

Anno 2019
Numero 3



ISSN 2283-9224

direttore responsabile
Professor Francesco Bacchini

Rivista di Ateneo

Tutela e Sicurezza del Lavoro

In questo numero tra l'altro:

L'integrazione di aspetti sociali nei contratti pubblici tra
interessi pubblici e mercato

Della nave come strumento di lavoro e della sua
pignorabilità

Musei 4.0 e nuove professioni

Ente fondatore e proprietario
Università degli studi di Milano – Bicocca Di.SEA.DE
Dipartimento di Scienze Economico-Aziendali e Diritto per l'Economia

HYPER

RIVISTA DI ATENEIO

TUTELA E SICUREZZA DEL LAVORO

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO BICOCCA
DIPARTIMENTO DI SCIENZE ECONOMICO-AZIENDALI E DIRITTO PER L'ECONOMIA

NUMERO 3
ANNO 2019



La legislazione finalizzata alla "tutela e sicurezza del lavoro" interessa e condiziona i principali settori del diritto e dell' economia, al fine di assegnare loro disciplina e protezione.

Ovvia la considerazione della sua matrice lavoristica, come naturale luogo di nascita e di previsione della sua regolamentazione; eppure, altrettanto evidente è la sua rilevanza in relazione a tutte quelle branche del diritto che con essa necessariamente si intersecano: tanto il diritto pubblico quanto quello privato, nelle svariate letture del diritto economico e in particolare nell'accezione del diritto punitivo dell'impresa (sia penale che amministrativo), concorrendo, tutti, ad assicurarne salvaguardia ed operatività; ma non solo: assolutamente evidente è la sua rilevanza nella prospettiva economico-aziendale, risultando, quale imprescindibile variabile esterna dell'attività d'impresa, fondamentale nella definizione delle linee di programmazione e strutturazione della governance aziendale.

Ente Fondatore e proprietario della rivista:



Università degli studi di Milano Bicocca

Di.SEA.DE – Dipartimento di Scienze Economico-Aziendali e Diritto per l'Economia

Comitato Scientifico:

Andrea Amaduzzi, Paola Bongini, Claudio Chiacchierini, Giovanni Cocco, Angelo Di Gregorio, Vincenzo Franceschelli (Coordinatore), Anna Marzanati, Alberto Nobolo, Arturo Patarnello, Massimo Saita, Tiziana Vettor.

Direttore Responsabile:

Francesco Bacchini

Comitato Esecutivo:

Paolo Aldrovandi, Camilla Buzzacchi, Paola Saracino.

Segreteria di redazione:

Domenico Capra, Salvatore Davide La Porta, Dario Scarpa.

Registrazione:

Rivista registrata presso il Tribunale Ordinario di Milano in data 25/05/2013 al n. 156.

ISSN 2283-7698

Editore:



Copyright © 2019 Hyper
via C. Degan 12 – 30172 Venezia
tel.: 041976896
fax: 041985730
e-mail: info@hyperedizioni.com
<http://www.hyperedizioni.com>

Chiuso in redazione nel mese di dicembre 2019

Proprietà letteraria e tutti i diritti riservati. La struttura ed il contenuto della presente rivista non possono essere riprodotti, neppure parzialmente, salvo espressa autorizzazione dell'editore.

L'editore, pur avendo curato con la massima attenzione la preparazione della presente rivista, declina ogni responsabilità per possibili errori od omissioni, nonché per eventuali danni derivanti dall'uso delle informazioni ivi contenute.

Dichiarazione sull'etica e la valutazione scientifica nella pubblicazione dei contributi sulla rivista dell'Università degli studi di Milano – Bicocca denominata: “*Tutela e sicurezza del lavoro*”

Decisione di pubblicazione e doveri del comitato scientifico

Il Comitato Scientifico, coadiuvato dal Direttore Responsabile, dal Comitato Esecutivo e dalla Segreteria di Redazione, è il solo responsabile della decisione di pubblicare i contributi sottoposti alla Rivista. Il Comitato scientifico, anche su richiesta dell'autore, si avvale, a suo insindacabile giudizio, di un sistema di referaggio per la valutazione delle pubblicazioni, scegliendo o facendo scegliere dal Direttore Responsabile e dal Comitato Esecutivo, i revisori tra una lista di studiosi di chiara fama nei vari settori disciplinari afferenti l'ampio ambito scientifico della rivista e in relazione all'argomento oggetto della pubblicazione, secondo una procedura di blindpeer review.

Il Comitato Scientifico, coadiuvato dal Direttore Responsabile e dal Comitato Esecutivo, valuta i manoscritti da pubblicarsi nelle rubriche referabili della rivista, per il loro contenuto scientifico, senza distinzione di razza, sesso, età, credo religioso, origine etnica o cultura, cittadinanza, orientamento scientifico, accademico o politico degli autori. Nel fare ciò sono vincolati dalle disposizioni di legge vigenti relative alla violazione del copyright e al plagio. Il direttore ed i redattori sono tenuti a non divulgare alcuna informazione sui manoscritti inviati a nessun altro soggetto diverso da editore, consulenti editoriali e revisori. Il materiale inedito contenuto nei manoscritti sottoposti per la pubblicazione non può essere usato dai membri del Comitato Scientifico, del Comitato Esecutivo o della Segreteria di Redazione per proprie ricerche senza il consenso scritto dell'autore. Se il Comitato Scientifico o il Direttore Responsabile rilevano o ricevono segnalazione di un problema rilevante in merito ad errori/imprecisioni, conflitto di interessi o plagio in un articolo pubblicato, ne daranno tempestiva comunicazione all'autore e all'editore per le determinazioni del caso.

Doveri dei revisori (peer reviewers)

I revisori assistono il Comitato Scientifico, il Direttore Responsabile ed il Comitato Esecutivo, nelle decisioni editoriali e, attraverso le comunicazioni veicolate dal Direttore Responsabile e dal Comitato Esecutivo, possono eventualmente aiutare l'autore a migliorare il manoscritto. Il revisore selezionato che non si senta qualificato alla revisione del manoscritto assegnato, o che sappia di non essere in grado di eseguire la revisione nei tempi richiesti, deve comunicare la sua decisione al Comitato Scientifico o al Direttore Responsabile rinunciando a partecipare al processo di revisione. I contributi ricevuti per la revisione, in forma anonima, devono essere trattati come documenti riservati e non devono essere mostrati o discussi con chiunque non sia previamente autorizzato dalla direzione. La revisione deve essere condotta obiettivamente. I revisori, vincolati a tenere segreto il loro operato, devono esprimere le proprie opinioni in modo chiaro e motivato, secondo la scheda di analisi dei contributi appositamente allegata. Il revisore può identificare la presenza di materiale bibliografico rilevante per il lavoro da valutare ma non citato nel corpo dello scritto dagli autori. Il revisore deve richiamare l'attenzione del Direttore Responsabile, Comitato Esecutivo o della Segreteria di redazione qualora ravvisi una somiglianza sostanziale o una sovrapposizione tra il manoscritto in esame e qualunque altro documento pubblicato di cui ha conoscenza personale. Le informazioni o idee ottenute tramite la revisione dei manoscritti devono essere mantenute riservate e non utilizzate per vantaggio personale.

Doveri degli autori

Gli autori devono garantire che i loro contributi siano del tutto originali e, qualora siano utilizzati il lavoro e/o le frasi di altri autori, che essi siano opportunamente parafrasati o citati, con corretti riferimenti. Essi hanno l'obbligo di citare nelle note le pubblicazioni che hanno avuto influenza nel determinare la natura del lavoro proposto. Ogni dichiarazione, osservazione o argomentazione riportata deve preferibilmente essere accompagnata da una corrispondente citazione. I contributi proposti non devono essere stati pubblicati come materiale protetto da copyright in altre riviste. I contributi in fase di revisione dalla rivista non devono essere sottoposti ad altre riviste ai fini di pubblicazione. Tutti coloro che hanno dato un contributo significativo ad un testo devono essere elencati come co-autori. Qualora vi siano altri soggetti che hanno partecipato ad aspetti sostanziali del progetto di ricerca, devono essere riconosciuti ed elencati come contributori nei ringraziamenti nella nota iniziale. L'autore di riferimento deve garantire che tutti i relativi co-autori siano inclusi, che abbiano visto e approvato la versione definitiva dello stesso e che siano d'accordo sulla presentazione per la pubblicazione. Tutte le fonti di sostegno finanziario ad uno studio devono essere indicate. Qualora un autore riscontri errori significativi o inesattezze nel manoscritto pubblicato ha il dovere di comunicarlo tempestivamente alla Segreteria di Redazione della rivista e cooperare al fine di ritrattare o correggere il manoscritto.

Sommario

pagina

SAGGI

L'integrazione di aspetti sociali nei contratti pubblici tra interessi pubblici e mercato

di Aretta Benedetti 11

Il lavoratore nell'impresa familiare: analisi del grado di tutela civilistica in una prospettiva di sistema

di Dario Scarpa 23

Della nave come strumento di lavoro e della sua pignorabilità

di Alessandro Cenerelli 35

INTERVENTI

Il danno erariale dell'operatore sanitario di strutture pubbliche e le tutele (apparenti) previste dalla legge n. 24/2017

di Giuseppe La Rosa 53

Musei 4.0 e nuove professioni

di Lorena Di Gaetano 71

ATTUALITÀ GIURIDICA

Illazioni sul salario minimo legale

di Francesco Bacchini 83

TABLE OF CONTENTS

Titles, summaries, abstracts and key words 93

SAGGI

L'INTEGRAZIONE DI ASPETTI SOCIALI NEI CONTRATTI PUBBLICI TRA INTERESSI PUBBLICI E MERCATO (*)

(*) N.d.R.: Il presente contributo è stato sottoposto, in forma anonima, a valutazione secondo una procedura di blindpeer review.

Sommario. 1. Il fine della tutela della concorrenza nella contrattualità pubblica e l'emergere di una nuova chiave di lettura. – 2. L'orientamento comunitario. – 3. L'orientamento dell'ordinamento interno. Le clausole sociali nel codice del 2016. – 4. Autorità indipendenti e giudici a confronto sul tema delle clausole sociali. – 5. Dalla dimensione del “contraente pubblico” a quella della “domanda pubblica” nel mercato: utilità e prospettive per la tutela del lavoro.

di Auretta Benedetti

Abstract

L'articolo esamina il tema dell'apertura agli aspetti sociali nella contrattualità pubblica nel confronto tra l'evoluzione osservata nell'ordinamento comunitario e in quello interno. Il dato normativo è posto in relazione anche con le interpretazioni giurisprudenziali e con l'orientamento delle amministrazioni indipendenti, lasciando emergere la tensione che caratterizza queste tematiche, a cavallo tra la garanzia di fondamentali istanze sociali e tutela della libertà di iniziativa economica.

Parole chiave:

Clausola sociale; appalti pubblici; concorrenza; libertà di iniziativa economica privata.

1. Il fine della tutela della concorrenza nella contrattualità pubblica e l'emergere di una nuova chiave di lettura

Le direttive europee del 2014 in materia di appalti e concessioni, recepite in Italia con il codice del 2016, hanno dato nuovo impulso a una tematica di estremo interesse per le implicazioni che comporta nella prospettiva della tutela dei lavoratori, vale a dire l'integrazione degli aspetti sociali nella contrattualità pubblica. Un tema che segna la progressiva maturazione di una nuova concezione della stessa contrattualità delle amministrazioni.

Sin dall'origine della formazione del corpo di norme in tema di evidenza pubblica (quindi dalle prime leggi di contabilità dello Stato), la disciplina dei contratti pubblici ha ruotato, infatti, intorno al tema centrale della posizione del soggetto pubblico parte del contratto. Se si fa eccezione per la categoria fumosa dei contratti di diritto pubblico, accarezzata (soprattutto per attrazione rispetto ad altri ordinamenti nei quali era consolidata) ma presto abbandonata dalla dottrina liberale, è sempre stato pacifico che il contratto non muta la propria natura, in specie la propria causa, quando è utilizzato per finalità di interesse pubblico. In un contesto in cui l'attività amministrativa ruotava intorno al perno centrale del potere pubblico autoritativo, il tema era dunque quello di capire quale fosse il regime del

soggetto pubblico che utilizzava i contratti, nel difficile bilanciamento tra attrazione al comune regime civilistico e specialità pubblicistica¹.

In questo quadro, la disciplina dei contratti pubblici, proprio a partire dalla disciplina contabilistica e in tutte le sue successive derivazioni, non si poneva in antitesi al mercato, quanto piuttosto al potere pubblico discrezionale, come è evidente dal fatto che l'identificazione dell'interesse pubblico doveva essere fatta "a priori" (senza alterare la posizione del contraente pubblico come "parte"), la scelta del contraente doveva essere oggettivata attraverso la preferenza per la procedura di gara e gli atti di gara dovevano essere immediatamente impugnabili dai contraenti, come consentito dal regime pubblicistico che li connotava².

Questa impostazione ha fatto sì che l'innesto delle prime direttive comunitarie in materia di appalti, chiaramente orientate a vincolare i committenti pubblici nella loro discrezionalità (al fine di consentire parità di chance alle imprese nel mercato europeo) sia avvenuto in una sostanziale linea di continuità: il corpo sempre più articolato delle direttive europee in materia di appalti è apparso come disciplina di maggiore vincolo che mirava ad una più compiuta "oggettivazione" nella scelta del contraente da parte del committente pubblico, che non alterava lo schema di fondo che ne aveva caratterizzato la disciplina.

Così ha colto solo parzialmente nel segno la Corte costituzionale, con la storica sentenza n. 401/2007, quando ha ancorato il codice dei contratti pubblici alla competenza legislativa esclusiva dello Stato in materia di "tutela della concorrenza", teorizzando che la nuova normativa di derivazione comunitaria fosse in una sorta di contrapposizione rispetto alla "concezione contabilistica" della contrattualità (la prima diretta a tutelare la concorrenza e la seconda a tutelare l'interesse dell'amministrazione). Entrambe, invece, appaiono la naturale derivazione di un approccio già fortemente indirizzato a contenere la discrezionalità pubblica in nome di una "oggettività" nella scelta, funzionale al mercato.

Anche l'emergere degli interessi alla razionalizzazione della spesa (si vedano le norme in materia di *spending review* che incidono sulla contrattualità) e alla moralizzazione dell'attività contrattuale pubblica (con la legge anticorruzione e l'investitura dell'Anac ad autorità di vigilanza del mercato degli appalti) ha sembrato trovare una solida sponda nella tutela della concorrenza: non risulta sostanzialmente intaccata, infatti, l'idea che la garanzia dei meccanismi del mercato concorrenziale costituiscano, in ultima analisi, la più effi-

¹ La sterminata bibliografia in materia di contrattualità pubblica, specie quella sviluppatasi negli anni Novanta, si muove sul solco di tali problematiche, con riferimento specifico alla definizione dell'area della specialità pubblicistica nell'attività contrattuale delle pubbliche amministrazioni, nonché all'applicabilità del regime privatistico ai contratti della pubblica amministrazione. Si tratta di una questione che si è posta parallelamente alla rivisitazione delle categorie giuridiche riferite all'attività amministrativa, come in modo suggestivo emerge dal saggio di G. Rossi, *Diritto pubblico e diritto privato nell'attività della pubblica amministrazione. Alla ricerca della tutela degli interessi*, in *Dir. pubbl.*, 1998, III, 661 ss. Per un inquadramento di questi aspetti, riferiti alla contrattualità delle amministrazioni, si v. il volume di A. Moliterni, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, Napoli, 2016, che ripercorre in modo critico anche l'amplissima dottrina e giurisprudenza in materia.

² Così G.D. Comperti, *Problemi e tendenze dell'assetto regolatorio degli appalti pubblici*, in *Dir. econ.*, 2012, 575 ss.; nonché nel saggio introduttivo al volume *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, a cura di G.D. Comperti, Napoli, 2011.

cace assicurazione contro il rischio di sprechi nella spesa o contro la corruzione dei funzionari pubblici³.

È per queste ragioni che l'apertura agli aspetti sociali nella contrattualità pubblica rappresenta la vera novità di approccio: alla base di questa apertura non c'è tanto una presunta opposizione tra interesse pubblico e mercato, quanto piuttosto lo spostamento dell'asse focale di osservazione dalla dinamica del potere/vincolo riferiti all'attività contrattuale del soggetto pubblico alla dinamica della domanda pubblica e della sua regolazione.

Questo passaggio di prospettiva è parzialmente osservabile nelle direttive in materia di appalti del 2004 e, più compiutamente, nelle direttive del 2014, che sembrano assumere come presupposto che il mercato non può vivere in assenza di un potere pubblico o in presenza di un potere pubblico interamente vincolato: in tal senso, ad esempio, si aprono nuovi spazi valutativi per le amministrazioni; si ragiona sull'aggregazione della domanda pubblica e sulla sua qualificazione, oltre che sul solo ampliamento della partecipazione alle gare; si affinano i poteri regolatori e di vigilanza dell'Anac quale Autorità preposta al mercato delle commesse pubbliche.

È all'interno di questo fondamentale cambiamento di prospettiva che le norme in materia di aspetti sociali della contrattualità pubblica acquistano particolare valore, perché sono la risposta, probabilmente ancora parziale, all'interrogativo di come la regolazione della domanda pubblica nel mercato possa avere effetti benefici, non solo sotto il profilo della concorrenza, ma anche sotto il profilo della ricaduta positiva in termini di garanzia dell'occupazione, rafforzamento dei fondamentali principi di tutela del lavoro dignitoso, affermazione dei diritti umani, inclusione sociale (oltre ad altri valori sociali come la tutela dei beni ambientali).

In tale direzione le clausole sociali e ambientali diventano strumento per favorire lo sviluppo di un mercato dei prodotti e servizi con valore aggiunto per lo sviluppo sociale e ambientale, proprio attraverso la leva della domanda pubblica.

La rilevanza della novità e gli sviluppi potenziali che reca con sé, richiedono quindi di analizzare con maggiore analiticità il percorso che ha condotto alla formulazione dell'attuale quadro normativo in materia, per coglierne la portata e le criticità.

2. L'approccio comunitario

Tra i primi documenti comunitari⁴ che sono all'origine di questa svolta nella politica europea, che ha progressivamente interessato anche le direttive comunitarie in materia di appalti (del 2004 e del 2014), è senza dubbio la Comunicazione interpretativa della Commissione COM(2001) 566, circa il diritto UE applicabile agli appalti pubblici e la possibilità di

³ F. Fracchia, *I contratti pubblici come strumento di accentramento*, in *Riv. trim. dir. pubbl. com.*, 2015, 1029 ss.

⁴ I documenti che si analizzano si inquadrano nel contesto di una riflessione già iniziata con il Libro verde del 1996, *Gli appalti pubblici nell'Unione europea. Spunti di riflessione per il futuro* (comunicazione della Commissione 27 novembre 1996), che troverà poi sviluppo nel Libro verde del 2011 *Sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici. Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti* (comunicazione della Commissione 27 gennaio 2011).

integrare in essi aspetti sociali, sulla cui scia si collocano le successive COM(2011) 68 (riguardante la strategia per il periodo 2011-14 in materia di responsabilità sociale di imprese) e la guida della stessa Commissione in tema di acquisti solidali SEC(2010)1258.

La comunicazione del 2001 chiarisce che le regole nazionali in vigore in campo sociale (con particolare riferimento alle disposizioni relative ai diritti dei lavoratori e alle condizioni del lavoro) vincolano le amministrazioni aggiudicatrici a condizione che le stesse siano compatibili con il diritto comunitario⁵, nella premessa che le direttive in materia di appalti sono dirette a garantire la libera circolazione delle merci, nonché la libertà di stabilimento e la libertà di prestazione dei servizi nel mercato interno.

La ricerca di un equo bilanciamento tra esigenze di tutela del mercato e protezione delle istanze sociali percorre l'intero documento, nel riconoscimento che il modello sociale europeo ha svolto un ruolo fondamentale nella costruzione europea. In assenza, dunque, di un solido riconoscimento nelle direttive in materia di appalti in vigore, la Commissione tratteggia la strategia possibile per implementare nella normativa alcuni aspetti sociali, dando un'ampia accezione a questa espressione⁶.

Nella successiva guida, di cui al documento SEC (2010) 1258, gli "aspetti sociali" abbracciano "i criteri tesi a promuovere l'applicazione, lungo la catena di fornitura, degli standard sociali riguardanti i diritti umani e le condizioni di lavoro, riconosciuti a livello internazionale dalle otto Convenzioni fondamentali dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro e dalla legislazione nazionale, vigente nei Paesi ove si svolgono le fasi della catena di fornitura, riguardanti la salute e la sicurezza nei luoghi di lavoro, nonché la legislazione relativa al lavoro e alla sicurezza sociale". Lo sguardo, quindi, si allarga alle catene di fornitura e all'affermazione di quel livello minimo di diritti che le Convenzioni ILO prevedono quale contenuto essenziale del diritto dei lavoratori e di tutela dei minori o delle fasce deboli.

Questi contenuti offrono un preciso significato alla responsabilità sociale di impresa (di cui alla comunicazione del 2011⁷). In particolare, nella definizione della strategia comunitaria per il 2020, la Commissione individua nella disciplina degli appalti pubblici uno strumento

⁵ In tal senso si specifica, ad esempio, che qualsiasi amministrazione aggiudicatrice è libera di scegliere di acquistare opere, prodotti o servizi rispondenti alle proprie esigenze in materia sociale, purché ciò non si traduca in restrizioni di accesso all'appalto per offerenti provenienti da altri Stati dell'Unione.

Al contrario, le direttive già allora consentivano di poter escludere un concorrente che non avesse adempiuto agli obblighi riguardanti il pagamento dei contributi di sicurezza sociale, o che fosse stato condannato per un reato relativo alla condotta professionale o si fosse reso responsabile di gravi violazioni dei doveri professionali. Per questa via era dunque già possibile per gli Stati membri far entrare gli aspetti sociali in sede di esclusione dei concorrenti. Lo stesso valeva per la valutazione delle offerte anomale e per

⁶ "Nell'espressione *aspetti sociali* utilizzata nella presente Comunicazione si riferisce a sfere estremamente diverse. Può indicare al contempo misure che garantiscono il rispetto dei diritti fondamentali, dei principi di parità di trattamento e di non discriminazione (ad esempio tra uomini e donne), legislazioni nazionali in campo sociale nonché le direttive comunitarie che regolano la materia. Nell'espressione "aspetti sociali" rientrano altresì i concetti di clausole preferenziali (ad esempio il reinserimento delle persone sfavorite o escluse dal mercato del lavoro, di azioni o discriminazioni positive in particolare nel quadro della lotta alla disoccupazione o all'esclusione sociale" (p. 5 del documento).

⁷ Si v. la Comunicazione della Commissione COM(2011) 681 del 25 ottobre 2011, *Strategia rinnovata dell'UE per il periodo 2011-14 in materia di responsabilità sociale delle imprese*.

essenziale per promuovere la responsabilità sociale delle imprese e adeguati standard di tutela sociale e ambientale⁸.

L'approccio della Commissione viene "puntellato" dalla giurisprudenza europea, che presenta significative aperture all'inclusione di considerazioni sociali nella contrattualistica pubblica, pur nella definizione di specifici limiti.

In particolare, con specifico riferimento alla legittimità delle clausole sociali, che introducono interessi non strettamente inerenti alla prestazione dedotta in contratto, appaiono significative le pronunce della Corte di Giustizia che hanno costituito autentici *leading cases*, quali il caso *Gebroeders Beentjes* e il caso *Regione Nord – Pas de Calais*.⁹ In entrambe i casi la Corte ha riconosciuto la legittimità dell'inclusione nel bando di un criterio di aggiudicazione ulteriore connesso alla lotta alla disoccupazione, con una serie di condizioni precise, quali il collegamento della clausola sociale con l'oggetto dell'appalto, l'espressa menzione nella *lex specialis* della gara, il rispetto del principio di non discriminazione.

Le aperture della Corte di Giustizia hanno costituito il presupposto necessario per la codificazione di questi principi nelle direttive unificate n. 17 e n. 18 del 2004 in materia di appalti¹⁰, che ha trovato un più marcato sviluppo, a distanza di dieci anni, con le direttive 2014/23/UE (in tema di concessioni); 2014/24/UE (in tema di appalti nei settori ordinari) e 2014/25/UE (in tema di appalti nei settori speciali).

In particolare acquistano rilievo le disposizioni che ampliano lo spettro di valutazione delle amministrazioni, in sede di aggiudicazione, a criteri quali il costo del ciclo di vita (che consente di tenere in considerazione le esternalità negative dei prodotti¹¹), o comunque a criteri di carattere qualitativo di tipo ambientale e sociale ulteriori rispetto all'elemento prezzo (art. 67 dir. 2014/24/UE). Rilevano altresì le norme che consentono l'esclusione degli operatori per la violazione delle norme in materia ambientale, sociale e del lavoro stabilite

⁸ Si tratta della comunicazione della Commissione 3 marzo 2010, *Europa 2020 – Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva*, COM(2010)2020.

La disciplina degli aspetti ambientali nelle direttive appalti del 2004 (prima) e del 2014 (più marcatamente poi) è stata preceduta anche da significative aperture della Corte di Giustizia, volte a giustificare l'inserimento nelle procedure di gara di aspetti non meramente economici. Ad esempio, con specifico riferimento ai criteri ambientali, nel caso *Concordia Bus Finland* la Corte ha chiarito che i criteri di valutazione di un'offerta economicamente più vantaggiosa possono abbracciare contenuti ambientali se "collegati all'oggetto dell'appalto, non conferiscano all'amministrazione una libertà incondizionata di scelta, siano espressamente menzionati nel capitolato d'appalto o nel bando di gara e rispettino tutti i principi fondamentali del diritto comunitario, in particolare i principi di non discriminazione". Così Corte Giust. CE 17 settembre 2002, causa C-513/99, *Concordia Bus Finland Oy Ab Helsingin kaupunki et al.*, in *Urb. e Appalti*, 2003, 168, con nota di M. Brocca, *Criteri ecologici nell'aggiudicazione degli appalti*.

⁹ Nel primo caso la controversia era nata per effetto di un criterio di aggiudicazione che accordava preferenza alle imprese in grado di dare lavoro a disoccupati di lunga durata (Corte Giust. CE, Sez. IV, 20 settembre 1988, C-31/87, *Gebroeders Beentjes*); nel secondo caso ugualmente era in discussione un criterio di aggiudicazione diretto a contrastare la disoccupazione (Corte Giust. CE 26 settembre 2000, C-225/98, *Commissione v. Repubblica francese*).

¹⁰ Si v. l'art. 19 di. 18/2004 e art. 28 dir. 17/2004 sulla possibilità di riservare gli appalti a speciali categorie di lavoratori che occupano al loro interno anche persone con disabilità; l'art. 26 dir. 18/2004 e art. 38 dir. 17/2004, sulla possibilità di assoggettare l'esecuzione a specifiche condizioni, inclusive di speciali considerazioni sociali e ambientali; l'art. 53 dir. 18/2004, sui contenuti del criterio di aggiudicazione alle condizioni economicamente più vantaggiose, che possono includere, accanto all'elemento prezzo, anche le caratteristiche ambientali.

¹¹ Le esternalità negative assumono uno specifico rilievo, evidentemente, per la tutela ambientale. L'inclusione di questo criterio consente infatti un collegamento preciso con principi della legislazione ambientale quali il principio "chi inquina paga" o quello relativo alla responsabilità estesa del produttore, che implicano di proiettare le valutazioni di costo anche ad aspetti che riguardano la vita e, soprattutto, le caratteristiche finali del prodotto in termini di smaltimento o di riutilizzo.

dall'Unione e dal diritto internazionale (art. 18 e art. 57 dir. 2014/24/UE); per concludere con le norme che permettono alle amministrazioni aggiudicatrici di esigere condizioni particolari in sede di esecuzione dell'appalto (purché collegate all'oggetto del medesimo, ed esplicitate nei documenti di gara), inclusive delle condizioni "di ordine ambientale, sociale o relative all'occupazione" (art. 70 dir. 2014/24/UE e art. 87 dir. 2014/25/UE)¹².

Si tratta di novità significative, che vanno lette nell'alveo di un ordinamento in cui le regioni del mercato debbono essere pur sempre temperate con quelle sociali.

Perciò, secondo un perfetto gioco di richiami incrociati, ancora una volta la Corte di Giustizia, dopo aver aperto la strada alla considerazione degli aspetti sociali nella contrattualità, interpreta il nuovo plesso normativo richiamando le ragioni di tutela del mercato. Il riferimento va, in particolare, a quelle pronunce che hanno sottolineato come "le regole del diritto del lavoro nazionale siano suscettibili di distorcere la concorrenza e il mercato interno e devono perciò essere, come tali, giustificate facendo riferimento ad uno stretto test di proporzionalità"¹³. Un test spesso giocato a favore della libertà di iniziativa economica privata e dell'opposizione a eccessive restrizioni della stessa¹⁴.

3. L'orientamento dell'ordinamento interno. Le clausole sociali nel codice del 2016.

Anche nell'ordinamento interno, coerentemente a quello europeo, si è assistito ad un'evoluzione che ha visto una significativa apertura verso l'integrazione delle considerazioni di carattere sociale nella contrattualità delle amministrazioni, quale esplicitazione del principio di sostenibilità.

Gli aspetti più interessanti di tale processo sono rappresentati, per un verso, dall'implementazione di atti che orientano le amministrazioni acquirenti o appaltanti verso una specifica attenzione agli aspetti sociali della contrattualità; nonché, in modo più stringente, da quelle disposizioni di legge che definiscono le "clausole sociali", nell'intento di vincolare a specifici obiettivi sociali il comportamento del contraente dell'amministrazione.

Quanto al primo ambito di interesse, è significativo il *Piano d'Azione Nazionale sul Green Public Procurement – Guida per l'integrazione degli aspetti sociali negli appalti pubblici*, di cui ad un decreto del Ministero dell'ambiente del 6 giugno 2012¹⁵, emanato ai sensi dell'art. 1, c. 1126 della legge n. 296/2006. Tra le finalità del documento sono enunciate

¹² Si v. R. Caranta – D. Cosmin Dragos, *La mini-rivoluzione del diritto europeo dei contratti pubblici*, in *Urb. appalti*, 2014, 5, 493 ss.

¹³ Così M. Forlivesi, *Le clausole sociali negli appalti pubblici: il bilanciamento possibile tra tutela del lavoro e ragioni del mercato*, WPC.S.D.L.E. "Massimo D'Antona. It, 275/2015, 35, al quale si rinvia per la copiosa giurisprudenza della Corte di Giustizia raccolta e commentata. Si v., altresì, G. Meli, "Fai outsourcing" delle pubbliche amministrazioni e paradigma della proporzionalità, in *Dir. Lav. Mer.*, 2014, 3, 737 ss.

¹⁴ Per tutte si v. la sentenza *Bundesdruckerei c. Stadt Dortmund*, 18 settembre 2014, C-549/13, che ha dichiarato illegittima la clausola volta ad imporre il pagamento di una retribuzione minima ai dipendenti dei subappaltatori stabiliti in uno Stato membro diverso da quello dell'amministrazione aggiudicatrice (quindi in caso di appalto transnazionale), perché idonea a realizzare un'illegittima restrizione delle libertà economiche di prestazione di servizi.

¹⁵ Si tratta del decreto del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, 6 giugno 2012, in applicazione della guida *Acquisti sociali. Una guida alla considerazione degli aspetti sociali negli appalti pubblici*, redatta dalla Commissione europea sulla base del richiamato documento SEC(2010) 1258 del 19 ottobre 2010.

alcune di grande interesse: la promozione delle opportunità di occupazione (in particolare per i giovani, i disoccupati di lunga durata, le persone con disabilità o quelle appartenenti a gruppi svantaggiati, come i migranti); la promozione del “lavoro dignitoso”, con ciò intendendo un lavoro produttivo e liberamente scelto, rispondente ai diritti e principi fondamentali in materia, caratterizzato da retribuzione dignitosa, protezione sociale e dialogo sociale; la promozione dell’inclusione sociale, dell’accessibilità e progettazione per tutti; la considerazione di aspetti legati al commercio equo e solidale; la promozione delle piccole e medie imprese.

La raccomandazione è che l’insieme di questi principi sia preso in considerazione dalle stazioni appaltanti “anche in ragione del *grado di rischio* di violazione dei diritti umani che si possono verificare nelle diverse catene di fornitura delle varie merceologie oggetto dell’appalto (si v. il settore tessile, agro-alimentare e altri che si possono considerare tra i settori a maggior rischio)”¹⁶.

Ciò implica, per un verso, una visione più analitica delle condizioni di produzione dei singoli operatori, con specifico riferimento a coloro che hanno propri stabilimenti o propri fornitori in paesi in cui non esiste una legislazione sociale e lavoristica assimilabile a quella italiana e europea; per altro verso, una specifica attenzione affinché siano rispettati almeno i principali ed elementari diritti dei minori e dei lavoratori. Sotto questo profilo si richiamano espressamente le diverse Convenzioni dell’Organizzazione internazionale del lavoro, che hanno fissato principi comuni in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro, salario minimo, abolizione del lavoro forzato, durata del lavoro, sicurezza sociale; oltre alle norme della Dichiarazione universale dei diritti umani e della Convenzione sui diritti del fanciullo.

Altro elemento significativo di analisi del documento è il richiamo al “dialogo strutturato” tra amministrazione appaltante e concorrenti/contraenti, avente le finalità di “migliorare la conoscenza relativa alle condizioni di lavoro e al rispetto dei diritti umani lungo la catena della fornitura, di trasmettere segnali di attenzione sugli standard sociali lungo la stessa catena, e di permettere il monitoraggio dell’applicazione dei criteri sociali dell’appalto, compresa l’attivazione di eventuali meccanismi correttivi in caso di mancato rispetto degli stessi” (parte terza del documento). Ciò si traduce in un’autentica “procedura nella procedura”, finalizzata a consentire all’amministrazione l’acquisizione di tutte le informazioni necessarie e l’eventuale impostazione di azioni correttive¹⁷.

I contenuti delle linee guida sono destinati poi ad una amplificata implementazione per effetto delle sostanziali modifiche al quadro normativo intervenute a seguito del recepimento

¹⁶ Si tratta ancora delle premesse al documento, che opportunamente indirizzano ad una considerazione di quegli aspetti complessivi che l’amministrazione è chiamata a valutare nella formazione e articolazione della procedura di appalto.

¹⁷ In base al documento il dialogo si sviluppa attraverso le seguenti attività: informazione agli operatori economici; inserimento delle clausole contrattuali relative alla conformità a standard sociali minimi tra le condizioni di esecuzione contrattuale; sottoscrizione di una “dichiarazione di conformità a standard sociali minimi”; compilazione di un questionario di monitoraggio della conformità agli standard sociali minimi; richiesta eventuale di chiarimenti e incontri; verifiche ispettive; azioni correttive; penalità.

delle direttive comunitarie n. 23, 24 e 25 del 2014 in materia di appalti pubblici, con il codice dei contratti pubblici, d.lgs. n. 50 del 2016.

L'orientamento osservato, volto a consentire significative aperture nella contrattualistica pubblica alle considerazioni che esulano dalla singola prestazione contrattuale e che incidono sulla dinamica concorrenziale definendo vincoli a garanzia degli aspetti lavoristici e sociali, trova, infatti, nel nuovo codice una base più allargata ed una possibilità di ulteriore sviluppo.

In tal senso è significativa la definizione codicistica di “clausole sociali”, quali “disposizioni che impongono a un datore di lavoro il rispetto di determinati standard di protezione sociale e del lavoro come condizione per svolgere attività economiche in appalto e in concessione o per accedere a benefici di legge e agevolazioni finanziarie”¹⁸.

Il nuovo codice dei contratti pubblici, all'art. 30, rafforza e supera il precedente orientamento statuendo che il principio di economicità possa essere subordinato ai criteri, previsti nel bando, ispirati a esigenze sociali (c. 1); che nell'esecuzione di appalti e concessioni, gli operatori economici debbano rispettare gli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dalla normativa europea e nazionale, dai contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali (c. 3); che al personale impiegato nei lavori, servizi e forniture oggetto di appalti pubblici e concessioni sia applicato il contratto collettivo nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro¹⁹ (c. 4); che sia specificamente sanzionata l'inadempienza contributiva risultante da un Durc relativo al personale dipendente dell'affidatario o del subappaltatore o di altri soggetti coinvolti nell'esecuzione dell'appalto (c. 5); che la stazione appaltante si faccia carico di vigilare sulla correttezza del pagamento delle retribuzioni dovute al personale, intervenendo persino in forma sostitutiva all'appaltatore inadempiente (c. 6).

Con l'art. 50 si disciplina espressamente la “clausola sociale di assorbimento” prevedendo per gli affidamenti dei contratti di concessione e di appalto di lavori e servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale, specialmente per i contratti ad alta intensità di manodopera, che i bandi e gli avvisi prevedono clausole dirette a garantire la stabilità occupazionale del personale impiegato. Il tutto “nel rispetto dei principi dell'Unione europea”, con evidente intenzione di richiamare le libertà economiche ivi garantite, al fine di operare un corretto bilanciamento tra queste e le clausole sociali²⁰.

¹⁸ Si pensi al collegato ambientale, l. 28 dicembre 2015, n. 221, che aveva modificato il codice degli appalti riducendo l'importo delle garanzie finanziarie per gli operatori economici in possesso di certificazioni ambientali e prevedendo l'obbligo di inserimento di clausole ecologiche tra le specifiche tecniche.

