ISSN 1826-3534

federalismi.it

RIVISTA DI DIRITTO PUBBLICO ITALIANO, COMPARATO, EUROPEO

5 OTTOBRE 2022

federalismi.it

Fascicolo n. 25/2022

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

ISSN 1826-3534
Numero 25, 2022
Tutti i contributi, ad eccezione dell'editoriale di apertura, sono stati sottoposti a *double blind peer review*.

Direttore responsabile: Prof. Annamaria Poggi

Vice Direttore responsabile: Prof. Federica Fabrizzi

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

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

Segreteria di redazione: dott. Simone Barbareschi; dott. Lucio Adalberto Caruso; dott. Adriano Dirri; dott. Luisa Giurato; dott. Eleonora Iannario; dott. Ekaterina Krapivnitskaya; dott. Nicola Pettinari; dott. Giulia Renzi; dott. Francesco Severa; dott. Sergio Spatola.

E-mail: redazione@federalismi.it

Sommario

EDITORIALE

- L'Italia al voto: dopo una brutta campagna elettorale, le incognite sull'orizzonte europeo, di *Annamaria Poggi* iv

SAGGI E ARTICOLI

- La tensione delle garanzie di libertà e diritti là dove il potenziamento cognitivo incontra l'intelligenza artificiale, di *Rosanna Fattibene* 1
- Materie trasversali e leale collaborazione, di *Gennaro Ferraiuolo* 25
- I profili innovativi dell'introduzione legislativa dei principi di collaborazione e buona fede, di *Giuseppe Marletta* 49
- Pubblici poteri e cybersicurezza: il lungo cammino verso un approccio collaborativo alla gestione del rischio informatico, di *Luigi Previti* 65

FOCUS LAVORO, PERSONA, TECNOLOGIA

- Ciclo produttivo digitalmente integrato e responsabilità datoriali: appunti sull'effettività delle tutele, di *Marco Esposito* 95
- Trasparenza e monitoraggio digitale. Perché abbiamo smesso di capire la norma sociale europea, di *Michele Faioli* 104
- Le sfide della transizione digitale nel lavoro agricolo, di *Claudia Faleri* 116
- La proposta di direttiva UE sui platform workers: tecniche regolative ed effettività delle tutele per i lavoratori autonomi, di *Maria Giovannone* 129
- La contrattazione collettiva aziendale di fronte alle sfide della rivoluzione digitale e ai processi di cambiamento organizzativo, di *Lucio Imberti* 161
- Clausole sociali, concorrenza, investimento pubblico e tutela del lavoro: dal Codice dei contratti pubblici al PNRR, di *Fabio Pantano* 169

L'Italia al voto: dopo una brutta campagna elettorale, le incognite sull'orizzonte europeo

di Annamaria Poggi
Professoressa ordinaria di Istituzioni di diritto pubblico
Università degli Studi di Torino

1. L'esito elettorale e la sua lettura nel contesto europeo

Una delle peggiori campagne elettorali che la mia generazione ricordi, per la pochezza delle argomentazioni e la violenza verbale inaudita che ha incomprensibilmente accomunato alle forze politiche anche molta parte dei mezzi di comunicazioni, taluni diventati quasi organi di partito, ha sortito un effetto chiaro e poco interpretabile.

Questa volta è impossibile dire che hanno vinto un po' tutti, perché nella competizione tra le due maggiori coalizioni ha vinto il centrodestra e ha perso il centrosinistra (come peraltro molti esponenti del PD hanno sinceramente ammesso), mentre le altre parti politiche possono vantare successi di vario genere e natura ma sicuramente non possono dire di avere vinto. Il M5S di Giuseppe Conte può esultare per la rimonta, ma, certo non sarà determinante in questa prima fase e il c.d. terzo polo (Calenda-Renzi), pur avendo tentato un rischioso esperimento non è neppure lontanamente divenuto ciò che avrebbero sperato di essere: decisivo per le sorti della Legislatura, con l'obiettivo di riportare Draghi (o comunque il c.d. "metodo" Draghi) alla guida del Paese.

Almeno il varo della prima esperienza governativa non dovrebbe farci assistere a ciò che avvenne nel post elezioni 2018, dopodichè tutto è ovviamente possibile e, penso, desiderabile per le opposizioni, compreso il progressivo sfaldarsi della coalizione di centro-destra.

La Legislatura parte dunque con un governo non abborracciato e con un chiaro indirizzo politico che comporta ovviamente altrettante precise responsabilità. Che non saranno poche e leggere, vista la situazione interna, quella europea e quella internazionale. Perché una cosa è vincere, altra e diversa cosa è governare. E il risultato netto di oggi non è di per sé garanzia di governo stabile per cinque anni per diversi motivi, tra cui quello essenziale è che a vincere è stata una coalizione, non un partito.

Su quello che accadrà è difficile pronunciarsi al momento. Forse sarebbe bene non azzardare giudizi *tranchant* sul futuro poiché, come si è visto subito dopo le elezioni e per limitarsi allo scenario internazionale, Piazza Affari ha esordito con un rialzo dello 0,67 (i mercati per ora aspettano… e posticipano il loro giudizio al futuro) e la reazione delle diplomazie internazionali non è stata quella da alcuni preconizzata di massima allerta per l'arrivo dei barbari.

Neppure gli organi di di vertice dell'Unione, evidentemente abituati a trattare con governi di qualsiasi colore, hanno avuto reazioni impaurite, se si eccettua lo scivolone della Presidente della Commissione Ursula von der Leyen – sempre che siano vere le frasi a lei addebitate e riportate dai mezzi di comunicazione – che qualche giorno prima la tornata elettorale, preannunciava reazioni dell'Unione verso un possibile governo italiano di destra, a suo giudizio, simile a quello ungherese.

Allo stesso modo pare difficile che il partito della futura Presidente del Consiglio (se così sarà) riproponga alla Camera dei deputati un disegno di legge quale il C.291 presentato il 23 marzo 2018 ("*Modifiche agli articoli 11 e 117 della Costituzione, concernenti l'introduzione del principio di sovranità rispetto all'ordinamento dell'Unione europea*"), mirante a eliminare dalla Costituzione i riferimenti all'obbligo di osservanza del diritto UE.

