alla valutazione dei rischi, si osserva che il regolamento macchine, nel Capo II, dall'art. 10 in poi, si occupa di disciplinare gli obblighi degli operatori economici (fabbricanti, importatori, distributori), imponendo, distintamente a ciascuno di essi, di verificare la conformità delle macchine ai requisiti essenziali di sicurezza e di tutela della salute stabiliti nell'Allegato III, relativi alla progettazione e alla costruzione di macchine, prima dell'immissione nel mercato o comunque prima della messa in servizio, cosicché – ed è questo l'aspetto di maggiore rilievo – la valutazione dei rischi avviene già in questa fase e attiene specificamente al momento della fabbricazione⁴⁶.

Si tratta, invero, del principio della prevenzione dei rischi primaria cd. alla fonte⁴⁷, che costituisce il filo conduttore del regolamento macchine, e anche del d.lgs. n. 81/2008, nel quale emerge dalla distribuzione, ancorché piuttosto generica, degli obblighi di progettazione, fabbricazione e fornitura, e di installazione, configurati rispettivamente in capo ai progettisti (art. 22), ai fabbricanti (e ai fornitori) (art. 23), e agli installatori (art. 24), nonché, dall'insieme delle disposizioni relative alla introduzione di nuove attrezzature di lavoro e ai dispositivi di protezione individuale (artt. 69-79, d.lgs. n. 81/2008).

Ebbene, con riferimento a queste norme della legislazione nazionale, e in modo particolare a quelle relative all'introduzione di nuove attrezzature (artt. 69-79), che oggi consistono proprio in strumenti come la robotica e varie altre tecnologie innovative digitali di complessa progettazione e costruzione, e dal funzionamento non sempre facile, la finalità dell'adeguamento normativo sarebbe anche di ottenere, da parte non solo dei lavoratori⁴⁸ ma dello stesso *deployer*⁴⁹ – nei casi in cui coincide con il datore di lavoro – una informazione⁵⁰ adeguata e completa su tutte le caratteristiche d'uso degli strumenti in dotazione

⁴⁶ In particolare, la procedura di valutazione deve tenere conto di vari fattori elencati nell'All. III, nell'ambito dei requisiti essenziali di sicurezza e tutela della salute, tra cui: i materiali adoperati per la fabbricazione (1.1.3.); i dispositivi e i punti di illuminazione (1.1.4.); la movimentazione (1.1.5.); l'ergonomia (1.1.6.), etc.; e nei casi di strumenti abilitati all'intelligenza artificiale, la limitazione del rischio si incentra sulla necessità di garantire il funzionamento corretto dei sistemi di comando (1.2) al fine di garantire che l'avviamento del dispositivo (1.2.3.), o l'eventuale arresto (1.2.4.), avvengano sempre tramite un'azione volontaria.

⁴⁷ Ampiamente, v. P. PASCUCCI, *Infortunio sul lavoro, tra prevenzione, protezione, organizzazione ed effettività*, in G. CANAVESI – E. ALES (a cura di), *La tutela antinfortunistica oggi*, Giappichelli, Torino, 2020, 51 ss.; ancora, S. BUOSO, *Principio di prevenzione e sicurezza sul lavoro*, cit., 47 ss.

⁴⁸ Questi ultimi devono poter essere messi nella condizione di valutare, in base soprattutto alle personali caratteristiche fisiche e psichiche, che per ovvie leggi della natura sono soggette al cambiamento, i *pro* e i *contro* dell'uso dei mezzi di robotica nell'esecuzione della propria prestazione di lavoro. Un eventuale rifiuto del lavoratore ad assumere i dispositivi indossabili per ragioni di (in)idoneità fisica, deve, infatti, considerarsi legittimo oltre che necessario. Sui limiti del dissenso del lavoratore nei casi di dispositivi indossabili e della funzione da questi ultimi svolta, v. la ricostruzione di F. MAFFEI, *ROBOT e lavoro: quale spazio per il dissenso dei lavoratori?*, cit., 36 ss.

⁴⁹ Sul ruolo attivo del *deployer* nell'AI Act (art. 26, par. 5), v. A. MANTELETO e M. PERUZZI, *L'AI Act e la gestione del rischio nel sistema integrato delle fonti*, cit., 529.

⁵⁰ Si veda, in tal senso, l'art. 13 del regolamento (UE) 2023/1230, che impone ai produttori di fornire manuali di istruzione dettagliati e comprensibili, contenenti le modalità di utilizzo sicuro delle macchine; le indicazioni per identificare potenziali guasti o comportamenti anomali; le procedure di emergenza per garantire la sicurezza degli operatori.

(art. 36, d.lgs. n. 81/2008), nonché una formazione che, non solo, risulti adeguata al grado di rischio che può derivare dall'utilizzo della macchina (specie se intelligente), ma che sia soprattutto “continua”, e questo perché l'«introduzione di nuove attrezzature di lavoro o di nuove tecnologie, (...)» [art. 37, comma 3, lett. c), d.lgs. n. 81/2008], non può più essere considerata un fattore meramente occasionale, bensì, va ritenuta una caratteristica strutturale della trasformazione del lavoro⁵¹.

Ciò vale per qualsiasi dispositivo di automazione del lavoro, compresi quelli di intelligenza artificiale⁵², fermo restando, in questi casi, il ricorso alla disciplina europea di riferimento come anche alla normativa sulla protezione dei dati, almeno relativamente alle parti in cui è lo stesso regolamento sull'IA, come si è anticipato, a prevedere il rinvio.

Peraltro, tenendo conto che per l'IA vige un modello *risk-based* che annovera come rischi interessati dalle misure di gestione che il fornitore deve predisporre nell'ambito del *conformity assessment*⁵³ «solo quelli che possono essere ragionevolmente attenuati o eliminati attraverso lo sviluppo o la progettazione del sistema di IA ad alto rischio o la fornitura di informazioni tecniche adeguate» (art. 9, par. 3). Il rilievo che assume la fase di progettazione e di fabbricazione emerge anche dal successivo par. 5 del medesimo art. 9 della legge sull'IA (lett. a), nella parte in cui è stabilito che la eliminazione o riduzione dei rischi riguardanti la salute, la sicurezza e i diritti fondamentali (art. 9, par. 2), deve essere resa possibile dal punto di vista tecnico attraverso una adeguata progettazione e fabbricazione dei sistemi di IA ad alto rischio.

Quanto, infine, alle misure di prevenzione del rischio *privacy*⁵⁴, va considerata la valutazione dei rischi per la sicurezza dei dati dei dipendenti in relazione: alla natura dell'attività dell'azienda ovvero dell'unità produttiva, anche in questo caso sin dalla fase della progettazione del processo aziendale (cd. *privacy by design*), (art. 25, e Considerando (75) e (78) del GDPR); alla adozione delle misure tecniche e organizzative nel rispetto dei principi applicabili in materia e in particolare al fine di ridurre al minimo il trattamento dei dati (fra gli altri, il *principio di minimizzazione*-art. 5 e Considerando (39) del GDPR); alla valutazione

⁵¹ In proposito, v. anche l'art. 73, comma 4-bis, d.lgs. n. 81/2008, (come modificato dall'art. 14, comma 1, lett. g), d.l. n. 48/2023): «Il datore di lavoro che fa uso delle attrezzature che richiedono conoscenze particolari di cui all'articolo 71, comma 7, provvede alla propria formazione e al proprio addestramento specifico al fine di garantire l'utilizzo delle attrezzature in modo idoneo e sicuro.»

⁵² S. CAIROLI, *Intelligenza artificiale e sicurezza sul lavoro: uno sguardo oltre la siepe*, in *Diritto della sicurezza sul lavoro*, 2-2024, 26 ss.; e, ivi, anche M. PERUZZI, *Sistemi automatizzati e tutela della salute e sicurezza sul lavoro*, 78 ss.; M. G. ELMO, *Sistemi IA e rischi per la salute e la sicurezza dei lavoratori: riflessioni a margine della regolamentazione europea*, in *Rivista giuridica ambiente e diritto*, 4-2024, 1 ss.

⁵³ Su cui v. A. MANTELERO e M. PERUZZI, *L'AI Act e la gestione del rischio nel sistema integrato delle fonti*, cit., 529-530. Si veda anche, prima, sulla proposta di regolamento, C. TIMELLINI, *Verso una Fabbrica Intelligente: come l'AI invita a ripensare la tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori*, in *Variazioni su temi di diritto del lavoro*, n. 4-2023.

⁵⁴ Sui modelli di valutazione del rischio *privacy*, si è avuto modo di considerare la possibilità di un documento di valutazione per la prevenzione del rischio *privacy* da parte del datore di lavoro, per esempio come *addendum* del consueto documento di valutazione dei rischi sul lavoro. Su tale aspetto, mi sia consentito nuovamente rinviare a *La tutela del lavoratore nel trattamento dei dati personali*, cit., 110 ss.; nonché, *Data protection e sicurezza sul lavoro: un documento di valutazione dei rischi (DVR) anche per la privacy?*, in *Diritto della sicurezza sul lavoro*, 1-2024.

d'impatto che i trattamenti possono determinare sui lavoratori prima che gli stessi abbiano inizio nei casi in cui l'uso di nuove tecnologie, considerati la natura, l'oggetto, il contesto e le sue finalità, può presentare un rischio elevato per i propri diritti e libertà (cd. *privacy impact assessment-PIA*), (art. 35, e Considerando (84), (89)-(93) e (95) del GDPR)⁵⁵.

4.2. La ridefinizione del ruolo e delle funzioni del medico competente e dei rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza (RLS)

Con riferimento agli altri profili, dei controlli sanitari e della partecipazione sindacale, si ha riguardo alla componente attoriale, che nel regolamento macchine risulta circoscritta essenzialmente ai soggetti coinvolti nella prevenzione dei rischi alla fonte, con riferimento alle fasi della progettazione, costruzione, installazione e della successiva immissione nel mercato.

La nostra legislazione del 2008, invece, prevede un ventaglio di soggetti più ampio, che oltre al datore di lavoro e ai lavoratori medesimi, comprende anche il medico competente, la cui funzione è stata molto valorizzata durante la fase pandemica⁵⁶, e i rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza (RLS), che nello stesso periodo sono stati protagonisti di un rinnovato attivismo sul piano del dialogo sociale. Entrambe queste figure si ritiene possano svolgere un ruolo fondamentale nell'ambito della prevenzione dei rischi legati all'uso della robotica sul lavoro, proprio in relazione a quanto previsto anche dal regolamento macchine (UE) 2023/1230.

Tanto il medico competente, quanto i rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza – i quali svolgono una funzione di consultazione preventiva – insieme anche al responsabile del servizio di prevenzione e protezione (RSPP), che vanta un ruolo di pregio nel possesso delle competenze tecniche del processo produttivo, collaborano alla valutazione dei rischi con il datore di lavoro e alla redazione del relativo documento (art. 29, comma 1, d.lgs. n. 81/2008), come tra l'altro prevede il successivo comma 3 del menzionato art. 29, là dove afferma che «la valutazione dei rischi deve essere immediatamente rielaborata, (...)» e anche «il documento di valutazione dei rischi deve essere rielaborato (...) in occasione di modifiche del processo produttivo o della organizzazione del lavoro significative ai fini della salute e sicurezza dei lavoratori, o in relazione al grado di evoluzione della tecnica (...)».

⁵⁵ Si è nell'ambito degli adempimenti che la legislazione in materia di protezione dei dati personali attribuisce al datore di lavoro in qualità di titolare del trattamento dei dati. Sul punto, mi permetto ancora un rinvio a *La tutela del lavoratore nel trattamento dei dati personali*, cit., 105 ss.

⁵⁶ Per un resoconto generale in materia di sicurezza durante la pandemia, si veda il Rapporto *OSH and the COVID-19 pandemic: A legal analysis*, ILO-Working Paper 2023.

Con riferimento al medico competente, la sua presenza, già prevista nelle ipotesi di sorveglianza sanitaria di cui all'art. 41, comma 1, lett. a)-b)⁵⁷, d.lgs. n. 81/2008, è stata di recente ampliata in relazione ai rischi collegati all'uso delle nuove tecnologie, dal d.l. n. 48/2023⁵⁸, nella parte in cui, tra le modifiche al testo unico del 2008, si dispone l'obbligo del datore di lavoro di nominare il medico competente «qualora sia richiesto dalla valutazione dei rischi» [art. 14, comma 1, lett. a)]⁵⁹.

Sotto questo aspetto non si può fare a meno di evidenziare che il medico competente è destinato ad assumere una posizione di crescente rilievo nelle dinamiche della sicurezza del lavoro. Egli, infatti, è tenuto ad effettuare le visite mediche periodiche sui lavoratori «di norma» una volta l'anno, ma lo stesso legislatore prevede pure che «Tale periodicità può assumere cadenza diversa stabilita dal medico competente in funzione della valutazione del rischio» [(art. 41, comma 2, lett. b), d.lgs. n. 81/2008]. Ed è del tutto presumibile che la programmazione delle visite periodiche subirà una diversa e più frequente calendarizzazione in ragione della opportunità di vigilare sulle condizioni di salute dei lavoratori esposti ai nuovi rischi.

Senonché, in ragione, sia di tale ultima previsione, sia dell'obbligo di redigere e aggiornare la cartella sanitaria di ciascun lavoratore nelle ipotesi di nuovi rischi (art. 25, comma 1, d.lgs. n. 81/2008), andrebbero rafforzate sul piano normativo le funzioni del medico competente nei casi in cui si prevede l'introduzione di nuove attrezzature tecnologiche nei luoghi di lavoro – ovvero prima della loro adozione – per esempio, coadiuvando il datore di lavoro, all'atto della scelta delle stesse, nella individuazione e ponderazione di tutti i possibili rischi connessi al loro impiego [(art. 25, comma 1, lett. a), d.lgs. n. 81/2008]⁶⁰.

Oltre al medico competente, l'uso della robotica richiede di incentivare anche la partecipazione dei rappresentanti per la sicurezza (RLS), che, come noto, hanno un ruolo di primo piano nel d.lgs. n. 81/2008, nell'ambito del Titolo I (Principi comuni) dove occupano per intero la Sezione VII (Consultazione e partecipazione dei rappresentanti per la sicurezza dei lavoratori). Ad esempio, come si è già osservato in tema di controllo della sicurezza dei sistemi di IA, attraverso il ricorso ai Mog, che

⁵⁷ (...) nei casi previsti dal medesimo d.lgs. n. 81/2008 secondo le indicazioni della Commissione consultiva permanente e su richiesta del lavoratore.

⁵⁸ E. DAGNINO, D. GAROFALO, G. PICCO, P. RAUSEI (a cura di), *Commentario al d.l. 4 maggio 2023, n. 48, c.d. "decreto lavoro"*, Adapt University Press, e-Book series n. 99, 2023.

⁵⁹ La modifica non appare del tutto ragionevole nel momento in cui si prospetta l'apertura della sorveglianza sanitaria anche ad ulteriori rischi per la salute che solo chi abbia le adeguate competenze mediche potrebbe individuare: sul punto, v. P. PASCUCCI, *Le nuove coordinate del sistema pensionistico*, cit., 45 ss.

⁶⁰ In tal senso, va sottolineato che la valutazione dei rischi deve compiersi «(...) fin dal concepimento dell'organizzazione»: cfr., ancora, P. PASCUCCI, *op. cit.*, 49.

rappresentano un valido strumento d'intervento sul piano della prevenzione per l'analisi e la modifica eventuale dei processi organizzativi del lavoro⁶¹.

Tuttavia, è preliminare rilevare che il coinvolgimento delle rappresentanze sindacali per la sicurezza, relativamente alla introduzione di tecnologie innovative nei luoghi di lavoro, sconta una certa lentezza, del sindacato italiano stesso, a favorire un cambiamento, che è anzitutto culturale⁶².

Difatti, il mutamento di paradigma dell'organizzazione di lavoro dovuto all'adozione delle nuove tecnologie impone al sindacato di adeguarsi alle trasformazioni in atto, in primo luogo, sotto il profilo dell'aggiornamento delle proprie competenze⁶³, ma anche sul piano delle strutture della partecipazione⁶⁴, nell'ottica, complessiva, di rafforzare e supportare le rappresentanze dei lavoratori nello svolgimento delle proprie funzioni attraverso la valorizzazione e la condivisione delle conoscenze in materia di salute e sicurezza sul lavoro.

Come è stato osservato, «gli interventi delle macchine intelligenti pongono una sfida inedita alle parti delle relazioni industriali, nella loro attività contrattuale, come nelle forme partecipative»⁶⁵. Senonché, per rappresentare i lavoratori nelle nuove forme di gestione datoriale delle tecnologie digitali innovative, al fine di «tutelare l'equità e la qualità dei rapporti di lavoro di fronte alle scelte umane, e ora tecnologiche, che incidono sulla vita dei lavoratori», al sindacato «si richiede di entrare nella logica interna e nei meccanismi di funzionamento automatico di questi sistemi, per ricondurli alla capacità di controllo e di orientamento delle persone che lavorano»⁶⁶.

Un cammino in questa direzione, almeno in qualche contesto industriale, è stato avviato dalle parti sociali⁶⁷, sebbene si tratti di un percorso che, se per un verso comporta un adeguamento dal punto di

⁶¹ Su questo specifico profilo, v. C. LAZZARI, P. PASCUCCHI, *Sistemi di LA, salute e sicurezza sul lavoro*, cit., 597.

⁶² A questo riguardo, cfr. U. GARGIULO, P. SARACINI, *Riflettendo su parti sociali e innovazione tecnologica: contenuti, ratio e metodo*, in *(Quaderni della Rivista) Diritti lavori mercati*, 2023, 9 ss. e i saggi ivi raccolti.

⁶³ In proposito, si vedano gli studi svolti sulla istituzione di una piattaforma digitale nel campo della formazione, finalizzata a supportare le figure della prevenzione, in particolare il ruolo degli RLS, da A. PRETEROTTI, C. ARLATI, D. DI NUNZIO, G. FENU, D. GAGLIARDI (a cura di), *RLS OnLine e Picasso: La Rete per il Lavoro Sicuro italiano*, capitoli I, II, III, in *Dir. sic. lav.*, 1-2023.

⁶⁴ Con riferimento all'accordo quadro europeo sulla digitalizzazione, v. T. TREU, *La digitalizzazione del lavoro: proposte europee e piste di ricerca*, in *federalismi.it*, 9/2022, spec. 202 ss.

⁶⁵ Così, ancora, T. TREU, *La digitalizzazione del lavoro: proposte europee e piste di ricerca*, cit., 203; si veda anche M. CORTI, *Intelligenza artificiale e partecipazione dei lavoratori. - Per un nuovo umanesimo del lavoro*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 3, 2024, 615 ss.

⁶⁶ EAD., 204 ss.

⁶⁷ Ad esempio, ENI Italia, già nel 2017 ha avviato un lungo percorso di contrattazione con i sindacati italiani di settore (FEMCA-CISL, FILTEM-CGIL e UILTECUIL) che ha portato alla firma di 22 contratti collettivi, ai fini della introduzione di tecnologie digitali innovative come realtà aumentata e *Internet of Things*, e attraverso l'organizzazione di programmi di formazione e sensibilizzazione dei lavoratori ha introdotto il progetto *Smart Safety* per l'utilizzo di dispositivi di protezione individuale intelligenti. Va osservato, comunque, che l'implementazione di misure legate alla digitalizzazione avviene primariamente all'interno del settore del credito (si veda il Ccnl del 19 dicembre 2019 siglato da ABI, FABI, Fisac-CGIL, First-CISL e Uilca-UIL e UNISIN, che stabilisce la creazione di un comitato nazionale bilaterale e paritetico con l'obiettivo di analizzare l'impatto delle nuove tecnologie e della digitalizzazione, nell'ottica di

vista delle competenze in materia di sicurezza sul lavoro, come si è appena detto, in termini di aggiornamento formativo, per altro verso, richiede alle rappresentanze dei lavoratori⁶⁸ di svolgere un ruolo effettivamente propulsivo nell'assolvimento dei compiti di «promozione», «elaborazione», «individuazione» e «attuazione delle misure di prevenzione idonee a tutelare la salute e l'integrità fisica dei lavoratori» (art. 50, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 812008)⁶⁹.

In altri termini, nella prospettiva di incentivare la prevenzione cd. tecnologica⁷⁰, andrebbe colta come un'opportunità di crescita e di sviluppo del sindacato italiano, l'esigenza stessa di rinnovare il modello partecipato della sicurezza sul lavoro contemplato dall'art. 9 dello Statuto dei lavoratori⁷¹, il che implicherebbe, d'altro canto, un «salto di qualità» del ruolo sindacale, oltre che nei sistemi di intelligenza artificiale, in generale nelle tecnologie digitali innovative, e quindi (anche) negli spazi di implementazione della robotica industriale, verso forme di «partecipazione attiva di stampo organizzativo»⁷².

individuare i fabbisogni di competenze del futuro e l'emersione di nuove mansioni e figure professionali. Si veda, in ogni caso, il *Report* dell'Agenzia europea per la salute e la sicurezza sul lavoro (EU-OSHA), *Partecipazione e rappresentanza dei lavoratori: l'impatto sulla prevenzione dei rischi dei sistemi di gestione dei lavoratori basati sull'intelligenza artificiale*, 27 novembre 2024, osha.europa.eu.

⁶⁸ Per un *excursus* del ruolo delle rappresentanze collettive dei lavoratori in materia di salute e sicurezza, cfr. L. ANGELINI, *Discipline vecchie e nuove in tema di rappresentanze dei lavoratori per la sicurezza*, *I Working Papers di Olympus*, 20/2013.

⁶⁹ Sulle attribuzioni del rappresentante dei lavoratori per la sicurezza, di cui all'art. 50, d.lgs. n. 81/2008, va segnalata una recente pronuncia dei giudici di legittimità (sezione penale) che ha confermato (per la prima volta) la condanna di un RLS (insieme al datore di lavoro) per omicidio colposo, per la morte di un lavoratore dovuta ad un infortunio sul lavoro (Cass. pen. Sez. 4, 25 settembre 2023, n. 38914). Sul punto, v. M. LAI, *Le attribuzioni e le responsabilità dei rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza*, in *Lav. dir. eur.*, 2/2024; nonché, S. CELLI, *Se i diritti diventano doveri*, in *Quest. giust.*, 2/12/2023, che sottolinea che le attribuzioni ex art. 50, d.lgs. n. 81/2008, «non possono costituire obblighi o doveri». Con riferimento, invece, alla ripartizione degli obblighi di sicurezza, e allo sviluppo di un modello preventivo plurisoggettivo, v. A. PRETEROTTI, *Obbligo di sicurezza e ripartizione soggettiva degli adempimenti preventivi alla luce della più recente giurisprudenza*, in *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, 12, 2016, 830 ss.; ampiamente, A. DELOGU, *Salute e sicurezza sul lavoro*, (voce), in *Digesto delle Discipline privatistiche, sezione commerciale*, Aggiornamento, Utet, 2017. Per uno sguardo mirato al profilo della responsabilità datoriale, sul piano del diritto penale del lavoro, si veda A. DE VITA, M. ESPOSITO, *La sicurezza sui luoghi di lavoro*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2009; nonché, ampiamente, G. NATULLO, P. SARACINI (a cura di), *Salute e sicurezza sul lavoro Regole, organizzazione, partecipazione*, in *(Quaderni della Rivista) Diritti lavori mercati*, 2017, in particolare i contributi pubblicati nella sezione prima (*Le regole tra diritto del lavoro e diritto penale*). Per completezza, nella materia, il volume di G. CASAROLI, F. GIUNTA, R. GUERRINI, A. MELCHIONDA (a cura di), *La tutela penale della sicurezza del lavoro Luci e ombre del diritto vivente*, Edizioni ETS, Pisa, 2015.

⁷⁰ Cfr. il Patto per la fabbrica siglato il 7 marzo 2018 e l'Intesa di attuazione in materia di salute e sicurezza sottoscritta subito dopo, il 12 dicembre 2018), che nella sezione dedicata alla sicurezza sul lavoro sottolinea l'opportunità di privilegiare, in generale, la prevenzione e la formazione, anche valorizzando il sistema della pariteticità e ogni possibile iniziativa da realizzare con l'Inail (p. 13 dell'Accordo).

⁷¹ Sull'attualità dell'art. 9 St. lav., di recente, v. L. MENGHINI, *Le rappresentanze dei lavoratori per la sicurezza dall'art. 9 dello Statuto alla prevenzione del Covid-19: riaffiora una nuova "soggettività operaia"*, in *Dir. sic. lav.*, 1-2021. Sulla sicurezza partecipata è d'obbligo il rinvio a S. BIAGI, *Dalla nocività conflittuale alla sicurezza partecipata: relazioni industriali e ambiente di lavoro in Europa verso il 1992*, in M. BIAGI (a cura di), *Tutela dell'ambiente di lavoro e direttive CEE*, Maggioli, 1991, 123-136.

⁷² Così, S. CIUCCIOVINO, *Intelligenza artificiale e diritto del lavoro: problemi e prospettive - Risorse umane e intelligenza artificiale alla luce del regolamento (UE) 2024/1689, tra norme legali, etica e codici di condotta*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 3, 2024, 606. Sul tema, v. anche L. GUAGLIANONE, *Governance della transizione digitale: dialogo sociale, concertazione e contrattazione collettiva*, in M. BARBERA, L. GUAGLIANONE, *Welcome to the machine. Lavoro e intelligenza artificiale*, Giappichelli,



Su questo versante, fermo restando che il livello nazionale si conferma la sede più congeniale per un ritorno all'attivismo sindacale nella consueta forma del dialogo sociale attraverso il ricorso a protocolli e intese, il fenomeno tecnologico in continua espansione richiede forme di tutela convergenti sia con le ragioni del lavoratore, sia con le specificità del settore produttivo di appartenenza, sicché è a livello d'impresa (e/o territoriale) che si potrebbe sperimentare tavoli di microconcertazione, nell'ottica, di gran lunga auspicabile, di rafforzarne competenze, ruolo e funzioni, superando il livello operativo «per penetrare nel livello strategico delle decisioni in ordine all'innovazione tecnologica e organizzativa»⁷³.

5. Considerazioni conclusive

La prima, brevemente, per sottolineare in termini di opportunità il rafforzamento della prevenzione partecipata dei soggetti principali della sicurezza: medico competente, RLS, RSPP.

In questa ottica va affrontato il problema delle competenze nei settori che oggi assumono un ruolo di primo piano nell'automazione, dalla conoscenza base delle macchine, alla intelligenza artificiale, ai risvolti sulla sicurezza dei dati personali dei lavoratori.

A tal fine, prevedendo percorsi formativi specifici, come si è anche evidenziato in precedenza, coordinati e soprattutto che abbiano carattere di continuità nell'arco della durata dell'attività lavorativa, ed eventualmente «mediante l'ausilio di esperti da coinvolgere anteriormente alla adozione dei sistemi di automazione»⁷⁴.

In quest'ultima direzione, si ritiene opportuno dare spazio anche a forme di dialogo partecipato con figure specializzate in materia di intelligenza artificiale e di *data protection* da definire con modalità e tempistiche flessibili, che soddisfino le esigenze di sicurezza di volta in volta imposte sia dai sistemi in uso, sia dalle – mutevoli – condizioni di salute dei lavoratori.

Per la cui individuazione si potrebbe pensare ad uno dei soggetti che rientrano nella figura dell'«operatore» di IA (art. 3, punto 8, della legge sull'IA), che si presume abbiano conoscenza sia della conformazione del prodotto, sia dei rischi ad esso correlati. E tra questi, escludendo l'importatore (art. 8, punto 6) e il distributore (art. 8, punto 7) e probabilmente anche il *deployer*-datore di lavoro, che in quanto

Torino, 2024, 77-87; e L. IMBERTI, *Intelligenza artificiale e sindacato. Chi controlla i controllori artificiali?*, in *federalismi.it*, 2023, n. 29.

⁷³ Sul ruolo dell'autonomia collettiva nel più ampio contesto delle attuali dinamiche spazio-temporali del lavoro, v. M. ESPOSITO, *La conformazione dello spazio e del tempo nelle relazioni di lavoro: itinerari dell'autonomia collettiva*, relazione alle Giornate di Studio AIDLASS *Le dimensioni spazio-temporali dei lavori*, Campobasso 25-26 maggio 2023, ora in Atti Giornate di Studio AIDLASS, La Tribuna, Piacenza, 2024, spec. 173 ss.

⁷⁴ C. LAZZARI, P. PASCUCI, *Sistemi di IA, salute e sicurezza sul lavoro*, cit., 593-594, in particolare con riferimento al lavoro tramite piattaforme digitali, dove la direttiva (UE) 2024/2831 già prevede che i rappresentanti dei lavoratori possono essere assistiti da un esperto di loro scelta nella misura in cui ciò sia loro necessario per esaminare la questione oggetto di informazione e consultazione (art. 13, par. 3)

utilizzatore è tra coloro che per primi devono essere informati e formati sulle caratteristiche d'uso delle macchine, la scelta potrebbe ricadere sul “rappresentante autorizzato” (art. 8, punto 5), in qualità di persona fisica o giuridica che previo mandato dello sviluppatore del sistema di IA (*i.e.* fornitore, art. 8, punto 3), viene delegata ad «adempiere ed eseguire per suo conto gli obblighi e le procedure stabiliti» dal medesimo regolamento (UE) 2024/1689.

Nell'ambito della tutela dei dati personali, invece, è possibile guardare al *data protection officer* (DPO), ovvero, colui che, di norma, è designato dal titolare e dal responsabile del trattamento nelle ipotesi di «trattamenti che, per loro natura, ambito di applicazione e/o finalità, richiedono il monitoraggio regolare e sistematico degli interessati su larga scala» (art. 37, lett. *b*), oltre che negli altri casi previsti dall'art 37 del regolamento (UE) 2016/679.

In chiusura, ancora due minime osservazioni di carattere più generale.

La prima è sul rapporto tra tecnica e diritto. In merito appare utile ricordare che la storia del lavoro e dell'industria in Italia⁷⁵ ha già conosciuto un momento in cui l'introduzione di macchine sempre più complesse, con lo sviluppo dell'automazione, della cibernetica, e l'avvio dei grandi elaboratori di dati – si ricordi, per esempio, l'Elea 9003⁷⁶ – alimentava il timore di limitazioni alla libertà dell'uomo, alla dignità, con ripercussioni sullo stato di salute, e sull'uguaglianza fra i lavoratori. A quell'epoca, ci fu chi, nella consapevolezza che il progresso tecnologico non potesse essere arrestato in quanto considerato fondamentale motore di crescita sociale, affermava che non potesse esservi visione più miope di quella che vede nella tecnologia un fattore di potenziale rischio per l'umanità⁷⁷.

Del resto, in altre discipline recentemente si è osservato che sui temi della scienza e delle tecnologie, nell'esercizio della funzione normativa, il legislatore non ha piena discrezionalità, dovendo tenere conto anche della “ragionevolezza scientifica” delle scelte di regolazione che assume⁷⁸.

⁷⁵ Su cui v. la ricostruzione di L. GAETA, *Storia (illustrata) del diritto del lavoro italiano*, Giappichelli, Torino, spec. cap VII-VIII, dedicati al decennio 1950-1960.

⁷⁶ M. GAZZARRI, *ELEA 9003. Storia del primo calcolatore elettronico italiano*, Edizioni di Comunità, 2021.

⁷⁷ Interessante il recente racconto della prospettiva olivettiana di A. RUGINI, *Immaginare un mondo comune. Esercizi di pensiero con Adriano Olivetti*, Ed. di Comunità, 2024, a conferma dell'attualità del pensiero dell'imprenditore; nonché D. BALICCO *Umanesimo e tecnologia. Il laboratorio Olivetti*, Quodlibet, 2021. Ma si veda anche la *Presentazione di Luciano Gallino* nella breve raccolta dei discorsi di *Adriano Olivetti ai Lavoratori*, Edizioni di Comunità, 2012, 11-18, che descrive la visione antropocentrica del rapporto tra l'uomo e la macchina, e del concetto stesso di impresa, che non identificava esclusivamente nel luogo della produzione e del commercio. La sua idea era di creare un tipo nuovo d'impresa, basata sulla ricerca, sull'innovazione e su una organizzazione del lavoro che solo mettendo al centro il lavoratore e il suo benessere potesse ambire a raggiungere livelli maggiori di produttività.

⁷⁸ F. PIZZETTI, *Potenziamento umano e principio lavorista*, cit., 268, che cita una giurisprudenza costituzionale in tal senso (Corte cost., n. 274/2014; n. 162/2014; n. 8/2011; n. 151/2009; n. 282/2002); nonché, sullo sviluppo della biotecnologia nella ricerca genetica, v. J. HABERMAS, *The future of human nature*, Cambridge, 2003.

Ciò, se per un verso significa che il diritto non può limitarsi a recepire passivamente ogni risultato raggiunto in ambito scientifico e tecnologico, per altro verso nemmeno significa che possano legittimarsi posizioni di rifiuto o in ogni caso pregiudizievoli.

Lo sforzo che deve chiedersi al legislatore, come anche all'interprete, è di non assumere atteggiamenti volutamente ostili nei riguardi del progresso tecnologico giacché ogni risultato della tecnica ha implicazioni giuridiche, come si è visto nelle pagine iniziali, di notevole impatto sul piano costituzionale⁷⁹.

Il lavoro automatizzato, da questo punto di vista, è una realtà in crescente espansione, pensare di prenderne le distanze non giova allo sviluppo del mercato del lavoro e dell'economia nel suo complesso, ma soprattutto non protegge il lavoratore sul piano della sicurezza delle condizioni di lavoro⁸⁰.

Il quadro normativo che si è delineato, nella cornice sistematica dell'art. 2087 c.c.⁸¹ e del d.lgs. n. 81/2008, attualmente estesa al regolamento macchine UE 2023/1230, oltre che all'AI Act⁸², e al regolamento in materia di dati personali, invero, appare parecchio complesso. Ciononostante, l'interprete deve assolvere al suo compito, affinché il diritto continui ad evolversi nella direzione di garantire che l'innovazione tecnologica sia sempre al servizio dell'uomo e non viceversa⁸³, nella logica di responsabilizzazione dei soggetti⁸⁴, e in applicazione di quel principio, più che notorio, della massima sicurezza ragionevolmente praticabile⁸⁵, che è volto a conciliare le esigenze di tutela del lavoratore con quelle economico-

⁷⁹ M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali e nuove tecnologie: una mappa del dibattito italiano*, in *Revista Estudos Institucionais*, 2020, v. 6, n. 2, 395-430; G. DI COSIMO (a cura di), *Processi democratici e tecnologie digitali*, Giappichelli, Torino, 2023.

⁸⁰ Sulla «incompatibilità di fondo tra l'evoluzione dell'AI e la promozione di condizioni di lavoro giuste», M. BIASI, *(Problema e sistema nella regolazione lavoristica dell'intelligenza artificiale: note preliminari*, in *federalismi.it*, n. 30-2024, 168 ss.), il quale giunge a sostenere che dai diffusi richiami nel testo dell'AI Act ad una intelligenza artificiale antropocentrica «emerge chiaramente l'idea per cui la tecnologia debba fungere da mezzo a servizio dell'uomo (e non viceversa)» (168); in particolare anche nota 33 per gli opportuni richiami bibliografici.

⁸¹ Per una (ri)rettura dell'obbligo di sicurezza alla luce delle nuove trasformazioni, v. P. ALBI, *Il contenuto dell'obbligo di sicurezza*, in *Variazioni su temi di diritto del lavoro*, n. 4-2023.

⁸² Per un approccio fondato sul rischio anche con riguardo ai sistemi di intelligenza artificiale, v. M. PERUZZI, *LA e obblighi datoriali di tutela del lavoratore: necessità e declinazioni dell'approccio risk-based*, in *federalismi.it*, n. 30/2024.

⁸³ S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Feltrinelli, Milano, 2006, 87: «i “diritti umani” non sono perduti in una eventuale transizione verso il postumano o il transumano... Il diritto si affaccia su questi nuovi territori e da essi non può distogliere lo sguardo». Senza ovviamente andare oltre quel limite estremo superato il quale verrebbe intaccata la dignità e la libertà umana.

⁸⁴ G. FINOCCHIARO, *Intelligenza artificiale e responsabilità*, in AA.VV., *Rapporti patrimoniali e nuove tecnologie*, Scuola Superiore della Magistratura (SSM), Quaderno 31, Roma 2024, 208 ss., naturalmente declinata anche nel senso dell'*accountability*, su cui v. anche F. FAINI, *Il diritto nella tecnica: tecnologie emergenti e nuove forme di regolazione*, in *federalismi.it*, 16/2020, 22 ss.

⁸⁵ G. NATULLO, *Il quadro normativo dal Codice civile al Codice della sicurezza sul lavoro. Dalla Massima sicurezza (astrattamente) possibile alla Massima sicurezza ragionevolmente (concretamente) applicata?*, in *I Working Papers di Olympus – 39/2014*. In giurisprudenza, cfr., tra le più recenti, Cass. 17 aprile 2012, n. 6002. Per Trib. Bari, sez. lav., 5 ottobre 2017, n. 4457, “con l'art. 2087 c.c., la protezione della persona fisica e morale del lavoratore è divenuta oggetto del debito contrattuale del datore di lavoro e che la stessa, traendo linfa dai precetti costituzionali, si è rivelata come “norma aperta ai mutamenti economico-sociali”, capace di realizzare una funzione sussidiaria ed integrativa delle misure protettive del lavoratore, alla luce della direttiva della “massima sicurezza ragionevolmente praticabile” (v. sul punto Corte di giustizia CE, 14.6.2007, causa C- 127/05). In questo contesto, il debito di sicurezza si è risolto essenzialmente in un obbligo di prevenzione, che, come già osservava questa Corte con la sentenza n. 4012 del 1998 (richiamando la decisione della Corte Costituzionale

organizzative dell'impresa, onde scongiurare il rischio che assoggettamento e sottomissione evolvano in autentica disumanizzazione⁸⁶.

La seconda considerazione si muove nel solco della precedente con cui condivide la premessa di partenza e rileva sul piano della competitività digitale delle imprese con l'idea di porre in rilievo (anche) l'utilità di incentivare le attività di investimento produttivo nei settori delle tecnologie innovative.

A tale riguardo, va considerato, da un lato, che la legge di bilancio per il 2025⁸⁷ ha previsto il (ri)finanziamento della partecipazione italiana al fondo (di *venture capital*) NIF (*NATO Innovation Fund*), con lo scopo di sostenere *start-up* innovative nel campo di soluzioni tecnologiche all'avanguardia⁸⁸ (art. 1, comma 631, l. n. 207/2024) e ciò indica che la presenza dell'Italia nello scenario tecnologico europeo e internazionale è ampiamente riconosciuta. Da un altro lato, si rileva la recente introduzione di una misura agevolativa dei programmi di investimento nell'ambito delle tecnologie innovative in attuazione degli obiettivi del regolamento UE 2024/795⁸⁹ – che istituisce la piattaforma per le tecnologie strategiche per l'Europa (STEP) – il cui finanziamento rientra nel Programma Nazionale “Ricerca, Innovazione e Competitività per la transizione verde e digitale 2021-2027” (PN RIC 2021-2027).

Quest'ultima agevolazione⁹⁰, in particolare, è destinata anche alle imprese di grandi dimensioni, ed è finalizzata a incentivare gli investimenti produttivi delle imprese del centro sud del paese per lo sviluppo e la produzione delle tecnologie definite “critiche” – ovvero quelle che «conferiscano al mercato interno un elemento innovativo con un potenziale significativo oppure contribuiscano a ridurre o prevenire le

n. 399 del 1996, in ordine alla "generale e comune pretesa dell'individuo a condizioni di vita, di ambiente e di lavoro che non pongono a rischio" il bene essenziale della salute), "abbraccia ogni tipo di misura utile a garantire il diritto soggettivo dei lavoratori ad operare in un ambiente esente da rischi" e, da questo punto di vista, è anche norma di chiusura del sistema". Nel medesimo senso, in precedenza, Trib. Trieste, sez. lav., 21 maggio 2014, n. 120.

⁸⁶ La descrizione di questa prospettiva è in D. LINHART, (*La commedia umana del lavoro. Dal taylorismo al management neoliberale*, Mimesis/Piani di volo, 2021), che mette in evidenza la vulnerabilità umana del lavoratore resa trasparente dalla falsa condizione di benessere psicofisico indotta da un uso nascostamente adeguato delle nuove tecnologie.

⁸⁷ Legge 30 dicembre 2024, n. 207 recante il “Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2025 e bilancio pluriennale per il triennio 2025-2027”.

⁸⁸ L'iniziativa si collega al programma NATO denominato DIANA (*Defense innovation accelerator for the North Atlantic*), istituito nel 2021 per sostenere le società più innovative in settori tecnologici critici (tra cui robotica, biotecnologie, cybersicurezza e tecnologie spaziali), con l'obiettivo dell'Alleanza e dei suoi Stati membri di mantenere la propria superiorità tecnologica, rispetto a competitori internazionali, cfr. Dossier 20 dicembre 2024, A.C. 2112-bis-A, Edizione provvisoria Vol. II (artt. 367-811), 325-326.

⁸⁹ Regolamento (UE) 2024/795 del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 febbraio 2024 che istituisce la piattaforma per le tecnologie strategiche per l'Europa (STEP) e modifica la direttiva 2003/87/CE e i regolamenti (UE) 2021/1058, (UE) 2021/1056, (UE) 2021/1057, (UE) n. 1303/2013, (UE) n. 223/2014, (UE) 2021/1060, (UE) 2021/523, (UE) 2021/695, (UE) 2021/697 e (UE) 2021/241.

⁹⁰ Art. 8, comma 2, decreto-legge 7 maggio 2024, n. 60, contenente “Ulteriori disposizioni urgenti in materia di politiche di coesione”, convertito dalla legge 4 luglio 2024, n. 95 (*Gazzetta Ufficiale* luglio 2024, n. 157).

dipendenze strategiche dell'Unione» (Considerando 5 del regolamento UE 2024/795)⁹¹ – tra le quali è espressamente prevista anche la “categoria della robotica e dei sistemi autonomi”⁹².

Da un'altra parte ancora, va rilevato, altresì, che l'elevato costo delle tecnologie robotiche può determinare condizioni di svantaggio principalmente per le piccole e medie imprese, da cui possono derivare situazioni di *dumping* imprenditoriale⁹³ a dir poco sfavorevoli per la crescita del tessuto produttivo. È, perciò, nei riguardi di queste ultime, principalmente, che va sottolineata l'opportunità di sostenere, soprattutto nel medio e lungo periodo, l'incentivazione di politiche pubbliche mirate agli investimenti nel campo della digitalizzazione robotica e intelligente, nell'ottica di garantire la possibilità di usufruire delle misure agevolative eventualmente previste anche alle imprese di dimensioni più limitate⁹⁴.

Quanto si è detto finora – e si conclude – per (riba)dire che il binomio “lavoro e tecnica”⁹⁵ è indissolubile, e lasciare il lavoro fuori dalla tecnologia e la tecnologia fuori dal lavoro significherebbe, molto probabilmente, danneggiare entrambi. La componente lavoristica non avrebbe più la possibilità di accrescere la propria competitività mentre quella tecnologica non potrebbe più sfruttare quella insostituibile risorsa che è il lavoro umano⁹⁶.

⁹¹ Dalla intelligenza artificiale alla robotica, alle energie rinnovabili, biotecnologie, e *deep tech*, i settori nei quali vanno sostenute le tecnologie digitali sono individuati nel Considerando (6) del regolamento UE 2024/795.

⁹² Cfr. il decreto del Ministro delle Imprese e del *Made in Italy* del 12 agosto 2024 che definisce le modalità operative del funzionamento dell'agevolazione, in specie l'elenco delle tecnologie critiche ammesse a godere dell'agevolazione (Allegato 1, lett. f). Si veda anche il [Decreto direttoriale 20 dicembre 2024](#) che disciplina i termini per la presentazione delle domande (dal 5 febbraio all'8 aprile 2025).

⁹³ Su divario digitale e diseguaglianze, ampiamente, v. P. PIRAS, *Innovazione tecnologica e divario digitale*, in *Il diritto dell'economia*, n. 108 (2 2022), 111-134.

⁹⁴ Già l'art. 2 del decreto legge 21 giugno 2013, n. 69 (c.d. Nuova Sabatini) – conv. in legge n. 98/2013 – ha riconosciuto alle micro, piccole e medie imprese la possibilità di accedere a finanziamenti ed a contributi a tasso agevolato, anche mediante operazioni di leasing finanziario, per l'acquisto di macchinari, impianti, ed attrezzature. La misura è stata rifinanziata più volte e potenziata, in ragione del forte riscontro del settore produttivo e costituisce uno dei principali strumenti agevolativi nazionali di sostegno alle micro, piccole imprese nel settore degli investimenti pubblici⁹⁴.

⁹⁵ G. VARDARO (*Tecnica, tecnologia e ideologia della tecnica nel diritto del lavoro*, in *Politica del diritto*, 1986, spec. 116-118), individuava nella scelta dell'innovazione non tanto «una decisione liberamente presa dall'imprenditore» quanto piuttosto una «soluzione obbligata (...)» per non «sparire dal panorama industriale».

⁹⁶ La mente dell'uomo è il luogo della memoria, del pensiero creativo, del sapere curioso. Interessante la rappresentazione (medico-scientifica) del rapporto uomo-intelligenza artificiale, di G. MAIRA, *Intelligenza umana e intelligenza artificiale*, in *federalismi.it*, 7-2021.