¹⁹ Ai sensi dell'art. 30, c. 4, come modificato dal d.lgs. n. 56/2017, si tratta del contratto “stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e quelli il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente”.

²⁰ Si v. S. Costantini, *La finalizzazione sociale degli appalti pubblici. Le “clausole sociali” fra tutela del lavoro e tutela della concorrenza*, CSDLE, n. 196/2014, 24 ss.

4. Autorità indipendenti e giudici a confronto sul tema delle clausole sociali.

La naturale collocazione del tema delle clausole sociali nella “terra di mezzo” tra socialità e mercato rende particolarmente interessante lo studio degli orientamenti interpretativi che si sono prodotti, sia relativamente alle Autorità indipendenti variamente chiamate ad esprimersi sul tema (quali l’Antitrust e l’Autorità anticorruzione), sia con riferimento alla giurisprudenza, non solo amministrativa ma anche costituzionale.

Le “ragioni del mercato” sono state efficacemente sintetizzate dall’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, che nel parere espresso sul disegno di legge recante la delega al governo per il recepimento delle direttive europee in materia di appalti e concessioni (11 dicembre 2015) ha elencato le ragioni per cui le clausole sociali sono confliggenti con il principio di concorrenza. Secondo l’Autorità, infatti, le clausole di protezione sociale rischiano di far diminuire i benefici del confronto competitivo tra imprese in sede di gara (se non proprio di scoraggiare la partecipazione alle gare), poiché esse introducano rigidità che potrebbero limitare il raggiungimento dell’efficienza, perseguita dalle procedure di gara. Inoltre anche l’amministrazione appaltante potrebbe risultrne danneggiata essendo limitato processo di innovazione e contenuto il risparmio di spesa; e il nuovo entrante non avrebbe la possibilità di offrire opportunità professionali ai dipendenti del gestore ritenuti più validi.

La giurisprudenza italiana sembra essersi mossa nella consapevolezza di tali problematiche.

La Corte costituzionale, chiamata ripetutamente a pronunciarsi sul tema, ha legittimato le clausole sociali ancorandole direttamente a quell’utilità sociale che, ai sensi dell’articolo 41, c. 2 Cost, è idonea a limitare la libertà di iniziativa economica privata²¹. Secondo la Corte la clausola sociale “opera nell’ipotesi di cessazione d’appalto e subentro di imprese o società appaltatrici... e risponde all’esigenza di assicurare la continuità del servizio e dell’occupazione, nel caso di discontinuità dell’affidatario”. Inserite quindi siffatte clausole in una legittimità che affonda le sue radici direttamente nel testo costituzionale, nel caso di specie la Corte ha altresì affermato la necessità che i vincoli della clausola sociale siano altresì limitati, per proteggere “il nucleo essenziale della libertà di iniziativa economica”²². Nella fattispecie la clausola sociale non poteva, quindi, imporre l’assunzione a tempo indeterminato dei lavoratori, posto che la stabilità deve essere garantita con riferimento alla durata del appalto e che, diversamente, si sarebbe inciso in modo eccessivo sulle scelte imprenditoriali in tema di dimensionamento, personale e organizzazione dell’azienda.

In direzione di un’attenta valutazione dei limiti alle clausole sociali si sono mossi anche i giudici amministrativi, affermando che la clausola sociale non può imporre automaticamente all’aggiudicatario di assorbire tutto il personale impiegato dal precedente contraente²³,

²¹ Corte cost. 28 luglio 1993, n. 356.

²² Corte cost. 3 marzo 2011, n. 68.

²³ Si v., da ultimo, Tar Lazio, Sez, III bis, 15 marzo 2019 n. 3457.

né può significare l'obbligo di attribuire ai lavoratori identiche mansioni²⁴, mentre è onere della stazione appaltante indicare negli atti di gara tutti gli elementi utili a far conoscere al concorrente gli oneri connessi alla partecipazione alla gara (numero di lavoratori impiegati dall'appaltatore uscente, la qualifica e l'anzianità, l'orario osservato, la sede, i livelli retributivi)²⁵.

I giudici hanno, altresì, chiarito come la volontà di adempiere alle clausole sociali sia rilevabile già in sede di verifica della congruità dell'offerta, mediante l'esclusione del concorrente non capace di dimostrare di aver tenuto conto, al momento della formulazione dell'offerta, del costo necessario per l'adempimento degli oneri derivanti dalla clausola sociale²⁶. Essi inoltre hanno affermato l'obbligo di inserimento della clausola sociale, ai sensi dell'art. 30 del d. lgs. n. 50/2016 (nell'accezione delle modifiche introdotte dal legislatore nel 2017), per tutte le concessioni e i contratti di opere e servizi sopra soglia, ad alta intensità di manodopera e non comportanti attività intellettuale²⁷.

Ancora nel 2018 il Consiglio di Stato ha confermato l'orientamento volto a salvaguardare la libertà di organizzazione dell'imprenditore entrante, statuendo che con essa vadano temperati gli obblighi discendenti dalla clausola sociale, indipendentemente dalla fonte (contrattuale o da *lex specialis*) da cui la stessa derivi²⁸.

In ultimo l'Anac, con delibera 13 febbraio 2019, n. 114, ha formulato delle linee guida in materia (non vincolanti ma comportanti per le amministrazioni l'obbligo di puntuale motivazione in caso di non conformità nelle singole procedure di gara), nell'apprezzabile tentativo di offrire un bilanciamento tra le opposte esigenze in campo²⁹.

L'Autorità riconduce alla clausola sociale la duplice valenza di "prescrizione significativa nell'ambito del procedimento selettivo, tale da influenzare sia la stazione appaltante nella predisposizione degli atti di gara, sia i concorrenti nella formulazione delle offerte"; nonché di "importante vincolo contrattuale per l'appaltatore, denso di ricadute per la buona esecuzione del contratto e per le tutele apprestate nei confronti dei lavoratori alle dipendenze del soggetto cessante".

L'Autorità ritiene, ad esempio, che le clausole sociali siano obbligatorie solo nelle ipotesi espressamente menzionate nell'articolo 30 e non anche per tutti i contratti (come le forniture, i contratti intellettuali, quelli sotto-soglia ecc.), lasciando quindi intendere che di regola sussista una discrezionalità della stazione appaltante in materia. Inoltre le linee guida evidenziano la necessità di un'oggettiva, rilevante compatibilità tra il contratto precedente e quello da attivare, escludendo quindi l'applicabilità della clausola sociale nei casi di di-

²⁴ Tar Campania, Napoli, Sez. V, 8 gennaio 2018, n. 108.

²⁵ Ord, Cons. Stato Ad. Plen., n. 19/2013.

²⁶ Cons. Stato, Sez. III, 5 maggio 2017, n. 2078.

²⁷ Tar Campania, Napoli, Sez. I, 1 marzo 2018, n. 1334, in *Urb. Appalti*, 2018, n. 5, 699, con commento di S. Casini, *Clausola sociale: quando la sua assenza può viziare gli atti di gara*.

²⁸ Cons. Stato, Sez. V, 17 gennaio 2018, n. 272, in *Urb. Appalti*, 2018, n. 3, 339, con commento di F. Bevilacqua, *Attenzione alla "clausola sociale": neanche il ccnl può limitare la libertà imprenditoriale*.

²⁹ Per un primo commento A. Alvino, *La clausola sociale dopo le linee guida Anac n. 13*, in *Urb. appalti*, 2019, n. 3, 308 ss.

versità delle prestazioni dedotte nel contratto o di altri elementi che non rendano i contratti compatibili. L'Anac sostiene chiaramente come la concreta applicabilità della clausola sociale non possa non risentire dei principi europei ed interni in materia di libertà di impresa, concludendo nel senso che il principio deve essere armonizzato con l'organizzazione aziendale prescelta del nuovo affidatario, a prescindere dalla natura pattizio o legale della clausola sociale.

5. Dalla dimensione del “contraente pubblico” a quella della “domanda pubblica” nel mercato: utilità e prospettive per la tutela del lavoro.

Dovendo tirare le fila dell'evoluzione osservata, specie a livello di ordinamento interno, si potrebbero utilizzare due differenti chiavi di lettura, idonee ad evidenziare aspetti diversi e complementari.

Per un verso si potrebbe, infatti, affermare che gli intenti delle nuove direttive comunitarie in materia di integrazione degli aspetti sociali nella contrattualità pubblica appaiono ancora in attesa di una piena realizzazione. Il peso tutto sommato prevalente che viene attribuito al principio della concorrenza, nell'interpretazione della disciplina, testimonia un approccio che ancora finalizza il vincolo delle gare pubbliche essenzialmente all'apertura del mercato, alla riduzione della discrezionalità amministrativa e alla necessità di depurare lo strumento negoziale pubblico da logiche distorsive ed extra-economiche.

D'altro canto risulta evidente, specie dalla giurisprudenza in tema di clausole sociali, come la legittima considerazione di aspetti sociali non possa prescindere da un doveroso bilanciamento con le esigenze organizzative di impresa, pena lo snaturamento dello stesso strumento civilistico, che si nutre di determinate condizioni e respira in un contesto di mercato. Un bilanciamento che è il nucleo fondante dello stesso art. 41 Cost., in cui l'istanza della libertà di iniziativa economica è posta in relazione dialettica con una serie di limiti interni ed esterni, che ne sostanziano la doverosa connessione con l'“utilità sociale”, secondo la stretta formulazione costituzionale.

In questo senso la direzione tracciata dalle direttive europee di ultima generazione è chiaro: la disciplina degli appalti pubblici deve unire all'obiettivo fondamentale dell'apertura dei mercati, anche quello di concorrere “alla realizzazione di una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva garantendo contemporaneamente l'uso più efficiente possibile dei finanziamenti pubblici... in modo da accrescere l'efficienza della spesa pubblica ...e... un miglior uso per sostenere il conseguimento di obiettivi condivisi a valenza sociale”³⁰.

³⁰ Si assume in tal caso la sottolineatura fatta da G.D. Comperti, *La nuova sfida delle direttive europee in materia di appalti e concessioni*, in *federalismi.it*, 25 marzo 2015, il quale evidenzia come “la rilevanza strategica dal punto di vista economico ed istituzionale del settore ne ha progressivamente messo in luce le potenzialità quale fattore di “traino” per il sostegno di politiche ambientali ed occupazionale o di contrasto alla criminalità, o ancora quale strumento di “riorientamento” delle commesse pubbliche e d
ei consumi verso obiettivi sociali comuni”.

La grande questione diventa allora quella di esplorare il confine entro il quale gli obiettivi sociali possano essere affidati al mercato delle commesse pubbliche, e oltre il quale si rischia di snaturarne le dinamiche e i potenziali benefici.

Nella regolazione dei servizi di pubblica utilità questo confine è chiaro ed è segnato dalla nozione di “obbligo di servizio pubblico”: quella prestazione imposta dall’ente territoriale per fini sociali che un imprenditore medio, operando in normali condizioni di mercato, non assumerebbe perché troppo onerosa. In questi casi la regolazione dei mercati implica forme incentivanti e comunque ammette la copertura pubblica di quei costi (esattamente individuati sulla base dei contratti di servizio e secondo parametri predeterminati), anche in deroga alla normativa a garanzia della concorrenza.

Nella regolazione del mercato delle commesse pubbliche la prospettiva è in parte rovesciata perché destinatari della disciplina sono le amministrazioni che esprimono la domanda pubblica, vincolata nelle sue procedure di espressione, e, attraverso le previsioni relative alle clausole sociali, in parte anche nei suoi contenuti. La virtuosità dei comportamenti delle imprese non è, in tal caso, l’effetto diretto della regolazione, ma l’effetto indotto dalla domanda espressa dalle amministrazioni, in un meccanismo che deve pur sempre confrontarsi con un ambiente di mercato, sia pure potenziale.

Ecco perché il bilanciamento delle esigenze delle imprese con l’apertura agli aspetti sociali e ambientali è particolarmente rilevante: viene in gioco la stessa sostenibilità di un modello che pur sempre affonda i suoi pilastri nella libertà negoziale delle parti, pubblica e privata. Una libertà che deve comunque retrocedere di fronte a istanze fondamentali e non negoziabili (quali la tutela della dignità umana o dei minori), ma che può differentemente modularsi in ragione della pluralità delle fattispecie di clausole sociali o simili.

IL LAVORATORE NELL'IMPRESA FAMILIARE: ANALISI DEL GRADO DI TUTELA CIVILISTICA IN UNA PROSPETTIVA DI SISTEMA (*)

(*) N.d.R.: Il presente contributo è stato sottoposto, in forma anonima, a valutazione secondo una procedura di blindpeer review.

Sommario. 1. Il lavoro all'interno dell'impresa familiare: i diritti riconosciuti a favore del lavoratore familiare e le discrasie del sistema normativo. - 2. Tutela dei diritti del lavoratore e interesse d'impresa nel passaggio generazionale dell'attività d'impresa, in funzione di agevolazione. - 3. Struttura dell'impresa familiare in una riflessione di sistema tra tutele del lavoratore e istanze imprenditoriali.

di Dario Scarpa

Abstract

La tutela del lavoratore-familiare all'interno dell'impresa deve essere attentamente analizzata a livello civilistico per derivarne le conseguenze in tema di passaggio generazionale dell'impresa stessa ed avere una computa visione dell'istituto dell'azienda familiare. Si può sostenere come lo scopo che il legislatore ha voluto perseguire sia la tutela di coloro che, partecipando all'impresa familiare, prestano la loro attività nell'azienda, evitando che l'azienda finisca con l'essere attribuita ad un soggetto che potrebbe non aver alcun interesse al proseguimento dell'attività di impresa.

Parole chiave:

Lavoratore – Impresa – Tutela

1. Il lavoro all'interno dell'impresa familiare: i diritti riconosciuti a favore del lavoratore familiare e le discrasie del sistema normativo.

Il presente contributo vuole analizzare il grado di tutela, a livello civilistico, del lavoratore (familiare) all'interno dell'impresa di famiglia, con la necessaria connessa attenzione alla complessiva tutela che il codice civile riconosce a tale figura di lavoratore (si veda, in particolare, la disciplina del patto di famiglia).

Valga, in *incipit* della riflessione, richiamare la prescrizione di legge per cui, salvo che sia configurabile un diverso rapporto, il familiare che presta in modo continuativo la sua attività di lavoro nella famiglia o nell'impresa familiare ha diritto al mantenimento secondo la condizione patrimoniale della famiglia e partecipa agli utili dell'impresa familiare ed ai beni acquistati con essi nonché agli incrementi dell'azienda, anche in ordine all'avviamento, in proporzione alla quantità e qualità del lavoro prestato [art. 36 Cost]. Le decisioni concernenti l'impiego degli utili e degli incrementi nonché quelle inerenti alla gestione straordinaria, agli indirizzi produttivi e alla cessazione dell'impresa sono adottate, a maggioranza, dai familiari che partecipano all'impresa stessa.

La lettura del dato della norma riconosce ai familiari (coniuge, parenti entro il terzo grado ed affini entro il secondo grado) che prestano in modo continuativo la propria attività di lavoro nella famiglia o nell'azienda dell'imprenditore individuale i seguenti diritti: il diritto al

mantenimento secondo la condizione patrimoniale della famiglia, il diritto a partecipare agli utili dell'impresa familiare ed ai beni acquistati con gli stessi nonché agli incrementi dell'azienda, anche in ordine all'avviamento, in proporzione alla quantità ed alla qualità del lavoro prestato e il diritto di prelazione nel caso di divisione ereditaria e di trasferimento dell'azienda¹.

La stipula del patto di famiglia, avente ad oggetto un'azienda in cui collaborano altri familiari, oltre i discendenti beneficiari, non può annullare il diritto al mantenimento di cui parla il precetto normativo, attesa, pur tuttavia, la condizione che i familiari continuino a prestare la loro attività nell'impresa, sussistendo anche nei confronti del nuovo titolare i presupposti di cui all'art. 230 *bis* c.c.².

In riferimento al diritto di partecipazione agli utili ed agli incrementi occorre considerare la continuazione, da parte dei familiari, in occasione del trasferimento dell'azienda, della prestazione della loro attività nell'impresa: nel caso di cessazione dell'attività, il diritto di partecipazione agli utili ed incrementi agli stessi spettante dovrà essere liquidato in denaro dal disponente³, in relazione a quanto disposto dall'art. 230 *bis*, quarto comma, c.c.

Il diritto al mantenimento a favore dei partecipanti all'impresa familiare prescinde da eventi traslativi dell'azienda, dovendosi ritenere maturato per il fatto di prestare la propria attività lavorativa nell'impresa o nella famiglia; ovviamente, con il trasferimento dell'azienda l'onere di mantenimento cessa nei confronti del trasferente, in quanto per il lavoro già prestato nel passato il diritto è già stato goduto, per nascere, invece, nei confronti del nuovo titolare dell'azienda laddove lo stesso decida di continuare l'attività⁴.

Con riguardo al diritto di partecipazione agli utili ed agli incrementi dell'azienda⁵, il precetto normativo stabilisce che esso può essere liquidato in denaro alla cessazione, per qualsiasi causa della prestazione del lavoro ed altresì in caso di alienazione dell'azienda; ne risulta che, col trasferimento dell'azienda, si determina la possibilità di richiedere la liquidazione in denaro di tale partecipazione. Il diritto di credito corrispondente alla partecipazione maturata non è annullato nel caso di trasferimento della azienda, occorrendo, di fatto, determinare modi e termini per la liquidazione a seguito dell'avvenuto evento traslativo dell'azienda⁶.

Di conseguenza, nel caso di stipula di un patto di famiglia, dall'interpretazione data alla locuzione compatibilmente con le disposizioni in materia di impresa familiare se ne deve ricavare che il diritto di credito corrispondente alla partecipazione agli utili ed incrementi ma-

¹ In arg. Di Sapio, *Osservazioni sul Patto di famiglia (Brogliaccio per una lettura disincantata)*, in *Il dir. di fam. e delle pers.*, n. 3, 2006, Petrelli, *La nuova disciplina del "Patto di famiglia"*, in *Riv. not.*, 2006, p. 401 ss.

² Cfr. Vanzetti, *Trent'anni di studi sull'azienda*, in *Riv. dir. comm.*, 1958, p. 32.

³ In tema ancora Vanzetti, *Trent'anni di studi sull'azienda*, cit., p. 35.

⁴ In tema cfr. Pettiti, *Il trasferimento volontario d'azienda*, Napoli, 1970, p. 10.

⁵ Cfr. Colombo, *L'azienda e il suo trasferimento*, in *Trattato di diritto Commerciale e di diritto Pubblico* diretto da F. Galgano, vol. III, Padova, 1979, p. 345.

⁶ Il rinvio è a Colombo, *L'azienda*, in *Tratt. dir. comm. e dir. econ.*, diretto da Galgano, vol. III, Padova, p. 31.

turata per effetto dell'attività svolta non può subire compressione alcuna dal momento traslativo della proprietà dell'azienda⁷.

Le maggiori difficoltà ermeneutiche sorgono con riferimento al diritto di prelazione: il diritto di prelazione si ritiene incompatibile con il contratto di donazione, giacché, mancando un corrispettivo cui possa surrogarsi il titolare del diritto di prelazione, si avrebbe una conversione *ex lege* dell'atto di donazione in un atto a titolo oneroso⁸.

L'art. 230 *bis* c.c. stabilisce che in caso di divisione ereditaria i partecipi di cui al primo comma hanno diritto di prelazione sull'azienda. Stante il riconoscimento del diritto di prelazione a qualsiasi collaboratore familiare, anche se estraneo alla comunione ereditaria, la *ratio* di tale diritto è di tutelare coloro che, partecipando all'impresa familiare, prestano la loro attività nell'azienda e di evitare che l'azienda finisca con l'essere attribuita ad un soggetto che non presenta interesse alla continuazione dell'attività di impresa.

Volendo meglio specificare - in chiave aziendalistica - la volontà normativa, si può sostenere come lo scopo che il legislatore ha voluto perseguire nel riconoscere ai partecipi il diritto in esame sia la tutela di coloro che, partecipando all'impresa familiare, prestano la loro attività nell'azienda, evitando, in omaggio al principio economico della continuazione dell'attività produttiva, che l'azienda finisca con l'essere attribuita ad un soggetto che potrebbe non aver alcun interesse al proseguimento dell'attività di impresa⁹.

La questione da affrontare è se il patto di famiglia, stante la sua natura di atto di liberalità, possa ritenersi compatibile con il sorgere del diritto di prelazione a favore dei partecipi dell'impresa familiare. Il dato della norma definitoria stabilisce, come detto, che in caso di trasferimento dell'azienda i partecipi di cui al primo comma hanno diritto di prelazione sull'azienda. Dalla lettura combinata dei disposti di legge si evince che il patto di famiglia, assunto a contratto tipico per il trasferimento dell'azienda nell'ambito familiare, rientra tra le fattispecie di trasferimento dell'azienda¹⁰ cui fa riferimento l'art. 230 *bis*, quinto comma, c.c..

Attesa la finalità connessa al diritto di prelazione di cui alla disciplina dell'impresa familiare, vale a dire, occorre ribadirlo, quella di assicurare la continuazione dell'attività imprenditoriale nell'ambito della famiglia, da parte di soggetti che mostrano interesse a continua-

⁷ Mengoni, *Vendita dell'azienda da parte del curatore fallimentare e divieto di concorrenza*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1947, p. 521; Floridia, *Cessione dell'azienda in fase organizzativa e divieto di concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 1964, II, 543; Garegnani, *La cessione d'azienda: I) profili civilistici; II) profili economico-aziendali e tributari*, in *Riv. dott. comm.*, 1996, p. 71 e p. 241.

⁸ Cfr. Ragusa Maggiore, *Successione nella titolarità dell'azienda, comunione incidentale e società di fatto*, in *Dir. fall.*, 1984, II, p. 418; Restino, *Brevi note sulla disciplina in materia di trasferimento di azienda e di cessione di esercizi commerciali*, in *Giur. comm.*, 1995, p. 1034; Munari, *Trasferimento e affitto dell'azienda in relazione all'evoluzione della giurisprudenza della Cassazione*, in *Giur. comm.*, 1991, II, p. 231.

⁹ Cfr. Zoppini, *Profili di governance del "Patto di famiglia": il ruolo del cedente dopo la stipula del patto*, in *Relazione al convegno "Patto di famiglia e altre forme di trasferimento generazionale d'impresa. Disciplina ed aspetti controversi"* (Milano, 29 marzo 2006), Par. 2, secondo il quale "il patto di famiglia ha struttura e caratteri di liberalità ... in un'ottica latamente divisoria".

¹⁰ Vedi Rivolta, *Il trasferimento volontario di azienda nell'ultimo libro di Domenico Pettiti*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, p. 13; Della Ventura, *Cessione di azienda e trasferimento autonomo della clientela come valore di avviamento*, in *Giust. civ.*, 1989, II, p. 444; Spolidoro, *Conferimento di ramo d'azienda (considerazioni su fattispecie e discipline applicative)*, in *Giur. comm.*, 1997, p. 692 e, non più recentemente, Auletta, *Alienazione dell'azienda e divieto di concorrenza*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1956, p. 1223; Id., *Note in tema di circolazione dell'azienda*, in *Riv. soc.*, 1963, 457.

re l'attività di impresa, le situazioni configurabili sono quelle in cui unici collaboratori ex art. 230 *bis* c.c. sono proprio i discendenti beneficiari del patto di famiglia, in tal caso la compatibilità con le disposizioni dell'impresa familiare è, naturalmente, assicurata. Laddove, invece, tra i collaboratori risultino, oltre ai discendenti beneficiari del patto di famiglia, anche degli altri familiari, gli stessi devono essere messi in condizione di esercitare il diritto di prelazione loro riconosciuto dal precetto della norma in materia di impresa familiare¹¹.

In tema di esercizio della prelazione deve ritenersi ammissibile una rinuncia preventiva, che intervenga prima della notifica della intenzione di trasferire l'azienda; la prelazione deve essere esercitata entro il termine di due mesi dall'ultima delle notificazioni agli aventi diritto; se i collaboratori che intendono esercitare il diritto di prelazione sono più di uno, l'azienda è assegnata a tutti in parti uguali e tra gli stessi si costituisce una società di fatto¹².

Con riferimento al possibile esercizio del potere di riscatto in caso che il diritto di prelazione venga negletto, si ritiene, a parere di chi scrive, il riscatto *non* compatibile, di conseguenza che ai partecipi all'impresa familiare in caso di violazione del diritto di prelazione spetterebbe solo e soltanto il diritto al risarcimento del danno¹³. Attesa, infatti, l'assenza di un sistema di pubblicità dell'impresa familiare, il potere di riscatto a favore dei partecipanti l'impresa penalizza, in modo ingiustificato, il terzo acquirente, privo di qualsiasi strumento conoscitivo per accertare se, con riguardo all'azienda trasferita, esistano aventi titolo al diritto di prelazione e al successivo diritto di riscatto.

Dal punto di vista pratico, occorre, ora, verificare la fattispecie in cui taluno dei collaboratori familiari non beneficiari manifesti la propria intenzione di esercitare il diritto di prelazione, e le relative ripercussioni sull'intenzione dell'imprenditore di procedere alla stipula del patto di famiglia. Appare corretto, alla luce dell'interpretazione che si è data all'avverbio compatibilmente, ritenere sussistere per il soggetto l'*impossibilità giuridica* di procedere al patto di famiglia, ne consegue che le strade percorribili sono: o desistere dall'intenzione di trasferire l'azienda ovvero, aggirando il dato della norma, stipulare un atto di cessione di azienda a titolo oneroso con conseguente trasferimento dell'azienda ai collaboratori familiari che abbiano comunicato la loro intenzione di esercitare il diritto di prelazione¹⁴.

¹¹ In tema Oberto, *Contratto e famiglia*, in Aa. Vv., *Temi e problemi del contratto*, a cura di Roppo, Milano, 2006. L'argomento è stato sviluppato in particolare dallo scrivente nei seguenti lavori: Id., *I contratti della crisi coniugale*, I, Milano, 1999, p. 13 ss.; Id., *L'autonomia negoziale nei rapporti patrimoniali tra coniugi (non in crisi)*, in *Famiglia*, 2003, p. 617 ss.; Id., *Il regime di separazione dei beni tra coniugi. Artt. 215-219, in Il codice civile*. Commentario fondato da Schlesinger e continuato da Busnelli, Milano, 2005, p. 64 ss.

¹² Attanzio, *L'Impresa di generazione in generazione*, Relazioni ai Convegni di studio su "Patti di famiglia per l'impresa", tenutisi a Milano il 31 marzo 2006 ed a Napoli il 12 maggio 2006, organizzati dalla Fondazione Italiana per il Notariato; Schlesinger, *La trasmissione familiare della ricchezza. Limiti e prospettive di riforma del sistema successorio*, Padova, 1995, p. 137.

¹³ In tema Ghidini, *Disciplina giuridica dell'impresa*, Milano, 1950, p. 164 ss. e Auletta, voce *Azienda*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, vol. IV, p. 5. La teoria onnicomprensiva giunge a ravvisare una perfetta corrispondenza tra il contenuto dell'azienda ed i risultati dell'esercizio dell'impresa: l'azienda comprende per definizione tutto quanto, contribuendo alla funzionalità ed all'avviamento, serve all'esercizio dell'impresa. In argomento vedi in dottrina Ferrara, *La teoria giuridica dell'azienda*, Firenze, 1949, p. 111 e in giurisprudenza Cass., 22 gennaio 1972, n. 171, in *Giur. it.*, 1973, p. 262; Cass., 29 ottobre 1966, n. 2714, in *Foro it.*, 1967, p. 283.

¹⁴ Vedi Rinaldi, *Alcune considerazioni in tema di impresa minore nell'imposta sul reddito tra norme vigenti e prospettive di riforma*, in *Rass. trib.*, 2006, p. 515 ss. Sul tema vedi anche Baralis, *Influenze della legislazione tributaria sulla legislazione civile. Anche modifiche "indotte" alla legislazione civile?*, in *Studi e Materiali*, 2003, p. 403 ss.

L'eventuale stipula del patto in violazione della prelazione, lungi dal presentare forme di invalidità del contratto stesso, determinerà per il collaboratore familiare la nascita del diritto al risarcimento dei danni subiti e alla liquidazione della partecipazione agli utili ed agli incrementi¹⁵.

Concludendo le nostre riflessioni in tema di compatibilità tra disciplina del patto di famiglia e disciplina dell'impresa familiare, è opportuna una constatazione in ordine alla tecnica contrattuale da adottare: al fine di far constare espressamente in atto la rinuncia espressa al diritto di prelazione, e, di risulta, rendere il patto di famiglia compatibile con le disposizioni in materia di impresa familiare, è necessario l'intervento in atto dei collaboratori familiari titolari dell'esercizio del diritto di prelazione.

La presenza di tali soggetti al momento della stipula del patto risulta opportuna anche per la possibile determinazione ed approvazione, certificate in atto, dell'ammontare dei crediti spettanti ai collaboratori per gli utili e gli incrementi maturati nell'attività nell'impresa familiare, nonché per la eventuale liquidazione dei crediti spettanti ai collaboratori familiari per gli utili e gli incrementi.

La riflessione deve riguardare anche una compiuta analisi in tema di applicazione delle normative lavoristica e privatistica; in materia, la giurisprudenza afferma come il principio secondo cui le prestazioni lavorative rese in ambito familiare si presumono gratuite in quanto normalmente compiute *affectionis vel benevolentiae* causa si riferisce all'ipotesi del familiare che intenda far valere la subordinazione nei confronti del proprio congiunto al quale ha reso determinate prestazioni lavorative senza alcuna formalizzazione¹⁶.

Al contrario, nel caso in cui il datore di lavoro abbia provveduto a regolarizzare le posizioni lavorative dei propri famigliari iscrivendoli a libro paga della propria azienda e versando la relativa contribuzione all'INPS, è evidente che le parti private (e cioè i familiari) hanno inteso instaurare un rapporto di lavoro subordinato che è stato formalizzato nel rispetto della normativa di lavoro e previdenziale. Ed allora l'onere probatorio della simulazione è tutto a carico dell'ente previdenziale: come nell'ipotesi inversa (e più frequente) in cui l'accertamento ispettivo è volto a smascherare rapporti formalizzati come autonomi per far emergere la subordinazione, anche in questo caso, in applicazione delle medesime regole di cui all'art. 2697 c.c., spetta all'INPS, in quanto creditore della pretesa contributiva, l'onere di dimostrare che i lavoratori non debbano essere inquadrati come dipendenti, ma come coadiutori di impresa familiare¹⁷.

¹⁵ Cfr. Casanova, *Impresa e azienda*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1973, pp. 734 ss.: "l'azienda è l'organizzazione in cui si coordinano tutti i fattori della produzione e reali i personali e non solo attuali, ma anche prospettivi". L'art. 2555 c.c. identifica l'azienda con il complesso di beni organizzati per l'esercizio dell'impresa. L'espressione *beni* viene perciò necessariamente ad assumere un'accezione amplissima tale da includere tutti gli elementi oggettivi, di qualsiasi natura, la cui globale combinazione serva all'esigenza e alla vita dell'impresa.

¹⁶ L'art. 230 bis tende a dare nuova dignità giuridica e strumenti omogenei ad un importante fenomeno di organizzazione spontanea di lavoratori aperto ad evoluzioni radicali ed alimentato da tradizioni mutate in massima parte dall'esperienza delle comunità rurali le quali non si fondano sulla legittimità di un matrimonio bensì su un valido e stabile rapporto di affetti e di collaborazione analogo nei contenuti concreti al rapporto delineato dall'art. 143 c.c., ma nel quale si sovrappongono il ruolo produttivo ed il ruolo tradizionalmente indicato come "cura della famiglia".

¹⁷ Corte appello sez. lav. - Genova, 02/03/2018, n. 45.

2. Tutela dei diritti del lavoratore e interesse d'impresa nel passaggio generazionale dell'attività d'impresa in funzione di agevolazione.

L'interesse alla promozione dell'attività di impresa, piuttosto che quello privato di ciascun imprenditore alla autoregolamentazione del proprio assetto patrimoniale, costituisce la *ratio* dell'introduzione dell'istituto giuridico del patto di famiglia, stante la mancanza di istanze assiologiche di autodeterminazione da parte del soggetto privato a disporre delle diverse componenti del suo patrimonio¹⁸.

Attesa la prospettiva d'indagine metodologica che concentra l'attenzione sul momento del governo dell'impresa, occorre preservare l'efficienza dell'impresa sul piano della sua capitalizzazione e garantire la disposizione delle partecipazioni al capitale di rischio, al fine di

¹⁸ Risulta interessante ripercorrere le tappe normative che hanno condotto alla stesura del patto di famiglia. Il testo proposto dal gruppo di lavoro coordinato dai professori Antonio Masi e Pietro Rescigno è il seguente: "*Patto di famiglia*. L'imprenditore può assegnare, con atto pubblico, l'azienda a uno o più discendenti. Al contratto devono partecipare oltre all'imprenditore i discendenti che sarebbero legittimari ove in quel momento si aprisse la successione. Coloro che acquistano l'azienda devono corrispondere agli altri discendenti legittimari e non assegnatari, ove questi non vi rinunzino in tutto o in parte, una somma non inferiore al valore delle quote previste dagli articoli 536 e seguenti. Quanto ricevuto dai contraenti non è soggetto a collazione o riduzione. All'apertura della successione, il coniuge e gli altri legittimari che non vi abbiano partecipato possono chiedere il pagamento della somma prevista dal terzo comma, aumentata degli interessi legali, a tutti i beneficiari del contratto". *Patto d'impresa*. L'atto costitutivo può prevedere a favore della società, dei soci o di terzi il diritto di acquistare le azioni nominative cadute in successione. Per l'esercizio del riscatto, l'atto costitutivo non può prevedere un termine superiore a sessanta giorni dalla comunicazione alla società della apertura della successione. Se non espressamente previsto, il termine è di sessanta giorni. Il prezzo deve corrispondere al valore delle azioni e, salvo patto contrario, deve essere pagato contestualmente all'esercizio del riscatto. In caso di mancato accordo, il valore è determinato da un perito nominato ai sensi dell'art. 2343 bis. I costi della perizia sono a carico di chi intende esercitare il riscatto. Dalla apertura della successione all'esercizio del riscatto, o all'espresso rifiuto di esercitarlo ovvero alla scadenza del termine di cui al secondo comma, il diritto di voto per le azioni cadute in successione è sospeso, ma esse sono tuttavia computate nel capitale ai fini del calcolo delle quote richieste per la costituzione e per le deliberazioni dell'assemblea. E' altresì sospeso il termine per esercitare il diritto di opzione". Il testo del disegno di legge di iniziativa dei senatori Pastore ed altri è il seguente: "Art. 734 bis. *Patto di famiglia*. L'imprenditore può assegnare, con atto di donazione, l'azienda a uno o più discendenti. Al contratto devono partecipare anche i discendenti che sarebbero legittimari ove in quel momento si aprisse la successione; possono parteciparvi, ai soli effetti di cui al sesto comma, il coniuge dell'imprenditore e coloro che potrebbero divenirne legittimari a seguito di modificazioni del suo stato familiare. Gli assegnatari dell'azienda devono liquidare gli altri partecipanti al contratto, ove questi non vi rinunzino in tutto o in parte, con il pagamento di una somma corrispondente al valore delle quote previste dagli articoli 536 e seguenti; i contraenti possono convenire che la liquidazione, in tutto o in parte, avvenga in natura. Salvo patto contrario, i beni assegnati con lo stesso contratto agli altri partecipanti non assegnatari dell'azienda, secondo il valore attribuito in contratto, sono imputati alle quote di legittima ad essi spettanti; l'assegnazione può essere disposta anche con successivo contratto che sia espressamente dichiarato collegato al primo e purché vi intervengano i medesimi soggetti che hanno partecipato al primo contratto o coloro che li abbiano sostituiti. Quanto ricevuto dai contraenti non è soggetto a collazione o riduzione. All'apertura della successione dell'imprenditore, il coniuge e gli altri legittimari che non vi abbiano partecipato possono chiedere ai beneficiari del contratto il pagamento della somma prevista dal terzo comma, aumentata degli interessi legali. Il presente articolo si applica anche alle partecipazioni sociali.". "Art. 2284 bis. *Patto d'impresa*. L'atto costitutivo può prevedere a favore dei soci o di terzi il diritto di acquistare le quote cadute in successione. In mancanza di diversa pattuizione contenuta nell'atto costitutivo, il diritto deve essere esercitato entro sessanta giorni dalla comunicazione alla società della apertura della successione. Il prezzo deve corrispondere al valore delle quote e, salvo patto contrario, deve essere corrisposto contestualmente all'esercizio del diritto. In caso di mancato accordo, il valore è determinato da un perito nominato ai sensi dell'art. 2343 bis. I costi della perizia sono a carico di chi intende esercitare il diritto. Dalla apertura della successione sino all'esercizio del diritto, all'espresso rifiuto di esercitarlo ovvero alla scadenza del termine di cui al secondo comma, i diritti connessi alla titolarità delle quote cadute in successione sono sospesi". "Art. 2355 bis. *Patto d'impresa*. L'atto costitutivo può prevedere a favore della società, dei soci o di terzi il diritto di acquistare le azioni nominative cadute in successione. In mancanza di diversa pattuizione contenuta nell'atto costitutivo ovvero nello statuto sociale, il diritto deve essere esercitato entro sessanta giorni dalla comunicazione alla società della apertura della successione. Si applicano il terzo e il quarto comma dell'articolo 2284 bis. Dalla apertura della successione sino all'esercizio del diritto, all'espresso rifiuto di esercitarlo ovvero alla scadenza del termine di cui al secondo comma, il diritto di voto per le azioni cadute in successione è sospeso; esse sono tuttavia computate nel capitale ai fini del calcolo delle quote richieste per la costituzione e per le deliberazioni dell'assemblea. E' altresì sospeso il termine per esercitare il diritto di opzione". E' inoltre previsto che all'art. 2479 c.c. sia aggiunto il seguente comma: "Si applicano alla società a responsabilità limitata le disposizioni dell'articolo 2355 bis, fatta eccezione per l'ultimo periodo del quarto comma".

accrescerne il grado di appetibilità ed aumentare la capacità dell'impresa di attrarre investimenti¹⁹.