Così come pare improbabile che l'Italia si trasformi in Ungheria per la sola vittoria di una coalizione a trazione Fratelli d'Italia: come ha ben ricordato Sabino Cassese sul *Corriere della Sera* del 30 settembre u.s. (*La libertà e i giudizi sbagliati*) il nostro Paese ha, grazie alla Costituzione, molti anticorpi (20 Regioni e più di 8.000 Comuni eletti democraticamente, Presidente della Repubblica, Corte costituzionale…), e, inoltre, non va sottovalutata "*la forza educatrice della democrazia e il suo indissolubile legame con il rispetto dei diritti*". Situazione ben diversa dai blocchi granitici che reggono sistemi come l'Ungheria e la Polonia, ad esempio. Il paragone con il Fascismo, insomma, pare davvero sproporzionato, almeno storicamente parlando, nel senso della riproposizione di un regime simile a quello in cui sfociò la crisi della democrazia liberale italiana della prima parte del Secolo breve. Se poi volessimo spostare il discorso a livello europeo, la crisi che attanaglia le nostre democrazie è molto diversa da quella del periodo liberale e i populismi e i sovranismi di oggi hanno origini ben diverse e nascono, forse, dall'arrestarsi del processo di allargamento della base sociale e del benessere che ha contrassegnato lo sviluppo del Secondo dopoguerra. Insomma, le analisi storiche sono molto più raffinate e profonde dei giudizi un po' rozzi che taluno avanza.

Potrebbe accadere, certo, uno sfaldamento della coalizione governativa, ma anche su questo difficile pronunciarsi, almeno al momento, senza neppure aver visto la composizione del primo governo post elettorale. Potrebbe anche verificarsi un'implosione interna allo stesso partito trainante la coalizione, gravato di una responsabilità effettivamente significativa rispetto alle sfide del futuro e rispetto ad una struttura interna ancora acerba. Ma anche ciò è davvero difficile a dirsi perché la politica è quanto di più difficile da prevedere, essendo molto più di quanto si immagini connessa alle personalità dei singoli e alla loro capacità di affrontare sfide complesse. E su questo, al momento non abbiamo alcun dato su cui ragionare seriamente.

Ed ancora, potrebbe accadere, questo si, che le alleanze populiste "*rompano il patto democratico su cui si fonda l'Unione*" come ha sottolineato Yascha Mounk in un'intervista di qualche giorno fa (*La Stampa*, 1 ottobre).

L'Europa è un "*club democratico*", ha affermato il noto studioso di movimenti nazionalisti e populistici, e il coalizzarsi di Paesi a trazione sovranista e populista potrebbe rompere questo patto, dal momento che non esiste una Unione politica ma essa si regge su una legittimazione che si fonda sui Paesi membri. È questa la prospettiva a cui guardare con più preoccupazione, poiché la sua possibile concretizzazione è direttamente proporzionale alla perdurante carenza di idee e di progetti politici sul futuro dell'Unione. Sarebbe davvero grave per l'intera umanità che si interrompesse un percorso che, pur tra luci ed ombre, e ha consentito un lungo e duraturo periodo di pace e di prosperità nell'area europea.

Si tratta ovviamente di uno scenario possibile. Resta da vedere, per quanto ci riguarda, quali scelte la probabile futura Presidente del Consiglio farà con riguardo ai ministri coinvolti e quanto peso avrà il Presidente della Repubblica in proposito. Se guardiamo al recente passato c'è da scommettere che, in caso le scelte fossero equivoche quanto a fede europeista, il Presidente farà sentire la sua voce in maniera ferma e decisa come ha già fatto sul "caso" Savona.

Insomma, avremo modo già nell'immediato futuro di tornare su queste vicende per analizzarle alla luce dell'appartenenza all'Unione e dei principi costituzionali, mentre al momento pare utile concentrarsi su ciò che abbiamo appena archiviato e cioè la campagna elettorale e la "resa" della legge elettorale su cui è, invece, possibile e urgente fare qualche considerazione d'insieme.

2. Una pessima campagna elettorale, che ha contribuito ad innalzare il tasso di astensione e la disaffezione alla politica

Qualche valutazione va sicuramente riservata alla campagna elettorale. Il suo principale tratto è stato la volontà di schiacciare l'avversario, di costruire un clima di guerriglia continua. Inutile riportare i singoli accadimenti e le dichiarazioni, spesso utilizzate come corpi contundenti verso l'avversario, senza nessun ritegno neppure per le vicende personali, false o vere che fossero. Quando il livello della rabbia sale difficile poi che si ritorni subito ai toni normali e che non ci siano strascichi, come dimostra il fatto che dopo più di una settimana dalle elezioni aleggia ancora, per fortuna a tratti, un livore tuttavia incomprensibile.

Anche ciò ha a che fare con il diritto costituzionale: conflitto e lotta al "nemico" non sono la stessa cosa. Una cosa è dividersi sulle idee altra e diversa cosa è combattersi come se non si fosse appartenenti ad un'unica comunità politica.

Sulle idee abbiamo sentito ben poco (nonostante vi fossero programmi ben nutriti di promesse e di analisi), mentre abbiamo assistito ad urla scomposte, alla demonizzazione dell'una e dell'altra parte. Una situazione ben diversa da quella prefigurata dalla Corte costituzionale che in una delle diverse sentenze sul tema ha ricordato come durante le campagne elettorali l'espressione del pensiero assume comunque

e necessariamente la forma di una contrapposizione polemica, che mira a censurare opinioni o comportamenti altrui e, talvolta, anche a provocare la reazione dei destinatari del messaggio. Proprio da tale modalità espressiva, ha evidenziato la Corte, si "*trae alimento per assicurare, una libera dialettica delle idee*" (sentenza n. 199 del 1972). Sottolineo, libera dialettica delle "idee".