Accordi collettivi dei “*platform worker*”, lavoro autonomo e *antitrust* nel diritto dell’Unione Europea*

di **Ombretta Dessì**

Professoressa associata di Diritto del lavoro
Università degli Studi di Cagliari

Abstract [It]: Il contributo si propone di esaminare gli accordi collettivi dei lavoratori su piattaforma – richiamati dalla direttiva (UE) 2024/2831 del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2024, sul miglioramento delle condizioni nel lavoro mediante piattaforme digitali – con “gli occhiali” degli orientamenti sull’applicazione del diritto della concorrenza dell’Unione Europea agli accordi collettivi concernenti le condizioni di lavoro dei lavoratori autonomi individuali, costituenti oggetto della comunicazione della Commissione Europea del 29 settembre 2022.

Title: Platform workers’ collective agreements, self-employment and antitrust in EU law

Abstract [En]: The contribution aims to examine the collective agreements of platform workers - referred to by Directive (EU) 2024/2831 of the European Parliament and of the Council, of 23 October 2024, on the improvement of working conditions through digital platforms - with “glasses” of the guidelines on the application of European Union competition law to collective agreements concerning the working conditions of solo self-employed workers which are the subject of the European Commission communication of 29 September 2022.

Parole chiave: diritto di negoziazione collettiva, lavoro su piattaforma, diritto della concorrenza, contratto collettivo, lavoro autonomo, diritto dell’Unione Europea

Keywords: right to collective bargaining, platform work, competition law, collective agreement, self-employment, European Union law

Sommario: 1. Premessa: gli accordi collettivi dei lavoratori su piattaforma nella direttiva (UE) 2024/2831. 2. La prospettiva esegetica della Corte di Giustizia: i “falsi lavoratori autonomi”. 3. Segue: tra autonomi deboli genuini e dipendenti “mascherati”. 4. La comunicazione della Commissione Europea: i “lavoratori autonomi individuali”. 5. Gli “autonomi individuali” paragonabili ai dipendenti. 6. Gli “autonomi individuali” non accostabili ai lavoratori subordinati. 7. Il requisito comune agli “autonomi individuali”. 8. Gli accordi collettivi degli “autonomi individuali” soggetti alla *antitrust immunity*. 9. L’applicazione dell’art. 101.1 del TFUE agli accordi collettivi dei “*platform worker*”. 10. Osservazioni conclusive.

1. Premessa: gli accordi collettivi dei lavoratori su piattaforma nella direttiva (UE) 2024/2831

La tematica della valutazione degli accordi collettivi dei “*platform worker*” “con la lente” degli orientamenti sull’esonero di quelli (gli accordi collettivi) sulle condizioni di lavoro dei “lavoratori autonomi individuali” (d’ora in poi “autonomi individuali”) dal divieto di patti lesivi del libero commercio nel mercato interno (art. 101.1 TFUE – *ex art.* 85 TCE), di cui alla comunicazione della Commissione Europea del 29

* Articolo sottoposto a referaggio.

settembre 2022¹, desta interesse, per via dell'adozione della direttiva (UE) 2024/2831 del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2024, sul miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro su piattaforma².

La questione merita attenzione, perché, come vedremo, la comunicazione del 2022 contempla proprio i “*platform worker*” tra gli “autonomi individuali” i cui accordi collettivi sono esclusi dall'applicazione del divieto di cui all'art. 101.1 del TFUE, per cui occorre capire qual è la relazione tra questi ultimi e quelli che sono previsti e disciplinati dalla direttiva.

L'obiettivo dell'indagine è verificare se gli accordi collettivi dei “*platform worker*”, che sono soggetti vulnerabili, rientrano o no tra quelli degli “autonomi individuali” eccezionalmente esentati dalla citata normativa euro-unitaria *antitrust*, in funzione dell'estensione della protezione sociale a loro favore. La premessa è che la direttiva, come si evince dalle definizioni di cui all'art. 2, concerne sia i lavoratori su piattaforma che sono formalmente subordinati (art. art. 2.1, lett. d), dir. (UE) 2024/2831) sia quelli che

¹ Cfr. Commissione Europea, *Orientamenti sull'applicazione del diritto della concorrenza dell'Unione agli accordi collettivi concernenti le condizioni di lavoro dei lavoratori autonomi individuali*, Bruxelles, 29 settembre 2022, C (2022)6846final. Sulla comunicazione cfr., in primo luogo, i contributi scaturiti dalle relazioni del seminario “*Contrattazione collettiva, lavoro autonomo e gig economy*”, tenutosi nell'Università di Torino il 20 aprile 2023, pubblicati sulla rivista “*Lavoro, diritti Europa*”, 2023, n. 3, seguendo l'ordine che compare nell'indice: D. IZZI, *La contrattazione collettiva dei lavoratori autonomi nell'Unione europea: un percorso a ostacoli*; L. RATTI, *Alla difficile ricerca dei contorni del lavoro autonomo nel diritto europeo*; A. GARCÍA-MUÑOZ ALHAMBRA, *Collective bargaining of self-employed workers and competition law in the EU*; M. PALLINI, *L'approccio “rimediale” della Commissione UE alla tutela del diritto di contrattazione collettiva dei lavoratori autonomi*; J.M. MIRANDA BOTO, *La contrattazione collettiva per i lavoratori autonomi e nella gig economy: incontri e incomprensioni*; T. TREU, *Lavoro autonomo e diritti collettivi nell'Unione europea*.

In aggiunta ad essi cfr. M. GIOVANNONE, *La contrattazione collettiva dei lavoratori autonomi nell'orizzonte UE: tra tutela della concorrenza e antitrust collettiva*, in *federalismi.it*, 2022, n. 34, 209 ss.; S. RAINONE, *Labour Rights Beyond Employment Status: Insights from the Competition Law Guidelines on Collective Bargaining*, in T. ADDABBO, E. ALES, Y. CURZI, T. FABBRI, O. RIMKEVICH, J. SENATORI (eds.), *Defining and Protecting Autonomous Work*, Palgrave Macmillan, London, 2022, 167 ss.; E. VILLA, *Lavoro autonomo, accordi collettivi e diritto della concorrenza dell'Unione europea: prove di dialogo*, in *Riv. giur. lav.*, 2022, n. 2, 288 ss.; ID., *Gli amori difficili”: contrattazione collettiva e lavoro autonomo*, in *Var. temi dir. lav.*, *Il lavoro povero in Italia: problemi e prospettive*, 2022, n. 1, 97 ss.; M. CASIELLO, *Note a caldo sugli Orientamenti della Commissione UE sull'applicazione del diritto della concorrenza dell'Unione agli accordi collettivi dei lavoratori autonomi individuali*, in *Lav. dir. eur.*, 2022, n. 3; A. ZOPPO, *Accordi collettivi, rappresentanza e normativa antitrust: arrivano le linee guida della Commissione Europea*, in *Bollettino ADAPT*, 10 ottobre 2022, n. 34. Cfr. anche A. ALAIMO, *Il pacchetto di misure sul lavoro nelle piattaforme: dalla proposta di Direttiva al progetto di Risoluzione del Parlamento europeo. Verso un incremento delle tutele?*, in *Lab. & law iss.*, 2022, n. 1, R.22-R.25; O. LA TEGOLA, *Le fonti di determinazione del compenso nel lavoro non subordinato*, Cacucci, Bari, 2022, 153 ss. Mi si consenta di citare anche O. DESSI, *Antitrust, accordi collettivi e lavoratori autonomi: le linee guida della Commissione Europea*, in *Mass. giur. lav.*, 2023, n. 3, 481 ss. Per una panoramica della questione nella prospettiva del diritto dell'Unione Europea cfr., tra gli altri, M. INGLESE, *Antitrust e rapporti di lavoro: un'economia sociale di mercato fortemente competitiva*, in P. MANZINI (a cura di), *I confini dell'antitrust. Diseguaglianze sociali, diritti individuali, concorrenza*, Giappichelli, Torino, 2023, 97 ss.; G. MANGIAFICO, *Divieto di intese restrittive della concorrenza e mercato del lavoro: i nuovi orientamenti della Commissione*, in *Quad. AISDUE*, 2024, n. 3.

² Per l'analisi della direttiva si rinvia a T. TREU, *Il controllo umano delle tecnologie: regole e procedure*, in WP CSDLE “Massimo D'Antona”.IT – 492/2025, 24 ss.; ID., *CRSD, direttiva sui lavoratori delle piattaforme e valutazione dei rischi*, in *Federalismi*, 18 dicembre 2024, 1 ss. Cfr. anche G. SMORTO, A.M. DONINI, *L'approvazione della Direttiva sul lavoro mediante piattaforme digitali: prima lettura*, in *Lab. law iss.*, 2024, n. 1, C.23 ss. e la letteratura giuridica in materia ivi citata.

rientrano nella presunzione legale di relativa di subordinazione³ (art. 5 dir. (UE) 2024/2831). Tuttavia, non trascura le persone che svolgono un lavoro mediante piattaforme digitali a prescindere dalla natura del rapporto contrattuale dello stesso da parte dei soggetti interessati (art. art. 2.1, lett. c), dir. (UE) 2024/2831), poiché riserva loro alcune tutele. Infatti, si propone di migliorare le condizioni di lavoro dei primi e delle seconde e di assicurare la protezione dei loro dati personali con la previsione di diritti minimi che si applicano agli uni e alle altre, purché svolgano un lavoro mediante piattaforme nell’Unione Europea (art. 1 dir. (UE) 2024/2831). La comunicazione, invece, definisce i principi di valutazione, ex art. 101.1 del TFUE, delle intese collettive tra gli “autonomi individuali” e la controparte o le controparti sulla determinazione del trattamento, non solo economico, spettante ai primi⁴ (art. 3.3 TUE, artt. 9 e 152 TFUE). La sua peculiarità è che attiene alla relazione intercorrente tra diritto della concorrenza e accordi collettivi che regolano il rapporto di lavoro di un ventaglio di prestatori più ampio rispetto a quello dei lavoratori su piattaforma puri e semplici⁵. Il tema non è nuovo, poiché la Corte di Giustizia dell’Unione Europea (d’ora in poi “Corte di Giustizia”) se n’è occupata a lungo nelle note sentenze sulla *antitrust immunity* delle intese collettive dei “falsi lavoratori autonomi” (d’ora in poi “falsi autonomi”). Occorre precisare che la Commissione, proprio come la Corte di Giustizia, si riferisce all’esonazione, dalla citata disciplina euro-unitaria, della contrattazione collettiva nazionale, perché quella sovranazionale⁶ (artt. 152, 154 e 155 TFUE), viste le sue specificità, difficilmente entra in rotta di collisione con la normativa *antitrust*⁷.

³ Sulla presunzione di subordinazione in seguito all’entrata in vigore della direttiva M. BIASI, *La presunzione relativa di subordinazione nella “Direttiva Piattaforme”: brevi spunti*, in *Law. dir. Europa*, 2024, n. 4. Per quanto sia precedente al 24 ottobre 2024, si veda l’opinione di V. FERRANTE, *La nozione di lavoro subordinato nella dir. 2019/1152 e nella proposta di direttiva europea rivolta a tutelare i lavoratori “delle piattaforme”*, in WP CSDLE “Massimo D’Antona”.INT – 158/2022, 18 ss. Tra gli studiosi italiani cfr. anche L. VALENTE, *La Direttiva 1152 del 2019 e gli indici di presunzione della subordinazione nella proposta di Direttiva sul lavoro mediante piattaforme digitali del 9 dicembre 2021: effetti sul rapporto di lavoro dei rider*, in *Law. dir. Eur.*, 2024, n. 1; E. MENEGATTI, *Ragionando sulla presunzione di subordinazione di cui dalla proposta di Direttiva sul lavoro mediante piattaforma digitale*, in *federalismi.it*, 2023, n. 14, 222 ss.; A.M. DONINI, *Alcune riflessioni sulla presunzione di subordinazione della Direttiva Piattaforme*, in *Lab. law iss.*, 2022, n. 1, R.29 ss.; F. CAPPONI, *Lavoro mediante piattaforma digitale e qualificazione del rapporto di lavoro: la Commissione europea tenta la via della presunzione di subordinazione*, in *Diritto relazioni industriali*, 2022, n. 2, 655 ss.

⁴ Cfr. Commissione Europea, *Orientamenti*, cit., § 1, n. 1.

⁵ Sugli “autonomi individuali”, A. PERULLI, *Il “lavoro personale” nel prisma del diritto dell’Unione europea*, in *Rivista Italiana di Diritto del lavoro*, 2023, n. 1, 66 ss. Mi si consenta di citare O. DESSI, *I “lavoratori autonomi individuali” nella prospettiva della Commissione Europea*, in C. ALESSI, M. CORTI, V. FERRANTE, A. OCCHINO, A. SARTORI (a cura di), *Occupazione, persona, solidarietà. Studi in memoria di Mario Napoli*, Giappichelli, Torino, 2025, 489 ss.

⁶ La letteratura su contrattazione collettiva e dialogo sociale in Europa è vastissima. Tra tanti si vedano L. ZOPPOLI, *La contrattazione collettiva in Europa: una comparazione in vista delle riforme strutturali*, in *Rivista del diritto e della sicurezza sociale.*, 2019, n. 4, 837 ss.; J. CRUZ VILLALON (ed.), *La negociación colectiva en Europa. Una perspectiva transversal*, Madrid, 2018; B. CARUSO, A. ALAIMO, *Il contratto collettivo nell’ordinamento dell’Unione europea*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.INT – 87/2011.

⁷ Sul bilanciamento tra logiche di mercato e diritti sociali S. SCIARRA, *How Social Will Social Europe Be in the 2020s?*, in *Germ. law journ.*, 2020, n. 1, 85 ss.; P. TULLINI, *Concorrenza ed equità nel mercato europeo: una scommessa difficile (ma necessaria) per il diritto del lavoro*, in *Rivista Italiana di Diritto del lavoro.*, 2018, n. 2, 199 ss.; R. DE LUCA TAMAJO, *Concorrenza e diritto*

Per raggiungere il suddetto scopo, appare opportuno partire dall'esame della questione dell'applicazione del divieto di cui all'art. 101.1 del TFUE agli accordi collettivi sulle condizioni di lavoro sia dei lavoratori richiamati dalla Corte di Giustizia sia di quelli di cui alla comunicazione, che consente di riflettere sulle loro esigenze di tutela collettiva⁸. In particolare, si reputa necessario qualificare i suddetti prestatori di lavoro, perché solo dopo averlo fatto ci si può esprimere in merito all'assoggettamento o meno dei loro accordi collettivi alla normativa euro-unitaria sulla concorrenza. Naturalmente, occorre procedere, in primo luogo, all'analisi della giurisprudenza della Corte di Giustizia sulla nozione di "falsi autonomi", al fine di verificare come quest'ultima definisce i destinatari degli accordi collettivi sulla compatibilità dei quali con la normativa *antitrust* è chiamata ad esprimersi. Secondariamente, ci si deve soffermare sulla definizione generale di "autonomi individuali", ivi contenuta, con l'obiettivo di isolarne gli elementi essenziali, vale a dire i requisiti che gli operatori economici non soggetti a un vincolo di subordinazione devono possedere per essere ricondotti ad essa. In seguito, ci si deve concentrare sulle due *species* in cui la citata nozione di "autonomi individuali" si suddivide nell'ottica della Commissione e che risultano coincidere, rispettivamente, con quelli paragonabili ai dipendenti e con quelli ad essi non accostabili. Non ci si può esimere, inoltre, dalla ricerca dell'esistenza di un minimo comun denominatore tra le diverse tipologie di "autonomi individuali", che rinvia alla *ratio* giustificativa del loro stato di vulnerabilità contrattuale e/o socio-economica rispetto alla controparte o alle controparti. Si considera altrettanto importante concentrarsi sui requisiti propri delle intese collettive sul rapporto di lavoro degli "autonomi individuali" caratterizzate dalla *antitrust immunity*, nonostante possano, effettivamente, impedire, limitare o falsare la concorrenza nel mercato interno. Infine, si intende prendere posizione sulla questione dell'assoggettamento degli accordi collettivi dei "platform worker" alla citata eccezione alla regola di cui all'art. 101.1 del TFUE, dal punto di vista delle conclusioni della Corte di Giustizia e da quello della comunicazione della Commissione.

del lavoro, in A. PERULLI (a cura di), *L'idea del diritto del lavoro oggi*, Cedam, Padova, 2016, 13 ss.; S. GIUBBONI, *Libertà d'impresa e diritto del lavoro nell'Unione europea*, in *Costituzionalismo.it*, 2016, n. 3, 88 ss.; S. DE VRIES, *Protecting Fundamental (Social) Rights through the Lens of the EU Single Market: The Quest for a More 'Holistic Approach'*, in *Int. journ. comp. lab. law ind. rel.*, 2016, n. 2, 203 ss.; A.G. VELDMAN, S. DE VRIES, *Regulation and Enforcement of Economic Freedoms and Social Rights: A Thorny Distribution of Sovereignty*, in T. VAN DEN BRINK, M. LUCHTMAN, M. SCHOLTEN (eds.), *Sovereignty in the Shared Legal Order of the EU. Core Values of Regulation and Enforcement*, Intersentia, Cambridge, 2015, 7 ss.

⁸ Sulla contrattazione collettiva per i lavoratori autonomi, tra gli altri, cfr. B. WAAS, C. HIEBL (eds.), *Collective Bargaining for Self-Employed Workers in Europe*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2021. Cfr. anche J.M. MIRANDA BOTO, E. BRAMESCHUBER, P. LOI, L. RATTI, *Contrattazione collettiva e gig economy. Uno strumento tradizionale per nuovi modelli di organizzazione*, Giappichelli, Torino, 2022.

2. La prospettiva esegetica della Corte di Giustizia: i “falsi lavoratori autonomi”

Un primo profilo al quale occorre prestare attenzione, nell’economia del presente studio, è costituito dal concetto di “falsi autonomi” coniato dalla Corte di Giustizia, poiché quest’ultima si è interrogata sulla “*antitrust immunity*” degli accordi collettivi sottoscritti dalle organizzazioni rappresentative degli operatori economici così denominati.

La tematica si reputa degna di nota, perché permette di constatare quale sia il nesso tra la giurisprudenza in questione e la comunicazione della Commissione, visto e considerato che paiono avere ad oggetto lo stesso fenomeno, tanto che quest’ultima rinvia, testualmente, all’orientamento della Corte di Giustizia in materia⁹. Infatti, le linee guida ivi contenute sintetizzano le conclusioni alle quali essa è pervenuta circa l’esonero dalla normativa *antitrust* dei contratti collettivi dei lavoratori subordinati e, in seguito, precisano in quali termini la situazione dei lavoratori autonomi è diversa da quella dei dipendenti¹⁰. Inoltre, riservano un certo spazio agli accordi collettivi dei “falsi autonomi”, dei quali riportano la definizione elaborata dai giudici di Lussemburgo, effettuando un cenno ai criteri distintivi di questi ultimi e specificando come rilevano ai fini dell’applicazione della disciplina sulla concorrenza¹¹.

Posto il silenzio del legislatore euro-unitario su tale nodo esegetico, la Corte di Giustizia, intervenuta sulla *antitrust immunity* dei contratti collettivi dei dipendenti alla fine degli anni Novanta del Novecento, si è occupata di quella degli accordi collettivi dei “falsi autonomi” nei primi lustri del XXI secolo. Il suo orientamento in materia consiste in una presa di posizione sull’annosa questione della compatibilità delle intese collettive tra imprese con la norma di cui all’art. 101.1 del TFUE, che si riallaccia, chiaramente, a quanto da essa asserito nella sentenza *Albany* rispetto a quelle dei lavoratori subordinati¹². In seno a quest’ultima, infatti, si è posta la questione della compatibilità tra la decisione dell’autorità pubblica olandese di rendere obbligatoria, su istanza delle parti sociali, l’iscrizione a un fondo integrativo di previdenza settoriale e la disciplina comunitaria sulla concorrenza. In particolare, ha concluso che i contratti collettivi sul rapporto di lavoro dei dipendenti fossero esonerati dalla citata normativa *antitrust*, alla luce di argomentazioni sostanzialmente ambigue, che ne avrebbero condizionato il successivo

⁹ Si veda Commissione Europea, *Orientamenti*, cit., § 1, n. 5.

¹⁰ Cfr. Commissione Europea, *Orientamenti*, cit., § 1, n. 6.

¹¹ Si rinvia nuovamente a Commissione Europea, *Orientamenti*, cit., § 1, n. 7.

¹² Cfr. CGUE 21 settembre 1999, *Albany International BV c. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*, C-67/96. Poco tempo dopo la Corte ha consolidato il suo orientamento (cfr. CGUE 12 settembre 2000, *Pavel Pavlov et alii c. Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten*, C-180/98-184/98; CGUE 21 settembre 2000, *Hendrik van der Woude c. Stichting Beatrixoord*, C-222/98). Per la dottrina, su *Albany* cfr. S. SCIARRA, *Diritto del lavoro e regole della concorrenza in alcuni casi esemplari della Corte di Giustizia Europea*, in *Dir. merc. lav.*, 2000, n. 3, 596-597; S. EVJU, *Collective Agreements and Competition Law. The Albany Puzzle, and van der Woude*, in *Int. journ. comp. lab. law ind. rel.*, 2001, n. 2, 166 ss.; L. GYSELEN, *Case C-67/96, Albany v. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie; Joined Cases C-115-117/97, Brentjens’ Handelsonderneming v. Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de handel in bouwmaterialen*, in *Comm. mark. law rev.*, 2000, n. 2, 441; F. RAVELLI, *Mercato, solidarietà, autonomia collettiva nell’ordinamento comunitario*, in *Diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 2003, n. 2, 303 ss.

orientamento. La ragione deve essere ricercata negli obiettivi di politica sociale ad essi evidentemente connessi (e riconosciuti nel Trattato), che sarebbero stati “gravemente compromessi” se l’autonomia delle parti sociali fossero stata assoggettata all’art. 85 del TCE¹³ (oggi art. 101 TFUE). Ciò significa che in essa ha riscontrato «l’impossibilità di operare» un «bilanciamento tra i principi alla base della contrattazione collettiva e della libera concorrenza e l’esigenza di riconoscere la prevalenza delle funzioni svolte» dalla prima «in nome del principio di solidarietà»¹⁴. Nonostante i condizionamenti derivanti dalle ragioni di mercato, comunque, si è espressa nel senso della prevalenza dei contratti collettivi, poiché, “per loro natura o per il lavoro oggetto”, sono volti al miglioramento delle condizioni di occupazione e di lavoro dei dipendenti¹⁵. Al contrario, ha escluso da qualunque esenzione dalla normativa euro-unitaria in tema di concorrenza gli accordi collettivi dei lavoratori autonomi, poiché riteneva che non rientrassero al di qua del confine della *labour exemption* tracciata nella citata sentenza *Albany* (la cd. “eccezione *Albany*”). Inoltre, posta l’assenza di una nozione euro-unitaria di “lavoratore subordinato”, per colmare la lacuna, l’ha ricavata, *a contrario*, da quella di “impresa”, che aveva precedentemente elaborato *ex novo* poiché anche quest’ultima, come la prima, non era contemplata dal diritto dell’Unione Europea¹⁶. Ciò implica che, da un lato ha, incluso nella nozione di “impresa” coloro che esercitano un’attività produttiva in modo indipendente sul mercato¹⁷ e, dall’altro lato, ha inteso come “lavoratori subordinati”, in quanto tali titolari della libertà di circolazione (art. 45 TFUE), coloro che sono privi di tale *status*¹⁸.

¹³ Cfr. CGUE 21 settembre 1999, *Albany*, cit., § 59.

¹⁴ M. BIASI, *Ripensando il rapporto tra il diritto della concorrenza e la contrattazione collettiva relativa al lavoro autonomo all’indomani della l. n. 81 del 2017*, in WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT – 358/2018, 9 (che, nella nota 32, rinvia a S. NADALET, *Diritto del lavoro e diritto della concorrenza: articolazioni possibili. Qualche proposta scomoda in tema di “globalizzazione”*, in *Lavoro e diritto*, 2002, n. 1, 101).

¹⁵ Sul punto CGUE 21 settembre 1999, *Albany*, cit., § 60.

¹⁶ La nozione di subordinazione che fa capo alla Corte di Giustizia è volta all’applicazione uniforme delle garanzie sulla libertà di circolazione e della determinazione della sfera di applicazione dell’art. 45 del TFUE (cfr. CGUE 3 luglio 1986, *Deborah Lawrie-Blum c. Land Baden-Wuerttemberg*, C-66/85 e, prima, CGUE 19 marzo 1964, *Unger in Hoekstra c. Bedrijfsvereniging voor Detailhandel en Ambachten*, C-75/63), richiamando tre criteri oggettivi: a) il carattere «reale ed effettivo» della prestazione (personalmente) resa; b) la soggezione al potere di direzione del destinatario della stessa, in cui si esprime il vincolo di subordinazione in senso stretto; c) l’onerosità della prestazione, implicante una retribuzione, in qualsiasi forma, come corrispettivo (cfr. CGUE 31 maggio 1989, *I. Bettray c. Staatssecretaris van Justitie*, C-344/87; CGUE 14 dicembre 1989, *The Queen c. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food*, C-3/87; CGUE 8 giugno 1999, *C.P.M. Meeusen c. Hoofddirectie van de Informatie Beheer Groep*, C-337/97; CGUE. 23 marzo 2004, *B.F. Collins c. Secretary of State for Work and Pensions*, C-138/02).

¹⁷ In proposito, CGUE 23 aprile 1991, *Klaus Höfner e Fritz Elser c. Macrotron GmbH*, C-41/90, § 21; CGUE 21 settembre 1999, *Albany*, cit., § 3. Cfr. anche CGUE 14 dicembre 1989, *Regina*, cit., § 3 ss.; CGUE 16 settembre 1999, *Criminal proceedings c. Jean Claude Becu, Annie Verweire, Smeg NV and Adia Interim NV*, C-22/98; CGUE 14 dicembre 2006, *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio c. Compañía Española de Petróleos SA*, C-217/05. Su lavoro autonomo e impresa, A. SUPLOT, *Lavoro subordinato e lavoro autonomo*, in *Dir. rel. ind.*, 2000, n. 2, 217 ss.; A. PERULLI, *Una critica del lavoro autonomo*, in *Lavoro e diritto*, 2022, n. 1, 207 ss.

¹⁸ Sulla nozione di subordinazione S. GIUBBONI, *Diritto del lavoro europeo. Una introduzione critica*, Cedam, Padova, 2017; S. DEAKIN, *The Comparative Evolution of the Employment Relationship*, in G. DAVIDOV, B. LANGILLE (eds.), *Boundaries and Frontiers of Labour Law*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2004, 89 ss.; N. COUNTOURIS, *The Changing Law of the Employment Relationship. Comparative Analyses in the European Context*, Routledge, Aldershot, 2007; L. NOGLER, *The Concept*

Per quanto concerne il concetto di “falsi autonomi”, la Corte di Giustizia ha assunto una posizione netta quindici anni dopo *Albany*, nella sentenza *FNV Kunsten*, sull’esonero degli accordi collettivi ad essi facenti capo dal divieto *ex art.* 101.1 del TFUE, senza precisare se siano subordinati o imprese¹⁹. La pronuncia aveva ad oggetto un accordo collettivo concluso in Olanda tra un’organizzazione rappresentativa dei musicisti, a prescindere dal fatto che fossero lavoratori subordinati e autonomi, e una rappresentativa delle orchestre, presso le quali essi stessi erano impiegati. Secondo l’Autorità Olandese per la Concorrenza lo stesso era in contrasto con l’art. 101.1 del TFUE e con la disciplina *antitrust* nazionale, poiché, oltre a determinare la retribuzione dei musicisti subordinati, stabiliva il compenso spettante a quelli autonomi, tenuti a sostituire i primi ove fosse necessario. Dopo che quest’ultima aveva indotto i rappresentanti delle orchestre a disdire l’accordo collettivo, le organizzazioni dei musicisti facevano ricorso al giudice distrettuale, affinché accertasse se esso fosse compatibile con il diritto nazionale ed europeo *antitrust*. Il giudizio di primo grado si concludeva con la sconfitta dell’organizzazione dei musicisti, che, però, presentava ricorso dinanzi alla Corte d’Appello, la quale sospendeva in via cautelare il giudizio per sottoporre due quesiti alla Corte di Giustizia, mediante il rinvio pregiudiziale. Chiarito ciò, occorre rilevare che il diritto euro-unitario non percepisce la distinzione tra lavoratori autonomi e imprese, dal che si evince che, tendenzialmente, considera i primi come operatori economici che devono, gioco forza, essere ricondotti nel novero delle seconde²⁰. Secondo l’opinione della Corte di Giustizia desumibile da *FNV Kunsten*, infatti, sono “falsi autonomi” i soggetti che, formalmente, “offrono i loro servizi dietro corrispettivo in un determinato mercato” e “esercitano la loro attività come operatori economici

of «Subordination» in *European and Comparative Law*, Università degli Studi di Trento, Trento, 2009; A. SUPLOT, *Les notions de contrat de travail et de relation de travail en Europe*, Rapport, Bruxelles, 1992; ID., *Critique du droit du travail*, PUF, Paris, 1994. Sulla recente evoluzione della nozione, tra gli altri, S. GIUBBONI, *Note sparse sugli usi della nozione euro-unitaria di subordinazione nell’ordinamento interno*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2022, n. 1, 55 ss.; ID., *Per una voce sullo status di lavoratore subordinato nel diritto dell’Unione europea*, in *Rivista del diritto e della sicurezza sociale*, 2018, n. 2, 207 ss.; L. VALENTE, *La politica sociale UE recente e i progressi possibili per una nozione europea di lavoratore*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2021, n. 4, 339 ss.; L. BATTISTA, *L’evoluzione del concetto di lavoratore nel diritto dell’Unione Europea*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2021, n. 3, 624 ss.; F. PERRONE, *L’effetto conformativo del diritto dell’Unione europea sul diritto del lavoro tra tendenza espansiva e superamento della “grande dicotomia”*, in *Lavoro diritti europa*, 2021, n. 3.

¹⁹ Cfr. CGUE 4 dicembre 2014, *FNV Kunsten Informatie en Media c. Staat der Nederlanden*, C-413/13, con la quale la Corte di Giustizia ha riaperto il “fuoco” del dibattito iniziato con CGUE 12 settembre 2000, *Parlov*, cit., § 1 ss. Per una sintesi del fatto concreto che costituisce oggetto della sentenza *FNV Kunsten* cfr. M. BIASI, *Ripensando il rapporto*, cit., 10-12. Per quanto concerne la dottrina giuslavoristica italiana sul caso *FNV Kunsten*, si rinvia alle note a sentenza di: P. ICHINO, *Sulla questione del lavoro non subordinato ma sostanzialmente dipendente nel diritto europeo e in quello degli stati membri*, in *Rivista Italiana di Diritto del lavoro*, 2015, II, 566 ss.; S. ZITTI, *Contrattazione collettiva e concorrenza: il «prezzo» dell’armonia*, in *Rivista giuridica del lavoro*, 2015, n. 2, 301 ss.; A. ARENA, *La labor antitrust exemption al vaglio della Corte di Giustizia: quale trattazione collettiva per i lavoratori c.d. falsi autonomi?*, in *Diritto lavoro mercati*, 2016, n. 1, 144 ss.

²⁰ Qualcuno parla di “doppia natura” del lavoratore autonomo, che: a) come persona fisica esercita il lavoro in modo personale; b) come impresa esercita professionalmente una attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi, per cui agisce sia nel mercato del lavoro sia nel mercato dei beni e servizi, al crocevia tra diritto del lavoro e diritto della concorrenza (così S. ENGBLOM, *Equal Treatment of Employees and Self-Employed Workers*, in *Int. Journ. Comp. Lab. Law Industr. Rel.*, 2001, n. 2, 216).

indipendenti”²¹. In tale cornice, essa individua come primo requisito essenziale di questi ultimi il fatto che sono influenzati dal committente in sede di determinazione delle proprie condizioni di lavoro, come, ad esempio, l’orario, il luogo e il contenuto della prestazione²². Secondariamente, sottolinea che un altro elemento caratteristico di tali prestatori è dato dalla mancata partecipazione ai rischi d’impresa della controparte, implicante l’assenza di qualunque responsabilità rispetto alle scelte effettuate e, soprattutto, all’attività lavorativa svolta²³. Ancora, contempla come ulteriore profilo fondamentale degli operatori economici in esame la loro integrazione nell’organizzazione economico-produttiva del committente, con il quale, infatti, formano un’unità economica per tutta la durata del rapporto di lavoro tra loro intercorrente²⁴. Infine, specifica che, vista e considerata la loro fisionomia, anche se sono “falsi autonomi”, gli accordi collettivi che regolano il loro rapporto di lavoro non sono soggetti alla “eccezione *Albany*”, almeno finché tali lavoratori non sono formalmente ed effettivamente riconosciuti come dipendenti dal giudice di rinvio²⁵.

La conclusione dei giudici di Lussemburgo sull’estensione della “eccezione *Albany*” agli accordi collettivi sul trattamento dei “falsi autonomi”²⁶, peraltro, pare trovare spiegazione in un imprevedibile spostamento dell’attenzione dal diritto della concorrenza al diritto del lavoro²⁷. Tale capovolgimento di fronte sembra affondare le sue radici nel fatto che, vista e considerata la nozione euro-unitaria di “impresa” richiamata poc’anzi, la riconduzione degli operatori economici indipendenti ad essa non è sempre agevole e (nel fatto che) il relativo *status* può essere perduto molto facilmente²⁸. Si ritiene, dunque, che «nel tracciare la (...) linea di confine tra veri e falsi autonomi ai fini del (*recte*, dell’esenzione dal) diritto della concorrenza», gli stessi (giudici di Lussemburgo), nella sentenza *FNV Kunsten*, si siano ben guardati dal partire dal loro «consolidato approccio di tipo funzionale alla nozione di impresa»²⁹.

3. *Segue*: tra autonomi deboli genuini e dipendenti mascherati

Per quanto concerne la sentenza *FNV Kunsten*, occorre verificare se, al suo interno, la Corte di Giustizia distingue gli autonomi deboli genuini dai dipendenti “mascherati” da imprese.

²¹ CGUE 4 dicembre 2014, *FNV Kunsten*, cit., § 27.

²² Al riguardo si veda CGUE 4 dicembre 2014, *FNV Kunsten*, cit., § 36. Cfr. anche CGUE 13 gennaio 2004, *Debra Allonby c. Accrington & Rossendale College, Education Lecturing Services, trading as Protocol Professional e Secretary of State for Education and Employment*, C-256/01 § 72.

²³ In proposito CGUE 4 dicembre 2014, *FNV Kunsten*, cit., § 36; CGUE 14 dicembre 1989, *Regina*, cit., § 36.

²⁴ Si veda CGUE 4 dicembre 2014, *FNV Kunsten*, cit., § 36. Cfr. anche CGUE 16 settembre 1999, *Becu*, cit., § 26.

²⁵ Cfr. Commissione Europea, *Orientamenti*, cit., § 1, n. 7.

²⁶ Sui criteri distintivi del “falso lavoro autonomo” cfr. CGUE 13 gennaio 2004, *Allonby*, cit., § 1 ss.

²⁷ In proposito cfr. CGUE 4 dicembre 2014, *FNV Kunsten*, cit., §§ 30, 31 e 42.

²⁸ Al riguardo CGUE 4 dicembre 2014, *FNV Kunsten*, cit., § 32.

²⁹ M. BIASI, *Ripensando il rapporto*, cit., 14.

Giova precisare che la pronuncia in parola rileva nel quadro dell'indagine in corso, anche se, nel suo complesso, si rivela tutt'altro che innovativa³⁰, perché al suo interno la Corte di Giustizia parla, per la prima volta, di “falsi autonomi”³¹, destando perplessità riconducibili alle varie criticità in essa insite³². Infatti, si ha l'impressione che applichi i criteri distintivi del lavoro subordinato e quelli dell'impresa in maniera confusa e che effettui una simile verifica, apparentemente relativa agli operatori economici indipendenti, alla luce della nozione euro-unitaria di “lavoratore subordinato”³³. Inoltre, finisce per impiegare «l'espressione “falso autonomo”, che rinvia, ad ogni latitudine, al lavoro subordinato mascherato (c.d. “*Bogus Self Employment*”)» anziché quelle, più eloquenti, di «“falsa-impresa”, o, semplicemente, di “non impresa” ai fini *antitrust*»³⁴. In questo modo, in sostanza, non lascia intendere se vuole riferirsi ad un prestatore di lavoro non subordinato che è privo della qualità di soggetto economico indipendente sul mercato, o perché l'ha perduta o perché non l'ha mai avuta, o ad uno che, invece, la possiede a prescindere dal suo *status* contrattuale e/o socio-economico.

La conseguenza di tale confusione d'intenti e/o di comunicazione è data dal fatto che, in virtù di tale ambigua presa di posizione all'interno della sentenza *FNV Kunsten*, i giudici di Lussemburgo hanno finito per indurre una parte della dottrina a domandarsi se la “eccezione *Albany*” si estenda oltre la subordinazione³⁵. Una simile eventualità risulta degna di nota, perché consente di far luce sulla mancata valutazione della vulnerabilità di tali lavoratori da parte loro, che, anche se è equiparabile a quella dei dipendenti, non ne implica l'immediata assimilazione a questi ultimi³⁶. Tuttavia, si esclude che si possa considerare verosimile, poiché, dalla lettera della stessa pronuncia non sembra evincersi che (i giudici) si discostino in qualche maniera dalla tradizionale concezione euro-unitaria di “lavoro subordinato” da essi stessi delineata qualche lustro prima³⁷. Al contrario, si preoccupano di precisare che gli operatori

³⁰ Sulla non innovatività di *FNV Kunsten*, M. CORTI, *Concorrenza e lavoro: incroci pericolosi in attesa di una svolta*, in *Diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 2016, n. 3, 510; A. PERULLI, *Lavoro e tecnica al tempo di Uber*, in *Rivista giuridica del lavoro*, 2017, n. 2, 215 ss.

³¹ In questi termini, tra gli altri, M. RISAK, T. DULLINGER, *The concept of “worker” in EU law. Status quo and potential for change*, ETUI, Report 140, Brussels, 2018, 23.

³² Sulle criticità di *FNV Kunsten*, M. BIASI, *We will all laugh at gilded butterflies'. The shadow of antitrust law on the collective negotiation of fair fees for self-employed workers*, in *European labour journal*, 2018, n. 4, 363 ss.

³³ Cfr. R.M. BABIRAD, *Case comment: FNV Kunsten Informatie en Media v Staat der Nederlanden*, in *European Competition and Regulatory Law Review*, 2015, n. 4, 185-186. Vi è chi dice che la Corte ha verificato la “maggiore autonomia e flessibilità rispetto ai lavoratori che svolgono la medesima attività, per quanto riguarda la determinazione dell'orario di lavoro, del luogo e delle modalità di esecuzione dei compiti assegnati” (cfr. CGUE 11 settembre 2014, *FNV Kunsten*, cit., §§ 34 e 36), «traslando (...) il criterio dell'eterodirezione e/o etero-organizzazione dal giudizio sulla qualificazione del rapporto a quello sul grado di indipendenza di un soggetto economico sul mercato e, perciò, sulla sua qualificazione come impresa a fini *antitrust*» (M. BIASI, *Ripensando il rapporto*, cit., 12 ss.).

³⁴ M. BIASI, *Ripensando il rapporto*, cit., 15.

³⁵ Cfr. P. LOI, *Il lavoro autonomo tra diritto del lavoro e diritto della concorrenza*, in *Diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 2018, n. 4, 865; M. BIASI, *Ripensando il rapporto*, cit., 10 e 19; P. ICHINO, *Sulla questione*, cit., 576 ss.

³⁶ Si veda G. SANTORO PASSARELLI, *Lavoro autonomo*, in *Enciclopedia diritto*, Annali, V, 2012, 740.

³⁷ Al riguardo cfr. CGUE 4 dicembre 2014, *FNV Kunsten*, cit., § 34.

economici in parola devono, gioco forza, essere intesi come lavoratori subordinati esclusivamente se emerge che la loro «indipendenza è solamente fittizia e nasconde in tal modo un vero e proprio rapporto di lavoro»³⁸. Inoltre, limitano la cd. “*labour exemption*” ad alcune ipotesi di tariffe minime predeterminate dagli accordi collettivi nei confronti dei soli “falsi autonomi”, i quali, come parte della dottrina segnala, si trovano in una situazione di vulnerabilità e di debolezza rispetto alla controparte contrattuale³⁹. Ciò significa che si riferiscono ai lavoratori subordinati “mascherati” da imprese, che versano in condizioni economiche e normative disagiate rispetto alla controparte e che possono essere intesi come dipendenti solo in seguito ad un’apposita pronuncia del giudice del rinvio⁴⁰. In altre parole, si ritiene che tale tendenza sia confermata proprio dall’invito che essi stessi hanno rivolto, appunto, al giudice del rinvio, di convertirli in lavoratori subordinati esclusivamente nell’ipotesi in cui «non si trovino in un rapporto di subordinazione»⁴¹. Non a caso, indubbiamente, anche l’avvocato generale Nils Wahl, nello stesso consesso, descrive i “falsi autonomi” come «dipendenti che si travestono da lavoratori autonomi per evitare l’applicazione di alcune normative specifiche (...) ritenute sfavorevoli dal datore di lavoro»⁴². Appare, dunque, evidente come essi (i giudici di Lussemburgo) non si servano dell’espressione in esame per individuare e descrivere una nuova tipologia di lavoratori autonomi, in qualche modo distinguibili dalle imprese, e che non reputino la “eccezione *Albany*” applicabile oltre i confini del lavoro subordinato⁴³. Lasciano, invece, intendere di voler portare alla luce l’esistenza, nel mercato euro-unitario, dell’abitudine di alcuni datori di lavoro di usare forme negoziali al confine tra “impresa” e “lavoro subordinato” al solo scopo di celare l’effettivo ricorso a lavoratori subordinati veri e propri⁴⁴. Ciò trova conferma nella sentenza *Pavlov*, in cui riconducono gli accordi collettivi di alcuni lavoratori non subordinati alla *antitrust immunity*⁴⁵, precisando che, pur essendo qualificati come prestatori di lavoro autonomo, questi ultimi sono

³⁸ CGUE 4 dicembre 2014, *FNV Kunsten*, cit., § 35.

³⁹ Così V. PAPA, *Squilibrio negoziale, lavoro povero e autotutela collettiva per gli autonomi soli*, in B. CARUSO (a cura di), *Il lavoro povero* «sans phrase». *Oltre la fattispecie*, Il Mulino, Bologna, 2024, 199 ss.

⁴⁰ Cfr. D. SCHIEK, A. GIDEON, *Outsmarting the gig-economy through collective bargaining. EU competition law as a barrier?*, in CETLS Working Paper Series, 2018, n. 2, 13-14.

⁴¹ CGUE 4 dicembre 2014, *FNV Kunsten*, cit., § 37.

⁴² La definizione è riportata da A. PERULLI, *Il «lavoro personale»*, cit., 82.

⁴³ Anche tra gli esperti di diritto euro-unitario vi è chi afferma che non è chiaro se la Corte di Giustizia abbia, almeno nel contesto del diritto della concorrenza, introdotto una *tertium genus* che si colloca tra i concetti di “lavoro subordinato” e “impresa” (così M. RISAK, T. DULLINGER, *The concept of ‘worker’*, cit., 14).

⁴⁴ Sul punto E. VERHULP, *The Notion of ‘Employee’ in EU-Law and National Laws*, A Thematic Working Paper for The Annual Conference of the European Centre of Expertise (ECE) in the field of labour law, employment and labour market policies: The Personal Scope of Labour Law in Times of Atypical Employment and Digitalisation, Frankfurt, Germany, 17 aprile 2017.

⁴⁵ Cfr. CGUE 12 settembre 2000, *Pavlov*, cit., § 69. C’è chi parla di esenzione funzionale ai contenuti e ai fini degli accordi collettivi (cfr. M. PALLINI, *Libertà di contrattazione collettiva dei lavoratori autonomi e tutela della concorrenza: apologia della giurisprudenza della Corte di giustizia dell’UE*, in M. AIMO, A. FENOGLIO, D. IZZI (a cura di), *Scritti in memoria di Massimo Roccella*, ESI, Napoli, 2021, 861).

paragonabili a quelli di lavoro subordinato⁴⁶. Inoltre, escludono, ragionevolmente, che essi si connotino come imprese sul piano della disciplina *antitrust*, perché, come si è detto, non sono esposti ai rischi propri del committente o dei committenti e sono integrati nella relativa struttura produttiva, tanto da costituire un'unità economica⁴⁷.