Preliminarmente all'analisi del raffronto tra la disciplina del patto di famiglia e quella dell'impresa familiare, occorre verificare la presunta esistenza di una regola di preferenza, da parte del legislatore, per il patto di famiglia sulla base di una sorta di presunzione di una corrispondente volontà dei contraenti desumibile dal corpo del contratto che, dotato dei requisiti oggettivi e soggettivi previsti dalla legge, dovrebbe qualificarsi come patto di famiglia, se non diversamente disposto dai contraenti stessi²⁰. Attesa la constatazione della probabile intenzione del legislatore in tal senso (la perentorietà del precetto di cui all'art. 768 *bis* c.c. orienta verso la obbligatorietà del patto di famiglia), si propende verso la soluzione opposta²¹.

Si rifletta: secondo i principi dell'autonomia privata, gli effetti di ogni atto negoziale devono ricondursi, nella loro essenza, alla volontà delle sue parti: tale volontà viene interpretata secondo criteri di significazione obbiettivi, e, pur tuttavia, la stessa deve essere riconducibile alla positiva determinazione delle parti.

Il patto di famiglia è un contratto plurilaterale *inter vivos* traslativo ad efficacia reale col quale si apre una successione anticipata nei beni produttivi del disponente, in deroga al principio di unitarietà della successione. L'istituto *de quo* ha lo scopo di assicurare continuità all'impresa, preservandola da possibili vicende successorie conseguenti alla morte del suo titolare, tentando la conciliazione tra il diritto dei legittimari e l'esigenza dell'imprenditore che intende garantire alla propria azienda una successione non aleatoria

¹⁹ L'impulso riformatore proviene dalla stessa Commissione europea, come risulta dalla raccomandazione della Commissione UE del 7 dicembre 1994 e dalla comunicazione n. 98/C 93/02 relativa alla trasmissione delle piccole e medie imprese, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale delle Comunità europee n. C93 del 28 marzo 1998, in cui si rileva che *specialmente nel caso delle imprese familiari, gli accordi (interfamiliari) possono essere utilizzati per tramandare determinati criteri gestionali da una generazione all'altra, così come peraltro già avviene nella maggioranza degli Stati membri*. Ne consegue che "gli Stati membri che vietano i patti successori (Italia, Francia, Belgio, Spagna, Lussemburgo) dovrebbero provvedere a consentirli, dal momento che il predetto divieto complica inutilmente la buona gestione del patrimonio (familiare): così la Relazione al disegno di legge 3870 dell'8 aprile 2003, assorbito poi dal disegno di legge 3567 e trasfuso nella legge di riforma. Sulla comunicazione della Commissione UE del 1994, v. Calò, *Piccole e medie imprese: cavallo di Troia di un diritto comunitario delle successioni?*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 1997, II, p. 217 ss. e, con riferimento alla nuova legge, Zoppini, *Il patto di famiglia non risolve le liti*, in *Il Sole 24Ore* del 3 febbraio 2006, p. 27.

²⁰ Cfr. Zoppini, *Il patto di famiglia. Linee per la riforma dei patti per le successioni future*, in *Studi in onore di Salis*, Torino, 2000, II, p. 1265. Si veda altresì, Schlesinger, *Interessi dell'impresa e interessi familiari nella vicenda successoria*, in *Aa.Vv., La trasmissione familiare della ricchezza. Limiti e prospettive di riforma del sistema successorio*, Padova, 1995, p. 131; leva, *Il trasferimento dei beni produttivi in funzione successoria: patto di famiglia e patto di impresa. Profili generali di revisione del divieto dei patti successori*, in *Riv. not.*, 1997, p. 1371.

²¹ Nella prospettiva di favorire la successione nell'impresa o nelle partecipazioni societarie in funzione della selezione dell'erede dotato di maggiore attitudine imprenditoriale già la prassi ammette - nelle società personali - clausole statutarie che consentono ai soci superstiti di scegliere tra i successori del socio defunto quello o quelli con i quali continuare il rapporto societario (in tal senso Ghidini, *Società personali*, Padova, 1972, p. 499; Pfnister, *Le clausole degli statuti delle società di persone in tema di morte del socio*, in *Contr. e impr.*, 1999, p. 1446), fermo restando il diritto per gli altri eredi di ottenere la liquidazione della quota del socio defunto nei limiti del valore della rispettiva frazione ereditaria. L'utilità di tale clausola si rinviene nel temperamento al principio dell'unanimità che connota normalmente le manifestazioni di volontà che dovessero esser assunte dagli eredi e soprattutto nella possibilità di effettuare scelte strumentali all'impresa, evitando ai soci superstiti di doversi confrontare con i problemi concernenti i rapporti reciproci tra i coeredi e senza necessità di ricorrere ad aumenti di capitale o cessione di quote.

a favore di uno o più dei propri discendenti, assicurando la liceità di tali accordi e la predisposizione di strumenti di tutela dei legittimari esclusi dalla proprietà dell'azienda stessa²².

Iniziando la lettura del dato normativo, va sottolineato che l'art. 768 *bis* c.c. precisa che il trasferimento deve avvenire nel rispetto delle disposizioni in materia di impresa familiare (art. 230 *bis* c.c.) e, quanto alle partecipazioni, nel rispetto delle differenti tipologie societarie, con ciò intendendosi non solo la disciplina normativa delle diverse società, ma anche le singole discipline adottate nell'ambito dell'autonomia statutaria.

Nel caso in cui si intenda trasferire l'impresa familiare, si dovrà preliminarmente provvedere, a norma dell'articolo 230 *bis* c.c., alla liquidazione degli altri familiari corrispondendo loro un importo, proporzionato alla qualità e quantità del lavoro svolto, pari alla somma del mantenimento, ove il familiare non ne avesse usufruito, degli utili, del valore dei beni acquistati e dell'avviamento. Nell'ipotesi che l'azienda afferisca ad una impresa *ex art. 230 bis* c.c., l'art. 768 *bis* c.c. impone che il trasferimento avvenga *compatibilmente con le disposizioni in materia*, per l'appunto, di impresa familiare.

Prescindendo dalla possibile qualificazione giuridica dell'istituto *de quo* in senso donativo, e anticipando le conclusioni del nostro *iter* interpretativo, sembra, a parere di chi scrive, potersi affermare che il carattere gratuito e liberale dell'attribuzione in discorso escluda che in capo ai partecipanti all'impresa familiare sorga il diritto di prelazione sull'azienda trasferita (*ex artt. 230 bis*, quinto comma, e art. 732 c.c.) il quale, per sua natura, spetta solo a fronte di contratti a titolo oneroso.

Se si riflette sulla portata innovativa del patto di famiglia nell'originario impianto codicistico se ne desume che il riferimento alla disciplina dell'impresa familiare può essere interpretato alla stregua di una deroga di quanto disposto dal primo comma dell'art. 230 *bis* c.c., nel senso che quanto attribuito ai legittimari non assegnatari non deve costituire corrispettivo dell'attività da loro svolta nell'ambito dell'impresa familiare e comunque non deve integrare una partecipazione agli utili dell'impresa od agli incrementi dell'azienda proporzionale alla quantità e qualità del lavoro prestato; attesa la natura traslativa dell'azienda a seguito della stipula del patto, il titolare deve procedere a liquidare preventivamente i familiari che collaborano nell'impresa, secondo quanto previsto dal quarto comma dell'art. 230 *bis* c.c.²³.

²² Ciò trova riscontro in uno degli istituti introdotti al fine di favorire una più efficiente gestione delle imprese inteso a favorirne la sopravvivenza nel momento del passaggio generazionale. Il Legislatore ha introdotto nel codice civile, con la legge 14 febbraio 2006 n. 55, gli articoli da 768 *bis* a 768 *octies* afferenti i patti di famiglia al fine di regolamentare per atto tra vivi, avente, a norma dell'art. 768 *bis* codice civile, forma di atto pubblico a pena di nullità, la successione dell'impresa per consegnare nelle mani del discendente più adatto il complesso aziendale. Tale atto dovrà, a norma dell'articolo 768 *bis* c.c., essere stipulato nel rispetto della normativa attinente le imprese familiari e le società.

²³ L'art. 230 *bis* c.c., dopo aver stabilito che "salvo che sia configurabile un diverso rapporto, il familiare che presta in modo continuativo la sua attività di lavoro nella famiglia o nell'impresa familiare ha diritto al mantenimento secondo la condizione patrimoniale della famiglia e partecipa agli utili dell'impresa familiare ed ai beni acquistati con essi nonché agli incrementi dell'azienda, anche in ordine all'avviamento, in proporzione alla quantità e qualità del lavoro prestato. Le decisioni concernenti l'impiego degli utili e degli incrementi nonché quelle inerenti alla gestione straordinaria, agli indirizzi produttivi e alla cessazione dell'impresa sono adottate, a maggioranza, dai familiari che partecipano alla impresa stessa. I familiari partecipanti alla impresa che non hanno la piena capacità di agire sono rappresentati nel voto da chi esercita la potestà su di essi", al quarto comma precisa che il diritto di partecipazione è intrasferibile, salvo che il trasferimento avvenga a favore del coniuge, i parenti entro il terzo grado, gli affini entro il secondo col consenso di tutti i partecipi. Esso può essere liquidato in danaro alla cessazione, per qualsiasi causa, della prestazio-

3. Struttura dell'impresa familiare in una riflessione di sistema tra tutele del lavoratore e istanze imprenditoriali.

Le caratteristiche di un'impresa familiare non sono definibili *a priori* in quanto dipendono in larga parte dalle intime vicende che hanno interessato nel tempo l'azienda e il relativo nucleo familiare²⁴. La casistica riscontrabile nella realtà è ampia ed eterogenea, tant'è che la presenza di imprese a carattere familiare è diffusa addirittura all'interno del novero delle società quotate²⁵.

Attesa la frammentazione degli assetti proprietari all'interno di aziende monofamiliari, plurifamiliari e allargate, al fine di affrontare le problematiche legate al *trapasso generazionale* dell'azienda, occorre indagare la specifica fattispecie con riferimento alla complessità del bene impresa e alle modalità con cui si dispiega il nesso con la famiglia²⁶: difatti, al crescere della complessità aziendale e del nucleo familiare corrispondono forme di *governance* più strutturate ed indirette²⁷.

ne del lavoro, ed altresì in caso di alienazione dell'azienda. Il pagamento può avvenire in più annualità, determinate, in difetto di accordo, dal giudice.

²⁴ La stessa Commissione europea (Raccomandazione 94/1069/CE) in passato ha invitato gli Stati membri a sensibilizzare l'imprenditore ai problemi della successione e a indurlo a preparare l'operazione per tempo. Cfr. anche il sito web della Direzione Generale Imprese della Commissione Europea che dedica una sezione alle ricerche sul trasferimento delle imprese.

²⁵ La forma del capitalismo familiare è agevolata dalla capacità di investire a medio e lungo termine senza l'obbligo di distribuire dividendi o di pagare *stock option* ai dirigenti, richiede ingenti risorse di difficile reperibilità per crescere e rimanere competitiva. Nelle imprese di piccole e medie dimensioni il patrimonio aziendale e quello familiare coincidono e l'attività di investimento, come quella di gestione ordinaria, vengono finanziate con il ricorso a forme di indebitamento tipicamente bancarie con orizzonte temporale a breve e medio termine.

²⁶ In tema si consiglia la lettura di Stella Richter Jr., *Il «patto di impresa» nella successione nei beni produttivi*, in *Diritto Privato*, Cedam, 1998, p. 265 ss.; Zoppini, *Il patto di famiglia (linee per la riforma dei patti sulle successioni future)*, in *Diritto Privato*, Cedam, 1998, p. 255 ss. Con particolare attenzione alle analoghe esperienze francese e tedesca; Del Prato, *Sistemazioni contrattuali in funzione successoria: prospettive di riforma*, in *Riv. not.*, 2001, p. 625 ss.; nonché Bortoluzzi, *Successione nei beni di impresa: infeudamento o razionalizzazione dell'esercizio delle attribuzioni proprietarie*, in *Vita not.*, 1998, p. 1221 ss.; in tema v. anche Schlesinger, *Interessi dell'impresa e interessi familiari nella vicenda successoria*, in *La trasmissione familiare della ricchezza. Limiti e prospettive di riforma del sistema successorio*, Cedam, 1995, p. 131, e, di recente, Manes, *Prime considerazioni sul Patto di famiglia nella gestione del passaggio generazionale della ricchezza familiare*, in *Contr. impr.*, 2006, p. 539 ss. Osserva Rescigno, *Autonomia privata e limiti inderogabili nel diritto familiare e successorio*, in *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, II, Giuffrè, 2006, p. 416, che «i due settori di indagine sono contigui, in ragione dell'innegabile legame della vicenda ereditaria con gli istituti della proprietà e della famiglia: la proprietà ne costituisce il presupposto, la comunità familiare è tutelata in ordine al destino dei beni alla morte della persona».

²⁷ Delle istanze salvaguardia dell'integrità e della continuità dell'impresa il legislatore si è già fatto carico, in qualche misura, nella normativa di diritto agrario: in particolare nell'art. 49 della legge 3 maggio 1982, n. 203 (Norme sui contratti agrari), ove si prevede che in caso di morte del proprietario di fondi rustici condotti o coltivati direttamente da lui o dai suoi familiari, quelli tra gli eredi che, al momento dell'apertura della successione, risultino avere esercitato e continuino ad esercitare su tali fondi attività agricola, in qualità di imprenditori a titolo principale o di coltivatori diretti, hanno diritto a continuare nella conduzione o coltivazione dei fondi stessi anche per le porzioni ricomprese nelle quote degli altri coeredi e sono considerati affittuari di esse; ed ancora, nell'art. 4 della legge 31 gennaio 1994, n. 97 (Nuove disposizioni per le zone montane), che stabilisce che nei comuni montani, gli eredi considerati affittuari ai sensi dell'articolo 49 della legge 3 maggio 1982, n. 203, delle porzioni di fondi rustici ricomprese nelle quote degli altri coeredi hanno diritto, alla scadenza del rapporto di affitto instauratosi per legge, all'acquisto della proprietà delle porzioni medesime, unitamente alle scorte, alle pertinenze ed agli annessi rustici; nonché, infine, nell'art. 5 bis del D.lgs. 18 maggio 2001 n. 228, (Orientamento e modernizzazione del settore agricolo, a norma dell'articolo 7 della L. 5 marzo 2001, n. 57, come introdotto dal D.lgs. 29 marzo 2004 n. 99), che, in tema di compendio unico, prevede che se nel decennio di indivisibilità i beni disponibili nell'asse ereditario non consentano la soddisfazione di tutti gli eredi secondo quanto disposto dalla legge in materia di successioni o dal dante causa, si provvede all'assegnazione del compendio all'erede che la richieda, con addebito dell'eccedenza; a favore degli eredi, per la parte non soddisfatta, sorge dunque un credito di valuta garantito da ipoteca, iscritta a tassa fissa sui terreni caduti in successione, da pagarsi entro due anni dall'apertura della stessa con un tasso d'interesse inferiore di un punto a quello legale.

La connessione esistente tra azienda e famiglia consente di accumulare delle conoscenze presenti all'interno del nucleo familiare, vale a dire, volendo tradurre il dato in termini prettamente aziendalistici, dare continuità al proprio progetto imprenditoriale tramandando nel tempo un insieme di esperienze e *know how* utili alla gestione dell'impresa. Tali fattori, chiaramente intangibili, trovano una giustificazione economica nell'avviamento in quanto hanno ragione di esistere solo in quel determinato contesto, sono difficilmente replicabili in altre aziende e danno un vantaggio competitivo all'impresa che li possiede²⁸.

Risulta, come corollario, l'accrescimento delle garanzie sulla gestione dell'azienda familiare, attraverso la conclusione di un patto riconosciuto giuridicamente che minimizza il rischio fisiologico connesso al cambiamento, e assicura maggiore tutela a favore di coloro che, intessendo rapporti giuridici con l'impresa, sono portatori di un interesse economico alla corretta gestione aziendale.

Il passaggio generazionale rappresenta per le aziende una fase delicata che può causare conflitti interni alla gestione, al controllo ed alla liquidazione dell'azienda. Al fine di far fronte a tali situazioni di *empasse* giuridico-economica, si è riconosciuta la validità dei patti di famiglia diretti a consolidare la proprietà dell'impresa nelle mani di alcuni eredi designati dall'imprenditore uscente, derogando in parte al divieto del patto successorio²⁹.

La constatazione del ruolo preminente che la negozialità è venuta ad assumere nei rapporti e nelle dinamiche familiari è spia dell'esigenza di stabilità e di certezza dei rapporti patrimoniali, endofamiliari, vale a dire, all'interno del complesso e mutevole intreccio dei legami familiari e delle alterne vicende che possono intervenire³⁰.

In omaggio al principio appena espresso, occorre valutare un altro elemento che sembra fortemente connotare il patto di famiglia, vale a dire, l'ampia autonomia di stipulazione riconosciuta ai soggetti, intendendosi con tale espressione la misura dell'ampiezza dei poteri che l'ordinamento concede ai soggetti legittimati a stipulare questo nuovo tipo negoziale³¹.

Per espressa previsione normativa, le pattuizioni contenute nell'accordo di famiglia devono risultare *compatibili* con le disposizioni in materia di impresa familiare e rispettose delle differenti tipologie societarie.

²⁸ Con riferimento ad alcune tipologie di imprese familiari è possibile far ricorso agli investitori di *private equity*, apportanti il capitale necessario a liquidare gli azionisti uscenti e a conseguire le strategie imprenditoriali della nuova gestione. Ciò costituisce il passo ulteriore verso la crescita professionale e dimensionale dell'azienda, per un'apertura a nuove opportunità di business e in alcuni casi per la quotazione su un mercato regolamentato.

²⁹ In tema si veda Manes, *Prime considerazioni sul Patto di famiglia nella gestione del passaggio generazionale della ricchezza familiare*, in *Contratto e impresa*, pp. 539-544, dove si dà conto anche degli interventi comunitari in tema di successione nella piccola e media impresa: Raccomandazione 94/1069/CE (pubblicata nella G.U.C.E. del 31 dicembre 1994, n. L385, su cui cfr. Calò, *Piccole e medie imprese: cavallo di Troia di un diritto comunitario delle successioni?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, II, 217) e Comunicazione della Commissione 98/C93/02 (pubblicata nella G.U.C.E. del 28 marzo 1998, n. C93).

³⁰ Uckmar, *Cessione delle azioni e dell'azienda: aspetti di fiscalità italiana*, in Bonelli, De Andrè (a cura di), *Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 296; S. Lantino, *Acquisizioni di aziende e partecipazioni. Aspetti legali e tributari*, Milano, Ipsoa, 2002, p. 263.

³¹ Cfr. in argomento Casanova, *Azienda, impresa e leggi di nazionalizzazione*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 1979, p. 1344; Colombo, *L'azienda e il suo trasferimento*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia* diretto da Galgano, vol. III, Padova, 1979; De Passio, *Il trasferimento di azienda fra individuale e collettivo*, in *Giur. it.*, 1983, p. 1937.

La *compatibilità* con la disciplina dell'impresa familiare va interpretata nel senso che se i legittimari non assegnatari hanno svolto in maniera continuativa la propria attività lavorativa nell'ambito dell'impresa, la liquidazione ad essi spettante non deve integrare una partecipazione agli utili dell'impresa o agli incrementi dell'azienda proporzionale alla quantità e qualità del lavoro prestato³².

Come detto, l'inserzione dell'avverbio *compatibilmente* determina una sorta di *gerarchia normativa*, indirizzando l'interpretazione verso la prevalenza della disciplina dell'impresa familiare su quella del patto di famiglia. Di risulta, nel caso di vicenda traslativa della proprietà dell'azienda strumentale all'esercizio dell'impresa familiare, i familiari conserveranno, come già specificato, i diritti previsti dalla disciplina dell'impresa familiare, dovendosi, tuttavia, verificare se, all'esito dell'effetto traslativo, sia o meno cessato l'esercizio dell'impresa in forma familiare da parte del beneficiario del patto.

Con riferimento al diritto di prelazione spettante ai partecipanti all'impresa familiare, il diritto opererà laddove si ritenga che il suo ambito di applicazione non sia limitato ai soli trasferimenti a titolo oneroso ovvero, in ipotesi di divisione, al caso dei collaboratori che siano anche coeredi: nel qual caso sarà necessario che gli eventuali collaboratori familiari prelazionari, che siano anche legittimari, si costituiscano nell'atto pubblico allo scopo di rinunciare al diritto di prelazione *ex art. 230 bis*, comma 5, c.c.

A dispetto del carattere definitorio della norma di legge, l'interprete deve constatare, tuttavia, che la stessa si mantiene su un piano di assoluta genericità e non riesce a specificare quali siano attributi e proprietà della fattispecie che valgano a caratterizzarla in relazione alla dicotomia funzionale esistente tra l'istituto giuridico dell'impresa familiare, presente già nell'originario impianto codicistico e il nuovo strumento del patto di famiglia.

³² La verifica dei limiti di compatibilità, in caso di cessione di quote sociali, occorrerà distinguere. Se si tratta di partecipazioni in società personali, il patto di famiglia richiederà (salva diversa pattuizione) l'unanimità dei consensi dei soci, comportando la cessione una modifica del contratto sociale; l'approvazione a maggioranza sarà invece richiesta nell'ipotesi di cessione della quota dell'accordante. Se si tratta di società di capitali, la partecipazione è invece liberamente trasferibile, salve diverse previsioni statutarie.

DELLA NAVE COME STRUMENTO DI LAVORO E DELLA SUA PIGNORABILITÀ (*)

(*) N.d.R.: Il presente contributo è stato sottoposto, in forma anonima, a valutazione secondo una procedura di blindpeer review.

Sommario. 1. Introduzione. – 2. L'impignorabilità degli strumenti di lavoro. – 3. Il lavoro personale dell'armatore nell'impresa di navigazione. – 4. I limiti all'espropriazione forzata navale. – 5.

Conclusioni: la pignorabilità della nave come strumento di lavoro.

di Alessandro Cenerelli

Abstract

Tra le ipotesi di impignorabilità previste dal codice di procedura civile rientra quella relativa agli strumenti professionali del debitore. La norma trova applicazione ai piccoli operatori economici (professionisti, lavoratori autonomi in genere, artigiani, ecc.) e mira allo scopo di non precludere a tali soggetti la possibilità di svolgere la propria attività lavorativa. Anche nel settore della navigazione spesso si rinvengono attività incentrate sul lavoro del titolare. Nel presente contributo verrà affrontata la questione della disciplina applicabile in questi casi, allorquando l'oggetto del pignoramento sia costituito dalla nave o dagli altri beni della navigazione.

Parole chiave:

Clausola sociale; appalti pubblici; concorrenza; libertà di iniziativa economica privata.

1. Introduzione

I soggetti economici che operano nelle forme del lavoro autonomo e della piccola impresa sono accomunati dalla circostanza di partecipare direttamente, mediante il proprio lavoro personale, al processo produttivo. In ciò risiede uno degli elementi che differenziano tali figure dagli imprenditori di dimensioni medie o grandi, la cui attività, di regola, si risolve nella gestione ed organizzazione dei vari fattori adoperati e, quando si estrinseca anche in un personale apporto lavorativo, non è generalmente in grado di prevalere sul lavoro altrui, sui beni utilizzati e sui capitali investiti nella produzione¹. Siffatta circostanza ha talvolta indotto il legislatore a riconoscere in favore dei piccoli operatori economici un trattamento differenziato rispetto a quello degli imprenditori medio-grandi².

In questa tendenza si iscrive anche la previsione, ad opera del codice di procedura civile, di un regime di impignorabilità per i beni indispensabili all'esercizio di un'attività di lavoro autonomo o di impresa che sia connotata dal lavoro personale del titolare. La norma, come si dirà nel prosieguo, ha subito significativi cambiamenti in conseguenza delle modifiche che nel 2006 sono state apportate alle disposizioni del codice di rito in tema di esecu-

¹ In argomento v. O. Razzolini, *Piccolo imprenditore e lavoro prevalentemente personale*, Torino, 2012, pp. 2 ss.

² Ciò si è verificato soprattutto nell'ambito della legislazione previdenziale, che ha progressivamente esteso le assicurazioni sociali alle varie categorie di lavoratori autonomi e piccoli imprenditori. Sull'ampliamento della copertura assicurativa in favore del lavoro svolto non in forma subordinata v. M. Cinelli, *Diritto della previdenza sociale*, 10^a ed., Torino, 2012, pp. 145-158. Sull'evoluzione della previdenza sociale per i lavoratori autonomi ed i piccoli imprenditori v. A. Sica, *Gestioni previdenziali dei lavoratori autonomi*, in *Dir. prat. lav.*, 2009, p. 2397.

zione mobiliare. All'originaria impignorabilità assoluta degli strumenti da lavoro, infatti, è stata sostituita una loro impignorabilità soltanto relativa. Sempre con la novella del 2006, inoltre, sono stati individuati con maggiore precisione i presupposti soggettivi dell'impignorabilità, la quale, in parte recependo soluzioni già emerse in sede giurisprudenziale, è stata esclusa ove il debitore rivesta la forma di società o la sua attività sia connotata, sul piano organizzativo, dalla prevalenza del capitale sul lavoro.

Sotto quest'ultimo profilo appare particolarmente interessante il settore della navigazione, in cui spesso si incontrano, soprattutto nel comparto della pesca, imprese basate sul lavoro personale del titolare. In proposito, tuttavia, si pone il problema dell'individuazione della disciplina da applicare quando lo strumento indispensabile al lavoro del debitore sia costituito dall'imbarcazione con cui egli svolge la sua attività: occorre infatti confrontarsi con il regime giuridico di tale categoria di cespiti, la cui disciplina è principalmente affidata alle regole del diritto marittimo. Siffatta normativa regolamenta, in via di specialità, anche l'espropriazione forzata di navi, galleggianti e altri beni nautici, per cui dubbi possono sorgere in merito all'applicabilità, nei loro confronti, delle menzionate regole del diritto processuale civile sulla esclusione degli strumenti professionali dal pignoramento.

La problematica da ultimo indicata verrà discussa nelle pagine che seguono, dopo aver brevemente ricostruito la disciplina generale in tema di impignorabilità e quella speciale sui limiti al pignoramento navale.

2. L'impignorabilità degli strumenti di lavoro

Il principio della responsabilità patrimoniale, sancito dall'art. 2740 c.c., implica che l'adempimento delle obbligazioni del debitore sia garantito dall'intero suo patrimonio, il quale soggiace alle azioni esecutive che il creditore intende esperire per conseguire, a fronte dell'inadempimento, il soddisfacimento delle proprie ragioni. In deroga a detto principio, tuttavia, il legislatore ha previsto che determinati cespiti restino esclusi dall'espropriazione forzata promossa contro il debitore inadempiente³. In proposito si distinguono beni assolutamente impignorabili e beni relativamente impignorabili⁴.

La prima categoria è contemplata dall'art. 514 c.p.c. e, secondo l'opinione prevalente, trova il suo fondamento in ragioni di carattere spirituale o umanitario oppure in motivazioni di stampo politico-amministrativo⁵.

³ B. Capponi, *Manuale dell'esecuzione civile*, 3^a ed., Torino, 2015, p. 188-189. È opportuno precisare che, talvolta, l'impignorabilità discende non da una specifica previsione in tal senso, ma dal generale regime di inalienabilità a cui il bene è sottoposto. È il caso, per esempio, dei beni demaniali e patrimoniali indisponibili dello Stato e degli enti pubblici e degli altri cespiti che, in base alla vigente normativa, soggiacciono a divieti di alienazione. In queste evenienze, a ben vedere, l'impignorabilità non è stabilita direttamente dalla legge, ma deriva dal vincolo di destinazione che è impresso al bene dall'ordinamento e che non può essere pregiudicato nemmeno dall'espropriazione forzata promossa contro il suo proprietario.

⁴ Occorre rammentare che le regole in tema di impignorabilità operano anche in sede di fallimento, stante il richiamo operato dall'art. 46, comma 1, n. 5, legge fall. Si ritiene, tuttavia, che tale disposizione si riferisca esclusivamente ai beni assolutamente impignorabili. Sul punto v. A. Maffei Alberti, *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, 2000, p. 181.

⁵ Secondo altri autori, al contrario, l'impignorabilità assoluta si fonderebbe sempre su ragioni di interesse pubblico. La questione, peraltro, non ha una valenza meramente teorica, poiché dall'adesione a quest'ultima ricostruzione discende la rilevanza d'ufficio dell'impignorabilità. Ove si aderisca, invece, all'opinione maggioritaria riportata nel testo, l'impignorabilità, essendo posta

In altre eventualità, invece, il legislatore ha optato per una impignorabilità soltanto relativa, cioè legata alla presenza, in concreto, di specifiche circostanze, le quali devono essere accertate e valutate, di volta in volta, dal giudice dell'esecuzione⁶. Il principale referente normativo è qui costituito dall'art. 515 c.p.c., che fa leva su un criterio di sussidiarietà, essendo consentito di sottoporre ad espropriazione forzata i beni ivi elencati soltanto quando non sia possibile escutere fruttuosamente gli altri cespiti del debitore. Al contrario, l'art. 516 c.p.c., pure riconducibile alla categoria dell'impignorabilità relativa, adotta un criterio temporale, ammettendo il pignoramento dei frutti naturali non ancora raccolti solo nelle ultime sei settimane che precedono il momento della loro ordinaria maturazione.

Ai fini della presente disamina, particolare rilievo assumono i limiti alla pignorabilità degli strumenti indispensabili per l'esercizio della professione, arte o mestiere del debitore. La norma, applicabile a lavoratori autonomi e imprenditori la cui attività sia connotata dal prevalente lavoro personale, ha subito un sensibile mutamento a seguito delle modifiche introdotte nel 2006⁷.

Precedentemente, infatti, tali cespiti rientravano tra quelli contemplati dall'art. 514 c.p.c., così beneficiando di un regime di assoluta impignorabilità, mediante il quale si intendeva perseguire lo scopo di non privare i piccoli operatori economici della possibilità di vivere del proprio lavoro.

A seguito della novella del 2006, invece, la disciplina degli strumenti professionali è transistata nell'art. 515 c.p.c., per cui detti beni sono stati collocati tra quelli relativamente impignorabili. Più precisamente, gli strumenti indispensabili per l'attività del debitore, a differenza che in passato, sono oggi espropriabili, ma la loro espropriabilità è subordinata alla condizione dell'insufficienza degli altri cespiti del debitore medesimo ed è sottoposta al limite quantitativo del quinto del loro valore.

Tra le ragioni della riforma va annoverata l'esigenza di salvaguardare le posizioni creditorie nei confronti di liberi professionisti e piccoli imprenditori che, già esenti dal fallimento, sotto la previgente normativa potevano altresì vantare, con riguardo all'esecuzione individuale, il beneficio dell'impignorabilità assoluta dei beni strumentali alla propria attività⁸. Si è inoltre cercato di rimuovere una situazione di disparità di trattamento rispetto ai lavoratori dipendenti, i cui redditi sono da sempre assoggettati a pignoramento, sebbene nei limiti fissati dall'art. 545 c.p.c. e dalle altre disposizioni speciali in materia. Sotto quest'ultimo profilo, tuttavia, occorre segnalare che nemmeno con le modifiche introdotte nel 2006 vi è

nell'esclusivo interesse del debitore, potrà essere fatta valere soltanto da quest'ultimo mediante opposizione all'esecuzione. In argomento v. A.C. Saitta, *Rilevabilità d'ufficio della impignorabilità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, pp. 1359 ss.

⁶ Secondo la prevalente opinione, anche l'impignorabilità relativa è deducibile, da parte del debitore, mediante opposizione all'esecuzione: a sostegno di tale soluzione si rileva come l'art. 615, comma 2, c.p.c. indichi le questioni attinenti alla pignorabilità dei beni quali motivi di opposizione all'esecuzione, non distinguendo tra impignorabilità assoluta e relativa. In proposito cfr. F. De Stefano, *Il nuovo processo di esecuzione*, Milano, 2006, p. 136.

⁷ La legge 24 febbraio 2006, n. 52, ha abrogato il n. 4 dell'art. 514 c.p.c. e, contemporaneamente, ha inserito un nuovo comma 3 nell'art. 515 del medesimo codice. Per effetto di tale intervento legislativo, come illustrato dettagliatamente nel testo, i beni strumentali sono dunque transitati da un regime di impignorabilità assoluta ad uno di impignorabilità relativa.

⁸ M. Acone, *Le novità in materia di pignoramento mobiliare*, in C. Consolo et al., *Il processo civile di riforma in riforma*, Milano, 2006 p. 27.

stata una completa equiparazione degli strumenti professionali ai redditi da lavoro dipendente: mentre i primi sono pignorabili solo in via sussidiaria, potendo essere escussi, come si è detto, solo in caso di insufficienza degli altri cespiti, un'analoga limitazione non è prevista per il pignoramento dei secondi⁹.

Già prima dell'intervento legislativo del 2006, la norma in tema di impignorabilità degli strumenti professionali, allora contenuta nel n. 4 dell'art. 514 c.p.c., era stata fatta oggetto di una profonda rivisitazione ad opera della giurisprudenza¹⁰. In origine, i giudici si erano attenuti su una interpretazione restrittiva del dettato normativo. Sul piano oggettivo, si riteneva che i beni impignorabili fossero soltanto quelli strettamente indispensabili allo svolgimento di un'attività di carattere manuale da parte del debitore. Sotto il profilo soggettivo, si sosteneva che i beneficiari dell'impignorabilità potessero essere le sole persone fisiche esercenti un'attività lavorativa in forma autonoma, così escludendosi dal beneficio in parola gli imprenditori individuali e collettivi. In seguito, la giurisprudenza aveva lentamente allargato le maglie dell'interpretazione, affermando, sotto l'aspetto oggettivo, che dovessero ritenersi impignorabili anche quei beni, come le attrezzature e i macchinari, non legati ad alcuna attività manuale del debitore¹¹ e, sotto l'aspetto soggettivo, che dell'impignorabilità potesse beneficiare pure l'imprenditore individuale, allorché il fattore personale prevalesse su quello del capitale¹². Da ultimo, i giudici avevano esteso l'impignorabilità all'impresa operante in forma societaria, purché si trattasse di società di persone e sempre che sul capitale investito prevalesse il lavoro personale dei soci¹³.

I risultati di tale evoluzione giurisprudenziale possono considerarsi, in larga parte, utilizzabili anche nell'assetto delineato dalla novella del 2006, che ha abrogato il n. 4 dell'art. 514 c.p.c. e inserito un nuovo comma 3 nell'art. 515 del medesimo codice, trasformando, come si è detto, l'impignorabilità dei beni strumentali da assoluta in relativa. Al fine di precisare l'ambito soggettivo della norma, tuttavia, è stata aggiunta un'espressa esclusione dal regime di impignorabilità per il debitore che sia costituito in forma societaria o, più in generale, la cui attività sia connotata da una prevalenza del capitale sul lavoro. Conseguentemente, l'attuale regime di limitata pignorabilità degli strumenti professionali trova applicazione nel caso in cui (i) si tratti di beni indispensabili allo svolgimento dell'attività del libero professionista, del lavoratore autonomo in genere e dell'imprenditore individuale, (ii) il valore degli altri beni dell'operatore economico in questione non appaia bastevole a soddisfare le ragioni creditorie e (iii) nel quadro dell'attività dello stesso il fattore lavoro prevalga sul quello capitale¹⁴.

⁹ G. Campeis, A. De Pauli, *Le esecuzioni civili*, 4^a ed., Padova, 2007, p. 171.

¹⁰ L'evoluzione della giurisprudenza in materia è sintetizzata da V. Cacace, S. Grana, *L'esecuzione mobiliare. Espropriazione presso il debitore (artt. 513-542 cod. proc. civ.). Espropriazione presso terzi (artt. 543-554 cod. proc. civ.)*, 2^a ed., Milano, 2011, pp. 66-67.

¹¹ Al riguardo v., a titolo di esempio, Cass. 4 gennaio 1994, n. 9, in tema di impignorabilità di un autoveicolo adibito a negozio ambulante.

¹² Cass. 4 dicembre 1971, n. 3510.

¹³ Cass. 25 ottobre 1994, n. 8756; Cass. 1^o luglio 2000, n. 8859; Cass. 23 febbraio 2006, n. 4000.

¹⁴ L.P. Comoglio *et al.*, *Commentario del codice di procedura civile*, VI, Torino, 2013, p. 582.

