



DE IUSTITIA

RIVISTA GIURIDICA

ISSN 2974-7562
ISBN xxx-xx-xxxxx-xx-x



Libellula

WWW.DEIUSTITIA.IT

Rivista scientifica Anvur

Rivista n° 4 / Ottobre 2022 Trimestrale

DE IUSTITIA - Rivista giuridica scientifica – www.deiustitia.it

Fondata da: Avv. Carlo Giordano - Dott.ssa Fabiana Iorio - Dott. Angelo Rubano

Diretta da: Dott. Francesco Boccia (Direttore scientifico) - Avv. Carlo Giordano (Condirettore Scientifico) - Dott. Angelo Rubano (Vicedirettore)

Direttore responsabile: Avv. Francesco Boccia

Comitato scientifico: Prof.ssa Carla Acocella - Prof. Amedeo Arena - Dott. Pierpaolo Arganelli - Dott. Alessandro Auletta - Prof. Adrian Bedford - Dott. Francesco Boccia - Avv. Emilio Boccia - Prof. Fernando Bocchini - Pres. Francesco Caringella - Prof. Avv. Gianluca Cascella - Avv. Gabriella De Maio - Dott. Mattia Di Florio - Dott.ssa Antonia Foglia - Dott. Marco Fratini - Prof. Rosaria Giampetraglia - Avv. Carlo Giordano - Cons. Roberto Giovagnoli - Avv. Pasquale Guida - Prof.ssa Laura Gutiérrez-Masson - Dott.ssa Fabiana Iorio - Avv. Luigi Lalla - Prof. Vincenzo Maiello - Pres. Luigi Maruotti - Dott.ssa Daniela Messina - Dott. Andrea Napolitano - Prof.ssa Anna Papa - Dott. Giacomo Palombino - Dott. Simone Petralia - Dott. Angelo Rubano - Prof.ssa Laura Solidoro - Dott.ssa Alessia Tomo - Avv. Silvia Tuccillo - Dott. Francesco Zappatore – Dott. Pierluigi Zarra

Comitato di referaggio: Prof.ssa Francesca Angiolini - Prof.ssa Maria Consiglia Botta - Prof. Antonio Cilento - Prof. Alberto De Vita - Prof. Fabrizio Ripa - Prof.ssa Francesca Salerno - Prof. Vincenzo Verdicchio

Comitato di redazione: Dott.ssa Abruzzi Leandra - Avv. Francesco Bottiglieri - Dott. Flavio Alessio Clemente - Avv. Gaetano del Giudice - Dott. Giuseppe Di Meglio - Avv. Davide Giordano - Dott. Francesco Iazeolla - Dott.ssa Paola Iazeolla - Dott. Vincenzo Iazzetta - Dott. Alessandro Iovino - Dott.ssa Viviana Francesca Ippolito - Dott.ssa Annamaria La Marca - Dott.ssa Iliaria Manna - Dott. Lorenzo Maruotti - Cons. Andrea Migliozi - Avv. Ferdinando Migliozi - Dott.ssa Edda Napolitano - Avv. Gianluca Pirozzi - Avv. Nicolò Rubino - Avv. Marina Sfarzo

Redattori: Dott.ssa Fabiana Iorio - Avv. Luigi Lalla - Dott. Flavio Alessio Clemente

Amministrazione: www.youcanprint.it selfpublishing
via Roma 73 - 73039 Tricase (Le)

Registrazione: presso il Tribunale di Napoli con decreto n. 2683 del 11.02.2015

Per ciascun articolo è effettuato un procedimento di revisione tra pari almeno a singolo cieco (one-side blind)

INDICE

PARTE I – DIRITTO AMMINISTRATIVO

Lo strumento dello Smart working nella Pubblica Amministrazione: un primo bilancio.
di Piera Guglielmini. **Pag. 4**

Le Società in house : uno strumento di gestione del servizio pubblico.
di Giuliana Gaudioso **Pag. 20**

PARTE II – DIRITTO CIVILE

Gli effetti dell'emergenza Covid-19 sul trasporto aereo. La ri-nazionalizzazione di Alitalia.
di Antonia Foglia **Pag. 28**

PARTE III – DIRITTO PENALE

Le ragioni della previsione normativa della pena.
di Marta Fioretti **Pag. 34**

Lo strumento dello Smart working nella Pubblica Amministrazione: un primo bilancio.

Di Piera GUGLIELMINI*

SOMMARIO: **1.** Premessa. – **2.** Il rapporto di lavoro alle dipendenze della P.A: brevi cenni. – **3.** Flessibilità e lavoro agile nel pubblico impiego. – **4.** Il fenomeno dello Smart working. – **5.** Lo Smart working tra semplificazione, digitalizzazione e principio del buon andamento. – **6.** Il c.d. diritto alla disconnessione – **7.** Smart working e P.A.: benefici e criticità.

ABSTRACT: The institute of Smart working has given rise to a phenomenon of profound transformation of the organization of work, which finds its reasons in the digital revolution and in the new needs and models of behavior that this induces in society.

In this perspective, the ratio of agile work is identified in the possibility of guaranteeing the balance between work and private life of the worker and at the same time, an increase in the quality of the work offered.

To adapt to this innovation, the Public Administration sector found itself at the center of important legislative interventions, aimed at introducing a series of innovations aimed at implementing the so-called trend towards computerization of the organization and administrative action, which has now taken on the guise of a real digitization of the Public Administration.

1. Premessa.

E' noto che, ormai già da alcuni anni, il settore della Pubblica Amministrazione si confronta con le sfide di trasformazione digitale e del cambiamento della cultura organizzativa, che impongono una rivisitazione delle scelte organizzative proprie delle P.A. relativamente alle esigenze del lavoro, attesa l'esigenza di ripianificare le attività lavorative, ma anche di sviluppare e rendere più efficiente l'utilizzo dei sistemi informatici,

L'evoluzione delle dinamiche dei rapporti di lavoro ha indotto il legislatore ad individuare nuovi strumenti idonei a garantire il giusto temperamento tra l'efficienza della produzione e delle prestazioni lavorative e la crescente esigenza

* Dottoranda di ricerca in "Architettura, Disegno Industriale e Beni Culturali" presso l'Università della Campania "Luigi Vanvitelli".

dei lavoratori di svolgere la propria attività anche al di fuori dei luoghi tradizionalmente deputati a tale fine, in applicazione del dogma dell'alternanza vita-lavoro.

In quest'ottica si colloca lo strumento del lavoro agile, c.d. "smart-working", istituto di derivazione anglosassone ed introdotto nell'ordinamento interno nel 2017, con la legge 22 maggio 2017, n. 81.

Come si avrà modo di rilevare, esso non rappresenta una tipologia di contratto lavorativo, bensì una modalità di svolgimento della prestazione di lavoro subordinato oggetto di una vera e propria metamorfosi in punto di disciplina.

Inoltre, il contesto storico attuale, caratterizzato dalla dichiarazione dello stato di pandemia globale da parte dell'Organizzazione Mondiale della Sanità a causa del virus COVID-19, ha visto l'affermazione di questo istituto come standard lavorativo provvisorio, utilizzato per contenere il numero dei contagi. Proprio lo stato di pandemia ha fatto rafforzare per i datori di lavoro, sia privati che pubblici, l'esigenza di rimodellarsi e di pensare a nuove soluzioni organizzative per riuscire a fronteggiare al meglio il periodo di emergenza e per tutelare la salute dei propri dipendenti.

In tale contesto, dunque, lo smart working si viene a configurare un nuovo modello organizzativo, che ripensa le modalità di esecuzione del rapporto di lavoro, grazie allo sviluppo incessante delle tecnologie, delle nuove forme di comunicazione e dei nuovi spazi di gestione del lavoro.

Premesso ciò, si ritiene interessante analizzare questa innovativa modalità di lavoro, e approfondire le possibili criticità che la Pubblica Amministrazione può incontrare nell'implementare questo tipo di processo.

Preme preliminarmente evidenziare che, un punto di partenza per far sì che questo modello organizzativo possa essere ampiamente utilizzato anche nel pubblico impiego, è rappresentato dalla necessaria evoluzione della digitalizzazione nelle Pubbliche Amministrazioni. Ciò in quanto la trasformazione digitale rappresenta un nuovo modo di intendere ed operare della stessa e necessita di un insieme di competenze tecnologiche, giuridiche e organizzative¹. L'evoluzione tecnologica insita nello smart working è in grado di generare cambiamenti irreversibili nell'organizzazione del lavoro e nei paradigmi di riferimento della prestazione lavorativa. Se da un lato, infatti, lo smart working impatta sui temi della sostenibilità, sulla razionalizzazione nell'uso delle risorse e l'aumento della produttività, sulla promozione dell'uso delle tecnologie digitali più innovative, sulla riduzione di alcune forme di "assenteismo fisiologico", sulla valorizzazione delle persone e della fiducia tra lavoratori e amministrazione,

¹ BELISARIO E., La nuova Pubblica Amministrazione digitale. Guida al Codice dell'Amministrazione Digitale dopo la Legge n. 69/2009, Rimini, Maggioli, 2009; SORACE D., Diritto delle amministrazioni pubbliche, (VI edizione), Bologna, Mulino 2012; GIURDANELLA C., Il nuovo codice dell'amministrazione digitale (CAD), in diritto.it. 2017; R. Cavallo Perin e D.U. Galetta (a cura di), Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale, Torino, 2020.

dall'altro può incidere sulla personalità fisica e morale dello smart worker. Questo stato di ingerenza, si vedrà, ha fatto emergere un nuovo interesse nel lavoratore, quello alla disconnessione, introdotto nel nostro sistema con l'art. 19 della l. n. 81/2017.

2. Il rapporto di lavoro alle dipendenze della P.A.: brevi cenni.

Per meglio comprendere la tematica dello Smart Working nonché le relative implicazioni dell'istituto nel contesto del pubblico impiego, è necessario richiamare brevemente i tratti peculiari del rapporto di lavoro presso la P.A. nonché dei soggetti che si avvalgono di tale nuova modalità di lavoro.

E' noto che l'importanza dell'analisi di tale fenomeno nell'ambito del pubblico impiego deriva dalla circostanza che la P.A. non rappresenta un comune datore di lavoro, bensì un soggetto giuridico che rappresenta e tutela gli interessi della collettività e garantisce il corretto e regolare svolgimento dell'azione amministrativa nel pieno rispetto dei principi di imparzialità e buon andamento sanciti dall'art. 97 Cost. Ed infatti, proprio tali principi vanno intesi come fonte degli obblighi di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa, che impongono alla P.A. di evitare per quanto possibile sprechi delle risorse pubbliche e di perseguire i fini pubblici con il minor dispendio di risorse.

Sia la dottrina² sia la giurisprudenza³, hanno elaborato degli indici rivelatori di riconoscimento della natura pubblica di un ente. In particolare, la natura pubblica può essere desunta dall'esistenza di un sistema di controlli pubblici, dalla partecipazione dello Stato o altro Ente pubblico alle spese di gestione, dalla

² R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto pubblico*, Torino, 2019; P. CARETTI, U. DE SIERVO, *Diritto costituzionale e pubblico*, Torino, 2018; E. CASETTA, F. FRACCHIA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2019; V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, 2019; M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2019; G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2020; M. D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, 2019; G. FALCON, *Lineamenti di diritto pubblico*, Padova, 2017; G. GARGANO, A. POLICE, M.R. SPASIANO, *Diritto amministrativo*, in A. POLICE, M.R. SPASIANO (a cura di), *Manuale di governo del territorio*, Torino, 2016, 1 ss.; R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2014; F. FRACCHIA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, Napoli, 2014; T. MARTINES, G. SILVESTRI, *Diritto costituzionale*, Milano, 2017; B.G. MATTARELLA, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, 2018; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1991; N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO (a cura di), *La pubblica Amministrazione e la sua azione*, Torino, 2005; A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2016; M.A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2020; M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017; F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017; F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, voce dell'Enc. del diritto, Milano, 2002; F.G. SCOCA, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano, 1990; F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2019; D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologna, 2018; M.R. SPASIANO, D. CORLETTI, M. GOLA, D.U. GALETTA, A. POLICE, C. CACCIAVILLANI, *La pubblica amministrazione e il suo diritto*, Milano, 2012; R. GALLI, *Corso di diritto amministrativo*, 2011.

³ Cass. S.U. n. 11541/93; Cass. n. 16600/07; Corte Cost. n. 153/11; Consiglio di Stato sez.V n. 3820/2012

costituzione su iniziativa pubblica, dall'esistenza di un potere di direzione in capo ad un ente pubblico e dall'ingerenza di un ente pubblico nella nomina degli organi di vertice. Orbene, la qualificazione di ente pubblico rileva in quanto l'esatta configurazione della qualifica di un ente quale pubblico, inevitabilmente condiziona l'esatta attribuzione della natura dei poteri che esercita lo stesso, in particolare in materia di organizzazione (D.lgs n.165/2001), disciplina del rapporto di lavoro, assoggettamento alle regole sul procedimento amministrativo, perseguimento di fini pubblici, rispetto della normativa in tema di evidenza pubblica nell'attività di stampo negoziale; pertanto, si impone all'interprete una valutazione "sul campo" riguardo alle caratteristiche organizzativo/strutturali che l'ente deve possedere al di là di ogni "nomen juris" che possa contraddistinguere la sua struttura⁴.

Per quanto attiene la natura giuridica del rapporto di pubblico impiego, il D. Lgs. del 2 febbraio 1993 n. 29 (poi trasfuso nel D.Lgs. n. 165/2001) ha operato una riforma rivoluzionaria in tale ambito, trasferendo la disciplina del rapporto di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione dall'area pubblicistica a quella privatistica e dunque, sottoponendo i rapporti di lavoro pubblico alla disciplina delle disposizioni del codice civile, fatte salve le diverse disposizioni contenute nel decreto stesso⁵.