Le conclusioni a cui la Corte di Giustizia sembra essere pervenuta in *FNV Kunsten* inducono a sostenere che la nozione in commento non consiste in una novità nell'ottica della normativa euro-unitaria, tanto che, per poter “avere voce in capitolo” ai nostri fini, necessita di essere completamente ripensata⁴⁸. Per procedere alla sua revisione, dunque, si ritiene che essa debba prendere atto dello stato di debolezza contrattuale e/o socio-economica in cui tali lavoratori autonomi versano rispetto alla controparte o alle controparti, a prescindere dal fatto che siano inquadrabili nella nozione euro-unitaria di “impresa”⁴⁹. Il che risulta abbastanza verosimile, poiché, in un'altra recentissima pronuncia, la *JK*, la Corte di Giustizia, pur non riferendosi espressamente agli “autonomi individuali”, ravvisa nella vulnerabilità la *ratio* dell'attribuzione delle tutele giuslavoristiche ai lavoratori in stato di vulnerabilità⁵⁰. Appare, infatti, significativo il riferimento all'analogia tra i prestatori di lavoro autonomo e quelli di lavoro subordinato che essa stessa effettua quando precisa che i primi si trovano in una situazione paragonabile a quella che è propria e tipica dei secondi. Tra l'altro, nel 2017, la stessa (Corte di Giustizia) era giunta ad una conclusione quasi identica nella sentenza *Florea Gusa*, in cui ha fatto riferimento ai lavoratori autonomi in condizioni paragonabili a quelle proprie dei dipendenti ma non beneficianti delle stesse tutele⁵¹. Occorre, tuttavia, rilevare come non solo in *FNV Kunsten* ma anche in *JK* e in *Florea Gusa* la Corte di Lussemburgo si sia ben guardata dall'effettuare qualunque riferimento all'art. 28 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea⁵² (d'ora in poi “Carta di Nizza”). Non è dato sapere se tale mancato richiamo trovi spiegazione nel suo intento di ribadire le conclusioni alle quali era pervenuta nella sentenza *Albany*, di gran lunga precedente sia all'approvazione della stessa Carta di Nizza che alla sua equiparazione ai Trattati (art. 6.2, TUE). La ragione è che, anche se l'art. 28 della Carta di Nizza riconosce quello di contrattazione

⁴⁶ Si veda ancora CGUE 4 dicembre 2014, *FNV Kunsten*, cit., § 31.

⁴⁷ In proposito S. BORELLI, *Diritti sindacali, concorrenza e democraticità del processo di integrazione europea. Appunti a partire dai lavoratori delle piattaforme*, in M. AIMO, A. FENOGLIO, D. IZZI (a cura di), *Scritti in memoria di Massimo Rocella*, ESI, Napoli, 2021, 739 ss.

⁴⁸ In tal senso V. PAPA, *Squilibrio negoziale*, cit., 200.

⁴⁹ Al riguardo, tra gli altri, M. PALLINI, *Libertà di contrattazione collettiva dei lavoratori autonomi*, cit., 861; B. CARUSO, *Il lavoro al plurale*, cit., 75 ss.

⁵⁰ Si veda CGUE 12 gennaio 2023, *J.K. c. TP S.A.*, C-356/21, § 63 (su *JK*, N. COUNTOURIS, M. FREEDLAND, V. DE STEFANO, *Making Labour Law Fit for all those Who Labour*, in www.socialeurope.eu, 2023).

⁵¹ Cfr. CGUE 20 dicembre 2017, *Florea Gusa c. Minister for Social Protection, Ireland, Attorney General*, C-442/16, § 43.

⁵² Sull'art. 28 della Carta di Nizza cfr. M. V. BALLESTRERO, A. LO FARO, O. RAZZOLINI, *Art. 28*, in S. ALLEGREZZA, R. MASTROIANNI, F. PAPPALARDO, O. POLLICINO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea*, Giuffrè, Milano, 2017, 524 ss.

collettiva come diritto fondamentale, l'ordinamento dell'Unione Europea fornisce indicazioni vaghe circa il «possibile affiancamento della contrattazione collettiva relativa al lavoro autonomo a quella concernente il lavoro dipendente»⁵³. Il primo segnale di tale ambivalenza sembra consistere nel fatto che lo stesso sistema euro-unitario distingue la libertà professionale, contemplata dall'art. 15 della Carta di Nizza⁵⁴, e la libertà di impresa, che trova collocazione nell'art. 16 della stessa⁵⁵ (Carta di Nizza). Secondariamente, occorre segnalare «la recente apertura, dal carattere sostanzialmente politico, verso la fissazione di un nucleo di diritti sociali fondamentali – tra i quali troverebbe spazio la libertà di associazione – azionabili a prescindere dal tipo di rapporto di lavoro»⁵⁶. Peraltro, si considera egualmente significativa la definizione contenuta nell'art. 1 della raccomandazione della Commissione Europea 2003/361/CE del 6 maggio 2003, relativa alla definizione delle microimprese, piccole e medie imprese⁵⁷. Essa, infatti, riconduce alla nozione di “impresa” ogni operatore che, indipendentemente dalla sua natura giuridica, esercita un'attività economica a titolo individuale o familiare e come “microimpresa” quella che ha meno di dieci dipendenti e un fatturato annuo o un totale di bilancio annuo non superiori a due milioni di euro⁵⁸. Certo è che sarebbe stato opportuno, da parte della Corte di Giustizia, effettuare un rinvio all'art. 28 della Carta di Nizza con riguardo a ciascuna di esse, perché, in questo modo, avrebbe preso una posizione netta circa la sua possibile estensione oltre la frontiera del lavoro subordinato⁵⁹.

4. La comunicazione della Commissione Europea: i “lavoratori autonomi individuali”

Il cuore dell'indagine è costituito dalla definizione di “autonomi individuali” prevista dalla comunicazione del 2022, sui quali cui occorre soffermarsi per capire quali requisiti essi stessi devono possedere per fare in modo che gli accordi collettivi che regolano il loro rapporto di lavoro siano in piena e perfetta armonia con la disciplina euro-unitaria sulla concorrenza.

Secondo la comunicazione, devono essere intesi come “lavoratori autonomi individuali” coloro che sono privi di un contratto di lavoro subordinato o che non hanno in atto un rapporto di lavoro analogo e che,

⁵³ M. BIASI, *Ripensando il rapporto*, cit., 16.

⁵⁴ Su di essa G. COLAVITTI, *Libertà professionale e tradizioni costituzionali comuni: le attività professionali nella Carta dei Diritti Fondamentali Ue*, in S. ALLEGREZZA, R. MASTROIANNI, F. PAPPALARDO, O. POLLICINO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea*, Giuffrè, Milano, 2017, 283 ss.

⁵⁵ Sul tema C. MALBERTI, *Libertà d'impresa*, in S. ALLEGREZZA, R. MASTROIANNI, F. PAPPALARDO, O. POLLICINO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea*, Giuffrè, Milano, 2017, 296 ss.

⁵⁶ M. BIASI, *Ripensando il rapporto*, cit., 16.

⁵⁷ Si veda la Raccomandazione della Commissione Europea, del 6 maggio 2003, relativa alla definizione delle microimprese, piccole e medie imprese, C(2003) 1422.

⁵⁸ Si veda ancora M. BIASI, *Ripensando il rapporto*, cit., 16-17, che, a sua volta, cita C.E. PUPO, *Lo «Small Business Act» e il work in progress della sua attuazione*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2014, n. 1, 135 ss.

⁵⁹ In proposito si veda ancora M. CORTI, *Concorrenza e lavoro*, cit., 510.

per eseguire la prestazione, ricorrono principalmente al proprio lavoro personale⁶⁰. Non appare chiaro, però, se gli operatori economici riconducibili a tale ultima nozione siano lavoratori autonomi veri e propri, poiché la Commissione, quando procede alla distinzione tra quelli del primo e del secondo tipo, non si esprime in maniera del tutto inequivocabile. Il che non desta meraviglia, se si parte dalla premessa che, sul piano strettamente tecnico-giuridico, la nozione deve essere letta con la lente non del giuslavorista, ma dell'esperto di diritto euro-unitario della concorrenza, del quale, in fondo, la comunicazione è una manifestazione. Non per nulla, all'interno di quest'ultima si trova una definizione assai scarna di "autonomi individuali", in virtù della quale sono tali tutti i soggetti economici che sono dotati dei requisiti citati, a prescindere dal fatto che abbiano o che non abbiano lo *status* d'impresa euro-unitaria. Dalla terminologia usata, inoltre, si desume che la Commissione sia riuscita ad evitare di utilizzare il lessico giuslavoristico rispetto ad un'ipotesi di diritto *antitrust*, per prevenire uno stato d'incertezza interpretativa analogo a quello che è scaturito dalla formula "falsi autonomi" usata dalla Corte di Giustizia nella sentenza *FNV Kunsten*.

Posta questa premessa, appare evidente che un primo elemento distintivo della nozione in esame al quale si reputa opportuno prestare attenzione sia costituito dall'aggettivo "individuali", che la Commissione ha impiegato per specificarla, senza, tuttavia, preoccuparsi di chiarire che cosa intende con esso. Dal momento che dalla lettera della comunicazione non sembra possibile ricavarne il significato preciso, si suppone che esso si riferisca, anzitutto, all'impossibilità, per gli "autonomi individuali", di ricorrere al lavoro altrui in sede di esecuzione della prestazione a cui sono obbligati⁶¹. Ciò significa che tale "individualità" consiste in un parametro col quale si stima l'assenza di ruolo e di peso del "lavoro altrui" nel quadro dell'esecuzione delle opere o della fornitura dei servizi in cui la stessa (prestazione) si concretizza⁶². Nonostante il silenzio della Commissione Europea in proposito, dunque, risulta indiscutibile che l'opera/le opere o il servizio/i servizi facente/i capo agli "autonomi individuali" possano intendersi come il risultato della loro esclusiva attività materiale, esecutiva e organizzativa. Si concorda, infatti, con chi sostiene che il mancato ricorso a dipendenti e/o ad altri collaboratori per adempiere al proprio obbligo prestazionale sia un indice denotativo della condizione di sotto-protezione di tutti i lavoratori autonomi, nel caso in esame degli "autonomi individuali"⁶³. Un argomento a favore di tale

⁶⁰ Cfr. Commissione Europea, *Orientamenti*, cit., § 1, n. 2, lett. a.

⁶¹ In questi termini A. PERULLI, *Il «lavoro personale»*, cit., 80

⁶² Si reputano significativi, anche se aventi ad oggetto il tema del lavoro autonomo nel diritto del lavoro italiano, i contributi pubblicati in *Diritto delle relazioni industriali*, 2010, n. 3, 597 ss.: M. MAGNANI, *Quale «Statuto» per il lavoro autonomo?*; T. TREU, *Uno Statuto per un lavoro autonomo*; A. PERULLI, *Per uno Statuto del lavoro autonomo*; F. MARTELLONI, *La zona grigia tra subordinazione e autonomia e il dilemma del lavoro coordinato nel diritto vivente*.

⁶³ In tal senso, tra gli altri, in particolare TREU, *Uno Statuto*, cit., 615. Cfr. anche RAZZOLINI, *Perché avviare una riflessione su piccolo imprenditore e lavoro prevalentemente personale*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2013, n. 4, 1102.

conclusione sembra essere costituito dalla natura “principalmente personale” della stessa prestazione a cui questi ultimi sono obbligati nei confronti del committente o dei committenti, da intendersi nel senso che essa non può essere eseguita da soggetti diversi dagli stessi “autonomi individuali”. Vero è che, forse, la Commissione sarebbe stata più chiara se, all’interno della comunicazione in esame, avesse impiegato l’espressione “lavoro esclusivamente personale”, anziché quella, apparentemente più ambigua, di “lavoro principalmente personale”. È anche vero, però, che quest’ultima sembra adattarsi meglio ad essere impiegata per indicare la facoltà degli “autonomi individuali” di eseguirla senza l’apporto, né decisivo né saltuario, di dipendenti o di altri collaboratori, qualunque sia «il rapporto tra di essi e l’attività di lavoro»⁶⁴. Si esclude, invece, che l’aggettivo “individuali” implichi la “mono-committenza” di questi ultimi, perché la comunicazione parla di “controparte” o “controparti” sia in generale⁶⁵ che rispetto alla seconda delle due *species* in cui li distingue⁶⁶. Appare, dunque, plausibile che gli “autonomi individuali” nel loro complesso possano avere non uno ma più committenti, anche se in sede di trattative e di negoziazione con quest’ultimo/i, determinano con difficoltà le proprie condizioni di lavoro perché si trovano in stato di debolezza. La conclusione non sembra contrastare, invece, col riferimento che la comunicazione del 2022 effettua ad una sola controparte stabile quando definisce gli “autonomi individuali” del primo tipo, tra i quali, come vedremo meglio in seguito, rientrano quelli che sono paragonabili ai dipendenti⁶⁷. Si intende dire, in altre parole, che lo stato di pluri-committenza in cui, presumibilmente, si trovano con frequenza non si reputa tale da ridurre le indiscutibili esigenze e aspettative di protezione sociale e contrattuale che sono proprie di tali operatori economici nel loro complesso. Anzi, si reputa che proprio l’assenza, nel quadro del rapporto di lavoro o commerciale, di una controparte stabile con cui «selezionare una più generale condizione di “vulnerabilità economica e sociale”» obblighi «il diritto del lavoro a confrontarsi con dimensioni inedite ma al centro dell’agenda europea degli ultimi anni»⁶⁸.

Il secondo requisito essenziale della fattispecie “autonomi individuali” consiste nella natura “principalmente personale” della prestazione di lavoro da essi dovuta al committente, evidentemente riferibile al fatto che sono chiamati ad eseguirla con il prevalente ricorso alle loro energie psico-fisiche⁶⁹. Scartata l’eventualità dell’apporto di lavoro altrui in funzione ausiliaria, occorre interrogarsi in merito alla

⁶⁴ G. OPPO, voce *Impresa e imprenditore*, I, in *Enciclopedia giuridica*, Treccani, Roma, 1989, vol. XIV, 7.

⁶⁵ Si veda Commissione Europea, *Orientamenti*, cit., § 2.1, n. 14.

⁶⁶ Cfr. Commissione Europea, *Orientamenti*, cit., § 4, n. 32.

⁶⁷ Cfr. Commissione Europea, *Orientamenti*, cit., § 3, n. 21; § 3.1, n. 23-25; § 3.2, n. 26-27.

⁶⁸ O. RAZZOLINI, *Perché avviare una riflessione*, cit., 1118.

⁶⁹ Per alcuni il lavoro prevalentemente personale rileva in quanto portatore di forti istanze sociali e di debolezza negoziale (cfr. M. BIASI, *We will all laugh at gilded butterflies*, cit., 354 ss.). Per altri, invece, la legittimazione deve essere circoscritta al lavoro esclusivamente personale (così S. ENGBLOM, *Equal Treatment of Employees and Self-Employed Workers*, cit., 212). Per altri ancora, infine, il lavoro personale deve essere anche continuativo e in regime di mono-committenza (in tal senso P. ICHINO, *Sulla questione*, cit., 579 ss.).

loro facoltà di procedere all'esecuzione dell'opera o alla fornitura del servizio in cui essa si concretizza mediante l'impiego di particolari strumenti, merci o beni. In via di prima approssimazione, sembra doversi escludere che essi possano servirsi di qualsiasi supporto materiale che li metta nelle condizioni di semplificare, in qualche modo, l'adempimento della principale obbligazione nei confronti della controparte o delle controparti sussistente a loro carico. La ragione è che, come emerge dal testo della comunicazione, quest'ultima non può avere ad oggetto la condivisione o lo sfruttamento di beni o merci né la rivendita di beni o servizi, comunemente facenti capo a operatori economici dotati di un'organizzazione strutturata e complessa⁷⁰. La Commissione Europea, tuttavia, specifica chiaramente che tali prestatori di lavoro autonomo possono porre in essere la citata attività lavorativa con l'ausilio, sia pure modesto, di mezzi accessori all'esecuzione dell'opera o all'erogazione del servizio⁷¹. Si considera, infatti, significativo, a questo scopo, che essa riporti, a titolo di esempio, il caso degli addetti alle pulizie che assicurano l'igiene degli ambienti mediante l'impiego di propri prodotti e proprie attrezzature *ad hoc* e quello del musicista che suona il proprio strumento musicale⁷². Nella lettera della comunicazione non compare, invece, alcun rimando alle caratteristiche proprie e tipiche dei citati beni ausiliari, nel senso che non risulta chiaro se siano tali solo quelli “non neutri”, come lo strumento musicale per il musicista o i prodotti degli addetti alle pulizie. Il fatto che solo i mezzi “non neutri” siano richiamati dalla Commissione, tuttavia, non esclude che i dispositivi “neutri”, come «il *laptop*, il *computer*, il *telefono*»⁷³, rientrino in tale novero, poiché spesso utilizzati per l'esecuzione di un gran numero di attività, talvolta molto diverse tra loro. Dato che il silenzio dell'organo esecutivo dell'Unione Europea non appare decisivo, si ritiene che anche i mezzi “neutri”, come quelli citati poc'anzi, possano essere asserviti all'esecuzione dell'opera o alla fornitura del servizio in questione, purché siano funzionali al raggiungimento di tale obiettivo. Infatti, nel testo della comunicazione non si riscontrano argomenti che inducano a supporre il contrario, in linea con la nozione d'impresa sul piano della normativa *antitrust*, alla quale, fondamentalmente, sono riconducibili tutti gli operatori economici che non si connotano come lavoratori subordinati⁷⁴.

Nonostante le numerose incertezze legate al ruolo e al peso dei diversi fattori produttivi alle quali si è fatto cenno *supra*, né l'assenza di dipendenti né il “lavoro principalmente personale” sembrano caratterizzare in maniera decisiva le prestazioni di coloro che si trovano in condizioni di debolezza sul

⁷⁰ Così Commissione Europea, *Orientamenti*, cit., § 2.2, n. 18.

⁷¹ Si veda ancora Commissione Europea, *Orientamenti*, cit., § 2.2, n. 18.

⁷² Si rinvia ancora a Commissione Europea, *Orientamenti*, cit., § 2.2, n. 18.

⁷³ L'esempio è mutuato da O. RAZZOLINI, *Perché avviare una riflessione*, cit., 1100.

⁷⁴ Sulla nozione si rinvia a A. PERULLI, *Il lavoro personale nel prisma del diritto dell'Unione europea*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2023, n. 1, 61 ss.

mercato⁷⁵. Vero è che tali criteri, che concernono una situazione sociologicamente inafferrabile qual è la “debolezza sul mercato”, non possono essere utilizzati per riorientare il campo di applicazione del diritto del lavoro, neppure nell’ordinamento giuridico euro-unitario⁷⁶. È anche vero, tuttavia, che entrambi si configurano come requisiti talmente sfuggenti e fumosi «sotto il profilo giuridico-concettuale che nessun ordinamento ha mai ritenuto» di elevarli a criteri «di giustificazione dell’intervento regolativo nel campo del diritto del lavoro»⁷⁷. Non per nulla, dalla lettera della comunicazione si evince che più che come parametri normativi funzionali all’individuazione e alla concreta applicazione e selezione delle tutele, sembrano essere intesi come elementi che ne individuano la ragion d’essere nella diversità di potere contrattuale fra le parti⁷⁸. Il che trova conferma nel fatto che la Corte di Giustizia, espressasi, in *J.K.*, nel senso dell’estensione del principio della parità di trattamento e del diritto antidiscriminatorio ai lavoratori autonomi che sono vittime di discriminazioni fondate sull’orientamento sessuale, lascia intendere di considerarli in questi termini⁷⁹.

5. I “lavoratori autonomi individuali” paragonabili ai dipendenti

Un altro fattore a cui occorre riservare spazio nell’economia del presente studio è costituito dal primo tipo di “autonomi individuali”, ossia coloro che, secondo la comunicazione, si trovano in condizioni contrattuali e socio-economiche paragonabili a quelle dei dipendenti⁸⁰.

Sotto il profilo strettamente tecnico-giuridico si reputa essenziale sottolineare quali siano gli “autonomi individuali” riconducibili a tale *species*, con la precisazione che la Commissione Europea, negli orientamenti in parola, non si limita a fornire la nozione generale appena esaminata. Dopo averli così definiti, infatti, precisa che rientrano nella sottotipologia in esame coloro che: a) sono in stato di dipendenza economica⁸¹; b) sono occupati accanto ai dipendenti⁸²; c) operano mediante piattaforme⁸³. Ciò detto, si reputa necessario verificare quale è l’effettiva distinzione tra tali *species*, per far fronte alle sovrapposizioni che possono crearsi sia tra i diversi tipi di lavoratori ad esse riconducibili sia a quelle che possono avere luogo tra questi ultimi e gli “autonomi individuali” non paragonabili ai lavoratori subordinati.

⁷⁵ Cfr. COUNTOURIS, DE STEFANO, *New trade union strategies for new forms of employment*, ETUC, Brussels, 2019, 67.

⁷⁶ In tal senso A. PERULLI, *Il «lavoro personale»*, cit., 66.

⁷⁷ A. PERULLI, *Il «lavoro personale»*, cit., 66.

⁷⁸ In questi termini O. KHAN-FREUND, *Labour and the Law*, Stevens, London, 1977, 6.

⁷⁹ Cfr. CGUE 12 gennaio 2023, *J.K. c. TP S.A.*, cit., § 3 ss. (in materia, tra gli altri, A. PERULLI, *Discriminazione e lavoro autonomo nella prospettiva della Corte di Giustizia*, in *Labor*, 2023, n. 4, 401 ss.).

⁸⁰ Si rinvia a Commissione Europea, *Orientamenti*, cit., § 3.

⁸¹ Si veda Cfr. Commissione Europea, *Orientamenti*, cit., § 3.1.

⁸² Si rinvia a ancora a Commissione Europea, *Orientamenti*, cit., § 3.2.

⁸³ Cfr. Commissione Europea, *Orientamenti*, cit., § 3.3.

Per quanto concerne il primo dei prototipi richiamati, la Commissione si concentra sui lavoratori che definisce come “autonomi individuali economicamente dipendenti”, ossia su una serie di prestatori di lavoro non subordinato che conosce bene, dal momento che ha dedicato loro uno studio *ad hoc*⁸⁴. Infatti, riconduce a tale espressione coloro che percepiscono da parte di un unico committente, come corrispettivo derivante dalla collaborazione tra loro intercorrente, un reddito pari, in media, almeno al 50% di quello complessivo nell’arco di uno o due anni⁸⁵. Ciò significa che si tratta di soggetti mono-committenti, che non si autodeterminano sul mercato, dipendono quasi del tutto dalla controparte sul piano del reddito e eseguono una prestazione continuativa o di durata, volta a soddisfarne un interesse non occasionale⁸⁶. La peculiarità di tale *species* di “autonomi individuali”, una forma di lavoro non subordinato di nuova generazione prevista da alcuni sistemi nazionali tra i quali spicca quello spagnolo⁸⁷, è che implica l’estensione delle tutele del lavoro subordinato “oltre la subordinazione”. Visto che, secondo la comunicazione in esame, tali prestatori di lavoro si connotano in questi termini, occorre escludere dal novero degli “autonomi individuali economicamente dipendenti” coloro che ricavano un’analoga percentuale dei loro introiti da più committenti. Infatti, per quanto sotto il profilo puramente reddituale si trovino nelle condizioni indicate dalla comunicazione riguardo a quelli in esame, di fatto tali operatori economici si distinguono da questi ultimi in virtù di un unico requisito, consistente nel fatto che sono pluri-committenti. Dal che si evince che, per quanto sia vero che «la dipendenza economica, più di quella organizzativa, dimostra (...) la (...) debolezza contrattuale del lavoratore», è anche vero che non agevola le parti del contratto, che non sempre riescono a rispettarla «in modo tassativo»⁸⁸. Per questa ragione, si condivide l’opinione di chi esprime qualche «riserva sulla opportunità di assolutizzare indici quantitativi di questo tipo», a scapito del più «accettabile (...) criterio indicativo come quello della dipendenza prevalente da un committente principale»⁸⁹. In altre parole, si sostiene che, forse, la Commissione avrebbe dovuto individuare un criterio dirimente diverso o, comunque, avrebbe dovuto

⁸⁴ Si veda European Commission, *Study on economically dependent work/parasubordinate (quasi-subordinate) work* by Professor Adalberto Perulli, Brussels, 19 giugno 2003, in europarl.europa.eu.

⁸⁵ Cfr. Commissione Europea, *Orientamenti*, cit., § 3.1, n. 24.

⁸⁶ La comunicazione (cfr. Commissione Europea, *Orientamenti*, cit., § 3.1, n. 23) individua quali condizioni in cui tale tipologia di “autonomi individuali” versa costantemente, le stesse che la Corte di Giustizia ravvisa come proprie dei “falsi autonomi” in *FNV Kunsten* (cfr. Commissione Europea, *Orientamenti*, cit., § 1, n. 7).

⁸⁷ Il diritto spagnolo conosce i “TRADE” o “*trabajadores autónomos económicamente dependientes*” di cui all’art. 11, ley 11 luglio 2007, n. 20 - LETA (cfr. J. CRUZ VILLALÓN, *El trabajo autónomo económicamente dependiente en España. Breve valoración de su impacto tras algunos años de aplicación*, in *Doc. lab.*, 2013, n. 2, 20 ss.).

⁸⁸ M. GIOVANNONE, *La contrattazione collettiva*, cit., 222; E. VILLA, *Lavoro autonomo*, cit., 306.

⁸⁹ T. TREU, *Uno Statuto*, cit., 615.

stabilirne uno in alternativa a tale soglia numerica, come, ad esempio, quello dell'esecuzione della prestazione a favore del committente-controparte stabile, secondo il modello tedesco⁹⁰.

La seconda *species* di “autonomi individuali” del primo tipo è costituita da coloro che, testualmente, operano accanto ai dipendenti, svolgono mansioni identiche o simili, sono soggetti al potere direttivo del committente ma non al rischio d'impresa e non hanno alcuna autonomia sul piano organizzativo⁹¹. L'impressione è che tale *species* sia condizionata dal fatto che «in questa prospettiva le linee guida riflettono le politiche sociali di alcuni Stati membri, ove i contratti collettivi di certe categorie produttive si applicano sia ai lavoratori subordinati sia a quelli autonomi»⁹². La sua prerogativa sembra essere data dall'esposizione dei prestatori di lavoro autonomo così qualificati al rischio di riqualificazione contrattuale, in maniera più o meno analoga a quanto si è rilevato poc'anzi a proposito degli “autonomi individuali economicamente dipendenti”. Si ritiene, infatti, che, proprio come quelli “economicamente dipendenti”, anch'essi, noti come “*side by side*”, non sopportino i rischi commerciali legati all'attività economica del committente e che non godano di una sufficiente indipendenza sul mercato⁹³. Per questa ragione, forse, sono esclusi dalla fattispecie in esame i lavoratori autonomi sui quali incombono alcuni rischi commerciali e diversi gradi di autonomia sul piano dell'esecuzione della prestazione di lavoro, anche se presentano i requisiti che la contraddistinguono⁹⁴. Si reputa, dunque, inappropriato che da una valutazione fattuale così tanto ambigua e fumosa la comunicazione del 2022 faccia derivare, come conseguenza tecnico-giuridica immediata, l'esenzione dei loro accordi collettivi dall'applicazione della normativa euro-unitaria in materia di concorrenza contemplata dall'art. 101.1 del TFUE.

La terza e ultima *species* di “autonomi individuali” paragonabili ai lavoratori subordinati è costituita dai “*platform worker*”, ossia da coloro che si connotano in virtù del fatto di essere tenuti ad eseguire, nei confronti della controparte contrattuale, una prestazione organizzata da quest'ultima secondo modalità particolari⁹⁵. Ciò significa che, secondo la stessa comunicazione del 2022, sono tali i prestatori di lavoro non subordinato che si trovano in uno stato di dipendenza da una “piattaforma di lavoro digitale” che

⁹⁰ Cfr. E. BRAMESHUBER, *A Fundamental Right to Collective Bargaining for Economically Dependent, Employee-Like Workers*, in J.M. MIRANDA BOTO, E. BRAMESHUBER (eds.), *Collective Bargaining and the Gig Economy: A Traditional Tool for New Business Models*, Hart Publishing, Oxford, 2022, 248 ss.

⁹¹ Si veda Commissione Europea, *Orientamenti*, cit., § 3.1, n. 26.

⁹² A. PERULLI, *Il «lavoro personale»*, cit., 86, che cita i prestatori impiegati nel settore del teatro e della danza in Olanda e quello dei giornalisti che sono occupati in Slovenia.

⁹³ Cfr. Commissione Europea, *Orientamenti*, cit., § 3.3, n. 26, in cui, anche in questo caso, emerge che si tratta delle stesse condizioni in cui, secondo la Corte di Giustizia, si trovano i “falsi autonomi” (cfr. Commissione Europea, *Orientamenti*, cit., § 1, n. 7).

⁹⁴ In proposito S. RAINONE, *Labour Rights Beyond Employment Status*, cit., 167 ss.

⁹⁵ Nonostante la comunicazione non lo specifichi, si ritiene che anch'essi versino nelle condizioni che la Corte di Giustizia individua come proprie dei “falsi autonomi” (cfr. Commissione Europea, *Orientamenti*, cit., § 2, n. 7).

può essere paragonato a quello in cui i lavoratori subordinati versano rispetto al datore di lavoro⁹⁶. Infatti, i “*platform worker*” eseguono la citata prestazione: a) a distanza, mediante strumenti elettronici; b) in favore di un soggetto destinatario del servizio; 3) con organizzazione del lavoro propria, a prescindere dal fatto che sia svolta *online* o in un luogo prestabilito. Riguardo a tale *species*, il solo dato degno di nota, dal punto di vista interpretativo, sembra essere costituito dalla particolare natura della controparte contrattuale, che, evidentemente non per caso, la Commissione si preoccupa di definire espressamente⁹⁷. Si tratta, infatti, di una persona fisica o giuridica che eroga un servizio a distanza, per via elettronica e su richiesta del destinatario e che usa la “piattaforma di lavoro digitale” per organizzare l’attività che tali “autonomi individuali” sono obbligati a svolgere nel suo interesse⁹⁸. La *antitrust immunity* delle loro intese collettive, dunque, pare consistere in un rimedio alla riqualificazione contrattuale, per quanto, dal testo, non emerga se tali lavoratori su piattaforma sono soggetti alla presunzione di subordinazione di cui all’art. 5 della citata direttiva (UE) 2024/2831. Non è dato capire perché la Commissione non si sia espressa riguardo al nesso tra l’esonero degli accordi collettivi di tali “autonomi individuali” dal divieto di cui all’art. 101.1 del TFUE e le previsioni degli artt. 4 e 5 dell’allora proposta di direttiva, neppure in merito agli effetti dell’eventuale operazione riqualificatoria. Occorre, dunque, verificare se c’è differenza (e, se c’è, qual è la differenza) circa l’esenzione, dal divieto richiamato poc’anzi, degli accordi collettivi di tali “*platform worker*” e di quelli dei lavoratori su piattaforma che sono assoggettati alle disposizioni della direttiva (UE) 2024/2831.

Le osservazioni svolte a proposito delle tre sottotipologie di “autonomi individuali” paragonabili ai lavoratori subordinati e, in particolare, delle criticità di tipo interpretativo rilevate in proposito, consentono di mettere in evidenza due ulteriori anomalie della stessa natura, che risultano ad esse comuni. Appare innegabile, in primo luogo, che la terminologia impiegata dalla Commissione per distinguerle l’una dall’altra e, al contempo, per sottolineare che, comunque, si tratta di “autonomi individuali” paragonabili ai lavoratori subordinati sia incerta dal punto di vista tecnico-giuridico. In sostanza, si ritiene che la classificazione degli stessi in tre sottospecie differenti trovi il proprio fondamento su criteri che non sempre consentono di tener conto in maniera effettiva dello *status* professionale dei prestatori di lavoro autonomo riconducibili a ciascuna di esse. Il che consente di avanzare ragionevoli dubbi sul fatto

⁹⁶ Si veda ancora Commissione Europea, *Orientamenti*, cit., § 3.3, n. 30.

⁹⁷ Si veda Commissione Europea, *Orientamenti*, cit., § 1, n. 2, lett. d.

⁹⁸ La “piattaforma di lavoro digitale”, che la comunicazione definisce analogamente a quanto fatto dall’art. 2.1 della direttiva (UE) 2024/2831, si distingue dalla “piattaforma *online*”, che, invece, è usata da una persona fisica o giuridica per fornire «semplicemente i mezzi con cui i prestatori di servizi possono raggiungere l’utente finale, ad esempio pubblicando offerte o richieste di servizi o aggregando e mostrando i prestatori di servizi disponibili in un’area specifica, senza ulteriore coinvolgimento» (Commissione Europea, *Orientamenti*, cit., § 3.3, n. 30).

che i parametri della dipendenza economico-reddituale da un committente⁹⁹, delle mansioni connesse alla prestazione¹⁰⁰ e della fornitura di servizi mediante piattaforme digitali¹⁰¹ siano idonei a tale scopo. L'incertezza si reputa ascrivibile alla scelta della Commissione Europea di servirsi di un lessico generico, che le consenta di includere il maggior numero possibile di operatori economici e, soprattutto, di soddisfare le esigenze dei sistemi giuridici di vari Stati membri. Un altro aspetto che sembra essere comune alle citate tre *species* di “autonomi individuali” in condizioni analoghe a quelle dei dipendenti è che ricordano moltissimo i “falsi autonomi” così come sono descritti dalla Corte di Giustizia nella sentenza *FNV Kunsten*. Gli uni e gli altri, infatti, risultano essere il frutto della diffusa tendenza, da parte delle imprese euro-unitarie, a fare ricorso al contratto di lavoro autonomo per “mascherare” un rapporto di lavoro subordinato e risparmiare, così, sui costi economici e contributivi che sosterebbero in caso d'impiego di quest'ultimo. Detto ciò, occorre verificare se esiste e, eventualmente, qual è la differenza intercorrente o quali sono le differenze sussistenti tra tali particolari “autonomi individuali” e i “falsi autonomi” richiamati, onde constatare se coincidono o no dal punto di vista tecnico-giuridico. Risulta, del resto, incontestabile che la comunicazione in questione definisca gli “autonomi individuali” paragonabili ai lavoratori subordinati in maniera molto più specifica rispetto a quella in cui i giudici di Lussemburgo delineano i “falsi autonomi” all'interno della sentenza *FNV Kunsten*. Si è detto, infatti, che, in sintesi, la Corte di Giustizia reputa tali tutti coloro che difficilmente incidono sulla determinazione delle proprie condizioni di lavoro, non sono esposti a rischi d'impresa e sono parte integrante dell'organizzazione economico-produttiva del committente. La Commissione, invece, non richiama lo *status* di vulnerabilità degli “autonomi individuali” del primo tipo né si sofferma sul profilo della simulazione, limitandosi a includervi quelli economicamente dipendenti, quelli occupati accanto ai subordinati e quelli su piattaforma digitale. Tuttavia, appare evidente che, secondo il suddetto orientamento della Corte di Giustizia, i “falsi autonomi” possono essere paragonati ai lavoratori subordinati genuini, come gli “autonomi individuali” equiparabili ai lavoratori subordinati nella prospettiva della Commissione.

6. I “lavoratori autonomi individuali” non accostabili ai dipendenti

Un altro interrogativo interessante ha ad oggetto la seconda tipologia di “autonomi individuali”, che necessita di essere esaminata per verificare se da essa, come da quella di cui ci si è appena occupati, possano desumersi novità funzionali all'obiettivo proposto *supra*.

⁹⁹ Si veda Commissione Europea, *Orientamenti*, cit., § 3.1, n. 23 e n. 24.

¹⁰⁰ Cfr. Commissione Europea, *Orientamenti*, cit., § 3.2, n. 26.

¹⁰¹ Si rinvia a Commissione Europea, *Orientamenti*, cit., § 3.3, n. 28.

Giova premettere che la *species* in commento si riferisce ai contraenti che sono deboli rispetto alla controparte o alle controparti, perché non sono in grado di influire sulla determinazione delle proprie condizioni di lavoro, anche se non sono paragonabili ai lavoratori dipendenti¹⁰². Infatti, si distinguono da quelli appartenenti alla prima tipologia, perché, per quanto, a differenza di questi ultimi, siano riconducibili alla nozione euro-unitaria d'impresa, incontrano grosse difficoltà in sede di negoziazione per via della loro debolezza rispetto al/ai committente/committenti¹⁰³. Più precisamente, essi, pur non essendo accostabili ai dipendenti, spesso hanno difficoltà ad influire sulle proprie condizioni di lavoro, perché oggettivamente, si trovano in una situazione di debolezza negoziale rispetto alla loro controparte o alle loro controparti¹⁰⁴. Pur non potendosi, infatti, ipotizzare che i loro accordi collettivi esulino dall'applicazione dell'art. 101 del TFUE, tali "autonomi individuali" possono ragionevolmente trovarsi ad affrontare difficoltà simili a quelle degli "autonomi individuali" paragonabili ai dipendenti. Pertanto, nell'ambito della comunicazione la Commissione si impegna a non intervenire contro gli accordi collettivi sulle condizioni di lavoro in cui questi ultimi si trovano rispetto alla controparte o alle controparti se c'è uno squilibrio di potere contrattuale. Chiarito ciò, per procedere all'esame di tale seconda tipologia di "autonomi individuali", occorre tener presente che vi rientrano: a) coloro che hanno controparti dotate di forza economica¹⁰⁵; b) coloro che sono previsti come tali dalla legge nazionale o dell'Unione Europea¹⁰⁶. Una volta individuate le due ulteriori *species* in cui l'ipotesi giuridica in esame si suddivide, si reputa ragionevole tentare di far luce sulle peculiarità proprie e tipiche della prima e, successivamente, su quelle della seconda, in modo da poter tirare le fila del discorso sul piano del conseguimento del risultato a cui la ricerca è diretta.

Per quanto concerne, in primo luogo, i "lavoratori autonomi individuali con una controparte o con controparti che dispongono di un certo livello di forza economica e di un determinato potere di acquisto", appare evidente che subiscono lo squilibrio di potere contrattuale in cui si trovano rispetto al committente o ai committenti. Infatti, il loro requisito distintivo fondamentale si identifica con il fatto che subiscono la supremazia della controparte o alle controparti, a proposito della quale, peraltro, dalla lettera della comunicazione del 2022 emerge che costituisce oggetto di una presunzione. Più precisamente, la Commissione Europea suppone che siffatto squilibrio (di potere contrattuale) sussista tanto nelle due

¹⁰² Si veda Commissione Europea, *Orientamenti*, cit., § 4, n. 32.

¹⁰³ La Commissione fornisce un elenco esemplificativo delle condizioni in esame, in cui include la retribuzione, i premi e le gratifiche, l'orario di lavoro, le modalità di esecuzione della prestazione, le ferie, il luogo di lavoro, la salute e sicurezza e l'assicurazione e previdenza sociale e tutte le altre, diverse da quelle citate poc'anzi, in ragione delle quali gli "autonomi individuali" possono interrompere la prestazione e/o la controparte ha il diritto di cessare di utilizzare i loro servizi (cfr. Commissione Europea, *Orientamenti*, cit., § 2.1, n. 15).

¹⁰⁴ Cfr. Commissione Europea, *Orientamenti*, cit., § 4, n. 32.

¹⁰⁵ Cfr. Commissione Europea, *Orientamenti*, cit., § 4.1, n. 34 e n. 35.

¹⁰⁶ Si rinvia a Commissione Europea, *Orientamenti*, cit., § 4.2, n. 36.

ipotesi che individua in maniera puntuale ma non assoluta, quanto in quella, ulteriore, alla quale, invece, assegna un carattere residuale. Il primo dei due casi di dislivello (di potere contrattuale) che sono oggetto di una previsione puntuale ma non perentoria consiste nel fatto che la controparte o le controparti del contratto di lavoro di tali operatori economici rappresentano l'intero settore o l'intera industria di riferimento¹⁰⁷. Il secondo, invece, coincide con l'eventualità di una controparte o di più controparti con un fatturato totale e/o un bilancio totale annuo superiore a due milioni di euro o un numero di dipendenti pari o superiore a dieci o con l'una e l'altra caratteristica¹⁰⁸. Infine, l'ipotesi "residuale" consiste nel fatto che uno scompensamento di potere contrattuale degli "autonomi individuali" può configurarsi in modi diversi, a seconda anche delle circostanze sottostanti, a riprova dell'assoluta impossibilità, sia per il legislatore che per l'autonomia collettiva, di determinare tassativamente tutti quelli ad esso riconducibili¹⁰⁹.

Gli operatori economici appartenenti alla seconda sotto-tipologia degli "autonomi individuali" non paragonabili ai dipendenti, invece, si distinguono tra quelli che si trovano in stato di squilibrio di potere negoziale previsti dalla legge nazionale e quelli contemplati dalla normativa euro-unitaria¹¹⁰. Per quanto riguarda i primi, la comunicazione sottolinea che la legge nazionale combatte le condizioni di *gap* contrattuale che caratterizzano il rapporto di lavoro intercorrente con la controparte o con le controparti per centrare i non meglio specificati "obiettivi sociali". Inoltre, allo scopo di fronteggiare adeguatamente lo *status* derivante da tale scompensamento aggiunge che: a) accorda loro il diritto di negoziazione collettiva; b) esonera dal diritto euro-unitario *antitrust* gli accordi collettivi di coloro che svolgono certe professioni¹¹¹. Invece, rispetto ai secondi, vale a dire a coloro che sono intesi in questi termini dalla normativa euro-unitaria, occorre segnalare che quest'ultima non è chiamata ad esprimersi in maniera particolarmente precisa e dettagliata a proposito delle iniziative da assumere per arginarne le condizioni di vulnerabilità. Ciò significa, in sostanza, che (la normativa euro-unitaria) deve semplicemente limitarsi a specificare che, «nello stesso spirito, (...) potrebbe riconoscere il diritto (...) di ricorrere ad accordi collettivi per correggere uno squilibrio di potere contrattuale con la (...) controparte o con le (...) controparti»¹¹².

Il breve riferimento alle due *species* in questione lascia intendere che la differenza tra tali sottotipologie di "autonomi individuali" non paragonabili ai lavoratori subordinati sia ravvisabile esclusivamente nel fatto che una fa capo alla legge nazionale e che l'altra rimanda alla normativa euro-unitaria. Se le si esamina

¹⁰⁷ Cfr. Commissione Europea, *Orientamenti*, cit., § 4.1, n. 34, lett. a.

¹⁰⁸ Si rinvia a Commissione Europea, *Orientamenti*, cit., § 4.1, n. 34, lett. b.

¹⁰⁹ Così Commissione Europea, *Orientamenti*, cit., § 4.1, n. 35.

¹¹⁰ Cfr. Commissione Europea, *Orientamenti*, cit., § 4.2, n. 36.

¹¹¹ Se la legislazione nazionale persegue obiettivi sociali, la Commissione non interviene contro gli accordi collettivi sulle condizioni di lavoro relativi agli "autonomi individuali" a cui essa si applica (cfr. Commissione Europea, *Orientamenti*, cit., § 4.2, n. 36).

¹¹² Cfr. nuovamente Commissione Europea, *Orientamenti*, cit., § 4.2, n. 37.

attentamente, infatti, si rileva che entrambe sono caratterizzate dal fatto che i loro accordi collettivi non sono soggetti all'applicazione del divieto di cui all'art. 101.1 del TFUE, perché regolano le condizioni di lavoro di operatori economici che, pur essendo deboli, conservano lo *status* d'impresa. Infatti, la comunicazione afferma che la Commissione non interverrà sia riguardo alle intese collettive degli “autonomi individuali” facenti capo alla legge nazionale sia rispetto a quelle dei destinatari della normativa euro-unitaria, nonostante siano esonerate dal citato diritto *antitrust*¹¹³. Non per nulla, nella parte introduttiva, la Commissione specifica che «per dissipare qualsiasi dubbio, gli accordi collettivi negoziati e conclusi da lavoratori autonomi che esulano dall'ambito di applicazione dei presenti orientamenti non violano automaticamente l'articolo 101 TFUE»¹¹⁴. Il che lascia intendere, in primo luogo, che entrambe siano «fattispecie variamente circostanziate, ma non tutte ben definite, con parziali sovrapposizioni e con (inevitabili) lacune colmate da indicazioni residuali, neppure queste esaustive»¹¹⁵. Inoltre, sembra confermare che non sempre ai vocaboli usati dalla Commissione si collegano fattispecie “giuridiche” vere e proprie, nel senso che, talvolta, essi si concretizzano in mere indicazioni di fatto, sulle quali si reputa impossibile fondare la moltiplicazione di *species* e *sottospecies* proprie e tipiche di una materia tanto liquida¹¹⁶. Nonostante le criticità richiamate, si ritiene che la tipologia di “autonomi individuali” in esame, nel suo complesso, abbia un'importanza centrale sul piano dell'esegesi della nozione generale di “*solo self-employed worker*”, perché, pur avendo carattere residuale, ne esprime la reale portata estensiva¹¹⁷. Il che non desta meraviglia, perché, pur non essendo equiparabili ai lavoratori subordinati, siffatti prestatori di lavoro autonomo possono trovarsi ad affrontare difficoltà (di tipo contrattuale e/o socio-economico) non dissimili da quelle che caratterizzano gli appartenenti alla prima sotto-tipologia¹¹⁸. Si ritiene, infatti, che lo squilibrio contrattuale che esiste tra loro e il committente o i committenti giustifichi l'assoggettamento delle loro intese collettive ad un “trattamento” analogo a quello riservato a quelle degli “autonomi individuali” paragonabili ai dipendenti sul piano della disciplina *antitrust*. Non per nulla, come si è detto, la Commissione si è impegnata a non intervenire contro gli accordi collettivi degli operatori economici rientranti in tale novero, poichè, come si è detto *supra*, a differenza dei primi (che ne sono privi), questi ultimi dispongono dello *status* d'impresa¹¹⁹. La decisione della stessa (Commissione) di “indulgere” su di essi, pertanto, si reputa funzionale all'intento di servirsene per correggere le significative distorsioni del

¹¹³ Si veda Commissione Europea, *Orientamenti*, cit., § 1, n. 9.