Iniziando da quest'ultimo requisito, di natura soggettiva, occorre rilevare che non pochi dubbi sono sorti in merito ai criteri di valutazione della prevalenza del lavoro sul capitale. Stante la formulazione del nuovo testo normativo, che allude genericamente al «lavoro» senza ulteriori specificazioni, un'opinione ritiene che si debba considerare non soltanto l'apporto lavorativo del debitore, ma anche quello dei suoi collaboratori, autonomi o dipendenti¹⁵. Tende tuttavia a prevalere la posizione che, sulla scia dell'interpretazione invalsa in sede pretoria sotto la precedente disciplina, prende in considerazione il solo lavoro personale del debitore e dei suoi familiari¹⁶. Sempre in linea con gli esiti a cui, come si è detto poc'anzi, era pervenuta la giurisprudenza con riguardo al vecchio quadro normativo, il concetto di prevalenza non andrebbe inteso in senso rigido, dovendosi ritenere che, anche ove l'organizzazione aziendale del debitore comprenda beni come autoveicoli o macchinari, il lavoro suo e dei suoi familiari sia prevalente allorché esso si atteggi a fattore essenziale del processo produttivo¹⁷. Con riguardo alle imprese societarie, invece, la nuova disposizione introduce una sorta di presunzione assoluta di prevalenza del capitale sul lavoro. In proposito, tuttavia, non si fa distinzione tra società di capitali e società di persone, per cui l'esclusione dall'impignorabilità deve oggi considerarsi riferita ad entrambi i modelli societari¹⁸. La scelta è stata criticata da una parte della dottrina, secondo cui ciò determinerebbe una ingiustificata disparità di trattamento tra l'ipotesi in cui l'impresa di piccole dimensioni operi in forma individuale e quella in cui essa assuma la veste di una società di persone¹⁹.

Sul piano oggettivo, la norma di cui al nuovo comma 3 dell'art. 515 c.p.c., come si è detto, fa riferimento esclusivamente ai beni indispensabili all'esercizio della professione, dell'arte o del mestiere. Il requisito, in realtà, era previsto già dal previgente n. 4 dell'art. 514 c.p.c., per cui è possibile richiamare, anche a questo riguardo, la giurisprudenza allora formatasi, che qualificava come indispensabili soltanto quei beni il cui impiego fosse tanto usuale da parte degli esercenti una determinata attività economica che il rimanerne privi avrebbe comportato l'impossibilità della continuazione dell'attività medesima²⁰.

Più arduo è stabilire le modalità applicative della nuova disposizione, la quale, anche quando il pignoramento sia possibile, lo circoscrive comunque ad un quinto dei beni professionali del debitore. In proposito, difatti, il novellato testo codicistico non specifica se detta frazione vada riferita alla quantità materiale dei beni rinvenuti o, piuttosto, al loro presumibile valore di realizzo. Un particolare problema interpretativo, inoltre, sorge allorché nel patrimonio del debitore si rinvenga un unico bene strumentale e quest'ultimo risulti indivisibile: al riguardo si contendono il campo due opinioni, poiché taluni affermano

¹⁵ S. Chiarloni (a cura di), *Le recenti riforme del processo civile*, II, Bologna, 2007, p. 776.

¹⁶ A. Briguglio, B. Capponi (a cura di), *Commentario alle riforme del processo civile*, II, Padova, 2007, p. 204.

¹⁷ In argomento v. anche G. Campeis, A. De Pauli, *Le esecuzioni civili*, cit., p. 170, ove si suggerisce, ai fini della verifica della prevalenza del lavoro sul capitale, di applicare in via analogica i parametri dettati dall'art. 1, comma 2, legge fall., come riformato dal d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, e ulteriormente modificato dal d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169.

¹⁸ L.P. Comoglio *et al.*, *Commentario del codice di procedura civile*, cit., p. 586.

¹⁹ M. Acone, *Le novità in materia di pignoramento mobiliare*, cit., p. 29.

²⁰ Cass. 6 novembre 1993, n. 11002.

che in tali eventualità sopravviva un divieto assoluto di pignorabilità e altri ritengono possibile il pignoramento dell'intero cespite, poi attribuendo ai creditori soltanto il quinto del ricavato della vendita forzata²¹.

3. Il lavoro personale dell'armatore nell'impresa di navigazione

Prima di cimentarsi con la disciplina dell'impignorabilità dei beni nautici, è opportuno dedicare qualche cenno alla tematica dell'apporto lavorativo personale del titolare all'attività dell'impresa di navigazione.

I soggetti del rapporto di lavoro nautico sono l'armatore, da una parte, e i lavoratori che compongono l'equipaggio della nave, dall'altra²².

L'armatore è colui che assume l'esercizio della nave, cioè colui che gestisce l'imbarcazione, svolgendo con essa l'attività di navigazione e accollandosi i relativi rischi e responsabilità²³. L'esercizio della nave, con la conseguente qualifica di armatore, può essere assunto tanto da persone fisiche quanto da enti, società e persone giuridiche (associazioni, società disciplinate dal codice civile, società di armamento fra comproprietari di nave di cui all'art. 278 c.n.). A tale scopo non è necessaria la proprietà della nave, il cui esercizio può basarsi anche su un diritto reale di godimento, quale l'usufrutto, o su un rapporto obbligatorio, come un contratto di locazione²⁴. Ai fini dell'esercizio della nave non è indispensabile nemmeno l'armamento della stessa, cioè la fornitura di tutto quanto (attrezzature, vettovaglie, equipaggio) è necessario alla navigazione, ben potendo l'imbarcazione essere presa in locazione già armata ed equipaggiata²⁵.

È discusso se l'armatore rivesta necessariamente la qualifica di imprenditore ai sensi dell'art. 2082 c.c., ma tende a prevalere l'opinione secondo cui le due figure non siano sovrapponibili e non debbano per forza coesistere: si pensi, per fare qualche esempio, alla navigazione esercitata a scopo di diporto o per spedizioni scientifiche oppure svolta in via meramente occasionale, in cui ricorre l'esercizio della nave, cioè la condizione sufficiente a far assumere la qualità di armatore, ma mancano, rispettivamente, il fine di produzione o

²¹ D. Castagno, *L'impignorabilità dell'attrezzatura da lavoro (non solo) unica*, in *Giur. it.*, 2015, pp. 1630 ss.

²² In argomento v. L. Menghini, *I contratti di lavoro nel diritto della navigazione*, Milano, 1996, 136 ss.

²³ A. Lefebvre d'Ovidio, G. Pescatore, L. Tullio, *Manuale di diritto della navigazione*, 12^a ed., Milano, 2011, pp. 285 ss.

²⁴ Prima di assumere l'esercizio della nave, l'armatore deve presentare al competente ufficio marittimo un'apposita dichiarazione, in mancanza della quale si presume, fino a prova contraria, che armatore sia il proprietario dell'imbarcazione (artt. 265-272 c.n.).

²⁵ Nell'ambito dei contratti marittimi, infatti, si distinguono la locazione «a scafo nudo», avente ad oggetto la sola imbarcazione, e la locazione di «nave armata ed equipaggiata», in cui l'imbarcazione viene consegnata completa del relativo equipaggio, il quale passa alle dipendenze del conduttore anche se arruolato dal locatore. Dalla locazione, invece, deve tenersi distinto il noleggio, mediante il quale il noleggiante assume l'obbligazione di compiere, con una determinata nave, uno o più viaggi prestabiliti oppure tutti i viaggi ordinati dal noleggiatore entro il periodo di tempo convenuto, ottenendo come corrispettivo il diritto al pagamento di un prezzo denominato «nolo» (art. 384 c.n.). Benché le due figure vengano spesso confuse nel linguaggio comune, si tratta di tipologie contrattuali differenti, in quanto la locazione rientra nello schema tradizionale della *locatio rei*, mentre il noleggio deve essere sussunto nel paradigma della *locatio operis*. La distinzione, peraltro, ha importanti ricadute sul piano giuridico, tra le quali, per l'attinenza con la presente trattazione, è opportuno ricordare la circostanza che, pur mettendo la nave a disposizione del noleggiatore, il noleggiante conserva la qualifica di armatore. Al riguardo v. A. Flamini, voce *Noleggio*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XII, Torino, 1995, pp. 129 ss.

di scambio e il carattere della professionalità, che sono invece presupposti necessari perché sussista anche un'impresa²⁶.

Quanto ai lavoratori operanti a bordo della nave, occorre premettere che il personale imbarcato sulla stessa è sottoposto ad un peculiare ordinamento pubblicistico, finalizzato a controllare, da un lato, che chi esercita la professione nautica possieda tutti i requisiti previsti sul piano dell'idoneità fisica, morale e professionale e, dall'altro lato, che la relativa attività si svolga con l'osservanza delle regole poste a tutela della sicurezza della navigazione²⁷. Tale controllo pubblico si esprime, innanzitutto, nell'obbligo di iscrizione dei lavoratori in appositi registri²⁸. Sempre in funzione delle menzionate esigenze pubblicistiche, l'instaurazione del rapporto di lavoro soggiace ad un particolare formalismo²⁹.

L'ordinamento pubblicistico del lavoro nautico, tuttavia, si manifesta soprattutto nella normativa che regola l'organizzazione di bordo. Tale organizzazione è disciplinata da una serie di norme finalizzate ad ottenere, da parte di coloro che lavorano sulla nave, comportamenti coerenti con l'obiettivo della sicurezza della navigazione e trova il suo fondamento nell'istituto dell'equipaggio. Più precisamente, in base all'art. 316 c.n., l'equipaggio della nave marittima è costituito dal comandante, dagli ufficiali e da tutte le altre persone arruolate per il servizio della nave, mentre quello della nave della navigazione interna è composto dal comandante, dagli ufficiali e da tutti gli altri soggetti iscritti nei registri del personale navigante e imbarcati per il servizio della nave³⁰.

²⁶ Detto altrimenti, l'esercizio della nave è sufficiente per il possesso della qualifica di armatore, la quale è indipendente dalla stabilità dell'esercizio medesimo e dal suo scopo. Ne consegue che, a titolo esemplificativo, è armatore anche chi esercita la nave in modo meramente occasionale oppure per finalità culturali o sportive. Qualora la nave venga esercitata per lo svolgimento di un'attività economica di carattere professionale, come il trasporto di merci o persone oppure la pesca professionale, la qualità di armatore si cumula con quella di imprenditore, pur restando ciascuna sottoposta alla propria disciplina giuridica. Al riguardo v. F. Ferrara Jr., F. Corsi, *Gli imprenditori e le società*, 14^a ed., Milano, 2009, pp. 40-41.

²⁷ In proposito v. A. Torrente, voce *Lavoro nella navigazione*, in *Noviss. dig. ital.*, IX, Torino, 1963, pp. 556-567.

²⁸ Il personale navigante marittimo è inquadrato dal codice della navigazione nella categoria della «gente di mare», che viene ulteriormente suddivisa – con classificazione ritenuta sostitutiva di quella contenuta nell'art. 2095 c.c. per i lavoratori comuni – nelle tre sottocategorie del personale di stato maggiore e di bassa forza addetto ai servizi tecnici di bordo, del personale addetto ai servizi complementari di bordo e del personale addetto al traffico locale e alla pesca costiera (art. 115 c.n.). Un'analoga ripartizione è prevista per il personale navigante della navigazione interna (art. 130 c.n.). La gente di mare deve essere iscritta in registri denominati «matricole» e tenuti dagli uffici marittimi (artt. 118-121 c.n.). L'iscrizione nelle matricole si pone altresì come un presupposto per la legittima stipulazione del contratto di lavoro, determinandone la nullità in caso di mancanza originaria e la risoluzione di diritto in caso di sopravvenuta sospensione o cancellazione, salva comunque l'efficacia delle prestazioni svolte nel periodo in cui il rapporto lavorativo ha avuto esecuzione ai sensi dell'art. 2126 c.c. La gente di mare è inoltre dotata di un libretto di navigazione (art. 122 c.n.), il quale abilita all'esercizio della professione nautica e funge sia da libretto di lavoro che da documento d'identità personale e passaporto (art. 220 reg. nav. mar.). Sul libretto di navigazione devono essere annotate, a cura dell'autorità marittima o consolare, svariate informazioni relative al lavoratore marittimo e alla sua attività e, in particolare, i movimenti di imbarco e di sbarco, completi di luogo e data. L'iscrizione in matricole e il possesso del libretto di lavoro sono previsti altresì per il personale navigante della navigazione interna (art. 132, comma 1, c.n.). Sul valore probatorio di tali annotazioni v. Cass. 28 novembre 2005, n. 25095.

²⁹ Il contratto di lavoro marittimo per lunga tradizione viene designato «contratto di arruolamento» e, fatte salve alcune eccezioni, a pena di nullità deve essere stipulato per atto pubblico, ricevuto nel territorio dello Stato dall'autorità marittima e all'estero dall'autorità consolare (art. 328 c.n.). Parimenti a pena di nullità, il contratto di lavoro va annotato, a cura dell'autorità rogante, sui documenti di bordo. Il medesimo obbligo di forma è previsto, salve eccezioni, per il contratto di lavoro del personale navigante della navigazione interna (art. 375, comma 3, c.n.).

³⁰ Con riguardo alla navigazione marittima, dottrina e giurisprudenza distinguono tra equipaggio in senso stretto, composto dal solo personale assunto con contratto di arruolamento, ed equipaggio in senso lato, preso in considerazione ai soli fini della disciplina e polizia di bordo e costituito dal complesso delle persone che sono imbarcate per una ragione di servizio, pur avendo stipulato un mero contratto di lavoro comune o addirittura pur non essendo alle dipendenze dell'armatore (si pensi, per esempio,

Anche l'armatore, oltre a svolgere i compiti gestionali che gli sono propri, può espletare direttamente e personalmente un'attività lavorativa a bordo della nave. Alla fattispecie sono associate rilevanti conseguenze sotto il profilo previdenziale. In proposito occorre richiamare la disciplina della previdenza marinara, racchiusa nella legge 26 luglio 1984, n. 413, la quale, all'art. 12, contempla la sottoposizione dell'armatore e del proprietario-armatore che siano imbarcati sulla nave da loro stessi gestita agli obblighi assicurativi cui soggiacciono i membri dell'equipaggio, così sancendo, in via eccezionale, l'assicurabilità del datore di lavoro nelle medesime forme previste per i suoi dipendenti³¹. La norma si riferisce unicamente al soggetto in posizione datoriale, cioè all'armatore, sia o meno anche proprietario dell'imbarcazione: ne consegue che il mero proprietario, il quale non rivesta la qualifica di armatore e sia imbarcato sulla nave come membro dell'equipaggio, deve essere assicurato quale lavoratore marittimo dipendente. Regole analoghe valgono nei confronti dei cc.dd. caratisti, cioè dei comproprietari della nave, ove gli stessi siano imbarcati come componenti del relativo equipaggio³².

Nel settore della navigazione esistono inoltre svariate figure di lavoratori autonomi. È il caso, per esempio, degli esercenti l'attività di pilotaggio, la quale assolve la funzione di assistere il comandante della nave nei porti e in altri luoghi di approdo o di transito, fornendo le indicazioni relative alla rotta da seguire e alle manovre necessarie per assicurare che l'approdo o il transito medesimi avvengano senza danni³³. Tale servizio, generalmente obbligatorio nei porti marittimi, viene esercitato dai cc.dd. piloti, i quali sono lavoratori autonomi iscritti in appositi registri e riuniti in speciali enti denominati «corporazioni» (art. 86 c.n.). Nelle località in cui non sia costituita una corporazione di piloti, il servizio può essere affidato ai cc.dd. pratici locali, ossia a singoli marittimi dotati di apposita abilitazione (art. 96 c.n.)³⁴.

Le ipotesi più frequenti di lavoro autonomo, tuttavia, si rinvencono nello specifico ambito della pesca. Al riguardo bisogna premettere che l'attività di pesca è sottoposta ad una articolata disciplina, a cui concorrono fonti europee, statali e regionali e che coinvolge svariati settori dell'ordinamento. Al riassetto della normativa statale in materia ha provveduto, da ultimo, il d.lgs. 9 gennaio 2012, n. 4, il quale, all'art. 2, definisce la pesca professionale come quell'attività economica organizzata che viene svolta in ambienti marini, salmastri o

al personale che presta servizio presso le botteghe esistenti sulla nave e non gestite dall'armatore, o al personale marconista direttamente dipendente dalla società concessionaria dei servizi radiotelegrafici di bordo, o ancora al personale delle imprese appaltatrici di servizi vari sulle imbarcazioni da crociera). In proposito v. D. Gaeta, voce *Equipaggio*, in *Enc. dir.*, XV, 1966, Milano, 1966, pp. 49-64.

³¹ Stante l'ovvia mancanza di un rapporto di lavoro, l'obbligo assicurativo si fonda sul rapporto di servizio con la nave e si instaura *ope legis* per il fatto oggettivo dell'appartenenza all'equipaggio. Per potersi imbarcare sulla nave da lui stesso gestita, l'armatore deve ovviamente essere iscritto nelle matricole della gente di mare e possedere gli altri requisiti per il legittimo imbarco come componente dell'equipaggio.

³² Qualora la qualifica di armatore sia rivestita da una società di persone o di capitali, i cui soci o amministratori siano imbarcati sulla nave, occorre valutare, secondo le regole generali, se sia riscontrabile un rapporto di lavoro dipendente oppure sussista esclusivamente un rapporto di servizio con la nave, in quest'ultima eventualità gravando sui soci o amministratori medesimi l'obbligo di iscrizione ai sensi dell'art. 12 della legge n. 413/1984. In proposito v. il punto 10 della circ. INPS 22 marzo 1988, n. 56.

³³ A. Lefebvre d'Ovidio, G. Pescatore, L. Tullio, *Manuale di diritto della navigazione*, cit., pp. 147-152.

³⁴ Sempre la legge n. 413/1984, oltre a confermare l'obbligo assicurativo per i piloti dei porti marittimi associati in corporazioni (art. 4, comma 2, lett. c), ha esteso l'assicurazione ai pratici locali (art. 4, comma 3).

di acqua dolce ed è diretta alla ricerca di organismi acquatici viventi e alle operazioni di cattura, raccolta e prima lavorazione degli stessi (cala, posa, traino e recupero di attrezzi da pesca, trasferimento a bordo delle catture, trasbordo, conservazione a bordo, trasformazione a bordo, trasferimento, messa in gabbia, ingrasso e sbarco di pesci e prodotti della pesca). Ai sensi della medesima disposizione, rientrano nella pesca professionale, se effettuate dall'imprenditore ittico, altresì le attività di pescaturismo (imbarco di persone non facenti parte dell'equipaggio su navi da pesca a scopo turistico-ricreativo) e di ittiturismo (attività di ospitalità, ricreative, didattiche e culturali finalizzate alla corretta fruizione degli ecosistemi acquatici e delle risorse della pesca e alla valorizzazione degli aspetti socio-culturali delle imprese ittiche).

Chi esercita, in forma singola, associata o societaria, la pesca professionale ed è titolare della relativa licenza riveste la qualifica di imprenditore ittico, al quale, in base al comma 4 dell'art. 4 del d.lgs. n. 4/2012, si applicano le norme sull'imprenditore agricolo, fatte ovviamente salve le più favorevoli disposizioni di settore. La scelta legislativa riprende soluzioni già adottate dalla precedente normativa in materia³⁵ e ha indotto la dottrina più attenta a rilevare come nella fattispecie in esame manchi l'elemento precipuo dell'attività agricola ai sensi dell'art. 2135 c.c., cioè la cura di un ciclo biologico o di una sua fase necessaria, dato che, come si è detto poc'anzi, la pesca professionale si estrinseca non già nell'allevamento degli organismi acquatici, bensì nella loro cattura o raccolta: il legislatore, dunque, ha operato una mera equiparazione all'impresa agricola, la cui disciplina deve ritenersi applicabile a quella ittica solo in quanto compatibile³⁶. Detto altrimenti, in sede legislativa, l'attività dell'imprenditore ittico è stata considerata meritevole dello stesso trattamento riservato alle imprese agricole di cui all'art. 2135 c.c., pur non potendo, a rigore, essere ricompresa in quest'ultima categoria³⁷.

Dalla pesca professionale, invece, deve tenersi distinta l'acquacoltura, la quale, in base all'art. 3 del d.lgs. n. 4/2012, consiste nell'attività economica diretta all'allevamento di organismi acquatici mediante la cura e lo sviluppo del relativo ciclo biologico o di una sua fase necessaria in acque dolci, salmastre o marine: al riguardo è opportuno rammentare che, già in precedenza, tale attività era stata inclusa nella nozione di impresa agricola³⁸.

Sotto il profilo amministrativo, la pesca professionale si suddivide in pesca nelle acque interne e pesca marittima, la quale, a sua volta, si distingue in pesca negli impianti (ossia svolta in impianti destinati alla cattura di specie migratorie), pesca costiera (che viene ulteriormente ripartita in pesca locale, esercitabile entro sei miglia dalla costa, e pesca ravvicinata, esercitabile fino a quaranta miglia), pesca d'altura o mediterranea e pesca oceanica (artt. 9 e 10 del d.P.R. 2 ottobre 1968, n. 1639). Gli imprenditori ittici che esercitano la pe-

³⁵ Art. 2, comma 3, del d.lgs. 18 maggio 2001, n. 226, abrogato dal d.lgs. n. 4/2012.

³⁶ G. Galloni, *Nuove linee di orientamento e di modernizzazione dell'agricoltura*, in *Dir. giur. agr. amb.*, 2001, p. 494.

³⁷ R. Alessi, G. Pisciotto, *L'impresa agricola*, in *Comm. Schlesinger, Artt. 2135-2140*, 2^a ed., Milano, 2010, p. 102.

³⁸ Ciò per effetto del d.lgs. 18 maggio 2001, n. 228, il quale, come è noto, ha riscritto il testo dell'art. 2135 c.c. Peraltro, occorre rammentare che il d.lgs. n. 4/2012 ha sollevato alcuni dubbi interpretativi, inquadrando anche l'acquacoltore, già considerato imprenditore agricolo, nella nozione di imprenditore ittico. Sul punto v. P. Magno, *In tema d'impresa di pesca e d'impresa di acquacoltura*, in *Dir. giur. agr. amb.*, 2013, pp. 228-230.

sca marittima devono essere iscritti nel registro delle imprese di pesca tenuto dalle Capitanerie di porto, mentre le navi e i galleggianti destinati a tale attività devono essere muniti della licenza di pesca, che ne autorizza l'esercizio secondo le regole stabilite in relazione alle anzidette tipologie (artt. 3 e 4 del d.lgs. 26 maggio 2004, n. 153). Colui che svolge il mestiere di pescatore marittimo quale esclusiva o prevalente attività lavorativa, cioè il pescatore professionale, deve essere iscritto, anche se operante in forma subordinata, nell'apposito registro presso la Capitaneria di porto del luogo di domicilio: tale registro è tenuto in due parti, una relativa ai cc.dd. pescatori senza imbarco, che esercitano la pesca da terra o negli impianti di pesca, e l'altra concernente i cc.dd. pescatori imbarcati, che esercitano la pesca a bordo di navi e galleggianti³⁹.

A livello di previdenza sociale, i pescatori imbarcati su navi operanti in mare, ove non si tratti di lavoratori subordinati, sono sottoposti allo speciale regime previdenziale della piccola pesca marittima di cui alla legge 13 marzo 1958, n. 250, che trova applicazione qualora l'attività venga esercitata in forma autonoma o associata in cooperativa e mediante imbarcazioni aventi determinate caratteristiche tecniche⁴⁰. In mancanza di tali requisiti, saranno applicabili le menzionate norme in tema di obblighi assicurativi dell'armatore o proprietario-armatore imbarcato, sempre che ricorrano i presupposti per l'operatività del regime della previdenza marinara di cui alla legge n. 413/1984⁴¹.

4. I limiti all'espropriazione forzata navale

L'esecuzione navale, ivi compresa quella per espropriazione forzata, è regolata, in via di specialità, dalle previsioni contenute nel codice della navigazione, a cui si aggiungono le disposizioni del relativo regolamento di attuazione in materia di navigazione marittima⁴².

Nel disciplinare tale materia, il legislatore speciale del 1942 si è mosso lungo due direttrici: da un lato, sono state elaborate regole specifiche per rendere la procedura maggiormente rispondente alle peculiarità dei beni oggetto dell'esecuzione e, dall'altro lato, sono stati operati numerosi rinvii alle previsioni del codice di procedura civile, senza peraltro stabilire

³⁹. La distinzione tra pescatori senza imbarco e pescatori imbarcati si riflette anche sul piano lavoristico, in quanto i primi soggiacciono al diritto del lavoro comune, mentre i secondi sono sottoposti alla speciale disciplina del lavoro nautico. In proposito v. P. Magno, G. Giove, *Profili del nuovo diritto agrario e dell'ambiente*, Milano, 2006, pp. 260-265.

⁴⁰ Ai sensi dell'art. 1, comma 2, della legge n. 250/1958, deve trattarsi di natanti non superiori a dieci tonnellate di stazza lorda.

⁴¹ Ove manchino anche i requisiti per l'applicabilità del regime della previdenza marinara, troverà applicazione il regime previdenziale comune, qualora ricorrano le condizioni per l'operatività delle norme generali in tema di assicurazioni sociali.

⁴² Il titolo V del libro IV della prima parte del codice della navigazione, sotto la rubrica «Dell'esecuzione forzata e delle misure cautelari», è articolato in cinque capi, dedicati, rispettivamente, alle disposizioni generali in tema di esecuzione forzata e di misure cautelari (capo I), al procedimento di espropriazione forzata (capo II), ai procedimenti di liberazione della nave dai privilegi e dalle ipoteche (capo III), alla distribuzione del prezzo ricavato dall'espropriazione forzata (capo IV) ed ai procedimenti cautelari (capo V). A tali previsioni bisogna aggiungere quelle contenute nel titolo IV del libro IV del regolamento di attuazione del codice in materia di navigazione marittima. È opportuno ricordare che il codice della navigazione, nel titolo III del libro IV della seconda parte, si occupa altresì dell'esecuzione forzata e delle misure cautelari aventi ad oggetto aeromobili, le cui disciplina consta di numerosi rinvii interni alle regole in tema di esecuzione forzata navale.

un criterio generale in grado di fugare definitivamente ogni dubbio sulle norme del codice di rito da applicare per quanto non espressamente previsto dal codice della navigazione⁴³.

La mancanza di un criterio dirimente, com'è facile intuire, ha generato distinte e contrapposte opinioni con riguardo alla individuazione delle regole di carattere generale chiamate a integrare la disciplina speciale⁴⁴. Così, se una parte della dottrina ha ritenuto applicabili le disposizioni sull'esecuzione mobiliare, in linea con i principi generali sui beni mobili registrati tra i quali va annoverata la nave, un differente orientamento ha fatto riferimento alle previsioni concernenti l'esecuzione immobiliare, assunte a paradigma di riferimento del regime giuridico della nave medesima, come espressamente affermato nella relazione al codice della navigazione⁴⁵.

Anche la giurisprudenza di legittimità ha avuto modo di esprimersi sulla questione, affermando non soltanto che l'esecuzione navale è disciplinata unicamente dalle disposizioni speciali contenute nel codice della navigazione e nel relativo regolamento attuativo, ma altresì che non è possibile ricorrere alle norme previste in tema di esecuzione dal codice di procedura civile al di là dei casi in cui queste ultime siano espressamente richiamate mediante un'apposita disposizione di rinvio⁴⁶.

Una presa di posizione così netta da parte della Cassazione ha suscitato non poche perplessità tra gli studiosi. Di fronte agli innegabili limiti sistematici presenti nelle disposizioni processuali contenute nel codice della navigazione, una parte della dottrina ha fortemente criticato l'idea dell'autosufficienza della disciplina speciale dell'esecuzione navale. Alcuni hanno sostenuto la possibilità di applicare le norme che governano l'esecuzione forzata in generale, contenute nel codice di procedura civile, a prescindere da un espresso rinvio operato da singole disposizioni del codice della navigazione, atteso il carattere complementare di queste ultime rispetto alle regole di diritto comune sul processo esecutivo⁴⁷. Altri hanno puntualizzato che anche nella materia in esame resterebbero ferme e applicabili le disposizioni generali dettate nel codice di procedura civile per ogni processo esecutivo, mentre la sola esecuzione per espropriazione forzata di navi sarebbe disciplinata in modo compiuto dal codice della navigazione⁴⁸.

Sotto il profilo oggettivo, ai sensi dell'art. 644, comma 1, c.n., l'espropriazione forzata navale può avere ad oggetto le navi e le loro pertinenze separabili. Essa si applica altresì alle navi in costruzione, in disarmo o destinate alla demolizione, anche se quest'ultima sia stata già autorizzata. Si prescinde, inoltre, dal tipo di navigazione, marittima o interna, a cui la nave sia adibita e dalla sua nazionalità, purché essa sia soggetta alla giurisdizione italiana. Le stesse regole valgono anche per i galleggianti. Tali beni possono formare oggetto

⁴³ D. Bocchese, *Le disposizioni generali sull'esecuzione forzata nel codice della navigazione*, in B. Sassani et al. (a cura di), *Il processo esecutivo*, Torino, 2014, pp. 39-40.

⁴⁴ A. Bonsignori, *Lezioni sul processo civile in materia di navigazione marittima*, Bologna, 1991, pp. 97 ss.

⁴⁵ A quest'ultimo riguardo v. G. Righetti, voce *Nave*, in *Dig. disc. priv., Sez. comm.*, X, Torino, 1994, pp. 154 ss.

⁴⁶ In questo senso v. Cass. 1° aprile 1987, n. 3127; Cass. 24 maggio 2003, n. 8247.

⁴⁷ D. Bocchese, *Le disposizioni generali sull'esecuzione forzata nel codice della navigazione*, cit., pp. 43-44.

⁴⁸ S. La China, voce *Esecuzione forzata e misure cautelari su navi e aeromobili*, in *Enc. giur. Treccani*, XIII, Roma, 1989, p. 1.

di espropriazione forzata non solo nella loro interezza, ma anche in relazione alle loro quote di proprietà, denominate «carati»⁴⁹.

L'ampio ambito di operatività dell'espropriazione navale, tuttavia, incontra due limiti. Una prima limitazione è di ordine generale e concerne l'immunità di cui possono beneficiare le imbarcazioni appartenenti a Stati esteri⁵⁰. Un'altra limitazione, invece, è specificamente prevista dall'art. 645 c.n., che enumera alcuni casi di impignorabilità della nave⁵¹.

Soffermando l'attenzione su quest'ultima disposizione, occorre rilevare che essa contempla quattro ipotesi di impignorabilità, enumerando le tipologie di navi che sono insuscettibili di formare oggetto di espropriazione forzata. In proposito, rifacendosi alla illustrata distinzione delle cause di esclusione dal pignoramento previste dal codice di procedura civile, la dottrina distingue anche l'impignorabilità della nave in assoluta e relativa⁵².

L'impignorabilità assoluta riguarda esclusivamente le navi da guerra, che concorrono a comporre il patrimonio indisponibile dello Stato (art. 826, comma 2, c.c.) e a cui sono equiparate, ai fini dell'esclusione dagli atti esecutivi, le navi in costruzione per conto della marina militare nazionale (art. 645, lett. a, c.n.).

L'impignorabilità relativa opera innanzitutto nei confronti delle navi adibite alle linee di navigazione dichiarate di preminente interesse nazionale dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti (art. 645, lett. b, c.n.)⁵³. Sono relativamente impignorabili altresì le navi addette ai servizi pubblici di linea o di rimorchio della navigazione interna (art. 645, lett. c, c.n.) e le navi e i galleggianti pronti a partire o in corso di navigazione, qualora l'esecuzione non si riferisca a debiti contratti a causa del viaggio da intraprendere o proseguire (art. 645, lett. d, c.n.).

Il fondamento delle prime tre fattispecie di impignorabilità testé passate in rassegna è stato individuato nei limiti interni posti alla giurisdizione statale e, in particolare, nella soggezione della nave ad un particolare regime amministrativo, caratterizzato dall'imposizione di un vincolo pubblicistico che impedisce nei suoi riguardi l'esercizio della giurisdizione esecutiva e che si appalesa assoluto nell'ipotesi delle navi da guerra e rimuovibile nei casi delle imbarcazioni destinate a linee di preminente interesse nazionale oppure a servizi pubblici di linea o rimorchio. In queste due ultime eventualità, peraltro, il limite all'espropriazione forzata può essere superato mediante un provvedimento autorizzatorio, rilasciato dall'autorità amministrativa competente⁵⁴.

⁴⁹ In proposito va segnalata la singolare disciplina dell'espropriazione forzata dei carati, dettata dall'art. 644, comma 2, c.n.

⁵⁰ Siffatto limite all'espropriazione forzata di nave è contemplato dall'art. 1 del r.d.l. 30 agosto 1925, n. 1621, peraltro dichiarato parzialmente incostituzionale dalla Consulta, la quale ha ritenuto la disposizione non conforme alla Costituzione nella parte in cui essa subordinava all'autorizzazione del Ministro della giustizia il compimento di atti conservativi o esecutivi su beni appartenenti a uno Stato estero diversi da quelli che, secondo il diritto internazionale, non sono assoggettabili a misure coercitive (Corte cost. 2 luglio 1992, n. 329).

⁵¹ A questa disposizione fa da *pendant* l'art. 1057 c.n., che elenca le ipotesi di impignorabilità dell'aeromobile.

⁵² E. Grasso, A.C. Saitta, voce *Processo esecutivo della navigazione*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987, p. 288

⁵³ A tale ultimo riguardo, tuttavia, non può non evidenziarsi che, a seguito del recente completamento del processo di privatizzazione che ha interessato le compagnie di navigazione esercenti tali linee, il valore precettivo di questa disposizione sembra essere venuto meno per carenza dell'oggetto.

⁵⁴ L'autorizzazione è rilasciata dal Ministro delle infrastrutture e dei trasporti.

Quanto alla quarta delle fattispecie elencate, concernente, come si è detto, le navi pronte a partire o in corso di navigazione, la dottrina ha rilevato come la previsione di una impignorabilità relativa risponda all'esigenza di promuovere e incentivare lo sviluppo dei traffici navali: si è osservato, in particolare, come la norma intenda accordare una tutela preferenziale a quanti, coinvolti nella spedizione marittima, siano interessati ad azionare un interesse giuridicamente apprezzabile sulla nave, conferendo loro una posizione pignorata rispetto al creditore personale del proprietario del bene che non abbia tempestivamente fatto valere il suo diritto⁵⁵. Peraltro, la disposizione in esame si preoccupa anche di chiarire con precisione quando la nave debba considerarsi «pronta a partire»⁵⁶. Al fine di evitare che la nave si sottragga all'esecuzione, l'art. 646 c.n. prevede poi che possano essere adottati opportuni provvedimenti per impedirne la partenza. Soggetti legittimati all'adozione di tali misure sono il giudice competente per l'esecuzione ex art. 643 c.n. e, in caso di urgenza, il comandante del porto ovvero l'autorità di polizia giudiziaria del luogo ove la nave si trova, qualora si tratti di navi addette alla navigazione interna. La previsione nulla afferma in ordine alla sostanza di tali atti che possono dunque assumere i contenuti più diversi, avendo come unico limite il rispetto dei principi generali dell'ordinamento. Stante la vaghezza del testo normativo, tuttavia, si registrano vedute diverse in relazione alla qualificazione giuridica di siffatti provvedimenti⁵⁷.

5. Conclusioni: la pignorabilità della nave come strumento di lavoro

La posizione espressa dalla Cassazione si connota per chiarezza e ha avuto il pregio, in una cornice di rigore scientifico, di dettare una regola certa il cui valore ermeneutico è, a livello sistematico, di fatto nomopoietico.

In questa ottica, l'adesione all'orientamento espresso dalla Cassazione e poc'anzi ricordato comporta l'esclusivo assoggettamento dell'espropriazione forzata navale alle norme processuali del codice della navigazione, fatta eccezione per le sole disposizioni del codice di procedura civile che siano espressamente richiamate. Tra queste ultime non figurano

⁵⁵ D. Bocchese, *Le disposizioni generali sull'esecuzione forzata nel codice della navigazione*, cit., p. 58. La dottrina più attenta, peraltro, ha messo in evidenza come soltanto la fattispecie in esame, relativa alle navi pronte a partire o in corso di navigazione, integri un'ipotesi di impignorabilità in senso proprio, laddove le altre fattispecie contemplate dall'art. 645 c.n., a ben vedere, atterrebbero ai limiti interni alla giurisdizione esecutiva. Sul punto v. S. La China, voce *Esecuzione forzata e misure cautelari su navi e aeromobili*, cit., p. 2.

⁵⁶ La norma, infatti, reputa la nave marittima pronta a partire quando il comandante ha ricevuto le spedizioni, cioè quando è stato apposto il visto, con indicazione della data e dell'ora, sulla dichiarazione integrativa di partenza e questa è stata consegnata in copia o trasmessa con mezzi elettronici al comandante della nave (art. 181, comma 2, c.n.). L'aver condizionato l'impignorabilità al rilascio delle spedizioni, di converso, implica che non rientrano sotto l'egida della previsione in esame quelle navi che, pur pronte a partire, non siano chiamate a rispettare gli adempimenti amministrativi di cui all'art. 179 c.n., i quali si pongono come presupposti necessari per il rilascio delle spedizioni ex art. 181 c.n. (è il caso, per esempio, delle unità da diporto, espressamente esentate dal rilascio delle spedizioni marittime prima della partenza dal porto ai sensi dell'art. 59 c. dip.).