In particolare, il D.Lgs. 20 marzo 2001, n. 165 (Testo Unico sul pubblico impiego) ha consolidato il processo di privatizzazione del lavoro pubblico al fine di garantire sia la crescita della efficienza delle amministrazioni in relazione a quella dei corrispondenti uffici e servizi europei, sia la razionalizzazione del costo del lavoro pubblico attraverso il contenimento della spesa complessiva del personale entro i limiti di finanza pubblica, nonché la migliore utilizzazione delle risorse umane ponendo l'attenzione sulla formazione e sviluppo professionale dei dipendenti e applicando condizioni uniformi rispetto a quelle del lavoro privato. La disciplina del rapporto di lavoro pubblico ha, poi, assistito ad una stagione di cambiamenti inaugurati dal D.L. 90/2014 (convertito in legge n. 114/2014) (c.d. riforma Madia) e determinati a realizzare l'obiettivo di ottimizzazione della produttività del lavoro e di garantire l'efficienza delle P.A.

Ai fini che qui interessano, l'intervento riformatore suddetto ha disposto per la prima volta che le PP.AA., nei limiti delle risorse di bilancio disponibili e senza nuovi oneri per le finanze pubbliche, possono adottare misure organizzative per fissare gli obiettivi per la diffusione del telelavoro e di nuove modalità spazio temporali di svolgimento della prestazione lavorativa ed avviare la sperimentazione, così da permettere ai facenti richiesta di tutelare la famiglia, la salute e i propri hobby, per mezzo di nuove modalità spazio-temporali. Dunque, la riforma Madia ha introdotto il ricorso alla modalità di lavoro agile, già

⁴ Cass. SU. N. 10365/09.

⁵ A.M. SANDULLI, Manuale di diritto amministrativo, Jovene Editore, Napoli, 1989, pag.111 ss.

ampiamente utilizzato nel settore privato, anche all'interno della Pubblica Amministrazione.

In particolare, l'art. 13 della l. 124/2015 individuava la definizione e gli scopi dello smart working quale modalità di lavoro flessibile di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato allo scopo di incrementare la produttività e agevolare la conciliazione dei tempi di vita e lavoro.

Quanto previsto dalla legge 124/2015 è stato poi ripreso con la legge 22 maggio 2017, n. 81 che ha fornito all'art. 18 una specifica definizione di Smart working quale "modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato stabilita mediante accordo tra le parti, anche con forme di organizzazione per fasi, cicli e obiettivi e senza precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro, con il possibile utilizzo di strumenti tecnologici per lo svolgimento dell'attività lavorativa. La prestazione lavorativa viene eseguita, in parte all'interno di locali aziendali e in parte all'esterno senza una postazione fissa, entro i soli limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale, derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva.". Il comma 3 del medesimo articolo, precisa che le disposizioni normative si applicano anche ai "rapporti di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche".

In questo caso è opportuno fare una precisazione, in quanto la legge n. 81/2017 non prevedeva l'applicazione diretta alla P.A. delle disposizioni relative al lavoro agile. L'art. 18, comma 3, specificava, infatti, che la disciplina del lavoro agile trovava applicazione, in quanto compatibile (vaglio di compatibilità), anche ai rapporti di lavoro alle dipendenze della P.A. Tuttavia, nonostante i molteplici interventi normativi in tal senso, per quanto concerne le P.A., il ricorso alla modalità di lavoro in smart working è risultata per lungo tempo in fase di sperimentazione⁶.

3. Flessibilità e lavoro agile nel pubblico impiego.

Occorre preliminarmente chiarire che il lavoro agile, quale modalità alternativa di esecuzione della prestazione di lavoro subordinato, non era, in ogni caso, sconosciuta prima dell'intervento del legislatore del 2017, bensì poteva trovare realizzazione attraverso il potere direttivo del datore di lavoro, ovvero secondo una sua regolamentazione ad opera degli accordi collettivi⁷, che hanno

⁶ A titolo esemplificativo, se nel settore privato, secondo una ricerca dell'Osservatorio Smart Working della School of Management del Politecnico di Milano, più di un'impresa su due lo utilizza e nel 2018 era utilizzato dal 59% delle grandi aziende, per le Pubbliche Amministrazioni i numeri risultano ben diversi. In particolare, nel 2019, prima della emergenza epidemiologica da Covid-19, solo il 16 % degli enti risultava aver avviato progetti di sperimentazione dello Smart Working, mediamente risultava coinvolto solo il 12% della popolazione e il lavoro da remoto era svolto meno di un giorno alla settimana.

⁷ Cfr. l'accordo di rinnovo del 5 febbraio 2016 del CCNL dell'industria alimentare, Si vedano altresì, sebbene in forma meno articolata, l'art. 5-bis in materia di lavoro agile/smart working della ipotesi di accordo per il rinnovo del CCNL Energia e petrolio sottoscritto il 25 gennaio 2017 tra Confindustria energia e Filctem-Cgil, Femca-Cisl, Uiltec-Uil, l'accordo per il rinnovo del CCNL per

disegnato, prima della legge, la figura dello smart working. Va però notato, come la legge del 2017, delineando gli elementi necessari della fattispecie, abbia inciso sia sulla regolamentazione – anche successiva – della contrattazione collettiva, sia, soprattutto, sul potere direttivo quale mezzo di realizzazione della modalità agile.

In particolare, con l'approvazione del cosiddetto Jobs act del lavoro autonomo – Legge 22 maggio 2017 n. 81, che ha convertito in Legge il Disegno di Legge A.S. n. 2233-B, nonché alla Circolare INAIL 2 novembre 2017, n. 48 – viene definito e normato espressamente lo smart working, non come una nuova tipologia contrattuale, bensì come una diversa modalità di svolgimento della prestazione di lavoro.

Si deve però, alla direttiva n. 3/2017 l'introduzione di una disciplina specifica volta ad adeguare al lavoro nelle pp.aa. le prescrizioni della l. n. 81/2017. Tala direttiva recante "Indirizzi per l'attuazione dei commi 1 e 2 della legge 7 agosto 2015, n. 125 e linee guida contenenti regole inerenti all'organizzazione del lavoro finalizzate a promuovere la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro dei dipendenti"⁸ prevede un regime differenziato per la Pubblica Amministrazione, in quanto richiede che l'accordo individuale, di cui agli artt. 18 e 19 della l. n. 81/2017, sia anticipato da un atto amministrativo interno, disciplinante gli aspetti di tipo organizzativo e i profili inerenti al rapporto lavorativo agile, riaffermando così la specificità del pubblico rispetto al privato. Il lavoro in smart working viene così concepito quale prezioso strumento atto a incentivare un cambiamento per le PA ed i suoi lavoratori in quanto adatto a combattere la c.d. "burocrazia difensiva"⁹, promuovendo la collaborazione, la programmazione, la gestione e i risultati.¹⁰

le attività minerarie sottoscritto il 15 febbraio 2017 tra Assomineraria e Filctem-Cgil, Femca-Cisl, Uiltec-Uil.

⁸ <http://www.funzionepubblica.gov.it/articolo/dipartimento/01-06-2017/direttiva-n-3-del-2017-materia-di-lavoro-agile>

⁹ D. BOLOGNINO, H. BONURA, A. STORTO, I contratti pubblici dopo il decreto semplificazioni, *La Tribuna*, 2020; M. CAFAGNO, Contratti pubblici, responsabilità amministrativa e "burocrazia difensiva", in *Il Diritto dell'economia*, 3/2018, 625 ss.

¹⁰ Nonostante ciò, il ricorso al lavoro agile presso le P.A. è risultato, per lungo tempo, a carattere meramente sperimentale. Ed infatti, il Responsabile Scientifico dell'Osservatorio Smart Working, affermava che – "Nel 2019 lo Smart Working non è solo una moda, è un cambiamento che risponde alle esigenze delle persone, delle organizzazioni e della società nel suo complesso, e come tale è un fenomeno inarrestabile. La dinamica con cui sta crescendo nel nostro Paese tuttavia, non è abbastanza veloce. In realtà importanti per l'economia del nostro sistema Paese come PMI e PA la diffusione dello Smart Working non è ancora sufficiente. Questo limita la portata del contributo che lo Smart Working può dare per rendere più moderno il mercato del lavoro, le imprese e le PA più competitive e attrattive e le nostre città più inclusive e sostenibili. Per le PA, in particolare, è necessario un rapido cambio di passo soprattutto per non perdere l'opportunità di migliorare la motivazione delle proprie persone e per attrarre nuovi talenti, soprattutto in relazione alla necessità di sostituire circa il 15% del personale nei prossimi 3-4 anni" <https://www.zerounoweb.it/smart-working/smart-working-2019-ecco-a-che-punto-siamo-in-italia>

Com'è noto, il tema dell'applicazione dello smart working nella PA è letteralmente esploso, a partire dal marzo 2020 a seguito della dichiarazione della pandemia globale. Ed infatti, nell'ambito della disciplina emergenziale connessa all'epidemia Covid-19 sono state introdotte previsioni destinate ad incidere sul lavoro agile nel settore pubblico in modo stabile.

Già a partire da febbraio 2020, si sono susseguiti una serie di provvedimenti per semplificare l'accesso allo Smart Working e diffonderne al massimo l'utilizzo nella PA. Tali provvedimenti hanno l'obiettivo di fornire chiarimenti sulle modalità di implementazione delle misure normative e sugli strumenti, anche informatici, a cui le pubbliche amministrazioni possono ricorrere per incentivare il ricorso a modalità più adeguate e flessibili di svolgimento della prestazione lavorativa. In tale contesto riformatore, è stato individuato un modello tipico per tutte le P.A., il Piano operativo per il lavoro agile (POLA)¹¹, dedicato all'individuazione delle modalità attuative del lavoro agile. Inoltre, l'adozione di tali misure organizzative, nonché il raggiungimento degli obiettivi indicati vanno a costituire oggetto di valutazione nell'ambito dei percorsi di misurazione della performance organizzativa e individuale all'interno delle amministrazioni pubbliche¹². Dunque, l'attuale periodo storico ha determinato una forte accelerazione verso l'adozione di modalità alternative di svolgimento del lavoro nella P.A. che necessariamente deve fare i conti con le peculiarità proprie del settore pubblico. In tal senso, si ritiene che una delle principali sfide dell'introduzione dello smart working nelle pubbliche amministrazioni sia il mutamento della cultura organizzativa volto ad implementare il cambio di mentalità e del modo di porsi e/o essere del dipendente pubblico. Ed infatti, impiegando al meglio le nuove tecnologie e facendo affidamento da una parte sulla ricchezza di esperienze dei lavoratori già in servizio, e dall'altra parte sulla potenza innovativa dei newcomers, lo smart working può raffigurare un valido strumento per l'espansione, attesa da tempo, del rinnovamento dei processi nella pubblica amministrazione.

¹¹ Ai sensi dell'art. 263 del decreto-legge n. 34 del 2020, convertito con modificazioni dalla legge n. 77 del 2020, le amministrazioni pubbliche, entro il 31 gennaio di ciascun anno (a partire dal 2021), redigono, sentite le organizzazioni sindacali, il Piano organizzativo del lavoro agile (POLA), quale sezione del Piano della performance.

¹² G. CAMMAROTA- M. MORCIANO, "Valutazione della performance, efficienza ed efficacia amministrativa. Note a margine del Decreto legislativo 27 ottobre 2009 n.150", in ASTRID on line, 9 febbraio 2010; R. LOIERO, "Il rapporto sulle performance nelle amministrazioni centrali: riflessioni sulle questioni aperte" in Amministrazione in cammino, 2010; A. NADDEO, Misurazione e valutazione della performance in "Il nuovo ordinamento del lavoro pubblico ed il ciclo della performance: programmazione, valutazione e controllo dopo la riforma Brunetta (L. 15/2009 e D.Lgs. 150/2009)", a cura di G. SCOGNAMIGLIO e A. BACCI, Promo P.A. Fondazione, 2010; F. Verbaro- C.Croce, "Quando trasparenza ed integrità fanno rima con performance", in Guida al Pubblico Impiego Il Sole 24 Ore, n. 2/2011.

Ostacolo alla diffusione del lavoro agile nelle pubbliche amministrazioni è rappresentato, senza dubbio, dalla difficoltà del controllo "da remoto" sul dipendente. Questo perchè, il controllo sul dipendente pubblico risulta più intenso rispetto al comparto privato, in ragione del fatto che il lavoratore contribuisce con la sua prestazione al compimento di un segmento dell'azione amministrativa e alla realizzazione dell'interesse pubblico e, dunque, il controllo sull'operato è anche controllo sull'efficacia e sull'efficienza dell'intervento pubblico.

4. Definizione di Smart working.

Come evidenziato, negli ultimi tempi abbiamo assistito ad uno sviluppo innovativo della nozione di "flessibilità organizzativa"¹⁴ e ad una accelerazione verso il ricorso allo smart working sia nelle aziende che nelle P.A., che impone un'analisi della definizione di queste nuove modalità di lavoro agile¹³. E' stato, al riguardo, evidenziato che, "l'aggettivo s.m.a.r.t. postula, dunque, forme evolute di organizzazione del lavoro in cui lo smart worker è messo nelle condizioni di operare su processi lavorativi complessi, interagendo a distanza in modo cooperativo con suoi colleghi, venendo valutato non attraverso una sorta di cottimo delle pratiche evase, ma piuttosto sul raggiungimento di risultati"¹⁴.