¹¹⁴ Si rinvia a Commissione Europea, *Orientamenti*, cit., § 1, n. 12.

¹¹⁵ T. TREU, *Lavoro autonomo*, cit., 9.

¹¹⁶ In proposito si veda, in particolare, A. PERULLI, T. TREU, “*In tutte le sue forme e applicazioni?*”. *Per un nuovo Statuto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2023, 63 ss.

¹¹⁷ In questi termini, prima di tutti, M. GIOVANNONE, *La contrattazione collettiva*, cit., 222.

¹¹⁸ Al riguardo si rimanda a P. ICHINO, *Collective Bargaining and Antitrust Laws: an Open Issue*, in *Int. Journ. Comp. Lab. Law Industr. Rel.*, 2001, n. 2, 185 ss.

¹¹⁹ Così Commissione Europea, *Orientamenti*, cit., § 1, n. 9.

mercato prodotte dalla struttura monopsonistica che è alla base della loro debolezza contrattuale¹²⁰. Si concorda, infatti, con chi sostiene che un eloquente esempio al riguardo sia ravvisabile nell'economia digitale, nell'ambito della quale, ormai, la forza commerciale e il potere negoziale delle grandi multinazionali hanno raggiunto livelli difficilmente immaginabili¹²¹. A riprova di ciò, la comunicazione richiama gli “obiettivi sociali”, propri sia della legge nazionale che della normativa euro-unitaria¹²², i quali rispetto alla prima sono citati espressamente¹²³, mentre per quanto riguarda l'altra si ricavano dalla formula “nello stesso spirito”¹²⁴. Il che non desta meraviglia, nel senso che appare innegabile che il riferimento agli “obiettivi sociali” celi la tendenza dell'una e dell'altra disciplina ad assicurare un minimo di tutela a tali lavoratori autonomi, viste e considerate le condizioni in cui si trovano comunemente¹²⁵. Si reputa altrettanto significativo al riguardo che lo squilibrio di potere contrattuale sussistente loro e il committente o i committenti non implichi, gioco forza, l'assenza dello *status* d'impresa a fini *antitrust* in capo a questi ultimi né che i due elementi vadano di pari passo¹²⁶. Ciò consente di mettere in evidenza come la Commissione, a differenza della Corte di Giustizia riguardo ai “falsi autonomi”, non consideri il concetto di vulnerabilità estraneo a tali operatori economici, visto e considerato il ruolo che, come vedremo, assume rispetto al ricorso all'autonomia collettiva¹²⁷. Risulta, peraltro, indiscutibile che, quando si ci si serve di tale vocabolo per comprendere qual è lo *status* degli operatori economici in esame, ci si riferisce sia ai “classici” mancati guadagni che alle conseguenze della fragilità o dell'assenza di regimi nazionali di sicurezza sociale e di apposite misure di supporto. Inoltre, si rileva come la stessa vulnerabilità sia strettamente connessa alla tendenza di un gran numero di aziende all'esternalizzazione e al subappalto dei servizi personali e commerciali, alla digitalizzazione dei processi produttivi e all'espansione dell'economia delle piattaforme *online*¹²⁸. Non a caso, la Commissione Europea la impiega per identificare come destinatari i lavoratori autonomi costantemente esposti al rischio di povertà, ponendosi, così, in linea con le azioni di contrasto alla “*In-Work Poverty*” previste dal Pilastro europeo dei diritti sociali del 2017¹²⁹. Ciò che conta è che, in tal modo, finisce per segnalarne la multiforme subalternità economico-

¹²⁰ Si veda, tra gli altri, T. JASPERS, *Collective bargaining and EU competition law*, in B. TER HAAR, A. KUN (eds.), *EU Collective Labour Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2021, 393 ss.

¹²¹ Sulla questione S. PAUL, *Antitrust as Allocator of Coordination Rights*, in *UCLA law rev.*, 2020, n. 67, 380 ss.

¹²² Si veda Commissione Europea, *Orientamenti*, cit., § 4.2, n. 36.

¹²³ Sull'esonero degli accordi collettivi con *social policy objectives*, CGUE 21 settembre 1999, *Albany*, cit., § 2.

¹²⁴ Si veda Commissione Europea, *Orientamenti*, cit., § 4.2, n. 37.

¹²⁵ Sulla questione M. GIOVANNONE, *La contrattazione collettiva*, cit., 223-224.

¹²⁶ Al riguardo si veda, tra gli altri, V. BRINO, *Diritto del lavoro, concorrenza e mercato. Le prospettive dell'Unione Europea*, Cedam, Padova, 2012, 26.

¹²⁷ Sul punto cfr. L. RATTI, A. GARCIA-MUÑOZ, *EU law, In-Work Poverty, and vulnerable workers*, in *Eur. law. open*, 2022, n. 1, 738 ss.

¹²⁸ Cfr. Parlamento Europeo, *Relazione sulla situazione degli artisti e la ripresa culturale nell'Unione europea*, Bruxelles, 13 ottobre 2021, 2020/2261(INI).

¹²⁹ Cfr. L. RATTI, A. GARCÍA-MUÑOZ, V. VERGNAT, *The Challenge of Defining, Measuring, and Overcoming In-Work Poverty in Europe: An Introduction*, in L. RATTI (ed.), *In-Work Poverty in Europe: Vulnerable and Under-Represented Persons in a Comparative Perspective*, in *Bulletin*

organizzativa, estranea «ai criteri qualificatori classici dell'impresa de-materializzata, de-gerarchizzata e avvezza all'esternalizzazione di attività lavorative fortemente discontinue»¹³⁰.

7. Il requisito comune agli “autonomi individuali”

Una questione non trascurabile è quella relativa alla determinazione del criterio comune agli “autonomi individuali” nel loro complesso, vale a dire sia di quelli che sono equiparabili ai lavoratori subordinati sia di quelli che, al contrario, non sono paragonabili a questi ultimi.

Per quanto concerne la nozione prevista dalla comunicazione della Commissione del 2022, appare evidente che costituisce una novità nel panorama del diritto euro-unitario e che, evidentemente non per caso, è venuta alla luce in un momento di grande attenzione «ai bisogni di tutela che emergono nella realtà socioeconomica»¹³¹. Infatti, la sua introduzione nel sistema giuridico dell'Unione Europea risulta coeva al tentativo, effettuato da una parte della dottrina, di elaborare una figura di lavoratore autonomo alla quale sia possibile ricondurre i “rapporti” che difficilmente trovano spazio all'interno di quelle tradizionali¹³². Appare, dunque, opportuno spendere qualche parola sulla sua portata innovativa e sulle sue implicazioni in tale contesto, allo scopo di constatare se e, eventualmente come, alteri la “consueta” dicotomia “lavoro subordinato-impresa” di matrice giurisprudenziale alla quale si è fatto cenno poc'anzi. Poste queste premesse, la verifica non appare particolarmente agevole, come emerge dalla diversità di opinioni affermatesi in dottrina al riguardo¹³³ e dalla variabile intensità del rilievo attribuito, dai sostenitori delle relative chiavi di lettura, allo squilibrio di potere sul mercato del lavoro autonomo¹³⁴. In linea di principio si ritiene che la definizione delineata su iniziativa della Commissione costituisca un passo importante nel senso dell'emersione, nell'esperienza dell'ordinamento euro-unitario, di una serie di figure giuridiche nuove, che si trovano “a cavallo” tra le nozioni di “lavoro autonomo” e di “impresa”¹³⁵. In particolare, pare in linea con la sua tendenza ad andare oltre il “*limes*” della tradizione novecentesca del “senso” e “orientamento assiologico” proprio di alcuni sistemi nazionali, «lasciandosi definitivamente alle

of comparative labour relations, 2022, 3 ss.; B. CARUSO (a cura di), *Il lavoro povero «sans phrase». Oltre la fattispecie*, Il Mulino, Bologna, 2024.

¹³⁰ M. GIOVANNONE, *La contrattazione collettiva*, cit., 215 Cfr. anche S. ENGBLOM, *Equal Treatment of Employees and Self-Employed Workers*, cit., 214.

¹³¹ E. VILLA, «*Gli amori difficili*», cit., 121.

¹³² Il tentativo fa capo a L. RATTI, *Alla difficile ricerca*, cit., che richiama, a sostegno della propria conclusione, la Raccomandazione del Consiglio dell'8 novembre 2019 sull'accesso alla protezione sociale di lavoratori subordinati e autonomi (2019/C 387/01) e la posizione della Corte di Giustizia sul tema (cfr. CGUE 22 aprile 2020, *B c. Yodel Delivery Network*, C-692/19, per la quale si rinvia a L. RATTI, *Alla difficile ricerca*, cit., 7-8).

¹³³ Sulle posizioni assunte dalla dottrina cfr. D. IZZI, *La contrattazione collettiva*, cit., 2 ss.

¹³⁴ In proposito si rinvia a M. CORTI (a cura di), *Il pilastro europeo dei diritti sociali e il rilancio della politica sociale europea*, Vita e Pensiero, Milano, 2021.

¹³⁵ Ci si riferisce, in particolare, al lavoro su piattaforma (cfr., tra gli altri, J. UNTERSCHÜTZ, *Digital work – real bargaining: how can the sustainability of social dialogue be ensured in the digital era?*, in J. KENNER, I. FLORCZAK, M. OTTO (eds.), *Precarious Work. The Challenge for Labour Law in Europe*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2019, 222 ss.; J. CAVALLINI, M. AVOGARO, *'Digital work' in the 'platform economy': the last (but not least) stage of precariousness in labour relationships*, *ivi*, 187 ss.).

spalle le colonne d'Ercole della subordinazione»¹³⁶. Anche se non consiste nella più riuscita manifestazione della propensione dello stesso (diritto dell'Unione Europea) a scardinare l'assetto binario classico "subordinazione-autonomia", essa risponde all'esigenza di tutela del lavoro "in tutte le sue forme e applicazioni"¹³⁷. Pur essendo inclusa in un atto di *soft law*, in sostanza, si reputa che sia in grado di soddisfare le (numerose e variabili) necessità di «coloro che si impegnano a rendere ad altri il proprio lavoro, fatte salve le persone che operano come genuini attori economici per conto proprio»¹³⁸. Più precisamente, l'impressione è che, così com'è elaborata, possa rivelarsi utile a far sì che tutti coloro che versano in stato di debolezza, quanto meno dal punto di vista contrattuale, possano aspirare all'equità, alla stabilità e all'efficienza dell'ordine economico¹³⁹. Una conferma in tal senso, peraltro, pare essere costituita dalla tendenza degli "autonomi individuali" in condizioni di disagio contrattuale e socio-economico ad allontanarsi, anche se di poco, dalla sfera della regolamentazione prettamente civilistico-commerciale¹⁴⁰. Infatti, riferendosi a quelli (gli "autonomi individuali") erroneamente qualificati come tali e a quelli genuini che, tuttavia, influiscono con difficoltà sulle proprie condizioni di lavoro¹⁴¹, dà l'idea di essere volta a garantire il «primato della persona, della sua integrità e dignità»¹⁴². Se così non fosse, d'altro canto, (la definizione in commento) non avrebbe come fulcro le condizioni di squilibrio di potere contrattuale nelle quali gli stessi "autonomi individuali" nel loro complesso si trovano costantemente, come si è detto, in un mercato del lavoro di carattere monopsonistico e oligopsonistico¹⁴³.

Ciononostante, si ritiene che l'ipotesi in parola non consista in una fattispecie di nuova generazione, ossia in un *tertium genus* che si aggiunge a quelle, citate, di "lavoratore subordinato" e di "impresa", ma che si concretizzi in una sorta di "container" trasversale, capace di "accogliere" una grande varietà di tipologie negoziali. Infatti, al di là delle criticità e anomalie esegetiche emerse in sede d'esame della stessa (nozione), la comunicazione individua le forme contrattuali qualificabili come ipotesi di lavoro "autonomo individuale", tentando di mettere in evidenza le peculiarità di ciascuna di esse. Si reputa significativo che vi rientrino sia quelli paragonabili ai lavoratori subordinati, che somigliano ai "falsi autonomi" e che non sono qualificabili come "imprese", sia quelli ad essi non assimilabili, che, pur avendo lo *status* d'impresa,

¹³⁶ A. PERULLI, *Il «lavoro personale»*, cit., 62.

¹³⁷ Sul fenomeno A. PERULLI, T. TREU, "In tutte le sue forme e applicazioni", cit., 3 ss.

¹³⁸ N. COUNTOURIS, V. STEFANO, *New trade union strategies*, cit., 65.

¹³⁹ In proposito si rinvia a L. BELLARDI, *Le relazioni industriali in transizione: nodi critici e ipotesi di riforma*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2003, n. 3, 362-407.

¹⁴⁰ Il presupposto è costituito, senza ombra di dubbio, dalle necessità «produttive di un sistema economico che esige prestazioni di lavoro autonomo fortemente integrato con l'impresa» (A. PERULLI, *Un Jobs Act per il lavoro autonomo: verso una nuova disciplina della dipendenza economica?*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2015, n. 1, 113 ss.).

¹⁴¹ Gli "autonomi individuali" che lavorano in proprio e ricorrono principalmente al proprio lavoro personale, anche se non sono integrati nell'impresa del committente, possono non essere del tutto indipendenti da lui o non avere un potere contrattuale analogo (cfr. Commissione Europea, *Orientamenti*, cit., § 1, n. 8).

¹⁴² O. RAZZOLINI, *Organizzazione e azione collettiva nei lavori autonomi*, in *Pol. soc.*, 2021, n. 1, 59.

¹⁴³ Sulla funzione svolta degli accordi collettivi nel mercato del lavoro monopsonistico cfr. P. ICHINO, *Collective Bargaining and Antitrust Laws*, cit., 185 ss.

sono contrattualmente deboli. Proprio l'estrema varietà di ipotesi che, secondo la Commissione, ne fanno parte induce a ribadire che quest'ultima sia stata elaborata "al riparo" «dalle torsioni della fattispecie» e allo scopo di "accogliere" «l'intero mondo dei lavoratori deboli e vulnerabili»¹⁴⁴. Il che non desta meraviglia, poiché, al di là del risultato raggiunto, sembra potersi ragionevolmente dedurre che «in una materia così fluida»¹⁴⁵ il concetto classico di fattispecie giuridica finisca per dissolversi a vantaggio di un approccio più prettamente rimediale¹⁴⁶. Risulta, dunque, evidente che tale ultimo metodo, essendo alla base della nozione in questione, fa sì che, «per sua stessa ragione e logica intrinseca», essa non si presti «né a definizioni unitarie e sintetiche, né a soluzioni tecniche compatte e uniformi valevoli per situazioni differenziate»¹⁴⁷. Ciò lascia intendere che la figura giuridica in commento, proprio in ragione di tali sue caratteristiche, sia esposta «alla differenziazione e all'adattabilità (...) non solo degli indici di riconoscimento del bisogno di tutela, e non tanto dalla compiuta qualificazione della fattispecie»¹⁴⁸. Infatti, sembra avere la tendenza ad innestarsi su «situazioni, sempre più frequenti invero, di oggettiva incertezza, ove il metodo sussuntivo si mostra impotente di fronte all'inestricabilità del fatto, e il margine per l'operazione ermeneutica è (...) oggettivamente ampio»¹⁴⁹. Risulta, in fondo, evidente come la sua stessa formulazione sia il frutto di una visione del «diritto che punta a un risultato di protezione anche laddove la novità, e l'eccentricità morfologica del caso concreto renderebbe non applicabile la tutela *standards*»¹⁵⁰. L'impressione, comunque, è che il dato realmente degno di nota, ai nostri fini, consista nel fatto che la Commissione non si esprime riguardo alle modalità di regolazione della stessa, lasciando alle Istituzioni dell'Unione Europea e agli Stati membri il compito di scegliere tra le possibili tecniche disponibili. Ciò detto, si suppone che il parametro maggiormente idoneo a ricondurre ad unità gli "autonomi individuali" sia costituito dalla loro esposizione ad una molteplicità di rischi sociali, al punto che si può intenderli come bisognosi di tutela secondo la teoria del "*risk-based-approach*"¹⁵¹. Infatti, al di là della citata bipartizione, questi ultimi, secondo quanto emerge dalla lettera della comunicazione della Commissione Europea del 2022, paiono essere titolari del diritto di negoziazione collettiva in quanto sono esposti a una molteplicità di incognite di varia natura¹⁵². Non sembra, inoltre, riscontrarsi alcuna distinzione degna di nota tra gli stessi rischi in cui i soggetti economici in questione incorrono, siano essi interni al rapporto di lavoro,

¹⁴⁴ B. CARUSO, *Il lavoro al plurale e la protezione rimediale*, in ID., *Il lavoro povero «sans phrase». Oltre la fattispecie*, Il Mulino, Bologna, 2024, 68.

¹⁴⁵ T. TREU, *Lavoro autonomo*, cit., 10.

¹⁴⁶ Sull'approccio rimediale G. DAVIDOV, *A Purposive Approach to Labour Law*, Oxford University Press, Oxford, 2016. Si veda anche T. TREU, *Trasformazione o fine delle categorie?*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2023, n. 3, 339 ss.

¹⁴⁷ B. CARUSO, *Il lavoro al plurale*, cit., 68-69.

¹⁴⁸ B. CARUSO, *Il lavoro al plurale*, cit., 69.

¹⁴⁹ B. CARUSO, *Il lavoro al plurale*, cit., 77.

¹⁵⁰ B. CARUSO, *Il lavoro al plurale*, cit., 78.

¹⁵¹ Sul "*risk-based-approach*", tra gli altri, P. LOI, *Il lavoro autonomo*, cit., 858 ss.; G. SCHMID, J. WAGNER, *Managing social risk of non-standard employment in Europe*, in *Cond. work empl. series*, 2017, n. 9, 38 ss.

¹⁵² Così, tra gli altri, P. LOI, *Il lavoro autonomo*, cit., 858 ss.

come, ad esempio, la debolezza contrattuale, o esterni ad esso, come, ad esempio, il *dumping* sociale o la certificazione della professionalità¹⁵³.

8. Gli accordi collettivi degli “autonomi individuali” soggetti alla *antitrust immunity*

Le osservazioni svolte sugli “autonomi individuali” nel diritto dell’Unione Europea, per quanto la comunicazione in esame non sia giuridicamente vincolante, inducono a interrogarsi sull’identificazione delle principali caratteristiche che sono proprie e tipiche degli accordi collettivi sulle loro condizioni di lavoro che godono della *antitrust immunity*.

La questione appare degna di nota, perché, così come la Corte di Giustizia ha fatto con le sentenze citate, la Commissione, per mezzo della stessa (comunicazione), sembra tentare «di rendere il diritto» euro-unitario «della concorrenza più sensibile ai bisogni di tutela che emergono nella realtà socioeconomica»¹⁵⁴. Si esclude, invece, che acquistino rilevanza, sul piano tecnico-giuridico, le eventuali ripercussioni esegetiche di quest’ultima, anche se, talvolta, coincidono con quelle che possono essere desunte dalla sentenza *Albany*, nonostante essa abbia ad oggetto i contratti collettivi dei lavoratori subordinati esclusi dalla disciplina *antitrust*¹⁵⁵.

Poste queste premesse, non è chiaro se l’esenzione dal divieto in questione si applichi a tutte le convenzioni collettive riferibili agli stessi “autonomi individuali” o solo a quelle che hanno l’obiettivo di eliminare o di ridurre lo squilibrio di potere contrattuale in cui si trovano rispetto alla/e controparte/i. Secondo una parte della dottrina, infatti, solo tali ultimi accordi collettivi sono esclusi dall’applicazione della normativa *antitrust*, perché attengono alle condizioni di vulnerabilità, che caratterizzano il contratto d’opera, in cui essi (gli “autonomi individuali”) si trovano rispetto al committente o ai committenti¹⁵⁶. Siffatta “lettura” non convince, perché pare trascurare che, in generale, tutti gli accordi collettivi hanno quel fine e che, se, per assurdo, la realtà fosse diversa, quelli facenti capo a tali lavoratori autonomi solo in quel caso sarebbero esenti dalle norme sulla concorrenza¹⁵⁷. Non si reputa rilevante a tal fine, inoltre, il fatto che, recentemente, la Corte di Giustizia abbia affermato che la *antitrust immunity* ha ad oggetto solo ed esclusivamente gli accordi collettivi aventi come unico obiettivo l’effetto restrittivo della

¹⁵³ Sui rischi sociali R. HOLTZMANN, S. JORGENSES, *Social Risk Management: A New Conceptual Framework for Social Protection and Beyond*, in *Int. tax public fin.*, 2001, n. 8, 529 ss.; G. SCHMID, J. WAGNER, *Managing social risk*, cit., 38 ss.; P. LOI, *Rischio e sicurezza nel rapporto di lavoro*, in *Rivista giuridica del lavoro*, 2013, n. 3, I, 569 ss.

¹⁵⁴ E. VILLA, «*Gli amori difficili*», cit., 121.

¹⁵⁵ Sulle questioni aperte all’interno di *Albany*, E. VILLA, «*Gli amori difficili*», cit., 113 ss.

¹⁵⁶ Così N. COUNTOURIS, V. DE STEFANO, *The Labour Law Framework: Self-Employed and Their Right to Bargain Collectively*, in B. WAAS, C. HIEBL (eds.), *Collective Bargaining for Self-Employed Workers in Europe*, *Bull. comp. lab. rel.*, 2021, n. 1, 3 ss.; M. FREEDLAND, N. COUNTOURIS, *Some Reflections on the ‘Personal Scope’ of Collective Labour Law*, in *Ind. Law Journ.*, 2017, n. 1, 52 ss.; A. PERULLI, *Oltre la subordinazione. La nuova tendenza espansiva del diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2021, 106; E. VILLA, «*Gli amori difficili*», cit., 113-114.

¹⁵⁷ Si veda Commissione Europea, *Orientamenti*, cit., § 1, n. 2, lett. c.

concorrenza¹⁵⁸. L'impressione, invece, è che il divieto di cui all'art. 101.1 del TFUE concerna tutti gli accordi collettivi degli "autonomi individuali", che, regolandone il rapporto di lavoro, mirano al miglioramento delle loro condizioni economiche e normative¹⁵⁹, anche se non sono intesi come esercizio di un diritto fondamentale¹⁶⁰. Un indizio a sostegno di tale convinzione sembra essere dato dal ruolo delle intese collettive di «ridefinizione dei rischi sociali», di «individuazione delle tecniche assicurative e mutualistiche» e di «ricostruzione delle altre tecniche di *management* dei rischi sociali»¹⁶¹. Per questa ragione, probabilmente, la Commissione, richiamando gli obiettivi sociali, oltre che economici, dell'ordinamento giuridico euro-unitario (art. 3.3 TUE, art. 9 e art. 152 TFUE), rinvia, anche se timidamente, all'art. 28 della Carta di Nizza¹⁶². Siffatto richiamo non sembra significare che la stessa, a differenza della Corte di Giustizia (che lo ha omissis), abbia preso atto, seppure indirettamente, dell'equiparazione della Carta di Nizza ai trattati e della costituzionalizzazione dei diritti sociali fondamentali ivi previsti¹⁶³ (art. 6.2 TUE). Se il rilievo costituzionale del diritto di negoziazione collettiva fosse stato realmente tenuto in considerazione al suo interno, la comunicazione lo avrebbe attribuito loro, a prescindere dalla normativa *antitrust*, e non lo avrebbe bilanciato con essa¹⁶⁴. Si presume, infatti, che, in una simile eventualità, gli accordi collettivi consentano di ridurre o eliminare lo squilibrio contrattuale, andando oltre le «diseguaglianze (...) che svantaggiano i (...) lavoratori senza altra qualificazione giuridica»¹⁶⁵, poiché soddisfano interessi legittimi di portata generale¹⁶⁶. Appare indiscutibile, quindi, che l'espressione "obiettivi sociali" si riferisca alla finalità di tutti gli accordi collettivi, anche di quelli degli "autonomi individuali", a salvaguardare e migliorare le condizioni economiche e normative dei lavoratori a cui si riferiscono¹⁶⁷. Tale convinzione si reputa degna di nota, inoltre, perché può lasciar intendere che la finalità

¹⁵⁸ In tal senso, tra le altre, CGUE 2 aprile 2020, *Gazdasági Versenybivatal c. Budapest Bank Nyrt. et al.*, C-228/18; CGUE 30 gennaio 2020, *Generics (UK) Ltd e altri c. Competition and Markets Authority*, C-307/18.

¹⁵⁹ In questi termini, per tutti, A. PERULLI, *Oltre la subordinazione*, cit., 106. Non a caso, gli orientamenti «si limitano a chiarire le condizioni alle quali alcuni lavoratori autonomi individuali e la loro controparte o le loro controparti possono avviare trattative collettive e stipulare accordi collettivi senza correre il rischio di violare l'articolo 101 TFUE» (Commissione Europea, *Orientamenti*, cit., § 1, n. 10).

¹⁶⁰ Per qualcuno si tratta di un diritto universale in quanto diritto umano (cfr. B. CREIGHTON, S. MCCRYSTAL, *Who is a "Worker" in International Law?*, in *Comp. lab. law pol. jour.*, 2016, n. 37, 694 ss.).

¹⁶¹ P. LOI, *Il lavoro autonomo*, cit., 858.

¹⁶² Il rinvio all'art. 28 della Carta di Nizza si trova in Commissione Europea, *Orientamenti*, cit., § 1, n. 4.

¹⁶³ Sull'equiparazione della Carta di Nizza ai Trattati cfr., tra gli altri, F. PAPPALARDO, *Preambolo*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea*, Giuffrè, Milano, 2017, 4 ss.

¹⁶⁴ Cfr. A. LO FARO, *Funzioni e finzioni della contrattazione collettiva comunitaria. La contrattazione collettiva come risorsa dell'ordinamento giuridico comunitario*, Giuffrè, Milano, 1999, 291.

¹⁶⁵ P. TULLINI, *L'economia digitale alla prova dell'interesse collettivo*, in *Lab. & law iss.*, 2018, n. 1, 11.

¹⁶⁶ Alcuni argomenti analoghi si desumono da CGUE 19 febbraio 2022, *J. C. J. Wouters, J. W. Savelbergh e Price Waterhouse Belastingadviseurs BV c. Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*, con l'intervento di: *Raad van de Balies van de Europese Gemeenschap*, C-309/99; CGUE 4 settembre 2014, *API – Anonima Petroli Italiana SpA e altri c. Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e altri*, C-184/13.

¹⁶⁷ Cfr. I. SCHÖMANN, *Collective bargaining and the limits of competition law, Protecting the fundamental labour rights of self-employed workers*, ETUI Policy Brief, Bruxelles, 2022, 8.

della restrizione della normativa sulla concorrenza da parte degli accordi collettivi in commento sia loro propria nella misura in cui questi ultimi risultano essere proporzionalmente necessari al perseguimento degli stessi obiettivi sociali¹⁶⁸.

Posta la conclusione alla quale si è pervenuti poc' anzi, occorre chiedersi se la Commissione assegni una funzione anticoncorrenziale agli accordi collettivi in questione, ossia se attribuisca loro, seppure in maniera indiretta e parziale, un effetto regolativo della concorrenza nel mercato del lavoro¹⁶⁹. In via di prima approssimazione, dalla stessa non sembra desumersi che essi siano tenuti a disciplinare in qualche modo o a eliminare «la concorrenza (...) limitandosi a una funzione di controllo del mercato del lavoro»¹⁷⁰, che è particolarmente complesso in caso di autonomia collettiva dei lavoratori autonomi¹⁷¹. Appare, invece, evidente come si guardi bene dall'affrontare la questione del loro esonero dall'applicazione del divieto di cui all'art. 101.1 del TFUE in modo sistematico, intendendola come una “eccezione alla regola”, sul presupposto della nozione euro-unitaria di impresa ai fini *antitrust*¹⁷². Dalla lettera della comunicazione, infatti, emerge che il legislatore euro-unitario, tendenzialmente, fa fatica ad assegnare loro il ruolo di veri e propri strumenti regolativi dei rapporti di potere «tra forze economiche e gruppi sociali contrapposti»¹⁷³. Lo stesso “incerto” rinvio all'art. 28 della Carta di Nizza si reputa assai eloquente al riguardo, nel senso che, anche se si contrappone al mancato riferimento ad esso da parte della Corte di Giustizia nella sentenza *FNV Kunsten*¹⁷⁴, sembra consistere in un'espressione di tale tendenza. Pur non ponendosi nella stessa posizione dei giudici di Lussemburgo¹⁷⁵, in altre parole, si ritiene che la Commissione voglia asserire che la materia non è assoggettabile allo stesso (art. 28 della Carta di Nizza) e che, invece, deroga ai principi in tema di concorrenza, senza, però, assumere una posizione chiara. Tuttavia, si riscontra, nel testo della comunicazione, una minima tendenza al «dinamismo negoziale emerso negli ordinamenti europei, che (...) legittimano l'autonomia collettiva alla regolazione delle condizioni di lavoro oltre la subordinazione»¹⁷⁶. Si ritiene che una conferma in tal senso sia

¹⁶⁸ Sulla questione M.J. SCHMIDT-KESSEN, C. BERGQVIST, C. JACQUESON, Y. LIND, M. HUFFMAN, “I'll call my Union”, *said the driver - Collective bargaining of gig workers under EU competition rules*, in CBS LAW Research Paper Series n. 20-43, Copenhagen Business School Law, 2020, 11 ss.; I. LIANOS, N. COUNTOURIS, V. DE STEFANO, *Re-thinking the competition law/labour law interaction: Promoting a fairer labour market*, in *Eur. lab. law journ.*, 2019, n. 3, 291 ss.

¹⁶⁹ Si veda G.P. CELLA, *Quale futuro per la contrattazione collettiva?*, in *Diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 2016, n. 2, 217 ss.

¹⁷⁰ M. TIRABOSCHI, *Sulla funzione (e sull'avvenire) del contratto collettivo di lavoro*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2022, n. 3, 804. Cfr. anche N. TANKUS, L. HERRINE, *Competition Law as Collective Bargaining Law*, in E. MCGAUGHEY, S. PAUL, S. MCCRYSTAL (eds.), *Cambridge Handbook of Labor in Competition Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2022, 72-95.

¹⁷¹ Sulla questione si veda O. LA TEGOLA, *Le fonti di determinazione*, cit., 153 ss.

¹⁷² Al riguardo J. SENATORI, *EU law and digitalization of employment relations*, in T. GYULAVÀRI, E. MENEGATTI (eds.), *Decent Work in the Digital Age European and Comparative Perspectives*, London, 2022, 57 ss.

¹⁷³ M. TIRABOSCHI, *Sulla funzione (e sull'avvenire) del contratto collettivo di lavoro*, cit., 791.

¹⁷⁴ Sulla questione anche M. BIASI, *Ripensando il rapporto*, cit., 15.

¹⁷⁵ In proposito A. DAVIDOV, *Collective Bargaining Laws: Purpose and Scope*, in *International journal of comparative labour law and industrial relations*, 2004, n. 1, 81-106, che parla di “deficit democratico” (cfr. A. PERULLI, *A Purposive Approach to Labour Law by Guy Davidov: A Comment*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2017, n. 4, 759 ss.).

¹⁷⁶ M. GIOVANNONE, *La contrattazione collettiva dei lavoratori autonomi*, cit., 211.

desumibile dalle conclusioni alle quali si è pervenuti poc'anzi circa la “collocazione” della figura giuridica degli “autonomi individuali” nel sistema giuridico euro-unitario rispetto alla nozione di “lavoratore subordinato” e a quella di “impresa”.

Alla luce di quanto asserito, si ritiene ragionevole procedere alla disamina di un particolare e, possibilmente, recente accordo collettivo sulle condizioni economiche e normative di una specifica tipologia di lavoratori non subordinati, al fine di verificare se rientra o meno tra quelli esenti dalla disciplina euro-unitaria *antitrust*. Tra quelli “reperibili sul mercato” si intende soffermarsi sull'accordo collettivo che regola le collaborazioni coordinate e continuative di lavoro sportivo nell'area del dilettantismo, sottoscritto il 9 gennaio 2025 da Federazione Italiana Giuoco Calcio, Lega Nazionale Dilettanti, Associazione Italiana Allenatori Calcio. Ciò detto e posto che i lavoratori sportivi in ambito dilettantistico sono ivi previsti come prestatori di lavoro non subordinato, si ritiene che tale intesa sia compresa tra quelle escluse dal divieto di cui all'art. 101.1 del TFUE. Posto, inoltre, che, come si è detto, gli “autonomi individuali” paragonabili ai lavoratori subordinati, più o meno, coincidono coi “falsi autonomi” richiamati dalla Corte di Giustizia in *FNV Kunsten*, si ritiene che l'accordo collettivo dei prestatori di lavoro sportivo in ambito dilettantistico rientri tra quelli ivi contemplati. A sostegno di tale convinzione si segnala che i lavoratori sportivi dilettanti, come si è detto, sono legati alle società sportive da un contratto di lavoro autonomo nella forma della collaborazione coordinata e continuativa¹⁷⁷ (art. 28, 2° comma, d.lgs. 8 febbraio 2021, n. 36). Appare, infatti, verosimile che si tratti di un contratto di lavoro coordinato e continuativo di cui all'art. 409, n. 3, c.p.c., poiché il legislatore del 2021 individua nella continuità e nel coordinamento i requisiti principali della loro prestazione (art. 28, 2° comma, lett. a e b, d.lgs. n. 6/2021). Non per nulla, le collaborazioni rese a favore associazioni e società sportive dilettantistiche sono escluse dall'applicazione della disciplina del rapporto di lavoro subordinato riservata ai lavoratori etero-organizzati (art. 2, 2° comma, lett. d), d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81). Ciò chiarito, l'impressione è che i lavoratori sportivi nell'area del dilettantismo si configurino come “autonomi individuali” paragonabili ai lavoratori subordinati che si trovano in una situazione di dipendenza economica rispetto al committente¹⁷⁸. In particolare, si suppone che siano compresi tra quelli che, secondo la comunicazione, appartengono alla prima *species* della citata tipologia di “autonomi individuali”, comprendente i soggetti che si trovano in una situazione di dipendenza economica rispetto al committente. Ciò si desume dal fatto che prestano i propri servizi esclusivamente o prevalentemente a favore di una sola controparte, ossia alla società sportiva e che, non bisogna dimenticarlo, si tratta di

¹⁷⁷ La legge, invece, parla di lavoratore sportivo “trans-tipico” (in proposito cfr. M. BIASI, *Qualificazione e tutele nel lavoro sportivo: dalla L. n. 91/1981 al D.Lgs. n. 36/2021...e ritorno?*, in *Lavoro diritti Europa*, 2024, n. 3, 4 ss.).

¹⁷⁸ Cfr. Commissione Europea, *Orientamenti*, cit., § 3.1, § 23.

sogetti economici privi di personale alle proprie di dipendenze. Infatti, “non determinano in modo autonomo il proprio comportamento sul mercato, ma dipendono in larga misura dalla controparte, nella cui impresa sono integrati e con la quale formano (...) un’unità economica” e che, forse, “ricevano istruzioni sul modo in cui devono svolgere il proprio lavoro”¹⁷⁹. Ciò si evince dalle clausole contrattuali in materia di compenso, sul quale, pur specificando che deve essere convenuto tra le parti, l’accordo collettivo sul lavoro sportivo dilettantistico contiene alcune previsioni significative, come quella sul minimo della parte fissa (art. 5, accordo collettivo). Lo stesso dicasi a proposito delle modalità di corresponsione del compenso e riguardo ai premi maturati dai collaboratori sportivi, che, come il compenso, devono essere stabilite dal contratto individuale nel rispetto dei vincoli desumibili dall’accordo collettivo (art. 6, accordo collettivo). Altrettanto significativi si considerano gli obblighi previsti a carico di tali prestatori di lavoro, nel senso che, nonostante questi non siano sottoposti ai poteri propri del datore di lavoro nel contratto di lavoro subordinato, vanno incontro a significativi limiti (art. 7, accordo collettivo). Anche dalle previsioni sugli obblighi della società sportiva, si desume che tali collaboratori coordinati e continuativi, di fatto, sono parte integrante della medesima, poiché non determinano in modo autonomo il proprio comportamento sul mercato (art. 8, accordo collettivo).

9. L’applicazione dell’art. 101.1 del TFUE agli accordi collettivi dei “*platform worker*”

Le osservazioni svolte in merito all’esonero, dal divieto di cui all’art. 101.1 del TFUE, degli accordi collettivi degli “autonomi individuali”, se si considera il punto di vista assunto della Commissione nella comunicazione del 2022, e di quelli dei “falsi autonomi”, se si riflette nell’ottica della Corte di Giustizia nella sentenza *FNV Kunsten* consentono di esprimersi in merito all’inclusione o meno, in tale contesto, delle intese collettive sulle condizioni di lavoro dei “*platform worker*” così come sono definiti in seno alla direttiva (UE) 2024/2831¹⁸⁰.

La questione ha ragion d’essere, perché la direttiva (UE) 2024/2831 non contiene elementi determinanti al riguardo, nonostante si reputi fondamentale il fatto che effettua numerosi riferimenti ai rappresentanti delle persone che lavorano mediante piattaforme (artt. 2.1, lett. g), 5.2, 5.3, 7.1, lett. b), 9.1, 11.2, 12.2, 14, 17.1, 19, 20 e 22, dir. (UE) 2024/2831). Appare altrettanto significativo appare il richiamo espresso che fa, tra i loro diritti fondamentali, alla libertà di associazione, al diritto di negoziazione e di azioni collettive o al diritto all’informazione e alla consultazione stabiliti dalla Carta di Nizza (art. 7.1, lett. d), dir. (UE) 2024/2831). Lo stesso dicasi della norma con cui estende ai suddetti rappresentanti dei “*platform worker*” non subordinati, evidentemente diversi da quelli dei lavoratori subordinati, i diritti conferiti a questi ultimi,

179 Commissione Europea, *Orientamenti*, cit., § 3.1, § 23.

180 Su *antitrust* e accordi collettivi dei “*platform worker*” cfr. M. INGLESE, *I confini dell’antitrust*, cit., 102 ss.

purché agiscano per solo loro conto (art. 15, dir. (UE) 2024/2831). Le più importanti ai nostri fini, tuttavia, sono la norma in cui promuove il ricorso ai contratti collettivi da parte loro (art. 25, dir. (UE) 2024/2831) e quella in cui invita i loro rappresentanti ad impiegarli per regolare il trattamento dei loro dati personali (art. 28, dir. (UE) 2024/2831). Il dato eloquente, in sostanza, sembra consistere nell'effettivo rimando che la stessa (direttiva) effettua all'autonomia collettiva dei lavoratori su piattaforma, che ne regola, evidentemente, le condizioni di lavoro, sul presupposto che, come si desume dal fine del legislatore euro-unitario del 2024, sono soggetti assai vulnerabili sul piano socio-economico. Poste queste premesse, si ritiene che le intese collettive sul rapporto di lavoro individuale dei “*platform worker*” subordinati o presunti tali ai sensi dell'art. 5 della direttiva in questione non rientrino tra quelle menzionate dalla comunicazione del 2022 né tra quelle costituenti oggetto della sentenza *FNV Kunsten*. Considerata la natura giuridica del contratto di lavoro di tali prestatori, infatti, appare indiscutibile che esse si identifichino con quelle sulle quali la stessa Corte di Giustizia, alla fine degli anni Novanta del Novecento, si è pronunciata nell'ambito della sentenza *Albany*. Gli accordi collettivi regolanti il trattamento economico e normativo dei “*platform worker*” rientrano tra quelli costituenti oggetto della nostra indagine, invece, se essi si connotano come “autonomi individuali” nell'ottica della comunicazione o come “falsi autonomi” in quella della Corte di Giustizia in *FNV Kunsten*. Se si indossano gli occhiali della Commissione, peraltro, si può addirittura asserire che si tratta di “autonomi individuali” equiparabili ai lavoratori subordinati “del terzo tipo”, nel senso che coincidono coi “*platform worker*” richiamati dalla citata Commissione¹⁸¹. In quanto tali, dipendono dalle piattaforme, soprattutto in sede di ricerca di clienti, e, spesso, si trovano “di fronte a offerte di lavoro del tipo «prendere o lasciare», in cui il margine per negoziare le condizioni di lavoro (retribuzione compresa) è scarso o nullo”¹⁸². Ciò significa che i gestori delle piattaforme di lavoro digitali, di solito, sono in grado di imporre unilateralmente le condizioni e le modalità del rapporto di lavoro, senza precedentemente preoccuparsi di informarli o consultarli¹⁸³. Ciò trova conferma nel fatto che “nel contesto delle cause relative alla classificazione dello *status* professionale gli organi giurisdizionali e le autorità nazionali riconoscono sempre più spesso la dipendenza dei prestatori

181 Si veda ancora Commissione Europea, *Orientamenti*, cit., § 3.3, n. 28 e n. 29.

182 Commissione Europea, *Orientamenti*, cit., § 3.3, n. 28.

183 Si parla di gestori delle piattaforme, perché la comunicazione usa l'espressione “piattaforma di lavoro digitale” rispetto a “una persona fisica o giuridica che presta un servizio commerciale che soddisfa tutti i requisiti seguenti: i) è prestato, almeno in parte, a distanza per via elettronica, ad esempio tramite un sito *web* o un'applicazione mobile; ii) è prestato su richiesta di un destinatario del servizio; iii) comporta, come componente necessaria ed essenziale, l'organizzazione del lavoro svolto da singole persone, indipendentemente dal fatto che tale lavoro sia svolto *online* o presso un'ubicazione determinata” (Commissione Europea, *Orientamenti*, cit., § 1, n. 2, lett. d). La direttiva (UE) 2024/2831, dal canto suo, fornisce una definizione quasi identica, anche sul piano letterale, perché impiega la stessa locuzione con riferimento a “una persona fisica o giuridica che fornisce un servizio che soddisfa tutti i requisiti seguenti: i) è fornito, almeno in parte, a distanza tramite strumenti elettronici, ad esempio tramite un sito *web* o un'applicazione mobile; ii) è fornito su richiesta di un destinatario del servizio; iii) comporta, quale componente necessaria ed essenziale, l'organizzazione del lavoro svolto da individui a titolo oneroso, indipendentemente dal fatto che tale lavoro sia svolto *online* o in un determinato luogo; iv) comporta l'uso di sistemi di monitoraggio automatizzati o di sistemi decisionali automatizzati (art. 2.1, lett. a), dir. (UE) 2024/2831).

di servizi da alcuni tipi di piattaforme, o persino l'esistenza di un rapporto di lavoro"¹⁸⁴. Giova sottolineare, infatti, che nei loro contratti di lavoro "l'organizzazione del lavoro svolto dalle persone fisiche", come il trasporto di persone o merci o la pulizia, è "un elemento necessario ed essenziale, e non (...) secondario e puramente accessorio"¹⁸⁵. Al di là di ciò, la Commissione asserisce, quasi profeticamente, che "gli accordi collettivi tra lavoratori autonomi individuali e" gestori di "piattaforme di lavoro digitali relativi alle condizioni di lavoro esulano dall'ambito di applicazione dell'articolo 101 TFUE"¹⁸⁶. Per quanto attiene alla direttiva, non si può certo sostenere che non contempli i lavoratori su piattaforma che non sono qualificabili come lavoratori subordinati o che presentano i requisiti necessari affinché il loro rapporto di lavoro sia soggetto alla presunzione legale di relativa subordinazione¹⁸⁷. Si è detto, infatti, che il legislatore euro-unitario, al suo interno, si preoccupa di garantire un minimo di tutele anche a questi ultimi, che definisce espressamente come "persone che svolgono un lavoro mediante piattaforme digitali" (art. 2.1, lett. c), dir. (UE) 2024/2831). Appare, dunque, innegabile che tali "*platform worker*", che si connotano come "autonomi individuali" paragonabili ai dipendenti del "terzo tipo", siano compresi tra gli individui che svolgono un lavoro mediante piattaforme digitali a prescindere dalla natura o dalla qualificazione del loro rapporto (di lavoro).

Un esempio di accordo collettivo concernente le condizioni di lavoro dei "*platform worker*" è quello siglato, in data 19 febbraio 2024, da Assogrocery, in rappresentanza delle imprese del cd. *e-grocery*, e da NIDIL – CGIL, Felsa – CISL e Uiltemp, ossia le associazioni sindacali che rappresentano i lavoratori somministrati, autonomi e atipici¹⁸⁸. Si tratta di un accordo collettivo a livello nazionale, volto a disciplinare, in via sperimentale, i rapporti di collaborazione tra le imprese che, per il tramite dell'ausilio di piattaforme digitali, forniscono servizi di spesa *online*, e i clienti, chiamati significativamente, "*shopper*"¹⁸⁹. In proposito, appare verosimile che rientri tra le manifestazioni di autonomia collettiva sulle condizioni

184 Commissione Europea, *Orientamenti*, cit., § 3.3, n. 28. Per una panoramica della giurisprudenza in nove Stati membri dell'Unione Europea, in Svizzera e nel Regno Unito cfr. C. HIEBL, *Case Law on the Classification of Platform Workers: Cross-European Comparative Analysis and Tentative Conclusions*, in *Comp.alab. law pol. journ.*, 2024, n. 3 (March 12) 4 ss.