⁵⁷ Così, se taluni hanno ritenuto di inquadrare tali misure tra i provvedimenti di urgenza concessi ai sensi dell'art. 700 c.p.c., altri, rifiutando questa impostazione, sono inclini ad attribuire a tali atti un carattere amministrativo, quando adottati dal comandante di porto o dagli organi di polizia giudiziaria, e propriamente atipico, quando emessi dal giudice competente per l'esecuzione, sia pure assimilabile, per certi versi, ai provvedimenti di volontaria giurisdizione. In argomento v. D. Bocchese, *Le disposizioni generali sull'esecuzione forzata nel codice della navigazione*, cit., p. 60.

le regole del codice di rito in tema di impignorabilità, la quale, con riferimento ai beni della navigazione, dovrebbe così ritenersi disciplinata unicamente dal diritto marittimo.

Il corollario della posizione sposata dalla Suprema Corte, dunque, consisterebbe nell'impossibilità di applicare, con riguardo alla nave, quel limite all'espropriazione forzata che il codice di procedura civile prevede in relazioni ai beni strumentali all'attività lavorativa del debitore.

A conclusioni difformi sembrano pervenire talune decisioni di merito, che hanno ritenuto applicabili anche ai beni della navigazione le norme del codice di procedura civile in tema di impignorabilità degli strumenti da lavoro.

Tali pronunce, invero non numerose, muovono evidentemente dall'adesione a quell'orientamento che, come si è detto, si basa sulla ricostruzione dei rapporti tra le norme processuali contenute nel codice della navigazione e quelle del codice di procedura civile in termini di complementarità, per cui queste ultime sarebbero applicabili anche in materia di esecuzione navale, fatti salvi gli ambiti coperti dalle prime. Il codice di rito, pertanto, conterrebbe la disciplina generale del processo di esecuzione, destinata a trovare applicazione in ogni caso, eccettuate le sole ipotesi sottoposte a regole di carattere speciale, come quelle del codice della navigazione⁵⁸.

In alcune di queste decisioni, peraltro, la questione dei rapporti tra le previsioni di diritto comune e di diritto speciale in tema di espropriazione forzata non viene neanche affrontata, dandosi quasi per scontato che ai beni della navigazione possano applicarsi, in via diretta, i limiti al pignoramento degli strumenti da lavoro stabiliti dal codice di rito⁵⁹.

La soluzione sottesa a tali pronunce di merito desta non poche perplessità, se si ritiene che il codice della navigazione abbia stabilito, in modo esaustivo e salvo gli specifici rinvii ad altre fonti normative, la disciplina dell'espropriazione forzata navale, sancendo i limiti alla stessa nell'art. 645. In siffatta prospettiva, dunque, unicamente a questa disposizione potrebbe farsi riferimento per individuare i casi di impignorabilità dell'imbarcazione, dovendosi escludere qualunque possibilità di ricorso al comma 3 dell'art. 515 c.p.c. e alle regole di diritto comune sui limiti al pignoramento degli strumenti da lavoro.

Queste ultime, a ben vedere, non potrebbero essere estese alla materia in esame nemmeno mediante l'analogia. Com'è noto, infatti, il procedimento analogico è espressamente richiamato dall'art. 1, comma 2, c.n.: si tratta, tuttavia, di un'analogia «interna», cioè operante tra norme e principi dello stesso diritto speciale, e «prioritaria», in quanto essa ha la precedenza sul diritto comune. Qualora neanche l'applicazione diretta del diritto comune basti a colmare la lacuna, si ricorre all'*analogia legis*, sempre con riferimento alle norme

⁵⁸ In questo senso v. Trib. Genova, ord., 5 novembre 2019, secondo cui l'art. 515, comma 3, c.p.c. sarebbe applicabile anche al pignoramento di una nave da pesca, poiché l'ipotesi della pignorabilità relativa non sarebbe disciplinata dall'art. 645 c.n., il quale, invece, contemplerebbe soltanto casi di assoluta impignorabilità. La soluzione, peraltro, risulta criticabile, ove si consideri che quest'ultima disposizione, come si è detto nel testo, prevede limiti non solo di carattere assoluto, ma anche di carattere relativo all'espropriazione navale.

⁵⁹ Trib. Trani 5 novembre 2014.

del diritto comune, e, ove nemmeno ciò sia sufficiente, ai principi generali dell'ordinamento⁶⁰.

Tuttavia, già di per sé, il carattere eccezionale delle norme sui limiti al pignoramento, le quali costituiscono una deroga al principio della responsabilità patrimoniale del debitore, ne preclude l'estensione in via analogica: ne consegue che neppure ricorrendo all'analogia sarebbe possibile rendere operativa, con riguardo ai beni della navigazione, la previsione del codice di rito in tema di impignorabilità degli strumenti da lavoro.

⁶⁰ P. Rossi, A. Martorano, *Istituzioni di diritto della navigazione*, Torino, 2002, p. 9.

INTERVENTI

IL DANNO ERARIALE DELL'OPERATORE SANITARIO DI STRUTTURE PUBBLICHE E LE TUTELE (APPARENTI) PREVISTE DALLA LEGGE N. 24/2017^(*)

(*) N.d.R.: Il presente contributo è stato sottoposto, in forma anonima, a valutazione secondo una procedura di blindpeer review.

Sommario: 1. Cenni sulla responsabilità amministrativa del pubblico dipendente. - 2. La responsabilità amministrativa dell'operatore sanitario nell'elaborazione tradizionale. - 3. Le principali novità introdotte alla responsabilità erariale dell'operatore sanitario dalla legge n. 24/2017: i criteri e il tetto massimo nella quantificazione del danno, incarichi superiori. - 4. Segue: l'utilizzabilità delle prove del giudizio civile e nuova ipotesi di inammissibilità dell'azione erariale. - 5. Questioni sull'applicazione temporale delle nuove disposizioni. - 6. Il falso mito della maggiore tutela dell'operatore sanitario. - 7. Considerazioni conclusive

di Giuseppe La Rosa

Abstract

La legge n. 24/2017 ha apportato rilevanti modifiche alla disciplina della responsabilità amministrativa nell'ambito sanitario, con riferimento sia ai profili sostanziali sia ai profili processuali. Il saggio indaga i principali profili controversi posti dalla novella, rilevando come l'obiettivo di apprestare maggiore tutela agli operatori sanitari rischia di rimanere una mera petizione di principio, in ragione di un quadro legislativo caratterizzato da rilevanti ambiguità applicative.

Parole chiave:

Responsabilità amministrativa; Legge Gelli-Bianco; Danno erariale indiretto; Responsabilità sanitaria.

1. Cenni sulla responsabilità amministrativa del pubblico dipendente

Tra le cinque responsabilità¹ in cui può incorrere il pubblico dipendente vi è quella amministrativo-contabile, che, trovando il proprio fondamento costituzionale nell'art. 28 Cost.², è intesa quale speciale forma di responsabilità³ imputabile a chi, legato alla pubblica amministrazione da un rapporto di servizio, in violazione degli obblighi e doveri da questo derivanti, cagioni, con dolo o colpa grave, un danno alla propria o ad altra amministrazione.

¹ In particolare, oltre a quella amministrativa-contabile, il pubblico dipendente nell'esercizio delle proprie funzioni può astrattamente incorrere, con il solo limite del *ne bis in idem*, nella responsabilità civile (nel caso in cui arrechi danni a terzi), penale (se la sua azione od omissione integra gli estremi di un reato ai sensi delle norme del codice penale), disciplinare (se viola obblighi previsti dal c.c.n.l., da legge o dal codice di comportamento) e dirigenziale (per il solo personale dirigenziale che non raggiunga i risultati posti dal vertice politico o si discosti dalle direttive dell'organo politico): sul punto, si v. V. TENORE - L. PALAMARA - B. MARZOCCHI BURATTI, *Le cinque responsabilità del pubblico dipendente*, Milano, 2013.

² Secondo cui "I funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione dei diritti. In tali casi la responsabilità civile si estende allo Stato e agli enti pubblici". La disposizione, nel suo significato letterale e nelle ricadute dogmatiche, è stato oggetto di molteplici approfondimenti dottrinali, tra i quali, si v. M. CLARICH, *La responsabilità civile della P.A. nel diritto italiano*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1989, 1095; A. TRAVI, *Responsabilità del pubblico dipendente e ordinamento del pubblico impiego nel dibattito alla Costituente*, in (a cura di U. DE SIERVO) *Scelte del Costituente e cultura giuridica*, Bologna 1980, 334 ss.

³ Sulla responsabilità amministrativa come responsabilità di "diritto speciale", cfr. F.G. SCOCA, *La responsabilità amministrativa e il suo processo*, Padova, 1997, 156 ss.

Ricevendo la prima sistemazione organica a opera del r.d. 18 novembre 1923, n. 2440 (Regolamento di contabilità generale dello Stato) e del r.d. 12 luglio 1934, n. 1214 (T.U. delle leggi sulla Corte dei conti), la responsabilità di che trattasi ha assunto più specifici e puntuali connotati a opera della successiva evoluzione legislativa ed elaborazione giurisprudenziale⁴. In particolare, l'attuale disciplina è posta dalla l. 14 gennaio 1994, n. 20, successivamente più volte modificata, la quale, tuttavia, pur dettando lo statuto generale della responsabilità amministrativa è integrata da numerose e frastagliate disposizioni speciali.

Sulla natura giuridica della responsabilità amministrativa si sono espresse diversamente dottrina e giurisprudenza⁵ sollecitate, peraltro, dagli interventi normativi che, nella materia in esame, si sono succeduti nel tempo. In particolare, le principali teorie, che negli anni hanno svolto le proprie argomentazioni a sostegno delle relative conclusioni, sono quella civilistica e quella pubblicistica: la prima, fondata, sostanzialmente, sulla funzione risarcitoria e riparatoria, fa perno sul rapporto di servizio, costituente il presupposto della responsabilità in questione; la seconda, fondata sulla sua funzione sanzionatoria e preventiva, pone piuttosto l'accento sul ruolo essenziale della colpevolezza nell'azione erariale.

Da un punto di vista normativo, la tesi contrattualistica trovava originariamente conferma nell'art. 18 del d.p.r. 10 gennaio 1957, n. 3 secondo cui "l'impiegato è tenuto a risarcire alle amministrazioni stesse i danni derivanti da violazioni di obblighi di servizio" e nella l. 8 giugno 1990, n. 142, che ha espressamente qualificato la responsabilità amministrativa in termini di responsabilità contrattuale. La giurisprudenza, sia contabile che costituzionale, in armonia con il predetto quadro normativo, e anche in tempi ancor più risalenti⁶, era concorde nell'affermare la natura contrattuale e la funzione riparatoria della responsabilità amministrativa, ritenendola fondata sull'elemento costitutivo della diminuzione patrimoniale ingiustamente arrecata all'Erario e nell'esigenza di ristorare questo della perdita subita⁷. Questa teorica è stata ribadita⁸ anche a seguito delle modifiche introdotte dalle leggi 14 gennaio 1994, nn. 19 e 20.

⁴ Per una ricostruzione delle principali tappe evolutive fino alla l. n. 20/1994 sia consentito rinviare a G. LA ROSA, *La responsabilità del dipendente verso l'amministrazione. Natura. Elementi dell'illecito. Giudice competente*, in AA.VV. *Materiali per una comparazione in tema di responsabilità civile e amministrazione* (a cura di F. FRACCHIA), Napoli, 2011, 243.

⁵ Sulla vasta prospettazione delle varie teorie dottrinali e giurisprudenziali, si v. V. TENORE, *La nuova Corte dei Conti: responsabilità, pensioni, controlli*, Milano, 2018, 59 ss.

⁶ Cfr. Corte conti, Sez. I, 15 dicembre 1949, n. 32, che aveva affermato che la responsabilità, sia amministrativa che contabile, derivava dalla violazione di vincoli ed obblighi precostituiti di servizio e che la fonte dell'obbligazione che ne scaturiva era riconducibile non al fatto illecito, ma alla predetta violazione.

⁷ Corte Costituzionale, 29 gennaio 1993, n. 24, che, nel dichiarare inammissibile la questione di legittimità costituzionale degli art. 30 e 31 l. 19 maggio 1976, n. 335, sollevata con riferimento all'art. 103 cost., sotto il profilo che i citati articoli deferiscono alla giurisdizione della Corte dei conti i giudizi di responsabilità degli amministratori e dipendenti regionali solo per danni recati alla regione e non anche per quelli recati allo Stato o ad altri enti pubblici, ha affermato che "la responsabilità amministrativa patrimoniale dei dipendenti pubblici ha natura contrattuale, presupponendo l'esistenza di un rapporto di servizio tra l'autore del danno e l'ente danneggiato, nonché la violazione di doveri inerenti a detto rapporto".

⁸ Cass., Sez. Un., 20 giugno 2007, n. 14297, secondo cui "la responsabilità civile ed amministrativa è costruita, sul piano strutturale, intorno al danno cagionato, e tuttavia un fatto è essenziale affinché il danno sorga. Tale fatto presenta una articolazione complessa, constatando di tre elementi essenziali: condotta (omissiva o commissiva), nesso causale, evento lesivo. Tali elementi danno luogo, complessivamente, al cosiddetto fatto illecito, e siccome il danno oggetto dell'obbligazione risarcitoria è esclusivamente il danno-conseguenza del fatto lesivo, sinché l'evento lesivo non si verifica il fatto non si perfeziona e non può

La teoria sanzionatoria-pubblicistica, affermata con maggior vigore a seguito dell'entrata in vigore del predetto testo legislativo, era già sostenuta in tempi risalenti laddove si tendeva ad individuare nel potere riduttivo di cui dispone il Giudice contabile, a mente dell'art. 52⁹ del r.d. 12 luglio 1934, n. 1214, nonché nella officialità dell'azione, gli elementi qualificanti la natura sanzionatoria della responsabilità erariale, rilevando, in particolare, l'elemento della colpevolezza¹⁰ e la funzione di prevenzione¹¹ della stessa.

Infine, è stata prospettata una tesi mediana - definita "eclettica"¹² - che, prendendo atto della coesistenza di profili compensativi-risarcitori, da un lato, e sanzionatori-preventivi, dall'altro, giunge a individuare un *tertium genus* di illecito, avente natura speciale. In altre parole, la responsabilità amministrativa non risponderebbe esclusivamente né a finalità compensative/risarcitorie, né a finalità punitive/sanzionatorie, ma sottenderebbe plurimi scopi: da quello di ristorare il pubblico erario a quello di sanzionare l'autore della condotta dannosa fungendo anche, in tale modo, da strumento di deterrenza alla commissione di illeciti.

A parere di chi scrive, tale condivisibile tesi trova altresì conforto nelle nuove frontiere della giurisprudenza della Suprema Corte in ordine alla funzione attribuita alla responsabilità ci-

derivare alcun danno. Mentre ai fini della sanzione penale si imputa al reo il fatto-reato (il cui elemento materiale è costituito da condotta, nesso causale ed evento naturalistico o giuridico), ai fini della responsabilità civile o amministrativa ciò che si imputa è il danno e non il fatto in quanto tale". In dottrina, si v. S. CIMINI, *La responsabilità amministrativa e contabile. Introduzione al tema ad un decennio dalla riforma*, Milano, 2003, 170 ss., che ritiene la questione attuale anche dopo la riforma del titolo V della Costituzione, operata dalla l. cost. n. 3 del 2001; *contra* L. MERCATI, *Responsabilità amministrativa e principio di efficienza*, Torino, 2002, 306, che, invece, nella vigenza del compiuto e puntale regime normativo della l. n. 20/1994, ritiene ormai inattuale il dibattito sulla natura della responsabilità amministrativa contabile, atteso che dalla soluzione non deriverebbe alcuna utilità pratica al fine di colmare eventuali lacune e G. ROSSI, *Principi di diritto amministrativo*, Torino, 2017, p. 481, il quale evidenzia che, a fronte del distintivo e dettagliato dato normativo offerto puntualmente dalla legge n. 20/1994, "nessuna conseguenza giuridica diversa o ulteriore deriva dalla riconduzione della responsabilità amministrativa nell'alveo delle responsabilità privatistiche-risarcitorie o pubblicistiche sanzionatorie. L'alternativa, dunque, perde di rilevanza giuridica".

⁹ A norma del quale "la Corte, valutate le singole responsabilità, può porre a carico dei responsabili tutto o parte del danno accertato o del valore perduto".

¹⁰ Corte cost. 12 giugno 2007, n. 183, secondo cui "l'intero danno subito dall'Amministrazione, ed accertato secondo il principio delle conseguenze dirette ed immediate del fatto dannoso, non è di per sé risarcibile e costituisce soltanto il presupposto per il promovimento da parte del pubblico ministero dell'azione di responsabilità amministrativa e contabile. Per determinare la risarcibilità del danno, occorre una valutazione discrezionale ed equitativa del giudice contabile, il quale, sulla base dell'intensità della colpa, intesa come grado di scostamento dalla regola che si doveva seguire nella fattispecie concreta, e di tutte le circostanze del caso, stabilisce quanta parte del danno subito debba essere addossato al convenuto".

¹¹ Corte cost., 30 dicembre 1998, n. 453, secondo cui l'intensità della colpevolezza ha come suo scopo specifico di determinare "quanto del rischio dell'attività debba restare a carico dell'apparato e quanto a carico del dipendente, nella ricerca di un punto di equilibrio tale da rendere, per i dipendenti ed amministratori pubblici, la prospettiva della responsabilità ragione di stimolo, e non di disincentivo"; Corte cost. 20 novembre 1998, n. 371 che, nel dichiarare la legittimità costituzionale della limitazione della responsabilità amministrativa e contabile dei pubblici dipendenti dinanzi alla Corte dei conti ai soli casi di dolo e colpa grave, ha affermato che la stessa "risponde ad un ragionevole esercizio della discrezionalità del legislatore ed è congruente con una concezione efficientistica dell'impiego pubblico" e che la responsabilità amministrativa-contabile ha una connotazione intrinseca rinvenibile nella "combinazione di elementi restitutori e di deterrenza".

¹² Così V. TENORE, *La nuova Corte dei Conti: responsabilità, pensioni, controlli*, cit., 76 ss.; si v. anche F.G. SCOCA, *Fondamento storico ed ordinamento generale della giurisprudenza della Corte dei Conti*, in *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme)*, Atti del LI Convegno di Studi di scienza dell'amministrazione, Milano, 2006, p. 59; F.G. SCOCA, *La responsabilità dei funzionari e dei dirigenti*, in (a cura di F.G. SCOCA), *Diritto Amministrativo*, 2017, p. 582, secondo cui "tre sono in astratto le funzioni che caratterizzano qualsiasi tipo di responsabilità: la sanzione dell'illecito, il risarcimento del danno, la dissuasione o la prevenzione dal commettere (ulteriori) illeciti. Nella responsabilità amministrativa prevale il terzo profilo funzionale: essa serve a scoraggiare comportamenti illeciti, senza però disincentivare gli operatori pubblici comunque coloro che impiegano risorse pubbliche per fini pubblici nell'espletamento dei loro compiti. In piena armonia con il principio del buon andamento, stabilito con l'art. 97 Cost."

vile. In particolare, il riferimento è alla sentenza della Corte di Cassazione, Sez. Un., 5 luglio 2017, n. 16601 che, sul dibattito in ordine alla funzione punitiva della responsabilità civile, rileva la natura polifunzionale della stessa, con la conseguenza che appare necessario abbandonare, nella configurazione attuale delle varie forme di responsabilità, il vano tentativo di assegnare un unico scopo ai rispettivi modelli di repressione che l'ordinamento giuridico prevede¹³.

2. La responsabilità amministrativa dell'operatore sanitario nell'elaborazione tradizionale

Nell'ambito delle diverse categorie di dipendenti pubblici per i quali sussiste la responsabilità amministrativa, assume certo rilievo quella degli operatori sanitari, non solo per le recenti modifiche legislative (di cui si dirà oltre), ma anche per la consistenza quantitativa dei fenomeni che hanno interessato negli ultimi anni la Corte dei conti¹⁴.

Nell'ambito degli elementi strutturali della responsabilità amministrativa (ossia, il rapporto di servizio con la pubblica amministrazione, la condotta, il danno erariale, l'elemento psicologico e il nesso causale), la tradizionale elaborazione pretoria ha enucleato alcuni tratti tipici dell'attività degli operatori sanitari, consentendo di declinare i singoli elementi in ragione dello specifico comparto di riferimento, così delineandosi un autonomo sistema di responsabilità, la cui rilevanza, peraltro, è stata viepiù confermata dalla l. n. 24/2017. Prima di addentrarci sulle rilevanti novità introdotte dalla richiamata legge, si ritiene, quindi, necessario individuare gli elementi strutturali della responsabilità amministrativa, in generale e con specifico riferimento al comparto sanitario.

Il primo elemento è rappresentato dal *rapporto di servizio*, il quale va inteso come quel rapporto che lega l'autore della condotta alla pubblica amministrazione. Tale elemento, originariamente coincidente con il rapporto di impiego (così gli artt. 81 e 82 della legge di contabilità generale dello Stato e l'art. 52 del testo unico delle leggi sulla Corte dei conti), è stato oggetto di una graduale estensione a opera della giurisprudenza e della legge, giungendosi a riconoscere la responsabilità amministrativa anche laddove il soggetto avesse partecipato all'attività amministrativa, in virtù di un mero rapporto di servizio¹⁵. A partire da tale impostazione, dunque, si è giunti ad estendere il rapporto di servizio fino al punto di trasformarlo in rapporto funzionale e considerare soggetti alla responsabilità amministrativa anche i privati destinatari di contributi pubblici¹⁶. In sostanza, dalla responsabilità amministrativa si è passati alla responsabilità finanziaria, nel senso che la Corte dei conti non

¹³ In particolare, viene rilevato che "nel vigente ordinamento, alla responsabilità civile non è assegnato solo il compito di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, poiché sono interne al sistema la funzione di deterrenza e quella sanzionatoria del responsabile civile".

¹⁴ Si v. la Relazione scritta del Procuratore generale della Corte dei Conti per l'inaugurazione dell'anno giudiziario 2018, in www.corteconti.it, pag. 86, in cui viene evidenziato che nel 2017 l'esercizio dell'azione risarcitoria sul territorio nazionale ha riguardato un danno complessivo presunto pari a euro 75.753.843,00, superiore di circa il 10% di quello rilevato l'anno precedente.

¹⁵ Cfr. E. Silvestri, *Rapporto di servizio e giurisdizione della Corte dei conti in materia di responsabilità amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1962, 823. In giurisprudenza, si v. Corte conti, Sez. I, 27 giugno 1956, n. 8803.

¹⁶ In questo senso Cass., Sez. Un., 21 maggio 2003, n. 1058, secondo cui "la relazione caratterizzata dall'inserimento del soggetto nell'apparato dell'ente e nell'attività di questo suscettibile di rendere il primo compartecipe dell'operato del secondo".

è più solamente il giudice del danno arrecato da amministratori e dipendenti pubblici, ma giudice del danno arrecato alla finanza pubblica da chiunque nella gestione di pubbliche risorse ne determini uno sviamento dalle pubbliche finalità¹⁷. Tale estensione ha interessato anche il comparto sanitario, ove si è assistito al riconoscimento della sussistenza, in via giurisprudenziale, del rapporto di servizio con riferimento ai medici convenzionati con il SSN¹⁸, nonché alle farmacie private legate al SSN da convenzionamento¹⁹. L'affermazione del rapporto di servizio inteso quale rapporto funzionale e non di mero impiego, a parere di chi scrive, è stata definitivamente conseguita a opera della l. n. 24/2017, il cui art. 5, dopo avere stabilito che "la struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica o privata che, nell'adempimento della propria obbligazione, si avvalga dell'opera di esercenti la professione sanitaria, anche se scelti dal paziente e ancorché non dipendenti della struttura stessa, risponde, ai sensi degli articoli 1218 e 1228 del codice civile, delle loro condotte dolose o colpose" (comma 1), precisa che tale disposizione "si applica anche alle prestazioni sanitarie svolte in regime di libera professione intramuraria ovvero nell'ambito di attività di sperimentazione e di ricerca clinica ovvero in regime di convenzione con il Servizio sanitario nazionale, nonché attraverso la telemedicina" (comma 2)²⁰.

Quanto alla condotta dannosa, la responsabilità amministrativa va riferita a condotte illecite tenute dal soggetto legato all'amministrazione dal rapporto di servizio (e non necessariamente ad atti illegittimi posti in essere dallo stesso) correlate allo svolgimento delle attività funzionali da una relazione di occasionalità necessaria, restando, pertanto, escluse dall'alveo delle condotte rilevanti nel giudizio di responsabilità amministrativa le ipotesi comportamento dell'agente determinato da motivi personali. Nel caso specifico di esercenti la professione sanitaria, il comportamento illecito può concretarsi in omissioni, comportamenti illeciti verso i terzi²¹ ovvero direttamente rivolti nei confronti della struttura sanitaria²².

L'ulteriore elemento strutturale dell'illecito contabile è rappresentato dal danno erariale, inteso quale ingiusta lesione patrimoniale, effettiva ed attuale subita da un'amministrazione pubblica, ed il cui perimetro è stato oggetto di un consistente ampliamento ad opera della

¹⁷ Così il presupposto in questione è configurabile allorché una persona fisica, o anche giuridica, venga inserita a qualsiasi titolo nell'apparato organizzativo pubblico e venga investita, sia autoritativamente che convenzionalmente, dello svolgimento in modo continuativo di un'attività retta da regole proprie dell'azione amministrativa, così da essere partecipe dell'attività amministrativa stessa: si v. Cass., Sez. Un., 30 gennaio 2003, n. 1472; Cass., Sez. Un., 28 novembre 1997, n. 12041; Cass., Sez. Un., 10 ottobre 2002, n. 14473; Corte conti, Puglia, 23 giugno 2009, n. 492.

¹⁸ Corte conti, Lombardia, 8 gennaio 2010, n. 9.

¹⁹ Corte conti, Sez. III, 11 novembre 2002, n. 352.

²⁰ Utili riferimenti per quanto rilevato sono rinvenibili anche all'art. 1, comma 3, in cui è previsto che "alle attività di prevenzione del rischio messe in atto dalle strutture sanitarie e sociosanitarie, pubbliche e private, è tenuto a concorrere tutto il personale, compresi i liberi professionisti che vi operano in regime di convenzione con il Servizio sanitario nazionale".

²¹ Cfr. A. SIRIGNANO – N. CANNOVO – G. RICCI, *La responsabilità amministrativa del medico nei confronti dell'azienda ospedaliera*, in *Riv. it. medicina legale*, 2012, 103.

²² Di recente è emerso un orientamento volto a distinguere la responsabilità della struttura sanitaria da quella del medico, affermando la prima in seguito al riscontro di carenze organizzative, ed eventualmente l'esenzione della seconda laddove si assuma che la completa professionalità dell'atto medico può realizzarsi solo con certe garanzie strutturali; sul punto, si v. M. GORGONI, *Dalla matrice contrattuale della responsabilità nosocomiale e professionale al superamento della distinzione tra obbligazioni di mezzo/di risultato*, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 857.

giurisprudenza²³. Con specifico riferimento al comparto sanitario, accanto alle ipotesi di danno erariale indiretto, che si verifica allorché la struttura pubblica abbia effettuato un esborso di danaro verso i terzi in ragione del pregiudizio che l'esercente l'attività sanitaria abbia loro cagionato con la propria condotta, attiva od omissiva, la prassi applicativa ha evidenziato l'insorgere di molteplici ipotesi di danno erariale diretto²⁴.

In ordine all'elemento psicologico, ai sensi dell'art. 22 del T.U. delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato, non rileva *ex se* quale requisito della responsabilità erariale qualunque comportamento che si discosti dalla norma, ma è necessario configurare nella condotta profili di rimproverabilità tali da raggiungere almeno la soglia della colpa grave che, nel caso di esercente la professione sanitaria, si sostanzia nel mancato rispetto di elementari canoni di perizia e diligenza²⁵. Peraltro, tale elemento psicologico dovrà "valutarsi al tempo della condotta, lungi da contaminazioni del giudizio fondate su valutazioni *ex post* determinate dall'insorgere di sopravvenienze nella fase esecutiva delle scelte originarie"²⁶. Il livello di gravità della colpa è stato, quindi, confermato – in modo pleonastico, attesa la sussistenza della richiamata disposizione generale – dall'art. 9, comma 5, l. n. 24/2017, il quale espressamente limita "l'azione di responsabilità amministrativa [al] dolo o colpa grave"²⁷. Con riferimento specifico all'ipotesi di violazione delle buone pratiche mediche e delle linee guida, si è affermato che la colpa grave deve essere dimostrata da parte della procura contrabile, atteso che "la sola condotta difforme alle linee guida che la pubblica accusa indica come violate o non rispettate appieno, non è sufficiente per sostenere che vi sia nesso causale tra il loro mancato rispetto e l'evento dannoso. Tale dimostrazione, invece, deve essere calata nel caso concreto di cui si discute, ove la semplice difformità tra linee guida allegata in atto di citazione e la condotta tenuta dal medico o dai suoi collaboratori non basta a ritenere sussistente un valido nesso causale ma può, al più, ritenersi un indice rivelatore che va corroborato con altre risultanze di

²³ Sul punto, cfr. F. FRACCHIA, *Corte dei conti e tutela della finanza pubblica: problemi e prospettive*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 675; D. GASPARRINI PIANESI, *La responsabilità amministrativa per danno all'erario*, Milano, 2004, 45, che riferisce come, in giurisprudenza, si sia ritenuto di ricomprendere nella definizione di danno erariale, non solo qualsiasi diminuzione patrimoniale, ma anche "la spesa sostenuta dall'ente pubblico senza che vi sia correlata alcuna utilità".

²⁴ Interessante è la casistica evidenziata nella Relazione scritta del Procuratore generale della Corte dei Conti per l'inaugurazione dell'anno giudiziario 2018, cit., ove vengono individuate le ipotesi di violazione del regime di esclusiva, assenteismo, mancate entrate per utilizzo di spazi ospedalieri, irregolare rimborso del SSN alle strutture accreditate, irregolare prescrizione di farmaci rimborsabili dal SSN, violazione degli standard convenzionali imposti per la corresponsione di fondi pubblici alle RSA. Per una puntuale ricostruzione delle singole ipotesi di danno da iperprescrizione di farmaci a carico del SSN, si v. P. DELLA VENTURA, *La responsabilità amministrativa degli esercenti la professione sanitaria*, in *Amministrazione in cammino*, 2014, spec. pag. 2 ss.

²⁵ "La colpa grave si caratterizza per un atteggiamento di estremo disinteresse nell'espletamento delle proprie funzioni, di negligenza massima, di deviazione dal modello di condotta connesso ai propri compiti, senza il rispetto delle comuni regole di comportamento e senza l'osservanza di un minimo grado di diligenza" (Corte conti, 27 marzo 2007, n. 372); con specifico riferimento all'ambito sanitario, si v. Corte conti, Sez III, 10 novembre 2004, n. 601, secondo cui perché possa parlarsi di responsabilità per colpa grave "si deve accertare che si siano verificati errori non suscettibili per la loro grossolanità o l'assenza delle cognizioni fondamentali attinenti alla professione ovvero il difetto di quel minimo di perizia tecnica che non deve mai mancare in chi esercita la professione sanitaria e, comunque, ogni altra imprudenza che dimostri superficialità e disinteresse".

²⁶ Corte conti, Abruzzo, 17 luglio 2017, n.83.

²⁷ In linea con la precedente disciplina posta dall'art. 3 d.l. 13 settembre 2012, n. 158, l'art. 9, comma 1, conferma che la colpa grave trova rilievo anche con riferimento all'azione di rivalsa, consentendo dunque di scongiurare il rischio di ravvisare una disparità di trattamento tra l'operatore sanitario esercente l'attività nell'ambito di strutture private da quello operante in strutture pubbliche, già sottoposto, in via generale, al regime più favorevole che lo esime da responsabilità in caso di colpa lieve.

fatto da verificarsi nell'evento storico che ha determinato la fattispecie dannosa". Analogamente, la mera osservanza delle linee guida non dovrebbe di per sé escludere la sussistenza dell'elemento psicologico qualora il fatto sia stato commesso con evidente errore materiale nell'applicazione di detti parametri al caso concreto.

Infine, rileva l'elemento del nesso causale, il quale viene accertato dal giudice contabile attraverso i noti principi elaborati dalla scienza penalistica che, in applicazione degli artt. 40 e 41 c.p., ha formulato la teoria della regolarità causale o adeguatezza²⁸.

3. Le principali novità introdotte alla responsabilità erariale dell'operatore sanitario dalla legge n. 24/2017: i criteri e il tetto massimo nella quantificazione del danno, incarichi superiori

Con l'obiettivo di rinsaldare il patto medico-paziente e, quindi, da un lato, di recuperare serenità di azione per il professionista e, dall'altro, di garantire protezione adeguata al paziente, la l. n. 24/2017 ha posto un'articolata disciplina con la quale si è inteso (i) creare un modello di gestione del rischio sanitario che si estenda su tutta la filiera e non vada a gravare sul singolo medico, (ii) distinguere la responsabilità della struttura sanitaria (privata o pubblica) da quella dell'operatore sanitario, (iii) prevedere un generale obbligo di assicurazione a garanzia del paziente dal sicuro risarcimento e (iv) ridurre i costi della conflittualità in materia sanitaria attraverso vari strumenti (conciliativi, criteri liquidativi certi e, quindi, risarcimenti prevedibili *ex ante*).

Limitando l'esame a quanto di interesse in questa sede, la l. n. 24/2017 ha introdotto rilevanti modifiche al regime generale della responsabilità amministrativa per i danni indiretti cagionati all'erario dagli esercenti l'attività sanitaria nell'ambito di strutture pubbliche²⁹.

Innanzitutto, l'art. 9, comma 5, secondo cpv., prevede che, fermo restando l'esercizio del potere riduttivo, stabilito in via generale dall'articolo 1, comma 1-bis, l. n. 20/1994 e dall'art. 52, comma 2, r.d. n. 1214/1934, la Corte dei conti, ai fini della quantificazione del danno, deve tenere in considerazione le situazioni di fatto di particolare difficoltà, anche di natura organizzativa, della struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica, in cui l'esercente la pro-

²⁸ In particolare, la giurisprudenza ha affermato che "la valutazione della sussistenza del nesso causale fra evento dannoso e condotta antiggiuridica nei casi di responsabilità medica si è oggi assestata sul criterio, condiviso da questo Collegio, secondo cui assume rilevanza l'alto o elevato grado di credibilità razionale o 'probabilità logica' (cfr. Sez. App. Sicilia 6 dicembre 2007, n. 303; Sez. Toscana 31 agosto 2007, n. 802 e Sez. Lazio 12 gennaio 2010, n. 36) ovvero, come richiamato dalla giurisprudenza penale, la 'probabilità prossima alla certezza' (cfr. Cass. pen., SS.UU. n. 30328 del 10 luglio 2002). Il nesso causale, in altri termini, sussiste qualora, a seguito di un giudizio condotto sulla base di una generalizzata regola di esperienza o di una legge scientifica universale o statistica emerga che, ipotizzandosi come realizzata dall'operatore sanitario la condotta doverosa impeditiva dell'evento, questo non si sarebbe verificato, ovvero si sarebbe verificato, ma in epoca significativamente posteriore o con minore intensità lesiva. Spetta all'organo giudicante fare applicazione di tale criterio al caso concreto, così che, esclusa l'interferenza di fattori alternativi, la pronuncia sarà di addebito ove, all'esito del ragionamento probatorio, risulti "processualmente certa" la conclusione che la condotta del medico sia stata condizione necessaria dell'evento lesivo con "alto o elevato grado di credibilità razionale o probabilità logica" (Cass. Pen., SS.UU., n. 30328 del 2002 cit.)" (Corte conti, Lombardia 5 dicembre 2017, n. 196).

²⁹ Invero, la l. n. 24/2017 ha apportato significative modifiche al sistema della responsabilità sanitaria anche nella prospettiva civilistica e penalistica. In ragione dello spettro di interesse e dell'economia del presente lavoro, tuttavia, l'esame delle novità della disciplina sarà unicamente condotta nell'ambito della responsabilità amministrativa.

fessione sanitaria ha operato. La dottrina³⁰ ha finora accolto la novella con tiepido interesse, ritenendo che la stessa abbia invero positivizzato le consolidate elaborazioni della giurisprudenza contabile che, nell'esercizio del potere riduttivo, ha tradizionalmente quantificato il danno tenendo conto delle particolari disfunzioni organizzative e gestionali della struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica, in cui l'esercente la professione sanitaria ha operato. In realtà, a parere di chi scrive, alla norma deve essere riconosciuto un ben diverso impatto innovativo. Infatti, oltre a quanto si dirà *amplius infra* (si v. par. 6), non può non essere rilevato come dalla previsione in parola emerge che, il giudice contabile, mentre, in via generale, nell'esercizio del suo potere equitativo in generale, "può" tenere conto del fattore organizzativo, nel campo sanitario "deve" necessariamente valorizzarlo. Del resto, tale potere-dovere non deve essere confuso né con la pronuncia secondo equità disciplinata dagli artt. 114 e 339 c.p.c. né con la valutazione equitativa che presuppone un danno certo ma non determinabile (*ex art. 1226 c.c.*): ciò alla luce dell'importanza attribuita all'organizzazione nelle scelte terapeutiche, che implica l'adeguatezza e la piena funzionalità di tutto il sistema sanitario in cui opera il medico.