Lo smart working, dunque, si prefigge di facilitare una flessibilità oraria e organizzativa in modo tale da poter creare nuovi equilibri lavorativi.

Infatti, il termine smart "è connesso con una facilità ed agilità di esecuzione di compiti, con l'idea di trovare nuove vie che alleggeriscano i processi e permettano il fluire del lavoro con minor sforzo, arricchendolo di senso e consapevolezza. In tutto in opposizione all'appesantimento e affaticamento temporale e motivazionale dell'hard work"¹⁵. Ed ancora, "Lo Smart Working è un approccio all'organizzazione del lavoro finalizzato a guidare una migliore efficacia ed efficienza nel raggiungimento degli obiettivi attraverso la combinazione di flessibilità, autonomia e collaborazione, puntando sull'ottimizzazione degli strumenti e delle tecnologie e garantendo ambienti di lavoro funzionali ai lavoratori"¹⁶.

Così concepito, appare evidente che, l'attuazione dello smart working impone un cambiamento nella cultura datoriale verso un incremento della flessibilità, una riconfigurazione degli spazi di lavoro e il ricorso a nuove tecnologie per il raggiungimento di vantaggi in termini di efficacia ed efficienza.

¹³ L. FIORILLO, A. PERULLI, *Il jobs act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Giappichelli Editore, 2018, pag. 258.

¹⁴ L. MATTALUCCI, *Il crescente interesse per il tema dello "smart working"*, 2014.

¹⁵ T. BOTTERI, G. CREMONESI, *Smart working & smart workers*, Franco Angeli, 2016, pag. 10 ss.

¹⁶ Chartered Institute of Personnel and Development - CIPD

Per quanto concerne l'ordinamento italiano, individuare una compiuta definizione di smart working non risulta di facile. Si potrebbe partire, dalla definizione coniata dal Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali che definisce lo Smart Working quale "modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato caratterizzato dall'assenza di vincoli orari o spaziali e un'organizzazione per fasi, cicli e obiettivi, stabilita mediante accordo tra dipendente e datore di lavoro; una modalità che aiuta il lavoratore a conciliare i tempi di vita e lavoro e, al contempo, favorire la crescita della sua produttività"¹⁷. Dunque, tale definizione di smart working, contenuta anche nella Legge n. 81/2017¹⁸, nel delineare le caratteristiche principale dell'istituto in esame si focalizza sulla flessibilità organizzativa, sul requisito della volontarietà delle parti che sottoscrivono l'accordo individuale e sull'utilizzo di strumentazioni che consentano di lavorare da remoto.

Accanto a tale definizione, esistono altresì altre formulazioni fornite da Enti o centri di studi, come ad esempio quella fornita dall'Osservatorio del Politecnico di Milano che afferma: "Grazie alle tecnologie digitali, ai device a disposizione e alla propensione delle persone alla interazione e relazione virtuale, è oggi possibile ripensare i modelli di organizzazione del lavoro, ma il passaggio allo smart working, è molto di più di un progetto di innovazione tecnologica. Significa, infatti, rimettere in discussione stereotipi relativi a luoghi, orari e strumenti di lavoro, consentendo alle persone di raggiungere, al tempo stesso, una maggiore efficacia professionale ed un miglior equilibrio tra lavoro e vita professionale".

Dunque, lo smart working viene inteso quale sinonimo del "lavoro agile" intendendo per agilità la capacità di rimanere aperti alle novità ed essere continuamente proattivi.

E' bene rilevare, tuttavia, che lo smart working, concepito come un approccio innovativo all'organizzazione del lavoro mediante il quale si restituiscono al lavoratore autonomia e flessibilità riguardo ai luoghi, ai tempi e agli strumenti di lavoro, responsabilizzandolo rispetto ai risultati, non ha trovato spazio in alcuna normativa, se si esclude qualche contratto collettivo, prevalentemente aziendale. Nell'ambito delle misure adottate dal Governo a causa della dichiarazione dello stato di emergenza epidemiologica da Covid-19, con i D.P.C.M. del 25 febbraio

¹⁷ Cfr. <https://www.lavoro.gov.it/strumenti-e-servizi/smart-working/>.

¹⁸ In particolare, ai sensi dell'art. 18 della legge citata, per lavoro agile deve intendersi quella «modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato stabilita mediante accordo tra le parti, anche con forme di organizzazione per fasi, cicli e obiettivi e senza precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro, con il possibile utilizzo di strumenti tecnologici per lo svolgimento dell'attività lavorativa», nella quale «La prestazione lavorativa viene eseguita, in parte all'interno di locali aziendali e in parte all'esterno senza una postazione fissa, entro i soli limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale, derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva», con lo scopo dichiarato di «incrementare la competitività e agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro».

e del 1° marzo 2021 era stata prevista una procedura semplificata per accedere a tale modalità lavorativa. Tuttavia, tali disposizioni avevano come principali destinatari i datori di lavoro privati e stabilivano che la modalità di lavoro agile potesse essere applicata ad ogni rapporto di lavoro subordinato anche in assenza di un accordo tra le parti. È con il d.l. del 17 marzo 2020, n. 18 (c.d. "Cura Italia"), convertito con l. n. 27/2020 che si estende la portata della disposizione sia ai lavoratori privati che pubblici.

Per disciplinare questa forma particolare di lavoro agile, il Ministro della Pubblica Amministrazione ha emanato il Decreto 19 ottobre 2020, le cui misure, a causa della perdurare dello stato emergenziale, sono state confermate e prorogate dal D.M. PA 20 gennaio 2021.

Di rilievo è anche il Protocollo sottoscritto da Governo e Parti sociali il 14 marzo 2020, aggiornato il 24 aprile 2020, nella cui Premessa è rivolto l'esplicito invito al massimo utilizzo delle modalità proprie del lavoro agile.

E' bene evidenziare che, l'obiettivo perseguito con le disposizioni introdotte dalla normativa emergenziale non era volto al riconoscimento espresso del diritto al lavoro agile per tutti i dipendenti, bensì il legislatore emergenziale è ricorso allo strumento dello smart working al fine di operare un bilanciamento tra le esigenze dell'impresa a quelle dei lavoratori.

In particolare, i principali interessi costituzionali che il legislatore è stato chiamato a bilanciare in tale situazione emergenziale sono stati il diritto alla salute, di cui all'art. 32, comma 1, Cost., da una parte, ed il diritto al lavoro, ex art. 4, comma 1, Cost., insieme alla libertà di iniziativa economica privata, ex art. 41, comma 1, Cost., dall'altra.

Va osservato come la Consulta abbia finito per dare prevalenza, nel predetto bilanciamento con il diritto al lavoro e con la libertà di impresa, al diritto alla salute, limitando l'art. 41 Cost. l'iniziativa economica privata quando essa metta a rischio la "salute" del lavoratore e avendo un senso il diritto al lavoro solo come "diritto al lavoro sicuro" 22.

Guardando, dunque, alla normativa emergenziale, con l'art. 39 del Decreto "cura Italia", il legislatore ha conferito, fino alla cessazione dello stato di emergenza, un diritto potestativo all'accesso al lavoro agile - risolvendo così il predetto bilanciamento a favore del diritto alla salute.

5. Lo Smart working tra semplificazione, digitalizzazione e principio del buon andamento.

Lo straordinario sviluppo tecnologico raggiunto nel corso degli ultimi anni, ha dato vita ad importati cambiamenti che hanno condizionato anche il modus agendi dell'azione amministrativa. Ad oggi, infatti, la trasformazione digitale rappresenta un nuovo modo di intendere ed operare della stessa Pubblica Amministrazione e coinvolge un insieme di competenze tecnologiche, giuridiche e organizzative.

Per adeguarsi a tale innovazione, il settore della Pubblica Amministrazione si è trovato al centro di importanti interventi legislativi, volti ad introdurre una serie di novità dirette ad attuare la c.d. tendenza all'informatizzazione dell'organizzazione e dell'azione amministrativa, che ha ormai assunto le vesti di una vera e propria digitalizzazione della Pubblica Amministrazione¹⁹.

Tale processo implica necessariamente il ricorso a soluzioni informatiche per lo svolgimento dell'attività amministrativa, al fine di garantire una migliore circolazione delle informazioni tra i vari apparati pubblici e di perseguire, così, l'obiettivo di un maggior coinvolgimento dei cittadini.

Tra le soluzioni informatiche deputate a tale scopo sono state introdotte anche presso le P.A., le Tecnologie dell'Informazione e della Comunicazione (ICT), ovvero, quelle tecnologie "riguardanti i sistemi integrati di telecomunicazione (linee di comunicazione cablate e senza fili), i computer, le tecnologie audio-video e i relativi software, che permettono agli utenti di creare, immagazzinare e scambiare informazioni"²⁰. quell'orientamento in base al quale gli enti e le istituzioni pubbliche devono plasmare il loro operato intorno a tre pilastri di massima importanza quali, la partecipazione, la trasparenza e la collaborazione. In particolare, nella logica dell'Open Government, "i principi di trasparenza, partecipazione e collaborazione devono costituire la struttura portante di un governo aperto al dialogo e al confronto partecipato con i cittadini, in modo da favorire un controllo diffuso da parte del privato sull'operato delle istituzioni e sull'utilizzo delle risorse pubbliche"²¹.

In tale ottica, il principio della trasparenza assume particolare rilievo nell'ottica di un'amministrazione sburocratizzata e digitalizzata²². A titolo esemplificativo l'applicazione concreta di tale principio si sostanzia nell'arricchimento del contenuto dei siti internet delle pubbliche amministrazioni, che devono riportare informazioni importanti per i cittadini quali bandi di gara e di concorso, moduli, formulari, oltre a contenere una sezione denominata, appunto, "Amministrazione trasparente", indicante informazioni essenziali inerenti l'amministrazione di riferimento.

E' noto che, pur non trovando riscontro nella nostra Carta costituzionale, il principio della trasparenza amministrativa, intesa come accessibilità totale dei

¹⁹ La rivoluzione in parola, ha riguardato in particolar modo il procedimento telematico, denominato agli inizi degli anni '90 "Teleamministrazione" e successivamente attuato con il Codice dell'Amministrazione Digitale, CAD, grazie al d. lgs. 7 marzo 2005, n. 82 (entrato in vigore il 1o gennaio 2006), così come fortemente inciso dal d. lgs. 30 dicembre 2010, n. 235, dalla legge Madia nel 2016 e, di recentissimo, dal D.L. Semplificazioni.

²⁰ [https://www.treccani.it/enciclopedia/ict_\(Dizionario-di-Economia-e-Finanza\)/](https://www.treccani.it/enciclopedia/ict_(Dizionario-di-Economia-e-Finanza)/)

²¹ A. ALOIA, Open Government. Tra digitalizzazione e trasparenza della P.A., 2014, rinvenibile all'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/36115-open-government-tra-digitalizzazione-e-trasparenza-della-pa>.

²² A. LUCCHI, Riforma e semplificazione della Pubblica Amministrazione: la "sfida" della trasparenza totale, in *Azienditalia- Il personale*, n. 7/2016, p. 391.

dati e dei documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, allo scopo di tutelare i diritti dei cittadini, promuovere la partecipazione degli interessati all'attività amministrativa, è stato individuato da dottrina e giurisprudenza ed ha trovato un proprio riconoscimento legislativo nell'art. 111 della L.241/1990 (come modificato dalla L.11 Febbraio 2005, n.15 e dalla L. 18 Giugno 2009, n. 69) e, successivamente, nel Decreto Legislativo n. 33/2013, ed ancora, successivamente, nella riforma Madia.

Tale fenomeno costituisce, dunque, la base di quel processo di innovazione e riorganizzazione delle Pubbliche Amministrazioni noto come E-government che si sostanzia nell'esercizio dell'attività amministrativa con il supporto di tecnologie digitali, diretto a migliorare la circolazione dei dati e l'attività di uffici ed organi amministrativi.

L'E-government, in particolare, mira a garantire di servizi più efficaci per i cittadini nonché l'incremento dell'efficienza dei processi interni alle singole amministrazioni. Obiettivi che risultano raggiungibili proprio grazie all'applicazione dell'ICT congiuntamente ad una rielaborazione delle procedure interne diretta ad eliminare le operazioni superflue o quantomeno non fondamentali, per assicurare processi più rapidi ed efficienti.

Per realizzare l'E-government, in un'ottica di digitalizzazione della P.A., risulta, inoltre, utile menzionare i c.d. i principi dell'Open government, ovvero E' altrettanto noto che, la prima definizione di tale principio si deve a Filippo Turati²⁷ che associò il concetto di trasparenza alla Pubblica Amministrazione, definendo quest'ultima come una "casa di vetro" il cui operato deve essere conoscibile agli occhi dei cittadini²³.

Tale principio, dunque, pur essendo, come si è fatto notare in dottrina, una astrazione i cui contorni sono difficilmente individuabili²⁴, è un elemento determinante affinché all'interno di quella casa, che è la PA, tutto sia "sempre e costantemente visibile" 30 . In tal senso, quindi, la trasparenza amministrativa può esser considerata come corollario del principio di buon andamento e imparzialità della Pubblica Amministrazione, nonché come garanzia per i diritti degli amministrati, individualmente o collettivamente considerati.

L'efficienza, d'altro canto, costituisce uno degli obiettivi dell'attività amministrativa – in uno con l'economicità e l'efficacia – nel rispetto del principio di buon andamento dell'agere amministrativo, espresso, com'è noto, dall'art. 97 Cost.