185 Commissione Europea, *Orientamenti*, cit., § 3.3, n. 30.

186 Commissione Europea, *Orientamenti*, cit., § 3.3, n. 31.

187 La legge di alcuni Stati membri, in linea con la direttiva, contiene la presunzione di subordinazione. Si pensi: 1) alla Spagna, ove il regio-decreto legge n. 9/2021, dell'11 maggio 2021, modifica la rifusione del testo dello statuto dei lavoratori, approvato con regio decreto legislativo n. 2/2015, del 23 ottobre 2015, per garantire i diritti del lavoro delle persone impegnate nella distribuzione nel settore delle piattaforme digitali; 2) alla Grecia, in cui la legge n. 4808/2021 per la protezione del lavoro su – Istituzione del cd. «Ispettorato del lavoro» – Ratifica della Convenzione n. 190 dell'Organizzazione internazionale del lavoro sull'eliminazione della violenza e delle molestie nel mondo del lavoro – Ratifica della Convenzione n. 187 dell'Organizzazione internazionale del lavoro sul quadro promozionale per la salute e la sicurezza sul lavoro – Attuazione della direttiva (UE) 2019/1158 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2019, sull'equilibrio tra attività professionale e vita familiare e altri provvedimenti del ministero del Lavoro e degli affari sociali e altre disposizioni urgenti.

188 Si tratta del CCNL del 19/ febbraio 2024, relativo all'attività di collaborazione con le imprese che svolgono, attraverso l'ausilio di piattaforme, attività di acquisto e rivendita di un carrello contenente i prodotti di largo consumo ordinati *online* dai clienti (cd. "*shopper*"), reperibile qui.

189 In proposito cfr. F. CAPPONI, *Shopper: firmato l'accordo collettivo per i lavoratori autonomi della spesa a domicilio via app*, in *Bollettino ADAPT*, 11 marzo 2024, n. 10.

di lavoro dei “*platform worker*” non subordinati né presunti tali suscettibili di essere esonerate dal divieto di cui all’art. 101.1 del TFUE, in virtù di alcuni ordini di ragioni. La ragione è che si tratta di un accordo collettivo stipulato ai sensi dell’art. 2, 2° comma, lett. a), del d. lgs. n. 81 del 2015 e concerne una particolare tipologia di lavoratori etero-organizzati che sono esclusi dall’applicazione della disciplina sul lavoro subordinato. In particolare, dal testo dello stesso emerge che contiene una serie di discipline specifiche sul trattamento economico e normativo degli “*shopper*”, in ragione delle particolari esigenze produttive ed organizzative del settore nell’ambito del quale trova applicazione, regolandone dettagliatamente la prestazione. Infatti, quest’ultima si caratterizza per il fatto di essere organizzata non dallo *shopper*, ma dall’impresa che fornisce servizi di spesa *online*, per il tramite dell’ausilio di piattaforme digitali (art. 2, 1° e 2° comma, Accordo “*E-grocery*”). Siffatta convinzione pare essere ribadita da una serie di norme di cui all’accordo collettivo in commento, contenute, rispettivamente, nell’art. 14, relativo all’attuazione dell’art. 2, 2° comma, lett. a), del d. lgs. n. 81 del 2015, nell’art. 15, sulla natura del rapporto di collaborazione, e nell’art. 17, sulle modalità di svolgimento della prestazione. In secondo luogo, si rileva che non si applica alle collaborazioni di cui agli artt. 47-*bis* ss. del d.lgs. n. 81 del 2015, per evitare la sovrapposizione della normativa ivi contenuta con quella sul rapporto di lavoro di “*rider*” o “*driver*” (art. 2, 3° comma, Accordo “*E-grocery*”). Si reputano importanti anche l’assenza di vincoli di orario in capo allo *shopper* e la sua libertà di dare o revocare la disponibilità a svolgere l’attività negli *slot* orari e nell’area territoriale (provincia, città o quartiere) indicati dal committente (art. 17, Accordo “*E-grocery*”). Lo stesso dicasi riguardo al fatto che, nonostante gli strumenti e i mezzi di lavoro debbano essere di sua proprietà, il committente può richiedere l’utilizzo di kit dell’impresa, a condizione che sia disciplinato da un apposito regolamento aziendale (art. 17, 5° e 6° comma, Accordo “*E-grocery*”). L’accordo collettivo, infine, tutela in maniera specifica i riposi, la conciliazione vita-lavoro, la formazione, la malattia, la maternità, la sicurezza sul lavoro, gli infortuni sul lavoro il recesso degli *shopper* rispetto all’impresa committente (artt. 22, 24, 25, 26 27, 28 e 29, Accordo “*E-grocery*”).

10. Osservazioni conclusive

L’analisi, svolta poc’anzi, sulla combinazione tra la comunicazione della Commissione Europea del 2022 e la direttiva del 2024 dal punto di vista dell’applicazione del divieto di cui all’art. 101.1 del TFUE “oltre la subordinazione” induce a interrogarsi circa la loro portata e alle loro implicazioni nella prospettiva dell’ordinamento euro-unitario, che, occorre ribadirlo, contempla il diritto di negoziazione collettiva come diritto fondamentale della persona.

Giova premettere che l’individuazione dei caratteri e dei confini della questione del “conflitto” tra gli accordi collettivi degli operatori economici in commento e la disciplina *antitrust* è ancora incerta e

controversa, perché il diritto euro-unitario non contiene una definizione di “lavoratore autonomo” a sé stante¹⁹⁰. Per questa ragione, appare improbabile che l'intento della Commissione fosse quello di procedere nella direzione del riconoscimento del diritto dei lavoratori autonomi di agire e di negoziare collettivamente in funzione della tutela dei loro comuni interessi economico-professionali¹⁹¹. Certo è che se la sua intenzione fosse stata tale, avrebbe avuto senso, poiché l'esigenza di tutela di alcuni prestatori di lavoro autonomo è equiparabile a quella dei dipendenti, al punto che, come si è messo in evidenza *supra*, sono intesi come “*poor worker*”¹⁹². Peraltro, una simile consapevolezza, emersa con forza nell'ambito delle fonti internazionali e di quelle euro-unitarie, trova riscontro in una concezione ampia del “lavoro” nel suo complesso come destinatario di un insieme di tutele comuni, secondo un orientamento *universalistico*¹⁹³. Un'esigenza di protezione sociale di tali proporzioni, peraltro, risulta difficilmente soddisfabile, per via dell'assenza di spazio condiviso, di interessi economico-professionali comuni e di solidarietà diretta tra i relativi operatori economici, che ostacola la formazione di una voce unitaria a difesa degli stessi¹⁹⁴. Orbene, la direttiva sembra aver preso atto di quanto si evince dalla comunicazione, la quale, com'è agevole intuire, presuppone che i contratti collettivi sulle condizioni di lavoro dei lavoratori subordinati siano soggetti alla citata disciplina *antitrust*. Il che non desta meraviglia, poiché l'una e l'altra sono parte di un “pacchetto” di misure, il “*Platform Work Package*” (d'ora in poi “*PWP*”), varato dalla Commissione nel 2021 per favorire l'incremento delle condizioni di lavoro dei “*platforms worker*” e la crescita sostenibile delle piattaforme¹⁹⁵. Forse, l'unica novità desumibile dalla direttiva consiste nella presunzione legale di relativa subordinazione, in virtù della quale i “*platform worker*” ad essa assoggettabili possono essere distinti da quelli che si connotano come “autonomi individuali” ed equiparati ai subordinati effettivi. In generale, comunque, sembra potersi ribadire che quest'ultima nel suo complesso non abbia apportato modifiche sostanziali in materia, al punto che si può continuare la riflessione con riferimento esclusivo alla questione che costituisce oggetto della comunicazione del 2022.

Poste queste premesse, è innegabile che l'iniziativa della Commissione abbia un rilievo importante nel quadro dell'ordinamento giuridico dell'Unione Europea, perché, come si è detto, estende il “ventaglio” degli accordi collettivi dei lavoratori autonomi che sono esonerati dall'applicazione del divieto di cui all'art. 1.1.1 del TFUE. In tale ottica, inoltre, fa un passo in avanti rispetto a quello compiuto dalla Corte di Giustizia in *FNV Kunsten*, perché, a differenza di quest'ultima, non si limita ad includervi gli “autonomi

¹⁹⁰ Così T. TREU, *Lavoro autonomo*, cit., 3.

¹⁹¹ In proposito si veda L. RATTI, *Alla difficile ricerca*, cit., 3 ss.

¹⁹² Al riguardo O. RAZZOLINI, *Self-Employed Workers and Collective Action: A Necessary Response to Increasing Income Inequality*, in *Comp. lab. law pol. journ.*, 2021, n. 2, 293 ss.

¹⁹³ In proposito si rinvia a M. CORTI (a cura di), *Il pilastro europeo dei diritti sociali e il rilancio della politica sociale europea*, Giappichelli, Milano, 2021.

¹⁹⁴ Su tale squilibrio di potere A. PERULLI, *Oltre la subordinazione*, Giappichelli, Torino, 2021, 46 ss.

¹⁹⁵ Sul *PWP* cfr. A. ALAIMO, *Il pacchetto di misure*, cit., R.3 ss.

individuali” equiparabili ai dipendenti che, essendo privi dello *status* d’impresa, si connotano come “falsi autonomi”. Al contrario, vi inserisce anche quelli che risultano essere genuini, poiché, pur trovandosi in stato di squilibrio contrattuale con la controparte o con le controparti, sono imprese vere e proprie nel senso euro-unitario del termine, tanto da non essere accostabili ai lavoratori subordinati. Di per sé una simile presa di posizione appare significativa, perché, per mezzo di essa, per la prima volta, la Commissione assegna all’autonomia collettiva un ruolo significativo nel quadro delle nuove sfide che il diritto del lavoro è chiamato ad affrontare¹⁹⁶. Purtroppo, non si concretizza nell’apertura alla costruzione di una politica volta a favorire una relazione complementare tra il diritto *antitrust* e il diritto del lavoro, che ribalti l’attuale situazione oppositiva che li caratterizza¹⁹⁷. Infatti, non si riscontra all’interno della comunicazione un cambio di rotta “radicale” rispetto alle conclusioni raggiunte dai giudici di Lussemburgo in *FNV Kunsten*¹⁹⁸, poiché la *antitrust immunity* degli accordi collettivi delle due *species* di “autonomi individuali” ivi contemplate continua ad essere un’eccezione alla disciplina sulla concorrenza. In altre parole, quest’ultima non ha dato luogo al superamento del tradizionale modello rappresentato dalla dicotomia “regola eccezione” che caratterizza ogni deroga di “stampo giuslavoristico” alla disciplina euro-unitaria sulla concorrenza¹⁹⁹. In sostanza, i risultati conseguiti sul piano degli accordi collettivi degli autonomi, essendo ancorati alla riproduzione di modelli consolidati, paiono ancora esigui per consentire la maturazione di una conclusione contraria allo “schema” tradizionale²⁰⁰. Tra le sue righe, dunque, si riscontra la traccia del fatto che è stata elaborata dalla Commissione «nell’ombra dell’art. 101 TFUE»²⁰¹ e del suo intento di conservare lo *status quo*, senza tener conto che quello in esame è un diritto universale della persona che lavora, funzionale a riequilibrare le tradizionali disparità di mercato²⁰².

Le osservazioni svolte circa il rilievo della comunicazione nel quadro dell’ordinamento euro-unitario, comunque, non consentono di escludere che ci si trovi dinanzi ad un’impronta «su cui costruire una impalcatura più solida per lo sviluppo della contrattazione collettiva a beneficio dei lavoratori ad elevato rischio sociale nei nuovi mercati»²⁰³. Non ci si sorprenderebbe, infatti, se le linee guida ivi previste avessero serie ripercussioni sulla posizione assunta, in materia, da soggetti che, formalmente, non sono

¹⁹⁶ Ci si riferisce, in particolare, al lavoro su piattaforma (cfr., tra gli altri, J. UNTERSCHUTZ, *Digital work – real bargaining: how can the sustainability of social dialogue be ensured in the digital era?*, in J. KENNER, I. FLORCZAK, M. OTTO (eds.), *Precarious Work. The Challenge for Labour Law in Europe*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2019, 222 ss.; G. CAVALLINI, M. AVOGARO, ‘*Digital work*’ in the ‘platform economy’: the last (but not least) stage of precariousness in labour relationships, *ivi*, 187 ss.).

¹⁹⁷ Cfr. A. GARCÍA-MUÑOZ ALHAMBRA, *Collective bargaining*, cit., 5 ss.

¹⁹⁸ Si veda T. TREU, *Lavoro autonomo*, cit., 8 ss.

¹⁹⁹ In proposito M. PALLINI, *L’approccio rimediale*, cit., 11 ss.

²⁰⁰ In questi termini J.M. MIRANDA BOTO, *La contrattazione collettiva*, cit., 3-4.

²⁰¹ T. TREU, *Lavoro autonomo*, cit., 10.

²⁰² In proposito si veda S. IZZI, *La contrattazione collettiva*, cit., 4.

²⁰³ M. GIOVANNONE, *La contrattazione collettiva*, cit., 229. Cfr. CROUCH, *Il declino delle relazioni industriali nell’odierno capitalismo*, in *Stato e mercato*, 2012, n. 1, 55 ss.; S. VACCÀ, *L’evoluzione del lavoro e la crisi del sindacato*, in *Economia e politica industriale*, 2000, n. 105, 1 ss.; L. BELLARDI, *Relazioni industriali e contrattazione collettiva: criticità e prospettive*, in *Lavoro e diritto*, 2016, n. 4, 939 ss.

vincolati ad osservarla, come la Corte di Giustizia e le autorità *antitrust* degli Stati membri, chiamate ad esprimersi riguardo ad essa²⁰⁴. Nel sistema giuridico italiano, ad esempio, potrebbero aprire spazi inediti di negoziazione collettiva sul piano della normativa legislativa in tema di concorrenza, anche se l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato non si è pronunciata²⁰⁵ (e non è detto che lo faccia). Vero è che l'effettività del diritto di negoziazione e di contrattazione collettiva dei lavoratori autonomi non è ancora a portata di mano, nel senso che gli ostacoli da superare sono molteplici e che le questioni da risolvere sono complesse. È anche vero, però, che il “viaggio” in quella direzione è solo all'inizio, per cui appare ragionevole presumere che le istituzioni europee e quelle nazionali, così come gli attori sociali di qualunque livello e tutti i soggetti interessati si impegneranno attivamente per giungere a destinazione²⁰⁶. Visto che non ci si può ancora esprimere sugli effetti che la stessa potrebbe produrre sul piano del diritto europeo e di quelli nazionali, si reputa, ad oggi, del tutto impossibile prevedere se ha una capacità di persuasione tale «da spostare la posizione della Corte di Giustizia»²⁰⁷. Comunque, non ci si sorprenderebbe se, qualora divenisse realtà, una tale eventualità desse luogo ad un “terremoto” sul piano delle fonti, vale a dire se implicasse il rovesciamento della «relazione risultante dalle fonti europee, stabilendo che la contrattazione collettiva è la regola e la concorrenza l'eccezione»²⁰⁸.

In conclusione, al di là delle ambiguità del testo, si suppone che la comunicazione si avvicini, ben più delle sentenze della Corte di Giustizia in materia, alla posizione assunta dagli organismi internazionali e regionali in tema di estensione dell'autonomia collettiva oltre la tradizionale frontiera della subordinazione. Si pensi all'OIL, alla Corte EDU e al Comitato europeo dei diritti sociali (d'ora in poi “CEDS”), che, quando si occupano di contrattazione collettiva, riconoscono il relativo diritto fondamentale a tutti i lavoratori che si trovano in stato di vulnerabilità, a prescindere dal fatto che siano autonomi o subordinati²⁰⁹.

²⁰⁴ Si veda E. VILLA, «*Gli amori difficili*», cit., 121.

²⁰⁵ Sul punto E. VILLA, *Crisi della funzione anticoncorrenziale del contratto collettivo nazionale*, in A. LASSANDARI, F. MARTELLONI, P. TULLINI, C. ZOLI (a cura di), *La contrattazione collettiva nello spazio economico europeo*, Bononia University Press, Bologna, 2017, 76 ss.

²⁰⁶ Si veda ancora T. TREU, *Il contratto collettivo*, cit., 12.

²⁰⁷ P. GIOVANNONE, *La contrattazione collettiva*, cit., 230.

²⁰⁸ T. TREU, *Il contratto collettivo*, cit., 12, che cita J.M. MIRANDA BOTO, *La contrattazione collettiva*, cit., 4.

²⁰⁹ Circa l'OIL, oltre a quanto si evince dalle convenzioni OIL 9 luglio 1948, n. 87, 1° luglio 1949, n. 98, 27 giugno 1978, n. 151 e 19 giugno 1981 n. 154, cfr. ILO CFA, *Compilation of Decisions of the Committee on Freedom of Association*, 6th edition, Geneva, ILO, 2018; International Labour Conference (ILC), *Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (CEACR)2016*, ILO, Geneva, 2016). Per quanto concerne il CEDS cfr. ECSR 12 September 2018, *Irish Congress of Trade Unions c. Ireland*, n. 123/2016. Per la Corte EDU, si veda, tra le altre, Corte Edu 27 April 2010, *Vörður Ólafsson c. Iceland*, n. 20161/06.

Adeguatezza ex art. 2086 c.c. e obbligo di introdurre tecnologia avanzata per mitigare i rischi da lavoro^{*}

di Michele Faioli

Professore associato di Diritto del lavoro
Università Cattolica del Sacro Cuore

Abstract [It]: Il saggio muove da tre domande e elabora una teoria sulla dimensione giuslavoristica della nozione di adeguatezza degli assetti aziendali di cui all'art. 2086 c.c., la quale qui si dimostra che possa coincidere con l'obbligo di introdurre tecnologia avanzata, anche nella forma di intelligenza artificiale, per mitigare i rischi da lavoro. Le domande sono le seguenti: (i) nella formulazione del nuovo art. 2086, co. 2, c.c. (assetti adeguati) può essere ricompreso anche l'obbligo di introduzione di quella tecnologia avanzata (intelligenza artificiale/robot) che è funzionale alla mitigazione/prevenzione dei rischi da lavoro, tra cui infortuni e tecnopatìe? (ii) Se sì, la categoria di imprenditore/datore di lavoro, anche per i fini che qui trattiamo, come e se può essere ridefinita, ampliata, riconcettualizzata? (iii) E ancora, qualora le risposte alle prime due domande fossero positive, quale potrebbe essere il ruolo della contrattazione collettiva decentrata sul controllo *ex ante*, *in fieri*, *ex post*, dell'adeguatezza degli assetti organizzativi, intesi anche di introduzione a livello aziendale di tecnologia volta alla mitigazione di quei rischi da lavoro?

Title: Adequacy under Article 2086 of the Civil Code and the obligation to introduce advanced technology to mitigate work-related risks

Abstract [En]: The essay starts from three questions and develops a theory on the labor law dimension of Article 2086 of the Italian Civil Code that coincides with the obligation to introduce advanced technology, including artificial intelligence, to mitigate occupational risks and accidents at work. The questions are as follows: (i) Can the obligation to introduce advanced technology (artificial intelligence/robots) that is functional to mitigating/preventing occupational risks, including accidents and technopathies, be included in the formulation of the new Article 2086, paragraph 2, of the Civil Code (adequate governance)? (ii) If so, how and if the category of employer/employer, also for the purposes we are discussing here, can be redefined, expanded, reconceptualized? (iii) Furthermore, if the answers to the first two questions were positive, what could be the role of decentralized collective bargaining in the *ex ante*, *in fieri*, and *ex post* control of the adequacy of organizational arrangements, also understood as the introduction at the company level of technology aimed at mitigating those occupational risks?

Parole chiave: adeguatezza, assetti aziendali, obbligo di sicurezza, tecnologia avanzata, contratto collettivo, intelligenza artificiale

Keywords: adequacy, safety, advanced technology, artificial intelligence, CBAs

Sommario: 1. Posizione del problema. 2. Nozione di tecnologia avanzata (anche nella forma di intelligenza artificiale) e correlazione necessaria tra art. 41 Cost., art. 2086, co. 2, c.c., art. 2087 c.c. e art. 2740 c.c. 3. Ridefinizione delle funzioni dell'imprenditore/datore di lavoro nell'ambito della garanzia di sicurezza sul lavoro, anche in vista delle tecnologie avanzate che mitigano i rischi da lavoro (infortuni e tecnopatìe). Il regime europeo in materia di *due diligence*. 4. Contrattazione collettiva decentrata e verifiche *ex ante*, *in fieri* ed *ex post* dell'assetto adeguato, anche tecnologicamente. Casi di studio e risultati preliminari. 5. Osservazioni conclusive.

* Articolo sottoposto a referaggio. Il presente saggio è altresì riferibile alla ricerca svolta dall'autore nell'ambito del PRIN 2022, Progetto "SafetyChain: Social Blockchain for Implementation of a DigitalWallet for Occupational Health and Safety Training", finanziato dall'Unione europea/Next Generation EU. Unità di ricerca - Università Cattolica del Sacro e Università degli studi di Roma Tre.

1. Posizione del problema

Il presente saggio muove da tre domande. Il contesto delle tre domande è immediatamente comprensibile dal titolo del presente saggio, dato che l'esito che si intende dimostrare attiene alla posizione secondo cui, nella dimensione giuslavoristica dell'art. 2086 c.c., alla luce dell'art. 41 Cost., c'è anche l'obbligo di introduzione di quella tecnologia avanzata, nella forma di intelligenza artificiale e robotica, volta specificatamente a mitigare i rischi da lavoro, tra cui infortuni e tecnopatie¹.

Le tre domande sono riferibili a una nota vicenda modificativa della norma di legge. Mediante il codice della crisi d'impresa, introdotto con il d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, è stato modificato l'art. 2086 c.c. Si è inciso sulla rubrica (ora, *Gestione di impresa*) e si è aggiunto un nuovo secondo comma, il quale, nella prospettiva di questo studio, assume altresì un significato di rilievo giuslavoristico². Alla luce del modificato art. 2086 c.c. l'imprenditore è assoggettato a doveri che sono riferibili a due condotte. Da una parte, si deve istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile che sia adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, "anche" in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita di continuità aziendale. Dall'altra, si deve creare un meccanismo efficace per attivare, senza indugio, l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale.

Si è compreso che con la riforma del 2019 si intende dare spazio a una nuova logica gestionale dell'impresa, volta prevalentemente a garantire l'adeguatezza degli assetti e la prevenzione della crisi, facendo leva su articolazioni interne capaci di individuare il prima possibile i relativi sintomi³. Inoltre, l'imprenditore⁴, proprio perché posto gerarchicamente a capo dell'assetto organizzativo (co. 1 dell'art.

¹ Qui, in questo saggio, si segue la definizione di intelligenza artificiale di cui al Regolamento (UE) 2024/1689 del 13 giugno 2024. Per un primo studio su tale normativa si v. F. G'SELL, *Regulating under Uncertainty: Governance Options for Generative AI* in <https://ssrn.com/abstract=4918704>, 2024. Sull'impostazione teorica relativa all'intelligenza artificiale e alla robotica che, operando a livello di unità produttiva, altresì mitigano rischi da lavoro (infortuni e tecnopatie) si v. i miei recenti studi in M. FAIOLI, *Robot Labor Law. Linee di ricerca per una nuova branca del diritto del lavoro e in vista della sessione sull'intelligenza artificiale del G7 del 2024*, in *federalismi.it*, n. 8, 2024, p. 182 e M. FAIOLI, *Prospects on Risks, Liabilities and Artificial Intelligence, empowering Robots at Workplace Level. The EU Regulation 2024/1689, with the related EU and Domestic Legal Frames, compared to the U.S. Legal System*, in https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4943328.

² Si v. alcuni tentativi di inquadramento sistematico. In particolare, V. BRINO, *La "governance" societaria sostenibile: un cantiere da esplorare per il diritto del lavoro?* in *Lavoro e diritto*, n. 3, 2023, p. 437; C. GAROFALO, *Sugli "assetti adeguati" di cui al secondo comma dell'art. 2086 cod.civ.*, in *ADL*, n. 5, 2023, p. 944; A. DI CESARE, *Gli adeguati assetti organizzativi introdotti dalla riforma della crisi d'impresa e gli impatti sugli "stakeholder"*, in *Variazioni su temi di diritto del lavoro*, n. 3, 2022, p. 449; P. TULLINI, *Assetti organizzativi dell'impresa e poteri datoriali. La riforma dell'art. 2086 c.c.: prima lettura*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, n. 2, 2020, p. 135.

³ F. DI CIOMMO, *La responsabilità civile di inizio millennio. Il caso del nuovo art. 2086 c.c. in tema di responsabilità di imprenditore e amministratori*, in *Danno e responsabilità*, n. 4, 2022, p. 413.

⁴ In via generale si intende imprenditore societario o collettivo. Tuttavia, a pare di molti, tale impostazione non può non avere riflessi anche sulla nozione di imprenditore individuale. Si v. in particolare F. MACARIO, *La riforma dell'art. 2086 c.c. nel contesto del Codice della crisi di impresa e i suoi riflessi sul sistema della responsabilità degli organi sociali*, in L. BALESTRA, M. MARTINO, *Crisi d'impresa e responsabilità nelle società di capitali*, Milano, 2022.

2086 c.c.), non può non adempiere i due obblighi di cui al co. 2 dell'art. 2086 c.c., tenendo in considerazione che dall'obiettivo dell'adeguatezza organizzativa e dall'obbligo della continuità aziendale non ci si può svincolare in alcun modo⁵. Anzi, quei due obblighi sono parte di un sistema giuridico composto da clausole e principi generali, la cui declinazione pratica, pur dipendendo dal contesto storico, economico, organizzativo che evolve, pur adeguandosi alle nuove emergenti istanze, e, infine, pur adattandosi ai modelli produttivi specifici, deve garantire, almeno dal 2019 in poi, una strutturazione imprenditoriale che sia volta necessariamente a prevenire gli elementi che, plasmando l'adeguatezza organizzativa, creano la crisi irreversibile (co. 2 dell'art. 2086 c.c.). Il che determina una certa rilettura del concetto di impresa, e, dunque, di imprenditore/datore di lavoro e di gerarchia, anche per gli studiosi del diritto del lavoro. Dato che, dal 2019 in poi, si è venuto a consolidare l'orientamento secondo cui l'imprenditore deve garantire non solo gli interessi classici (quelli della società, dei creditori, etc.), ma anche quelli sociali-collettivi, i quali sono certamente altresì incisi negativamente dalla mancata realizzazione dell'obiettivo dell'adeguatezza organizzativa, da un fallimento o da casi di insolvenza⁶, la gerarchia, da cui dipende l'esercizio di tutti i tipici poteri datoriali, dovrebbe essere intesa come strettamente funzionale alla adeguatezza, alla prevenzione della crisi e all'organizzazione di quanto serve per la continuità aziendale. In questa prospettiva, con la norma del 2019, anche per il diritto del lavoro, si asciugherebbe definitivamente ogni possibile spinta anomala, anche di stampo neocorporativo⁷, nel considerare la nozione di gerarchia in senso stretto. Essa, invece, verrebbe a porsi come situazione giuridica necessariamente aperta, cioè funzionalizzata verso il più efficiente, perché adeguato, assetto organizzativo, portando con sé, in questa nuova connotazione *post-2019*, l'esercizio del potere direttivo, di variare le mansioni, di controllo, disciplinare, nonché l'adempimento degli obblighi datoriali che attengono alla sicurezza sul lavoro realizzata nel necessario ambito dell'adeguatezza dell'organizzazione aziendale. In altri termini, c'è un corretto esercizio di quel determinato potere datoriale (art. 2103 c.c., art. 2104 c.c., art. 4 l. 20 maggio 1970, n. 300, etc.) perché esso viene esercitato in relazione a un assetto organizzativo che deve essere "adeguato" e – in relazione a ciò che qui studiamo – c'è il corretto adempimento di una certa obbligazione a carico del datore di lavoro, tra cui l'obbligazione di sicurezza mediante l'introduzione di tecnologia avanzata finalizzata alla mitigazione/prevenzione dei rischi da lavoro, intesa nel modo che spiegheremo, perché tale adempimento è effettuato in relazione a un assetto organizzativo che deve essere "adeguato".

⁵ Si v. le riflessioni di A. PALETTA, *Adeguati assetti e loro scalabilità alla luce del Codice della crisi di impresa*, in L. BALESTRA, M. MARTINO, *cit.*, 2022.

⁶ In particolare, M. CIAN, *Crisi dell'impresa e doveri degli amministratori: i principi riformati e il loro possibile impatto*, in *Le Nuove leggi civili commentate*, n. 5, 2019, p. 1160.

⁷ Una rassegna sulle varie tesi neocorporative che influenzano la regolamentazione del lavoro a livello nazionale è stata svolta da H. C. KATZ, T. A. KOCHAN, A. COLVIN, *Labor Relations in a Globalizing World*, Ithaca/London, 2015.

Volgendo ora alle tre domande che si intendono porre alla base del presente studio e avendo colto la posizione del problema nella introduzione appena svolta, si elabora una disamina sugli effetti di ordine sistematico che derivano dall'intersecazione tra la nozione di assetto adeguato e l'introduzione di tecnologia avanzata a livello aziendale che è volta specificatamente a mitigare i rischi da lavoro (infortuni e tecnopatie). In questa prospettiva si tiene in considerazione anche il recente decreto ministeriale (DM 18 settembre 2024, n. 132, Circ. INL 23 settembre 2024, n. 4) che ha attuato il d.l. 2 marzo 2024, n. 19, convertito, con modificazioni, dalla l. 29 aprile 2024, n. 56, il quale ha disciplinato il cd. "sistema di qualificazione delle imprese e dei lavoratori autonomi tramite crediti" di cui all'articolo 27 del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81, nel quale si ritrova un preciso riferimento all'incremento di crediti anche in base all'"utilizzo di soluzioni tecnologicamente avanzate, ivi inclusi i dispositivi sanitari, in materia di salute e sicurezza sul lavoro sulla base di specifici protocolli di intesa stipulati [...] tra le parti sociali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o di accordi sottoscritti dagli organismi paritetici [...]"⁸.

Le tre domande sono le seguenti: (i) nella formulazione del nuovo art. 2086, co. 2, c.c. (assetto adeguato) può essere ricompreso anche l'obbligo di introduzione di quella tecnologia avanzata (intelligenza artificiale/robot) che è funzionale alla mitigazione/prevenzione dei rischi da lavoro, tra cui infortuni e tecnopatie? (ii) Se sì, la categoria di imprenditore/datore di lavoro, anche per i fini che qui trattiamo, come e se può essere ridefinita, ampliata, riconcettualizzata? (iii) E ancora, qualora le risposte alle prime due domande fossero positive, quale potrebbe essere il ruolo della contrattazione collettiva decentrata sul controllo *ex ante*, *in fieri*, *ex post*, dell'adeguatezza degli assetti organizzativi, intesi anche di introduzione a livello aziendale di tecnologia volta alla mitigazione di quei rischi da lavoro?

Nel paragrafo 2 si tratterà della prima domanda (adeguatezza in senso ampio e tecnologia che mitiga rischi da lavoro), nel paragrafo 3 si articolerà la risposta alla seconda domanda (nuova concezione di imprenditore/datore di lavoro), nel paragrafo 4 si proverà a delineare il contenuto che può permettere di ricavare esperienze pratiche per rispondere alla terza domanda sulla funzione che la contrattazione collettiva è generalmente chiamata ad avere, con un richiamo a alcuni casi di studio. Nelle conclusioni (paragrafo 5) si presentano alcune riflessioni conclusive nella prospettiva di ricostruzione teorica proposta nel presente studio (i.e. il contenuto specifico giuslavoristico dell'art. 2086 c.c. che coincide con l'obbligo di introdurre tecnologia avanzata a livello di unità produttiva, anche nella forma di intelligenza artificiale, per mitigare i possibili tanti rischi da lavoro).

⁸ Una prima analisi della recente disciplina è stata svolta da P. PASCUCCI, M. GIOVANNONE, *La patente tramite crediti nei cantieri temporanei o mobili: uno strumento di qualificazione delle imprese o di verifica di regolarità?*, in *Diritto della sicurezza sul lavoro*, n. 2, 2024, p. 294.

2. Nozione di tecnologia avanzata (anche nella forma di intelligenza artificiale) e correlazione necessaria tra art. 41, co. 2, Cost., art. 2086, co. 2, c.c., art. 2087 c.c. e art. 2740 c.c.

Nella formulazione del nuovo art. 2086, co. 2, c.c. (in particolare, in quella che attiene agli assetti adeguati) può essere ricompreso anche l'obbligo di introduzione di quella tecnologia avanzata (intelligenza artificiale/robot) che è funzionale alla mitigazione/prevenzione dei rischi da lavoro? La risposta è certamente positiva.

Osserviamo le ragioni e sviluppiamo le argomentazioni che stanno alla base di tale risposta.

La formulazione deontica, associata alla particella “anche”, di cui all'art. 2086, co. 2, c.c., ci segnala che l'obbligo di garantire assetti adeguati non è esclusivamente finalizzato alla rilevazione della crisi⁹. Anzi, l'obbligo di istituire un assetto adeguato è posto, da una parte, in ragione della natura e della dimensione aziendale, determinando indirettamente a carico dell'imprenditore un obbligo ulteriore di ponderazione della realtà aziendale con cui e in cui opera, e, dall'altra, in relazione a uno dei tanti possibili fini (tra cui la prevenzione della crisi). Il che significa porre in capo all'imprenditore/datore di lavoro un obbligo di carattere generale (garanzia dell'adeguatezza organizzativa), a cui si ricollega una serie indefinita di finalità, nel cui novero – come qui si sostiene – vi è anche quella dell'introduzione di tecnologia avanzata che può mitigare i rischi da lavoro (infortuni e tecnopatie).

Spieghiamo meglio il punto. L'obbligo di garantire assetti adeguati muove da un principio generale (art. 2086, co. 2, c.c.) che è di per sé così tanto elastico da poter altresì ricomprendere tutte le regole di protezione maggiore che sono poste a garanzia del lavoro che viene svolto in un certo contesto aziendale (natura/dimensione). Tale contesto deve essere continuamente valutato e, dunque, plasmato in relazione all'obbligo di adeguatezza, dall'imprenditore/datore di lavoro. Qui si sostiene che, tra le regole di protezione maggiore che determinano la realizzazione degli assetti adeguati, tenendo in considerazione anche la correlazione tra l'art. 2086, co. 2, c.c. e l'art. 2087 c.c., non si può non includere quella che attiene all'adeguatezza realizzata mediante l'introduzione della tecnologia avanzata, nella forma di intelligenza artificiale e robotica, che, intervenendo sui processi di sicurezza sul lavoro nonché sui modelli produttivi e organizzativi, riesce a alleviare l'apporto umano, mitigando di conseguenza l'esposizione a rischi da lavoro che potrebbero determinare, anche nel tempo, infortuni e tecnopatie.

In questa linea, si potrebbe affermare che *ex* art. 2086, co. 2, c.c. l'introduzione di tale tecnologia è uno dei modi mediante cui si tutelano al meglio e contemporaneamente sia gli interessi dei terzi estranei

⁹ Si v. l'elaborazione F. DI CIOMMO, *cit.*, 2022, p. 1163 e M. CIAN, *cit.*, 2019, p. 421.

(creditori) sia gli interessi sociali-collettivi di cui sono portatori anche i lavoratori¹⁰. Cioè, volendo rileggere, in modo evolutivo, il principio della responsabilità patrimoniale del debitore ex art. 2740 c.c. in relazione all'art 2086, co. 2, c.c., si potrebbe affermare che, tra le misure più efficienti per tutelare gli interessi dei terzi estranei e gli interessi sociali, c'è certamente anche quella relativa all'introduzione di tecnologia avanzata che permette di mitigare/prevenire i rischi da lavoro e, dunque, l'esposizione a possibili azioni di responsabilità civile a carico dell'imprenditore/datore di lavoro¹¹.

Ciò va ricostruito in termini teleologici: non si creerebbe (o sarebbe assai limitato) lo spazio per attivare azioni di responsabilità civile (per ciò che qui interessa, azioni di regresso o di surroga da parte dell'INAIL nei confronti del datore di lavoro), qualora fosse introdotta una tecnologia avanzata che effettivamente svolge la funzione di mitigazione e prevenzione di quei rischi da lavoro (infortuni o tecnopatie), permettendo di adempiere l'obbligo ex art. 2086, co. 2, c.c. sull'adeguatezza organizzativa. Ciò significa che, grazie a quella tecnologia avanzata, sono state salvate vite umane, è stata garantita la necessaria sicurezza, sono stati evitati odiosi e terribili incidenti sul lavoro e malattie professionali, e, di conseguenza, non viene in essere alcuna responsabilità datoriale. Il richiamo all'art. 2740 c.c. non deve essere frainteso: l'imprenditore/datore di lavoro è chiamato a rispondere con tutti i suoi beni, nei limiti del regime INAIL, in caso di accertata responsabilità per danni causati alla persona del lavoratore. Tale regola non è derogata in alcun modo. Ciò che qui si intende affermare riguarda, invece, la capacità di prevenire infortuni/tecnopatie in ragione dell'introduzione di tecnologia avanzata, la quale deve essere intesa come necessaria proiezione pratica dell'obbligo generale di garantire assetti adeguati organizzativi. Più tecnologia avanzata mitigante significa maggiore adeguatezza degli assetti e, dunque, maggiore sicurezza sul lavoro, con la conseguenza che si verificano meno incidenti/tecnopatie, e, dunque, l'imprenditore/datore di lavoro è meno esposto a azioni di responsabilità.

Di qui muove la deduzione teorica che è al centro del presente saggio: l'obbligo ex art. 2086 c.c. di garantire assetti adeguati, anche dal punto di vista organizzativo, si traduce necessariamente nell'obbligo

¹⁰ Lo spunto teorico che qui si sviluppa sulla correlazione tra art. 2740 c.c. e tutela degli interessi dei terzi, intesi in senso assai ampio, sino a giungere, per quanto riguarda la mia tesi, ai lavoratori, muove dalle riflessioni svolte da B. INZITARI, *Crisi, insolvenza, insolvenza prospettica, allerta: nuovi confini della diligenza del debitore, obblighi di segnalazione e sistema sanzionatorio nel quadro delle misure di prevenzione e risoluzione*, in *Rivista di diritto bancario*, n. 2, 2020, p. 355 e da M. ONZA, *Gli "adeguati assetti" organizzativi: tra impresa, azienda e società. (appunti per uno studio)*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, n. 1, 2022, p. 1, il quale arriva persino a descrivere la cd. prospettiva relazionale dell'art. 2086 c.c.

¹¹ Per un quadro recente sulle azioni INAIL si v. L. DI BONA, *Regresso dell'INAIL e risarcimento del lavoratore in caso di infortunio o malattia professionale: un problema ancora aperto*, in *Diritto della sicurezza sul lavoro*, n. 2, 2024, p. 1; G. CORSALINI, *L'azione di regresso dell'INAIL e il significato della sua autonomia*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, n. 3, 2023, p. 617; M. A. GARZIA, *Danno differenziale e azione di regresso dell'INAIL: le regole comuni per l'accertamento delle responsabilità*, in *Il Lavoro nella giurisprudenza*, n. 5, 2021, p. 509; S. BERTOCCO, *Quantificazione del regresso INAIL: la rilevanza del concorso di colpa del lavoratore e il delicato profilo dell'onere probatorio*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, n. 1, 2021, p. 82; S. GIUBBONI, *I presupposti della responsabilità civile del datore per infortunio sul lavoro nella nomofilachia della suprema corte (con una chiosa sul risarcimento del danno da "Covid-19")*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, n. 3, 2020, p. 685.

di introdurre tecnologia avanzata con finalità di mitigazione e prevenzione del rischio da lavoro. Non c'è adeguatezza degli assetti organizzativi se non si investe, a livello aziendale, in ciò che serve per mitigare/prevenire il rischio da lavoro. Nell'insieme di quelle misure riveste sempre più una preponderante funzione tutto ciò che possiamo chiamare tecnologia avanzata, anche nella forma di intelligenza artificiale e robotica, la quale sostituendosi o collaborando con la persona umana, riesce a mitigare/prevenire i rischi di cui si è detto sopra. Affermare che l'adeguatezza dell'assetto organizzativo si garantisce anche mediante l'adempimento dell'obbligo di sicurezza, specificatamente attuato con il supporto della tecnologia avanzata che mitiga i rischi da lavoro, significa far avanzare il contenuto stesso della nozione di adeguatezza organizzativa e determinare l'avvio di una fase nuova, più prospettica e più moderna, della sicurezza sul lavoro. Ovviamente tale impostazione prevederebbe altresì l'analisi dei costi e dei benefici, sapendo che l'introduzione di tecnologia avanzata, anche nella forma di intelligenza artificiale e robotica, si fonda su investimenti aziendali importanti, volta per volta rinnovati, sia finanziari che strumentali. Di qui deriverebbe anche l'analisi della capacità delle istituzioni previdenziali (INAIL, in particolare) di vagliare se/in che misura la prova del nesso eziologico tra maggiore investimento in tecnologia mitigante e minor numero di incidenti sul lavoro/malattie professionali possa determinare una riduzione del *quantum* di obbligazione contributiva (premio INAIL) a carico del datore di lavoro (più virtuoso).

In sintesi, il quadro che si propone è il seguente: da una parte, osserviamo l'art. 2087 c.c. il quale, come è noto, anche in ragione della giurisprudenza¹², determina il contenuto dell'obbligazione di massima sicurezza tecnologicamente possibile, e, dall'altra, qui si sostiene, viene in evidenza l'art. 2086, co. 2, c.c., che, dal 2019 in poi, impone un'obbligazione di adeguatezza organizzativa, il cui adempimento corretto si spinge sino a un contenuto specifico che coincide con l'introduzione di tecnologia avanzata (intelligenza artificiale/robot) volta a mitigare e prevenire effettivamente infortuni e malattie professionali. Di conseguenza, l'art. 2087 c.c. e l'art. 2086, co. 2, c.c., non si elidono a vicenda. Tali norme, invece, si compongono reciprocamente, nell'ambito di una obbligazione di sicurezza più generale, cioè di tutela

¹² Si v. il principio enunciato dalla Cost. 25 luglio 1996, n. 312. Si v. anche per una rilettura più recente di tale principio Cass. 21 settembre 2021, n. 25597 ("L'obbligo di tutela delle condizioni di lavoro posto dall'art. 2087 c.c., non può dirsi adempiuto se le misure di prevenzione adottate nella organizzazione delle modalità operative della prestazione, da parte del datore di lavoro e dal committente, non siano idonee ad eliminare del tutto o, comunque, nella misura massima possibile secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, anche i rischi derivanti da imprudenza, negligenza o imperizia del lavoratore, sicché ove l'infortunio costituisca realizzazione di tali rischi, deve anche escludersi il concorso di colpa del lavoratore").

della dignità personale del lavoratore, la quale va valutata qualitativamente, non più e non solo in modo quantitativo¹³.

La cornice teorica del collegamento tra art. 2086, co. 2, c.c., art. 2087 e art. 2740 c.c. è rafforzata dal novellato art. 41 Cost. Le parole “*alla salute, all'ambiente*” sono state inserite dopo la parola “*danno*” dall'art. 2, co. 1, lett. a), l. cost. 11 febbraio 2022, n. 1, con il risultato che l'iniziativa economica privata libera “*non può svolgersi in modo da recare danno alla salute, all'ambiente, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana*”. L'art. 2086, co. 2, c.c. si pone in correlazione con l'art. 2087 c.c., a cui si collegano tutte le norme sulla sicurezza sul lavoro, nell'ambito di questo principio generale che evidenzia un modello di tutela integrata tra interno e esterno dell'impresa¹⁴. La tecnologia avanzata che mitiga il rischio da lavoro è elemento significativo di questo nuovo modello integrato. Il che si rileva dai tanti esempi che la realtà imprenditoriale, nazionale e internazionale, pone davanti ai nostri occhi¹⁵.

3. Ridefinizione delle funzioni dell'imprenditore/datore di lavoro nell'ambito della garanzia di sicurezza sul lavoro, anche in vista delle tecnologie avanzate che mitigano i rischi da lavoro (infortuni e tecnopatie). Il regime europeo in materia di due diligence

Avendo dimostrato che nella dimensione giuslavoristica dell'art. 2086, co. 2, c.c. c'è anche l'obbligo di introduzione di tecnologia avanzata che mitiga i rischi da lavoro, ci si deve chiedere se ciò, in qualche modo, possa influenzare la categoria di imprenditore/datore di lavoro, in modo tale da determinare una ridefinizione di essa, o un certo ampliamento o una ri-concettualizzazione.

Sin qui abbiamo utilizzato, con una certa disinvoltura, il binomio “imprenditore/datore di lavoro”, avendo a mente il fatto che la nostra analisi muoveva dall'art. 2086 c.c. e, dunque, da quell'insieme di regole e principi che determinano il contenuto giuridico della nozione di imprenditore. L'abbinamento con il datore di lavoro è meramente strumentale, certamente più comprensibile alla luce dell'obiettivo finale del saggio: dimostrare che sull'imprenditore - che è anche datore di lavoro - grava l'obbligo di

¹³ Per l'intuizione etico-sociale su questo punto si v. anche D. BONHOEFFER, il quale spiega che “*Quantitäten machen einander den Raum streitig, Qualitäten ergänzen einander*” - le quantità si contendono lo spazio, le qualità si completano a vicenda. D. BONHOEFFER, *Resistenza e resa. Lettere e scritti dal carcere*, Milano, 1988.