Ancora, l'art. 9, comma 5, terzo cpv., stabilisce che l'importo della condanna, per singolo evento, in caso di colpa grave, non può superare una somma pari al triplo del valore maggiore della retribuzione lorda o del corrispettivo convenzionale conseguiti nell'anno di inizio della condotta causa dell'evento o nell'anno immediatamente precedente o successivo³¹. Letta quale ulteriore elemento volto ad alleggerire la posizione del sanitario³², la norma in parola ha suscitato dubbi di compatibilità costituzionale per irragionevole disparità di trattamento, avendo introdotto una disciplina ingiustificatamente favorevole per la sola categoria dei sanitari, a dispetto di tutti gli altri agenti nel settore pubblico³³, oltre che per avere limitato la valenza risarcitoria della relativa condanna³⁴. A parere di chi scrive, tuttavia, i dubbi di incostituzionalità potrebbero trovare tacitazione laddove la norma fosse letta nel contesto in cui la stessa è inserita e, in particolare, alla luce dell'art. 10, comma 3, secondo cui, al fine di garantire efficacia alle azioni (di rivalsa e di responsabilità amministrativa) di cui all'art. 9 e all'azione (diretta del danneggiato) di cui all'art. 12, ciascun esercente la

³⁰ J. BERCELLI, *La giurisdizione della Corte dei Conti per il danno erariale indiretto nella legge n. 24 del 2017*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2017, 365; P. DELLA VENTURA, *La responsabilità amministrativa degli esercenti la professione sanitaria*, in *Amministrazione in cammino*, 2018, nel sostenere che la novità della norma in questione sarebbe più apparente che reale, richiama Corte conti, Sez. I, 5 marzo 2009, n. 137. Si v. inoltre Corte cost. n. 183/2007, secondo cui "per determinare la risarcibilità del danno, occorre una valutazione discrezionale ed equitativa del giudice contabile, il quale, sulla base dell'intensità della colpa, intesa come grado di scostamento dalla regola che si doveva seguire nella fattispecie concreta, e di tutte le circostanze del caso, stabilisce quanta parte del danno subito debba essere addossato al convenuto, e debba pertanto essere considerato risarcibile".

³¹ Il testo originario della disposizione, prima delle modifiche apportate dall'art. 11, comma 1, lett. b), L. 11 gennaio 2018 n. 3, prevedeva con formulazione infelice che "l'importo della condanna per singolo evento in caso di colpa grave non può superare una somma pari al valore maggiore della retribuzione lorda conseguito nell'anno di inizio o in quello precedente o successivo della condotta causa dell'evento, moltiplicato per il triplo", rischiando in tal modo di determinare un valore numerico esorbitante.

³² F.G. CUTTAIA, *La disciplina della responsabilità amministrativa dell'esercente la professione sanitaria alla luce delle novità normative introdotte dalla legge 24/2017 e delle prime pronunce giurisprudenziali*, in *Riv. it. med. leg.*, 2017, 1493.

³³ In questo senso, si v. V. TENORE, *La responsabilità amministrativo-contabile e disciplinare del personale sanitario*, in (a cura di F. Castiello, V. Tenore), *Manuale di diritto sanitario*, Milano, 2018, 160.

³⁴ P. DELLA VENTURA, *La responsabilità amministrativa degli esercenti la professione sanitaria*, cit., che richiama, peraltro, una tendenza generale nel senso di configurare sempre più spesso, da parte del legislatore, ipotesi di responsabilità di tipo sanzionatorio, con la conseguente possibilità di ravvisare un vero e proprio sistema sanzionatorio contabile.

professione sanitaria operante a qualunque titolo in strutture sanitarie o sociosanitarie pubbliche o private provvede alla stipula, con oneri a proprio carico, di un'adeguata polizza di assicurazione per colpa grave. Orbene, l'imposizione dell'obbligo di dotarsi di assicurazione per colpa grave, laddove non accompagnato da strumenti di prevedibilità circa l'importo massimo della condanna, avrebbe determinato l'esposizione degli operatori sanitari a costi insostenibili per l'adempimento all'obbligo di legge, risultando l'alea sottesa al calcolo dei premi assicurativi praticamente incalcolabile.

Inoltre, l'art. 9, comma 5, quarto cpv., dispone che per i tre anni successivi al passaggio in giudicato della decisione di accoglimento della domanda di risarcimento proposta dal danneggiato, l'esercente la professione sanitaria, nell'ambito delle strutture sanitarie o sociosanitarie pubbliche, non può essere preposto ad incarichi professionali superiori rispetto a quelli ricoperti e il giudicato costituisce oggetto di specifica valutazione da parte dei commissari nei pubblici concorsi per incarichi superiori³⁵. Come è stato condivisibilmente rilevato³⁶, la norma presenta profili di dubbia legittimità costituzionale, atteso che introduce una "sanzione amministrativa nascosta", di contenuto non pecuniario e di applicazione automatica, che, se il legislatore avesse anche previsto (come era opportuno attendersi) una procedura ad hoc per la sua applicazione, avrebbe dovuto aggiungersi al definitivo accertamento della responsabilità erariale in sede contabile.

4. Segue: l'utilizzabilità delle prove del giudizio civile e nuova ipotesi di inammissibilità dell'azione erariale

Rappresenta una ulteriore novità la disposizione posta dall'art. 9, comma 7, il quale prevede che la Corte dei conti può utilizzare le prove assunte nel giudizio civile quale argomento di prova solo laddove l'operatore sanitario sia stato parte in questo giudizio. La portata innovativa della disposizione si coglie laddove si consideri che la stessa sembra porsi in palese contrasto con i consolidati orientamenti della giurisprudenza civile³⁷ e contabile³⁸

³⁵ La misura ricorda quelle previste dall'art. 41 del D.Lgs. 11 aprile 2006, n. 198 per il datore di lavoro che violi i divieti ivi previsti.

³⁶ A. LEONI, *Sanzioni non pecuniarie della p.a.*, in *Libro dell'anno del diritto 2015*, Roma, 2015, al fine di sostenere l'illegittimità costituzionale della previsione, atteso che "mentre per le sanzioni pecuniarie la l. 24.11.1981, n. 689 definisce uno statuto generale, al quale l'interprete può fare riferimento nell'applicazione delle specifiche disposizioni sanzionatorie, un analogo regime non è stato garantito per le sanzioni amministrative non pecuniarie, alle quali il legislatore non ha inteso estendere – per lo meno espressamente – l'applicabilità dei principi generali definiti dalla richiamata legge".

³⁷ *Ex multis*, Cass. Sez. III, 19 luglio 2019, n. 19521; Tribunale, Brescia, Sez. I, 10 aprile 2019, n. 1061; Cass., Sez. I, 10 ottobre 2018, n. 25067; Cass., Sez. II, 13 agosto 2018, n. 20719; Cass., Sez. III, 15 maggio 2018, n. 11753.

³⁸ Corte conti, Sez. I, 9 maggio 2008, n. 209, secondo cui "le prove formatesi nel giudizio penale ex art. 444 c.p.p. possono essere acquisite nel giudizio di responsabilità amministrativo-contabile per essere oggetto di valutazione del giudice in questa sede, nella quale possono essere oggetto di contestazione e di dialettica processuale"; in maniera ancora più incisiva, Corte conti, Lombardia, 4 aprile 2006, n. 241, ha rilevato che "sussiste diversità di "causa petendi" e di "petitum" fra l'azione di responsabilità amministrativa e l'azione civile di danno contro la p.a., tal che le sentenze civili di condanna a carico della p.a. non esplicano efficacia vincolante nel giudizio di responsabilità, anche se il giudice contabile può trarre da quel diverso giudizio elementi (prove testimoniali, documentazione, consulenze tecniche, ragionamento seguito dal giudice civile) utili a formare il proprio libero convincimento ex art. 116 c.p.c., pur quando il convenuto nel giudizio contabile sia rimasto personalmente estraneo al processo civile. Prova ne sia il fatto che il giudice civile giunge a condannare l'amministrazione a risarcire il soggetto leso utilizzando gli ordinari parametri del danno e della colpa, mentre nell'azione susseguente di rivalsa il giudice contabile dovrà, per poter anch'egli affermare la responsabilità, ricercare la colpa grave dell'agente pubblico". In termini, anche Corte conti, Calabria, 7 maggio 2018, n. 66; Corte conti, Lazio, 29 novembre 2017, n. 352; Corte conti, Lazio, 5 marzo 2014, n. 196, la quale ribadisce che è ininfluenza ai

secondo cui, ferma l'insussistenza di ogni automatismo probatorio al di fuori delle tassative ipotesi di prova legale, è generalmente ammissibile, in sede di applicazione dell'art. 116 c.p.c. sulla formazione del libero convincimento del giudice, l'utilizzo di mezzi di prova atipici (tra cui le prove tipiche formatasi in altro procedimento giudiziario), attribuendo ad essi efficacia presuntiva semplice (ai sensi dell'art. 2729 c.c.) o di argomenti di prova soggetti al prudente apprezzamento dell'organo giudicante, libero da condizionamenti o vincoli rispetto alla valutazione fatta dal giudice precedente³⁹. Sul punto, infatti, la giurisprudenza contabile, ancora recentemente, ha ribadito "la piena utilizzabilità delle prove acquisite e delle consulenze tecniche esperite nel corso del precedente giudizio civile, del quale i convenuti a titolo di responsabilità non furono parte. Ciò perché, in base ai principi processuali di acquisizione delle prove e degli elementi necessari alla decisione del giudizio, tutti gli elementi anche acquisiti in altri plessi giudiziari sono comunque legittimamente valutabili e idonei a concorrere alla formazione del libero convincimento del giudice"⁴⁰. Attesa la pregressa e consolidata giurisprudenza sulla generale utilizzabilità nel giudizio contabile delle prove assunte in altro giudizio, occorre, a questo punto, domandarsi se, ai fini di detta utilizzabilità nello specifico campo della responsabilità erariale secondo la nuova disposizione, è sufficiente che il medico sia stato chiamato nel giudizio civile ovvero occorre che lo stesso abbia concretamente partecipato allo stesso. Stando alle affermazioni della giurisprudenza consolidata, si dovrebbe propendere per la prima soluzione, atteso che nella sede contenziosa della responsabilità amministrativa la parte chiamata a rispondere per danno erariale può comunque liberamente e compiutamente articolare la propria piena difesa, ove peraltro il giudice è indipendente dalle decisioni civili e/o penali e nessuna violazione del contraddittorio potrebbe ragionevolmente ritenersi fondata, neanche quanto al sotteso profilo di una eventuale *deminutio* del diritto di difesa⁴¹. Ad ulteriore sostegno di detta soluzione, soccorre anche il significato processuale del termine "parte", che comprende notoriamente non solo il soggetto che ha partecipato al giudizio ma anche colui che è stato semplicemente evocato, e della contumacia nel processo civile; a quanto evidenziato va aggiunta la considerazione per cui, diversamente opinando, verrebbe attribuita una rilevante valenza preclusiva alla scelta processuale del sanitario di non costituirsi, condizionandola indirettamente.

fini dell'utilizzabilità delle prove rese in altro giudizio la circostanza che "le stesse siano state o meno assoggettate al contraddittorio con il medesimo soggetto convenuto in sede di responsabilità patrimoniale amministrativa".

³⁹ Dott.ssa Barbara Pezzilli- Procura Corte dei conti Lombardia, Profili di responsabilità amministrativo contabile nelle professioni sanitarie e concorso di azioni, cit., ove si precisa inoltre che "i predetti argomenti di prova trovano tecnicamente ingresso nel processo, in base al principio dispositivo, con lo strumento dell'acquisizione documentale regolata secondo il codice di rito che scandendo scadenze e preclusioni assicura anche su di esse la corretta istaurazione del contraddittorio delle parti. (Cfr. ex multis, Cass. Civ., SS.UU., sentenza 3 febbraio 1996, n. 916, Cass. Civ., Sez. Un., 8 maggio 1998, n. 4667, Cass. Civ., Sez. Un., 26 gennaio 2000, n. 8, Cass. Civ., Sez. Un., 26 ottobre 2000, n. 1133 e Cass. Civ., Sez. II, 5 marzo 2010, n. 5440)". In ordine all'assenza di profili innovativi, si v. G. OLIVIERI, *Prime impressioni sui profili processuali della responsabilità sanitaria*, in www.judicium.it.

⁴⁰ Corte conti, Sez. I, 27 maggio 2019, n. 114, la quale ha precisato che "nessuna violazione del contraddittorio può ragionevolmente ritenersi fondata, neanche quanto al sotteso profilo di una eventuale *deminutio* del diritto di difesa, atteso che è proprio nella sede contenziosa della responsabilità amministrativa che la parte chiamata a rispondere per danno erariale può liberamente e compiutamente articolare la propria piena difesa, di fronte a questo plesso giudiziario che, peraltro, è indipendente dalle decisioni civili e/o penali. Ed è, infatti, in questa sede che parte appellante, indipendentemente dalla circostanza che non fosse stata parte del giudizio civile, ha potuto svolgere la propria difesa e contraddire sia sull'an debeatur che sul quantum."

⁴¹ Corte conti n. 114/2019, cit.

Sempre sul piano eminentemente processuale, l'art. 13, dopo avere posto in capo alle strutture sanitarie e alle imprese di assicurazione l'obbligo di comunicare all'esercente la professione sanitaria l'instaurazione del giudizio promosso nei loro confronti dal danneggiato ovvero l'avvio di trattative stragiudiziali, con invito a prendervi parte, entro quarantacinque giorni, rispettivamente, dalla ricezione della notifica dell'atto introduttivo o dall'avvio delle trattative medesime, prevede la inammissibilità dell'azione erariale in caso di omissione, tardività incompletezza delle predette comunicazioni. La norma si pone l'indubbio scopo di scongiurare le ipotesi in cui l'operatore sanitario si trovi coinvolto nella successiva azione di responsabilità, senza avere mai conosciuto le vicende processuali del giudizio risarcitorio precedente. Tuttavia, nonostante la riconosciuta funzione riequilibratrice, la previsione in esame ha subito suscitato notevoli critiche e dubbi interpretativi. Al di là del termine, apparso immediatamente troppo breve⁴², è stato rilevato come la norma, di fatto, imporrebbe una irragionevole condizione di procedibilità dell'azione intestata al PM contabile non prevista per nessun altro dipendente pubblico, collegandola peraltro ad una inerzia informativa di un terzo (della persona cui compete tale incombenza); con la conseguente residua possibilità di agire nei confronti di chi ha precluso l'originaria azione di rivalsa, aprendo scenari risarcitori piuttosto lunghi e complicati⁴³. Sicché, al fine di non incorrere nella predetta inammissibilità, è agevole attendersi che le Direzioni delle strutture sanitarie preferiscano eccedere nelle comunicazioni piuttosto che rischiare, a loro volta, di ricadere in una responsabilità personale (per "colpa grave") per non aver adeguatamente ottemperato a quanto indicato dalla norma⁴⁴. Detta conseguenza discende anche dalla non chiara formulazione della norma in esame la quale, oltre a non specificare le concrete modalità contenutistiche della comunicazione, non indica a quali soggetti specificamente occorre fornire l'informativa. Tale ultimo problema si pone, a ben vedere, non solo laddove l'atto introduttivo non indichi le persone fisiche asseritamente responsabili, ma anche laddove una tale indicazione sia riscontrabile, atteso che nel corso del giudizio potrebbe emergere la (co)responsabilità di altri operatori, in precedenza non indicati nell'atto. E' dunque chiaro che, al fine di scongiurare i rischi a cui si è sopra fatto riferimento, l'Amministrazione sanitaria è tenuta a fare una valutazione sostanziale, individuando *ex ante* tutti i soggetti astrattamente coinvolti nella vicenda.

Sempre con riferimento alla previsione contenuta nell'art. 13, degna di considerazione appare l'inclusione, tra le fattispecie oggetto di comunicazione, anche dell'eventuale transazione avvenuta tra la struttura e il danneggiato. Sul punto, ci si chiede se tra le stesse vadano considerate anche quelle avviate nel corso del giudizio, che, ad una immediata lettura della disposizione, non sembrerebbero essere incluse nell'obbligo informativo: infatti,

⁴² Originariamente stabilito in dieci giorni, è stato poi allungato a quarantacinque dall'art. 11, comma 1, lett. d) della legge 11 gennaio 2018, n. 3.

⁴³ Dott.ssa Barbara Pezzilli- Procura Corte dei conti Lombardia, Profili di responsabilità amministrativo contabile nelle professioni sanitarie e concorso di azioni, cit.

⁴⁴ Sul punto, P. MARTINENGO, *L'obbligo di comunicazione al professionista sanitario*, in (a cura di AA.VV.) *Sicurezza delle cure e responsabilità sanitaria, Commentario alla legge 24/2017*, Roma, 2017 102, ove si afferma che il responsabile della struttura sanitaria pubblica "non assolvendo all'obbligo di informativa, finirebbe per cagionare egli stesso un danno per colpa grave all'ente per avere reso inammissibile l'azione erariale".

qualora il sanitario, preventivamente avvisato dell'introduzione del giudizio, decida di non spiegare intervento, potrebbe avere tuttavia interesse a conoscere l'avvio di una eventuale fase transattiva alla quale invece potrebbe decidere di partecipare in quanto i relativi esiti, non previsti al momento dell'introduzione del giudizio, potrebbero avere conseguenze determinanti sulla successiva azione erariale. A sostegno di detta conclusione soccorre, altresì, la considerazione per cui gli eventuali tentativi di definizione transattiva di una controversia già pendente in giudizio hanno avvio successivamente alla fase istruttoria nel corso della quale, con ogni probabilità, sono emerse circostanze che potrebbero avere una notevole influenza sui termini dell'accordo transattivo: mantenere il sanitario all'oscuro sull'avvio successivo di ipotesi di definizione stragiudiziale equivarrebbe a negargli di fatto la possibilità di spiegare un valido contraddittorio con l'azienda esponendo gli elementi che la indurrebbero a rivedere i termini dell'accordo, con evidenti riflessi sulle future determinazioni di rivalsa della struttura. E ciò anche in considerazione dell'orientamento giurisprudenziale che individua l'ipotesi di danno erariale indiretto anche laddove l'esborso derivi dal raggiungimento di un accordo transattivo con il danneggiato⁴⁵.

5. Questioni sull'applicazione temporale delle nuove disposizioni

La concreta portata della nuova disciplina non può prescindere da alcune riflessioni sui profili di applicazione temporale, rese necessarie dalla mancanza di una specifica disciplina che regoli l'aspetto intertemporale e che, dunque, ne chiarisca l'applicabilità o meno a fattispecie verificatesi in epoca anteriore alla sua entrata in vigore⁴⁶.

⁴⁵ Si v. Corte conti, Lombardia, 28 dicembre 2017, n. 191, secondo cui "è piena l'autonomia del giudizio di responsabilità amministrativo - contabile rispetto al contenzioso in sede civile, in quanto sia il riconoscimento giustiziale del diritto al risarcimento del danno, sia la transazione tra l'Amministrazione e il terzo sia, infine, il pagamento a questo effettuato costituiscono mero presupposto per l'azione risarcitoria in favore dell'Amministrazione", in fattispecie in cui è stata rigettata l'eccezione di inammissibilità dell'azione erariale per la non applicabilità retroattiva al caso dell'art. 13; inoltre, la sentenza richiama la giurisprudenza consolidata secondo cui "*l'accertamento avvenuto in via transattiva non fa stato nel giudizio di responsabilità amministrativa e che il giudice contabile può avvalersene ai fini della formulazione, anche sulla base della documentazione acquisita in quella sede, di un suo autonomo convincimento, rispetto all'an ed al quantum della pretesa risarcitoria azionata dal Pubblico Ministero contabile (cfr. Sez. Sicilia, n. 1201/2012, Sez. Lombardia, n.63/2012)*". Si v. anche la giurisprudenza secondo cui "perché il negozio transattivo possa interrompere il suddetto nesso causale e, pertanto considerarsi da solo sufficiente a determinare l'evento, occorre, infatti, che la transazione, anziché assolvere la funzione economico-sociale tipizzata dall'ordinamento di comporre o prevenire controversie, si risolva nell'attribuzione di vantaggi indebiti a fronte di spese temerarie, connotandosi per manifesta irragionevolezza ed arbitrarietà dei contenuti, sì da rendere evidente il malgoverno dell'autonomia negoziale esercitata con la conclusione del contratto" (Corte conti, Puglia, 5 giugno 2003, n. 490), avendo cura di attualizzare il principio enunciato con la nuova previsione sulla inammissibilità dell'azione erariale in caso di mancata comunicazione dell'avvio delle procedure transattive.

⁴⁶ In termini generali, il principio di irretroattività viene sancito in due norme fondamentali: l'art. 11, comma 1, delle Preleggi, per il quale la legge non dispone che per l'avvenire non avendo effetto retroattivo, e l'art. 25, comma 2, Cost., per il quale nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso. Sebbene sia consentito che, in ambiti diversi dalla materia penale, il Legislatore preveda l'efficacia retroattiva della legge, la Corte costituzionale ha posto una serie di limiti volti alla salvaguardia di valori fondamentali di civiltà giuridica, a tutela dei destinatari della norma e dell'ordinamento giuridico, tra i quali vanno ricompresi il rispetto del principio generale di ragionevolezza e di eguaglianza, la tutela dell'affidamento legittimamente sorto nei soggetti quale principio connotato allo Stato di diritto e il rispetto delle funzioni costituzionalmente riservate al potere giudiziario. Sul punto, si v., *ex multis*, Corte cost., 2 febbraio 2014, n. 69, 17 dicembre 2013, n. 308, 30 settembre 2011, n.257, 28 marzo 2008, n. 74; in argomento, è intervenuta anche la CEDU, la quale ha ribadito che al legislatore non è precluso di emanare norme retroattive (sia innovative che di interpretazione autentica), purché la retroattività trovi adeguata giustificazione nella esigenza di tutelare principi, diritti e beni di rilievo costituzionale (cfr. CEDU 23 ottobre 1997, National & Provincial Building Society e altri c. Regno Unito; 27 maggio 2004, Ogis-Institut Stanislas, Ogec St. Pie X et Blanche de Castille c. Francia).

A ben vedere, tale profilo assume rilievo generale, riguardando anche gli ambiti civilistico e penalistico, in cui pure la l. n. 24/2017 ha apportato significative modifiche, giustificando, dunque, il consistente fermento giurisprudenziale che ad oggi si registra. Con riferimento alla responsabilità sanitaria in ambito civilistico, dopo un'iniziale interpretazione secondo cui "la legge in esame, con particolare riferimento ai profili di diritto sostanziale, trova applicazione anche ai fatti anteriori (*nulla quaestio*, infatti, per le norme processuali, la cui applicazione è retta dal principio *tempus regit actum*)"⁴⁷, la giurisprudenza maggioritaria si è assestata nel senso della irretroattività della nuova disciplina. In particolare, è stato affermato che "le norme sostanziali contenute nella legge n. 189 del 2012, al pari di quelle di cui alla legge n. 24 del 2017, non hanno portata retroattiva e non possono applicarsi ai fatti avvenuti in epoca precedente alla loro entrata in vigore, a differenza di quelle che, richiamando gli articoli 138 e 139 del codice delle assicurazioni private in punto di liquidazione del danno, sono di immediata applicazione anche ai fatti pregressi"; tale norma, infatti, "non incidendo retroattivamente sugli elementi costitutivi della fattispecie legale della responsabilità civile, non intacca situazioni giuridiche precostituite ed acquisite al patrimonio del soggetto leso, ma si rivolge direttamente al giudice, delimitandone l'ambito di discrezionalità e indicando il criterio tabellare quale parametro equitativo nella liquidazione del danno"⁴⁸.

In ambito penale, le questioni interpretative si sono sostanzialmente concentrate sull'art. 590-*sexies* c.p., introdotto dalla l. n. 24/2017, e, in particolare, sulla circostanza che alla stessa fosse riconosciuta natura di norma più o meno favorevole rispetto al regime previgente. Il contrasto è stato risolto dalla Suprema Corte di Cassazione, a sezioni unite⁴⁹, la quale ha affermato che rispetto alle condotte mediche connotate da negligenza o imprudenza lieve, andrà considerata più favorevole la legge previgente, che, in caso di osservanza di linee-guida o buone pratiche accreditate, contemplava la non punibilità della colpa lieve; diversamente, rispetto alle condotte realizzate con imperizia, occorre distinguere se l'errore ricade sul momento selettivo delle linee-guida ovvero si colloca nella sola fase attuativo/esecutiva. Mentre nel primo caso va ritenuta più favorevole la previgente normativa (ai sensi della quale tale errore non era punibile, a differenza di quanto previsto oggi

⁴⁷ Tribunale, Milano, sez. I, 11 dicembre 2018, n. 12472. In questo senso, si v. anche Tribunale, Latina, 27 novembre 2018, che attribuisce alla nuova normativa natura sostanziale, affermando che "la legge Gelli Bianco (l. 8 marzo 2017 n. 24) trova applicazione anche alle controversie sorte prima della sua entrata in vigore, avendo essa valore non già processuale, ma interpretativo. Pertanto, la struttura sanitaria pubblica o privata che, nell'adempimento della propria obbligazione, si avvalga dell'opera di esercenti la professione sanitaria, anche se scelti dal paziente e ancorché non dipendenti della struttura stessa, risponderà ex art. 1218 e 1228 c.c. delle loro condotte dolose o colpose, pur se previe all'entrata in vigore di tale legge. L'esercente la professione sanitaria, invece, sarà chiamato a rispondere del proprio operato ex art. 2043 c.c."

⁴⁸ Cass., Sez. III, 11 novembre 2019, n. 28994. Si v. anche Tribunale, Avellino, Sez. III, 12 ottobre 2017, n. 1806, secondo cui "ai fatti verificatisi prima della sua entrata in vigore si applicano i principi del precedente quadro normativo"; Tribunale, Taranto, Sez. I, 21 gennaio 2019, secondo cui "in favore di tale disciplina non può essere, in alcun modo, riconosciuta un'efficacia retroattiva, prevalendo pur sempre la regola generale sancita dall'art. 11 delle Disposizioni Preliminari sulla legge in generale (contenute nella premessa al cod. civ.) che pur non assurgendo alla dignità di principio costituzionale, impone che ogni intervento legislativo destinato a regolare situazioni pregresse debba essere conforme ai principi costituzionali della ragionevolezza e della tutela del legittimo affidamento nella certezza delle situazioni giuridiche (Cass.civ., sez. VI, 19dicembre 2014, n. 27121)". In dottrina, si v. L. I. CALVAGNA, *La nuova responsabilità sanitaria e la questione dell'applicabilità della stessa a fatti antecedenti la sua entrata in vigore: la Legge Gelli - Bianco (n. 24/2017) si applica anche ai procedimenti pendenti?* in www.lanuovaproceduracivile.com.

⁴⁹ Cass., Sez. Un., 22 febbraio 2018, n. 8770.

dall'art. 590-*sexies*), nel secondo caso sia per la previgente disciplina che per quella attuale l'operatore sanitario non sarà punibile.

Venendo a quanto in questa sede più direttamente rileva, con specifico riferimento alle norme poste dagli artt. 9 e 13 in materia di responsabilità erariale, la giurisprudenza contabile ha assunto un costante orientamento volto ad escluderne l'efficacia retroattiva supportato da "ragioni formali, in assenza di una espressa previsione di efficacia retroattiva della norma, e da ragioni sostanziali, in quanto ne deriverebbe una ingiustificata sterilizzazione di tutte le azioni risarcitorie in cui le Aziende Ospedaliere non hanno seguito, in assoluta buona fede, una procedura all'epoca non prevista e non richiesta né da previsioni di legge"⁵⁰. Tale orientamento, peraltro, si è spinto fino a riconoscere l'assoluta irrilevanza della distinzione tra norme sostanziali e norme processuali poste in modo espresso o implicito⁵¹ dalla nuova disciplina, sull'assunto che "la legge n. 24 dell'8 marzo 2017, entrata in vigore l'1 aprile 2017, che disegna compiutamente un nuovo sistema di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie, ha natura sostanziale, di talché le disposizioni di natura processuale, pure in essa contenute, non possono che leggersi in stretta ed indispensabile connessione con il complesso del nuovo regime sostanziale di responsabilità, del quale rappresentano mero corollario non essendone ipotizzabile un'applicazione avulsa dall'intera vigenza del nuovo sistema"⁵².

Il richiamato orientamento, certamente condivisibile nel percorso argomentativo, a parere di chi scrive, merita alcune precisazioni, anche al fine di circoscriverne lo spettro applicativo. Con specifico riferimento alla disposizione di cui all'art. 13, in particolare, il richiamato principio di irretroattività non può certo impedirne l'applicazione con riferimento a fattispecie in cui l'evento lesivo della condotta si sia verificato in epoca anteriore alla novella, ma la citazione in giudizio o la richiesta di liquidazione stragiudiziale sono temporalmente collocate in epoca successiva. E ciò perché ai fini dell'applicazione della disposizione in questione si ritiene che occorra fare riferimento non ai fatti materiali (condotta ed evento) avvenuti prima della sua entrata in vigore, bensì ai fatti rilevanti ai fini contabili successivi (nella specie, appunto, l'introduzione del giudizio civile).

⁵⁰ Corte conti, Lombardia, 5 dicembre 2017, n. 196. In questo senso, si v. anche Corte conti, Lombardia, 26 febbraio 2018, n. 35; Corte conti, Lombardia, 20 marzo 2018, n. 53; Corte conti, Sicilia, 11 giugno 2019, n. 57 e 1 ottobre 2019, n. 99; Corte conti, Calabria, 19 settembre 2019, n. 368 che richiama la giurisprudenza in ambito civile; da ultimo; Corte conti, Lombardia, 20 settembre 2019, n. 234.

⁵¹ Occorre precisare che la soggezione ai rispettivi regimi non viene fatta dipendere automaticamente da elementi estrinseci al reale contenuto delle norme, come la collocazione sistematica o la specifica qualifica scelta da un legislatore per riportare un determinato istituto (e le norme che lo governano) sotto l'una o l'altra categoria ("sostanziale" o "processuale"); per un esempio applicativo, v. Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. (G.C.) 17.9.2009, Scoppola c. Italia n. 2, e Corte Costituzionale n. 210 del 3 luglio 2013.

⁵² Corte conti, Lombardia, 8 ottobre 2019, n. 247, che conclude nel senso che le disposizioni di cui agli artt. 9 e 13 della legge in questione, "ponendosi in un unicum con le disposizioni di natura sostanziale contenute nel medesimo corpo normativo, non risultano immediatamente applicabili, *ratione temporis*, alla fattispecie qui esaminata" che nella specie era originata da fatti avvenuti in epoca anteriore alla riforma.

6. Il falso mito della maggiore tutela dell'operatore sanitario

Sebbene sia convinzione diffusa che la l. n. 24/2017 abbia posto in materia di responsabilità amministrativa un regime di particolare favore a beneficio dell'operatore sanitario, a parere di chi scrive, l'analisi delle rilevanti disposizioni condotta nello spettro di sistema induce ad opposta conclusione.

Prendendo abbrivio dalla disposizione di cui all'art. 9, comma 5, secondo cpv., come visto, essa prevede che, fermo restando il potere riduttivo di cui il Giudice contabile dispone in via generale, per la quantificazione del danno erariale esso dovrà tenere in considerazione le situazioni di fatto di particolare difficoltà, anche di natura organizzativa, della struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica, in cui l'esercente la professione sanitaria ha operato. Come sopra rilevato, secondo la dottrina maggioritaria questa disposizione avrebbe scarsa portata novativa essendosi limitata a recepire il tradizionale orientamento del Giudice contabile che, ai fini dell'applicazione del potere riduttivo, unitamente ad altri concorrenti aspetti, ha dimostrato di tenere in particolare considerazione proprio gli aspetti organizzativi (*rectius* disorganizzativi) in cui l'esercente ha svolto la propria attività. Tuttavia, si ritiene che tale previsione, lungi dal limitarsi a positivizzare un principio giurisprudenziale, finisce per introdurre una consistente limitazione al potere del Giudice contabile il quale, in applicazione della stessa, dovrà tenere conto delle predette situazioni di fatto di particolare difficoltà in cui versa la struttura sanitaria unicamente ai fini della quantificazione del danno, senza che tali evenienze possano, invece, essere valorizzate al fine di escludere la sussistenza dell'elemento soggettivo della colpa grave. In altre parole, arginando un recente e condivisibile indirizzo giurisprudenziale che proprio con riferimento a un'ipotesi di responsabilità sanitaria aveva escluso la sussistenza della colpa grave in capo al medico e all'ostetrica anche a causa della generale disorganizzazione in cui versava la struttura sanitaria⁵³, la novella legislativa dequota la rilevanza dei richiamati aspetti organizzativi unicamente ai fini della quantificazione del danno.

Sono, quindi, evidenti le deteriori conseguenze che tale disposizione determina in capo agli operatori sanitari: le situazioni di fatto di particolare complessità organizzativa non hanno alcuna rilevanza "a monte", ossia ai fini della configurabilità della punibilità del comportamento e, dunque, della sussistenza della responsabilità erariale, ma potranno rilevare solo "a valle", ossia, allorquando, accertata la responsabilità, il Giudice contabile dovrà quantificare il danno concretamente risarcibile.

Da diversa prospettiva, il limite al danno risarcibile posto nella misura massima pari al triplo del valore maggiore della retribuzione lorda o del corrispettivo convenzionale conseguiti nell'anno di inizio della condotta causa dell'evento o nell'anno immediatamente precedente o successivo non costituisce un valido strumento di maggiore tutela a favore dell'operatore sanitario pubblico. Invero, dal combinato disposto dei commi 5 e 6 dell'art. 9 si ricava chiaramente che il ridetto limite massimo quantitativo trova applicazione con rife-

⁵³ Il riferimento è a Corte conti Lombardia 9 novembre 2016, n. 194.

rimento a due distinte ipotesi, ossia (i) all'azione di responsabilità amministrativa avviata a seguito di accoglimento della domanda di risarcimento proposta dal danneggiato nei confronti della struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica (comma 5) e (ii) all'azione di rivalsa o di surrogazione avviata a seguito di accoglimento della domanda proposta dal danneggiato nei confronti della struttura sanitaria o sociosanitaria privata o nei confronti dell'impresa di assicurazione titolare di polizza con la medesima struttura (comma 6). Questo limite quantitativo, invece, non è espressamente previsto (e, quindi, data la sua natura eccezionale, non è applicabile) per l'ipotesi in cui l'azione di responsabilità amministrativa sia avviata non a seguito dell'accoglimento della domanda di risarcimento, ma a seguito del raggiungimento di un accordo transattivo stragiudiziale, né all'ipotesi in cui l'operatore sanitario esercente la propria attività nell'ambito di strutture pubbliche sia interessato da un'azione di rivalsa civilistica. Con precipuo riferimento a tale ultima ipotesi, invero, è necessario rilevare come sul rapporto tra giurisdizione contabile⁵⁴ e civile, non si è pervenuti a unanimità di vedute. Secondo un primo orientamento⁵⁵, l'esclusività dell'azione contabile in tema di responsabilità del medico per danno erariale indiretto al soggetto pubblico troverebbe conferma nella meditata e consapevole scelta operata dal legislatore del 2017 che lascerebbe intendere che sia la giurisdizione contabile, e non quella civile, la sede idonea alla salvaguardia degli interessi pubblici nella specifica materia in esame. Ancora,

⁵⁴ L'art. 103, comma 2, della Costituzione stabilisce che "la Corte dei conti ha giurisdizione nelle materie di contabilità pubblica e nelle altre specificate dalla legge". A livello di legge ordinaria, l'art. 1 del d.lgs. n. 174/2016, che ha approvato il "nuovo codice della giustizia contabile", dispone che "la Corte dei Conti ha giurisdizione nei giudizi di conto, di responsabilità amministrativa per danno all'erario e negli altri giudizi in materia di contabilità pubblica"; ne consegue che il giudice contabile ha giurisdizione anche nei giudizi di responsabilità per danno erariale che rientrano, pertanto, nelle materie di "contabilità pubblica" in senso lato, in presenza di espressa previsione da parte del legislatore nella specifica materia. In particolare, sul punto, la giurisprudenza ha da tempo seguito un ben preciso orientamento, affermando che "la costante giurisprudenza della Corte Costituzionale l'art. 103 Cost., comma 2, stabilisce il carattere tendenziale e non assoluta generalità della giurisdizione della Corte dei conti sulla materia della contabilità pubblica (della quale, peraltro, è dubbia la coincidenza con il c.d. danno alle risorse pubbliche o alla finanza pubblica). La sua concreta attribuzione, però, richiede l'interpositio legislatoris, all'esito di valutazioni che non toccano soltanto gli aspetti procedurali del giudizio, ma investono scelte in ordine a diversi regimi sostanziali della responsabilità e del giudizio tali da comportare effetti diversi nei riguardi tanto dei responsabili che dei soggetti danneggiati, sicché soltanto al legislatore può spettare di valutare se e quali siano le soluzioni più idonee alla salvaguardia dei pubblici interessi insiti nella materia (vd., ad es., Corte cost. n. 307 del 1998; vd. anche n. 46 del 2008, n. 371 del 1998, n. 307 del 1998, n. 385 del 1996, n. 24 del 1993, n. 641 del 1987, n. 189 del 1984, n. 129 del 1981, n. 102 del 1977, n. 33 del 1968)." (Cassazione civile sez. un., 09/06/2011, n.12539) e che "al di fuori delle materie di contabilità pubblica, e quindi anche in tema di responsabilità, occorre dunque che la giurisdizione della Corte dei conti abbia il suo fondamento in una specifica disposizione di legge" (Cass. SS.UU. n. 26086/2009; conformemente, Cassazione civile sez. un., 02/09/2013, n. 20075), negli stessi termini, si è anche espressa la Corte costituzionale la quale ha affermato che la "puntuale attribuzione della giurisdizione in relazione alle diverse fattispecie di responsabilità amministrativa, non operando automaticamente, in base al disposto costituzionale, è rimessa alla discrezionalità del legislatore ordinario" (Corte Costituzionale, 15/12/2010, n.355).

