

Committenti e responsabili dei lavori

Sicurezza cantieri e applicabilità della giurisprudenza comunitaria

Antonio Oddo - Avvocato in Milano, Professore a contratto Università di Pavia

La nuova censura della Corte Europea

La sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea del 7 ottobre 2010, decidendo sulla domanda di pronuncia pregiudiziale nel procedimento C-224/09, ha dichiarato contrastante con l'art. 3 della direttiva 92/57/CE il comma 11 dell'art. 90 del D.Lgs. n. 81/2008 e ha riproposto, in materia di sicurezza sul lavoro, il tema sempre attuale dell'efficacia diretta - o meno - delle direttive comunitarie, sui diritti, gli obblighi e le responsabilità dei «singoli» destinatari delle norme interpretate da questa Corte. Sempre più frequentemente, infatti, il «singolo» - semplice «cittadino», professionista o operatore economico - si trova di fronte ad una norma comunitaria che ha una portata notevolmente diversa rispetto alla norma nazionale che avrebbe dovuto trasporne fedelmente i contenuti, così da creare incertezze e disorientamento. Questa situazione si verifica in un numero crescente di casi che riguardano, di volta in volta, vari aspetti della vita di relazione disciplinati da norme di derivazione comunitaria, ma risulta ancor più interessante allorché si tratti, come nel caso in esame, di responsabilità penali, quali sono *ex art.* 157 del D.Lgs. n. 81/2008 quelle del committente o del responsabile dei lavori per la violazione degli obbli-

ghi previsti dall'art. 90, comma 3 del decreto medesimo, in materia di «misure per la salute e sicurezza nei cantieri temporanei o mobili».

La sentenza del 7 ottobre ultimamente intervenuta non si può invero considerare come un fulmine a ciel sereno (1) perché a distanza di poco più di due anni lo Stato italiano - con la decisione del 25 luglio 2008 nella causa C-504/06 - era stato già condannato su questione analoga, per la non corretta trasposizione nell'ordinamento nazionale del medesimo art. 3 della direttiva comunitaria, in quanto la designazione dei coordinatori «per un cantiere in cui sono presenti più imprese» costituisce, secondo il comma 1 del paragrafo 1 dell'art. 3 della direttiva 92/57/CEE, diversamente dall'obbligo previsto dal paragrafo 2 della medesima disposizione in tema di «Piano di sicurezza e salute» (che ammette, sia pure, in modo condizionato, una deroga), un obbligo assolutamente inderogabile.

A questo specifico riguardo, infatti, la stessa Corte di Giustizia, con la sentenza premonitrice del 25 luglio 2008, non poteva esprimersi in modo più categorico e tassativo nel punto in cui ha affermato (v. p. 35 del «giudizio della Corte») che si tratta di obbligo espresso con una disposizione «la cui formulazione è chiara e precisa, non ammette alcuna deroga a tale obbligo...».

Inderogabilità dell'obbligo comunitario

A fronte di così inequivocabili premesse, dunque, non può in alcun modo stupire come la nuova censura della medesima Corte non abbia risparmiato neppure la deroga che è configurata dal comma 11 dell'art. 90 nel testo attualmente vigente e che è stata introdotta (*ex art.* 39, comma 1, lett. a), della «legge comunitaria per il 2008», n. 88 del 7 luglio 2009), sempre con riferimento all'obbligo di designazione del coordinatore previsto, per «cantieri in cui è prevista la presenza di più imprese» dal-

Nota:

(1) V., sul punto, E. Benedetti, A. Oddo, R. Petringa Nicolosi, *Salute e sicurezza nei cantieri edili*, IP-SOA, Milano, 2010, ove nell'ambito della ricostruzione del «quadro normativo nazionale e comunitario» (p. 5, pagg. 25 e ss.) si segnala, con riferimento all'analisi della portata e delle conseguenze della giurisprudenza comunitaria intervenuta nella specifica materia qui ora commentata, che «...il lupo perde il pelo ma non il vizio, in quanto il vincolo comunitario - così come interpretato ed applicato dal giudice esclusivamente competente nella specifica materia (v. art. 267 del Trattato, già art. 234 del TCE) risulta ancora una volta non essere stato rispettato poiché si reintroduce (n.d.r.: con il comma. 11 dell'art. 90 del D.Lgs. n. 81/2008 dopo la «novella» della legge n. 88 del 7 luglio 2009) - sotto nuovi profili, un regime di esenzione dell'obbligo di designazione dei coordinatori che la Corte di Giustizia della U.E. ha già condannato (n.d.r.: con la sentenza della Corte di Giustizia europea del 25 luglio 2008 nella causa C-506/06) come illegittimo - per violazione del diritto comunitario - a fronte del carattere assolutamente inderogabile dell'obbligo medesimo...».