¹⁴ Alcuni primi elementi della teoria sul collegamento tra la novella della norma costituzionale (art. 41, co. 2, Cost.) e la sicurezza sul lavoro possono essere rintracciati in T. TREU, “*Just Transition: indicazioni europee e responsabilità italiane*”, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, n. 3, 2023, p. 441 e in C. LAZZARI, P. PASCUCI, *La gestione della circolarità dei rischi tra ambiente interno ed esterno all'azienda. Profili giuridici*, in *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, n. 1, 2023, p. 35. Si v. anche la ricostruzione di M. GIOVANNONE, *Responsabilità datoriale e prospettive regolative della sicurezza sul lavoro. Una proposta di ricomposizione*, Torino 2024. Per una disamina più generale sull'art. 41 Cost. riformulato si v. E. JONA, *La libertà di iniziativa economica e la protezione dell'ambiente e della salute*, in *federalismi.it*, n. 2, 2023, p. 104; V. DE SANTIS, *La costituzione della transizione ecologica. Considerazioni intorno al novellato art. 41 della costituzione*, in *Nomos*, n. 1, 2023, p. 35.

¹⁵ Si v. il paragrafo 4 che segue.

adeguatezza che si sostanzia anche nell'obbligo di sicurezza da attuare mediante l'introduzione di tecnologia avanzata che mitiga rischi da lavoro.

Ora, tornando alla domanda posta in questo paragrafo, sappiamo che alcuni principi, espressi da norme generali possiedono una capacità definitoria, anche quasi qualificativa¹⁶. Nel caso che qui studiamo, l'art. 2086 c.c., in collegamento con l'art. 2087 c.c., esprime un principio con forza definitoria perché, incidendo sull'obbligo di assetti adeguati e resi sicuri, anche mediante tecnologia, nel senso sopra menzionato, di fatto propone una nuova e più pregnante qualificazione dell'imprenditore/datore di lavoro.

Con altre parole, sussiste la qualifica di imprenditore/datore di lavoro nella misura in cui ci sia una gestione (per evidenziare la rubrica dell'art. 2086 c.c.) in grado garantire adeguatezza dell'assetto organizzativo che si tramuta anche in un certo assetto, reso sicuro per il lavoro, con l'introduzione della tecnologia avanzata che mitiga i rischi da infortunio e tecnopatite. Di conseguenza, quasi forzando la norma dell'art. 2082 c.c., in relazione all'art. 2086 c.c. e all'art. 2087 c.c., in vista di una valutazione giurisprudenziale che comprovi il ragionamento qui proposto¹⁷, si potrebbe suggerire di rileggere l'art. 2082 c.c. seguendo una impostazione simile alla seguente: *“l'imprenditore è chi esercita professionalmente un'attività economica organizzata mediante assetti che in ogni caso garantiscono, anche con il supporto di tecnologia avanzata che mitiga i rischi da lavoro, la tutela dell'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro”*.

Ora, di fronte a questa posizione netta sul valore della adeguatezza organizzativa, la quale si basa anche sulla sicurezza del lavoro, realizzata mediante tecnologia avanzata, la nozione di organizzazione e quella di economicità vanno di sicuro ri-analizzate. Con altre parole, se è l'adeguatezza della organizzazione che viene verificata alla luce dell'art. 2086 c.c., non ci si può esimere dal chiedersi *ex ante* (i) cosa sia l'organizzazione di un'attività economica, (ii) per chi si organizza un'attività economica e (iii) perché si organizza un'attività economica. Dal 2019 in poi, la nozione di organizzazione ha almeno un doppio coesistente significato: da una parte, è organizzazione ciò che è strettamente attività di impresa, intesa come fattori produttivi, e, dall'altra, è organizzazione ciò che permette di proteggere gli interessi dei terzi e gli interessi sociali di cui abbiamo detto sopra (dignità della persona del lavoratore, lavoro sicuro, mitigazione e prevenzione dei rischi, etc.). Nella medesima prospettiva la nozione di economicità va riferita sia al mercato sia alla struttura in sé dell'impresa, la quale deve garantire alcuni aspetti, tra cui la sicurezza del lavoro e la continuità produttiva.

Il che ha indubbiamente un riflesso sulla nozione di datore di lavoro, dato che l'impresa/l'imprenditore sono generalmente un *prins* logico della qualifica di datore di lavoro. Dato che l'art. 2086 c.c. e l'art. 2087

¹⁶ La disamina di queste norme nel diritto civile è stata svolta da G. ALPA, *I principi generali*, Milano, 1993. Per il diritto del lavoro si v. L. MENGONI, *Diritto e tecnica*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, n.1, 2001, p. 1.

¹⁷ Ci sono già alcuni primi segnali. Si v., in particolare, Cass. 12 febbraio 2024, n. 3822.

c.c. dettano principi generali, assistiti da una serie di clausole più operative¹⁸, si deve ritenere che, se da una parte, l'imprenditore nel mercato resta libero di intuire e operare le scelte di *business* più adatte alla propria strategia (per ripetere la formula dell'art. 41, co. 1, Cost. – l'iniziativa libera privata), dall'altra, l'imprenditore/datore di lavoro non può non fare scelte orientate dalla diligenza tecnica che i principi generali hanno codificato, da cui derivano procedimenti da rispettare e obblighi da adempiere (si v. la formula dell'art. 42, co. 2, Cost.). Cioè, la libertà privata di iniziativa economica, la quale si sostanzia nella libera scelta di *business*, non potrà mai giustificare l'inadempimento di obblighi/procedimenti finalizzati alla maggiore tutela dei lavoratori che gravano sull'imprenditore/datore di lavoro, di cui resta responsabile il medesimo imprenditore/datore di lavoro e/o gli amministratori dell'impresa collettiva. Qualora vi fossero più opzioni strategiche di *business*, l'imprenditore/datore di lavoro dovrebbe scegliere quella che garantisce l'adeguatezza organizzativa sopra descritta perché di essa certamente risponde da un punto di vista legale.

Non accettando questa impostazione teorica, si ammetterebbe come esimente generalizzata di ogni responsabilità derivante da fonte legale la mera decisione dell'imprenditore di seguire una certa strategia economica che non prevede il rispetto di obblighi e procedimenti.

Il che non è ipotizzabile nel nostro ordinamento giuridico anche per gli obblighi di rilievo europeo¹⁹. I modelli organizzativi che sono propedeutici per la realizzazione degli assetti adeguati non possono essere considerati lesivi della libertà di impresa in ragione del fatto che il principio generale (assetti adeguati e sicuri anche per il tramite della tecnologia) fissa un generale obbligo di realizzazione di un'impresa organizzativamente efficiente, per dimensioni e natura, in vista di una garanzia per l'intero sistema economico, per i terzi e, come qui intendiamo sottolineare, per la dignità della persona del lavoratore (interessi sociali). In questa prospettiva, la direttiva *due diligence* (Direttiva UE 2024/1760 del 13 giugno 2024) crea un quadro di tutela dei diritti della persona in ragione dell'impatto delle attività aziendali, lungo l'intera catena del valore, con effetti indiretti anche sui paesi non europei, dove le imprese operano con le cd. filiere lunghe²⁰. In aggiunta, il diritto europeo impone di adempiere con la necessaria diligenza una serie di attività di informazione, trasparenza, coinvolgimento di soggetti che sono legittimati a chiedere

¹⁸ Per la distinzione tra principi e clausole generali si rinvia agli studi di L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Rivista critica di diritto privato*, n. 1, 1986, p. 5.

¹⁹ Si v. gli studi di T. TREU, *Politiche europee e nazionali per la transizione verde*, 2024 in https://csdle.lex.unict.it/sites/default/files/Documenti/WorkingPapers/Treu_n_160_2024int.pdf; M. GIOVANNONE, *Responsabilità, informazione e partecipazione nella proposta di direttiva europea sulla "due diligence"*, in *federalismi.it*, 2024, III, 233; V. BRINO, *"Corporate sustainability due diligence": quali implicazioni per i diritti dei lavoratori?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 3, 2023, p. 707; M. BORZAGA, F. MUSSI, *Luci e ombre della recente proposta di direttiva relativa al dovere di "due diligence" delle imprese in materia di sostenibilità*, in *Lavoro e diritto*, n. 3, 2023, p. 495.

²⁰ Si v. le riflessioni di M. LIBERTINI, *Gestione "sostenibile" delle imprese e limiti alla discrezionalità imprenditoriale*, in *Contratto e impresa*, n. 1, 2023, p. 54.



ragione di ciò che accade nell'intera catena di valore. Si tratta della Direttiva UE 2022/2464 del 14 dicembre 2022 riferita alla rendicontazione societaria di sostenibilità. Con essa si impone alle imprese l'obbligo di redigere una forma speciale di rendicontazione sulla sostenibilità e di divulgare le relative informazioni in materia ambientale e di diritti sociali.

Alla luce di questa visione del diritto nazionale e del diritto europeo, si comprende che si sta consolidando, sempre di più, oltre al sistema degli obblighi di diligenza, i quali prevalgono sull'impostazione di libera iniziativa economica avulsa da ogni limite, anche un nuovo ordine di procedimenti che, direttamente o indirettamente, mette l'imprenditore/datore di lavoro di fronte alla necessità di dover giustificare a terzi, per sé e per l'intero sistema aziendale di a esso riferibile, anche le scelte in materia di lavoro e di sicurezza sul lavoro. Tra tali procedimenti vi è ciò che qui abbiamo definito come adeguatezza organizzativa realizzata mediante tecnologia avanzata che mitiga i rischi da lavoro.

4. Contrattazione collettiva decentrata e verifiche ex ante, in fieri ed ex post dell'assetto adeguato, anche tecnologicamente. Casi di studio e risultati preliminari

Abbiamo compreso che le risposte alle prime due domande sono positive. Ci chiediamo adesso quale potrebbe essere il ruolo della contrattazione collettiva decentrata sul controllo *ex ante, in fieri, ex post*, dell'adeguatezza degli assetti organizzativi, intesi anche di introduzione a livello aziendale di tecnologia volta alla mitigazione dei rischi da lavoro²¹.

A tal fine, si deve muovere da alcuni casi di studio, opportunamente selezionati, sapendo che a livello europeo, nel giugno del 2020, c'è già stato un primo tentativo di definizione di un percorso comune tra grandi organizzazioni datoriali e sindacato per addivenire a un modello che possa essere replicato negli ordinamenti domestici, a livello aziendale (qui anche, il protocollo ETUC/organizzazioni datoriali)²².

Primo caso di studio. Con il contratto collettivo aziendale, negoziato tra SAIPEM e le rappresentanze dei lavoratori nel gennaio 2024, si è disposto uno speciale meccanismo di controllo dei lavoratori nei luoghi di lavoro mediante sistemi intelligenti (*smart cameras*) per allertare lavoratori e capi-reparto in caso di errori comportamentali non in linea con le regole sulla sicurezza. In particolare, il contratto aziendale SAIPEM ha posto come obiettivo la regolazione ex art. 4, l. 20 maggio 1970, n. 300 di una forma di intelligenza

²¹ Si rinvia a una serie di rassegne, tra cui Digit@UIL 2024 <https://www.uilpa.it/wordpress/wp-content/uploads/2024/05/Slides-Convegno-Contrattare-per-le-persone-8-maggio-2024.pdf> e C. ALESSI, F. RAVELLI, O. RUBAGOTTI, *Dall'emergenza, l'innovazione. La contrattazione decentrata bresciana durante e dopo la pandemia*, in *Diritto delle relazioni industriali*, n. 3, 2023, p. 689.

²² Si v. l'accordo quadro europeo in <https://www.etuc.org/system/files/document/file2020-06/Final%2022%2006%2020%20Agreement%20on%20Digitalisation%202020.pdf> – si v. a tal proposito M. CORTI, *L'intelligenza artificiale nel decreto trasparenza e nella legge tedesca sull'ordinamento aziendale*, in *federalismi.it*, n. 21, 2023, p. 163 e M. FAIOLI, *Data analytics, robot intelligenti e regolazione del lavoro*, in *federalismi.it*, n. 9, 2022, p. 149.

artificiale in grado di riconoscere, mediante l'ausilio di una serie di telecamere poste nei cantieri e nelle unità navali, eventuali anomalie nella condizione di uomo a terra (man down), la non corretta posizione dei DPI rispetto alla sagoma della persona, la caduta di oggetti dall'alto, etc. A ciò si aggiunga che la macchina intelligente, regolata dal contratto aziendale SAIPEM, ha la finalità di migliorare la propria interazione con la persona umana in relazione alla visuale perimetrale delle gru mobili e dei muletti, accertare attraversamenti non effettuati nei passaggi delimitati, osservare la movimentazione di carichi sospesi, analizzare tutto ciò che non appare sicuro. Il sistema di intelligenza artificiale, sperimentalmente attuato per 12 mesi, cioè per la durata del contratto aziendale, informa digitalmente i referenti aziendali HSE. Da ciò non possono derivare sanzioni disciplinari per i lavoratori eventualmente coinvolti in errori comportamentali, ma si apre una verifica dei procedimenti di sicurezza. Il contratto SAIPEM introduce altresì la costituzione di una certa istituzione paritetica aziendale (IPA) che ha la funzione di coordinare, da un punto di vista organizzativo, le attività di monitoraggio sull'attuazione di quanto disposto dalle parti.

Secondo caso di studio. Nel settore del credito, Intesa San Paolo (ISP), con un contratto collettivo aziendale del maggio 2023, ha ridefinito l'impostazione della gestione flessibile del lavoro, muovendo dalla cd. filiale digitale. Il lavoro flessibile in ISP mostra come stia avvenendo la trasformazione del lavoro mediante forme avanzate di digitalizzazione intese in termini di fattore abilitante dell'efficienza e delle modifiche dei processi ormai quasi completamente remotizzati. Le modifiche organizzative vengono abbinate a quelle digitali (anche di intelligenza artificiale). In particolare, da una parte, ISP ha negoziato le regole comuni sull'orario e sul lavoro agile per tutte le filiali "non" digitali, cioè quelle classiche, note a tutti per il radicamento nel territorio, e, dall'altra, modificando i processi produttivi e di erogazione dei servizi, riferibili all'introduzione della filiale digitale, ha disciplinato il regime del lavoro agile e di altre flessibilità per i lavoratori che normalmente operano mediante piattaforma digitale nell'ambito di quella speciale unità aziendale. In relazione ai lavoratori della filiale digitale sono state introdotte norme di tutela che attengono al diritto a una certa flessibilità oraria (cd. settimana corta 9 ore/4 giorni) e al diritto a svolgere da remoto, in regime di lavoro agile, le proprie prestazioni sino a 140 giorni per anno, a fronte dei 120 giorni per anno a cui hanno diritto gli altri lavoratori.

Terzo caso di studio. Nel gruppo Ferrovie dello Stato, con riferimento a grandi opere infrastrutturali, tra cui la linea Napoli/Bari (in particolare il cantiere Bovino/Orsara), anche alla luce di un protocollo sperimentale con l'INAIL, stanno per essere introdotte una serie di misure tecnologiche mitiganti, nel senso sopra menzionato, tra cui una speciale sensoristica indossabile per il rischio biomeccanico (i.e. sistemi che rilevano tecnologicamente i rischi collegati a movimenti del corpo umano durante l'attività lavorativa che sono relativi a significativi sovraccarichi), abbigliamento refrigerante (posto in relazione al

rischio da esposizione al calore esterno, con sistemi tecnologici che adattano la refrigerazione del corpo umano rispetto al calore), abiti sensorizzati (indumenti che permettono di rilevare digitalmente e registrare, ai fini di monitoraggio, la respirazione, la frequenza cardiaca, la sudorazione, e intervenire urgentemente in caso di anomalie/criticità fisiche), barriere intelligenti (dato il rischio di investimento nei cantieri, sono introdotti ripetitori digitali che delimitano virtualmente le aree di transito veicolare nei cantieri, con lo scopo di salvare vite umane). Il trasferimento di detta tecnologia avanzata potrebbe essere esteso anche nella filiera di appalti. Tali misure, almeno al momento, non sono oggetto di un contratto aziendale. Tuttavia, ciò che rileva ai fini di questo studio è il contenuto protettivo offerto da tali dispositivi tecnologici, il quale, in prospettiva, non può non diventare parte di un negoziato che regoli, a livello aziendale/unità produttiva, le possibili interazioni con altri interessi e posizioni soggettive (tra cui, il potere di controllo, il potere disciplinare, il divieto di indagini, gli accertamenti sanitari, etc.) e il relativo bilanciamento con alcuni diritti di cui al Titolo I della l. 20 maggio 1970, n. 300. Il che significa, da una parte, osservare lo sviluppo della possibile contrattazione aziendale che dovrà, in qualche modo, mediare tra confliggenti interessi, e, dall'altra, verificare l'eventuale effettivo beneficio per i lavoratori di un insieme di tecnologie mitiganti che sono regolate con le rappresentanze dei lavoratori.

A tal proposito, la via contrattuale europea, già delineata nel protocollo ETUC/organizzazioni datoriali di giugno 2020, ci mostra che si può procedere nella introduzione di tecnologia, anche con effetti di mitigazione dei rischi, seguendo un metodo partecipativo più adatto ai nostri tempi. Cioè, qui si intende sottolineare che, al di là di ciò che la norma di legge già impone in materia di bilanciamento tra diritti e poteri, anche quando si tratta di tecnologia (per esemplificare, v. l'art. 4 l. 20 maggio 1970, n. 300 o l'art. 1bis d.lgs. 26 maggio 1997, n. 152), sussiste già, anche su spinta europea, uno schema di contrattazione collettiva decentrata, basato su elementi di informazione/consultazione, di esame congiunto, eventuale contrattazione aziendale, riesame dei presupposti, il quale è stato specificatamente posto in relazione alle complessità della intelligenza artificiale che opera a livello aziendale con e per i lavoratori.

Dall'analisi delle realtà aziendali coinvolte nelle indagini scientifiche che stiamo svolgendo si comprende che è la via contrattuale quella da seguire per poter controbilanciare, con l'effettività della tutela collettiva dei diritti e nel modo più efficiente immaginabile, la forza (quasi inesorabile) della tecnologia avanzata. Non è certamente la norma di legge che ha il compito di risolvere ogni micro-criticità posta dalla robotica e dall'intelligenza artificiale a livello di unità produttiva. Non è della norma di legge la funzione di entrare nel merito specifico dell'interazione tra macchina intelligente e lavoratore. Essa si limita a fissare i principi generali e i procedimenti perché si sa che è troppo rigida, anelastica, generalista (in questo senso si v. il regolamento europeo introdotto nel mese di agosto 2024)²³. In definitiva, la norma di legge non è adatta

²³ Si v. il Regolamento (UE) 2024/1689 del 13 giugno 2024 che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale.

a impostare sistemi complessi di divieti, spesso a cascata, correlati a qualcosa che è di più di un oggetto e meno di un soggetto di diritto, come l'intelligenza artificiale che opera nei luoghi di lavoro²⁴. È, invece, la norma contrattuale, soprattutto decentrata, se orientata da quella nazionale, a farsi carico di un procedimento, come quello delineato nel 2020 nel protocollo ETUC/organizzazioni datoriali, che man mano vigila, monitora, disamina, conduce al negoziato e riesamina ancora. Con il caso SAIPEM si comprende che questo nucleo di attività è stato collocato nelle funzioni dell'IPA, la quale è una cabina di regia paritetica, appositamente costruita dal sindacato e dal datore di lavoro per non far coincidere i possibili conflitti negoziali con la funzione partecipativa di cui essa è specificatamente munita. Nel caso Ferrovie è stata creata una commissione aziendale, anche supportata dall'INAIL, che ha lo scopo di monitorare l'insieme delle misure introdotte.

Il protocollo ETUC/organizzazioni datoriali, lasciando uno spazio di scelta assai ampio, data la varietà di sistemi di relazioni industriali a cui si rivolge, diviene il punto di riferimento per le prassi contrattuali che si svilupperanno.

5. Osservazioni conclusive. Per un diritto del lavoro (ancor più) ragionevole

C'è un diritto del lavoro che ci spinge in avanti, convincendoci. C'è anche – per nostra fortuna - un diritto del lavoro che è o diventa man mano (più) ragionevole, il quale ci convince, spingendoci in avanti. Ed è proprio questa emancipazione, individuale e collettiva, questa spinta in avanti, derivante da un diritto del lavoro “ragionevole”, cioè più convincente, che intendo rilevare nelle conclusioni²⁵.

Si può ritenere che, anche a fronte della rilevazione per via ermeneutica di un obbligo ex art. 2086, co 2, c.c. a carico del datore di lavoro, da cui dipende l'introduzione di tecnologia avanzata che può salvare la vita, mitigando rischi da infortuni e tecnopatie, ci si deve necessariamente confrontare con riforme della norma di legge e di contratto collettivo, i cui effetti solo misurabili esclusivamente in termini di ragionevolezza. Ammesso che non si riesca a consolidare per via giurisprudenziale una tesi come quella che qui si propone, dovrebbe essere responsabilità, in primo luogo, della contrattazione collettiva, anche aziendale, di impostare una norma che sia strutturata nei termini di cui si è detto sopra (obbligo di introdurre tecnologia avanzata che mitiga il rischio da lavoro), e, in seconda battuta, e solo in via sussidiaria, del legislatore che è chiamato a ponderare le varie posizioni in gioco, tenendo in considerazione i diritti, gli obblighi, i poteri, i costi di investimento e le effettive ricadute sulla sicurezza e

²⁴ Rinvio a M. FAIOLI, *Mansioni e macchina intelligente*, Torino, 2018 e ad alcuni studi che stanno man mano sviluppando il tema centrale di quella ricerca. Tra i più recenti si v. M. PERUZZI, *Intelligenza artificiale e lavoro*, Torino, 2024.

²⁵ Si richiamano a tal proposito gli studi di M. NAPOLI, T. TREU, *Dalle ragioni del diritto del lavoro ad un diritto del lavoro ragionevole. Riflessioni sul pensiero di L. Mengoni*, in *Jus*, 1996, n. 1-2, p. 107. Si v. anche M. NAPOLI, *Il lavoro e le regole. C'è un futuro per il diritto del lavoro?*, in *Jus*, n. 1, 1998, p. 51.

la salute delle persone. Quella contrattuale è una strada utile per arricchire di contenuti più efficaci, anche socialmente, un diritto del lavoro che è chiamato a diventare un diritto (sempre più) ragionevole, cioè capace di sollevarsi sia rispetto a ciò che appare del tutto soggettivo sia rispetto a ciò che è considerabile come un fatto oggettivo, ponendosi in qualche modo in una specie di interspazio. Nel nostro caso, tutto ciò sarebbe dato dall'arricchimento funzionale del contenuto dell'art. 2086, co. 2, c.c., operato mediante contrattazione collettiva, con la finalità di garantire la massima tutela sulla sicurezza, persino realizzata con l'elaborazione dell'obbligo di introdurre a livello aziendale quella tecnologia che mitiga i rischi da lavoro.

C'è un ultimo elemento che non può essere considerato marginale nella vicenda giuridica che abbiamo analizzato. Il quadro descritto di tutele *ex art.* 2086, co. 2, c.c. dovrebbe andare oltre ciò che è lavoro subordinato, coinvolgendo il lavoro autonomo che si innesta sistematicamente nell'organizzazione dell'imprenditore/datore di lavoro. Il che comporta due conseguenze anche per il caso che qui trattiamo. Da una parte, le tutele sulla sicurezza, anche nel senso tecnologico spiegato, dovrebbero riguardare tutte le posizioni professionali che afferiscono direttamente o indirettamente all'imprenditore/datore di lavoro, avendo a riguardo ciò che accade negli schemi contrattuali di appalto, in ragione della giurisprudenza²⁶ che si sta sviluppando da qualche anno sull'art. 2, d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81. Dall'altra, l'assetto delle norme di legge, anche in ragione di fatti di cronaca recente²⁷, non può non andare nella direzione dell'applicazione delle tutele di sicurezza sul lavoro, anche a favore del lavoro autonomo, vincendo le ultime, ma ancora consistenti, ambiguità e incertezze²⁸.

Tali conseguenze si pongono in un dialogo immaginario con quelle impostazioni teoriche che hanno già intravisto (o stanno ancora intravedendo) un futuro più ordinato di tutele, assegnando, da una parte, alla dignità umana il fine ultimo di ogni protezione giuslavoristica e, dall'altra, alle norme di legge e di contratto collettivo la connotazione di un mero mezzo che, essendo oggetto di riforme periodiche, si adatta concretamente e di volta in volta alla realizzazione di quel fine ultimo²⁹.

²⁶ Il che è ormai ampiamente confermato anche dalla giurisprudenza recente che si è allineata sulla Cass. 24 gennaio 2020, n. 1663 e alla relativa interpretazione dell'art. 2, d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81, in tema di scissione tra fattispecie e effetti. Per una rassegna su dottrina e giurisprudenza recente rinvio a M. FAIOLI, N. CAPPELLAZZO, M. LUCCISANO, A. SMILARI, C. SERRA, *Indagine sulle funzioni del sistema delle casse edili nell'ambito della certificazione di congruità e della digitalizzazione del DURC. Proposte operative sulla costruzione di un libretto digitale del lavoratore mediante social blockchain*, in *federalismi.it*, n. 27, 2024, p. 172.

²⁷ Di v. gli incidenti sul lavoro di Firenze e di Bologna nei primi mesi del 2024 che hanno riguardato lavoratori autonomi o in situazioni professionali collegate a appalti/sub-appalti.

²⁸ Si v. le recenti riforme relative (i) al sistema di qualificazione delle imprese e dei lavoratori autonomi tramite crediti di cui all'art. 27 d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81, dall'art. 29, co. 19, lettera a), del d.l. 2 marzo 2024, n. 19, convertito con modificazioni dalla l. 29 aprile 2024, n. 56 nonché (ii) all'impianto sanzionatorio negli appalti di cui al d.l. 2 marzo 2024, l. conv. 29 aprile 2024, n. 56.

²⁹ Si v., in particolare, l'idea sulla funzione e sulla struttura del diritto del lavoro in G. GIUGNI, *Il diritto del lavoro alla svolta del secolo*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, n. 86, 2000, p. 177.



Telelavoro e lavoro agile nella prospettiva di un futuro intervento del legislatore europeo *

di Alessandro Murru

Dottorando di Ricerca in Diritto del lavoro
Università Cattolica del Sacro Cuore

Abstract [It]: Il presente saggio muove dalle osservazioni registrate nell'ambito delle recenti consultazioni delle parti sociali avviate ai sensi dell'art. 154 TFUE e finalizzate a indagare l'eventuale opportunità di un intervento del legislatore europeo in materia di telelavoro. Nel dettaglio, tenendo in considerazione anche i recenti sviluppi in materia di lavoro agile, ci si propone di ricomporre il quadro complessivo dei due istituti giuridici (telelavoro e lavoro agile), verificare le eventuali sovrapposizioni qualificative e osservare le criticità più note, le quali principalmente afferiscono gli aspetti definitivi, l'inquadramento normativo, le misure di tutela per i lavoratori.

Title: Telework and Smart Working in the perspective of a future intervention by the European legislator

Abstract [En]: The essay originates from the observations recorded during recent consultations with social partners, initiated pursuant to Article 154 TFEU and aimed at investigating the potential advisability of European legislative intervention in the field of telework. Specifically, taking into account recent developments in agile work as well, the objective is to reconstruct the overall framework of the two legal concepts (telework and agile work), assess possible overlaps in their classification, and examine the most well-known critical issues, which mainly concern definitional aspects, regulatory framework, and worker protection measures.

Parole chiave: Telelavoro, Lavoro Agile, Inquadramento Normativo, Diritto alla Disconnessione, Legislazione Europea

Keywords: Telework, Smart Working, Regulatory Framework, Right to Disconnect, European Legislation

Sommario: 1. Introduzione. 2. Telelavoro e Lavoro Agile: inquadramento normativo e differenze. 3. Funzione e costruzione del diritto alla disconnessione. 4. Osservazioni conclusive e spunti di riflessione sul ruolo dei sindacati.

1. Introduzione

Il ricorso crescente al lavoro secondo modalità agile, registrato nel quinquennio ricompreso tra il 2019 e il 2024, rende opportuna un'analisi giuridica sull'istituto e delle relative evoluzioni, tenendo conto anche delle prospettive euro-unitarie. Se è innegabile che il c.d. *smart-working* abbia acquisito un'inimmaginabile rilevanza in ragione delle contingenze pandemiche degli scorsi anni, allo stesso modo il superamento della situazione emergenziale non ha determinato il tramonto della modalità agile di svolgimento della prestazione lavorativa. Nel 2019 appena l'11% dei lavoratori europei svolgevano le proprie prestazioni lavorative a distanza, dato che è salito al 48% nel luglio del 2020 in corrispondenza del picco dell'emergenza da Covid-19¹. Tuttavia, il superamento della situazione emergenziale non ha determinato

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ I dati prendono in considerazione i soli lavori che possono effettivamente essere svolti secondo modalità agile e sono ripresi da EUROFOUND, *Fifth round of the Living, working and COVID-19 e-survey Living in a new era of uncertainty*, 2022, disponibile [online](#).

un ritorno alle percentuali di impiego di lavoratori agili pre-pandemiche, essendosi invece assestate intorno al 20% con la concreta possibilità che le stesse continuino a crescere nel medio-lungo termine². Tali considerazioni hanno spinto le stesse istituzioni europee a concentrare la propria attenzione sul lavoro agile e ad avviare una serie di consultazioni con le parti sociali ai sensi dell'articolo 154 TFUE al fine di indagare l'opportunità di un intervento legislativo che armonizzi a livello euro-unitario la disciplina del lavoro agile e quella degli strumenti atti ad arginare le criticità di questa modalità di impiego, primo fra tutti il c.d. diritto alla disconnessione. Seguendo questa impostazione è stata condotta una prima fase di consultazione delle parti sociali che si è conclusa nell'aprile del 2024³, a cui è seguita una seconda fase di consultazione prossima alla conclusione. Dalle consultazioni di cui sopra sono emersi tre principali ordini di problemi riguardanti il lavoro agile e la sua ulteriore diffusione.

In primo luogo, vengono presi in considerazione problemi di natura definitoria. Nel panorama euro-unitario, come noto, lo svolgimento della prestazione lavorativa a distanza e attraverso l'uso di strumenti tecnologici viene ricondotto sotto la nozione di "telework", termine che, come meglio si analizzerà nel prosieguo della trattazione, non è perfettamente sovrapponibile al lavoro agile italiano, regolato dalla l. 81/2017, contrariamente al suo antecedente disciplinato a livello europeo dall'Accordo Quadro Europeo sul Telelavoro del 2002. In generale, viene dato atto di come a livello europeo siano diffusi diversi istituti che seppur si avvicinino al concetto di telelavoro non coincidano esattamente con quest'ultimo e, al contrario, se ne discostano in relazione a diversi fattori: la distribuzione del lavoro svolto nelle strutture dell'impresa e di quello svolto a distanza, la possibilità che il lavoro sia svolto a distanza occasionalmente o su base regolare, i luoghi nei quali è possibile svolgere la prestazione a distanza, e le modalità normative con le quali il lavoro a distanza è regolato.

In secondo luogo, le consultazioni hanno evidenziato il rischio che la diffusione del "telelavoro" accentui la c.d. "always-on work culture", cioè la tendenza dei lavoratori a sentirsi fortemente incoraggiati o persino in dovere di rendersi costantemente disponibili di fronte alle richieste del datore di lavoro, anche qualora queste pervengano ben oltre il normale orario di lavoro⁴. Suddetto rischio obbliga le istituzioni a interrogarsi sugli strumenti che possano limitare questa tendenza e allo stesso tempo pone dubbi sulle modalità attraverso le quali rendere effettivo il c.d. diritto alla disconnessione, definito come il diritto dei lavoratori a non impegnarsi in attività o comunicazioni legate al lavoro al di fuori dell'orario lavorativo,

² Stima basata sullo studio di J.M. BARRERO, N. BLOOM, S. J. DAVIES, *Why working from home will stick*, WP 28731, National Bureau of Economic Research, Cambridge, 2021.

³ EU COMMISSION, *Consultation Document C(2024) 2990 final, First-Phase consultation of social partners under article 154 TFEU on possible EU action in the area of telework and workers' right to disconnect*, Bruxelles, 2024, disponibile [online](#).

⁴ Criticità già evidenziata in EU COMMISSION, *Study exploring the social, economic and legal context and trends on telework and the right to disconnect, in the context of digitalization and the future of work, during and beyond the Covid-19 pandemic*, Bruxelles, 2023.

attraverso strumenti digitali come telefonate, e-mail o altri messaggi⁵. Ad oggi, infatti, la disconnessione è riconosciuta come diritto in appena 13 Stati Membri (Belgio, Bulgaria, Croazia, Cipro, Grecia, Francia, Irlanda, Italia, Lussemburgo, Portogallo, Slovacchia, Slovenia e Spagna), nei quali peraltro non è individuabile un inquadramento comune, essendo alternativamente qualificata come un vero e proprio diritto o, al contrario, come un'assenza di obbligo.

Infine, importanti criticità sono emerse in relazione al c.d. “*cross-border telework*”, il telelavoro svolto da lavoratori attraverso i confini euro-unitari. Per quanto ad oggi non si abbia una precisa contezza circa il numero di lavoratori realmente impiegati in forme di lavoro a distanza attraverso i confini europei, comunque, la concreta ipotesi che questa modalità di impiego trovi sempre più spazio nel mercato del lavoro euro-unitario accentua la rilevanza delle complessità ad essa connesse. Nel dettaglio, dalle richiamate consultazioni (con speciale riferimento a quelle condotte nei confronti delle controparti datoriali) è emerso come le criticità afferiscano principalmente alle difficoltà applicative delle discipline in materia fiscale, previdenziale e, più in generale, quelle sul trattamento normativo ed economico dei lavoratori e sugli adempimenti contabili⁶. Rispetto a tali difficoltà appare, quindi, evidente come solo un intervento del legislatore europeo possa realmente sciogliere i più che legittimi dubbi sollevati dalle parti sociali⁷.

Anzi, si deve sottolineare che, a fronte delle tante criticità emerse nella prima fase di consultazione delle parti sociali, non ci sono ancora soluzioni. Cioè, ci si è limitati a ricostruire il quadro normativo europeo al fine di comprendere se i problemi emersi potessero essere in qualche misura temperati in ragione di normative preesistenti. Sono stati indagati i margini applicativi di strumenti quali la Direttiva 2003/88 CE in materia di orario di lavoro, la Direttiva 2019/1152 sulla trasparenza e prevedibilità delle condizioni di

⁵ EUROPEAN PARLIAMENT, Resolution P9_TA(2021)0021 with recommendations to the Commission on the right to disconnect (2019/2181(INL)), Bruxelles, 21 gennaio 2021.

⁶ Sul punto si veda ancora EU COMMISSION, *Study exploring the social, economic and legal context and trends on telework and the right to disconnect, in the context of digitalization and the future of work, during and beyond the Covid-19 pandemic*, Bruxelles, 2023.

⁷ Sul punto è bene precisare come alcune criticità proprie del telelavoro *cross-border* siano in parte già state attenzionate dal *Framework Agreement on Cross Border Telework* (c.d. *TWA*, attivo a partire dal luglio 2023). Nel dettaglio, gli Stati firmatari si sono concentrati sulla soluzione dei problemi che il telelavoro *cross-border* ingenera in materia di previdenza sociale, risolvendoli in riferimento alla percentuale di lavoro effettivamente svolto nello Stato di residenza del lavoratore o in cui ha sede il datore di lavoro. Se il telelavoro nello Stato di residenza del lavoratore è inferiore al 25% del tempo di lavoro, il lavoratore rimane assicurato nello stato del datore di lavoro secondo le regole standard (rimane necessario notificare lo stato di residenza). Al contrario, se il telelavoro nello stato di residenza del lavoratore è compreso tra il 25% e il 49% del tempo di lavoro e entrambi gli stati sono firmatari del TWA, il lavoratore può, su richiesta allo stato del datore di lavoro ai sensi del TWA, essere assicurato nello stato del datore di lavoro (con il consenso sia del lavoratore che del datore di lavoro) per un periodo massimo di tre anni, rinnovabile. Infine, se il telelavoro nello Stato di residenza del lavoratore è pari o superiore al 25% del tempo di lavoro e uno o entrambi gli Stati non sono firmatari del TWA, oppure se il telelavoro è pari o superiore al 50%, è necessario notificare lo Stato di residenza del lavoratore. In generale, il lavoratore sarà infatti assicurato nello Stato di residenza. Tuttavia, è possibile richiedere un'esenzione ai sensi dell'Articolo 16 del Regolamento 883/2004, che potrebbe consentire l'assicurazione nello Stato del datore di lavoro, previa approvazione di entrambi gli stati coinvolti.

lavoro, la Direttiva 89/391CEE sulla sicurezza e salute sul luogo di lavoro (ed altri strumenti regolativi ad essa collegati), il Regolamento 2016/679 (GDPR) e, soprattutto in relazione alle ipotesi di telelavoro *cross-border*, il Regolamento 593/2008 sull'individuazione della legge applicabile alle obbligazioni di origine contrattuale che, per varie ragioni, coinvolgono più Stati⁸. Si tratta, a ben guardare, di una prima, forse non del tutto esaustiva, fotografia dell'assetto normativo da tenere in considerazione. Manca, ad esempio, un richiamo alla disciplina in materia di intelligenza artificiale (Regolamento 2024/1689), alla direttiva sul lavoro svolto mediante piattaforme (Direttiva 2024/2831), alla disciplina sulla gestione dati (Regolamento 2023/2854, c.d. Data Act). Tutto ciò rileva significativamente, se si intende guardare verso il futuro e verso lavori che possono essere svolti anche da remoto, con l'utilizzo dell'intelligenza artificiale, delle piattaforme, dei dati, etc.

Spostando l'attenzione sul piano nazionale, il documento citato fa riferimento a due distinte necessità: l'individuazione di un concetto condiviso di telelavoro, da un lato, e la precisa definizione del diritto alla disconnessione e dei suoi meccanismi di implementazione, dall'altro. Questi passaggi rappresentano le ineludibili premesse affinché il futuro intervento euro-unitario sul tema possa effettivamente perseguire le proprie dichiarate finalità: permettere un'occupazione dignitosa e condizioni di lavoro adeguate per i telelavoratori (e/o lavoratori digitali, anche remotizzati), tutelare la salute e sicurezza, garantire la fruibilità dei diritti di informazione e consultazione e promuovere il ruolo delle parti sociali⁹.

Ciò premesso, in ragione del possibile intervento normativo delle istituzioni finalizzato all'armonizzazione della disciplina euro-unitaria sul telelavoro, il prosieguo della presente trattazione sarà dedicato ad una disamina dell'attuale contesto normativo e dottrinario italiano alla luce delle criticità emerse nelle consultazioni di cui sopra, al fine di sondare lo stato dell'arte in materia di lavoro agile e telelavoro nella prospettiva di una sua futura evoluzione.

2. Telelavoro e lavoro agile: inquadramento normativo e differenze

Come anticipato, lavoro agile e telelavoro non sono due concetti perfettamente sovrapponibili nel panorama normativo italiano.

Il primo trova la sua disciplina normativa all'interno del Capo II della legge 22 maggio 2017 (di seguito l. 81/2017) dove, specificatamente all'articolo 18, viene definito come quella particolare modalità di svolgimento della prestazione (di lavoro subordinato), in parte all'interno dei locali aziendali ed in parte all'esterno, senza postazione fissa ed entro i soli limiti di durata massima dell'orario di lavoro derivanti

⁸ EU COMMISSION, *Consultation Document C(2024) 2990 final, First-Phase consultation of social partners under article 154 TFEU on possible EU action in the area of telework and workers' right to disconnect*, Bruxelles, 2024, disponibile [online](#), pp. 15 ss.

⁹ *Ibid.*, p. 24.



dalla legge e dalla contrattazione collettiva¹⁰. Elemento caratterizzante dello *smart working* è l'accordo che necessariamente interviene tra lavoratore e datore di lavoro e che, per espressa statuizione del legislatore (art. 19 della l. 81/2017), deve avere ad oggetto, da un lato, le modalità di esecuzione della prestazione lavorativa svolta all'esterno dei locali dell'impresa e, dall'altro, le misure tecniche ed organizzative atte a garantire la disconnessione del lavoratore dai *devices* utilizzati per lo svolgimento della prestazione a distanza.

La disciplina legislativa del lavoro agile è poi stata integrata dal Protocollo Interconfederale introdotto nel 2021, il quale, in parte, si limita a ribadire principi già contenuti nella l. 81/2017 (tra i quali in particolare il mantenimento in capo al datore di lavoro degli obblighi relativi al trattamento economico e normativo, salute e sicurezza sul luogo di lavoro, formazione, esercizio dei diritti sindacali, protezione dei dati personali), ma, al contempo, arricchisce l'accordo individuale di contenuti nuovi (durata; alternanza tra periodi di lavoro all'interno e all'esterno dei locali aziendali; luoghi esclusi per lo svolgimento della prestazione; forme, modalità e condizioni di esercizio del potere di controllo, direttivo e disciplinare; strumenti di lavoro; tempi di riposo e misure tecniche e/o organizzative; attività formativa eventualmente necessaria allo svolgimento della prestazione in modalità agile; forme e modalità di esercizio dei poteri sindacali).

Il telelavoro, invece, disciplinato esclusivamente in via pattizia in forza dell'Accordo Interconfederale del 2004, viene definito come *“una forma di organizzazione e/o svolgimento del lavoro che si avvale delle tecnologie dell'informazione nell'ambito di un contratto o di un rapporto di lavoro, in cui l'attività lavorativa, che potrebbe anche essere svolta nei locali dell'impresa, viene regolarmente svolta al di fuori”*¹¹.

Pur considerando l'evidente somiglianza negli obiettivi generali perseguiti dai due istituti, l'analisi delle relative disposizioni normative evidenzia differenze significative. Innanzitutto, mentre nel lavoro agile l'impiego di strumenti tecnologici appare facoltativo (anche se, nella pratica, è difficile immaginare l'esecuzione di una prestazione a distanza senza alcun supporto tecnologico), nel telelavoro l'uso delle tecnologie dell'informazione costituisce un requisito imprescindibile della fattispecie. Inoltre, è importante osservare che, sebbene la modalità di lavoro agile consenta l'alternanza tra periodi di lavoro a

¹⁰ A. OCCHINO, *Lo smart working in tempo di covid-19*, in *Giustizia Insieme*, 2020, dove l'autrice individua nel lavoro a domicilio l'antecedente storico del lavoro agile, nel quale il collegamento telematico tra lavoratore e datore di lavoro, laddove presente, sopperisce a quelle difficoltà qualificatorie dell'istituto che invece si presentarono in relazione al lavoro a domicilio. Nel testo è infatti ricordato come *“Per esso la nozione di subordinazione fu corretta, in deroga all'art. 2094 c.c., dalla legge 877/1973, che la limitò a “quando il lavoratore a domicilio è tenuto ad osservare le direttive dell'imprenditore circa le modalità di esecuzione e le caratteristiche e i requisiti del lavoro da svolgere nella esecuzione parziale, nel completamento o nell'intera lavorazione oggetto dell'attività dell'imprenditore committente” (art. 1, comma 2)”*.

¹¹ Articolo 1 dell'Accordo Interconfederale del giugno 2004.

distanza e momenti in cui l'attività viene svolta presso i locali aziendali, il telelavoro implica che la prestazione lavorativa venga regolarmente eseguita al di fuori dei locali dell'azienda.¹²

In breve, il telelavoro disciplinato dall'ordinamento italiano, per come originariamente immaginato, rappresentava una modalità di organizzazione del lavoro tutt'altro che agile, essendo stato introdotto esclusivamente per permettere lo svolgimento a distanza di un limitato numero di mansioni dallo scarso contenuto professionale e rispetto all'esecuzione delle quali non era ipotizzabile alcuna autonomia decisionale del lavoratore circa il luogo e il tempo della prestazione¹³.

Sul punto occorre richiamare la centrale rilevanza che nel lavoro agile assume l'accordo tra lavoratore e datore di lavoro di cui all'articolo 19 della l. 81/2017, che, almeno per parte della dottrina, è capace di realizzare una vera e propria alterazione causale del tipo contrattuale proprio in ragione del venir meno di precisi vincoli di orario e luogo di lavoro¹⁴. Se è vero che le differenze più evidenti tra i due istituti sono legate ad elementi, per così dire, “materiali” della fattispecie (l'utilizzo necessitato o eventuale della strumentazione tecnologica e la possibile l'alternanza o meno tra periodi in cui la prestazione è svolta all'interno o all'esterno dei locali aziendali), la più significativa differenza tra telelavoro e lavoro agile va forse ricercata proprio in relazione a quell'accordo che nel lavoro agile rappresenta un elemento “normativo” imprescindibile della fattispecie e che nel telelavoro è invece radicalmente assente.