⁵⁵ Si v. V. RAELI, *La responsabilità amministrativa sanitaria*, in www.osservatorioentelocali.unirc.it; J. BERCELLI, *La giurisdizione della Corte dei Conti per il danno erariale indiretto nella legge n. 24 del 2017*, cit., PASQUALUCCI, Introduzione, in (a cura di Pasqualucci, Schlitzer), *L'evoluzione della responsabilità amministrativa*, Milano, 2002, 26, il quale evidenzia l'anomalia del diverso regime sostanziale che caratterizza l'illecito danno alla p.a. a seconda del giudice che lo valuti, valorizzano il principio di specialità nel concorso di norma (art. 15 c.p.) che porterebbe a ritenere le norme sulla responsabilità contabile speciali rispetto a quelle sulla responsabilità civile (contrattuale ed extracontrattuale); sul punto, anche A. BERNANRDI, *L'azione di rivalsa*, in (AA.VV.) *Sicurezza delle cure e responsabilità sanitaria, commento alla legge 24 del 2017*, Roma, 2017, 123. In giurisprudenza, si v. Cass., Sez. un., 22 dicembre 1999, n. 933; Cass., Sez. un., 4 dicembre 2001, n. 15288, secondo cui "spetta alla giurisdizione della Corte dei conti la controversia avente ad oggetto l'azione di rivalsa esercitata da un ente ospedaliero (ovvero un'unità sanitaria locale dopo l'attuazione della l. n. 833 del 1978), condannato al risarcimento dei danni subiti da un assistito per fatto colposo del proprio dipendente (nella specie, lesioni personali provocate da un medico nel corso di un intervento), nei confronti del dipendente medesimo".

militerrebbe a favore della esclusività dell'azione erariale proprio la circostanza che, con detta scelta, il legislatore abbia voluto scongiurare il rischio che l'operatore sanitario dipendente della struttura pubblica venga coinvolto in due giudizi di rivalsa.

Secondo opposto orientamento⁵⁶, la giurisdizione civile e quella contabile sono reciprocamente indipendenti nei loro profili istituzionali, sicché il rapporto tra le due azioni si pone in termini di alternatività anziché di esclusività, con la conseguenza che "il coesistere delle due diverse azioni, aventi presupposti e finalità diversi, non determina un conflitto di giurisdizioni, ma soltanto un'eventuale preclusione all'esercizio di un'azione quando con l'altra si sia ottenuto il medesimo bene della vita"⁵⁷. A parere di chi scrive, tale secondo e condivisibile orientamento trova ulteriore conferma nella novella legislativa in esame, atteso che l'art. 9 disciplina ai commi 1 e 3 l'azione di rivalsa civilistica, facendo riferimento in generale alle strutture sanitarie senza limitare la portata delle disposizioni alle strutture pubbliche o private. Solo nei successivi commi, invece, si prendono a riferimento, partitamente, le strutture pubbliche e quelle private, con ciò confermando che il legislatore ha voluto confermare la proponibilità dell'azione di rivalsa civilistica anche da parte delle strutture pubbliche e, dunque, in questo caso, in modo cumulativo rispetto all'azione di responsabilità amministrativa. Ebbene la sussistenza del doppio binario, con riferimento all'esercente la professione sanitaria in una struttura pubblica, non solo vanifica la tutela apprestata dal limite massimo per la quantificazione del danno, ma crea una ingiustificata disparità di trattamento rispetto al personale sanitario delle strutture sanitarie private.

Certamente deteriore per gli operatori sanitari pubblici rispetto sia agli omologhi delle strutture private sia agli altri soggetti sottoposti alla giurisdizione contabile è l'ulteriore previsione contenuta all'art. 9, comma 5, secondo cui per i tre anni successivi al passaggio in giudicato della decisione di accoglimento della domanda di risarcimento proposta dal danneggiato, l'esercente la professione sanitaria, nell'ambito delle strutture sanitarie o socio-sanitarie pubbliche, non può essere preposto ad incarichi professionali superiori rispetto a quelli ricoperti e il giudicato costituisce oggetto di specifica valutazione da parte dei commissari nei pubblici concorsi per incarichi superiori. A tacere dei difficili profili di concreta applicazione della disposizione in parola, va in questa sede evidenziato come la stessa ponga una specifica misura sanzionatoria a danno dell'operatore sanitario pubblico che, tuttavia, valica i confini della responsabilità amministrativa. Tale sanzione, in altre parole, prescinde non solo dalla condanna dell'operatore sanitario avanti alla Giudice contabile, ma addirittura dall'avvio della stessa azione di responsabilità, trovando automatica applicazione in ragione del passaggio in giudicato della domanda risarcitoria proposta dal dan-

⁵⁶ Si v. A. PAJNO, *Il rapporto con le altre giurisdizioni: concorso o esclusività della giurisdizione di responsabilità amministrativa*, in (a cura di AA.VV.) *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme)*, Atti del LI Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione, Varenna Villa Monastero, 15-17 settembre 2005, Milano 2006, pp. 175-176; V. TENORE, *La responsabilità amministrativo-contabile e disciplinare del personale sanitario*, cit., 159.

⁵⁷ Cass., Sez. Un., 20 ottobre 2014, n. 22114; Cass., Sez. Un., 7 gennaio 2014, n. 64; Cass., Sez. Un., 22 dicembre 2009, n. 27092; Cass., Sez. Un., 17 aprile 2014, n. 8927; conformemente, per l'ipotesi in cui la responsabilità amministrativa derivi da un fatto illecito con rilevanza penale, ove le rispettive giurisdizioni (civile, penale e contabile) investono un medesimo fatto materiale, Cass., Sez. Un., 4 gennaio 2012, n. 11; Cass., Sez. Un., 24 marzo 2015, n. 5848.

neggiato. Ne consegue che, laddove il danneggiato abbia proposto azione risarcitoria avverso la struttura pubblica in cui l'operatore sanitario opera e tale domanda fosse stata accolta con sentenza passata in giudicato, la misura sanzionatoria troverebbe applicazione nei confronti dell'operatore sanitario, anche laddove questi abbia agito con mera colpa (e non con colpa grave) e non abbia partecipato al giudizio civile. E ciò potrebbe verificarsi anche perché, in ipotesi, la struttura o l'assicurazione abbia omesso di informare il sanitario (in spregio all'art. 13) ovvero lo stesso non sia litisconsorte necessario, ai sensi dell'art. 12, comma 4. Tali aberranti conseguenze potrebbero essere limitate (almeno parzialmente) se la *domanda di risarcimento proposta dal danneggiato* cui la disposizione fa riferimento fosse intesa, in modo restrittivo, come circoscritta alla domanda proposta dal danneggiato direttamente nei confronti dell'operatore sanitario (o della sua assicurazione), con esclusione, dunque, della domanda proposta nei confronti della struttura sanitaria (o della sua assicurazione). In questo caso, infatti, l'accoglimento della domanda presupporrebbe, da un lato, che l'operatore sia stato individuato quale litisconsorte necessario, con conseguente conoscenza del giudizio e possibilità di prenderne parte, e, dall'altro, che sia stato accertato giudizialmente l'elemento soggettivo della colpa grave.

7. Considerazioni conclusive

In un contesto in cui le molteplici novità introdotte dalla legge n. 24/2017 non sono state ancora messe alla prova dell'applicazione giurisprudenziale, in ragione del loro ambito di applicazione temporale, i plurimi sotesi profili di problematica interpretazione fanno fortemente dubitare sull'opportunità delle scelte legislative. In particolare, a dispetto degli obiettivi del legislatore, le singole misure di innovazione, se lette nel contesto sistematico in cui sono collocate, rischiano di introdurre un regime di responsabilità per gli operatori sanitari del settore pubblico significativamente deteriore rispetto non solo agli operatori sanitari del settore privato, ma anche agli altri dipendenti pubblici. Per tale ragione, in assenza di più puntuali (e auspicabili) interventi legislativi, la concreta portata della novella potrà cogliersi solo allorquando la giurisprudenza ne avrà fatto applicazione, elaborando principi interpretativi che contribuiranno a colmare le lacune e i limiti evidenziati in questo studio.

MUSEI 4.0 E NUOVE PROFESSIONI (*)

(*) N.d.R.: Il presente contributo è stato sottoposto, in forma anonima, a valutazione secondo una procedura di blindpeer review.

Sommario: 1. La trasformazione digitale dei Musei. 2. Il contributo della ricerca europea alla definizione delle professioni ICT culturali. 3. L'esperienza italiana e il nodo della formazione. 4. Conclusioni

di Lorena Di Gaetano

Abstract

Muovendo dalla considerazione del ruolo sociale del Museo contemporaneo e da una riflessione sull'impatto che la quarta rivoluzione industriale ha esercitato sull'organizzazione delle istituzioni museali, il presente contributo descrive alcune nuove professionalità sorte dall'introduzione delle Tecnologie dell'Informazione e della Comunicazione nei Musei, senza sottacere il ritardo dell'ordinamento italiano che, in riferimento alla diffusione della cultura digitale, oscilla tra la consapevolezza della sua importanza e la lentezza nell'adeguamento del sistema di formazione.

Parole chiave:

Musei, tecnologie, informazione, comunicazione, nuove professioni.

1. La trasformazione digitale dei Musei

L'innovazione tecnologica ha rivoluzionato a livello globale gli scenari economici e culturali¹.

La possibilità di connettere miliardi di persone, di accedere, di elaborare e di archiviare quantità illimitate di informazioni, hanno trasformato radicalmente le modalità di comunicazione e le forme di espressione del pensiero; i processi di *servitization* dell'economia hanno modificato l'organizzazione produttiva², con importanti ricadute sul piano dei percorsi di carriera, che richiedono un aggiornamento costante delle competenze, unitamente a una visione strategica in grado di dominare la rapida obsolescenza dei dispositivi³.

I musei stanno vivendo un processo di adattamento a queste nuove realtà; sebbene in diversa misura, i mezzi digitali hanno pervaso uffici, depositi, sale e biblioteche, interessan-

¹ K. Schwab, *La quarta rivoluzione industriale*, Franco Angeli, Milano 2016, 13-17. Sui mutamenti che l'Industria 4.0 ha introdotto nelle attività lavorative, si veda il lavoro di ricerca curato da Alberto Cipriani, Alessio Gramolati, Giovanni Mari, *Il lavoro 4.0. La Quarta Rivoluzione industriale e le trasformazioni delle attività lavorative*, Firenze University Press, 2018.

² Sui confini sempre più sfumati tra manifattura e servizi: De Backer, K., I. Desnoyers-James and L. Moussiégt, *Manufacturing or Services - That is (not) the Question: The Role of Manufacturing and Services in OECD Economies*, OECD Science, Technology and Industry Policy Papers, 2015, n.19, OECD Publishing, Paris, 29-41, disponibile all'indirizzo <http://dx.doi.org/10.1787/5js64ks09dmn-en> (ultimo accesso 17.12.2019).

³ INAPP, *Cambiamento tecnologico, mansioni e occupazione*, Policy Brief, INAPP, Roma, 2017, n. 4, disponibile all'indirizzo <http://oa.inapp.org/xmlui/handle/123456789/82>. Lo studio conferma che le variazioni in aumento della domanda di lavoro, nel periodo 2011-2016, hanno riguardato principalmente i settori caratterizzati da elevata intensità tecnologica. Le figure più richieste sono gli specialisti nei rapporti con il mercato; tra le competenze, le aziende ricercano soprattutto pensiero creativo, capacità di analisi e interpretazione dei dati. Il disallineamento fra domanda e offerta di lavoro, dovuto a una domanda di nuove professionalità che cresce più in fretta dell'offerta, è segnalato da M. Brollo, *Tecnologie e nuove professionalità*, Diritto delle Relazioni Industriali, 2019, n. 2,468. L'Autrice preconizza la "centralità della formazione e della riqualificazione del c.d. "capitale umano", quale emblema dei diritti sociali di nuova generazione" a patto che "la rivoluzione tecnologica" riesca a "valorizzare il lato e il senso di umanità del lavoro dato che l'intelligenza delle persone che lavorano (cioè la capacità di elaborare l'informazione e di decidere di passare ad una certa azione) potrebbe essere riconosciuta – ancor più di prima – quale fattore utile per generare valore economico per la filiera che la utilizza".

do in maniera trasversale qualsiasi attività necessaria per la gestione del patrimonio culturale⁴.

Si parla, a questo proposito, di “sistema” digitale del Museo, dal momento che le scelte non riguardano le singole tecnologie, bensì la definizione di un piano complessivo e sostenibile, quanto più possibile coerente con la missione e la visione del museo stesso⁵.

Da qui si origina la necessità per gli istituti museali di dotarsi di figure in grado di gestire consapevolmente la transizione al digitale, attuando una strategia in linea con le ambizioni del museo contemporaneo, che non è più soltanto luogo di memoria, ma intende agire come *driver* del cambiamento⁶.

In tale prospettiva, il digitale va allora considerato in entrambe le direzioni: (i) le collezioni, che il museo deve preservare e senza le quali esso non esiste e (ii) il pubblico, verso il quale esso è proiettato.

A questi due poli corrispondono le due macro-aree dell'innovazione: digitalizzazione del patrimonio e comunicazione⁷.

Le attività afferenti alla prima macro-area comprendono la conversione dei formati analogici, la ricognizione degli standard tecnici e delle licenze d'uso applicate, la documentazione 3D dei manufatti, l'utilizzo in produzioni audio-video e in allestimenti interattivi, l'inserimento in piattaforme accessibili *online*⁸, l'implementazione dei sistemi di raccolta e catalogazione di documenti digitali, il monitoraggio del ciclo di vita del prodotto digitale o digitalizzato⁹.

⁴ A. Carvalho, A. Matos, *Museum professionals in a digital world: insights from a case study in Portugal*, Mu.SA project, 2017, 3.

⁵ ICOM ITALIA, *Professionalità e funzioni essenziali del museo alla luce della riforma dei Musei statali*, 2017, 17.

⁶ I musei del XXI secolo non sono più soltanto istituzioni per la conservazione e l'esposizione di manufatti artistici, storici, naturalistici, ma componenti di un più vasto sistema di relazioni scientifiche, culturali e territoriali; come istituzioni della società civile, incentrate sulle persone e non sugli oggetti, essi ambiscono ad avere un ruolo-guida nella società. Sul ruolo sociale dei Musei, cfr. il documento UNESCO *Recommendation concerning the protection and promotion of museums and collections, their diversity and their role in society*, adottato a Parigi il 20 novembre 2015, in particolare al punto 16: “Museums are increasingly viewed in all countries as playing a key role in society and as a factor in social integration and cohesion. In this sense, they can help communities to face profound changes in society, including those leading to a rise in inequality and the breakdown of social ties”. Nello stesso senso, il Direttore Generale Musei, A. Lampis, *Il nuovo ruolo sociale dei musei. Il sistema nazionale dei musei*, disponibile all'indirizzo <http://www.ilgiornaledellefondazioni.com/content/il-nuovo-ruolo-sociale-dei-musei-il-sistema-nazionale-dei-musei>, ultimo accesso 17.12.2019.

⁷ Melting Pro, *Musei del futuro. Competenze digitali per il cambiamento e l'innovazione in Italia*, Mu.SA project, 2016-2019, 39.

⁸ Tra le principali piattaforme giova ricordare *Europeana*, che dà accesso a “57.744.685 opere d'arte, manufatti, libri, video e suoni” provenienti dalle collezioni di oltre 3.700 istituzioni culturali europee (<https://www.europeana.eu/portal/it>, ultimo accesso 17.12.2019).

Nel settennio 2014-2020, l'Unione Europea ha investito circa 256.000.000 di euro in ricerca e supporto per la digitalizzazione del patrimonio culturale, principalmente attraverso il Programma Quadro *Horizon2020* e il fondo *Connecting Europe Facility* (CEF); l'azione specifica “*Europe in a changing world – Inclusive, Innovative and Reflective Societies*”, con un investimento totale di circa 40.000.000 di euro, ha supportato dodici progetti nelle seguenti linee d'azione: “*Cost-effective technologies for advanced 3D modeling*” (Reflective 7, 2014), “*Innovation Ecosystems of Digital Cultural Assets*” (Reflective 6, 2015), “*Virtual Museums and social platform on European digital heritage, memory, identity and cultural interaction*” (Cult Coop 8, 2017). Sulle politiche europee di finanziamento ai progetti di digitalizzazione, si veda l'articolo di R. Capozucca, *Passi avanti in Europa a favore della digitalizzazione del Patrimonio Culturale*, *Il Sole 24 ore*, 20 maggio 2019.

⁹ In occasione della terza edizione del *Digital Day*, l'evento tenutosi a Bruxelles con l'obiettivo di sollecitare la cooperazione e gli investimenti digitali in ambiti strategici per l'economia e la società europee, gli Stati Membri dell'Unione Europea (ad eccezione di Germania e Croazia) hanno firmato la *Declaration of Cooperation on Advancing Digitisation of Cultural Heritage*, un documento che, partendo dalle opportunità che le tecnologie digitali offrono per la protezione del patrimonio, per una sua maggiore conoscenza e

La seconda macro-area è quella relativa alla comunicazione¹⁰: vi rientrano tutte le forme di interazione con il pubblico, dall'*engagement* all'*edutainment*, all'analisi dei dati aggregati, all'*audience development*, al *gaming*, fino alle campagne di raccolta fondi.

2. Il contributo della ricerca europea alla definizione delle professioni ICT culturali

Le nuove professionalità, emerse nell'era del Museo 4.0, sono uno degli ambiti di ricerca di Mu.SA-Museum Sector Alliance, un progetto approvato nell'ambito del programma di finanziamento Erasmus+ / Settore *Skills Alliances* e rivolto al potenziamento delle abilità digitali nel settore museale, la cui carenza è stata analizzata nel quadro del progetto *eCult Skills*, finanziato dal programma *Lifelong Learning* (2013-2015), e del quale Mu.SA rappresenta il *follow-up*.

Il progetto ha lo scopo "di affrontare il crescente divario tra l'educazione formale, la formazione e il mondo del lavoro, causata dall'insorgere di nuove professionalità e dal ritmo accelerato dell'adozione delle nuove tecnologie (ICT) nel settore museale"¹¹.

I risultati della ricerca hanno portato all'individuazione di quattro profili professionali: il *responsabile della strategia digitale* (Digital Strategy Manager), il *curatore delle collezioni digitali* (Digital Collections Curator), il *responsabile di esperienze interattive digitali* (Digital Interactive Experience Developer) e il *manager della comunità online* (Online Community Manager)¹².

Tali figure meritano qualche cenno di approfondimento in merito a funzioni e caratteristiche.

1. Il Responsabile della Strategia Digitale (*Digital Strategy Manager*, DSM)¹³ è un esperto di elevata specializzazione che, in sinergia con il Direttore e in collabora-

per lo sviluppo di altri settori, impegna gli Stati a lavorare insieme lungo tre assi: la digitalizzazione in 3D di artefatti, siti e monumenti; l'utilizzo delle risorse culturali digitali per migliorare la partecipazione delle comunità alla vita culturale; lo sviluppo della capacità del settore culturale di generare ricadute anche in altri settori. Tra le iniziative italiane in corso, ricordiamo il Piano Nazionale di Digitalizzazione dei Beni Culturali (PND), la cui elaborazione e attuazione è affidata al Servizio per la digitalizzazione del patrimonio culturale – Digital Library, istituito presso l'ICCD (decreto ministeriale 23 gennaio 2017, n. 37), e l'Ecosistema Digitale della Cultura (EDC), in coerenza con il Piano triennale di digitalizzazione della PA.

¹⁰ In base alla definizione di "museo" internazionalmente riconosciuta, posta dallo Statuto di ICOM approvato il 24 agosto 2007 e recepita nel nostro ordinamento con il Decreto del Ministero dei Beni e delle Attività Culturali e del Turismo 23 dicembre 2014, la comunicazione è una delle cinque funzioni essenziali dell'istituzione ("Il museo è un'istituzione permanente, senza scopo di lucro, al servizio della società e del suo sviluppo, aperta al pubblico, che effettua ricerche sulle testimonianze materiali ed immateriali dell'uomo e del suo ambiente, le acquisisce, le conserva, le comunica e specificatamente le espone per scopi di studio, educazione e diletto").

¹¹ <http://www.project-musa.eu/it/il-progetto-musa/>, ultimo accesso 17.12.2019. Il progetto *eCult Skills* è nato con l'obiettivo di accompagnare i musei nella transizione al digitale; insieme a ICTOP e ICOM, i partner del progetto lavorano alla definizione degli standard relativi alle professioni museali. Ne è scaturito un documento che identifica una lista di professioni e competenze richieste per il buon funzionamento di un museo di grandi dimensioni, caratterizzata da standard basati non sui titoli ma sui risultati formativi.

<https://www.slideshare.net/eJobsObservatory/e-cultskills-slideshare> (ultimo accesso, 17.12.2019).

¹² Oltre al progetto Mu.SA, altri studi si sono occupati dei temi relativi alla definizione, formazione e aggiornamento delle professionalità museali. Con riferimento al triennio 2017-2019, si citano *Professionalità e funzioni essenziali del museo alla luce della riforma dei musei statali (ICOM Italia)*, per il quale si rimanda al paragrafo successivo; il rapporto *L'innovazione digitale nei musei nel 2019* dell'Osservatorio Innovazione Digitale nei Beni e Attività Culturali del Politecnico di Milano, che analizza, tra l'altro, il livello di diffusione di competenze professionali e gli investimenti dedicati all'innovazione digitale; il saggio di M.G. Confetto e A. Siano "Museo e tecnologie digitali: profili professionali emergenti", *Il Capitale Culturale*, Università di Macerata, 2017, 15, 103-135.

¹³ Indicato anche come *Cultural ICT Consultant*, *Digital cultural mediator*, *Cultural ICT Advisor*, *Cultural ICT specialist*.

zione con il Responsabile della Comunicazione, imposta la strategia digitale museale, definendo obiettivi, *policies* e linee guida, in armonia con la missione del Museo; individua e analizza le soluzioni tecnologiche per la gestione delle collezioni per favorire l'accessibilità del patrimonio culturale. Stabilisce, a monte, parole-chiave ed elementi simbolici in base ai quali si struttura l'immagine del museo, garantendo che il messaggio veicolato *online* coincida con quello *offline*. A tal fine, indica priorità, risorse e standard necessari alla comunicazione, collaborando con i curatori per la definizione dei criteri espositivi¹⁴.

2. Il Curatore delle Collezioni Digitali¹⁵ (*Digital Collections Curator*) è specializzato nella conservazione e gestione delle collezioni digitali; crea e sviluppa contenuti *online*, *offline* e per altri dipartimenti. Questi, quindi, collabora con la direzione, i servizi educativi, la comunicazione; implementa la strategia digitale del Museo, come impostata dal Responsabile della strategia digitale; si occupa di diritto d'autore, supervisiona e implementa la catalogazione e l'archiviazione delle risorse digitali in base a standard condivisi così da renderli accessibili con mezzi digitali, ad esempio taggandoli con metadati appropriati, e si occupa della loro sicurezza. È una figura oggi molto diffusa, dato che sempre più musei digitalizzano le loro risorse e le corredano dei metadati utili per renderle accessibili, tra le possibili modalità, in condivisione attraverso piattaforme *online*, come *Europeana*¹⁶.
3. Lo Sviluppatore delle Esperienze Digitali Interattive¹⁷ (*Digital Interactive Experience Developer*) progetta, sviluppa e implementa soluzioni interattive e innovative offrendo esperienze significative per i diversi pubblici; a tal fine, conduce ricerche sull'*audience* e analisi basate sull'osservazione diretta per sviluppare strumenti che accrescono l'accessibilità. Considerando che la visita *onsite* e *online* va intesa sempre più come un'esperienza multilivello e polisemica per l'utente, la *user-experience* è un elemento fondante di qualsiasi progetto e prodotto digitale da implementare. Lo Sviluppatore delle Esperienze Interattive è per ciò anche un esperto nella progettazione di sistemi con cui gli utenti possano interagire con efficacia e in modo naturale. Per questo, alla figura è richiesto di conoscere il rapporto che i visitatori hanno con il digitale, oltre a competenze in materia di progettazione (*interaction design*, *digital design* e *graphic design*)¹⁸.
4. Il Responsabile della Comunità Online¹⁹ (*Online Community Manager*, OCM) progetta e implementa il piano di sviluppo dell'*audience online*, gestendo *social media* e piattaforme in modo coerente con il piano di comunicazione del museo. Tra

¹⁴ Per un'analisi dettagliata degli ambiti di competenza, attività e responsabilità del DSM, si rimanda a ICOM Italia, *Professionalità e funzioni essenziali del museo alla luce della riforma dei musei statali*, cit., 25.

¹⁵ La figura è indicata anche come *Digital Cultural Asset Manager*, *Born-Digital Material Curator*, *Digital Curator*.

¹⁶ N. Poole, A. Dawson, *Spectrum Digital Asset Management*, England Collection Trust, 2013, Il Digital Asset Management (DAM) si riferisce a "processes and practices involved in the creation, description, storage, discovery, re-use and preservation of digital assets".

¹⁷ Indicato anche come *Interactive Experience Developer*, *Digital Interactive Experience Designer*, *Exhibit Interactive Designer*.

¹⁸ Mu.SA project, *Museum Professionals in the Digital Era. Agents of change and innovation*, 66-68.

¹⁹ Il profilo è anche noto come *Social Media Specialist*, *Digital Media Curator*, *Visual Media Curator*, *New Media Manager*, *Digital Communication Manager*, *Social Media Manager*.

compiti dell'OCM, rientra la costruzione di un senso di comunità (*community building*) tramite l'interazione, il monitoraggio e la gestione dei pubblici *online*. Il Responsabile della Comunità Online analizza i dati per interpretare le informazioni raccolte sugli utenti e tradurle in attività e nuove priorità, a supporto delle scelte strategiche del museo; si interfaccia con altri dipartimenti per produrre contenuti ed esperienze significative *online* e valutarne l'efficacia. Le sue attività spaziano dal monitoraggio dei *trend* tecnologici, all'individuazione dei bisogni e all'assistenza all'utente.

3. L'esperienza italiana e il nodo della formazione

Con riferimento al contesto nazionale, le ricerche hanno messo in luce la mancanza di una cultura digitale diffusa, intesa come integrazione delle competenze digitali nelle *hard skills*²⁰. Il digitale è ancora molte volte considerato come un ambito a sé stante, un elemento accessorio rispetto all'attività espositiva e di ricerca²¹.

Il ritardo accumulato incide sulla mobilità professionale dal momento che le nuove competenze non trovano riscontro in un'adeguata regolamentazione²².

Attualmente, la formazione dei professionisti museali, di tipo umanistico, non prevede l'integrazione con lo studio di progetti digitali, e gli stessi insegnamenti di museologia, nell'ambito dei tanti corsi di laurea in materia di beni culturali, sono insufficienti. Una formazione più specifica è offerta da master e corsi *post lauream*, diversi e indipendenti tra loro²³.

I numerosi corsi di laurea in materia di beni culturali, inoltre, offrono una formazione museologica piuttosto deficitaria, mentre le scuole di specializzazione, organizzate per ambiti disciplinari e non per funzioni, risultano per questo poco professionalizzanti²⁴.

²⁰ Nel ranking 2019 del DESI (l'indice che in Europa misura il livello di digitalizzazione dell'economia e della società degli Stati membri), l'Italia si colloca al quartultimo posto, seguita soltanto da Polonia, Grecia, Romania e Bulgaria. Il dato più significativo dal punto di vista che qui interessa, però, è che a fronte di un complessivo miglioramento nelle altre aree DESI (connettività, uso dei servizi internet, integrazione delle tecnologie digitali, servizi pubblici digitali), il nostro Paese registra un peggioramento sul piano del "capitale umano": parametro riferito, in particolare, alle competenze digitali di base e avanzate. Scrive la Corte dei Conti italiana: "Il Rapporto DESI sull'Italia per l'area del "Capitale umano" mostra un quadro particolarmente deludente (la posizione è retrocessa dal 25° al 26° posto). In particolare, riprendendo quanto già affermato nel 2018, si lamenta il fatto che "l'Italia manca ancora di una strategia globale dedicata alle competenze digitali, lacuna che penalizza quei settori della popolazione, come gli anziani e le persone inattive, che non vengono fatti oggetto di altre iniziative in materia". Questa è l'area nella quale l'Italia è più distante dalla media europea. Sul fronte del "Capitale umano", nel 2019 l'Italia è retrocessa di un posto. Ciò che emerge è la mancanza di informazioni circa il possesso delle competenze digitali, dato fermo al 2016. Il numero di specialisti in ambito di tecnologie dell'informazione e della comunicazione (TIC) è rimasto inalterato, mentre ha registrato un lieve incremento il numero degli specialisti TIC di sesso femminile" (Corte dei Conti, Sezioni Unite in sede di Controllo, *Referto in materia di informatica pubblica*, settembre-ottobre 2019, 6-9).

²¹ Melting Pro, *Musei del futuro. Competenze digitali per il cambiamento e l'innovazione in Italia*, Progetto Mu.SA, 13-21.

²² L. Cataldo (a cura di), *Musei e patrimonio in rete. Dai sistemi museali al distretto culturale evoluto*, Hoepli, Milano, 2012, 88-91.

²³ Si veda, per esempio, il Master di primo livello "Digital Heritage. Cultural Communication through digital technologies" presso l'Università "La Sapienza" di Roma.

²⁴ ICOM ITALIA, *Professionalità e funzioni essenziali del museo alla luce della riforma dei Musei statali*, cit., 13-14. L. Di Gaetano, G. Carugno, *Disciplina delle professioni museali nell'ordinamento italiano*, Tutela e Sicurezza del lavoro, Università degli Studi Milano Bicocca, 2017, n. 2, 60. C. Sodano, *Il personale per il nuovo ruolo sociale del Museo*, in *Il Museo oggi. Nuove strutture e nuovi servizi*, Atti del Convegno, Treviso, 2015.

Nel 2015, il Ministero dei Beni e delle Attività Culturali e del Turismo ha fondato la Scuola dei Beni e delle Attività Culturali e del Turismo, un “istituto internazionale di formazione, ricerca e studi” nell’ambito di competenze dello stesso Ministero²⁵. La Scuola ha l’obiettivo di formare i ruoli direttivi nei settori della tutela e valorizzazione del patrimonio ma, diversamente dell’*Institut National du Patrimoine* francese, si rivolge a coloro che abbiano già conseguito il diploma di specializzazione o il titolo di dottore di ricerca, prolungando ulteriormente il periodo di formazione, senza garanzia di inserimento per chi aspira a spendere le proprie competenze, già elevate, nel settore dei beni culturali²⁶.

Un riferimento autorevole nella definizione delle nuove professioni museali è costituito dalla Carta Nazionale delle Professioni Museali²⁷, i cui lavori di revisione, iniziati nel 2014, vedono coinvolte commissioni tematiche e gruppi di lavoro nell’ambito di ICOM Italia²⁸. La nuova Carta costituirà un valido modello per l’individuazione e il recepimento normativo dei profili emergenti nell’ICT. Un’opportunità per il riconoscimento di titoli e qualifiche è inoltre offerta dalla legge 14 gennaio 2013 n. 4 (“Disposizioni in materia di professioni non organizzate”), che consente ai professionisti privi di un albo di costituire associazioni professionali, regolamentate da codici di condotta e norme tecniche, che autorizzino gli associati a utilizzare l’iscrizione come garanzia del rispetto di standard di qualità.

Ulteriori passi avanti sono stati compiuti grazie al decreto legislativo 16 gennaio 2013, n.13, che in attuazione della delega contenuta nella legge di Riforma del Lavoro²⁹ introduce un sistema unitario, valido a livello nazionale, per la certificazione delle competenze. Il lavoro di riordino ha interessato le Regioni, ciascuna per un determinato ambito professionale, con il supporto dell’ISFOL, di esperti e tecnici del ministero. La Regione Lazio si è occupata di definire i profili professionali della cultura³⁰. La certificazione riguarda le qualificazioni comprese nel “Repertorio Nazionale delle Qualificazioni”, di cui all’articolo 8, che definisce i contenuti del lavoro nei diversi processi e settori economico-professionali³¹.

²⁵ Statuto della Scuola dei Beni e delle Attività Culturali e del Turismo, approvato con Decreto 11dicembre 2015. L’Istituto ha personalità giuridica di diritto privato nella forma di fondazione di partecipazione (articolo 1, comma 2, dello Statuto). I corsi sono stati attivi dal 2018 e hanno durata biennale (Scuola del Patrimonio) o di 18 mesi (International School of Cultural Heritage, per studenti stranieri). Il sito della Scuola è raggiungibile all’indirizzo www.fondazione scuolapatrimonio.it.

²⁶ ICOM Italia, *Professionalità e funzioni essenziali del museo alla luce della riforma dei Musei statali*, cit.,14. Dal sito Internet dell’*Institut National du Patrimoine (inp.fr)* si legge che lo stesso: “a pour mission le recrutement par concours et la formation initiale des conservateurs du patrimoine de l’Etat, de la fonction publique territoriale et de la Ville de Paris ainsi que la sélection, également par concours, et la formation de restaurateurs du patrimoine habilités à travailler sur les collections publiques.

²⁷ ICOM Italia, *Carta nazionale delle professioni museali*, Roma, 2006, disponibile all’indirizzo http://www.beniculturali.it/mibac/multimedia/UfficioStudi/documents/1261134207917_ICOMcarta_nazionale_versione_definitiva_2008%5B1%5D.pdf

²⁸ Dei quattro gruppi del “Laboratorio per la Riforma”, quello dedicato ai profili professionali si è riunito nel marzo 2016 insieme al gruppo dei Giovani professionisti museali e alla Commissione Museologia per analizzare le figure del Direttore e del Comunicatore museale.

²⁹ Legge 28 giugno 2012, n. 92, articolo 4, commi 58 e 68.

³⁰ Il lavoro scaturito dal tavolo regionale è consultabile sul sito del settore Servizi culturali e di spettacolo della Regione Lazio al processo “PR_20_10_ Tutela, valorizzazione, conservazione e gestione dei beni culturali”.

³¹ Il Decreto interministeriale del 30 giugno 2015, “Definizione di un quadro operativo per il riconoscimento a livello nazionale delle qualificazioni regionali e delle relative competenze, nell’ambito del Repertorio nazionale dei titoli di istruzione e formazione e delle qualificazioni professionali di cui all’articolo 8 del decreto legislativo 16 gennaio 2013, n. 13”, ha reso operativo il Quadro nazionale delle qualificazioni regionali. L’“Atlante del lavoro” è consultabile al link: http://nrpitalia.isfol.it/sito_standard/sito_demo/atlante_lavoro.php

Quanto agli strumenti formativi, le piattaforme MOOC (*Massive Open Online Courses*) sono tra i più utilizzati in quanto combinano la flessibilità della erogazione *online* con la qualità dell'insegnamento, di livello universitario, e i costi estremamente ridotti.

Uno dei corsi per professionisti digitali nei Musei si svolge nell'ambito del progetto "Mu.SA-Museum Sector Alliance": la formazione in ciascuno dei profili individuati (v. paragrafo 2) avviene, appunto, tramite una piattaforma MOOC dove, utilizzando username e password, si può accedere a un archivio risorse educative libere (OER-Open Educational Resources), sviluppato per supportare l'acquisizione di oltre quaranta competenze digitali e trasversali.

Un altro esempio di MOOC, specifico in ambito museale, è "*Behind the Scenes at the 21st Century Museum*", sviluppato dall'Università di Leicester con *National Museums Liverpool*, tra le maggiori istituzioni museali a livello mondiale.

La formazione continua dei dipendenti del Ministero dei Beni e delle Attività culturali e del Turismo rientra nei compiti istituzionali della Direzione Generale Educazione e Ricerca, organo centrale del MiBACT. Nel quadro della programmazione 2018-2020, la DGER ha messo a disposizione dei lavoratori attivato il cosiddetto "portale dei corsi", dove ogni dipendente trova informazioni generali sui corsi disponibili, e informazioni specifiche, riguardanti le proprie domande di iscrizione.

Il sistema, infatti, prevede che al momento della chiusura dei termini per le iscrizioni ad un corso, le richieste siano notificate ai Dirigenti, che possono ammetterle o rifiutarle. Anche l'approvazione o il diniego della richiesta di iscrizione avvengono *online*³².

Tra i progetti di rilievo nazionale, si segnala infine DiCultHer, "scuola a rete, di interesse nazionale, in Digital Cultural Heritage, Arts and Humanities (...) finalizzata all'aggregazione di centri d'eccellenza per l'organizzazione di percorsi formativi professionalizzanti per l'acquisizione di competenze e abilità nel settore del digitale applicato al patrimonio culturale, all'arte e alle scienze umane"³³.