I mezzi di comunicazione, poi, non hanno fatto adeguatamente la loro parte. Nella stragrande maggioranza dei casi non hanno fatto informazione, limitandosi a riportare le liti da cortile, o a suscitarle ad arte nelle diverse trasmissioni. Hanno dimenticato che l'art. 21 contiene anche un "diritto" all'informazione. Hanno dimenticato alcuni principi costituzionali di nuovo ben enucleati dalla Corte costituzionale, ad esempio, nella sentenza n. 155/ 2002 in cui nel pronunciarsi sulla legittimità costituzionale della legge n. 28 del 2000, poneva in rilievo, tra l'altro, come il diritto all'informazione garantito dall'art. 21 della Costituzione, viene qualificato e caratterizzato "*sia dal pluralismo delle fonti cui attingere conoscenze e notizie – così da porre il cittadino in condizione di compiere le proprie valutazioni avendo presenti punti di vista e orientamenti culturali e politici differenti – sia dall'obiettività e dall'imparzialità dei dati forniti, sia infine dalla completezza, dalla correttezza e dalla continuità dell'attività di informazione erogata*". Il diritto alla completa ed obiettiva informazione del cittadino, secondo la Corte, va tutelato "*in via prioritaria soprattutto in riferimento a valori costituzionali primari, che non sono tanto quelli della pari visibilità dei partiti, quanto piuttosto quelli connessi al corretto svolgimento del confronto politico su cui in permanenza si fonda il sistema democratico*".

Soprattutto i partiti, in sostanza, hanno finito per disorientare l'elettorato che potrebbe così aver percepito una sostanziale inutilità del proprio voto. Ciò potrebbe contribuire a spiegare il fatto che la partecipazione al voto si è fermata al 63,9%, il dato più basso dell'intera storia repubblicana per quanto riguarda le elezioni politiche e il calo più forte che si sia mai verificato tra due tornate elettorali successive.

In particolare, poi l'astensione sembra provenire da quelle fasce dell'elettorato che avevano probabilmente più aspettative da queste elezioni. Conferme in tal senso parrebbero giungere dal dato del voto dei giovani. Ad analizzarlo, tra l'altro, studi effettuati dall'istituto di ricerca Swg e da YouTrend. Nella fascia d'età 18-34 anni il dato sull'astensionismo è praticamente in linea con quello complessivo. Anzi, secondo Swg, è stato leggermente superiore, arrivando al 37% (+1% rispetto al dato generale). Questo nonostante, per una buona fetta di loro (grosso modo quelli tra i 18 e i 22 anni), si trattava del primo appuntamento con le urne per una tornata nazionale per cui ci si sarebbe potuto attendere un maggior entusiasmo (la prima volta!) che invece non si è registrato.

I giovani, inoltre, sembra abbiano "punito" le coalizioni più mediaticamente esposte: oltre 1 giovane elettore su 5 (più precisamente il 21%, con un +6% rispetto al dato medio) pare abbia scelto di dare la propria preferenza a liste minori, spesso esterne alle coalizioni. Sorprendente, ad esempio, è, secondo You Trend, il risultato del Partito Comunista che passa dallo 0,26% nazionale all'1,7% tra i 18-25enni

come pure quello dell'accoppiata Sinistra Italiana-Verdi, che sfondano quota 7% (doppiando il 3,5% complessivo), non a caso la forza che ha spinto di più sui temi dell'ambiente e dei diritti, particolarmente cari a questa fascia di elettorato. Sempre nella direzione della delusione e dell'astensione si può pure leggere il dato (YouTrend) che ha mostrato come l'affluenza sia calata maggiormente (rispetto al 2018) nei comuni meno popolosi, con un reddito medo inferiore, e con una percentuale maggiore di disoccupati e minore di laureati. La disaffezione alla politica sembra peraltro emergere anche dall'elevato numero di voti non validi, ossia di schede bianche e nulle: oltre 1,3 milioni, un dato che in termini assoluti è il più elevato dal 2008 (quando però l'affluenza fu maggiore di oltre 15 punti) e in termini relativi costituisce la percentuale più alta (4,5%) sul totale dei voti espressi dal 2001, anno in cui però si votava con un sistema elettorale diverso (il Mattarellum).

Certo anche in questo caso le analisi dovrebbero essere più raffinate (quanto hanno inciso il maltempo, la distanza dai luoghi deputati al voto, i costi che si sarebbero dovuti sostenere per recarsi alle urne? …) ma è difficile non pensare che il calo di affluenza sia da addebitare principalmente al calcolo costo-beneficio individuale. Per molti, evidentemente, non ne è valsa la pena. Siccome questi molti sono circa un quarto dell'elettorato italiano e probabilmente quello più disilluso il sistema politico dovrà assumersi il compito di non rendere completamente "invisibili" questi non voti.

3. Cresce ancora la volatilità dell'elettorato italiano

Passando ora all'analisi del voto, altro elemento che balza agli occhi è la volatilità dell'elettorato. Il confronto con le passate elezioni è estremamente significativo a causa della medesima legge elettorale. Fratelli d'Italia passa dal 4,3% al 26,1% e ciò che è più significativo è che, secondo i sondaggi di SWG[1], il 17% dei voti in più provengono dagli elettori del M5S. La Lega dimezza i consensi: dal 17,4% del 2018 all'8,9% con un travaso significativo verso Fratelli d'Italia (4 elettori su 10). Anche Forza Italia che perde un po di meno (dal 14 all8,1%) cede oltre un terzo dei voti a Fratelli d'Italia.

Ancora più significativo il dato che riguarda il PD che pur, aumentando leggermente i propri consensi, (dal 18,7 % al 19,1%) vede assai mutata la composizione del proprio elettorato: perde il 12% a favore di Azione-IV ma recupera la stessa percentuale dal bacino del M5S. Quest'ultimo poi (che scende dal 32,7% al 15,3%) nel 2018 aveva convogliato su di sé i voti "disillusi" oggi si dimezza in larga parte a causa dell'astensione: quasi la metà di coloro che lo avevano scelto alle precedenti elezioni non si sono recati alle urne e quelli che lo hanno fatto in larga parte hanno scelto Fratelli d'Italia e in misura inferiore il PD. Sono molti, dunque, gli elettori che hanno cambiato il loro voto rispetto alla tornata elettorale precedente. Secondo gli studi del CISE si tratta di circa il 30% e cioè un dato di poco inferiore alle elezioni del 1994

[1] Elaborazione di dati rilevati tra il 23 e il 25 settembre 2022, campione di 3500 elettori residenti sul territorio italiano.