Tale distinzione sarebbe ulteriormente acuita laddove si riconoscesse all'accordo individuale l'effettiva capacità di realizzare un allontanamento del lavoro agile dallo standard social-tipico del rapporto subordinato¹⁵, e ciò proprio in ragione di un trasferimento da datore a lavoratore della capacità di decidere autonomamente su elementi tradizionalmente propri del rapporto subordinato quali l'orario ed il luogo di lavoro¹⁶, giungendo persino a determinarne la perdita di centralità in favore di diverse determinanti del rapporto di lavoro (il raggiungimento degli obiettivi prefissati o il completamento del progetto assegnato), che comportano, inevitabilmente, l'avvicinamento della fattispecie agli schemi contrattuali del lavoro autonomo. In questo senso, quindi, il lavoro agile, in virtù dell'accordo individuale che lo caratterizza, rappresenterebbe l'ulteriore riprova dell'inadeguata capacità descrittiva propria della dicotomia lavoro autonomo/subordinato¹⁷, rispetto al cui deterioramento il diritto del lavoro sembra chiamato

¹² Per la manualistica si v. in particolare M. MAGNANI, *Diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, p. 24.

¹³ P. ICHINO, *Lo smart working e il tramonto della summa divisio tra lavoro subordinato e autonomo*, in *Lavoro Diritti Europa*, n. 1, 2021, p. 4.

¹⁴ A. PERULLI, *Il Jobs act del lavoro autonomo e agile: come cambiano i concetti di subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, in G. ZILIO GRANDI, M. BIASI (a cura di), *AA.VV., Commentario breve allo statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, a cura, Cedam, 2018, pp. 43 ss.

¹⁵ G. SANTORO-PASSARELLI, *Lavoro eterorganizzato, coordinato, agile e il telelavoro: un puzzle non facile da comporre in un'impresa in via di trasformazione*, in *WPCSDLE*, n. 327, 2017, p. 9.

¹⁶ M. BROLLO, *Smart o Emergency Work? Il lavoro agile al tempo della pandemia*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, n. 6, 2020, pp. 553 ss.

¹⁷ P. ICHINO, *Lo smart working e il tramonto della summa divisio tra lavoro subordinato e autonomo*, cit., p. 4

all'individuazione di schemi definitivi che certamente non si appalesarono con la medesima impellenza quando, nel 2004, il telelavoro veniva per la prima volta disciplinato.

La centralità che l'accordo individuale ricopre nel rapporto di lavoro svolto in modalità agile trova un riconoscimento anche nello stesso Protocollo Interconfederale del 2021 che, come detto, è intervenuto in chiave integrativa della già presente disciplina legale. Nel Protocollo, le Confederazioni non solo ampliano i contenuti oggetto del negozio individuale intercorrente tra lavoratore e datore di lavoro, ma riconoscono per la prima volta la superiorità dell'autonomia individuale rispetto a quella collettiva su aspetti centrali del rapporto di lavoro¹⁸, giungendo a ricomprendervi financo le modalità di esercizio del potere di controllo, direttivo e disciplinare del datore. Dal patto sembra quindi emergere una nuova figura di lavoratore subordinato, che certamente non può ancora considerarsi capace di contrattare alla pari con il datore di lavoro, ma, ciò nonostante, vede ridursi l'atavico squilibrio di potere negoziale con il datore di lavoro senza che a tal fine si renda necessario l'intervento dei sindacati¹⁹.

La possibilità che l'accordo individuale necessariamente realizzi lo scostamento dello *smart working* dagli schemi tipici della subordinazione è in realtà negata da altra parte della dottrina, per la quale risulta più opportuno focalizzare l'attenzione su componenti del rapporto di lavoro più adatte ad individuare l'effettiva subordinazione del lavoratore e al contempo lasciate inalterate dallo svolgimento in modalità agile della prestazione. Nel dettaglio il riferimento è al trattamento economico e normativo che, per espressa statuizione contenuta nel testo della legge (poi ribadita dal Protocollo Interconfederale), deve necessariamente restare uguale, a parità di mansioni, tra coloro che eseguono la prestazione a distanza ed i colleghi che invece operano nei locali dell'impresa (art. 20, comma 1, legge n. 81/2017)²⁰. La stessa rilevanza che assume l'assenza di vincoli di orario sembra poter essere in realtà ridimensionata nel momento in cui l'orario di lavoro viene considerato uno (certamente il più tradizionale) tra i diversi strumenti attraverso i quali dotare di sostanza la prestazione oggetto di un contratto di lavoro

¹⁸ P. ICHINO, *Un Protocollo poco innovativo ma non inutile*, in *Lavoro Diritti Europa*, n. 4, 2021, p. 7; in senso contrario, tra gli altri, L. MONTEROSSO, *Tecnologie digitali, nuovi modelli di organizzazione del lavoro e sfide per il sindacato*, in *Federalismi.it*, n. 23, 2023, pp. 249 ss.

¹⁹ *Ibid.*, nel dettaglio il riferimento è al passaggio: “*Al di là del rituale omaggio alla contrattazione collettiva contenuto nella premessa del protocollo, nella sua parte concretamente dispositiva l'autonomia negoziale individuale assume un ruolo centrale e le parti si impegnano a difendere la libertà effettiva necessaria alla persona per esercitarla. La capite deminutio del lavoratore, cioè la sua radicale giuridica incapacità di gestire validamente i propri interessi, sembra essere ormai cosa del secolo passato*”.

²⁰ D. CHAPPELLU, *Lavoro agile e sicurezza: tra tutela della salute del lavoratore e una nuova ripartizione della responsabilità datoriale*, in *Variazioni su temi di diritto del lavoro*, n. 1, 2023, p. 255.

subordinato²¹ che, per quanto in tempi recenti appaia sempre più malleabile alla luce di nuove determinanti²², mantiene comunque la sua essenza²³.

Tra le obiezioni alla teoria secondo la quale l'accordo individuale realizzerebbe una sorta di destrutturazione del rapporto di lavoro subordinato determinandone l'avvicinamento a fattispecie connotate da maggiore autonomia, ancora convincente risulta quella che sottolinea come il riconoscimento di una maggiore autonomia decisionale in capo al lavoratore debba necessariamente passare dal vaglio del datore di lavoro. Se di maggiore autonomia, quindi, effettivamente si tratta, comunque la stessa sarebbe “concessa” e non “guadagnata” e, di conseguenza, sempre esposta ad una possibile rinegoziazione unilateralmente imposta dal datore di lavoro²⁴.

Tale riflessione non solo permette di evitare il rischio di un appiattimento del dibattito conseguente allo sterile richiamo al testo normativo (per il quale il lavoro agile resta modalità di svolgimento della prestazione di lavoro subordinato), ma indirettamente compone, almeno in parte, le due posizioni rilevate in dottrina. L'eventuale scostamento dagli schemi propri del lavoro subordinato che la modalità agile determina in forza dell'accordo individuale, sarà, in primo luogo, strettamente legato ai contenuti del patto, dai quali si potrà desumere l'eventuale grado di autonomia di volta in volta concessa al lavoratore, e, in secondo luogo, resterà comunque “temporaneo” essendo sempre possibile per il datore di lavoro tornare sui suoi passi e “riavvicinare a sé” il lavoratore in forza di una rinegoziazione (o addirittura eliminazione) dell'accordo individuale.

Volendo ricondurre quanto esposto al tema della presente trattazione è indubbio che il lavoro agile per come costruito dal legislatore nazionale presenta delle peculiarità che, al netto della rilevanza che si voglia

²¹ Il riferimento è a V. BAVARO, *L'orario lavoro agile «senza precisi vincoli»*, in *Lavoro Diritti Europa*, n. 1, 2022, nella parte in cui considera: “la misurazione cronologica del tempo di lavoro è solo un modo col quale oggettivare la prestazione di lavoro subordinato, ma non l'unico. In tali casi, piuttosto, occorre misurare e verificare l'adempimento della prestazione di lavoro a prescindere dall'assoggettamento al potere di determinazione cronologica della durata e della collocazione temporale”.

²² Si pensi alla diffusione delle teorie organizzative del c.d. *management by objectives*, opportunamente richiamate in materia da A. INGRAO, *Lavoro agile per obiettivi: riflessioni intorno alla tipicità sociale e legale. Seconda wave d'una ricerca sul campo*, in *Labour & Law Issues*, Vol. 9, n. 3, 2023, pp. 7 e ss.

²³ Anche per C. SPINELLI in *Lo smart working nel settore privato e le sfide per il futuro*, in U. CARABELLI -L. FASSINA (a cura di) *Smart working: tutele e condizioni di lavoro – Atti del quarto Seminario annuale della Consulta giuridica dedicato alla memoria del Prof. Luigi Marinucci*, Futura, Roma, 2021, p. 70 il lavoro agile resta quindi lavoro subordinato “a distanza, solo eventualmente tecnologico, che riconosce margini di discrezionalità organizzativa al prestatore rispetto al tempo e al luogo dell'adempimento. Il lavoratore agile, cioè, svolge una prestazione di lavoro flessibile quanto al tempo e al luogo del suo svolgimento, che può implicare il supporto di strumentazione informatica e può essere inserita in contesti organizzativi strutturati per «fasi, cicli e obiettivi»”, ribadendo poi a p. 74 che “l'introduzione delle nuove tecnologie e dei nuovi modelli di organizzazione del lavoro può scolorire il potere direttivo, senza che per questo si elimini la subordinazione”.

²⁴ Sulla “scelta libera” del datore di lavoro di concedere o meno che il lavoratore svolga la prestazione in modalità agile si veda E. ALES, *Il lavoro in modalità agile e l'adeguamento funzionale della subordinazione: un processo indolore?* in *Federalismi.it*, n. 34, 2022, pp. 184-186, che al contempo ridimensiona la portata della rinuncia eventualmente compiuta dal datore di lavoro all'esercizio delle sue prerogative.

loro riconoscere, non sono necessariamente proprie del telelavoro²⁵ e che andranno tenute in considerazione laddove fosse necessario applicare o recepire una normativa euro-unitaria, il cui intervento sul tema, ad oggi, appare un'eventualità più che concreta.

3. Funzione e costruzione del diritto alla disconnessione

Tra i temi emersi in sede di consultazione delle parti sociali, la criticità a cui è dedicata più attenzione risulta legata alla c.d. “*always-on culture*”, che, come richiamato in precedenza, corrisponde alla tendenza del lavoratore che svolge la propria prestazione lavorativa a distanza a sentirsi costantemente in dovere di garantire una sua costante reperibilità e conseguente adesione agli ordini, anche laddove questi pervengano al di fuori dell'orario di lavoro. La questione appare essere direttamente collegata alla c.d. *time porosity* che, come apprezzabile attraverso la lettura della stessa normativa nazionale, pare conseguire ad uno degli elementi caratterizzanti del lavoro agile: l'assenza di precisi vincoli di orario di lavoro rispetto al quale si genera l'indebita commistione con i momenti della vita privata del lavoratore.

La problematica è sentita anche a livello europeo. Sul punto è interessante riportare alcuni dati ripresi dalle più recenti indagini condotte da Eurofound, per le quali: il 44% dei telelavoratori ha effettuato straordinari, una percentuale superiore del 14% rispetto ai lavoratori in presenza che svolgono mansioni compatibili con il telelavoro. Anche per quanto riguarda le lunghe ore di lavoro emergono differenze significative, sebbene meno marcate: tra i dipendenti a tempo pieno, il 21% dei telelavoratori ha lavorato tra le 41 e le 48 ore settimanali, mentre il 14% ha superato le 48 ore, a fronte del 17% e del 9% rispettivamente dei lavoratori in sede. Inoltre, il 30% dei telelavoratori ha dichiarato di sentirsi, almeno in parte, preoccupato per il lavoro anche al di fuori dell'orario di telelavoro, rispetto al 21% dei non telelavoratori²⁶. Dati ai quali si aggiungono i risultati di un'ulteriore indagine sempre condotta da Eurofound in Belgio, Francia, Italia e Spagna nel 2022 secondo la quale oltre l'80% dei lavoratori vengono contattati dal datore di lavoro al di fuori dell'orario di lavoro, con una generale tendenza alla risposta nei confronti di tali richieste che si attesta intorno al 90%²⁷.

L'argine da opporre di fronte ai rischi (di varia natura) a cui i lavoratori risultano esposti in ragione della tendenza a sentirsi sempre connessi, è da tempo individuato nel c.d. diritto alla disconnessione. Il medesimo studio richiamato in precedenza ha infatti evidenziato che, sebbene l'esistenza di un diritto alla disconnessione non riduca la probabilità di ricevere comunicazioni dal datore di lavoro durante il tempo di riposo, lo stesso ha comunque un impatto positivo sull'equilibrio tra vita lavorativa e privata. I

²⁵ In questo caso il riferimento è sia al telelavoro nazionale, caratterizzato da una disciplina che non ha visto significative modifiche nel tempo, sia a quello europeo per come invece evolutosi negli ultimi decenni.

²⁶ EUROFOUND, *Psychosocial risks to workers' well-being: Lessons from the COVID-19 pandemic*, 2023, pp. 26 ss.

²⁷ EUROFOUND, *Right to disconnect: Implementation and impact at company level*, 2023, pp. 47 e ss.

lavoratori di aziende prive di una politica sul diritto alla disconnessione hanno dichiarato di lavorare ore aggiuntive a causa di contatti ricevuti fuori dall'orario lavorativo rispetto a quelli che lavorano in aziende con tale politica (19% contro 14%). Inoltre, la soddisfazione circa l'equilibrio tra vita e lavoro è risultata maggiore tra i lavoratori di aziende che prevedono un diritto alla disconnessione (92%) rispetto a quelli che non lo prevedono (80%)²⁸.

All'interno dell'Unione la disconnessione è riconosciuta come diritto in soli 13 Stati Membri (Belgio, Bulgaria, Croazia, Cipro, Grecia, Francia, Irlanda, Italia, Lussemburgo, Portogallo, Slovacchia, Slovenia e Spagna), nei quali, peraltro, non è individuabile un inquadramento comune, essendo alternativamente qualificata come un vero e proprio diritto o, al contrario, come un'assenza di obbligo.

A livello nazionale la disconnessione rientra fra gli elementi che ai sensi dell'articolo 19 della l. 81 del 2017 devono essere disciplinati dall'accordo individuale: *“L'accordo relativo alla modalità di lavoro agile è stipulato per iscritto ai fini della regolarità amministrativa e della prova, e disciplina l'esecuzione della prestazione lavorativa svolta all'esterno dei locali aziendali, anche con riguardo alle forme di esercizio del potere direttivo del datore di lavoro ed agli strumenti utilizzati dal lavoratore. L'accordo individua altresì i tempi di riposo del lavoratore nonché le misure tecniche e organizzative necessarie per assicurare la disconnessione del lavoratore dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro”*.

Manca, tuttavia, una precisa qualificazione normativa (se non nella disciplina normativa c.d. emergenziale) di tale disconnessione, principale misura per contrastare il rischio della c.d. *time porosity*, cioè l'indebita commistione tra vita privata e lavorativa del prestatore, corrispondendo quindi alla legittima pretesa del lavoratore al rendersi irreperibile alle richieste del datore di lavoro che pervengano al di fuori dell'orario di lavoro²⁹.

Come anticipato la disconnessione non viene espressamente qualificata come diritto da parte del legislatore, se non in occasione della conversione del D. L. 13 marzo 2021, n. 30, nella Legge 6 maggio 2021, n. 61, che stabilisce all'art. 2 co. 1 ter: *«Ferma restando, per il pubblico impiego, la disciplina degli istituti del lavoro agile stabilita dai contratti collettivi nazionali, è riconosciuto al lavoratore che svolge l'attività in modalità agile il diritto alla disconnessione dalle strumentazioni tecnologiche e dalle piattaforme informatiche, nel rispetto degli eventuali accordi sottoscritti dalle parti e fatti salvi eventuali periodi di reperibilità concordati. L'esercizio del diritto alla disconnessione, necessario per tutelare i tempi di riposo e la salute del lavoratore, non può avere ripercussioni sul rapporto di lavoro o sui trattamenti retributivi”*.

L'assenza di una precisa qualificazione normativa della situazione giuridica afferente alla cd. disconnessione potrebbe forse trovare una soluzione in ragione di un potenziale intervento del legislatore

²⁸ *Ibid.*

²⁹ D. POLETTI, *Il c.d. diritto alla disconnessione nel contesto dei «diritti digitali»*, in *Responsabilità civile e previdenziale*, n. 1, 2017, dove la disconnessione è definita come *“diritto del lavoratore alla irreperibilità, a non essere cioè fatto oggetto di richieste e a non doverle soddisfare fuori dall'orario di lavoro o durante le ferie”*.

nazionale in materia. Infatti, è attualmente sottoposto alle attenzioni del Senato il c.d. DDL Sensi (dal nome del suo promotore), che reca “Disposizioni in materia di diritto alla disconnessione nei rapporti di lavoro”. La proposta, ad oggi destinata ad applicarsi alle sole imprese con più di 15 dipendenti, introdurrebbe un generale divieto del datore di lavoro di contattare il lavoratore dal termine del normale orario di lavoro fino alla successiva giornata lavorativa, garantendo in quest’ottica non meno di 12 ore di riposo al lavoratore.

Al di là del mero contenuto della previsione contenuta nella proposta di legge di cui sopra, ciò che più rileva è la portata della stessa, essendo apparentemente destinata a trovare applicazione non solo nei confronti dei lavoratori subordinati ma anche di quelli autonomi³⁰. In questo senso la proposta, qualora giungesse positivamente al termine del suo iter legislativo, da un lato, avrebbe l’effetto di ridurre, almeno sul piano delle tutele offerte, la diaframma relativa alla qualificazione dei lavoratori a distanza e, dall’altro, accoglierebbe la tesi di chi, già in passato, aveva prospettato una qualificazione della disconnessione come diritto fondamentale³¹.

Di fronte al riconoscimento del diritto alla disconnessione rimarrebbero inevasi gli interrogativi relativi alle misure attraverso le quali garantirne l’effettività e quelli riguardanti l’adattamento del diritto alle diverse fattispecie applicative. Si pensi, ad esempio, all’innegabile collegamento che la disconnessione vive nei confronti dell’orario di lavoro³², dal quale emergono esigenze destinate ad appalesarsi con una maggiore o minore pregnanza a seconda che la stessa dispieghi la tutela in relazione ad una fattispecie di lavoro autonomo o subordinato, stante la diversa rilevanza che l’orario opera nei confronti delle stesse. Allo stesso modo, ulteriori interventi si renderanno necessari ai fini dell’individuazione di misure atte a garantire l’effettività del diritto, tema rispetto al quale, ad oggi, non sono state individuate soluzioni definitive³³. L’eventuale introduzione di fasce di disconnessione, ad esempio, oltre a concentrarsi su un elemento meramente eventuale della fattispecie, sembra comportare il rischio che le fasce, qualora fossero rigidamente imposte “dall’alto” (dal legislatore o mediante contrattazione collettiva), realizzino una

³⁰ Tale riconoscimento, peraltro, non rappresenterebbe un caso isolato, ma si porrebbe in linea con le scelte perseguite da altri Stati (Belgio, Croazia, Francia, Irlanda e Spagna), come dato atto nel citato EU COMMISSION, *Consultation Document C(2024) 2990 final, First-Phase consultation of social partners under article 154 TFEU on possible EU action in the area of telework and workers’ right to disconnect*, Bruxelles, 2024.

³¹ Tra gli altri si vedano I. ZOPPOLI, *Il diritto alla disconnessione nella prospettiva europea: una road map per le parti sociali*, in *Federalismi.it*, n. 1, 2023, pp. 300 ss; S. BELLOMO, *Forme di occupazione digitale e disciplina dell’orario di lavoro*, in *Federalismi.it*, n. 19, 2022, p. 190; A. PRETEROTTI, *Ambiente digitale e benessere: la disconnessione come diritto della personalità e strumento di tutela della dignità umana*, in *Rivista Giuridica AmbienteDiritto.it*, n. 3, 2023, pp. 432-461.

³² S. BELLOMO, *Forme di occupazione digitale e disciplina dell’orario di lavoro*, *op. cit.*, p. 190.

³³ Tra gli altri si veda R. ZUCCARO, *Il diritto alla disconnessione, nuove modalità di tutela della qualità del tempo di vita nella prospettiva giuslavoristica*, in *Lavoro Diritti Europa*, n. 1, 2022, dove l’autrice sintetizza efficacemente le posizioni di chi propone sul punto l’introduzione di c.d. fasce di disconnessione, soluzione che però, secondo la stessa autrice, stressa eccessivamente l’accento su un elemento non necessitato, bensì meramente eventuale della fattispecie del lavoro agile, ossia lo svolgimento della prestazione mediante strumentazione tecnologica.

eccessiva deviazione dalle finalità proprie del lavoro agile. In particolare, quelle legate al riconoscimento di una maggiore flessibilità oraria che sia negoziata esclusivamente tra datore di lavoro e lavoratore in ragione della rinnovata superiore autonomia decisionale di quest'ultimo.

L'eventuale riconoscimento della tutela offerta dalla disconnessione si porrebbe altresì in linea con la progressiva estensione al lavoro autonomo di tutele tipicamente proprie del lavoro subordinato e ciò in ragione dell'emersione nel sostrato socioeconomico di riferimento di una pluralità di rischi comuni alle due fattispecie e che ne determinano l'avvicinamento³⁴. Nel dettaglio si distinguono, da un lato, rischi derivanti dalla generale perdita di garanzie conseguenti all'evoluzione della figura di un lavoratore autonomo sempre più dipendente dalle prestazioni rese personalmente nei confronti di un singolo committente presso l'organizzazione aziendale del quale si ritrova integralmente assorbito³⁵. Dall'altro, invece, sono individuabili rischi intrinsecamente propri dell'esecuzione della prestazione per il tramite della necessaria strumentazione tecnologica, che in ragione della sua pervasività si dimostra capace di incidere negativamente su beni giuridici costituzionalmente tutelati quali: libertà personale, domiciliare, libertà e segretezza della corrispondenza, ma anche famiglia, maternità e salute, rispetto ai quali non sarebbe, quindi, giustificabile una esclusione delle tutele sulla scorta della diversa qualificazione giuridica del rapporto di lavoro a monte³⁶.

³⁴A. PERULLI, T. TREU, *"In tutte le sue forme ed applicazioni"*. Per un nuovo Statuto del Lavoro, Giappichelli, Torino, 2022, pp. 24 ss, in particolar modo nella misura in cui gli autori riferendosi alla subordinazione e all'autonomia come a fattispecie oppostive, al contempo evidenziano come le stesse siano *"collegate da un ideale continuum e, sempre più spesso, percorse da tendenze osmotiche che ne contaminano sia i presupposti socialitipici sul mercato del lavoro e più in generale nella società, sia le dimensioni assiologiche espressive del valore sociale attribuito al lavoro "in tutte le sue forme e applicazioni", sia, infine, le caratteristiche giuridico-morfologiche"*.

³⁵ Si veda I. ZOPPOLI, *Il diritto alla disconnessione nella prospettiva europea: una road map per le parti sociali*, op. cit., p. 303 nella misura in cui individua nell' *"integrazione -anche non totale -nell'impresa, la mono committenza, il lavoro personale"* l'intuizione alla base della quale suffragare l'approccio universalizzante al diritto alla disconnessione.

³⁶ Si veda A. PRETEROTI, *Ambiente digitale e benessere: la disconnessione come diritto della personalità e strumento di tutela della dignità umana*, op. cit., pp. 432-461 il quale attraverso l'individuazione di una correlazione funzionale tra il diritto alla disconnessione e la tutela dei medesimi valori costituzionalmente rilevanti individua un c.d. *"copertura costituzionale"* alla costruzione del diritto alla disconnessione come diritto universale dell'individuo da riconoscersi a prescindere dall'inquadramento del lavoratore come subordinato o autonomo. L'autore si spinge oltre e individua al contempo un *"copertura sovranazionale"* in forza della quale giustificare la possibilità che le tutele offerte dalla disconnessione travalichino i confini del lavoro a distanza: *"il diritto europeo salda le tutele della disconnessione e del riposo, perché da un lato sancisce che la nozione di «periodo di riposo» comprende qualsiasi periodo che non rientra nell'orario di lavoro (art. 2, punto 2, dir. 2003/88) e al contempo, tramite il diritto vivente, riconosce che anche in caso di assenza formale di un vincolo presenziale, se ricorre una situazione di compressione della libertà di autodeterminazione tale da limitare nella sostanza la fruizione del riposo, ossia della gestione autonoma del tempo di non lavoro, i relativi periodi divengono integralmente qualificabili come orario di lavoro. Pertanto, nella prospettiva europea, se in determinati contesti, a prescindere dal luogo di adempimento, l'obbligo di connessione giunge a comprimere il tempo libero del lavoratore e ne integra l'orario di lavoro, inevitabilmente la tutela del diritto al riposo viene a radicare anche (se non a saldarsi con) quella del diritto alla disconnessione, e ciò a prescindere dal fatto che il lavoratore subordinato sia un lavoratore a distanza o no"*. Sul punto si veda anche C. SPINELLI in *Lo smart working nel settore privato e le sfide per il futuro*, op.cit., p. 81 nella misura in cui ancora le finalità della disconnessione alla tutela di diritti costituzionalmente rilevanti tra cui quello alla salute e, più generale, quelli inerenti alla sfera personale dell'individuo.

Sostenere teoricamente la qualificazione del diritto alla disconnessione come diritto della persona del lavoratore si porrebbe certamente in relazione a una serie di problemi teorici assai complessi da indagare a legislazione invariata. Nel dettaglio, il riferimento è alle tesi di chi aveva tentato di ricondurre la disconnessione alla famiglia dei diritti assoluti, scenario nel quale il lavoratore si troverebbe nella posizione estremamente gravosa di essere l'unico soggetto incaricato della tutela del diritto contro le interferenze eventualmente esercitate da terzi (datore di lavoro e colleghi)³⁷. Per ragioni analoghe va esclusa la ricostruzione della disconnessione come un obbligo del lavoratore, ipotesi dalla quale conseguirebbe un eccessivo trasferimento di responsabilità dal datore di lavoro al lavoratore stesso³⁸.

4. Osservazioni conclusive e spunti di riflessione sul ruolo dei sindacati

Alla luce delle considerazioni svolte nelle consultazioni di cui sopra, i contenuti dell'eventuale intervento normativo del legislatore europeo in materia di telelavoro sembrano facilmente prevedibili, ma certamente lo stesso non può dirsi rispetto alla sua portata.

Con buona probabilità il legislatore euro-unitario farà riferimento a una definizione di telelavoro sufficientemente ampia da ricomprendere le varie tipologie di lavoro svolto a distanza per il tramite di strumenti tecnologici, tra cui anche le forme più o meno diffuse e regolate di lavoro agile. Il che, auspicabilmente, potrebbe chiarire i dubbi sollevati in relazione alle difficoltà applicative delle discipline che già rientrano nel panorama normativo euro-unitario in materia fiscale, previdenziale, antidiscriminatoria e sulla salute e sicurezza sul luogo di lavoro, di intelligenza artificiale, di piattaforme, di dati, anche e soprattutto in relazione alla sempre più frequente casistica di telelavoratori c.d. *cross border*. Con altrettanto buone probabilità verrà preso in considerazione il diritto alla disconnessione non solo in una chiave funzionalmente connessa al contrasto alla cultura del “sempre connessi”, ma fornendo al contempo chiarimenti definitivi. Tuttavia, anche laddove lo stesso venga effettivamente qualificato come un diritto, la cui titolarità sia riconosciuta indipendentemente dalla qualificazione del rapporto di lavoro

³⁷ S. MAGAGNOLI, *Diritto alla disconnessione e tempi di lavoro*, in *Labour & Law Issues*, Vol. 7, n. 2, 2021, p. 93. L'autrice considera come “qualificare il diritto alla disconnessione quale diritto assoluto significa riconoscere il lavoratore come l'unico soggetto da cui dipenderà l'attuazione della disconnessione a cui si contrappone il solo dovere dei terzi (ad esempio del datore di lavoro e dei colleghi) di non interferire con il soddisfacimento dell'interesse tutelato” prefigurando persino l'ipotesi in cui nell'esercizio delle libertà conseguenti alla titolarità del diritto assoluto il lavoratore scelga di rinunciare alla tutela, scenario incompatibile con la rilevanza dei già richiamati valori sottesi all'istituto; R. CASILLO, *Competitività e conciliazione nel lavoro agile*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, n. 1, 2018, p. 123.

³⁸ S. MAGAGNOLI, *Diritto alla disconnessione e tempi di lavoro*, *op. cit.*, p. 95, che evidenzia come dalla qualificazione della disconnessione come obbligo seguirebbe inevitabilmente il trasferimento dell'obbligazione di salute e sicurezza sul luogo di lavoro dal datore di lavoro al lavoratore.

a monte, ciò non risolverebbe le problematiche legate alla applicabilità ed effettività di un diritto dalla natura “proteiforme”³⁹.

Riportando la discussione all’interno dei nostri più ristretti confini nazionali, si pensi, ad esempio, alle complessità riscontrabili nella costruzione di un diritto che, almeno accogliendo la tesi oggi maggioritaria della dottrina, rileva in relazione alle esigenze di una modalità di svolgimento della prestazione di lavoro esclusivamente subordinato, ma che debba essere riconosciuto anche nei confronti dei lavoratori autonomi. Questa ipotesi non sembra preclusa, bensì incentivata dalla naturale *vis expansiva* che il tema del diritto alla disconnessione ha mostrato anche e soprattutto in relazione al ruolo che in tal senso ha avuto la contrattazione collettiva⁴⁰ e alla forza che l’art. 2, d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81 ha dimostrato in questi ultimi anni nelle vicende dei riders⁴¹

Se il diritto alla disconnessione a livello europeo potrà forse avere una matrice nella norma di legge, lo sviluppo dell’istituto nei confini nazionali è stato indirettamente affidato alla contrattazione collettiva. Ci sono almeno due fasi. In un primo momento, infatti, le organizzazioni datoriali e sindacali si sono limitate a enunciare, all’interno delle norme contrattuali, l’esistenza del diritto alla disconnessione, senza che da ciò pervenisse alcuno spunto regolativo davvero concreto. Successivamente, invece, esse hanno fatto proprio il tema, tentando di individuare criteri e misure in forza dei quali garantire l’effettività del diritto alla disconnessione ed espandendo l’applicazione di tale diritto al di fuori dei confini del lavoro agile rispetto al quale lo stesso appariva invece indissolubilmente legato⁴². Oggi pare prospettabile una terza fase, eventualmente anticipatoria dei possibili interventi del legislatore nazionale ed europeo, nella quale

³⁹ Il riferimento è a S. BELLOMO, *Forme di occupazione digitale e disciplina dell’orario di lavoro*, op. cit., p. 190, che inquadra la disconnessione come di un “diritto a densità e contenuto variabile”.

⁴⁰ E. DAGNINO, *Il diritto alla disconnessione nell’esperienza contrattuale-collettiva italiana*, in *Lavoro Diritti Europa*, n. 4, 2021, pp. 7 ss.

⁴¹ Sul punto si veda Cass. Civ. 24.01.2020 n. 1663 e il commento di M. FAIOLI, *Situazione italiana delle tutele del lavoro nella Gig-Economy. I ciclo-fattorini (riders) tra giurisprudenza del 2020 e legge del 2019*, in *Rivista di diritto del lavoro*, n. 2, 2020, pp. 255 ss., in particolar modo nella misura in cui all’articolo 2 è pragmaticamente affidato il compito di risolvere i problemi nascenti dalle nuove forme di occupazione che non possono essere affrontati secondo i classici schemi dell’ordinamento (qualificazione del rapporto di lavoro e estensione delle tutele). In materia si rimanda anche a M. FAIOLI, *Giustizia contrattuale, tecnologia avanzata e reticenza informativa del datore di lavoro. Sull’imbarazzante “truismo” del decreto trasparenza*, in *Diritto delle relazioni industriali*, n. 1, 2023, pp. 45 ss. Sempre sulle difficoltà dell’ordinamento nel fornire adeguate tutele al lavoro tramite piattaforme si veda M. FAIOLI, *Protezioni a-geografiche. Riflessi del regime giuslavoristico anti-delocalizzazioni sulla disciplina del licenziamento collettivo e del rapporto previdenziale. L’intricato caso dei lavoratori delle piattaforme digitali UberEats e Deliveroo*, in *Federalismi.it*, n. 3, 2024, pp. 194 ss. Per un approfondimento circa il lavoro tramite piattaforme si rimanda anche a P. LOI, *La prospettiva del rischio nella regolazione del lavoro attraverso piattaforme digitali*, in P. LOI (a cura di) *Il lavoro attraverso piattaforme digitali: tra rischi ed opportunità*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2021, pp. 15 ss.

⁴² La riflessione è ripresa da E. DAGNINO, *Il diritto alla disconnessione nell’esperienza contrattuale-collettiva italiana*, op. cit., pp. 6 ss. Per un’analisi più approfondita del quadro della contrattazione collettiva in Italia in materia di diritto alla disconnessione si rimanda anche a E. DAGNINO, M. MENEGOTTO, L.M. PELUSI, M. TIRABOSCHI, *Guida pratica al lavoro agile dopo la legge n. 81/2017: formule contrattuali, schemi operativi, mappatura della contrattazione collettiva*, ADAPT University Press, 2017, pp. 110-138 e a E. DAGNINO, M. MENEGOTTO, L.M. PELUSI, M. TIRABOSCHI, *Guida pratica al lavoro agile*, II edizione, ADAPT University Press, 2020, pp. 121-141.



alla contrattazione verrà richiesto di estendere ulteriormente i margini applicativi del diritto alla disconnessione, ricomprendendo al proprio interno anche le istanze provenienti dal lavoro autonomo. In questo senso, i dubbi che ad oggi persistono aprono le porte ad un'inaspettata reviviscenza del ruolo dei sindacati. Se da un lato, infatti, l'accordo individuale che caratterizza il lavoro agile ha frustato la centralità dell'autonomia collettiva nella sua funzione negoziatrice degli aspetti tipici del rapporto di lavoro, dall'altro lato, invece, la stessa sembra poter ritrovare rilevanza proprio in relazione alla modulazione delle tutele offerte dal diritto alla disconnessione alle diverse categorie di lavoratori nei cui confronti troverebbe applicazione. Al sindacato sarà quindi richiesto di comporre le spinte centrifughe conseguenti a questa vasta eterogeneità applicativa⁴³ e, al contempo, di modularne le tutele in relazione alla diversità di esigenze che, pur al netto della corrente commistione tra lavoro autonomo e subordinato, permangono.

In conclusione, anche in ragione dell'enfasi posta nel corso delle consultazioni delle parti sociali, appaiono chiare le aree tematiche sulle quali il legislatore europeo interverrà nel riformare la disciplina del telelavoro. A destare dubbi sono i temi apparentemente ignorati in questa prima fase dell'*iter* normativo. L'impatto dell'intelligenza artificiale, le diverse modalità di lavoro attraverso piattaforme, i meccanismi di gestione dei dati e la difficile ricerca di tutele da apprestare dinnanzi a tali cambiamenti, sono questioni rispetto alle quali la regolamentazione sul telelavoro andrebbe temperata, onde evitare che gli sforzi regolativi esitino in un prodotto già vecchio ancora prima di nascere: una normativa che sarebbe stata utile prima dell'emergenza pandemica e che oggi apparirebbe difficilmente spendibile in un sostrato socio-economico eccessivamente volatile.

⁴³ I. ZOPPOLI, *Il diritto alla disconnessione nella prospettiva europea: una road map per le parti sociali*, op. cit., pp. 300 ss.



Il lento cammino del lavoro agile nell'Amministrazione pubblica: difficoltà e prospettive di un'inevitabile trasformazione*

di Flavia Schiavetti

Assegnista di ricerca di Diritto del lavoro
Università degli Studi di Bergamo

Abstract [It]: La digitalizzazione ha profondamente trasformato il mondo del lavoro creando anche nuovi modelli su cui si strutturano i rapporti tra datori, pubblici e privati, e lavoratori; il lavoro agile, in particolare, offre nuove opportunità ma richiede alle amministrazioni pubbliche di riorganizzare i processi lavorativi e di investire nella formazione digitale dei dipendenti. Il presente contributo si prefigge di analizzare l'attuale disciplina per comprendere quali possono essere i nodi di maggiore criticità nell'imprescindibile sviluppo di un istituto cardine della transizione digitale dell'amministrazione.

Title: The slow progress of agile working in public administration: difficulties and prospects of an inevitable transformation

Abstract [En]: Digitisation has profoundly transformed the world of work, also creating new models on which relations between employers, public and private, and workers are structured; agile work, in particular, offers new opportunities but requires public administrations to reorganise work processes and invest in the digital training of employees. The purpose of this contribution is to analyse the current discipline in order to understand what the most critical nodes in the indispensable development of a pivotal institution in the digital transition of the administration may be.

Parole chiave: Lavoro Agile; Pubblica amministrazione; digitalizzazione; Performance; competenze digitali

Keywords: Smart working; Public Administration; Digitalization; Performance; Digital Skills

Sommario: 1. Premessa: la necessità di declinare il lavoro agile nell'amministrazione pubblica. 2. La disciplina del lavoro agile per mano della contrattazione collettiva. 3. La rilevanza dell'accordo individuale nella cornice collettiva. 4. La valutazione della performance in modalità agile e la necessità di riformulare gli obiettivi. 5. Competenze digitali e diritto alla formazione. 6. Cenni conclusivi: il lungo percorso del lavoro agile nella transizione digitale dell'amministrazione pubblica.

1. Premessa: la necessità di declinare il lavoro agile nell'amministrazione pubblica

La spinta alla digitalizzazione ed il suo impatto sulle modalità di esecuzione della prestazione hanno rivoluzionato il modo di concepire il lavoro¹ non solo nel settore privato, ma anche nella pubblica

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ A. MARESCA, *Il nuovo mercato del lavoro e il superamento delle disuguaglianze: l'impatto della digitalizzazione del remote working*, in *questa Rivista.it*, 9/2022; S. CAIROLI, *Tempi e luoghi di lavoro nell'era del capitalismo cognitivo e dell'impresa digitale*, 2020; R. CASILLO, *La subordinazione "agile"*, in *Dir. Lav. Mer*, 2017, 529 ss.. D. MEZZACAPO, *Il lavoro agile ex legge n. 81/2017: note minime e problemi aperti*, in AA.VV., *Il lavoro agile nella disciplina legale, collettiva ed individuale. Lo stato dell'arte e proposte interpretative di un gruppo di giovani studiosi*, a cura di Gruppo Giovani Giuslavoristi Sapienza, WP CSDLLE Massimo D'Antona.it, 2017, 6, 129–131; D. GAROFALO, *Rivoluzione digitale e occupazione: politiche attive e passive*, in *Lav. Giur.*, 4, 2019, 329, secondo cui «il fenomeno della digitalizzazione, rapportato al diritto del lavoro, può essere coniugato in vario

amministrazione; lo sviluppo di una modalità di svolgimento delle attività lavorative al di fuori dei tradizionali uffici ha aperto nuove prospettive, ma ha anche posto delle sfide significative per le amministrazioni pubbliche in ordine alla necessità da una parte di riorganizzare i processi lavorativi e dall'altra di rafforzare le competenze digitali dei lavoratori garantendone la formazione².

Il lavoro agile, o smart working, ha introdotto un paradigma innovativo nelle dinamiche lavorative a livello globale, rivoluzionando le modalità di organizzazione e svolgimento delle attività professionali ed il settore pubblico ha progressivamente abbracciato questa nuova forma di lavoro, seppur con ritmi e modalità differenti rispetto al settore privato³.

L'introduzione del lavoro agile nella pubblica amministrazione è stata un processo graduale, segnato da una serie di interventi normativi che hanno delineato un quadro sempre più preciso e articolato⁴ di norme; a ben vedere, infatti, il lavoro agile non è l'unica forma di lavoro da remoto introdotta ma si affianca alla previsione, già posta in essere ad opera dell'art. 4 della l. n. 191 del 1998, con cui era stata introdotta la figura del telelavoro⁵, che rappresentava una forma di svolgimento della prestazione resa al di fuori della sede aziendale ma nelle medesime condizioni d'impiego e, quindi, senza quella flessibilità che caratterizza lo smart working⁶.

modo: può essere un nuovo modo di fare impresa; un modo nuovo di lavorare, anche all'interno di una impresa tradizionale, e può costituire un modo nuovo di gestire il mercato del lavoro»

² V. TALAMO, *Diversamente agile? Lo Smart Work nelle pubbliche amministrazioni*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *Il Jobs Act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Torino, 2017, 257 ss..

³ M. BROLLO, M. DEL CONTE, M. MARTONE, C. SPINELLI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *Lavoro agile e smart working nella società post-pandemica. Profili giuslavoristici e di relazioni industriali*, Modena, 2022; D. CALDERARA, *Il lavoro agile nella pubblica amministrazione: prime ipotesi applicative*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2018, pp. 69 ss.

⁴ Sulla disciplina del lavoro agile nell'amministrazione pubblica si vedano M. BROLLO, *IL PATTO DI LAVORO AGILE NELLE PP.AA. VERSO IL POST-EMERGENZA*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 3, 2022; R. BRUNETTA, M. TIRABOSCHI, *Il lavoro agile o smart working nella pubblica amministrazione: prospettive e criticità*, in *WP Adapt*, 10, 2021; L. ZOPPOLI, *Dopo la digi-demia: quale smart working per le pubbliche amministrazioni italiane?*, in *WP D'Antona. IT*, n. 421/2020; A. ZILLI, *Il lavoro agile nella pubblica amministrazione "4.0"*, in D. GAROFALO (a cura di), *La nuova frontiera del lavoro: autonomo – agile – occasionale*, Modena, 2018, pp. 356 ss.; M. ESPOSITO, *Smart working e pubblico impiego: patti chiari, agilità lunga*, in M. MARTONE (a cura di), *Il lavoro da remoto. Per una riforma dello smart working oltre l'emergenza*, Piacenza, 2020, pp. 150 ss.; A. TOPO, G. PENSABENE LIONTI, *Smart working ai tempi del coronavirus: lavorare a distanza nella P.A. Un focus sull'università*, in *questa Rivista*, 2, 2021, pp. 295 ss.; SARTORI, *Il lavoro agile nella pubblica amministrazione*, in G. ZILIO GRANDI, M. BIASI (a cura di), *Commentario breve allo statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Padova, 2018, pp. 490 ss.; V. TALAMO, *Diversamente agile? Lo smart working nelle pubbliche amministrazioni*, cit., pp. 357 ss.; M.C. CATAUDELLA, *Lo smart working "emergenziale" nelle Pubbliche Amministrazioni*, in A. PILEGGI (a cura di), *Il diritto del lavoro dell'emergenza epidemiologica*, in *Lav. Prev. Oggi, e-book*, 2020, pp. 35 ss.

⁵ Sull'istituto del telelavoro si vedano tra gli altri L. GAETA, P. PASCUCCHI, U. POTI (a cura di), *Il telelavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *Il Sole 24 Ore*, 1999; D. GOTTARDI, *Telelavoro*, in *Dig. Disc. Pubbl. comm.*, 2003, pp. 911 ss.

⁶ Nel telelavoro l'unico elemento della prestazione che viene modificato è quello relativo al luogo di svolgimento mentre restano ferme tutte le altre condizioni, incluso il fatto che l'amministrazione resti onerata dell'obbligo di fornire al lavoratore una postazione di lavoro idonea, attrezzata di tutti gli strumenti necessari a svolgere i propri compiti, garantire la salute e sicurezza sul luogo di lavoro (a distanza ma predeterminato e fisso) nonché di rifondere i costi sostenuti dal lavoratore nello svolgimento della prestazione.

Come noto, la normativa di riferimento è rappresentata dalla legge n. 81/2017, che ha introdotto il lavoro agile nel nostro ordinamento, e dal Decreto Legge n. 28/2020, che ha disposto misure urgenti in materia di lavoro agile per fronteggiare l'emergenza epidemiologica. Questi provvedimenti hanno fornito, in via teorica, alle pubbliche amministrazioni gli strumenti necessari per adottare in modo strutturale il lavoro agile, superando le resistenze iniziali e valorizzando i vantaggi di questa nuova modalità di lavoro; tuttavia, durante l'emergenza sanitaria da covid-19, ciò che si è repentinamente diffuso è stato, meramente, una forma di lavoro domiciliare da remoto, in cui l'unico aspetto del lavoro agile implementato è stato quello relativo alla delocalizzazione della prestazione, senza che, invece, si riuscisse a ottenere quella trasformazione organizzativa che il nuovo modello di svolgimento della prestazione dovrebbe comportare⁷.

Non si può negare, infatti, che uno dei problemi maggiori che ha portato alla mancata diffusione del lavoro agile nel periodo pre-pandemico è stata la difficoltà di concepire la necessaria ristrutturazione organizzativa che sarebbe dovuta avvenire in assenza di un aggravio finanziario per l'amministrazione pubblica⁸. Rendere la prestazione in modalità agile, infatti non significa semplicemente garantire lo svolgimento a distanza ma comporta il ripensamento dell'organizzazione della pubblica amministrazione, come tra l'altro previsto dal disegno originario del legislatore, attraverso la redazione dei Piani organizzativi del lavoro agile (POLA), con cui definire i livelli di attuazione e di sviluppo con le relative modalità attuative ed individuare i soggetti, i processi e gli strumenti necessari⁹.