Approfondimenti

l'art. 3 del D.Lgs. n. 81/2008, questa volta a favore di «lavori privati non soggetti a permesso di costruire in base alla normativa vigente e comunque di importo inferiore ad euro 100.000.» È pur vero che quest'ultima deroga è stata introdotta non in forma totale bensì soltanto parziale, in quanto, nella fattispecie sopra descritta, «le funzioni del coordinatore per la progettazione sono svolte dal coordinatore per la esecuzione», e pertanto, investono soltanto la parte dell'obbligo previsto dall'art. 3 del D.Lgs. n. 81/2008 che riguarda la designazione del coordinatore per la progettazione «contestualmente all'affidamento dell'incarico di progettazione». Deroga, tuttavia, quella ancora censurata dalla Corte di Giustizia con la sentenza del 7 ottobre 2010, comunque idonea ad integrare la violazione del diritto comunitario poiché non è sufficiente che il ruolo di un coordinatore, in un momento o in un altro, sia svolto anche da un altro coordinatore, risultando invece assolutamente necessario che il ruolo di ciascun coordinatore sia svolto nel momento e nella fase dei lavori in cui tale ruolo risulta essere, dal punto di vista logico e cronologico, non soltanto necessario ma anche insostituibile. Per questa precisa ragione la Corte ha considerato contrastante con il diritto comunitario la «normativa nazionale» (italiana) che, per cantieri in cui, comunque, «sono presenti più imprese» consente tuttavia di derogare all'obbligo di «nominare un coordinatore per la sicurezza e la salute». Tale obbligo, infatti, secondo quanto anticipato, è riferibile non già a qualsiasi momento, bensì, tassativamente «al momento della progettazione dell'opera o, comunque, prima dell'esecuzione dei lavori», laddove, invece, lo svolgimento delle funzioni del coordinatore per la progettazione da parte del coordinatore per l'esecuzione comporta necessariamente - per la fase temporale di intervento di quest'ultima

figura per il coordinamento - una nomina in un «momento» diverso da quello della «progettazione dell'opera», con l'effetto di snaturarne il ruolo e la funzione ai fini di prevenzione degli infortuni che costituiscono l'obiettivo della legge e il risultato da perseguire.

Al fine di evitare un tale contrasto, sarebbe stato sufficiente, per il legislatore italiano, confrontarsi con la *ratio* normativa che è chiaramente espressa nei «considerando» della direttiva 92/57/CE e, più precisamente, nel sesto «considerando» ove si afferma che «considerando che le scelte architettoniche e/o organizzative non adeguate o una carente pianificazione dei lavori all'atto della progettazione dell'opera hanno influito su più della metà degli infortuni sul lavoro nei cantieri della Comunità».

Dunque, non è soltanto la «lettera» risultante dal tenore della formulazione («chiara e precisa», secondo il rilievo della stessa Corte) dell'art. 3 della direttiva ma è anche lo «spirito» della stessa disposizione a rendere senz'altro sostenibile l'interpretazione ripetutamente adottata dalla Corte di Giustizia in occasione dei due interventi che, sia pure sotto profili diversi e per aspetti nel tempo mutati per la «normativa nazionale» italiana, si sono, nella sostanza, caratterizzati per la negazione di qualsivoglia «deroga» (soglia qualitativa o quantitativa, prima e, dopo, tipologia dei lavori privati e pubblici e importo economico o regime giuridico nazionale applicabile ai relativi «lavori») all'obbligo di designazione dei coordinatori.

Tale obbligo, infatti, è stato concepito e regolato dal legislatore comunitario, in considerazione di ruoli e funzioni che devono essere assolti in tempi e con modalità precisi e insostituibili, affinché si possa raggiungere il «risultato» di prevenire gli infortuni sul lavoro «nei cantieri nella Comunità» (per restare nei termini con i quali il sesto «conside-

rando» esprime la *ratio* della direttiva).

Efficacia delle direttive nei confronti dei «singoli»

Ma, una volta assodato senza ombra di dubbio il contrasto tra la disposizione comunitaria e quella nazionale italiana, si impone in modo ineludibile un interrogativo per gli «addetti ai lavori» nei cantieri: i «committenti» o i «responsabili dei lavori» si devono considerare fin d'ora *ipso iure* obbligati, per effetto della sentenza della Corte di Giustizia del 7 ottobre 2010 ad applicare il disposto del comma 3 dell'art. 90 del D.Lgs. n. 81/2008, così da considerare sostanzialmente «abrogata» la possibilità di «deroga» prevista dal comma 11, indipendentemente da una modifica della legge nazionale che intervenga ad abrogare formalmente - con pubblicazione nel testo della Gazzetta Ufficiale italiana - il suddetto comma 11?

La questione così posta è foriera di conseguenze importanti sul piano della responsabilità penale se si considera che l'art. 157 del D.Lgs. n. 81/2008 prevede la sanzione dell'arresto da tre a sei mesi o dell'ammenda da 2.500 a 6.400 euro per le condotte del «committente» o del «responsabile dei lavori» che siano poste in essere in violazione, tra l'altro, dell'obbligo previsto dal comma 3 dell'art. 90 che riguarda, appunto, la designazione del coordinatore per la progettazione secondo la disciplina che è contenuta nel medesimo comma 3 con riferimento anche al momento di tale designazione.