(post Tangentopoli) e del 2013 (l'affermazione populista del M5S). Inoltre si tratta di una linea di tendenza che ha accompagnato le ultime 3 elezioni: sempre secondo il CISE l'Italia del decennio 2013-2022 registra la più alta volatilità complessiva, con un valore aggregato di 95,05 punti, superiore anche a quello della Grecia nel drammatico periodo 2012-2015 (87,7 punti).

Per la terza volta consecutiva, insomma, il voto politico in Italia pare divenuto estremamente "liquido", con una fedeltà elettorale evanescente e una predominanza del voto di opinione o del momento, ovvero ancora influenzato da variabili diverse (famiglia, fatti dell'ultimo momento, influenza dei media…).

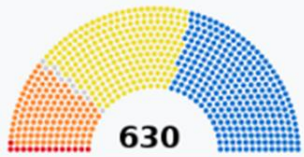
Certamente anche questa volta come nel 2013 e nel 2018 si afferma il voto populista ma si sposta decisamente verso destra. Non è detto, dunque, che si tratti di una scelta elettorale duratura e che la prossima tornata veda ancora i medesimi risultati. Dipenderà dalla capacità di governo di chi ha vinto le elezioni, come in fondo è stato per il M5S punito dalla prova sul campo.

4. L'effetto disproporzionale ed altamente maggioritario in termini di premio alle coalizioni della legge elettorale

Infine sulla resa della legge elettorale è ora possibile avanzare qualche valutazione, avendola vista alla prova per due volte ed in circostanze assai diverse.

L'effetto maggioritario è notevole. Secondo gli ultimi dati, la coalizione vincente ha ottenuto 237 dei 400 seggi della Camera e 115 dei 200 seggi del Senato. Con circa il 44 per cento dei voti, dunque, ha ottenuto quasi il 60% dei seggi. È un premio pari a quello previsto dalla famigerata legge del 1953 con la differenza (non da poco) che l'effetto maggioritario in quel caso si scaricava sul partito vincente.

GF



Liste		Camera dei deputati						Senato della Repubblica					
		Preferenze		Seggi				Preferenze		Seggi			
		Voti	%	Magg.	Prop.	Totale	%	Voti	%	Magg.	Prop.	Totale	%
Coalizione di centro-destra	Lega	5.698.687	17,35	50	73	123	19,6	5.321.537	17,61	21	37	58	18,4
	Forza Italia	4.596.956	14,00	44	59	103	16,3	4.358.004	14,43	22	33	55	17,4
	Fratelli d'Italia	1.429.550	4,35	13	19	32	5,0	1.286.606	4,26	11	7	18	5
	Noi con l'Italia - UDC	427.152	1,30	4	0	4	0,6	361.402	1,20	4	0	4	1,6
	Totale	12.152.158	37,00	111	151	262	41,5	11.327.549	37,50	58	77	135	43,8
Movimento 5 Stelle		10.732.066	32,68	92	133	225	35,9	9.733.928	32,22	44	67	111	35,5
Coalizione di centro-sinistra	Partito Democratico	6.161.896	18,76	21	86	107	17	5.783.360	19,14	8	43	51	16,2
	+Europa	841.468	2,56	2	0	2	0,3	714.821	2,37	1	0	1	0,3
	Italia Europa Insieme	190.601	0,58	1	0	1	0,2	163.454	0,54	1	0	1	0,3
	Civica Popolare	178.107	0,54	2	0	2	0,3	157.282	0,52	1	0	1	0,3
	SVP - PATT	134.651	0,41	2	2	4	0,6	128.282	0,42	2	1	3	1,0
	Totale	7.506.723	22,86	28	88	116	18,4	6.947.199	23,0	13	44	57	18,5
Liberi e Uguali		1.114.799	3,39	0	14	14	2,2	991.159	3,28	0	4	4	1,3
Potere al Popolo!		372.179	1,13	0	0	0	0	320.855	1,06	0	0	0	0
CasaPound Italia		312.432	0,95	0	0	0	0	259.628	0,86	0	0	0	0
Il Popolo della Famiglia		219.633	0,67	0	0	0	0	211.486	0,70	0	0	0	0
Italia agli Italiani[140]		126.543	0,39	0	0	0	0	150.014	0,50	0	0	0	0
Partito Comunista		106.816	0,33	0	0	0	0	101.656	0,34	0	0	0	0
Altre		198.169	0,60	0	0	0	0	167.070	0,55	0	0	0	0
Totale		32.840.055	100,0	231	386	617	100,0	30.213.874	100,0	115	193	307	100,0

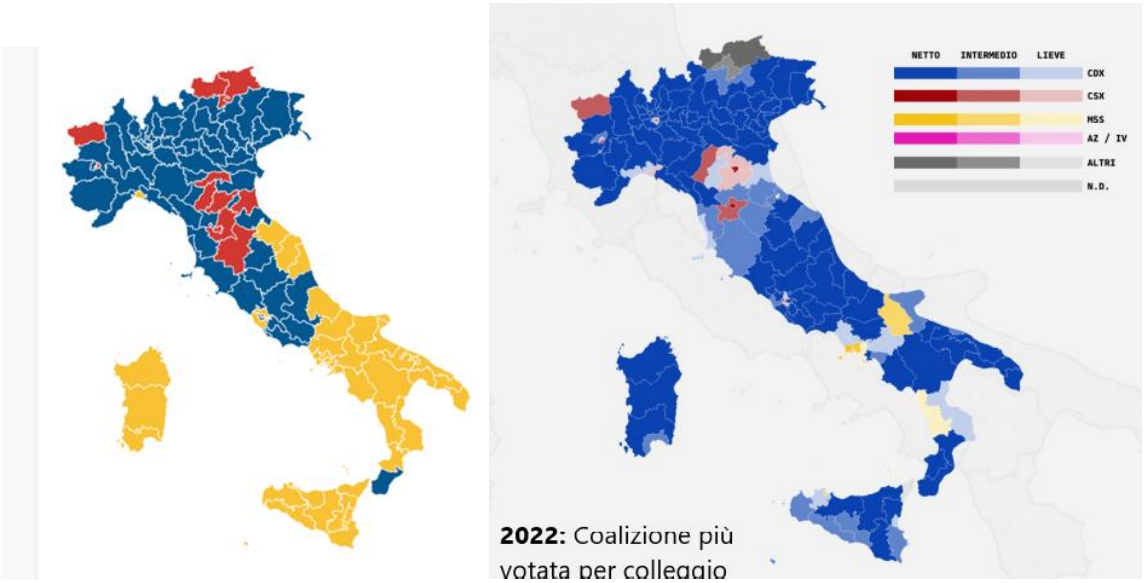
I voti includono le preferenze date ai soli candidati uninominali, ripartiti tra le liste a loro collegate