²³ Sul concetto di casa di vetro P. DOMENICONI, F.S CARPIELLO, La legge n. 15/2009: fra trasparenza ed accesso di informazione, in *AziendaItalia - Il Personale*, n. 5, 2009, pp. 227-233

²⁴ G. TERRACCIANO, La trasparenza amministrativa da valore funzionale alla democrazia partecipativa a mero (utile?) strumento di contrasto della corruzione, in *Amministrativ@mente*, fascicolo n. 11-12-2014.

L'art. 97, 1 comma, della Costituzione individua, infatti, nei principi di imparzialità e di buon andamento, i fondamentali canoni giuridici di riferimento dell'assetto organizzativo e funzionale della pubblica amministrazione²⁵.

Alla luce di tali considerazioni, lo sviluppo del progetto di E-government, rientra nell'ampio processo di innovazione e riorganizzazione della Pubblica Amministrazione volto a modernizzare tale settore attraverso una maggiore efficienza, trasparenza e semplificazione, con il preciso intento di riavvicinare il cittadino all'amministrazione pubblica.

Com'è stato rilevato, gli interventi riformatori tesi all'informatizzazione della Pubblica Amministrazione si sono susseguiti a partire dalla L. 241/1990.

Nel 2005 è stato introdotto un vero e proprio Codice dell'Amministrazione Digitale (CAD) con D. Lgs. 7 marzo 2005, n. 82. Tale provvedimento, costituisce una novità in quanto "affronta per la prima volta in modo organico il tema dell'utilizzo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione (ICT) nelle pubbliche amministrazioni, nonché della disciplina dei fondamentali principi giuridici applicabili al documento informatico e alla firma digitale"²⁶.

In particolare, il Codice dell'Amministrazione Digitale (CAD) riunisce e organizza le norme riguardanti l'informatizzazione della Pubblica Amministrazione nei rapporti con i cittadini e le imprese. Introdotto con il decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, è stato successivamente modificato e integrato numerose volte, in particolare, di recente, è stato modificato dapprima con il decreto legislativo 22 agosto 2016 n. 179 e poi con il decreto legislativo 13 dicembre 2017 n. 217 per promuovere e rendere effettivi i diritti di cittadinanza digitale.

Ai fini che qui interessano, è bene rilevare che un forte impulso alla trasformazione digitale della P.A. deriva anche dall'ampio utilizzo, in questa fase emergenziale, dello Smart working. Lo Smart working, necessita, infatti, di tecnologie per avere attuazione e per tale motivo rappresenta un energico

²⁵ M.R. SPASIANO, *Il principio di buon andamento: dal metagiuridico alla logica del risultato in senso giuridico*, *Ius publicum*, 2011.

²⁶ Così si è espresso il Consiglio di Stato, al punto 3 del parere n. 11995/04, sullo schema del CAD. Tale organo ha altresì evidenziato che lo schema si è concentrato solo su un paio delle molteplici fonti normative concernenti l'informatizzazione dell'amministrazione pubblica, vale a dire il D.Lgs. 10/2002 relativo alle firme elettroniche e il già citato DPR 445/2000 sul documento informatico, tralasciandone molte altre presenti in maniera asistemica nell'ordinamento. Nel parere sopracitato il Consiglio di Stato si è pronunciato in maniera critica anche su altre questioni relative al CAD, e ciò ha poi spinto il Governo ad inserire nel testo alcune disposizioni per colmare le lacune individuate, operazione continuata col decreto correttivo emanato qualche mese più tardi, contenente la disciplina del SPC e della RIPA. L'opinione del Consiglio di Stato sul CAD, però, non è mutata in quanto è rimasto lo scetticismo nei riguardi di tale strumento, contestandogli soprattutto una natura eccessivamente programmatica. Il CAD, insomma, mancherebbe di forza precettiva, limitandosi a enunciare norme di mero principio che rischiano di essere disattese nell'esperienza concreta. Cfr. W. D'AVANZO, *Partecipazione, democrazia, comunicazione pubblica. Percorsi di innovazione della Pubblica Amministrazione digitale*, Rubbettino Università, 2009, p. 28.

impulso per accelerare la trasformazione della Pubblica amministrazione in digitale.

6. Il c.d. diritto alla disconnessione.

Come rilevato, le nuove tecnologie rappresentano un'opportunità poiché possono favorire produttività ed efficienza, ma incidono anche sui parametri tradizionali della prestazione lavorativa, consentendo una maggiore autonomia organizzativa, ma anche prestazioni lavorative che possono essere rese in qualsiasi momento. In tale contesto è, pertanto, emersa una nuova esigenza diretta a tutelare la disconnessione, in virtù della quale il lavoratore deve essere protetto da una potenziale perenne connessione. Un aspetto critico del lavoro agile è rappresentato, dunque, dal rischio che la possibilità di lavorare da qualsiasi luogo si traduca di fatto in una reperibilità h24, cancellando del tutto il confine tra sfera professionale e sfera privata. In particolare, il diritto alla disconnessione può essere concepito quale "diritto del lavoratore a non essere raggiungibile o contattabile, rispondendo al telefono o alle mail (disconnessione tecnica) ovvero il diritto a concentrare la propria attenzione su qualcosa di diverso rispetto al lavoro (disconnessione intellettuale) recuperando le proprie energie psicofisiche"²⁷. Il diritto alla disconnessione si configura, dunque, come speculare ad un dovere di disconnessione che spetta al datore di lavoro disciplinare nel quadro della nuova organizzazione del lavoro per fasi, cicli e obiettivi che caratterizza il lavoro agile. La descritta esigenza di tutela ha iniziato a emergere nelle prime sperimentazioni concrete di smart working, avviate dalla contrattazione collettiva italiana. Infatti è solo nella disciplina normativa del lavoro agile che la disconnessione²⁸ diviene un istituto regolamentato, ex art. 19, comma primo, che dispone che l'accordo sullo smart working debba contenere, oltre ai tempi di riposo del lavoratore, anche «le misure tecniche e organizzative necessarie per assicurare la disconnessione del lavoratore dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro». Nonostante il richiamo normativo, tuttavia, il Legislatore non qualifica espressamente la disconnessione come un diritto²⁹, la cui enunciazione all'interno di un testo normativo determinerebbe, come noto, l'insorgere di una situazione giuridica soggettiva di vantaggio, che

²⁷ G. LEONE, La tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori agili, in D. GAROFALO (a cura di), *La nuova frontiera del lavoro autonomo, agile, occasionale*, ADAPT University Press, 2018, p. 485.

²⁸ R. DI MEO, *Il diritto alla disconnessione nella prospettiva italiana e comparata*, LLI, Vol. 3, No. 2, 2017, ISSN 2421-2695.

²⁹ A. ALLAMPRESE, F. PASCUCCI, *La tutela della salute e sicurezza del lavoratore «agile»*, RGL, 2017, I, 316 ss.

si sostanzia in obblighi, poteri, doveri e si connette alla facoltà di rivolgersi a un organo giurisdizionale per ottenere la tutela in caso di violazione³⁰.

Nella fattispecie in esame, peraltro, l'assenza di una qualificazione specifica si accompagna alla mancanza di una nozione giuridica, e non vi è neppure l'indicazione di un iter attuativo, volto a conferire effettività al disposto normativo, né la previsione di eventuali conseguenze qualora non vi sia ottemperanza.

Ad ogni modo, pur in assenza di indicazioni specifiche da parte del Legislatore circa le modalità di tutela della disconnessione, una strada che potrebbe essere percorsa per tentare di conferire a tale diritto effettività, sarebbe quella volta ad ancorarlo ad alcuni diritti fondamentali, in particolare al diritto alla salute (art. 32 Cost.). In tal senso sembra muoversi la tesi secondo cui la disconnessione darebbe luogo a nuovo diritto digitale³⁷, che si caratterizzerebbe come un corollario del diritto alla vita privata. Questo ragionamento volto a connettere la disconnessione alla tutela del diritto alla privacy, potrebbe rinvenire nell'azione dell'Autorità del garante della Privacy una garanzia della sua effettività.

7. Smart working e P.A.: benefici e criticità.

Come si è avuto modo di rilevare, da alcuni anni il settore della Pubblica Amministrazione si sta confrontando con le sfide di trasformazione digitale e del cambiamento della cultura organizzativa, pur avendo delle caratteristiche tali per cui l'innovazione risulta essere particolarmente difficile³⁸.

Definita, infatti, la flessibilità come quell'attitudine dell'impresa a reagire alle svariate necessità dell'ambiente concorrenziale e in continua evoluzione, non può non evidenziarsi come il settore pubblico, per le sue caratteristiche intrinseche risulta privo di qualsiasi pressione esterna a livello competitivo che possa, dunque, incentivare la ricerca di forme ulteriori di svolgimento della prestazione.

In tale contesto, allo strumento dello Smart working può essere riconosciuto il merito di aver introdotto anche nel settore pubblico due aspetti della flessibilità: il tempo e il luogo di lavoro. Ed infatti, l'impiego della tecnologia e la gestione più autonoma dell'orario e del luogo di lavoro liberano lo svolgimento dell'attività lavorativa da quella inflessibilità che contrassegna l'impostazione classica della prestazione lavorativa nelle PP.AA³⁹.

Come si è avuto modo di rilevare, uno sforzo in tal senso può essere ravvisato nei riferimenti all'adozione di misure sperimentali che agevolino la diffusione del lavoro agile (art. 14 della legge 124/2015), nell'adozione di una direttiva ad hoc del Dipartimento della Funzione pubblica nonché nella ricerca di soluzioni

³⁰ R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, Giappichelli, 2014, 83 ss.

contrattuali tese ad assicurare flessibilità oraria attraverso modalità che consentano di conciliare le molteplici esigenze.

Tali elementi, infatti, sono tutti diretti a stimolare anche nel pubblico impiego l'utilizzo di nuove modalità di organizzazione del lavoro basate sulla flessibilità lavorativa, sulla valorizzazione delle risorse umane, sulla razionalizzazione delle risorse strumentali disponibili nell'ottica di una maggiore produttività ed efficienza.

Flessibilità e cambiamento organizzativo nella Pubblica Amministrazione sono, infatti, compresi quali propositi di perfezionamento del livello qualitativo dei servizi e delle strutture ad essi nominati. Inoltre, l'impiego nella pubblica amministrazione dei contratti flessibili corrisponde da una parte, al bisogno crescente di nuove professionalità specialistiche, nonché dalla necessità di porre in essere modelli organizzativi del tutto nuovi ed adeguati alla modernizzazione e organizzazione della macchina burocratica.

Le Società in house : uno strumento di gestione del servizio pubblico.

Di Giuliana GAUDIOSO*

SOMMARIO: **1.** Le Società in house: fisionomia e ratio; **2.** Evoluzione dell'istituto: le pronunce della Corte di Giustizia Europea e del Giudice Nazionale; **3.** Le società in house nella normativa nazionale: Codice dei contratti pubblici D.Lgs. n. 50/2016 e T.U. Società partecipate pubbliche D.Lgs.n. 175/2016; **4.** Requisiti dell' in house; **4.1.** Il Controllo analogo (indiretto e frazionato); **4.2.** La cd. dedizione prevalente dell'Ente ai bisogni pubblici; **5.** Conclusioni

ABSTRACT: This paper studies the jurisprudential and regulatory evolution of in-house companies and the requirements of direct assignment to these company of public utility services.

1. Le Società in house: finionomia e ratio.

Una forma di gestione dei Servizi pubblici essenziali, a disposizione della Pubblica Amministrazione, è l'affidamento dei servizi alle cd. Società in house providing. Il ricorso al modello c.d. in house per affidamento e la gestione di pubbliche commesse è stato tradizionalmente concepito come una "deroga" alla regola dell'evidenza pubblica e si verifica allorché l'Amministrazione - in luogo di procedere all'esternalizzazione di determinate prestazioni - decide di provvedere in proprio all'esecuzione delle stesse, attraverso un'entità giuridica soggettivamente distinta, ma ad essa strutturalmente collegata nell'ambito di un rapporto di c.d. "delegazione interorganica".¹

Invero, secondo la dottrina maggioritaria, l'espressione in house providing, di matrice comunitaria, identifica "il fenomeno dell'autoproduzione, da parte dell'Amministrazione di beni, servizi o lavori senza far ricorso al mercato e/o a terzi soggetti, attingendo al proprio interno mediante formule organizzative che prevedono la costituzione di apposite entità, generalmente di tipo societario".² La Società in house, può essere definita quindi come un'azienda pubblica, costituita nelle forme del diritto privato - come società per azioni - che si occupa della gestione di un servizio pubblico: è un modello societario, di proprietà

* Avvocato Amministrativista del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Napoli.

¹ Ministero dell'Interno, Atto di indirizzo ex art. 154, comma 2, del T.U. E.L., approvato con decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267. Società in house e requisito dell'attività prevalente nei confronti degli enti pubblici soci.

² E. Stanizzi, Le Società in house, in La Nuova Disciplina delle Società a partecipazione pubblica di R. Garofoli e A. Zoppini pag. 73 e segg.

pubblica, applicato all'esercizio di attività pubblicistiche quale strumento organizzativo per gli Enti, soprattutto locali, per l'esercizio di attività di interesse pubblico. Il modello dell' in house ha carattere trasversale: nelle società in house, invero, il funzionamento della società è sostanzialmente disciplinato dal diritto civile, come le società private, la presenza sul mercato e i requisiti qualificanti, al fine di assicurare il rispetto dei limiti di ammissibilità degli affidamenti diretti a loro favore, sono al contrario sottoposti ai principi pubblicistici.

La Società in house risulta, in buona sostanza, un'estensione della stessa Amministrazione Pubblica, e rappresenta un'esplicazione del principio di autoregolamentazione dell'Ente pubblico.