La questione (2), davvero im-

Nota:

(2) Posta durante il Convegno organizzato a Milano, il 1° dicembre 2010, dall'Osservatorio «sicurezza del lavoro nei cantieri edili», ha suscitato risposte la cui portata deve essere valutata su di un piano generale che trascende la materia specifica oggetto del Convegno.

portante e significativa anche per le ragioni che saranno qui di seguito precisate, si presta alla elaborazione di principi applicabili anche in altre materie di non minore rilevanza sul piano sociale e degli interessi generali o collettivi coinvolti. Se, infatti, si considera, tra l'altro, che

1) la legislazione nazionale per la sicurezza sul lavoro, la tutela dei consumatori e per la salvaguardia dell'ambiente è, ormai, in larga parte, di derivazione comunitaria,

2) la gran parte delle direttive e/o dei regolamenti comunitari che ne costituiscono la fonte sono recepiti nel nostro ordinamento in modo tardivo o difettoso, rispetto alla lettera e allo spirito originario della norma comunitaria,

3) le premesse di cui ai pp. 1 e 2 comportano procedure di infrazione e/o questioni pregiudiziali nel corso dei processi che conducono o possono condurre, ex artt. 258 e 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (in seguito, per brevità, TFUE), a sentenze che dichiarano il contrasto tra la norma nazionale e quella comunitaria, si ricava agevolmente come acquisti importanza determinante, in un gran numero dei casi della vita pratica, nel lavoro e nella vita, rispondere alla seguente domanda:

il «singolo» - come cittadino, operatore economico, o soggetto professionale - si deve ritenere obbligato a rispettare sempre la propria legge nazionale, anche se eventualmente «dichiarata» - con sentenza - in contrasto con direttive e/o regolamenti comunitari, oppure si deve ritenere obbligato a comportarsi secondo le linee interpretative indicate dalla Corte di Giustizia, pur in assenza di una formale abrogazione (o, comunque, di una formale modifica) della legge nazionale risultante dalla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale nazionale?

La risposta può risultare agevole - e le conseguenze possono discenderne *de plano* ai fini del trattamento giuridico riservabile ai «singoli» nelle situazioni sopra descritte - a condizione che si valutino spassionatamente, *sine ira ac studio*, i termini del problema alla luce dei rapporti tra l'ordinamento comunitario e quello nazionale, nonché dei fondamentali principi di diritto che governano la materia sul piano anche del diritto costituzionale interno e del diritto internazionale, oltre che, naturalmente, del diritto comunitario.

Pertanto, occorre procedere con ordine, assumendo a punto di partenza quanto viene precisato nel testo della stessa sentenza del 7 ottobre 2010 e, più precisamente, nel punto in cui stabilisce il presupposto indispensabile al fine di fornire al giudice del rinvio una risposta esaustiva alle questioni sollevate con domanda di pronuncia pregiudiziale presentata nell'ambito di un procedimento penale aperto contro la persona indagata per aver violato gli obblighi di sicurezza incombenti al «committente» o al «responsabile dei lavori» nel cantiere temporaneo o mobile che ha occasionato la pronuncia della Corte. A tale riguardo, si rileva, infatti, parlando con lo stesso linguaggio della sentenza, che «si deve ancora ricordare che, secondo una costante giurisprudenza della Corte, una direttiva non può di per sé creare obblighi a carico di un singolo e che una disposizione di una direttiva non può quindi essere fatta valere in quanto tale nei confronti di un tale singolo (v. sentenze 12 dicembre 1996, cause riunite C-74/95 e C-129/95, ... nonché 3 maggio 2005, cause riunite C-387/02, C-291/02 e C-403/02 ...).»

C'è già quanto basta, a ben vedere, per «fornire una risposta esaustiva» sul piano dei principi, non soltanto al «giudice del rinvio» per il singolo procedimento che ha occasionato tale risposta, ma

anche a tutti coloro che - in qualità di «addetti ai lavori» nei cantieri, operatori della tecnica, dell'economia e del diritto o, anche, cultori della materia - sono interessati a sapere se una direttiva in quanto tale («di per sé») possa, o meno, costituire una fonte di obblighi per i destinatari delle disposizioni della direttiva stessa, quando si tratti di «singoli», siano essi persone fisiche o giuridiche, in contrapposizione allo Stato membro che deve essere considerato nel suo insieme, in tutte le sue manifestazioni strutturali e funzionali e nell'espressione di tutti i suoi poteri, legislativo, esecutivo o giudiziario.

Infatti, il fondamentale presupposto istituzionale secondo il quale una direttiva comunitaria, diversamente da un regolamento comunitario, non può creare, di per sé - e, dunque, per la sua stessa natura giuridica - obblighi nei confronti dei «singoli», assume un valore risolutivo per tutte le questioni che riguardano l'obbligatorietà o meno di una disposizione contenuta nella direttiva stessa, fino a quando tali disposizioni non siano state trasposte nell'ordinamento nazionale con un atto di recepimento (legge formale ordinaria, decreto legislativo, regolamento emanato sulla base di una legge delega ecc..) dotato di forza cogente secondo il sistema delle fonti del diritto previsto dal singolo ordinamento nazionale (3).