4. Conclusioni

I musei italiani hanno a lungo sottovalutato la centralità del pubblico e, di conseguenza, hanno trascurato l'adozione di strumenti digitali per la comunicazione e la diffusione dei contenuti culturali.

L'attitudine a considerare come "servizi aggiuntivi"³⁴ qualsiasi attività diversa dalla conservazione e dall'esposizione ha determinato ritardi nel momento in cui, grazie alle recenti riforme³⁵, l'Italia ha inteso mettersi al passo con i musei internazionali.

³² Si veda il "Piano triennale delle attività formative, di ricerca e autovalutazione degli uffici centrali e periferici del Ministero per i beni e le attività culturali", documento di programmazione giunto alla sua seconda edizione, in ottemperanza al DPCM 29 agosto 2014, n 171.

³³ L'atto costitutivo ("accordo di rete"), firmato a Roma il 16 febbraio 2015, è disponibile sul sito della Scuola, al link <https://www.diculther.it/accordo-di-rete/>.

³⁴ Il riferimento è alla "legge Ronchey", dal nome dell'allora Ministro dei Beni Culturali. Il decreto legge 14 novembre 1992, n. 433, convertito nella legge 14 gennaio 1993, n. 4, recante misure urgenti per il funzionamento dei musei statali, introduceva il concetto

Oggi la valorizzazione è la funzione centrale del museo. In questo campo, il digitale è lo strumento più potente per costruire dialoghi e relazioni intorno al patrimonio, veicolare i contenuti culturali innescando processi partecipativi e di coinvolgimento del pubblico, generare nuovo sapere attraverso la reinterpretazione del passato e la co-creazione del presente.

Come le altre istituzioni, quelle museali sono chiamate a governare il cambiamento affinché nessun segmento della società rimanga escluso dai benefici del progresso tecnologico; in tale contesto, il compito dei musei rispetto alle professioni digitali è duplice: avvalersi di figure di staff in grado di affrontare le sfide dell'Industria 4.0, rispondendo adeguatamente alle nuove esigenze del pubblico; contribuire a formare nuovi professionisti, sia ridefinendo le competenze dei lavoratori in organico, sia favorendo l'inclusione nel mercato del lavoro di chi è attualmente senza occupazione³⁶.

Allo stato attuale, figure come il Responsabile della Strategia Digitale, che nelle grandi realtà culturali internazionali, non solo sono presenti, ma appartengono ai ruoli di una specifica area o di un centro di ricerca sul digitale³⁷, difficilmente troverebbero spazio negli organici dei musei italiani³⁸.

Presso le istituzioni pubbliche, infatti, dove l'accesso avviene per concorso, nessuno dei profili individuati dalle ricerche più recenti corrisponde a quelli previsti dalla contrattazione collettiva³⁹.

dei cosiddetti "servizi aggiuntivi", riferiti non solo alla biglietteria o alla ristorazione, ma anche alle attività di informazione e accoglienza al pubblico, di visita guidata o didattica, addirittura all'organizzazione di mostre ed eventi: attività strategiche dal punto di vista della valorizzazione, che nell'ottica del legislatore potevano tuttavia essere esternalizzate, mediante concessione a società private, in quanto estranee al *core* del museo, ovvero la conservazione.

³⁵ DM 23 dicembre 2014, *Organizzazione e funzionamento dei Musei Statali*. La cosiddetta "riforma Franceschini" ha dotato i musei statali di un'organizzazione autonoma rispetto a quella delle sovrintendenze, delle quali essi tradizionalmente costituivano un ufficio interno, affidandone la gestione a un proprio Direttore, affiancato da un CDA, e dotando le strutture di propri bilanci, statuti e regolamenti. Dal punto di vista interno, i musei statali sono organizzati per aree funzionali: direzione; cura e gestione delle collezioni, studio, didattica e ricerca; *marketing*, *fundraising*, servizi e rapporti con il pubblico, pubbliche relazioni; amministrazione, finanze e risorse umane; strutture, allestimenti e sicurezza. G. Carugno, L. Di Gaetano, *Disciplina delle professioni museali nell'ordinamento italiano*, cit, 53-55.

³⁶ La struttura organizzativa del MiBACT prevede un ufficio dirigenziale centrale, di livello generale, dedicato all'educazione e alla ricerca (Direzione Generale Educazione e Ricerca). Al pari delle Università, inoltre, le istituzioni museali sono "soggetti di per sé qualificati per la formazione del personale scolastico e non necessitano di iscrizione negli elenchi di cui al comma 3, lettere a) e b)" (Direttiva MIUR 21 marzo 2016, n.170, di accreditamento degli enti di Formazione).

³⁷ Tra i dipartimenti e centri di ricerca dedicati al digitale, si possono citare il *Research space* del British Museum (<http://www.researchspace.org>), il Digital Media Department del MoMa (<https://www.moma.org/>) e il MediaLab del Metropolitan Museum of Art di New York (<<http://www.metmuseum.org/about-the-met/office-of-the-director/digital-department/medialab>>, 01.10.2016), l'IMAlab dell'Indianapolis Museum of Art (<<http://lab.imamuseum.org/>>, 01.10.2016), veri e propri laboratori di sperimentazione digitale.

³⁸ Si contano naturalmente vistose eccezioni, a conferma del fatto che la realtà italiana è disomogenea e frammentata. Tra i Musei che hanno investito sul digitale, ricordiamo il MUSE-Museo delle Scienze di Trento, dove lavorano esperti come il Responsabile del Public Engagement, il Comunicatore Scientifico e il Coordinatore dei Contenuti Multimediali.

³⁹ L'ultimo concorso per inserimenti di III Area bandito dal MiBACT (G.U. n.41 del 24/05/2016) ha previsto l'assunzione di 30 unità nel profilo di "funzionario della promozione e della comunicazione". L'ammissione al concorso richiedeva il possesso di titoli elevati, ma generici ("I - qualunque laurea specialistica, o laurea magistrale, o diplomi di laurea rilasciati ai sensi della legge n. 341 del 1990; II - diploma di specializzazione, o dottorato di ricerca, o master universitario di secondo livello di durata biennale, in materie attinenti la promozione delle politiche culturali, l'economia dell'arte e della cultura, la gestione del patrimonio culturale e/o la comunicazione. In alternativa: I - qualunque laurea specialistica, o laurea magistrale, o diplomi di laurea rilasciati ai sensi della legge n. 341 del 1990; II - esperienza professionale di almeno 36 mesi complessivi maturata in attività lavorative attinenti la promozione delle politiche culturali, l'economia dell'arte e della cultura, la gestione del patrimonio culturale e/o la comunicazione,

Il dialogo sociale rappresenta, di conseguenza, uno strumento decisivo nello sviluppo del sistema della formazione professionale: da una parte, è compito della pubblica amministrazione garantire impulso, regole ed equilibrio nel processo di digitalizzazione e, in modo particolare, con riferimento alla formazione, definire nel dettaglio le competenze specifiche e trasversali da recepire nel catalogo dei titoli universitari e di formazione professionale; dall'altra parte, gli attori sociali devono svolgere un ruolo da protagonisti nella progettazione, programmazione e valutazione dell'offerta formativa rivolta ai lavoratori, utilizzando il rilevante spazio di manovra offerto dalla contrattazione collettiva⁴⁰.

Alla luce di quanto finora esposto, l'aggiornamento dell'attuale forza-lavoro non è più procrastinabile: a un livello base, che comprenda competenze trasferibili, di tipo relazionale, appannaggio dell'intero *staff*, andrebbero affiancate tematiche sociali come accessibilità e inclusività; e, in aggiunta, a seconda del ruolo in organico, ciascun operatore dovrebbe poter acquisire livelli di preparazione più elevati⁴¹.

Coglie nel segno l'osservazione secondo la quale, “[s]e tutti gli ambiti del museo possono trarre vantaggio dallo sviluppo delle nuove tecnologie, tutto il personale è chiamato ad avere conoscenza e consapevolezza delle opportunità derivanti dalla loro applicazione”⁴².

Solo operando in questo modo sarà possibile superare la parcellizzazione che ancora caratterizza l'utilizzo delle competenze nel sistema nazionale dei musei⁴³, e “favorire” così “il cambiamento e l'integrazione tra le diverse attività, in un processo di trasformazione che non può che essere verticale”⁴⁴, dal direttore ai funzionari, agli operatori.

presso le pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, del Decreto legislativo 30 marzo 2001 n. 165, o soggetti privati). Nessun riferimento alle competenze digitali, sebbene i nuovi assunti fossero destinati a guidare proprio l'area della comunicazione.

⁴⁰ L. M. Méndez, *Industria 4.0 e la sfida decisiva della formazione 4.0 in Spagna*, *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2018,2, 413 ss.

⁴¹ Melting Pro, *Musei del Futuro*, cit., 21.

⁴² Melting Pro, *Musei del Futuro*, cit., 35-37.

⁴³ S. D. Orlandi, G. Calandra, V. Ferrara, A. M. Marras, S. Radice (a cura di), *Web strategy museale. Monitorare e progettare la comunicazione culturale nel web*, ICOM Italia, Milano 2019, 159. Il rischio che si intende evitare è la creazione di un pericoloso vuoto di potere: “[...] da una parte ci sono i professionisti del patrimonio, con una solida formazione umanistica e nessuna competenza informatica, nella veste di committenti, e dall'altra gli informatici, padroni della materia, ma estranei al mondo di cui dovevano occuparsi nella veste di fornitori. Lo squilibrio di competenze (e di interessi) coesiste con un dominio di fatto dei fornitori e delle loro soluzioni al problema in presenza di committenti inesperti e privi di competenze professionali adeguate”.

⁴⁴ Melting Pro, *Musei del Futuro*, cit., 35-37.

ATTUALITÀ GIURIDICA

ILLAZIONI SUL SALARIO MINIMO LEGALE

Sommario: 1. Salario minimo legale: le riflessioni di Ursula Von Der Leyen, Presidente della Commissione Europea. 2. Il salario minimo legale nei paesi UE. 3. Il problema della determinazione di un salario minimo legale europeo. 4. Il salario minimo legale in Italia. 4.1. Il ddl n. 658 del 12 luglio 2018 sul salario minimo legale. 5. Riflessioni critiche e conclusioni.

di Francesco Bacchini

Abstract

Nell'attuale ordinamento normativo la disciplina dei criteri di calcolo della retribuzione è affidata alla contrattazione collettiva, che per lo più ha garantito un livello minimo di salario soddisfacente e dignitoso. Ecco perché in Italia è stata scarsamente avvertita l'esigenza che il salario minimo fosse, come accade in molti paesi europei, garantito per legge. Il Governo, però, ha riportato in auge la questione, con proposte dai contorni vaghi e scarsamente condivisi, soprattutto dalle organizzazioni sindacali e datoriali. Ebbene, in una economia in costante trasformazione tecnologica e organizzativa, in un mercato del lavoro sempre più indirizzato ad una maggiore flessibilità oraria e orientato a remunerare la professionalità dei lavoratori, che senso ha parlare di salario minimo legale? La questione è tutt'altro che irragionevole, sempreché, nel frattempo, non sia l'Europa a imporcelo.

Parole chiave:

Salario minimo legale, retribuzione dignitosa, contrattazione collettiva.

1. Salario minimo legale: le riflessioni di Ursula Von Der Leyen, Presidente della Commissione Europea.

“In Europa le famiglie che lavorano duramente hanno ancora troppa difficoltà ad arrivare alla fine del mese. Voglio fare in modo che il lavoro garantisca un reddito sufficiente. In un'economia sociale di mercato, ogni lavoratore a tempo pieno dovrebbe percepire un salario minimo sufficiente a condurre una vita dignitosa. Elaboreremo un quadro in tal senso, naturalmente nel rispetto dei nostri diversi mercati del lavoro. Penso tuttavia che l'opzione migliore consista nella contrattazione collettiva tra associazioni dei datori di lavoro e sindacati dei lavoratori, perché adegua il salario minimo allo specifico settore o alla specifica regione. So che esistono diversi modelli, naturalmente, ma dobbiamo elaborare un quadro generale”. Con queste riflessioni, pronunciate nel discorso di apertura della seduta plenaria del Parlamento Europeo, Ursula Von Der Leyen, la nuova Presidente della Commissione Europea, ripropone e legittima a livello eurounitario il problema sociale della determinazione eteronoma vincolante, di fonte legislativa o amministrativa, di un salario equo finalizzato ad assicurare una “vita dignitosa” a tutti i lavoratori, in una materia, quella retributiva, che, ad esclusione della parità salariale di genere, finora è stata totalmente riservata alla competenza dei singoli stati membri (art. 153, par. 5, TFUE, nel quale sancisce che “le disposizioni del seguente articolo non si applicano alla retribuzione[...]).

2. Il salario minimo legale nei paesi UE.

Benché nel panorama retributivo europeo la maggioranza degli Stati membri (22 su 28) possiedano già una forma di salario minimo legale (con esclusione di Austria, Cipro, Danimarca, Finlandia, Svezia e Italia nei quali i minimi stipendiali sono determinati dalla contrattazione collettiva), tale istituto non ha una natura universalmente riconosciuta, non esistendo un unico modello di applicazione e di calcolo, bensì coesistendo vari modelli che derivano dalle esigenze economico-sociali, ma anche dalla cultura giuridico-lavoristica di ogni singolo stato e che si fondano sul potere d'acquisto, sull'indice dei prezzi al consumo, sull'inflazione, sulla produttività nazionale e sulla situazione economica del paese, essendone, fra l'altro, sovente, affidata la determinazione all'elaborazione di commissioni indipendenti.

Il salario minimo orario lordo (al quale deve applicarsi la detrazione dell'imposta sul reddito e i contributi previdenziali) più elevato in Europa si registra in Lussemburgo ed è pari a 11.97€, mentre quello più basso è previsto in Bulgaria e ammonta a 1.62€.

Vero è che l'entità del salario minimo orario è quanto mai variabile da Paese a Paese: quelli in via di sviluppo (i paesi dell'Europa dell'est o dell'ex Jugoslavia) così come alcuni paesi mediterranei che escono da pesanti crisi economiche hanno salari minimi orari anche significativamente inferiori a 5€, mentre i paesi con economie industriali consolidate e più sviluppate si posizionano sopra i 9 €. Il salario minimo in Francia è fissato in 10,03€ (è in vigore dal 1950, lo SMIC, *Salaire Minimum Inteprofessionnel de Croissance*, il quale viene rivalutato il primo gennaio di ogni anno); in Germania è pari a 9.19€ (previsto dalla *Mindestlohngesetz – MiLoG*); in Belgio è di 9.41€ (vige un "sistema duale" in cui la contrattazione collettiva si innesta sul vincolo salariale definito per legge); in Olanda è di 9,33€; in Spagna è fissato a 6.09€ (il valore legale può essere modificato dalla contrattazione per settore economico di appartenenza); nel Regno Unito è pari a 9,54€, in Inghilterra è invece pari a 8.21€ (applicandosi vincoli retributivi differenti in base all'età del lavoratore e alla tipologia di contratti); in Irlanda ha un valore di 9,80€.

3. Il problema della determinazione di un salario minimo legale europeo.

Le differenze nella determinazione del salario minimo all'interno dei paesi dell'Unione Europea sono, quindi, di tutta evidenza, sia a livello economico-sociale complessivo (costo della vita, produttività, competitività e sviluppo), che a livello giuslavoristico tanto in relazione alle componenti della retribuzione quanto all'orario di lavoro e, partendo da tale evidenza l'individuazione di un valore monetario unico, efficace, efficiente e congruo in tutta Europa, appare pressoché utopistica.

Infatti, posto che la media salariale mensile degli Stati europei è pari a circa 924€, se il salario minimo europeo fosse calcolato in base a siffatta media, non troverebbe mai possibilità di approvazione in quanto determinerebbe per molti Paesi un incremento insostenibile

del costo del lavoro e così la crescita del livello di disoccupazione, l'aumento del lavoro irregolare e la perdita di competitività.

Diversamente, se la soglia venisse fissata a un livello decisamente più basso, gli Stati economicamente meno sviluppati manterrebbero un certo spazio di manovra per portarsi al livello stabilito, ma con il rischio di una contrattazione al ribasso per i lavoratori dei Paesi più ricchi rispetto ai Paesi che ricchi lo sono meno.

Ragionando in un'altra ottica, si potrebbe allora immaginare il salario minimo non come un valore preordinato, ma come un valore da determinarsi per il tramite di un sistema che individui, per tutti, alcuni parametri fissi e una metodologia di calcolo in ragione del livello economico-sociale e del costo del lavoro di ciascun Paese.

Attualmente la maggior parte delle proposte di individuazione legale del livello salariale minimo europeo non prevede un valore fisso, bensì un valore corrispondente al 60% (è la proposta del lussemburghese Nicolas Schmit appoggiata dall'olandese Frans Timmermans, alla quale, tuttavia, si oppongono i Paesi Nordici e a tal proposito il ministro del lavoro danese Peter Hummelgaard si è espresso dicendo: "temiamo che una direttiva europea in tal senso non disponga di esenzioni o garanzie sufficienti per il nostro sistema" proprio perché in Danimarca, Svezia e Finlandia vi è una lunga tradizione di contratti collettivi che potrebbe venire incrinata con l'introduzione di un salario minimo "rigido" a livello UE) del valore mediano dei salari di ogni singolo Paese (secondo i dati Eurostat solo 3 Paesi europei hanno oggi salari minimi sopra il 60% delle retribuzioni medie: Francia, Portogallo e Slovenia; mentre la media UE dei salari minimi esistenti è ben al di sotto del 50%) per contrastare la crescita del *dumping salariale*, con l'obiettivo, incrementando le soglie di retribuzione per tutti i lavoratori europei, di stimolare uniformità e convergenza tra le differenti economie, riducendo diseguaglianze, disparità, ma anche flussi migratori che preoccupano non poco molti degli Stati, più o meno sviluppati, dell'Unione.

In questo complesso scenario si devono inserire anche le dinamiche retributive italiane.

4. Il salario minimo legale in Italia.

Nell'attuale ordinamento normativo la disciplina degli aspetti quantitativi e dei sistemi e criteri di calcolo della retribuzione è affidata alla contrattazione collettiva che, integrata dall'autonomia individuale, comunque vincolata ai principi costituzionali di proporzionalità e sufficienza, e operante in chiave migliorativa, ne costituisce la fonte largamente preminente, assolvendo al compito di garantire, per i lavoratori subordinati soprattutto professionalmente meno qualificati, un livello minimo di salario soddisfacente e dignitoso (non così, invece, per i lavoratori autonomi, professionisti e collaboratori vari a partita iva ancora alla ricerca di un "equo compenso" che potrebbe ancorarsi a un salario minimo legale orario).

Del resto, l'interpretazione giurisprudenziale dell'art. 36 Cost., in conseguenza del riconoscimento della sua immediata precettività, ha finito per riconoscere ai trattamenti economi-

ci stabiliti dai contratti collettivi (c.d. minimi tabellari), pur carenti di vincolatività *erga omnes*, la natura di retribuzione “costituzionale”, presuntivamente sufficiente in quanto proporzionale, tanto che in Italia è stata scarsamente avvertita l’esigenza che il salario minimo venga, come sappiamo accade, invece, in molti altri ordinamenti giuridici europei, determinato e imposto per legge.

In tale contesto, il ruolo di controllo eteronomo delle dinamiche retributive svolto dalla legislazione ordinaria è stato moderato, circoscritto e, sovente, estemporaneo (vedi il credito Irpef del c.d. “bonus Renzi”) e il tentativo del Jobs Act (art. 1, co. 7, lett. g) l. n. 183/2014), più strumentale e strategico che concreto, di introdurre un “compenso orario minimo”, scaduta la delega, si è concluso con un nulla di fatto.

Ciò posto, da un lato, la proliferazione di contratti collettivi stipulati da parti sociali prive di reale rappresentatività sindacale (c.d. contratti pirata) a scapito di quelli firmati dai sindacati storicamente rappresentativi, con annesso *dumping* rispetto ai trattamenti salariali minimi previsti dal contratto leader, nonché, dall’altro lato, l’ingresso di nuove forze politiche fautrici del centralismo normativo statale in materia di lavoro, hanno riportato in auge nell’agenda di governo la questione della determinazione legale del salario minimo.

4.1. I ddl sul salario minimo legale.

In tale quadro, si inseriscono, in particolare, due disegni di legge, entrambi del 2018: il n. As 1132 presentato dal Partito Democratico, che non prevede importi, ma rende vincolanti i contratti collettivi siglati dalle associazioni più rappresentative (anche se con minimi tabellari inferiori a 9 euro), prevedendo, per i soli settori scoperti, un “salario minimo di garanzia”, da stabilirsi, entro 18 mesi, da una commissione di tecnici incardinata presso il Cnel, e, soprattutto, il n. As 658, presentato dal Movimento Cinque Stelle, in forza del quale tale istituto, de iure condendo, risulterebbe finalizzato a determinare, in attuazione del medesimo art. 36 Cost., una “retribuzione uniforme per tutti i rapporti di lavoro subordinato fissando per legge sul tema del trattamento economico che integra la retribuzione dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni datoriali e sindacali più rappresentative” circoscrivendo la “retribuzione complessiva proporzionata e sufficiente alla qualità e quantità del lavoro prestato non inferiore a quello definito dal contratto collettivo nazionale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro.”, comunque “non inferiore ai 9 euro all’ora al lordo degli oneri contributivi e previdenziali”.

Vero è, tuttavia, che i contorni dell’istituto risultano, comunque, piuttosto vaghi, scarsamente condivisi, soprattutto dalle organizzazioni sindacali e datoriali oltreché di dubbia costituzionalità.

Il problema del contrasto del salario minimo legale con l’art. 36 della Costituzione ha finito, infatti, per appiattirsi sulla questione di incostituzionalità dell’art. 7, comma 2, della l. n. 741/1959 (la legge recava norme transitorie per garantire minimi di trattamento economico e normativo c.d. *erga omnes*) in forza del quale le tariffe retributive introiettate dai decreti

legislativi (c.d. “Decreti Vigorelli”) che ne costituivano l’emanazione, restavano in vigore anche dopo la scadenza o il rinnovo degli accordi collettivi che li recepivano per legge (ultrattività delle clausole obbligatorie fino al sopravvenire di nuove disposizioni di legge o di contratti collettivi), escludendo, così, implicitamente, che la sopravvenuta non corrispondenza dei minimi economici al salario sufficiente conferisse al giudice ordinario i poteri di cui all’art. 36 della Costituzione .

Con la sentenza n. 156, 28 giugno-6 luglio 1971, vecchia ormai di quasi 50 anni, la Consulta, lungi dal negare la legittimità costituzionale della determinazione per legge del salario, sottolineava semplicemente il principio che siffatto precetto non avrebbe potuto eliminare la prerogativa del giudice di determinare la retribuzione, proporzionata e sufficiente, applicando precettivamente l’art. 36 della Costituzione.

In quest’ottica pare, dunque, tutt’ora possibile ritenere che anche riguardo l’istituzione per legge del salario minimo, il giudice rimarrebbe comunque pienamente legittimato a (ri)determinare la retribuzione sulla base dei parametri costituzionali della proporzionalità e della sufficienza idonei ad adeguare il minimo legale alle variazioni delle condizioni economico-sociali che lo abbiano reso inadeguato, avendo riguardo, ovviamente, ai minimi tabellari previsti dai contratti collettivi leader.

Del resto, il livello retributivo italiano non è espresso e declinato solo dai minimi contrattuali per livelli di inquadramento ma è caratterizzato da numerose voci variabili che contribuiscono a rendere assai disomogeneo il panorama salariale e che devono necessariamente essere considerate nell’ottica dell’introduzione del salario minimo legale, dovendosi esplicitare cosa ricomprendere nel valore fisso determinato per legge (si pensi alle mensilità aggiuntive, ossia tredicesima e quattordicesima, al trattamento di fine rapporto, alle ferie, ai permessi retribuiti, a tutta la retribuzione variabile di tipo premiale, ma anche alla contribuzione previdenziale e alla tassazione la quale, dipendendo dal reddito complessivo, è soggettivamente variabile).

Occorre, inoltre, considerare che tra i fattori che incidono sulla determinazione del salario minimo, a tacere della diversificazione delle condizioni economiche e del costo della vita nelle diverse zone del paese, risulta fondamentale anche il c.d. orario convenzionale lavorativo annuale, determinato dal rapporto tra orario settimanale e numero di settimane lavorative all’anno, con significative differenze retributive nei vari settori di contrattazione.

A tale riguardo, secondo i calcoli elaborati dall’Inps prendendo in considerazione gli stipendi senza i ratei di retribuzione aggiuntive, emerge che il 22% dei lavoratori italiani (il 24% nel settore agricolo) percepisce una paga oraria inferiore ai 9€ e che tale percentuale aumenta notevolmente nel caso in cui si consideri quale parametro di riferimento la retribuzione annuale.

Ebbene, nella difficile ricerca di un giusto valore salariale minimo è doveroso ricordare che la determinazione di una tariffa troppo alta potrebbe scoraggiare la domanda di lavoro e/o

rappresentare un incentivo al lavoro irregolare, mentre una troppo bassa finirebbe per non garantire le condizioni di vita dignitose alle quali l'istituto è finalizzato.

Secondo i ricercatori OCSE, così come per quelli ISTAT, fissando la soglia del salario minimo legale a 9€ lordi l'ora, il livello retributivo italiano diverrebbe uno dei più elevati fra i Paesi industrializzati, con potenziali gravi ripercussioni e costi assai elevati: i lavoratori coinvolti nell'incremento salariale risulterebbero, infatti, pari a 2,9 milioni, con un aumento retributivo medio annuo di 1.073€, con un incremento complessivo del valore di 3,2 miliardi e un costo totale per le aziende stimato attorno ai 6,7 miliardi.

Tale aumento del costo del lavoro avrebbe un impatto negativo principalmente sulle piccole e medie imprese, riducendone drasticamente la competitività soprattutto nei mercati internazionali; gli effetti negativi potrebbero essere, invece, più contenuti per le imprese di grandi dimensioni, tendenzialmente più solide e con maggiori disponibilità economiche.

Ma l'incremento retributivo conseguente all'introduzione di un salario minimo legale, potrebbe, paradossalmente, riverberarsi negativamente anche sugli stessi lavoratori in conseguenza dell'articolazione del sistema fiscale basato su imposte a scaglioni con aliquote crescenti in modo proporzionale al crescere del reddito e, al contrario, su detrazioni d'imposta decrescenti.

In questo modo, infatti, l'incremento della retribuzione lorda non determinerebbe un identico e automatico incremento della retribuzione netta; è ben possibile, infatti, che l'incremento della retribuzione lorda determini il passaggio ad un aliquota fiscale più alta, con minori detrazioni e con ritenute tali da determinare una retribuzione netta addirittura più bassa di quella precedente (si veda in questo senso, la possibilità prevista in capo al lavoratore di rinunciare alla tassa piatta del 10% prevista per i premi di risultato di ammontare non superiore a 3.000€, optando per la tassazione ordinaria se ritenuta fiscalmente più favorevole proprio in relazione alla possibilità di far valere oneri deducibili o detraibili che consentono di ridurre, rispettivamente, la base imponibile da assoggettare all'IRPEF o l'ammontare dell'IRPEF dovuta).

Pertanto, al fine di ottenere un incremento della retribuzione netta, conseguente all'aumento del salario minimo siccome stabilito per legge, immediato e proporzionale si dovrebbero prevedere correttivi al sistema delle detrazioni e delle aliquote quanto meno per le fasce salariali più basse.

In ogni caso, anche fissando un valore più congruo, individuato da molti studi intorno ai 5/7€ lordi l'ora, l'introduzione del salario minimo legale solleva, comunque, molti dubbi sulla sua reale utilità.

5. Riflessioni critiche e conclusioni.

Nel contesto di una economia in costante trasformazione tecnologica e organizzativa, in un mercato del lavoro sempre meno ancorato a schemi tradizionali e standardizzati e sempre più indirizzato, anche nella forma comune della subordinazione, ad una maggiore flessibilità oraria e agilità delle modalità con le quali si rende la prestazione lavorativa, tendenzialmente orientato a remunerare, piuttosto che lo scambio delle ore di lavoro in base alle qualifiche definite dai contratti collettivi, la professionalità dei lavoratori attraverso premi di risultato anche convertiti in beni e servizi di utilità sociale ricompresi nel welfare aziendale, la misurazione del trattamento economico complessivo (il TEC dell'accordo interconfederale 9 marzo 2018, c.d. "Patto della fabbrica") è sicuramente molto complicata.

In un siffatto scenario il salario minimo legale rischia, pertanto, di rappresentare una misura anacronistica, finendo per essere una risposta ai problemi del mercato del lavoro di ieri piuttosto che a quelli propri delle condizioni lavorative di oggi e di domani, non essendo in grado di incidere autonomamente sulla riduzione della povertà il cui contrasto necessita di ulteriori variabili quali il livello di occupazione, la produttività del lavoro ma anche le politiche di sostegno al reddito delle famiglie. Del resto, nei paesi che hanno già introdotto il salario minimo legale la questione dei lavoratori sottopagati e la diffusione di pratiche illegali sono, purtroppo, ancora presenti e ciò nonostante l'incremento dei controlli tecnologici sui dati stipendiali fino ad arrivare all'applicazione di pratiche come il *name and shaming* con cui si denunciano pubblicamente le aziende che non rispettano i minimi salariali legali.

Forse, agendo, anche per legge, sull'effettiva maggiore rappresentatività delle organizzazioni sindacali, sulla riduzione o delimitazione dei settori di stipulazione nonché, indirettamente (nella perdurante disapplicazione dell'art. 39 Cost.), sulla più ampia vincolatività dei contratti leader e degli stipendi base da loro negoziati, il ricorso al salario minimo legale risulterebbe del tutto inutile potendosi immaginare, tutt'al più, di istituirlo solo per i settori produttivi (o per i lavoratori, soprattutto quelli in vario modo autonomi) privi di contrattazione collettiva, come, peraltro (non senza l'insorgenza di interrogativi sugli effetti della dualità del sistema che ne discenderebbe), già prevedeva la delega scaduta di cui al Jobs Act.

Sempreché, nel frattempo, il salario minimo legale non ci venga imposto, in un modo o nell'altro, dall'Unione Europea, quale (ennesima) espressione dell'integrazione istituzionale, stimolo e simbolo di un convergente modello economico-sociale europeo.

hanno collaborato in questo numero

Auretta Benedetti

Professore Associato di Diritto Amministrativo, Università degli Studi di Milano-Bicocca

Dario Scarpa

Professore Associato di Diritto Privato, Università degli Studi di Milano-Bicocca

Alessandro Cenerelli

Avvocato, Dottorando di ricerca in Diritto privato comparato e processi di integrazione presso l'Università della Campania «Luigi Vanvitelli», visiting professor presso la International Black Sea University di Tbilisi

Giuseppe La Rosa

Professore Straordinario di Diritto Amministrativo - Università Pegaso

Lorena Di Gaetano

Avvocato e Dottoranda di ricerca in Diritto comparato e processi di integrazione presso l'Università della Campania, Luigi Vanvitelli

Francesco Bacchini

Professore Aggregato di Diritto del Lavoro, Università degli Studi di Milano-Bicocca

Table of contents**SAGGI**

The integration of social aspects in public contracts between public interests and the market
Auretta Benedetti 11

Abstract: The article examines the impact of social aspects in public contracts, through the comparison between the evolution observed both in European and Italian context. The analysis of constitutional and administrative sentences is also relevant, because it highlights the tension between sociability and freedom in public contracts.

Summary: 1. The aim of protecting competition in public contracts and a new interpretation. - 2. The European orientation. - 3. The orientation of the internal order. The social clauses in the 2016 code. - 4. Independent authorities and judges compared on the topic of social clauses. - 5. From the dimension of the "public contractor" to that of the "public demand" in the market: utility and prospects for job protection.

Key words: social clause; public procurement; Competition; freedom of private economic initiative

The worker in the family business: analysis of the degree of civil protection in a system perspective
Dario Scarpa 23

Abstract: The protection of the worker, family member, within the company must be carefully analyzed at a civil level to derive the consequences in terms of generational transfer of the company itself and to have a complete vision of the institution of the family company. It can be argued that the purpose that the legislator wanted to pursue in recognizing the right in question is the protection of those who, by participating in the family business, lend their activity in the company, avoiding, in homage to the economic principle of the continuation of the productive activity, that the company ends up being attributed to a subject who may have no interest in continuing the business activity.

Summary: 1. Job within the family business: the rights recognized in favor of the family worker and the dyscrasias of the regulatory system. - 2. Protection of worker rights and business interest in the generational handover of business activities as a facility. - 3. Family business structure in a system reflection between worker protection and entrepreneurial issues.

Key words: Worker – Company – Protection

Of the ship as a working tool and of its foreclosure
Alessandro Cenerelli 35

Abstract: The means of work and the pertinent equipment cannot be seized, according to the Italian Code of Civil Procedure. The relevant provisions apply to small economic operators (professionals, in general self-employed workers, artisans, etc.) and it aims ensuring that these subjects are not prevented from carrying out their normal work activities. In the maritime industry the same occurs: the personal work of the proprietor along with some instrumental goods are part of the whole enterprise activity. This paper is focused on tackling the issue and clarify

some doubts related to the exception of not seizeability of the goods employed by the owner to conduct his business, when the object of the seizure is the ship or other goods in the field of maritime law.

Summary: 1. Introduction. - 2. The impignability of the work tools. - 3. The personal work of the shipowner in the shipping company. - 4. The limits to forced naval expropriation. - 5. Conclusions: the foreclosure of the ship as a working tool.

Key words: Impignorability, work, ship.

INTERVENTI

The damage to the treasury of the health worker of public structures and the (apparent) protections provided for by law no. 24/2017

Giuseppe La Rosa

53

Abstract: Law No. 24/2017 has set forth a new discipline in relation to the administrative responsibility in the health sector, regarding both substantive and procedural profiles. The aim of this essay is to address the relevant issues arising from the content of the new rules, assessing as the legal framework does not guarantee any adequate protection to health professionals.

Summary: 1. Notes on the administrative liability of the public employee. - 2. The administrative responsibility of the health worker in traditional processing. - 3. The main changes introduced to the liability of the health care worker by law no. 24/2017: the criteria and the maximum limit in quantifying the damage, higher assignments. - 4. Following: the usability of the evidence of the civil trial and new hypothesis of inadmissibility of the fiscal action. - 5. Questions on the temporal application of the new provisions. - 6. The false myth of the greater protection of the health worker. - 7. Final considerations

Key words: Administrative responsibility; Gelli-Bianco law; Indirect damage to the treasury; Health responsibility

Museums 4.0 and new professions

Lorena Di Gaetano

71

Abstract: Given the social role played by the “museum” and the last outcome of the industrial and technological revolution on the organization of the museum per se, this essay aims at analyzing the new professionals mushroomed from the introduction of information and communication technologies. At the same time, the delay in the reshaping of the models and updating of the learning paradigm and the awareness of the relevance of this shift living together in the Italian legal system will be considered.

Summary: 1. The digital transformation of museums. 2. The contribution of European research to the definition of cultural ICT professions. 3. The Italian experience and the knot of training. 4. Conclusions *Key words:* Administrative responsibility; Gelli-Bianco law; Indirect damage to the treasury; Health responsibility.

Key words: Museums, technologies, information, communication, new professions.

ATTUALITÀ GIURIDICA***Legal minimum wage claims*****Francesco Bacchini**

83

Abstract: In the current regulatory system, the discipline of the calculation criteria for remuneration is entrusted to collective bargaining, which for the most part has guaranteed a satisfactory and decent minimum level of wages. This is why in Italy the need for the minimum wage was scarce, as is the case in many European countries, guaranteed by law. The government, but, has brought the matter up again, with proposals with vague and scarcely shared outlines, especially by trade unions and employers' organizations. Well, in an economy in constant technological and organizational transformation, in a labor market increasingly oriented towards greater hourly flexibility and oriented towards remunerating the professionalism of workers, what sense does it make to speak of a legal minimum wage? The issue is far from unreasonable, as long as, in the meantime, it is not Europe that is imposing it on us.

Summary. 1. Legal minimum wage: the reflections of Ursula Von Der Leyen, President of the European Commission. 2. The legal minimum wage in the EU countries. 3. The problem of establishing a European legal minimum wage. 4. The legal minimum wage in Italy. 4.1. The draft law n. 658 of 12 July 2018 on the legal minimum wage. 5. Critical reflections and conclusions.

Key words:. Legal minimum wage, decent wage, collective bargaining.

Campagna Abbonamenti 2019/2020

Rivista “Tutela e sicurezza del lavoro”
 Periodicità quadrimestrale
 Formato digitale (ebooks)

La rivista può essere consultata in diverse modalità:

- web
- mobile (tablet e smartphone): scarica gratuitamente l'app gratuita “Hyper”.
 Per IOS (in Apple store) oppure per Android (in Google Play).
 Seleziona la sezione “Tutela e sicurezza del lavoro”.



L'acquisto di un singolo numero oppure di un abbonamento digitale.

Abbonamenti annuali

Prezzo abbonamento annuale: Euro 45,00

L'abbonamento annuale alla rivista comprende gli eBooks pubblicati nell'anno solare.

Singoli numeri

Prezzo singolo numero: Euro 30,00

Come e dove

Per abbonarti oppure acquistare i singoli numeri, entra nello Store on line all'indirizzo **www.hyperedizioni.com**.

Troverai tutte le informazioni necessarie ed una semplice procedura per l'attivazione.

Chiuso in redazione in dicembre 2019