Nelle elezioni del 2018 ad esempio, alla Camera, il centro destra aveva raggiunto il 37%. nel proporzionale. Sommando i parlamentari dell'uninominale la sua percentuale era salita al 41% (+4%). Il centro sinistra con il 22,8% era invece sceso al 18,4 (-4,46); i 5Stelle, sempre alla Camera, con il 32,6 erano saliti al 35,9 (+3,22).

Questo era dovuto ad una distribuzione dei seggi del maggioritario che aveva visto il centro destra prevalere al Nord, i 5 Stelle al Sud e il PD nelle grandi città e nei sui territori storici.

Non è andata così in queste elezioni. Sempre alla Camera, il Centro destra è passato da 46,5 al 58,8% (+12,2%) con la Lega che da sola guadagna un 6,8%, il Centro Sinistra passa 27,8% al 20% (-7,8%) e i 5Stelle -4%. Come c'era da aspettarsi Azione/Italia Viva (non ha vinto nessun seggio uninominale alla Camera) passa dal 8,6% al 5,3. Al Senato si è riproposta la stessa tendenza. Il Centro destra guadagna un 9,9%, il Centro Sinistra perde un 8% (dal 27,9 al 19,9%) i 5Stelle perdono un 5,3% e Azione/italiaViva il 3%.

Nelle due immagini l'elaborazione dei risultati con le mappe colorate (le grandi città non sono visibili) relative al 2018 e al 2022 (secondo un'elaborazione YouTrend) che mostrano come il risultato abbia portato l'83% dei seggi alla destra contro il circa 1/3 delle passate elezioni.



La coalizione vincente è stata premiata con circa il 12%, il che è anche effetto della differenza con le elezioni del 2018 che vedevano tre grandi forze contendersi il voto, mentre questa volta lo slogan lanciato da Enrico Letta ha sortito effetto (anche se non quello sperato dal segretario del PD) e c'è stata la divisione in due, potenziando di molto l'effetto maggioritario. In taluni casi tale effetto è quasi "distorsivo" del voto popolare: la Lega con quasi la metà dei voti del PD ha ottenuto circa i medesimi seggi del PD alla Camera e al Senato.

L'altro effetto disproporzionale è connesso alla riduzione del numero dei parlamentari e al conseguente mutamento dei collegi elettorali. Secondo You Trend a perdere più seggi sono state le regioni più popolose: Lombardia (38 alla Camera e 18 al Senato), Campania (22 alla Camera e 11 al Senato) e Lazio (22 alla Camera e 10 al Senato). Sempre la medesima analisi, la Regione più svantaggiata sarebbe la Basilicata con un -46,15%, ovvero quasi 10 punti in meno rispetto al dato nazionale per cui il numero di senatori è passato da 7 a 3.

È questo sicuramente un ulteriore motivo di riflessione, sia con riguardo alla prossima legge elettorale (che sarebbe bene venisse concepita una volta tanto "sotto il velo di ignoranza"), sia con riguardo alla rappresentatività del Parlamento rispetto al voto elettorale.

La tensione delle garanzie di libertà e diritti là dove il potenziamento cognitivo incontra l'intelligenza artificiale*

di Rosanna Fattibene
Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico
Università degli Studi di Salerno

Abstract [It]: Il saggio indaga il connubio tra l'intelligenza artificiale e le tecnologie di potenziamento cognitivo, sinergia che amplifica opportunità ma anche rischi, principalmente per la salute e per la riservatezza mentale di chi volesse sottoporsi alle innovative pratiche che essa consente. Sul versante della tutela della salute, le riflessioni condotte portano a concludere che essa deve costituire il limite all'istanza di *neuroenhancement* del singolo, ove il trattamento richiesto fosse anche solo potenzialmente dannoso. Sul versante della riservatezza mentale, si avverte invece, preminentemente, la necessità di un controllo sofisticato e costante, sia da parte delle aziende produttrici di *neurodevices*, sia da parte della forza pubblica, nonché di una specifica normazione penale. Ad ogni modo, la tutela va costruita secondo uno schema multilivello, sciogliendo preliminarmente, ad ogni piano normativo, l'interrogativo sull'opportunità di riformulare o meno le disposizioni vigenti, a fronte degli inediti sviluppi tecnologici nel settore.

Title: The tension of the guarantees of freedoms and rights where cognitive enhancement meets artificial intelligence
Abstract [En]: The essay investigates the combination of artificial intelligence and cognitive enhancement technologies, a synergy that amplifies opportunities but also risks, mainly for the health and mental privacy of those willing to undergo the innovative practices it enables. With regard to health protection, the reflections carried out lead to the conclusion that it must constitute the limit to the individual's request for neuroenhancement, if the requested treatment is even only potentially harmful. Regarding mental privacy, on the other hand, there is a pre-eminent need for sophisticated and constant monitoring, both by companies producing neurodevices and by the police, as well as for specific criminal legislation. In any case, protection must be constructed according to a multilevel scheme, first of all, resolving, at each regulatory level, the question of whether or not the existing provisions should be reformulated in the face of unprecedented technological developments in the sector.