Nota:

(3) Non basterebbe, dunque, al fine di fondare la forza obbligatoria di un atto nazionale attuativo di una direttiva comunitaria una semplice «circolare» in quanto atto amministrativo sfornito, per sua natura, di valore cogente nei confronti dei «singoli» destinatari delle disposizioni di una direttiva comunitaria che fosse eventualmente (ma inefficacemente) recepita con una semplice «circolare» interna per sua natura inadatta a modificare l'ordinamento giuridico in tutte le sue fonti vigenti rispetto al recepimento della direttiva).

La forza cogente delle direttive comunitarie in quanto tali esiste, infatti, soltanto nei confronti degli Stati membri dell'Unione europea (v. art. 288 del TFUE) e non anche, dunque, nei confronti dei «singoli» i quali possono essere obbligati giuridicamente soltanto delle disposizioni di diritto interno che abbiano (eventualmente) trasposto nell'ordinamento nazionale - con idoneo atto di recepimento ed attuazione - le disposizioni della direttiva comunitaria.

A riguardo dell'obbligo incombente (esclusivamente) sullo Stato membro si può solo precisare che il vincolo dello Stato stesso nei confronti delle istituzioni comunitarie e del sistema sovranazionale è limitato (in tal modo evidenziando la differenza rispetto ai regolamenti) al «risultato» e ai fini da raggiungere, così da non estendersi, dunque, ai «mezzi» utilizzabili dallo Stato nazionale per raggiungere il suddetto «risultato» che potrebbero variare da uno Stato all'altro a seconda delle caratteristiche proprie (e delle scelte) di ciascuno ordinamento nazionale. Limite, questo, che non scalfisce il principio secondo il quale resta a carico di tutti gli Stati membri l'obbligo - assoluto, tassativo e inderogabile - di raggiungere con le disposizioni del diritto interno il risultato che corrisponde alle finalità perseguite di volta in volta, con ciascuna direttiva, del legislatore comunitario nell'ordinamento interno le corrispondenti disposizioni delle direttive comunitarie.

Dunque, con riferimento specifico alle ricadute della sentenza del 7 ottobre 2010 nei confronti dei «committenti» o dei «responsabili dei lavori» che abbiano usufruito o che ancora usufruiscano (in assenza di una nuova norma nazionale modificatrice di quella ora vigente) della deroga prevista dal comma 11 dell'art.

90 rispetto all'obbligo di nominare (nei casi previsti) il coordinatore per la progettazione, appare evidente come nei confronti di queste ultime due categorie di «singoli» non possa essere applicato l'obbligo dell'art. 3 della direttiva comunitaria nella portata interpretativa ultimamente definita dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea.

Fino a quando, infatti, la disposizione italiana dell'art. 90, comma 11, che contiene la suddetta deroga, non sarà stata modificata dal legislatore italiano in conformità al disposto della nota sentenza della Corte che ha interpretato l'art. 3 della direttiva 92/57/CE, quest'ultima disposizione non risulterà essere stata trasposta in tutta la sua portata obbligatoria ed inderogabile nell'ordinamento italiano. La norma comunitaria non potrà, dunque, essere fatta valere «di per sé», ossia in assenza di una norma di recepimento dell'ordinamento interno che sopprima la deroga prevista dal comma 11 dell'art. 90 e «in quanto tale», ossia come disposizione contenuta esclusivamente in un atto normativo avente natura di direttiva comunitaria, nei confronti dei «singoli» («committenti» e «responsabili dei lavori») che siano destinatari dei relativi (e rispettivi) obblighi. Chi tentasse di pervenire a conclusioni diverse commetterebbe, tra l'altro, l'errore di confondere l'atto comunitario costituito dal «regolamento» (v. art. 288 del TFUE) (4), le cui disposizioni sono immediatamente applicabili (*self executive*) *erga omnes*, senza pertanto richiedere atti di recepimento e attuazione nell'ordinamento interno, con l'atto comunitario costituito dalla «direttiva» le cui disposizioni obbligano esclusivamente gli Stati membri e non possono, pertanto, comportare obblighi anche a carico dei «singoli», dovendosi altrimenti contravvenire al fondamento istituzionale del Trattato che è stabilito dall'art. 288 del Trattato stesso. L'eventuale confusione tra la na-

tura delle due fonti comunitarie, così diversamente caratterizzate sul piano dell'efficacia «diretta» o «indiretta» sugli ordinamenti nazionali, risulta pregiudiziale rispetto ad ogni costruzione giuridica che aspiri ad essere corretta e comporterebbe - in caso di applicazione giudiziaria, una nuova violazione del diritto comunitario da parte dello Stato membro, violazione questa eventualmente commessa nell'esercizio del potere giudiziario che risulterebbe non meno plateale di quella commessa nell'esercizio del potere legislativo dallo Stato italiano con la previsione della deroga *ex art.* 90, comma 11, del D.Lgs. n. 81/2008.

Rapporto tra fonti comunitarie e nazionali

D'altronde, taluno potrebbe cercare di pervenire a conclusioni diverse da quelle qui finora raggiunte alla luce del TFUE e della giurisprudenza comunitaria nel tentativo di estendere la portata della pretesa punitiva statale fondandola anche su fonti non statuali, così da non lasciare impunito le condotte dei «singoli» - quali il «committente» o il «responsabile dei lavori» - che continuino a fare riferimento, fino alla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale di una disposizione modificatrice, alla norma dell'ordinamento interno che, com'è noto, ammette una deroga, all'obbligo la cui portata non è stata correttamente recepita dal legislatore nazionale.