Al fine di rendere l'attività di programmazione maggiormente agevole e funzionale, con l'art. 6 del d.l. n. 80 del 2021, convertito con modifiche dalla l. n. 113 del 2021, è stato introdotto un documento unico di programmazione e governance che sostituisce ed integra una serie di piani, tra cui il POLA ed il piano della performance, attraverso il quale definire in maniera integrata la pianificazione triennale degli obiettivi organizzativi; l'unificazione del documento di programmazione, infatti consente di coordinare le diverse esigenze integrando la strategia di gestione del capitale umano e di sviluppo organizzativo, anche mediante il ricorso al lavoro agile, con gli obiettivi del reclutamento di nuove risorse e della valorizzazione delle risorse interne non con quelli programmatici e strategici della performance.

⁷ La dottrina si è espressa sull'*home working* emergenziale e sulla necessità di superarlo in modo pressoché unanime A. MARESCA, *Il nuovo mercato del lavoro e il superamento delle disuguaglianze: l'impatto della digitalizzazione del remote working*, in *questa Rivista.it*, 9/2022; L. ZOPPOLI, *Dopo la digi-demia: quale smart working per le pubbliche amministrazioni italiane?*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona"*, IT, 421/2020, p. 9; A. ZILLI, *Dal telelavoro... al telelavoro: vent'anni (e due pandemie) attorno alla prestazione resa fuori dai locali dell'organizzazione*, in *Arg. Dir. Lav.*, 4, 202; S. CAIROLI, *Lavoro agile alle dipendenze della pubblica amministrazione entro ed oltre i confini dell'emergenza epidemiologica*, in *Lav. Dir. Eur.*, 1, 2021.

⁸ R. BRUNETTA, M. TIRABOSCHI, *Il lavoro agile o smart working nella pubblica amministrazione: prospettive e criticità*, cit.

⁹ L. ZOPPOLI, *Riformare ancora il lavoro pubblico? L'ossificazione delle pubbliche amministrazioni e l'occasione post-pandemica del P.O.L.A.*, p. 3 ss. Cfr. anche S. SPARACO, *La PA sotto la lente dello "smart working" in pandemia: evidenze e lezioni apprese*, in *Azienditalia*, 2021, pp. 1130 e ss.e G. NICOSIA, *Il Piano organizzativo del Lavoro Agile: tutele e cautele nelle PA*, in *Conversazioni sul lavoro* dedicate a Giuseppe Pera, 12 febbraio 2021

La centralità della ridefinizione dell'assetto organizzativo dell'amministrazione, inoltre, è ricavabile dalla stessa nozione di lavoro agile che, secondo l'art. 18 comma 1 della legge 81/2017, è ricondotto ad una modalità di esecuzione del rapporto delineata dall'accordo tra le parti, anche con forme di organizzazione per fasi, cicli ed obiettivi, da eseguirsi in parte all'interno ed in parte all'esterno dei locali aziendali, entro i limiti di durata massima dell'orario di lavoro¹⁰.

Nello stesso senso si muove la direttiva del dipartimento della funzione pubblica n. 3 del 2017 che, nel delineare le linee di attuazione dell'art. 14 commi 1 e 2 della l. 124 del 7 agosto 2015, dedica grande attenzione alla dimensione organizzativa, che deve dimostrarsi in grado di accogliere le nuove esigenze di trasformazione in modo da consentire almeno al dieci per cento dei lavoratori pubblici di ricorrere alla forma di lavoro agile nel rispetto del loro sviluppo professionale e di carriera.

Nell'adozione delle nuove misure, infatti, non si può prescindere dalla necessità di assicurare il rispetto dell'efficacia e dell'efficienza dell'amministrazione, che deve garantire un soddisfacente servizio all'utenza nel rispetto del principio del buon andamento dettato dall'art. 97 della Costituzione. Le nuove modalità di svolgimento della prestazione, infatti, devono essere declinate nell'organizzazione dell'amministrazione cosicché sia possibile misurarne l'impatto sulla performance sia organizzativa che individuale.

Bisogna, quindi, tornare a quello che era stato l'intento originario del legislatore¹¹ rispetto alle finalità del lavoro agile e che l'emergenza pandemica ha sviato, ovvero allo scopo di introdurre nell'ordinamento una misura che potesse essere da un lato di supporto alla conciliazione vita lavoro e dall'altro di sviluppo della qualità dell'operato della pubblica amministrazione¹².

2. La disciplina del lavoro agile per mano della contrattazione collettiva

Nella fase di introduzione del lavoro agile, nel settore privato come in quello pubblico, il legislatore ha riservato un ruolo molto limitato alle parti sociali¹³, in quanto ha voluto ricondurre la strutturazione dello smart working all'interno del potere organizzativo del datore di lavoro, demandandone la disciplina di

¹⁰ A. SARTORI, *Il lavoro agile nella pubblica amministrazione*, cit., pp. 490 ss.

¹¹ Già prima dell'introduzione della legge n. 81/2017 la legge Madia aveva previsto, al primo comma dell'articolo 14, come originariamente formulato, che dovesse essere prevista una "sperimentazione, anche al fine di tutelare le cure parentali, di nuove modalità spazio-temporali di svolgimento della prestazione lavorativa".

¹² R. CASILLO, *Competitività e conciliazione nel lavoro agile*, in *Riv. Giur. Lav. Prev. Soc.*, n. 1, 2018, p. 123.

¹³ Sulla necessità di rinnovamento del sindacato per mantenere un ruolo centrale nella definizione delle tutele dei lavoratori, non solo nell'ambito del lavoro pubblico, si vedano M. ESPOSITO, *La conformazione dello spazio e del tempo nelle relazioni di lavoro: itinerari dell'autonomia collettiva*, Relazione alle Giornate di Studio A.I.D.La.S.S. "Le dimensioni spazio-temporali dei lavori", Campobasso, 25-26 maggio 2023, p. 8; B. CARUSO, *La rappresentanza delle organizzazioni di interessi tra disintermediazione e re-intermediazione*, in *Biblioteca '20 maggio'*, n. 1, 2017, pp. 228 ss; P. TULLINI, *L'economia digitale alla prova dell'interesse collettivo*, in *Labour&Law Issues*, n. 4, vol. 1, 2018, p. 6; L. IMBERTI, *La nuova "cassetta degli attrezzi" del sindacato tra spazi fisici e luoghi digitali: l'esperienza di Toolbox Cgil di Bergamo*, in *Labour&Law Issues*, n. 2, vol. 5, 2019, pp. 117 ss.

dettaglio all'accordo individuale¹⁴; i dirigenti, quindi, nella progettazione del funzionamento organizzativo dell'amministrazione hanno avuto il compito, sempre nell'interesse primario di garantire un migliore servizio all'utenza, di utilizzare tale istituto come strumento di valorizzazione delle risorse interne, pianificandone il ricorso nell'ambito del PIAO, di cui dare alle organizzazioni sindacali una mera informativa.

Dopo l'esperienza pandemica è diventata evidente la necessità di garantire un ruolo più ampio alla contrattazione che consentisse il superamento del ricorso semplificato tipico della fase emergenziale e fosse capace di adattare le forme di lavoro a distanza alle peculiari esigenze di ogni comparto¹⁵.

Con il Patto per l'innovazione del lavoro pubblico e la coesione sociale¹⁶, infatti, le parti sociali si sono proposte di inaugurare una nuova fase di relazioni sindacali¹⁷, caratterizzata da un dialogo aperto e costruttivo con le organizzazioni rappresentative dei lavoratori, e di portare a termine i rinnovi contrattuali del triennio 2019-2021, considerati un investimento strategico per il miglioramento delle condizioni di lavoro e per lo sviluppo del Paese, ponendo tra i temi centrali del dibattito la sistematizzazione della disciplina del lavoro agile. In questo contesto, quindi, è stato previsto che la contrattazione dovesse intervenire a dettare una disciplina specifica dei diritti da applicare ai lavoratori agili con riferimento al rapporto di lavoro avendo riguardo ai diritti sindacali, operando un rinvio diretto in tema di fasce di contattabilità e diritto alla disconnessione, diritto alla formazione specifica, alla protezione dei dati personali, nonché di regime dei permessi e delle assenze e di ogni altro istituto del rapporto di lavoro e previsione contrattuale¹⁸.

La contrattazione, quindi, stante le peculiarità del lavoro svolto in modalità agile è intervenuta in tema di lavoro disagiato o svolto in condizioni di rischio, nonché, tenuto conto della difficoltà di operare un controllo effettivo sul l'orario di lavoro rispettato durante la prestazione resa in modalità agile, sull'inapplicabilità dell'istituto del lavoro straordinario.

¹⁴ Anche se in un contesto diverso si veda la riflessione sul ruolo del sindacato di S. CIUCCIOVINO, *Analisi e proposte sul diritto del lavoro nel tempo di Industria 4.0. Le nuove questioni di regolazione del lavoro nell'industria 4.0 e nella gig economy: un problem framework per la riflessione*, in *Dir. Rel. Ind.*, n. 4, 2018, pp. 1043 ss.

¹⁵ Sull'importanza di coinvolgere la contrattazione nella disciplina del lavoro agile si vedano: L. ZOPPOLI, *Riformare ancora il lavoro pubblico? L' "ossificazione" delle pubbliche amministrazioni e l'occasione post-pandemica del POLA*, in *Lav. pubb. Amm.*, n. 1, 2021, p. 3; ID., *Pandemia, lavoro, Costituzione: nuovi equilibri, nuovo bilanciamento*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Tutela della salute pubblica e rapporti di lavoro*, in *Quaderni Diritti Lavori Mercati*, n. 11, 2021, p. 45; E. D'AVINO, *Lo spazio negoziale nella disciplina post-pandemica del lavoro agile nella p.a.*, in *questa Rivista*, 29, 2021.

¹⁶ Firmato il 10 marzo 2021 fra il Presidente del Consiglio, Mario Draghi, il Ministro per la Pubblica Amministrazione, Renato Brunetta e i Segretari generali Maurizio Landini (Cgil), Luigi Sbarra (Cisl) e Pierpaolo Bombardieri (Uil).

¹⁷ M. AIMO, A. FENOGLIO, *Alla ricerca di un bilanciamento tra autonomia organizzativa del lavoratore e poteri datoriali nel lavoro agile*, in *Labor*, n. 1, 2021, p. 25

¹⁸ M. ESPOSITO, *Smart work e pubblico impiego: patti chiari, agilità lunga*, in M. MARTONE (a cura di), *Il lavoro da remoto. Per una riforma dello smart working oltre l'emergenza*, 2020, pp. 147 ss.

Bisogna però sin da subito chiarire che lo spazio in cui si è potuta muovere la contrattazione è assai limitato e, in particolar modo, per quanto concerne la modalità di accesso al lavoro agile non può che inserirsi nel solco di quanto previsto dagli atti di macro-organizzazione che dettano le condizioni di attivazione del lavoro a distanza, operando affinché sia assicurata ai lavoratori parità di trattamento e trasparenza delle scelte operate¹⁹. I dirigenti, quindi, nell'ambito del loro potere organizzativo, hanno avuto il compito di predeterminare in modo trasparente gli ambiti in cui è possibile rendere la prestazione in modalità agile nonché i criteri che dovranno essere seguiti nella selezione di coloro che vengono ammessi ad operare in modalità agile predisponendo un graduatoria di accesso stilata sulla base delle regole dettate²⁰; alla contrattazione, invece, è stata demandata esclusivamente la possibilità di recepire quanto già disciplinato andando a regolare alcuni aspetti, come ad esempio il rinvio alla contrattazione integrativa per la sistematizzazione di alcuni criteri di precedenza che possano agevolare alcuni lavoratori che, pur essendo in particolari condizioni di necessità, non possono ricorrere alle misure esistenti.

Con l'ultima tornata contrattuale le parti sociali hanno accolto ampiamente l'invito del legislatore ad intervenire regolamentando il lavoro a distanza in tutte le sue forme dedicandosi sia al lavoro agile che a quello da remoto; con l'intento di favorire la flessibilità organizzativa, quindi, si propongono due modelli di cui il primo, caratterizzato da una completa autonomia rispetto a orari e luoghi, e un secondo modello, più strutturato, con vincoli di orario, che introduce una regolamentazione convolta a sostituire quella dettata dall'accordo del 2000²¹.

Il CCNL del comparto delle funzioni centrali, come modificato dall'ultimo rinnovo relativo agli anni 2022-2025²², disciplina il lavoro agile dettandone, segnatamente, la nozione all'art 36 comma 1, secondo la quale, in continuità con il dettato normativo, rappresenta “una delle possibili modalità di effettuazione della prestazione lavorativa per processi e attività di lavoro, previamente individuati dalle amministrazioni, per i quali sussistano i necessari requisiti organizzativi e tecnologici per operare con tale modalità. Esso è

¹⁹ L. ZOPPOLI, P. MONDA, *Innovazioni tecnologiche e lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *Dir. Rel. Ind.*, n. 2, 2020, p. 312; U. CARABELLI, *I poteri dirigenziali nel limbo della non contrattabilità*, in *Risorse Umane nella Pubblica Amministrazione*, n. 6, 2009, p. 29

²⁰ L. ZOPPOLI, *Riformare ancora il lavoro pubblico? L' "ossificazione" delle pubbliche amministrazioni e l'occasione post-pandemica del POLA*, *cit.*, p. 3 sottolinea il fatto che l'interesse organizzativo dell'amministrazione sia in primo piano rispetto a quello del singolo ad accedere alla prestazione agile ed in particolare chiarisce che “seppure sottotono e con approccio impositivo, il legislatore ha introdotto un correttivo squisitamente organizzativo allo squilibrio dello sw emergenziale sul profilo soggettivo. Non negando che ci possano essere anche a regime delle condizioni soggettive in cui è più marcato l'interesse del lavoratore a svolgere sw, ma precisando che nel ricorrere allo smart working devono esserci le condizioni oggettive che rendano praticabile e preferibile il lavoro agile rispetto a quello statico.”

²¹ Può essere interessante sottolineare come la contrattazione collettiva continui a regolamentare entrambe le forme di lavoro da remoto dedicando egual spazio al telelavoro ed al lavoro agile, lasciando all'amministrazione la decisione sul modello a cui ricorrere.

²² In data 27 gennaio 2025 è stato siglato il rinnovo del CCNL del Comparto delle Funzioni centrali anche se le organizzazioni sindacali non hanno espresso unanimità sull'accordo, di conseguenza l'accordo è stato concluso senza la sottoscrizione da parte di FP CGIL, CGIL, UIL PA, UIL, USB PI e USB.



finalizzato a conseguire il miglioramento dei servizi pubblici e l'innovazione organizzativa garantendo, al contempo, l'equilibrio tra tempi di vita e di lavoro”²³.

Nell'individuazione delle caratteristiche strutturali di tale modalità lavorativa la contrattazione si sofferma nel dettagliare le diverse fasce temporali che compongono la giornata del lavoratore suddividendola tra un periodo di contattabilità ed uno di inoperabilità: durante la prima fascia, la cui durata non deve essere superiore all'orario medio di lavoro giornaliero dei lavoratori in presenza, l'attività del prestatore deve essere articolata in modo da rispettare le esigenze di conciliazione vita-lavoro dei dipendenti; la seconda tipologia di orario, invece, si riferisce alla fascia in cui il lavoratore non può rendere alcuna prestazione²⁴. Nel comparto delle Funzioni Centrali l'ultimo rinnovo contrattuale, nel sancire il diritto alla disconnessione dei lavoratori, la riconduce semplicemente al periodo di inoperabilità durante il quale non sono consentiti i contatti con i colleghi o con il dirigente per lo svolgimento della prestazione lavorativa, la lettura delle e-mail, la risposta alle telefonate e ai messaggi, l'accesso e la connessione al sistema informativo dell'amministrazione²⁵. In questo modo la contrattazione sovrappone il concetto di disconnessione a quello di inoperabilità, espandendolo oltre le 11 ore di riposo tra due contigue giornate di lavoro, fino a ricomprendere l'intero orario di non lavoro del dipendente²⁶.

Tuttavia, può essere interessante sottolineare come la contrattazione stia iniziando a prendere consapevolezza della necessità di intervenire in modo maggiormente puntuale a tutela dei diritti dei lavoratori. L'ultimo rinnovo del contratto collettivo delle Funzioni centrali è intervenuto a risolvere una delle questioni più controverse tra quelle sorte durante il periodo pandemico, quella relativa al diritto dei dipendenti pubblici di ricevere i buoni pasto per le giornate lavorate fuori dalla sede aziendale.

Il personale che svolge l'attività in modalità agile, infatti, non accede automaticamente alla loro fruizione in conseguenza del fatto che tale istituto non può essere considerato avere una natura retributiva²⁷. La concessione di tale benefit, quindi, in assenza di specifiche previsioni ostative rinvenibili nella disciplina

²³ La contrattazione relativa agli altri comparti ha seguito il tracciato segnato da quella relativa alle Funzioni centrali e ha previsto una disciplina di simile tenore ed in particolare il comparto delle funzioni locali ed il comparto della Sanità dedicano al lavoro agile il Capo I del titolo III, mentre il comparto dell'Istruzione e della ricerca il Capo I del titolo VI.

²⁴ Sulla necessità di individuare i tempi di lavoro e non lavoro si vedano S. BELLOMO, *Forme di occupazione “digitale” e disciplina dell'orario di lavoro*, in *questa Rivista*, n. 19, 2022, p. 187; O. RAZZOLINI, *La disciplina del tempo di lavoro - Lavoro agile e orario di lavoro*, in *Dir. Rel. Ind.*, n. 2, 2022, pp. 371 ss.

²⁵ sui tempi della prestazione agile si vedano P. BOZZAO, *Lavoro subordinato, tempi e luoghi digitali*, in *questa Rivista* 9, 2022; A. MAGNANI, *I tempi e i luoghi del lavoro. L'uniformità non si addice al post-fordismo*, in *WP CSDLE “Massimo D'Antona”.IT*, 404/2019.

²⁶ Sull'importanza di distinguere tra diritto alla disconnessione e periodo di inoperabilità si veda: A. PRETEROTI, *Il diritto alla disconnessione nel lavoro agile alle dipendenze della pubblica amministrazione*, in *Law. Dir. Eur.*, 3, 2021;

²⁷ In tal senso si è più volte espressa la giurisprudenza Cass. 9 agosto 2016, n. 16833 del; Cass. 1 dicembre 1998, n. 12168; Cass. 17 luglio 2003, n. 11212; Cass. 21 luglio 2008, n. 20087; Cass. 8 agosto 2012, n. 14290 e Cass. 6 luglio 2015, n. 13841 tutte in banca dati *onelegale.wolterskluwer.it*.



normativa e contrattuale vigente, veniva demandato esclusivamente alle scelte organizzative e gestionali di ciascuna amministrazione.

Il CCNL Funzioni, centrali quindi, all'art. 14 comma 3 bis²⁸, supera questo rinvio stabilendo che, ai fini dell'erogazione dei buoni pasto, le ore di lavoro convenzionali della giornata di lavoro resa in modalità agile devono essere considerate equiparate alle ore di lavoro ordinarie che il dipendente avrebbe svolto per la medesima giornata se avesse reso la prestazione in presenza, rendendo, quindi, dovuta l'erogazione del buono a fronte di una giornata lavorativa maggiore di sei ore, resa anche in smart working.

3. La rilevanza dell'accordo individuale nella cornice collettiva

A seguito della cessazione del regime semplificato per lo smart working, la stipula di un accordo individuale, come previsto dalla Legge 81/2017, è divenuta indispensabile. Tale accordo, oltre a soddisfare i requisiti minimi di legge, deve ora attenersi alle specifiche indicazioni fornite dal Decreto Ministeriale del 8 ottobre 2021 e dalle Linee Guida della Conferenza Unificata del 16 dicembre 2021. In particolare, l'accordo deve definire in modo dettagliato obiettivi, modalità di lavoro, tempi di riposo, modalità di contatto e valutazione della performance, nonché le procedure per la sua conclusione²⁹.

La stessa contrattazione collettiva³⁰ prevede che l'accesso a tale forma di prestazione non possa che avvenire, ai sensi degli artt. 19 e 21 della l. n. 81 del 2017, attraverso un accordo individuale che disciplini nel dettaglio la durata, le modalità di svolgimento e quelle di recesso nonché le fasce di operatività, incluso il diritto alla disconnessione³¹.

Invero, lo spazio lasciato all'autonomia individuale appare oggi assai limitato, in quanto, nonostante la norma preveda quali debbano essere i contenuti dell'accordo individuale, questi sono poi di fatto predeterminati nel PIAO e nel contratto collettivo, trasformando il momento di confronto tra lavoratore ed amministrazione in un atto di mera adesione a quanto predeterminato in sede collettiva o di gestione organizzativa dell'amministrazione.

In particolare, per quanto concerne le modalità di esercizio del potere direttivo e di controllo del datore di lavoro, nonostante la contrattazione li indichi tra i contenuti dell'accordo individuale, bisogna tenere conto del dettato legislativo e delle previsioni del T.U. sul pubblico impiego, nonché dei principi che

²⁸ L'art 14 del CCNL Funzioni centrali 2023-2025 sostituisce l'articolo 39 del CCNL 9 maggio 2022.

²⁹ G. PROIA, *L'accordo individuale e le modalità di esecuzione e di cessazione della prestazione di lavoro agile*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *Il jobs act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, 2018, p. 177 ss.

³⁰ si veda ad esempio l'art. 37 quelli che conosciamo del contratto del comparto delle funzioni centrali

³¹ A. PRETEROTI, *Ambiente digitale e benessere: la disconnessione come diritto della personalità e strumento di tutela della dignità umana*, in *AmbienteDiritto.it*, n. 3, 2023, p. 25.

sorreggono il procedimento disciplinare nell'ambito del lavoro pubblico.³² L'azione disciplinare del datore di lavoro pubblico, invero, è improntata, come specificato dall'art. 7 comma 1 della legge delega n. 15 del 2009 a “potenziare il livello di efficienza degli uffici pubblici contrastando i fenomeni di scarsa produttività ed assenteismo” e, pertanto, il d.lgs. 150 del 2009 è intervenuto per individuare quelle disposizioni inderogabili che devono essere recepite nei contratti collettivi in esecuzione del dettato degli artt. 1339 e 1419, secondo comma, c.c.

Questo complesso quadro regolamentare determina una soggezione della fonte contrattuale collettiva rispetto a quella legislativa ed ha determinato una stratificazione disorganica di norme, nell'ambito delle quali la contrattazione si limita a recepire le successive modifiche.

Anche in riferimento allo smart working la contrattazione collettiva di comparto, infatti, laddove si occupa di definire gli obblighi dei dipendenti, si limita ad indicare il dovere di rispettare gli obblighi contenuti nella parte dedicata al lavoro a distanza, senza in realtà inserire nel codice disciplinare una regolamentazione specifica che prenda in considerazione eventuali inadempimenti relativi agli obiettivi ed alle peculiari modalità di rendere la prestazione.

Appare, quindi, molto difficile che in sede di accordo individuale non possa che effettuarsi una mera riproposizione di quanto già previsto dalla fonte legale, prima, e da quella collettiva, dopo. D'altra parte, affinché possa essere considerato rispettato il precetto dell'art. 19 non è necessario che le parti dettino una disciplina individualizzata, bensì, può essere ritenuto sufficiente che individuino una regolamentazione degli istituti indicati dalla norma anche se recepita da una diversa fonte³³.

Un ragionamento analogo può essere proposto altresì per quanto riguarda le modalità agili di esecuzione della prestazione che, insieme agli obiettivi richiesti, sono delineate ad opera del dirigente nel PIAO e che, di certo, non possono essere modificate sulla base del singolo intervento del lavoratore che si deve adeguare alle esigenze organizzative dell'Amministrazione. Le istanze di conciliazione del lavoratore, quindi, non possono che essere soddisfatte conformandosi alle linee organizzative dettate nel piano di programmazione e governance volto ad assicurare la qualità dell'azione amministrativa, anche attraverso la definizione dei modelli di organizzazione del lavoro, gli obiettivi e gli indicatori di performance.

Un ultimo accenno deve, infine, essere fatto al luogo di svolgimento della prestazione, che non è espressamente indicato tra i contenuti obbligatori dell'accordo individuale e, in assenza di diversa

³² E. D'AVINO, *Lo spazio negoziale nella disciplina post-pandemica del lavoro agile nella p.a.*, cit., p. 62 secondo la quale l'applicazione dell'art. 21 l. 81 del 2017 creerebbe “problemi interpretativi di coerenza sistemica tra la disciplina del lavoro agile e le regole sottese al rapporto di lavoro alle dipendenze della p.a. di cui al d.lgs. n. 165/2001”. Cfr. anche A. TOPO, G. PENSABENE LIONTI, *Smart working ai tempi del coronavirus: lavorare a distanza nella P.A. Un focus sull'università*, in *Lav. Pubb. Amm.*, n. 2, 2021, p. 295. V. anche S. MAINARDI, *Il potere disciplinare e di controllo sulla prestazione del lavoratore agile*, in L. FIORILLO, A. PERULLI, *Il Jobs Act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 214.

³³ P. BOZZAO, *Lavoro subordinato, tempi e luoghi digitali*, in *questa Rivista*, n. 9, 2022, p. 108.

previsione da parte della contrattazione collettiva, può essere lasciato alla completa autonomia del prestatore ma deve rispettare canoni precisi in ordine alla sussistenza delle condizioni che garantiscono la tutela della salute e sicurezza del lavoratore. La scelta del luogo in cui operare, inoltre, dovrà essere fatta osservando tutte le precauzioni e le misure che possono essere ritenute idonee a preservare la riservatezza sui dati e sulle informazioni in possesso dell'Ente che vengono trattate dal lavoratore stesso. Lo spazio lasciato all'autonomia individuale, quindi, non può che apparire residuale e fortemente limitato agli spazi delineati dalla dirigenza negli atti predisposti, che non potranno che essere accettati, o meno, dal lavoratore; il forte rischio, quindi, è che l'atto di autonomia individuale, che dovrebbe essere preposto a garantire la possibilità di modellare le modalità di esecuzione della prestazione anche sulla base delle esigenze di conciliazione del singolo lavoratore, si veda completamente svuotato di questa funzione con una conseguente frustrazione del suo scopo.

4. La valutazione della performance in modalità agile e la necessità di riformulare gli obiettivi in funzione delle modalità di svolgimento della prestazione

Come noto, con la cd Riforma Brunetta del 2009 è stata introdotta una riforma della pubblica amministrazione³⁴ con l'obiettivo di migliorare la produttività, l'efficienza e la trasparenza ed è stato avviato un processo complesso che si basa su un sistema di valutazione della performance sia a livello organizzativo che individuale, teso a determinare un miglioramento della qualità dei servizi offerti dalla pubblica amministrazione³⁵. In altre parole, la misurazione della performance non è solo un esercizio di valutazione, ma uno strumento chiave per premiare il merito e incentivare i dipendenti pubblici a fornire prestazioni di alta qualità, contribuendo così al miglioramento complessivo dell'efficienza e dell'efficacia della pubblica amministrazione³⁶.

È necessario, quindi, comprendere se il processo di valutazione della performance dei lavoratori sia o meno capace di adeguarsi alle nuove forme di flessibilizzazione attraverso un'organizzazione del lavoro

³⁴ Per un esame della riforma si veda F. CARINCI, *Filosofia e tecnica di una riforma*, in *Riv. giur. Lavo.*, 2010, I, pp. 451 ss.; A. GABRIELE, *Titolo III Merito e Premi*, in A. GARILLI M. NAPOLI, *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni tra innovazioni e nostalgia del passato (d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150)*, in *Nuove leggi comm.*, Padova, 2011, pp. 1256 ss.

³⁵ R. SANTUCCI, P. MONDA, *Valorizzazione del merito e metodi di incentivazione della produttività e della qualità della prestazione lavorativa*, in L. ZOPPOLI, *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Napoli, 2009, 278; M. BIASI, *La valutazione della performance all'indomani della quarta riforma del lavoro pubblico*, in *Var. tem. dir. lav.*, 2020, n. 2, p. 323 ss.

³⁶ P. MONDA, *Contratto di lavoro pubblico, potere organizzativo e valutazione*, Giappichelli, Torino, 2017; F. BORGOGELLI, *Le ragioni giuridiche della valutazione nelle pubbliche amministrazioni e le aporie del sistema*, in AA.VV., *Il lavoro pubblico e la riforma Madia: organizzazione, gestione e valutazione*, Riv. giur. lav., 2019, quad. n. 4, p. 76 ss.

non più necessariamente incentrata sulla presenza fisica³⁷ ma su risultati obiettivamente misurabili e sulla performance³⁸.

In particolare, ogni amministrazione, per agevolare l'adesione alle nuove modalità di organizzazione del lavoro, avrebbe dovuto "individuare obiettivi prestazionali specifici, misurabili, coerenti e compatibili con il contesto organizzativo, che permettano da un lato di responsabilizzare il personale rispetto alla mission istituzionale dell'amministrazione, dall'altro di valutare e valorizzare la prestazione lavorativa in termini di performance e di risultati effettivamente raggiunti"³⁹.

Proprio a questa necessità di integrazione dovrebbe rispondere l'introduzione del PIAO, che dovrebbe servire precipuamente a integrare meglio i diversi aspetti della programmazione, superando la frammentazione attuale; in questo modo, si creerebbe un sistema più coeso in cui l'organizzazione del lavoro agile diventerebbe parte integrante della valutazione della performance.

Tuttavia, nel corso degli anni si è dimostrato molto difficile portare a compimento la profonda ristrutturazione di sistema che sarebbe necessaria per garantire un collegamento funzionale tra gli obiettivi inseriti nel piano della performance individuale ed organizzativa con il progetto individuale di lavoro agile, individuando indicatori specifici che possano consentire di calibrare e distinguere le valutazioni delle prestazioni anche a seconda delle modalità di svolgimento delle stesse. Questa operazione richiederebbe, però, una duttilità ed una flessibilità che non sono proprie del nostro sistema pubblico che non sembra essere stato sino ad ora in grado di rispondere a queste esigenze.

Ruolo chiave di questa trasformazione è quello del dirigente che, nel sistema di valutazione della performance, è individuato quale soggetto responsabile sia della performance organizzativa che di quella individuale del personale assegnato ai loro uffici, nel rispetto dei principi costituzionali di efficienza, imparzialità e buon andamento dell'amministrazione, sanciti dall'articolo 97 della Costituzione⁴⁰.

Nondimeno, anche l'adempimento da parte del dirigente del dovere di sviluppare, nell'ambito del ciclo della *performance*, gli obiettivi di digitalizzazione previsti dal Codice dell'amministrazione digitale (CAD)

³⁷ Sulla necessità di trovare criteri di misurazione dell'adempimento ulteriori al tempo di lavoro si veda V. BAVARO, *L'orario lavoro agile «senza precisi vincoli»*, in *Lav. Dir. Europa*, n. 1, 2022, nella parte in cui considera: "la misurazione cronologica del tempo di lavoro è solo un modo col quale oggettivare la prestazione di lavoro subordinato, ma non l'unico. In tali casi, piuttosto, occorre misurare e verificare l'adempimento della prestazione di lavoro a prescindere dall'assoggettamento al potere di determinazione cronologica della durata e della collocazione temporale"

³⁸ P. MONDA, *La valutazione delle performance: programmazione degli obiettivi e gestione premiale*, in M. ESPOSITO, V. LUCIANI, A. ZOPPOLI, L. ZOPPOLI (a cura di), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni. Commento alle innovazioni della XVII legislatura (2013-2018) con particolare riferimento i d.lgs. nn. 74 e 75 del 25 maggio 2017 (c.d. Riforma Madia)*, Torino, 2018, p. 370 ss.; nonché ID., *Contratto di lavoro pubblico, potere organizzativo e valutazione*, Torino, 2016; A. AVIO, *La performance come valutazione dell'adempimento nel rapporto alle dipendenze della P.A.*, Napoli, 2017.

³⁹ Si vedano in tal senso le linee guida in materia di promozione della conciliazione dei tempi di vita e di lavoro, allegata Direttiva del Ministro per la Pubblica Amministrazione n. 3 del 1 giugno 2017.

⁴⁰ V. NICOSIA, *I soggetti della valutazione (percorsi di apprendimento organizzativo)*, in M. ESPOSITO, V. LUCIANI, A. ZOPPOLI, L. ZOPPOLI (a cura di), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Torino, 2018, 329 ss.

ha assunto, negli ultimi anni un ruolo centrale all'interno dell'organizzazione, tanto che è divenuto esso stesso uno specifico risultato primario da raggiungere. Appare, tuttavia, evidente che anche questo ulteriore tentativo di stimolo non ha raggiunto lo scopo che si era prefissato ed il complesso sistema di premi e sanzioni collegato al suo adempimento non sembra ad oggi seguire un iter diverso da quanto abbiamo già visto in relazione al mancato sviluppo del più generale ciclo della *performance*.⁴¹

Se si riuscisse, quindi, a costruire un sistema organico e virtuoso, gli obiettivi affidati al lavoratore, come individuati nel piano del lavoro agile integrato nel PIAO e come recepiti nell'accordo individuale, sarebbero idonei a soddisfare i requisiti di misurabilità e specificità richiesti dal d.lgs. 150 del 2009 e corrisponderebbero a quanto previsto dal piano sulla performance, ad oggi sempre parte del PIAO, ed agli indicatori sulla base dei quali effettuare la valutazione⁴². Tutto ciò appare ben lontano dall'attuale situazione in cui gli adempimenti posti in essere, nella maggior parte dei casi, rispondono esclusivamente ad una logica di adempimento formale della prescrizione legale, senza che vi sia però un'effettiva ed integrata evoluzione del sistema.

5. Competenze digitali e diritto alla formazione

L'effettivo sviluppo del lavoro agile presuppone, oltre al più volte accennato sforzo riorganizzativo dell'amministrazione, anche la capacità da parte del personale coinvolto di riuscire a svolgere i propri compiti, dimostrando responsabilità ed autonomia nello svolgimento della propria mansione nonché competenze tecnologiche adeguate all'utilizzo degli strumenti informatici necessari a rendere la prestazione⁴³.

Il processo di sviluppo dell'organizzazione non può, di conseguenza, prescindere dallo sviluppo e dalla crescita professionale dei dipendenti che devono essere considerati una priorità strategica dell'amministrazione stessa che è tenuta a declinarla in termini di sviluppo e miglioramento delle

⁴¹ L. ZAPPALÀ, *Dalla digitalizzazione della pubblica amministrazione all'amministrazione per algoritmi: luci e ombre dell'effetto disruptive sui rapporti di lavoro*, in *questa Rivista*, 2024, p. 248 secondo la quale “non pare, infatti, che al di là di diffusi obiettivi di performance organizzativa evocativi di generici obiettivi di dematerializzazione, le vere best practices di transizione digitale siano state incanalate nel ciclo delle performance che, nella maggior parte dei casi, viene ancora percepito in una logica adempimentale.”

⁴² Si veda sul punto L. ZOPPOLI, *Dopo la digi-demia: quale smart working per le pubbliche amministrazioni italiane?*, *cit.*, p. 15 secondo il quale “intrecciare tutte le nuove modalità organizzative di attività e lavoro con i più moderni sistemi di gestione delle amministrazioni non per atti, ma per risultati... per far funzionare al meglio gli strumenti di programmazione e gestione già emersi negli ultimi dieci anni: piani di digitalizzazione e sistema delle performance devono essere calati in ogni realtà amministrativa, arricchendo gli indicatori di risultato con elementi che consentano di far emergere le ricadute positive sull'utenza... Dunque, ci si deve allontanare dai tradizionali meccanismi di valutazione dell'adempimento, concretandosi in relazioni giornaliera (sebbene nulla escluda che siano richieste relazioni giornaliera sull'attività svolta per lo smart working), per poter considerare la vera e propria misurazione degli obiettivi raggiunti.”

⁴³ A. BOSCATI, *L'inquadramento giuridico del lavoro da remoto tra potere direttivo e autonomia della prestazione*, in M. MARTONE (a cura di), *Il lavoro da remoto. Per una riforma dello smartworking oltre l'emergenza*, Milano, 2020, p. 61.

competenze del personale. Nondimeno, questa necessità è stata a lungo trascurata e per supplire alle gravi lacune del personale si è preferito ricorrere a pratiche di esternalizzazione dei servizi piuttosto che implementare un sistema di riqualificazione delle conoscenze⁴⁴.

La necessità di sostenere lo sviluppo delle competenze richieste dai cambiamenti organizzativi e dall'innovazione digitale è un nodo centrale del processo di innovazione in atto e la formazione e la riqualificazione del personale devono essere annoverate tra i diritti soggettivi del dipendente pubblico da considerare un investimento organizzativo necessario⁴⁵.

Sono molte le norme che individuano il diritto alla formazione del lavoratore quale preciso onere di cui è gravato il datore di lavoro pubblico⁴⁶, la cui azione deve essere finalizzata, tra le altre cose, a “(...omissis...) realizzare la migliore utilizzazione delle risorse umane nelle pubbliche amministrazioni, assicurando la formazione e lo sviluppo professionale dei dipendenti, applicando condizioni uniformi rispetto a quelle del lavoro privato, garantendo pari opportunità alle lavoratrici ed ai lavoratori nonché l'assenza di qualunque forma di discriminazione e di violenza morale o psichica”⁴⁷.

In tal senso è intervenuta, da ultimo, la Direttiva del Ministro della Pubblica Amministrazione del 14 gennaio 2025 che sancisce che “la formazione e lo sviluppo delle conoscenze, delle competenze e delle capacità delle persone costituiscono uno strumento fondamentale nella gestione delle risorse umane delle amministrazioni e si collocano al centro del loro processo di rinnovamento”.

La formazione del personale pubblico deve essere, da una parte, considerata come un processo multidimensionale che miri a rafforzare, diversificare e ampliare le competenze, le conoscenze e le abilità dei dipendenti, mirando a sviluppare nuove competenze e ad ampliare le abilità esistenti⁴⁸; dall'altra, deve essere strettamente collegata alle esigenze dell'organizzazione e deve essere orientata a sviluppare le

⁴⁴ L. ZAPPALÀ, *Dalla digitalizzazione della pubblica amministrazione all'amministrazione per algoritmi: luci e ombre dell'effetto disruptive sui rapporti di lavoro*, cit., p. 260; C. ACOCELLA, A. DIMARTINO, *Il rinnovamento delle competenze nell'amministrazione digitale*, in *Dig. pol.*, 2022, n. 1-2, pp. 93 ss. A. ZUCARO, *La crisi dei Corpi Tecnici della PA nel quadro della crisi delle politiche pubbliche*, in *Riv. giur. Mezz.*, 2019, n. 2, pp. 303 ss.

⁴⁵ In tal senso si veda il punto 4 del “Patto per l'innovazione del lavoro pubblico e la coesione sociale”.

⁴⁶ Anche l'AI Act considera la formazione digitale un obbligo posto a carico del datore di lavoro ed all'art. 4 precisa che questo deve essere adempiuto “per garantire nella misura del possibile un livello sufficiente di alfabetizzazione in materia di IA del loro personale, nonché di qualsiasi altra persona che si occupa del funzionamento e dell'utilizzo dei sistemi di IA per loro conto, prendendo in considerazione le loro conoscenze tecniche, la loro esperienza, istruzione e formazione nonché il contesto in cui i sistemi di IA devono essere utilizzati, e tenendo conto delle persone o dei gruppi di persone su cui i sistemi di IA devono essere utilizzati”.

⁴⁷ Ci si riferisce in primis al T.U. sul pubblico impiego che in diversi punti richiama il diritto alla formazione del lavoratore, nonché al Patto per l'innovazione del lavoro pubblico e la coesione sociale ed ai CCNL di comparto che, come si vedrà, individuano obblighi specifici in materia di formazione.

⁴⁸ M.M. RAMAJOLI, *La Scuola Nazionale dell'Amministrazione agente interno dell'innovazione amministrativa*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2021, 4, p. 45.

competenze necessarie per rendere i dipendenti in grado di contribuire in modo efficace al raggiungimento degli obiettivi organizzativi e di valore pubblico⁴⁹.

Lo sviluppo delle competenze digitali e tecnologiche necessarie a supportare i lavoratori che svolgono la prestazione in modalità agile rientra appieno tra le aree definite come strategiche nel PNRR ed in particolare nel “Framework delle competenze per la transizione digitale”, a cui si affiancano conoscenze ed abilità trasversali, tese a garantire il rafforzamento di principi e valori che promuovano un cambiamento culturale e una crescita personale, elementi fondamentali per modificare positivamente i comportamenti lavorativi⁵⁰.

La formazione viene letta dal legislatore come un fattore che crea un valore all’interno dell’amministrazione⁵¹ determinando da una parte una maggiore fiducia dell’utenza nei confronti di un sistema efficiente composto di lavoratori competenti e dall’altra stimolando la motivazione e la soddisfazione dei dipendenti⁵² provocando un conseguente incremento di produttività.

La programmazione della formazione deve, anch’essa, essere integrata nel PIAO ed il percorso formativo individuale deve essere pianificato in modo coerente con “l’obiettivo di addestrare il personale all’utilizzo delle piattaforme di comunicazione e degli altri strumenti previsti per operare in modalità agile nonché di diffondere moduli organizzativi che rafforzino il lavoro in autonomia, l’empowerment, la delega decisionale, la collaborazione e la condivisione delle informazioni. I percorsi formativi potranno, inoltre, riguardare gli specifici profili relativi alla salute e la sicurezza per lo svolgimento della prestazione lavorativa al di fuori dell’ambiente di lavoro”, come previsto dal secondo comma dell’art. 5 delle Linee guida in materia di lavoro agile nelle amministrazioni pubbliche.

6. Cenni conclusivi: il lungo percorso del lavoro agile nella transizione digitale dell’amministrazione pubblica

Il lavoro agile è espressamente ricondotto tra gli strumenti di innovazione organizzativa e modernizzazione dei processi che dovrebbero contribuire a migliorare l’efficienza e l’efficacia dell’azione

⁴⁹ G. MICCOLI, *Come cambia la formazione nella P.A. Criticità, opportunità e sfide*, in *Sinapsi*, 2023, n. 3, p. 49 ss.

⁵⁰ L’insieme minimo di abilità digitali richieste a ogni dipendente pubblico, non esperto di informatica, per poter operare efficacemente in una Pubblica Amministrazione che sta diventando sempre più digitale, è definito dal Syllabus “Competenze digitali per la PA” redatto a cura del Dipartimento della funzione pubblica - Ufficio per l’innovazione e la digitalizzazione a Luglio 2020.

⁵¹ D’ONGHIA, *La formazione dei dipendenti pubblici ancora cenerentola tra esigenze di razionalizzazione e contenimento della spesa*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2015, 3, 587.

⁵² Secondo la direttiva del 14.01.2025 “la formazione costituisce, per le persone, un attivatore di competenze fondamentale per lavorare in modo più efficace e consapevole, per conseguire più elevati livelli di performance individuale, per cogliere opportunità di crescita, di mobilità e di carriera”.



amministrativa, agendo anche come un catalizzatore per l'innovazione all'interno delle pubbliche amministrazioni.

Il riconoscimento di tale ruolo, tuttavia, non è sufficiente a garantirne un'implementazione virtuosa, ma deve trovare fondamento su una profonda ristrutturazione organizzativa delle singole amministrazioni, frutto di una pianificazione organica e trasversale, che permetta di condurre la modalità di lavoro agile al di fuori degli schemi tradizionali del lavoro subordinato, centrando l'obbligazione del prestatore di lavoro sul raggiungimento degli obiettivi individuati puntualmente dalla dirigenza. Questo implica un profondo sforzo dell'amministrazione che dovrebbe essere in grado di declinare singolarmente, all'interno del PIAO, gli obiettivi affidati a ciascun lavoratore ricollegandoli a quelli previsti nel piano della performance, valutando, anche sulla base delle capacità dimostrate, le necessità di *reskilling* ed *upskilling* del prestatore di lavoro.

D'altra parte, affinché il ricorso al lavoro agile nella pubblica amministrazione possa finalmente essere considerato una modalità ordinaria, anche se alternativa, di esecuzione della prestazione sarà necessario superare tutta una serie di criticità che rendono inefficiente il sistema e, per superare questi nodi, la Pubblica amministrazione è chiamata a dimostrare una capacità di trasformazione ed una flessibilità organizzativa della cui necessità sembra essere diventata consapevole solo negli ultimi anni e che, tuttavia, non pare aver ancora acquisito del tutto.

Emblematico è il caso del sistema di valutazione della performance che, pur essendo stato introdotto nel nostro ordinamento da più di quindici anni, ancora non può dirsi perfettamente compiuto e influisce fortemente anche sull'implementazione dello smart working.

Una fruttuosa evoluzione della modalità di lavoro agile nel pubblico impiego, invero, presuppone un profondo cambio di paradigma all'interno dell'Amministrazione che deve trasformare i propri processi organizzativi, investendo sulla formazione e, in particolare, sullo sviluppo delle capacità digitali ed informatiche dei propri dipendenti, che a loro volta si devono dimostrare capaci di assumere un nuovo ruolo caratterizzato da maggiore autonomia e responsabilità.

Tuttavia, nonostante il profondo impegno del legislatore e delle parti sociali a stimolare il cambiamento necessario a traghettare l'amministrazione nella nuova era digitale, questo è ancora lontano dal dirsi realizzato e lascia una profonda incertezza su quanto possa essere lunga la strada da percorrere per vedere conclusa l'inevitabile trasformazione verso il digitale.



Fascicolo numero 6

2025

26 febbraio 2025