Invero, il modello in house costituisce uno strumento organizzativo di gestione della stessa P.A., che richiede pertanto un rapporto di tipo inter-organico intercorrente tra Amministrazione affidante e soggetto affidatario.

L' in house costituisce, nella teoria europea dell'istituto, una legittima declinazione del generale principio dell'autoproduzione della P.A., a sua volta corollario del principio della libera amministrazione e dell'autonomia organizzativa pubblica.

Con riferimento alla natura giuridica, si deve precisare che la Società in house è una sorta di "ibrido" nel nostro ordinamento giuridico, che deve essere identificato come un ramo interno o longa manus della Pubblica Amministrazione, che utilizza tale strumento per garantire il servizio pubblico attraverso cui si esprime l'azione amministrativa.³

2. Evoluzione dell'istituto: le pronunce della Corte di Giustizia Europea e del Giudice Nazionale.

2.1. Il fenomeno dell' in house, prima della recente regolazione da parte delle Direttive europee n. 2014/24/UE, 2014/25/UE e 2014/24/UE e del loro recepimento nel sistema giuridico nazionale, deve le sue origini alla giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea nonché dei precedenti dei giudici nazionali.

Più specificamente, l'uso dell'espressione in house nell'ordinamento comunitario risale al 1998, anno in cui la Commissione Europea, nel Libro Bianco sugli appalti definì in house gli appalti aggiudicati all'interno della stessa P.A., ma i tratti identificativi delle società in house providing sono stati tratteggiati per la prima volta dalla sentenza c.d. Teckal.⁴ Con detta pronuncia, la Corte di Giustizia delle Comunità Europee, al fine di armonizzare i principi in materia di tutela della concorrenza con le facoltà di auto-regolamentazione

³ R. Fanizzi in La natura giuridica della società in house, De Jure.it

⁴ Corte di Giustizia, 18 novembre 1999, causa C- 107/98.

riconosciute alla Pubblica Amministrazione, ha provveduto ad enucleare analiticamente i criteri per il legittimo affidamento in house.⁵

Più specificamente, con ordinanza del 10 marzo 1998, il Tribunale amministrativo regionale per l'Emilia-Romagna, chiamato a pronunciarsi su una controversia insorta tra la Teckal Srl ed Comune di Viano (RE) relativamente alla fornitura dei servizi di riscaldamento, sottopose alla Corte di Giustizia, una questione pregiudiziale relativa all'interpretazione dell'art. 6 della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, sulle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi.

La Corte di Giustizia rispose al quesito sottoposto dal TAR Emilia Romagna nei termini che seguono:

“... 2 La direttiva 93/36, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, è applicabile ove un'amministrazione aggiudicatrice, quale un ente locale, decida di stipulare per iscritto, con un ente distinto da essa sul piano formale e autonomo rispetto ad essa sul piano decisionale - ipotesi che non ricorre nel caso in cui, nel contempo, l'ente locale eserciti sulla persona da esso giuridicamente distinta un controllo analogo a quello che esso esercita sui propri servizi e questa persona realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano -, un contratto a titolo oneroso avente ad oggetto la fornitura di prodotti, indipendentemente dal fatto che tale ultimo ente sia a sua volta un'amministrazione aggiudicatrice o meno. Infatti, le sole eccezioni consentite all'applicazione della direttiva 93/36 sono quelle in essa limitativamente ed esplicitamente indicate. Ora, tale direttiva non contiene alcuna disposizione analoga all'art. 6 della direttiva 92/50, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, la quale escluda dal suo ambito di applicazione appalti pubblici aggiudicati, a talune condizioni, ad amministrazioni aggiudicatrici...”

In buona sostanza, con detta pronuncia, la Corte di giustizia affermò l'ammissibilità dell'affidamento diretto - senza gara - di un servizio pubblico da parte di una P.A. ad una società pubblica che si configurasse come 'organismo in house', ovvero un soggetto sottoposto al controllo strutturale dell'Ente titolare del servizio ed a condizione che il soggetto affidatario diretto svolgesse la parte

⁵ A. Napolitano, *Economia Sociale di Mercato e Tutela dei diritti – Servizi Essenziali e forme di gestione*, Giappichelli Editore – Torino, 2019 pagg. 206-2010; A. Salerno, *I servizi pubblici di interesse generale: in particolare l'“in house providing”*, nel volume *Le Società partecipate dopo il correttivo 2017*, a cura di Maria Cristina Lenoci, Domenico Galli e Domenico Gentile – Dike Editrice 2017.

prevalente della propria attività in favore dell'Ente locale affidante. L'impostazione accolta dalla Corte, per l'affidamento diretto del servizio, prevede quindi una delegazione inter - organica in favore di un soggetto, sottoposto a un penetrante controllo da parte dello stesso Ente alla stregua di un'articolazione interna del soggetto pubblico.⁶ I requisiti fissati dalla cit. sentenza sono stati, a loro volta, reinterpretati dal Giudice europeo che, al fine di arginare l'utilizzo eccessivo del modello in house, ha inaugurato un filone giurisprudenziale, più restrittivo sull'interpretazione dei requisiti per l'affidamento diretto. In particolare, con riferimento al cd. requisito del controllo analogo, con la sentenza Stadt Halle⁷, la Corte ha ritenuto illegittimo l'affidamento in via diretta ad una società non interamente partecipata da un Ente pubblico, stabilendo che, nel caso in cui il capitale della società potenzialmente 'in house' è partecipato anche in quota minoritaria da soggetti privati, non sussiste il requisito del controllo analogo necessario per l'affidamento.

Allo stesso modo, con la sentenza Parking Brixen⁸, la Corte ha escluso la sussistenza di un controllo analogo allorché al Consiglio di Amministrazione del soggetto affidatario, pur partecipato totalmente dal Ente pubblico, sono affidati poteri gestori esercitabili in modo sostanzialmente autonomo. Relativamente al requisito dell'attività prevalente, la giurisprudenza della Corte di Lussemburgo ha serbato un atteggiamento di pari rigore applicativo.

Ed invero, con la sentenza Carbotermo⁹, la Corte ha stabilito che il requisito dell'attività prevalente sussiste solo laddove la società affidataria realizzi la propria attività in regime di sostanziale esclusività con il soggetto conferente; inoltre, con la successiva sentenza Commissione c/ Italia³¹, ha precisato che l'eventuale svolgimento di attività in favore di soggetti terzi deve presentare un carattere del tutto marginale.¹¹

2.2. L'orientamento della giurisprudenza comunitaria è stato recepito anche dall'elaborazione giurisprudenziale nazionale.

⁶ A. Salerno, I servizi pubblici di interesse generale: in particolare l'"in house providing", nel volume *Le Società partecipate dopo il correttivo 2017*, a cura di Maria Cristina Lenoci, Domenico Galli e Domenico Gentile – Dike Editrice 2017;

⁷ Corte di Giustizia sentenza dell'11 gennaio 2005 in causa C-26/03, nei termini Cons. Stato, Ad. Plen. 3 marzo 2008, n. 1.

⁸ Corte di Giustizia sentenza 13 ottobre 2005 in causa C-458/03.

⁹ Corte di Giustizia sentenza 11 maggio 2006 in causa C-340/04.

³¹ sentenza CGCE, 11 dicembre 2008 in causa C-371/07.

¹¹ Nei termini sull'evoluzione giurisprudenziale europea, C. Contessa, *Lo stato dell'arte in tema di affidamenti in house nel volume (a cura di), Il contenzioso e la giurisprudenza in materia di appalti pubblici*, La Tribuna, Piacenza, 2020.

Preliminarmente, deve precisarsi che ancor prima della sentenza Teckal, a livello nazionale il fenomeno dell' in house quale è stato interpretato come strumento di gestione dei servizi pubblici alternativo al ricorso al mercato, e quindi alla gara pubblica, e qualificabile come forma di gestione diretta del servizio attraverso "un organo indiretto"¹², rimesso alla scelta dell'Amministrazione: più specificamente, il Consiglio di Stato con la sentenza n. 477 del 23 aprile 1998¹³, ha ritenuto che "se la costituzione di un soggetto dedicato è idonea a garantire economie di scala, riduzione dei costi e razionalizzazione del bacino di utenza, l'opzione dell'ente locale non potrebbe esporsi ad alcuna censura solo perché escludente il ricorso al confronto competitivo."

Relativamente alla natura delle società in house, particolarmente significativa è la sentenza n. 26283 del 25 novembre 2013, con cui la Corte di Cassazione ha avuto modo di precisare che:

".. E' dunque possibile considerare ormai ben delineati nell'ordinamento i connotati qualificanti della società in house, costituita per finalità di gestione di pubblici servizi e definita dai tre requisiti già più volte ricordati: la natura esclusivamente pubblica dei soci, l'esercizio dell'attività in prevalenza a favore dei soci stessi e la sottoposizione ad un controllo corrispondente a quello esercitato dagli enti pubblici sui propri uffici. Ma s'intende che, per poter parlare di società in house, è necessario che detti requisiti sussistano tutti contemporaneamente e che tutti trovino il loro fondamento in precise e non derogabili disposizioni dello statuto sociale... In ordine alla prima di esse giova ricordare come già la giurisprudenza Europea abbia ammesso la possibilità che il capitale sociale faccia capo ad una pluralità di soci, purchè si tratti sempre di enti pubblici (si vedano le sentenze della Corte di giustizia 10 settembre 2009, n. 573/07, Sea, e 13 novembre 2008, n. 324/07, Coditel Brabant), e come nel medesimo senso si sia espresso, del tutto persuasivamente, anche il Consiglio di Stato (si vedano, tra le altre, le pronunce n. 7092/10 ed 8970/09). E' quasi superfluo aggiungere che occorrerà pur sempre, comunque, che lo statuto inibisca in modo assoluto la possibilità di cessione a privati delle partecipazioni societarie di cui gli enti pubblici siano titolari.

Il requisito della prevalente destinazione dell'attività in favore dell'ente o degli enti partecipanti alla società, pur presentando innegabilmente un qualche margine di elasticità, postula in ogni caso che l'attività accessoria non sia tale da implicare una significativa presenza della società quale concorrente con altre imprese sul mercato di beni o servizi. Ma, come puntualizzato da Corte cost. 23 dicembre 2008, n. 439 (anche sulla scorta della giurisprudenza comunitaria: si veda, in particolare, la sentenza della Corte di Giustizia 11 maggio 2006, n. 340/04, Carbotermo), non si tratta di una valutazione solamente di tipo quantitativo, da operare con riguardo esclusivo al fatturato ed alle risorse

¹² Cons. Stato, 16 maggio 1996, n. 3035.

¹³ Cons. Stato, 23 aprile 1998, n. 477.

economiche impiegate, dovendosi invece tener conto anche di profili qualitativi e della prospettiva di sviluppo in cui l'attività accessoria eventualmente si ponga. ... Quanto infine al requisito del cosiddetto controllo analogo, quel che rileva è che l'ente pubblico partecipante abbia statutariamente il potere di dettare le linee strategiche e le scelte operative della società in house, i cui organi amministrativi vengono pertanto a trovarsi in posizione di vera e propria subordinazione gerarchica..."

Cass. civ. Sez. Unite, Sent., (ud. 08-10-2013) 25-11-2013, n. 26283

Più specificamente, la Corte di Cassazione in tema ha chiarito che:

"I connotati qualificanti delle società in house sono essenzialmente tre: "la natura esclusivamente pubblica dei soci, l'esercizio dell'attività in prevalenza a favore dei soci stessi e la sottoposizione ad un controllo corrispondente a quello esercitato dagli enti pubblici sui propri uffici. Ma s'intende che, per poter parlare di società in house, e' necessario che detti requisiti sussistano tutti contemporaneamente e che tutti trovino il loro fondamento in precise e non derogabili disposizioni dello statuto sociale".

Corte di Cassazione, SS.UU., 28/6/2018 n. 17188

3. Le società in house nella normativa nazionale: Codice dei contratti pubblici e T.U. Società partecipate pubbliche

Il portato della suddetta stratificazione giurisprudenziale è confluito nelle Direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE con le quali il Legislatore europeo ha disciplinato per la prima volta compiutamente la materia e, a livello nazionale, nel D.Lgs. 50/2016 e nel D.Lgs.n. 175/2016, con cui il Legislatore nazionale ha dato recepimento alle suddette direttive comunitarie.

Più specificamente, il D.Lgs. 50/2016 disciplina l'in house providing nei seguenti articoli: 1) all'art. 5¹⁴ laddove sono state definite le tipologie di affidamento ed i

¹⁴ Art. 5 del D.LGS. n. 50/2016 co. 1 stabilisce che: "1. Una concessione o un appalto pubblico, nei settori ordinari o speciali, aggiudicati da un'amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore a una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato, non rientra nell'ambito di applicazione del presente codice quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni: a) l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore esercita sulla persona giuridica di cui trattasi un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi; b) oltre l'80 per cento delle attività della persona giuridica controllata è effettuata nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore di cui trattasi; c) nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati le quali non comportano controllo o potere di veto previste dalla legislazione nazionale, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata";

requisiti dell'in house providing; 2) all'art. 192¹⁵ che prevede l'istituzione di uno specifico registro a cura di ANAC nel quale debbano essere iscritte le stazioni appaltanti che si avvalgono di affidamento in house.¹⁶

Con l'emanazione del successivo D.Lsg. 175/2016 (T.U. Società partecipate), il Legislatore ha colto l'occasione per fissare e specificare i presupposti per l'affidamento in house, chiarendo cosa si intende per controllo analogo e rendendo più stringente il requisito dell'attività prevalente.