Per un verso, infatti, può risultare comprensibile l'obiettivo

Nota:

(4) L'art. 288 del TFUE distingue infatti nettamente le due fonti comunitarie prevedendo che: Il regolamento ha portata generale. Esso è obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile in ciascuno degli stati membri. - La direttiva vincola lo Stato membro cui è rivolta per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi.

preoccupazione del giudice che si trovi a dover pronunciare, sulla base della norma di diritto interno, una sentenza in qualche modo legittimante un'attività potenzialmente lesiva di interessi generali, quali sono quelli all'applicazione quanto più rigorosa possibile delle disposizioni mirate alla prevenzione degli infortuni, mentre, in ipotesi, si potrebbe - attingendo alla fonte di un altro ordinamento - applicare una norma diversa e più severa di quella statale facendo ricorso direttamente alla disposizione della direttiva comunitaria. Per altro verso, però, alla luce di quanto già rilevato in precedenza, una soluzione alternativa all'applicazione della norma di diritto interno non ancora modificata porterebbe a stravolgere i rapporti tra i due ordinamenti - rispettivamente nazionale e sovranazionale - e il sistema rispettivo delle fonti del diritto, in quanto snaturerebbe un atto, la direttiva comunitaria, la cui portata obbligatoria sussiste soltanto nei confronti degli Stati membri e non già, dunque, nei confronti dei «singoli» (nel senso lato già chiarito di persone fisiche o giuridiche non riconducibili alla struttura, alla funzione ed ai poteri dello Stato). Ancora, la soluzione alternativa ora in esame urterebbe violentemente contro il «principio di legalità» posto dalla Costituzione italiana (ex art. 25), e da tutte le Costituzioni degli Stati membri dell'Unione europea, quale limite invalicabile per la potestà punitiva statale che può essere fondata soltanto su «di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso», con la conseguenza di non poter fondare correttamente la suddetta pretesa punitiva se non su un atto che abbia natura di atto legislativo secondo l'ordinamento nazionale italiano.

Non può, dunque, essere equiparata alla «legge» - secondo la *ratio* del principio di legalità - una fonte

normativa innegabilmente diversa da quella nazionale e statale, qual è, appunto, la direttiva comunitaria, quale atto delle istituzioni comunitarie poste a livello sovranazionale.

Né, d'altra parte, una siffatta equiparazione può essere proposta allorché si voglia fare riferimento ad una sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea quale espressione di potere giurisdizionale dell'istituzione sovranazionale che, peraltro, si è preoccupata - anche nel caso ora in esame, di precisare che «una direttiva non può di per sé creare obblighi a carico di un singolo...», con affermazione di un principio che si impone pertanto, sia nei paesi la cui tradizione è di *common law* che nei paesi la cui tradizione è di *roman* (o *civil*) *law*, superando in tal modo ogni differenza nazionale e ordinamentale in merito al valore creativo o meno del fattore «giurisprudenza». Se, poi, la «legge» in questione prevede, come nel caso in esame (v. art. 157 del D.Lgs. n. 81/2008) sanzioni penali, al «principio di legalità» si aggiunge l'altro caposaldo costituzionale che riserva allo Stato il potere legislativo in materia penale, così da escludere - nella materia *de qua*, ogni efficacia di un ipotetico potere sanzionatorio di natura penale che non sia statale e non sia legislativo.

Direttiva non trasposta e prevalenza del diritto interno

Ma c'è di più, sempre ai fini che interessano una risposta puntuale ed esauriente al quesito che è stato posto in merito alla posizione dei «singoli», «committenti» e «responsabili dei lavori», dopo la sentenza della Corte di Giustizia del 7 ottobre 2010 e prima di una riforma legislativa del comma 11 dell'art. 9 del D.Lgs. n.

81/2008, e sempre alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea. Infatti, la Corte si è pronunciata con una storica decisione - che funge da principio guida in questa materia - in una fattispecie di trasposizione non corretta di una direttiva comunitaria che aveva comportato (con il D.Lgs. n. 133/1992) - come per il caso che ha occasionato la sentenza i cui effetti qui si commentano - la previsione da parte del legislatore nazionale, sostanzialmente, di una deroga attraverso distinzioni e limitazioni ad un obbligo tassativamente ed inderogabilmente previsto dalla direttiva comunitaria (76/464/CEE e 83/513/CEE) in materia di rilascio di preventiva autorizzazione per lo scarico di sostanze pericolose (cadmio) nell'ambiente idrico della Comunità europea. Si tratta della decisione del 26 settembre 1996, in causa C-168/95 i cui passi salienti meritano di essere qui testualmente riportati perché affermano una serie di principi che si pongono come risolutori di ogni questione e che trovano conferma nella giurisprudenza sia anteriore che successiva della Corte medesima.

Con questa sentenza leader la Corte ha infatti affermato che

«comunque, una direttiva non può di per sé imporre obblighi ai singoli né essere invocata in quanto tale nei confronti di un singolo dinanzi a un giudice nazionale».