Parole chiave: intelligenza artificiale; neuropotenziamento; continuità psicologica; integrità mentale; riservatezza mentale
Keywords: artificial intelligence; neuroenhancement; psychological continuity; mental integrity; mental privacy

Sommario: 1. La persistenza del valore intrinseco dell'individuo alla convergenza tra neurotecnologie e intelligenza artificiale. **2.** Dove la neurotecnologia incontra l'intelligenza artificiale… *(continua)*. **3.** *(segue)* ...alcune libertà e diritti fondamentali potrebbero non essere sufficientemente garantiti. **3.1.** La tutela della continuità psicologica; **3.2.** La tutela dell'integrità e della *privacy* mentale. **4.** La necessità di una tutela giuridica multilivello tra nuovi diritti e garanzie tradizionali.

* Articolo sottoposto a referaggio.

1. La persistenza del valore intrinseco dell'individuo alla convergenza tra neurotecnologie e intelligenza artificiale

Le molteplici ed inedite possibilità offerte dalle tecniche di potenziamento umano ci restituiscono un affresco del divenire dell'uomo trasfigurato nelle sue più tipiche ed identitarie caratteristiche. Sicché esse vanno a fondare teorie transumanistiche e postumanistiche[1] che interrogano sul persistente riconoscimento del valore intrinseco dell'individuo quale idea centrale del liberalismo politico[2]. «*La problématique de l'humain en transformation pose comme contexte général l'action même du changement qui s'opère sur la singularité de la personne humaine*»[3].

Ciascuna delle forme possibili di potenziamento umano – quelle esistenti, quelle emergenti e quelle speculative[4], vieppiù la loro sinergica applicazione – incide, infatti, più o meno significativamente,

[1] Che la tecnologia sia «un tratto del corredo umano» è quanto accomuna transumanesimo e postumanesimo. Il loro approccio è, però, «strutturalmente diverso», come osserva E. PERUCCHIETTI, *Cyberuomo. Dall'intelligenza artificiale all'ibrido uomo-macchina*, Arianna Editrice, Bologna, p. 28. I transumanisti, infatti, «abbracciano il "miglioramento" e il potenziamento dell'essere umano nei suoi aspetti estetici, anatomici, cognitivi, genetici, convinti di riuscire presto o tardi ad aggirare i limiti strutturali e i vincoli biologici dell'uomo, sottraendolo così al suo destino ontologico di creatura che invecchia, si ammala e muore». Il postumanesimo, invece, «a partire dalla messa in discussione del concetto tradizionale di essere umano, […] inaugura una prospettiva volta a ridefinire l'umano in senso plastico, dinamico, relazionale, persino ibridativo. In questa visione, l'umano perde la totale preminenza ontologica, epistemologica, etica sul non umano e viene interpretato come un prodotto storico mutevole e liquido, plastico. Viene pertanto posta in discussione la sua identità: l'essere umano è di fatto un costrutto storico che può essere modificato» (*ibid.*). V. anche B. HENRY, *Post-umano versus trans-umano. Contesti di interlocuzione e potenziamento umano*, in *La società degli individui*, n. 55, 2016, p. 9 ss. Per il dibattito attorno all'*enhancement* e la conseguente scissione tra bioconservatori, ad esso ostili, e transumanisti, all'opposto favorevoli, ma anche per il delinearsi di posizioni moderate che si collocano tra questi due estremi, v. F. SANTI, A. CANCER, A. ANTONIETTI, *Il dibattito sul cognitive enhancement: opportunità e criticità*, in *Sist. intelligenti*, n. 2/2021, pp. 264, 265.

[2] Base dell'eguaglianza dei diritti è «il credo secondo cui tutti possediamo un'essenza umana che oscura differenze manifeste quali il colore della pelle, la bellezza e persino l'intelligenza. Questa essenza e l'idea che gli individui possiedano dunque un valore intrinseco, è al centro del liberalismo politico. Ma modificare quest'essenza è il nucleo del progetto transumanista»: così, F. FUKUYAMA, *Biotecnologie, la fine dell'uomo*, in *Corriere della Sera*, 10 febbraio 2005. D'altro canto, M. ROUX, *Demystifying transhumanism and the promise of amortality*, in *Corps Psychisme*, n. 76, 2020, p. 92, allerta sulle molte intenzioni falsamente attribuite ai transumanisti, tra le quali anche, per l'appunto, «*that they seek to establish a new human hierarchy*». Piuttosto, «*just as contemporary democrats make no legal distinction between a person able to fly by private jet and another forced to travel by foot, or between someone who has never been to school and someone with a glut of university degrees, transhumanists* […] *see no reason why fundamental equality should be undermined by the acquisition or nonacquisition of capabilities that expand the current limits of our biological human condition*». Ad ogni modo, come osserva K.-G. GIESEN, *Transhumanism as the dominant ideology of the fourth industrial revolution*, in *J. Int. Bioethique*, n. 3-4/2018, p. 198, il transumanesimo comporterà il raffronto con «*new constituent inequalities, between humans still in their "natural" state – the "chimpanzees of the future," in Kevin Warwick's words – and a new technologically enhanced posthuman species. Thus, transhumanism presents a colossal challenge to the welfare state, as a deeply meritocratic system designed to compensate, as far as possible, for social inequalities that are an accident of birth*». Per questo A., inoltre, il transumanesimo metterebbe a rischio anche «*the ideals of democracy and the rule of law*». In particolare, a causa della complessità e dell'accelerazione proprie dell'ibridazione tecnologica, «*the "inner circle" of bioethics committees and other bodies tasked with evaluating technological impacts may be undermined, no longer able to ensure that the commercialization of novel objects and procedures is regulated in real time*»; così, «*we cannot rule out the possibility of coming up against technological limits to democracy*».

[3] B. BOYER-BÉVIÈRE, I. MOINE-DUPUIS, *Préface*, in *L'humain en transformation*, n. 11, 2020, p. 19.

[4] Secondo la classificazione che ne fornisce la letteratura in materia, per la quale si rimanda a COMMISSIONE BIOETICA DELLE CHIESE BATTISTE, METODISTE E VALDESI, *Ragioni e limiti del potenziamento umano. Riflessioni sul ruolo sociale delle biotecnologie*, Documento n. 17, pp. 17-19, che la riporta, descrivendo le singole tecniche incluse in ciascuna delle tre categorie.

sull'identità dell'individuo, nonché sui caratteri stessi della nostra specie, andando a delineare una «forma di vita emergente»[5].