Inoltre, con la cit. normativa il Legislatore ha preso posizione sulla questione inerente la natura giuridica delle società in house stabilendo che le stesse debbano essere considerate persone giuridiche di diritto privato e, per questo motivo, assoggettate alla disciplina civilista salve le ipotesi derogatorie relative allo svolgimento dell'attività di impresa e l'applicazione della disciplina pubblicistica in materia di affidamento di contratti pubblici¹⁷.

4. Requisiti dell' in house:

Come rappresentato in narrativa, l'affidamento in house rappresenta una modalità organizzativa alternativa e all'applicazione della disciplina in materia di contratti pubblici: trattasi di un istituto che si contrappone alle forme contrattuali attraverso cui avviene l'esternalizzazione.

Per tale ragione, il diritto comunitario prima, e quello nazionale poi, hanno enucleato le condizioni di ammissibilità delineando un quadro preciso di requisiti che consentono di considerare legittimo il ricorso all'affidamento diretto – senza gara – a tali società.

Più specificamente, la direttiva 2014/24/UE - all'articolo 12 - richiede, per l'affidamento in house, il verificarsi delle seguenti condizioni:

¹⁵ L'art. 192 stabilisce che: "1. E' istituito presso l'ANAC, anche al fine di garantire adeguati livelli di pubblicità e trasparenza nei contratti pubblici, l'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house di cui all'articolo 5. L'iscrizione nell'elenco avviene a domanda, dopo che sia stata riscontrata l'esistenza dei requisiti, secondo le modalità e i criteri che l'Autorità definisce con proprio atto. L'Autorità per la raccolta delle informazioni e la verifica dei predetti requisiti opera mediante procedure informatiche, anche attraverso il collegamento, sulla base di apposite convenzioni, con i relativi sistemi in uso presso altre Amministrazioni pubbliche ed altri soggetti operanti nel settore dei contratti pubblici. La domanda di iscrizione consente alle amministrazioni aggiudicatrici e agli enti aggiudicatori sotto la propria responsabilità, di effettuare affidamenti diretti dei contratti all'ente strumentale. Resta fermo l'obbligo di pubblicazione degli atti connessi all'affidamento diretto medesimo secondo quanto previsto al comma 3."

¹⁶ Affidamento in house di Riccardo Bianchini AltalexPedia, voce agg. al 09/06/2016

¹⁷ A. Napolitano, Economia Sociale di Mercato e Tutela dei diritti – Servizi Essenziali e forme di gestione, Giappichelli Editore – Torino, 2019 pagg. 206-2010;

1. l'amministrazione aggiudicatrice deve esercitare sulla persona giuridica affidataria dell'appalto un controllo analogo a quella da esso esercitato sui propri servizi;
2. oltre l'80% delle attività di tale persona giuridica sono effettuate nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice;
3. nella persona giuridica controllata non deve essere alcuna partecipazione diretta di capitali privati fatta eccezione per forme di partecipazione che non comportano controllo o potere di veto.¹⁸ Il contenuto del cit. articolo è stato pedissequamente trasfuso dal Legislatore italiano nell'art. 5 del D.Lgs. n. 50/2016.

4.1. Il Controllo analogo (indiretto e frazionato);

Il primo requisito richiesto, per l'affidamento in house, è il c.d. controllo analogo: tra la società e l'Ente pubblico deve sussistere un rapporto di tipo inter – organico, in virtù del quale l'Amministrazione aggiudicatrice pubblica esercita un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative della persona giuridica controllata.

Più specificamente, il controllo dell'Ente pubblico deve essere in grado di esercitare sul soggetto affidatario un controllo assimilabile a quello che esercita sulle proprie strutture burocratiche.

Il controllo analogo viene esteso sino a ricomprendere sia il controllo sull'attività sia quello sulla struttura organizzativa dell'Ente estrinsecandosi nel potere di verifica da parte dell'Ente affidante della conformità dell'attività espletata dall'Ente affidatario alle proprie direttive e nel potere di controllo strutturale dell'organizzazione (es. nomina degli organi di amministrazione di vigilanza).

Il cd. controllo analogo può anche essere esercitato in via indiretta o frazionata. Si parla di in house orizzontale o controllo indiretto quando il controllo analogo è esercitato da una persona giuridica a sua volta sottoposta ad analogo controllo dall'Amministrazione pubblica, che ad es. detiene la partecipazione del capitale societario della controllata.

¹⁸ E. Stanizzi, Le Società in house, in La Nuova Disciplina delle Società a partecipazione pubblica di R. Garofoli e A. Zoppini pag. 73 e segg.

Un'altra ipotesi di controllo analogo è il controllo analogo frazionato che si realizza quando il soggetto affidatario e il capitale sociale del soggetto affidatario è frazionato tra più Enti pubblici.¹⁹

4.2 La partecipazione pubblica al capitale sociale.

Strettamente connesso al controllo analogo è il secondo requisito che attiene al rapporto finanziario tra Ente Pubblico e società in house. Invero, ai fini dell'affidamento, deve sussistere una partecipazione tendenzialmente totalitaria del capitale pubblico, salve limitate eccezioni.

Più specificamente, la nuova normativa comunitaria, recepita poi a livello nazionale, ha previsto che in via eccezionale può ammettersi la partecipazione di capitali privati qualora non determinino controllo o potere di veto: in altre parole, la partecipazione del privato non deve interferire con il controllo dell'Ente pubblico e non deve consentire al capitale privato di esercitare un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata.

4.3. La cd. dedizione prevalente dell'Ente ai bisogni pubblici.

Da ultimo, un ulteriore requisito necessario ai fini dell'affidamento in house è la cd. dedizione prevalente: l'80% dell'attività svolta da parte della persona giuridica deve essere effettuata nello svolgimento dei compiti affidati dall'Amministrazione controllante. La parte residua dell'attività, nella misura del 20%, può essere collocata sul mercato. Qualora il controllo sia frazionato tra più Enti pubblici, le attività rilevanti al fine di integrare il cit. 80% sono quelle cumulativamente espletate nei confronti di tutte le Amministrazioni.

5. Conclusioni

Le società in house rappresentano uno strumento di gestione del servizio pubblico che, almeno in via teorica, garantisce un'ottimizzazione dell'utilizzo di risorse pubbliche e un ampio controllo da parte dell'Ente pubblico sulle modalità organizzative di gestione del servizio: in altre parole, attraverso le società in house l'Ente pubblico ha la possibilità di gestire "direttamente" il servizio di pubblica utilità e, quindi, di esprimere anche il proprio indirizzo politico relativo al determinato servizio di pubblica utilità erogato dalla società.

¹⁹ E. Stanizzi, Le Società in house, in La Nuova Disciplina delle Società a partecipazione pubblica di R. Garofoli e A. Zoppini pag. 73 e segg.

Gli effetti dell'emergenza Covid-19 sul trasporto aereo. La ri-nazionalizzazione di Alitalia.

Di di Antonia FOGLIA*

SOMMARIO: 1. La ri-nazionalizzazione di Alitalia. 2. Considerazioni conclusive.

1. La ri-nazionalizzazione di Alitalia..

Tra i vari interventi posti in essere in risposta all'emergenza Covid-19 meritano particolare attenzione quegli atti normativi aventi ad oggetto la (ri) nazionalizzazione di Alitalia in quanto misure rientranti nell'ambito di politiche nazionali adottate sempre nel rispetto dei dettati europei¹. Nello specifico, infatti, grazie a quanto previsto dal c.d. Decreto Cura Italia² con il quale si è prevista la ri-nazionalizzare di Alitalia attraverso la creazione di una nuova società a totale partecipazione pubblica³ il legislatore sembrerebbe orientato verso un ritorno imponente dello "Stato imprenditore" nel settore del trasporto aereo⁴. Nell'istituire un apposito fondo per l'attuazione di tali disposizioni il decreto ha quindi autorizzato la costituzione di una nuova compagine societaria interamente controllata dal Ministero dell'economia e delle Finanze, ovvero controllata da una società a prevalente partecipazione pubblica anche indiretta, il cui atto costitutivo dovrebbe essere definito con uno o più decreti del Ministro dell'economia e delle finanze, di natura non regolamentare, sottoposti alla

*Avvocato e Dottore di ricerca.

¹ Per un'analisi dettagliata degli interventi in ambito economico si rinvia a P. PULSONI, L'intervento dello Stato nell'economia all'epoca del Covid-19. Analisi critica della normativa emergenziale, in www.dirittifondamentali.it, 2, 2020.

² Decreto-Legge, 17 marzo 2020, n. 18, Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19, convertito con modificazioni dalla Legge 24 aprile 2020, n. 27

³ Si tratta di un'operazione oggetto di acceso scontro anche e soprattutto in considerazione della straordinaria carica ideologica che ha caratterizzato il dibattito sulla questione Alitalia negli ultimi decenni. Non essendo possibile in questa sede ripercorrere l'intero percorso di Alitalia si rinvia, per una analisi più approfondita al testo rinvenibile sul sito della Camera dei Deputati dal titolo "Il sistema aeroportuale e il trasporto aereo", in www.camera.it, 30 marzo 2020.

⁴ Come è noto, infatti, il settore aereo è stato uno dei più colpiti dall'emergenza Covid-19 tanto da obbligare gli Stati europei ad intervenire in maniera determinante attraverso una iniezione di liquidità ed il ritorno dello Stato nella compagine azionaria di molte compagnie. Si vedano ad esempio i casi di Lufthansa e di Air France-KLM per le quali i governi tedesco e francese hanno predisposto importanti interventi attraverso l'erogazione di aiuti di Stato non escludendo una nazionalizzazione temporanea delle stesse.

registrazione della Corte dei Conti, con i quali definire l'oggetto sociale, lo Statuto e il capitale sociale iniziale⁵.

Allo stesso modo deve evidenziarsi come, con la stessa norma, si sia deciso di agire in deroga alla normativa in materia di società pubbliche sulla base di quanto previsto dallo stesso Testo unico⁶ che attribuisce al Presidente del Consiglio dei Ministri la facoltà di escludere, con proprio decreto, totalmente o parzialmente singole società partecipate dall'applicazione del testo unico, tenendo conto del tipo di partecipazione, degli interessi pubblici connessi ed all'attività svolta dalla società che dovrà sempre rispettare il vincolo di scopo previsto dal legislatore⁷. A ciò si aggiunga come siano state previste delle misure compensative dei danni subiti, come conseguenza diretta dell'epidemia, per le imprese di trasporto aereo passeggeri che esercitano oneri di servizio pubblico in considerazione dei danni subiti dall'intero settore di aviazione a causa dell'insorgenza dell'epidemia al fine di consentire la prosecuzione dell'attività. La voluntas legislativa di (ri) nazionalizzare Alitalia quale conseguenza dell'emergenza, esaminata e, anche se non completamente, legittimata in ambito europeo, è stata confermata nel c.d. Decreto rilancio, rilancio con il quale, si è avvalorato un piano industriale di sviluppo e ampliamento dell'offerta della nuova compagine anche attraverso la definizione di partnership industriali e commerciali e anche ad alleanze strategiche. Al fine di risolvere gli accesi dibattiti sollevatisi in dottrina ed in ambito politico, il nuovo provvedimento ha escluso, modificando quanto previsto dal c.d. Decreto Cura Italia, il collegamento tra la costituzione della nuova società e la situazione conseguente all'emergenza Covid-19, eliminando il riferimento espresso alle società del gruppo Alitalia e

⁵ Il riferimento è all'articolo 79 commi 3, 4, 5, 6, 7, 8 del Decreto Cura Italia.

⁶ Decreto Legislativo 19 agosto 2016 n° 175, Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica.

⁷ La nuova norma prevede, l'esclusione, per la nuova società, dell'applicazione del Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica. Come è noto, dando attuazione alla voluntas legislativa indirizzata verso un'importante limitazione dello strumento societario da parte delle amministrazioni pubbliche, il Testo Unico ridefinisce il processo decisionale e gli obblighi motivazionali necessari per la costituzione di una nuova società a partecipazione pubblica e per l'acquisizione di partecipazioni, prevedendo ipotesi più complesse e rigorose rispetto a quelle del passato, anche attraverso il coinvolgimento della Corte dei Conti e dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato. Per questo motivo, viene prescritto che l'atto deliberativo dovrà tener conto della necessità della società per il perseguimento delle finalità istituzionali; delle ragioni e delle finalità che giustificano tale scelta sia sotto il profilo della convenienza economica, sia sotto il profilo della sostenibilità finanziaria; della possibilità di destinazione alternativa delle risorse pubbliche impegnate; della possibilità della gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato; della compatibilità della scelta con i principi di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa; della compatibilità dell'intervento finanziario previsto con le norme dei trattati europei, ed, in particolare, con la materia degli aiuti di stato alle imprese. Per un'analisi più approfondita sia consentito il rinvio ad A. NAPOLITANO, Economia sociale di mercato e tutela dei diritti. Servizi essenziali e forme di gestione, cit., 232.

precisando, al tempo stesso, come la costituzione della nuova società debba essere subordinata all'autorizzazione della Commissione europea. Allo stesso modo si è altresì novellato l'iter di costituzione della nuova società che dovrà avvenire con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, il Ministro dello sviluppo economico e il Ministro del lavoro e delle politiche sociali di natura non regolamentare e sottoposto alla registrazione della Corte dei Conti. Rispetto al testo precedente nel c.d. Decreto rilancio si è previsto che la costituzione avvenga con un unico decreto, escludendo la facoltà prevista dal c.d. Decreto cura Italia di utilizzare più decreti ministeriali e che lo stesso decreto approvi e non costituisca lo statuto della nuova società. Dall'analisi delle nuove disposizioni può, quindi, senza dubbio evincersi, anche in considerazione della smisurata dotazione patrimoniale stanziata per tale operazione⁸, l'intento ambizioso di sviluppo e rilancio di una società interamente pubblica in un settore, quello dell'aviazione, ritenuto, da parte del Governo, strategico per il paese e sul quale investire in termini politici e, soprattutto, economici.