Infatti, la Corte ha sottolineato che la possibilità di far valere dinanzi a un giudice nazionale la disposizione incondizionata e sufficientemente precisa di una direttiva non trasposta esiste solo a favore dei singoli e nei confronti dello «Stato membro cui è rivolta». Ne consegue che una direttiva non può di per sé creare obblighi a carico di un singolo e che una disposizione di una direttiva non può quindi essere fatta valere in quanto tale nei

confronti dello stesso (5). La Corte ha precisato che questa giurisprudenza è intesa a evitare che uno Stato possa trarre vantaggio dalla sua trasgressione del diritto comunitario (6). In linea con tale giurisprudenza la Corte ha altresì dichiarato che una direttiva non può avere l'effetto, di per sé e indipendentemente da una legge interna di uno Stato membro adottata per la sua attuazione, di determinare o di aggravare la responsabilità penale di coloro che agiscono in violazione delle sue disposizioni (7).

Ed ancora, si precisa che «l'obbligo degli Stati membri derivante da una direttiva, di conseguire il risultato da questa previsto, come pure l'obbligo loro imposto dall'art. 5 del Trattato di adottare tutti i provvedimenti generali o particolari atti a garantire l'adempimento di tale obbligo, valgono per tutti gli organi degli Stati membri, ivi compresi, nell'ambito di loro competenza, quelli giurisdizionali.» Ne consegue che, nell'applicare il diritto nazionale, il giudice nazionale deve interpretarlo alla luce della lettera e dello scopo della direttiva per conseguire il risultato perseguito da quest'ultima e conformarsi pertanto all'art. 189, comma 3, del Trattato (8).

Tuttavia, siffatto obbligo del giudice nazionale di far riferimento al contenuto della direttiva nell'interpretare le norme rilevanti del suo diritto nazionale incontra un limite qualora tale interpretazione comporti che ad un singolo venga opposto un obbligo previsto da una direttiva non trasposta ovvero, a maggior ragione, qualora abbia l'effetto di determinare o aggravare, in forza della direttiva e in mancanza di una legge emanata per la sua attuazione, la responsabilità penale di coloro che ne trasgrediscono le disposizioni ...» (9).

Pertanto

il diritto comunitario non comporta un meccanismo che consenta al giudice nazionale

di eliminare disposizioni interne in contrasto con una disposizione di una direttiva non trasposta, qualora tale disposizione non possa essere fatta valere dinanzi al giudice nazionale.

Criteria interpretativi

La *summa* dei principi in tal modo enunciati consente dunque di ricostruire sistematicamente le linee guida per risolvere tutte le questioni collegabili all'efficacia diretta o meno delle direttive comunitarie nei casi (frequentissimi) di tardiva o errata trasposizione di questi atti delle istituzioni comunitarie nell'ordinamento comunitario.

Si vedano ricavano infatti i quattro punti seguenti.

1) Una direttiva non può di per sé imporre obblighi ai «singoli» né essere invocata in quanto tale nei confronti di un «singolo» dinanzi ad un giudice nazionale, con la conseguenza che quest'ultimo non può applicare direttamente, in assenza di una legge nazionale che ne recepisca i contenuti (eventualmente interpretati da una sentenza della Corte di Giustizia), una direttiva in quanto tale, limite, questo, per il giudice nazionale, che sussiste indipendentemente dalla natura penale, civile o amministrativa della sanzione o del processo di cui si tratta (10).

2) Inoltre, la possibilità di fare valere dinanzi ad un giudice nazionale le disposizioni di una direttiva che abbiano carattere incondizionato e sufficientemente preciso, quando tale direttiva non sia stata del tutto trasposta o sia stata trasposta in modo incompleto o, comunque, non corretto, esiste solo quando l'applicazione diretta della direttiva determina un effetto «a favore» dei singoli e nei confronti dello Stato. La ragione di questa efficacia puramente verticale che si proietta dal «singolo» verso lo «Stato» è molto precisa sul piano istituzionale e logico-politico, oltre che equitativo:

fermo restando che una direttiva, per sua natura, crea obblighi nei confronti degli Stati membri e non può creare alcun obbligo nei confronti dei «singoli», l'efficacia diretta della direttiva solo a favore dei «singoli» e nei confronti dello Stato membro - mira ad evitare che a quest'ultimo possa trarre vantaggio dalla sua trasgressione al diritto comunitario che si verifica quando la direttiva medesima non è recepita tempestivamente o, anche, non è recepita pienamente e correttamente (11).

3) Dai principi enunciati ai precedenti pp. 1 e 2, discende, quasi come un corollario, un'appendice o, comunque, come necessaria conseguenza che, in linea con tutta la giurisprudenza della Corte, una direttiva non può avere l'effetto, di per sé, ed indipendentemente da una legge interna emanata per la sua attuazione, non solo di determinare ma anche di aggravare la responsabilità penale di coloro che agiscono in violazione delle sue disposizioni. Al giudice nazionale, dunque, non è consentito di disapplicare le di-

Note:

(5) Sentenze 26 febbraio 198, causa C-152/84, Marshall, Racc. pag. 723, punto 48, e 8 ottobre 1987, causa C-80/86, Kolpinghuis Nijmegen, Racc. pag. 3969, punto 9.