A tendere maggiormente i connotati specifici dell'essere umano è, però, il punto d'intersezione tra le tecniche di potenziamento cognitivo e l'intelligenza artificiale[6] (da ora: IA). Le prime intervengono su ciò che è più consustanziale alla persona, vale a dire il suo pensiero (e la relativa libertà)[7]; la seconda, attraverso la connessione uomo-macchina, non solo ne amplifica gli effetti, ma rischia anche l'"indistinto" tra due entità prima separate e finora a predominio indiscusso (dell'uomo sulla macchina, ovviamente)[8].

Cosicché, è sul collegamento diretto tra la sfera cognitiva e il *software* che è opportuno condurre qualche riflessione. Comune è la necessità d'incrementare, in merito, un dibattito che solo può far emergere il modo migliore e maggiormente condiviso di governare quanto, altrimenti, potrebbe divenire preda del «dislivello prometeico»[9] tra l'uomo e i suoi prodotti.

"Imbrigliare", *tout court*, la ricerca scientifica condotta a fini di miglioramento delle capacità umane non sarebbe infatti possibile, né eticamente, né giuridicamente, né praticamente, in quanto la continua tensione a "ciò che sta più in là" è anch'essa tratto distintivo della nostra specie[10]. Ebbene, la condizione

---

[5] N. ROSE, *La politica della vita. Biomedicina, potere e soggettività nel XXI secolo*, Einaudi, Torino, 2008, p. 125.

[6] Vale a dire, secondo la definizione proposta da F. ROSSI, *L'IA supererà l'intelligenza umana?*, in *Intelligenza artificiale*, Quaderno di *Le Scienze*, n. 647, 2022, pp. 7, 8, «una disciplina scientifica […] che ha lo scopo di creare "agenti" artificiali (siano essi programmi o robot cioè sia software sia hardware) che sappiano risolvere problemi in una modalità giudicata "intelligente" per un essere umano». Tanto comporta, sia la comprensione del «contesto» nel quale ci si viene a trovare, sia la selezione dell'«azione migliore da intraprendere» rispetto alla situazione così individuata. Per un contributo alla definizione d'intelligenza artificiale, v. L. TOMMASINI, *Intelligenza artificiale, impresa, lavoro*, in U. RUFFOLO (a cura di), *XXVI lezioni di Diritto dell'Intelligenza Artificiale. Saggi a margine del ciclo seminariale "Intelligenza Artificiale e diritto" (2020), Università di Bologna - Scuola Superiore di Studi Giuridici*, Giappichelli, Torino, 2021, pp. 43-45.

[7] Sui primi tentativi di modifica della mente umana, così come sulle origini del transumanesimo, v. A. OLIVIERO, *Neurotecnologie e postumanesimo*, in *S&F*, n. 24, 2020, pp. 127-131.

[8] Sebbene le riflessioni condotte nel presente lavoro siano state volutamente limitate all'impatto dell'IA sul potenziamento umano, in ispecie cognitivo, non sfugge certo che essa costituisca una sfida a tutto tondo, non solo al sistema del diritto, ma al concetto stesso di "umano", rimettendo così in discussione (finora saldi) convincimenti etici ed antropologici. Per una riflessione accorta ed una rappresentazione ampia della gamma di aspetti della vita sociale, giuridica ed economica, sui quali, già da oggi, incide l'IA (dalla responsabilità per i comportamenti dei robot e dei sistemi di IA, alla profilazione e al *microtargeting* delle persone, all'applicazione dei modelli algoritmici nelle decisioni giudiziarie come nel procedimento amministrativo, per richiamarne solo alcuni), v. A. D'ALOIA, *Il diritto verso "il mondo nuovo". Le sfide dell'Intelligenza Artificiale*, in ID. (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto: come regolare un mondo nuovo*, Franco Angeli, Milano, 2020, p. 7 ss. Per la possibilità – questa non ancora attuale, ma già ipotizzabile nuova frontiera della condizione umana – di estrazione dei contenuti di un cervello per trasferirli ad un substrato non biologico (il *mind uploading*), v. S. AMATO, *Biodiritto 4.0. Intelligenza artificiale e nuove tecnologie*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 148 ss.

[9] G. ANDERS, *L'uomo è antiquato*, vol. I: *Considerazioni sull'anima nell'era della seconda rivoluzione industriale*, Bollati Boringhieri, Torino, 1992, p. 50.

[10] L. LO SAPIO, *Transumanesimo e potenziamento dell'uomo: limiti e punti di forza di un movimento controverso*, in *Etica & Politica/Ethics & Politics*, n. 3, 2018, p. 498, ritiene «che il potenziamento delle facoltà cognitive, morali, fisiche dell'uomo non possa essere rigettato, pena il rigetto del tratto distintivo di ogni membro della specie *Sapiens*. La caratteristica distintiva della nostra specie, infatti, è l'*ubiquitarietà* e la capacità di *alterazione* costante del mondo circostante e di se stessi». È da sempre, d'altro canto, il *proprium* di «una cultura […] aiutare lo sviluppo dei poteri della mente dei suoi membri» provvedendo «ai sistemi di amplificazione, ai quali gli esseri umani, forniti di appropriate capacità strumentali, possono collegarsi», come osserva, J. S. BRUNER, *The Relevance of the Education* (1971), trad. it. di C. Scurati: *Il significato dell'educazione*, Armando, Roma, 1973, rist. 1999, pp. 89, 90. L'A. menziona alcuni di tali "amplificatori", così come si

di sofferenza che deriva all'uomo dall'essere "corpo" – per questo soggetto a morte e malattie, come a "limiti" che impediscono l'espressione di svariate potenzialità – è oggi, almeno in parte, effettivamente superabile.

È sottile, inoltre, e per questo sfuggente, il distinguo tra le neurotecnologie a fini di cura di patologie neuropsichiatriche e quelle che perseguono il potenziamento di una persona sana: le prime, come la ricerca le va sperimentando e sviluppando, sono infatti in grado di determinare (anche) effetti non correlati alla malattia, bensì conseguibili in un soggetto in buona salute che vi si sottoponga[11].