Al fine di legittimare tale intervento e renderlo compatibile con la normativa europea il legislatore ha formalmente riconosciuto l'epidemia Covid-19 come calamità naturale ed evento eccezionale per il trasporto aereo, nel rispetto di quanto previsto dall'articolo 107 comma 2 lett. b) TFUE che rende compatibili con il mercato interno gli aiuti destinati a ovviare ai danni arrecati dalle calamità naturali oppure da altri eventi eccezionali.

2. Considerazioni conclusive.

L'acceso dibattito sollevatosi in ambito politico ed in dottrina in merito alla scelta di ri-nazionalizzare Alitalia impone, infine, delle, seppur brevi, riflessioni sul punto anche, e soprattutto, in merito al ruolo che lo Stato sarà chiamato a svolgere in ambito economico nella fase successiva all'emergenza sanitaria. Come è noto, ancor prima dello scoppio della pandemia da Covid-19, nonostante una volontà legislativa, europea e nazionale indirizzata verso una estrema limitazione dell'intervento dello Stato, la presenza delle c.d. imprese pubbliche nel nostro Paese era ancora molto forte.

E' stata infatti l'esperienza storica a dimostrare come queste ultime possano essere efficienti, non solo nel senso di minimizzazione dei costi e massimizzazione della produttività, ma anche in un'ottica di capacità di

⁸ Come è noto, infatti, dei cinquantacinque miliardi stanziati dal Decreto, tre sono stati predisposti per l'operazione Alitalia.

innovazione, progresso tecnico e contributo alla stessa modernizzazione del paese, utile anche per i privati.

Allo stesso modo, dall'analisi dell'evoluzione storica di questi anni, avvalorati inoltre da una iperproduzione legislativa, si può inoltre affermare come l'utilizzo degli strumenti privatistici nel settore pubblico possa essere considerata, fatte le dovute eccezioni, un'esperienza senza dubbio fallimentare.

Il periodo delle privatizzazioni può essere quindi considerato l'avvenimento che ha dato inizio ad una eccezionale, incontrollata, e a volte ingiustificata, proliferazione dello strumento privatistico della società che, nella maggior parte dei casi, è risultato inefficiente, non idoneo alla corretta definizione dei propri compiti e non rispettoso del criterio di economicità.

L'Alitalia rientra, a pieno titolo, tra le esperienze più negative (se non la peggiore) degli ultimi anni anche e soprattutto per discutibili scelte politiche e, soprattutto per programmi economico-finanziari che si sono rivelati oltremodo controproducenti e che hanno reso improbabile qualsiasi tipo di investimento privato.

Nonostante i fondati dubbi sollevati da autorevoli studiosi in merito alla possibilità di far rientrare questa operazione nell'alveo dei provvedimenti emanati in risposta alla pandemia e prescindendo dall'aspetto ideologico ed economico sotteso a tale decisione, l'ennesima (ri)nazionalizzazione (totale) di Alitalia potrebbe essere giustificata e legittimata solo ed esclusivamente per gli effetti che l'emergenza Covid-19 ha avuto sul settore aereo e che ha imposto, come supra ricordato un temporary framework anche nella materia degli aiuti di Stato da parte della Commissione Europea.

Per questo motivo, in un periodo come quello attuale, caratterizzato da una forte crisi economico-finanziaria la presenza, in alcuni ambiti strategici, come quello aereo, delle imprese pubbliche potrebbe creare, se operanti in maniera efficace, condizioni di efficienza tali da farne beneficiare l'intero sistema economico nazionale, superando, definitivamente, una visione ottocentesca che voleva "il privato capace di fare meglio del pubblico". Lungi dall'auspicare "una mera ri-attribuzione di fiducia alle forme pubblicistiche, che non hanno dato particolare prova di efficienza in riferimento soprattutto all'esigenza di garantire l'economicità della gestione"⁹, è necessario immaginare un intervento pubblico nell'economia, unica vera e propria ancora di salvataggio per superare gli effetti

⁹ Cfr. A. PAPA, Passato e (incerto) futuro delle "nazionalizzazioni" tra dettato costituzionale e principi europei, in P. BILANCIA, Costituzione economica, integrazione sovranazionale, effetti della globalizzazione, cit, 168.

economici del Covid-19, guidato dal rispetto delle disposizioni europee attraverso un uso razionale del temporary framework, vincolato a verifiche necessarie ad accertare l'utilità e la funzionalità dello strumento rispetto agli obiettivi prefissati e, infine, limitato dalla imprescindibile attenzione da destinare alle c.d. generazioni future¹⁰.

Lo straordinario ricorso a risorse monetarie avvenuto in questo momento di emergenza, giustificato dalla necessità fronteggiare l'attuale momento di emergenza, infatti, ad un aumento incontrollato del già enorme debito pubblico che potrebbe compromettere le opportunità di crescita delle prossime generazioni¹¹.

La necessità di intervenire in maniera immediata non può, infatti, legittimare il ritorno ad una politica disattenta alla programmazione per il futuro tanto da creare i presupposti per un sistema socioeconomico, come quello attuale, fortemente vulnerabile, ma deve imporre, nonostante tutto, scelte avvalorate da una prospettiva intergenerazionale quale vero e proprio fulcro, soprattutto in

momento di crisi, delle decisioni pubbliche che verranno prese nei prossimi mesi. In conclusione, quindi il ritorno "attivo" dello Stato imprenditore avvalorata, ancora di più, assegnandole una ulteriore e concreta legittimazione, quella impostazione secondo la quale "il mercato è la legge, che lo governa e lo costituisce e prende forma dalla decisione politica e della scelte normative", derivandone da ciò che "l'economia di mercato, al pari di altri e diversi assetti è locus artificialis e non

¹⁰ Per un'analisi più approfondita si rinvia a R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Milano, 2008. Al riguardo l'Autore immagina la responsabilità intergenerazionale come «le possibili forme di tutela giuridica, azionabili dagli uomini appartenenti alla generazione vivente, a favore degli interessi degli uomini ancora non esistenti si noti come la problematica della tutela dei diritti delle generazioni ancora non esistenti». Cfr. inoltre sul punto A. PAPA- G. PALOMBINO, *Abuso del diritto e responsabilità intergenerazionale: prime note di una riflessione in divenire*, in L. CARPENTIERI (a cura di), *L'abuso del diritto. Evoluzione del principio e contesto normativo*, Torino, 2018. Cfr. infine Corte Costituzionale, 14 febbraio 2019 n° 18, in *Foro it.*, 2020, I, 75. Come è noto in questa occasione la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità di una disposizione che consentiva agli enti locali di definire, in un periodo di trenta anni, il piano di rientro da situazioni di pre-dissesto proprio per la violazione del c.d. diritto delle generazioni future a non essere responsabili di un debito creatosi per scelta politiche lontane nel tempo.

¹¹ Cfr. sul punto F. BALANGUER, *La dimensione costituzionale dello Stato sociale di Diritto*, in *Studi in onore di Francesco Gabriele*, Bari, 2016, 14-15; G. PALOMBINO, *La solidarietà generazionale alla luce della sentenza n. 18 del 2019 della Corte Costituzionale*, in *www.deiustitia.it*, 2, 2019, 5 secondo il quale «appare condivisibile affermare che la tutela delle generazioni future sia un principio insito nel concetto stesso di Costituzione rigida e non possa, pertanto, che trovare una autonoma tutela anche all'interno della Costituzione italiana; infatti, imponendo un vincolo al legislatore rispetto alla modificabilità dei valori cristallizzati nella Carta repubblicana, il Costituente ha disposto anche – e, forse, soprattutto – per il futuro».

locus naturalis. Codesta artificialità deriva da una tecnica del diritto, la quale in dipendenza di decisioni politiche, conferisce forme all'economia e la fa, di tempo in tempo, mercantile o collettivista o mista".

Le ragioni della previsione normativa della pena

Di Marta FIORETTI*

SOMMARIO: 1. Premessa sull'evoluzione storica della pena. 2. L'odierna funzione della sanzione punitiva. 3. Il significato della rieducazione. 4. Conclusione.

1. Premessa sull'evoluzione storica della pena .

Il termine pena deriva dal latino poena, e dal greco ποινή, al cui utilizzo si ricorre, sin dai tempi antichi, per indicare il suo carattere primigenio di "sofferenza", in quanto "castigo".

Questa sua natura ancestrale ci viene testimoniata dalla Roma Arcaica, civiltà nella quale ebbe una funzione esclusivamente vendicativa. Più esattamente vi era il diritto della persona lesa da un fatto delittuoso, o della famiglia di questo, di procedere direttamente egli stessi alla persecuzione del crimine, al fine di "compensare" il sopruso subito. Eppure, nonostante l'esercizio di tale diritto si compiesse chiaramente in condotte reattive, espressione di una liberazione da istinti ed impulsi, piuttosto che di una reale esigenza difensiva, la "vendetta privata" incontrò un vasto consenso non solo nella Roma delle origini, ma in ogni luogo del mondo antico. Il tramonto di questo uso della sanzione punitiva si realizzò nel momento in cui il suo impiego divenne non più una sola necessità del singolo. Pertanto, nella storica opera "Dei delitti e delle pene", il famigerato giurista italiano Cesare Beccaria ci racconta come le leggi siano divenute "le condizioni, colle quali uomini indipendenti ed isolati si unirono in società, stanchi di vivere in un continuo stato di guerra, e di godere una libertà resa inutile dall'incertezza di conservarla: essi ne sacrificarono una parte per goderne il restante con sicurezza e tranquillità"¹. Questa visione beccariana, contraddistinta da un'adesione alla teoria contrattualistica del diritto, venne indirettamente sostenuta anche da Hyman Gross, in *A Theory of Criminal Justice* (1979), secondo il quale nel momento in cui più persone si riuniscono per formare una società regolata dalla legge, in diretta conseguenza, si definisce tra loro un accordo che impone a detta comunità di punire i crimini che si compiono al suo interno. E poiché quest'ultima si assume tale obbligo di protezione, ella esige

* Dottoressa in Giurisprudenza, Praticante Avvocato.

¹ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (1764), Ventiduesima Edizione, a cura di S. Rodotà, Milano, Giangiacomo Feltrinelli Editore, 2018, p. 37.

che, in cambio, i suoi membri le cedano il diritto di rispondere autonomamente al danno subito, in quanto ora debbono affidarsi al potere.

Tutto ciò, seppur in termini diversi, è rinvenibile anche nell'elaborazione filosofica del pensatore britannico Thomas Hobbes (1588-1679) secondo il quale la nostra società deriva da un patto tra individui che decidono di vivere insieme, delegando le proprie libertà ad un'autorità superiore che li comanda, in cambio di sicurezza².

È importante sottolineare come si tratti di argomenti che conservano la loro attualità poiché oggi dare un senso alla sanzione punitiva significa spiegare la ratio, e dunque la validità, del potere coercitivo dello Stato. Ed, ad ogni buon conto, la pena ed il diritto penale scoprono la loro ragione d'essere nella difesa sociale che si compie mediante il rispetto della persona umana e delle prerogative di tutela previste dall'ordinamento stesso verso manifestazione efferate di delitto.

2. L'odierna funzione della sanzione punitiva.

Nell'Europa Occidentale quasi tutti gli ordinamenti hanno attribuito alla pena un carattere polifunzionale, ma non tutti sono in accordo su quale sia quella prevalente. Ad esempio, in Inghilterra, il Criminal Justice Act (2003) nella parte 12, capitolo 1 (rubricato "General Provisions about Sentencing") sezione n. 142, nell'individuare le finalità della condanna posiziona il "reform and rehabilitation of offenders" solamente al terzo posto, dopo la punizione dell'autore del reato e la riduzione del crimine³. Si tratta di una visione (e di una disattenzione) che viene confermata dal Comitato Wolfenden nel Rapporto sui Homosexual Offences and Prostitution (1957) in cui manca un riferimento alla personalità del condannato avendo questo sostenuto, nel paragrafo 13, che la funzione del diritto penale è preservare l'ordine pubblico e la decenza, proteggere il cittadino da ciò che è offensivo o dannoso e fornire sufficienti garanzie contro lo sfruttamento o la corruzione degli altri, in particolare, di coloro che sono in condizione di vulnerabilità⁴.

² Sul punto cfr. T. HOBBS, *Il Leviatano*, 1651.

³ Testo letterale della normativa di riferimento: "Any court dealing with an offender in respect of his offence must have regard to the following purposes of sentencing: (a) the punishment of offenders, (b) the reduction of crime (including its reduction by deterrence), (c) the reform and rehabilitation of offenders, (d) the protection of the public, and (e) the making of reparation by offenders to persons affected by their offences. (...)".

⁴ Il testo letterale: "In this field, its function, as we see it is to preserve public order and decency, to protect the citizen from what is offensive or injurious, and to provide sufficient safeguards against exploitation and corruption of others, particularly those who are specially vulnerable

Diversamente, nell'ordinamento italiano la pena consiste sì in una sofferenza che viene minacciata dal legislatore quale necessario avvenimento che si origina in conseguenza dell'illecito, ma essa diviene un "trattamento individuale" per il reo in forza della recentemente evoluzione della prevenzione generale che mira ad oltrepassare i limiti propri del puro effetto d'intimidazione, promuovendo componenti di tipo educativo (in tal caso si parla di prevenzione generale c.d. positiva). Più esattamente la comminatoria legislativa della pena, oltre ad una efficacia deterrente, (ovvero ad una funzione di prevenzione mediante persuasione⁵), ha una utilità pedagogica di accreditamento dei valori tutelati attraverso "la stigmatizzazione dei comportamenti criminosi, favorendo l'astensione spontanea dei comportamenti inosservanti"⁶. Sicché la sanzione non viene più a rappresentare un cieco atto vendicativo ma, piuttosto, un atto ragionato e ragionevole.