(6) Sentenze 14 luglio 1994, causa C-91/92, Facchini Dori, Racc. pag. 3325, punto 22, e 7 marzo 1996, causa C-192/94, El Corte Inglés, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 16.

(7) Sentenza 11 giugno 1987, causa 14/86, Pretore di Salò, Racc. pag. 2545.

(8) Sentenze 13 novembre 1990, causa C-106/89, Marleasing, Racc. pag. I-4135, punto 8 e 16 dicembre 1993, causa C-334/92, Racc. pag. I-6911, punto 20.

(9) Sentenza Kolpinghuis Nijmegen, già citata, punti 13 e 14.

(10) Per la precedente giurisprudenza v., oltre alle sentenze citate nella stessa sentenza del 7 ottobre 2010, anche la sentenza del 13 novembre 1990, in causa C-106/89 e, per la giurisprudenza successiva, v. la sentenza del 7 gennaio 2004, in causa C-60/02.

(11) Sull'efficacia diretta delle direttive comunitarie, E. Benedetti, A. Oddo, R. Petringa Nicolosi, *La sicurezza delle macchine e delle attrezzature di lavoro*, II edizione, IPSOA, Milano, 2010, pagg. 36 e ss.

sposizioni interne all'ordinamento del proprio Stato che siano contrastanti con una disposizione di una direttiva non trasposta o non completamente trasposta.

Con riferimento al caso specifico in esame, dunque, non potrebbe il giudice nazionale disapplicare il comma 11 dell'art. 90 del D.Lgs. n. 81/2008 che è stato dichiarato contrastante con l'art. 3 della direttiva 92/57/CEE, in quanto tale disapplicazione comporterebbe l'eliminazione di una fa-

coltà di deroga all'obbligo previsto dal comma 3 del suddetto art. 90, con il conseguente effetto - che è impedito dal diritto comunitario (alla luce della giurisprudenza prima richiamata anche testualmente) - dell'applicabilità della sanzione penale prevista dall'art. 157 del D.Lgs. n. 81/2008 per le violazioni dell'obbligo configurato dal comma 3 (ma derogato dal comma 11) del medesimo art. 90).

Impossibilità giuridica, questa, che, ovviamente, si protrae fin

tanto che il legislatore italiano non provveda, con propria «legge» che modifichi la precedente disposizione adeguandola correttamente alla direttiva, a creare effetti obbligatori nei confronti dei «singoli».

Solo in tal caso, peraltro, la sanzione penale prevista ex art. 157 del D.Lgs. n. 81/2008, si porrebbe in corretta relazione con un precetto violato, mentre, nel caso diverso, si verificherebbe il *monstrum* giuridico di una sanzione dell'ordinamento nazionale e interno non correlativa e non conseguenziale ad un precetto dell'ordinamento medesimo, bensì al precetto di un altro ordinamento - sopranazionale e comunitario - che peraltro esclude nettamente, alla luce della giurisprudenza che è stata qui diffusamente esaminata e richiamata, l'efficacia obbligatoria di tale precetto comunitario nei confronti dei «singoli», limitandola esclusivamente allo Stato membro.

4) Il principio della «interpretazione conforme» comporta che tutti gli organi degli Stati membri - e, quindi, anche gli organi giurisdizionali devono - nell'ambito delle rispettive competenze e nell'applicare il diritto nazionale, interpretare tale diritto alla luce della lettera e dello scopo della direttiva per conseguire il risultato perseguito da quest'ultima (12). Tuttavia, tale principio incontra un limite invalicabile qualora una tale interpretazione comporti che ad un singolo venga opposto un diritto - o contestata un'imputazione o, comunque, un illecito - previsti conseguenti alla applicazione diretta di una direttiva non trasposta. Questo limite all'obbligo del giudice nazionale di fare riferimento al contenuto della direttiva, si impone a maggior ragione in tutti i casi nei quali l'eventuale applica-