I reati, dunque, hanno ad oggetto uno specifico contenuto di disvalore "che costituisce la ragione sostanziale per cui l'ordinamento, ritenendolo indesiderabile e socialmente dannoso, si risolve a ricorrere alla sanzione penale"⁷. E tale disvalore rappresenta la causa⁸ per la quale viene prevista la sanzione, essendo quest'ultima diretta, anzitutto, all'affermazione di un valore positivo che l'azione o l'omissione criminosa pregiudica.

In effetti, la concatenazione sussistente tra la commissione di un determinato fatto e l'applicazione della correlativa sanzione qualifica il rapporto antitetico sussistente tra quel fatto e i valori dell'ordinamento che si assumono essere stati lesi. Pertanto l'inflizione della punizione esprime la disapprovazione della società per la condotta del criminale e riafferma i valori che il diritto penale è progettato per sostenere.

La successiva applicazione nei confronti dell'autore costituisce una fase irrinunciabile per poter attribuire alla minaccia della pena efficacia intimidativa⁹. Tuttavia, a tal proposito, occorre sottolineare come il principio di legalità non

because they are young, weak in body or mind, inexperienced, or in a state of special physical, official or economic dependence".

⁵ La funzione di prevenzione mediante persuasione deve essere distinta sulla base dei destinatari dell'opera di persuasione ovvero a seconda che l'effetto sia diretto nei confronti dello stesso soggetto che subisce la sanzione (e in tal caso si parla di prevenzione c.d. "speciale") oppure nei confronti dell'intera generalità dei consociati (ipotesi di prevenzione c.d. "generale").

⁶ F. PALAZZO, Corso di Diritto Penale, Parte Generale, Sesta Edizione, Torino, G. Giappichelli Editore, 2016, p. 18.

⁷ F. PALAZZO, Corso di Diritto Penale, Parte Generale, Sesta Edizione, Torino, G. Giappichelli Editore, 2016, p. 61.

⁸ Anche detta "ragione sostanziale" (Palazzo, 2016).

⁹ In effetti, se la pena non venisse successivamente effettivamente eseguita, la minaccia perderebbe di credibilità.

termina nell'obbligo di comminare una determinata pena nel momento in cui viene commesso un reato poiché esso non comporta che il sistema repressivo non possa compiere, nel caso concreto, una selezione delle condotte delittuose meritevoli di essere perseguite. Il giudice, per questo motivo, non dovrebbe irrogare una data pena se dal suo impiego potrebbero originarsi più danni di quelli nascenti dal reato.

A questo riguardo si riferiscono l'art. 8 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino (1789), nella parte in cui afferma che "La Legge deve stabilire solo pene strettamente ed evidentemente necessarie", come anche il lavoro di C. Beccaria nel quale egli sostenne un'idea utilitaristica in forza della quale la legge avrebbe il dovere di prevedere solamente una pena la cui severità fosse la minima necessaria per il conseguimento della sua destinazione: l'utilità sociale. Ed in tale prospettiva, la depenalizzazione viene a costituire lo strumento che realizza un bilanciamento tra il principio della legalità e l'opportunità della repressione.

Invero, nel nostro ordinamento il reato non consiste in una sterile costruzione, frutto di un insieme di rigorose formule tecniche, ma, piuttosto, in una ragionata sintesi tra dogmi e valori costituzionali, non essendo possibile "ridurre la dell'ordinamento in cui ci si proietta: conoscerne i valori e gli orientamenti culturali. Siffatta acquisizione permette di analizzare le possibili cause delle condotte vessatorie, al fine di predisporre adeguate misure di prevenzione, e di ragionare su una, possibile ed eventuale, corresponsabilità di tali elementi nella produzione delle condotte delittuose.

Peraltro, il nostro sistema di giustizia penale viene ad essere caratterizzato da una serie di principi garantistici che hanno il compito di orientare il legislatore su ciò che può essere lecitamente previsto come reato. Qui si inserisce il c.d. principio di offensività, il quale respinge la censurabilità di tutti quegli accadimenti manchevoli un effettivo pregiudizio. In tal senso, i summenzionati principi di garanzia vengono ad essere segnalatori di ciò che rappresenta elemento di disvalore e, in diretta conseguenza, anche su ciò che costituisce l'oggetto della tutela. La pena¹³ deve obbligatoriamente ispirarsi a detti capisaldi, e non a convincimenti "arbitrariamente adottati da un interprete politicamente orientato"¹⁴.

¹³ Ovvero la sua individuazione, applicazione ed esecuzione.

¹⁴ A. PAGLIARO, *Il reato*, Milano, Giuffrè Editore, 2007.

Inoltre, affinché una data pena venga riconosciuta ed accettata dalla generalità dei consociati, occorre che sappia rappresentare la funzione sociale del diritto ovvero apportare contributo positivo alla comunità.

In effetti, il fine principale della previsione normativa dei reati, e della correlativa sanzione, è quello di "avvicinare" la generalità indistinta dei consociati ai valori violati dai fatti delittuosi ovvero a rinvigorire la loro approvazione. Sicché la legge lavorerebbe non solo per vietare la commissione di un fatto, ma per cambiarne la percezione: momento imprescindibile se si tiene conto che "È meglio prevenire i delitti che punirgli. Questo è il fine principale d'ogni buona legislazione"¹⁵.

Di conseguenza, la chiave di volta per una efficiente politica repressiva è rappresentata dall'affermazione di una cultura organizzativa che porti una maggiore consapevolezza della gravità e delle conseguenze che hanno, non solo a livello individuale, determinate condotte.

Le funzioni di prevenzione della pena fanno leva su meccanismi psichici di condizionamento. E nel nostro ordinamento vi sono consolidate conoscenze empiriche e scientifiche sulla possibilità di determinare positivamente il comportamento dei consociati. Qui si insidia quell'articolato processo formativo atto a far acquistare consapevolezza circa le conseguenze relative alla turbolenta attività degli uomini ad un ordine geometrico"¹⁰ senza sostanza¹¹. Tanto ciò è vero anche a livello internazionale, infatti è pacifico considerare come l'identificazione del reato dipenda in larga parte dai fattori politici e sociali propri del paese a cui si riferisce¹².

In questa misura il diritto penale viene ad essere un riflesso della moralità sociale poiché i fatti che esso sanziona costituiscono una minaccia per i valori fondamentali su cui si fonda la comunità di riferimento. Sicché per elaborare una politica repressiva occorre, in ogni caso, prima comprendere l'identità commissione di determinate condotte, sia attive che omissive, per la salvaguardia del benessere individuale e collettivo.

Tuttavia, occorre sottolineare che gli scopi della prevenzione sono sì nel summenzionato effetto pedagogico, consistente nell'affermazione simbolica dei

¹⁵ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (1764), Ventiduesima Edizione, a cura di S. Rodotà, Milano, Giangiaco Feltrinelli Editore, 2018, p. 108.

¹⁰ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (1764), Ventiduesima Edizione, a cura di S. Rodotà, Milano, Giangiaco Feltrinelli Editore, 2018, p. 108.

¹¹ Pertanto, il reato, così inteso, non diviene un "vestito incolore" che il disvalore deve necessariamente indossare, pro forma, nel diritto positivo.

¹² Sul punto vi è L. FARMER in *The Oxford Companion to Law*, a cura di P. CANE e J. MONAGHAN, Oxford, Oxford University Press, 2008.

valori negati dal reato, ma la vera funzione imprescindibile della pena risiede nell'intento rieducativo del reo. Tale fine viene costituzionalmente garantito dal comma 3 dell'art. 27 della Carta secondo il quale le pene "devono tendere alla rieducazione del condannato"¹⁶, dettato non eludibile. Non a caso viene attribuita alla responsabilità penale, ai sensi del comma 1, art. 27 Cost., il carattere della personalità¹⁷, il quale comporta che per la commissione di una fattispecie criminosa vi sia la responsabilità del solo il soggetto agente, autore del il fatto dannoso. Sicché la rieducazione diviene, necessariamente, uno strumento che influenza la fisionomia del sistema repressivo.

3. Il significato della rieducazione.

Il senso della rieducazione non si manifesta unicamente nell'insegnamento dei valori della società a chi li abbia oltraggiati, ma risiede, piuttosto, nella loro interiorizzazione.

Per maggior chiarezza possiamo osservare la concessione della libertà condizionale ex art. 176 c.p. la quale soggiace alla sussistenza, nella fattispecie storica in riferimento, di determinati presupposti oggettivi e soggettivi. Tra questi ultimi, qui di nostro maggior interesse, vi è il sicuro ravvedimento del condannato. Dunque, durante l'esecuzione della sanzione detentiva, il reo, al fine di potersi vedere il rilascio dell'istituto in commento, deve tenere un atteggiamento che sia tale da far ritenere che il suo pentimento sia certo. È importante sottolineare che, a tal riguardo, è pacifica l'irrelevanza della mera buona condotta fine a sé stessa, essendo necessaria la presenza di un sincero ravvedimento, rilevato a seguito di una valutazione caleidoscopica della sua personalità¹⁸. Più esattamente viene richiesto l'abbandono delle motivazioni che lo avevano persuaso all'adozione di scelte criminali, il ripudio dei disvalori sui quali si basavano tali scelte e l'acquisto di un nuovo senso di responsabilizzazione rispetto alle proprie determinazioni. Pertanto, si ritiene imprescindibile che il condannato riconosca effettivamente la lesione che il fatto da lui commesso ha

¹⁶ Non è solamente la nostra Carta Costituzionale a riconoscere ed ad esaltare il valore (ri)educativo della pena: a titolo esemplificativo è possibile richiamare il primo periodo del comma 2, art. 25 della Costituzione Spagnola (1978) secondo il quale "Le pene limitative della libertà e le misure di sicurezza dovranno tendere alla rieducazione...".

¹⁷ "La responsabilità penale è personale" (comma 1, art. 27 Cost.).

¹⁸ Da questa riflessione è possibile affermare come la pena venga ad essere proporzionata non tanto alla gravità del fatto commesso, quanto alla personalità del reo.

causato ai valori etico-sociali dell'ordinamento e che faccia propri i principi che prima poco conosceva oppure che gli erano negletti¹⁹.

Tale finalità, in forza del dettato costituzionale ex art. 27, diviene così fondamentale per l'ordinamento tanto da evolversi negli anni, sino a divenire un diritto imprescindibile del condannato. A tal proposito la Corte Costituzionale, con sentenza n. 204 del 1974, ha statuito che la pretesa punitiva dello Stato nei confronti dell'autore di un fatto illecito non è immodificabile, ma deve essere messa in discussione e riesaminata nel corso del tempo al fine di verificare se la pena abbia assolto al suo fine rieducativo. In particolare, la Corte nella suddetta sentenza afferma che:

“Sulla base del precetto costituzionale sorge, di conseguenza, il diritto per il condannato a che, verificandosi le condizioni poste dalla norma di diritto sostanziale, il protrarsi della realizzazione della pretesa punitiva venga riesaminato al fine di accertare se in effetti la quantità di pena espiata abbia o meno assolto positivamente al suo fine rieducativo; tale diritto deve trovare nella legge una valida e ragionevole garanzia giurisdizionale”.²⁰

Ciò risulta essere decisivo per il bilanciamento tra “legalità” ed “opportunità” della repressione²¹, il cui equilibrio trova effettività nella valutazione che il giudice fa del caso concreto.

4. Conclusione.

Avendo la pena stessa una funzione “ben distinta, del castigo”, come sostenuto anche dal giurista Francesco Carnelutti, essa deve essere intesa non come meccanismo per il quale chi ha violato la legge deve semplicemente essere punito, ma come figura grazie alla quale il reo ha il diritto, assicuratosi dal proprio Stato, di scegliere per il futuro una vita nuova.

Il fine rieducativo della pena consiste in una delle più grandi conquiste dello stato di diritto a cui nessuna società deve mai rinunciare poiché esso fa sì che la sanzione sia comunque in perfetta armonia con la dignità umana. In conclusione appare possibile sostenere che il diritto penale è inscindibilmente legato

¹⁹ È opportuno sottolineare come tale valutazione debba essere compiuta esclusivamente con riferimento al periodo di esecuzione della pena essendo del tutto irrilevante se ciò avvenga al di fuori di tale rapporto.

²⁰ Corte cost., sentenza n. 204/1974.

²¹ Codice penale, «Collana Le fonti del diritto Italiano», a cura di T. Padovani, Giuffrè Editore, 1997, pp. 809 e ss.

all'etica²² da cui trae origine l'idea rieducativa che, secondo Luciano Eusebi, è "l'unico riferimento il quale dia sicuro rilievo nella riflessione sulla pena al destino dell'uomo che delinque, imponendo che questi continui a essere considerato, non solo formalmente, membro della società"²³. E' in questo che si compie l'umanizzazione del diritto penale e, conseguentemente, della pena.

²² A tal proposito A. PAGLIARO, *Il reato*, Milano, Giuffrè Editore, 2007, p. 17: "Il diritto è etica formalizzata. Perciò la incriminazione di un fatto non avviene a caso, ma secondo le linee di una certa concezione del mondo".

²³ L. EUSEBI, *Dibattiti sulla teoria della pena e "mediazione"*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 3, 1997, pp. 811 e ss.