Sull'argomento si veda la giurisprudenza delle più alti Corti, dalla Corte di Giustizia delle Comunità europee - quale giudice unico ed esclusivo per i rapporti tra diritto comunitario e diritto nazionale degli Stati membri (ex art. 267 del TFUE) - alla Corte Costituzionale - quale "giudice delle leggi" - ed al Consiglio di Stato quale suprema magistratura per la funzione amministrativa. Tale giurisprudenza ha imposto (v., in particolare, sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee del 14/7/1994 in causa 91/92) il principio secondo il quale "nell'applicare il diritto nazionale a prescindere dal fatto che si tratti di norme precedenti o successive alla direttiva, il giudice nazionale deve interpretare il proprio diritto nazionale quanto più è possibile alla luce della lettera e dello spirito della direttiva per conseguire il risultato perseguito da quest'ultima ...". Qualora tale interpretazione - che è l'unica ad essere ammissibile per una disposizione di derivazione comunitaria - non risultasse possibile a causa del carattere eventualmente insanabile e radicale del contrasto tra la norma nazionale in questione e la norma comunitaria da cui la stessa norma nazionale deriva, non si potrebbe che ricavare la conseguenza che è stata precisata dalla giurisprudenza sia del Consiglio di Stato sia dalla Corte Costituzionale. (v., per la chiarezza esplicativa, la sentenza della Corte Costituzionale n. 389 dell'11 luglio 1989 e n. 168 del 18 aprile 1991; per la Corte di Cassazione, v., tra l'altro, per il suo valore anticipatore, Cass. 20 dicembre 1973, in *Mon. trib.*, 1974, p. 864; per il Consiglio di Stato v, ex *multiis*, sentenze n. 452 del 6 aprile 1991 e n. 54 del 18 gennaio 1996). Tale conseguenza si sostanzia sempre nella disapplicazione della norma di diritto interno configgente con la norma comunitaria. Anche a quest'ultimo riguardo v., tra l'altro, la sentenza della Corte di Giustizia U.E., sez. un. 9 settembre 2003, n. 198, nonché le sentenza della Corte Costituzionale n. 170 del 5 giugno 1984, in *Foro it.*, 1984, I, 2062 e la sentenza sempre della Corte Costituzionale n. 113 del 1985, *id.*, 1985, I, 1600 che hanno definitivamente ribadito, per quanto riguarda l'Italia, il principio, senza riserve, della prevalenza del diritto comunitario sul diritto nazionale in tutti i casi di concorso e di conflitto tra norme comunitarie e norme nazionali sulla stessa materia.

Con particolare riguardo, poi, alla prevalenza del diritto comunitario anche rispetto al diritto penale interno degli Stati membri v. la sentenza della Corte di Giustizia della U.E. n. 82/71, *Racc.* 1972, p. 119, con la quale si afferma che il diritto comunitario (del "Trattato" e/o delle direttive, quali "atti" delle istituzioni) "non fa alcuna distinzione, a seconda del carattere penale, o meno del procedimento nazionale nell'ambito del quale le questioni pregiudiziali sono state formulate. L'efficacia del diritto comunitario non può variare a seconda dei diversi settori del diritto nazionale nei quali esso può esplicare effetto".

E. Benedetti, A. Oddo, R. Petringa Nicolosi, *Salute e sicurezza nei cantieri edili*, IPSOA, Milano, 2010, nota n. 9, pag. 9.

Nota:

(12) Per una rassegna di giurisprudenza sull'argomento vedi E. Benedetti, A. Oddo, R. Petringa Nicolosi, *Salute e sicurezza nei cantieri edili*, IPSOA, Milano, 2010, nota n. 9, pag. 9, testo riportato nel riquadro.

zione diretta delle disposizioni della direttiva possa aver l'effetto - in mancanza di una legge nazionale che ne trasponga pienamente e correttamente i contenuti - di determinare - o anche soltanto di aggravare la responsabilità penale di coloro che abbiano agito in contrasto con la direttiva ma non in contrasto con la propria legge nazionale.

Il consolidato orientamento giurisprudenziale

La recente sentenza della Corte di Giustizia 7 gennaio 2004 in causa C-60/02 ha richiamato tutti i principi qui sopra esposti anche allorché si è trattato non già di direttiva comunitaria bensì di regolamento comunitario poiché «anche se nella causa principale la norma comunitaria di cui trattasi è un regolamento, ossia una norma che, per sua natura, non necessita di misure nazionali di recepimento, e non una

direttiva, occorre rilevare che l'art. 11 del regolamento (CE) n. 3295/94 attribuisce agli Stati membri il potere di adottare le sanzioni relative alle infrazioni ai comportamenti vietati dall'art. 2 di tale regolamento, il che rende estendibile a detta causa il ragionamento seguito dalla Corte per le direttive.

Nell'ipotesi in cui il giudice del rinvio pervenga alla conclusione che il diritto nazionale non vieta ... il principio della legalità delle pene, quale consacrato dall'art. 7 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, che è un principio generale del diritto comunitario, comune alle tradizioni costituzionali degli Stati membri, vieterebbe di sanzionare penalmente un tale comportamento, anche nel caso in cui la norma nazionale fosse contraria al diritto comunitario.»

Dunque, è possibile trarne ulteriori ed ancor più generali conclusioni a seguito delle

considerazioni fin qui svolte per il caso che è stato esaminato relativamente alla posizione del «committente» e del «responsabile dei lavori» dopo la sentenza della Corte di Giustizia del 7 ottobre 2010 - e che ha innescato la discussione intorno all'efficacia diretta delle direttive comunitarie *in bonam* o *in malam partem* per i «singoli». Tali conclusioni finali per tutte le questioni affrontate indicano che le soluzioni imposte dalla Corte di Giustizia trovano, specie sulla base del «principio della legalità delle pene», una convergenza ed una saldatura con il diritto costituzionale degli Stati membri e con il diritto internazionale. Il principio secondo cui *nulum crimen, nulla poena sine lege*, insomma, seppure non si voglia - o non si possa - ricondurre alle vette del diritto naturale, certamente trascende i singoli diritti positivi dei vari ordinamenti e si conferma come punto di riferimento della civiltà giuridica.