Per tali ragioni, una posizione di assoluta chiusura rispetto ai più avanzati interventi disponibili e, prima ancora, rispetto agli studi nel settore, che fosse indotta dal timore di travalicare fortemente il "dato di natura", non solo ci appare non perseguibile, ma anche controproducente[12]. Conviene, piuttosto, prestare la massima attenzione ai rapidi sviluppi nel campo del potenziamento umano, per coglierlo nella sua sola dimensione di "servizio" al miglioramento delle condizioni di vita del singolo e della società. A tal fine, però, se ne deve tessere, fin da subito, un'adeguata regolamentazione, che tenga conto sia dei benefici sia dei rischi, per fissarne limiti, ove occorra, e garanzie dei diritti implicati, ad ogni modo. Si potrà così preservare (ancora molto a lungo, quantomeno) il valore intrinseco dell'individuo, l'identità essenziale dell'essere umano, anche alla convergenza tra neurotecnologie ed IA.

---

sono diffusi nei tempi, dai martelli alle leve, dai segnali di fumo ai microscopi, alla matematica, alla logica (*ivi*, p. 90). Per il concetto di "mente estesa", secondo cui sono parte della mente «quegli strumenti e sussidi che consentono di esteriorizzare alcuni suoi aspetti […] o di potenziare alcune sua abilità» (p. 134), nonché per quello di "mente allargata", in riferimento alla «fusione tra menti naturali e menti artificiali» (p. 137), v. A. OLIVIERO, *Neurotecnologie*, *op. cit.*, pp. 134-137.

[11] L'*enhancement* farmacologico delle capacità cognitive viene infatti realizzato con l'assunzione, da parte di soggetti sani, di medicinali sviluppati per il trattamento di patologie psichiatriche e neurologiche (cfr. COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Neuroscienze e potenziamento cognitivo farmacologico: profili bioetici*, 22 febbraio 2013, reperibile in *Comitato Nazionale per la Bioetica*, *http://bioetica.governo.it*, p. 6, COMMISSIONE BIOETICA DELLE CHIESE BATTISTE, METODISTE E VALDESI, *Ragioni*, *op. cit.*, pp. 11, 12). È quanto accade soprattutto con il metilfenidato, molecola efficace nel trattamento dell'ADHD (*Attention-Deficit/Hyperactivity Disorder*), in commercio coi nomi di Ritalin, Adderall, ecc., e con il modafinil, molecola propriamente impiegata nella cura dell'eccessiva sonnolenza diurna dei pazienti affetti da narcolessi (v. ancora COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Neuroscienze*…, *cit.*, p. 10, part. note nn. 14 e 15). In ordine, invece, al potenziamento cognitivo non farmacologico, del quale si tratterà nel seguito del lavoro, ci si limita, qui, a ricordare come le tecniche di stimolazione cerebrale siano state messe a punto essenzialmente per finalità terapeutiche, ma siano oramai già diffusamente utilizzate a scopi diversi, di potenziamento delle capacità mnemoniche e di apprendimento, di rilassamento, di miglioramento delle *performances* sportive o anche ludiche (nell'ambito, in quest'ultimo caso, di specifici videogiochi). Si tratta, essenzialmente, di dispositivi di neuromodulazione che non richiedono necessariamente l'assistenza di personale medico per il loro utilizzo. Per questi ultimi si rinvia a M. C. ERRIGO, *Neuroscienze, tecnologia e diritti: problemi nuovi e ipotesi di tutela*, in *Dir. fond.*, n. 3, 2020, p. 223; per possibilità di potenziamento cognitivo, «*through direct brain intervention*», in ambito sportivo e di giochi, v. F. X. SHEN, *Law and Neuroscience 2.0*, in *Arizona State L. J.*, 2017, pp. 1069, 1070; per gli *interface-controlled games e i loro futuri sviluppi in tutt'altri settori, v.* THE ROYAL SOCIETY, *iHuman. Blurring line between man and machine*, settembre 2019, reperibile in *The Royal Society*, *https://royalsociety.org/ihuman-perspective*, p. 40.

[12] Cfr. ancora L. LO SAPIO, *Transumanesimo*, *op. cit.*, pp. 504, 505, per il quale «nessuna proposta di tipo conservatrice può costituire un ostacolo valido all'attuazione di strategie di potenziamento. Piuttosto il tema diventa, come possiamo, senza deragliare rispetto ad una coerente cornice evoluzionistica, ripensare alla categoria di *enhancement* e renderla aderente rispetto ai dati effettivi provenienti dalle scienze coeve», anziché (qui il riferimento è rivolto al pensiero transumanista) «la mera espressione di una ideologia finalisticamente impostata e dalle venature quasi-religiose».

2. Dove la neurotecnologia incontra l'intelligenza artificiale… (continua)

È già ampio e di diverso grado d'intrusività il ventaglio dei mezzi che consentono il potenziamento cognitivo, dall'assunzione di farmaci alla neurostimolazione.

La prima categoria, quella dei *neuro-doping*, è ovviamente la più diffusa, per la faciltà di reperibilità ed utilizzo dei relativi prodotti. Si tratta, più specificamente, di *cognitive enhancers*, atti a potenziare gli stati mentali, e di *mood enhancers*, che agiscono, invece, sugli stati emotivi, dunque sul temperamento, sull'umore, sulla disposizione caratteriale della persona[13].

Questa, dunque, l'azione di potenziamento delle sostanze chimiche, a cui si aggiungono le più invasive tecniche di neurostimolazione cerebrale, come quella magnetica transcranica e quella elettrica corticale, nonché l'impianto, nel cervello, di *microchips* che simulano funzioni biologiche e psichiche, andando ad agire su nuclei encefalici profondi.

Un ulteriore stadio delle ricerche mira alla realizzazione di un collegamento tra sistemi non biologici e sistema nervoso centrale dell'uomo. Il fine è quello della rilevazione dei segnali elettrici delle attività cerebrali e della loro decodificazione e trasformazione in comandi che un *computer* interpreta ed esegue, effettuando, così, i movimenti e le operazioni voluti dalla persona[14]. Per il prossimo futuro, in questo settore, si prefigurano «*game-changing applications*»[15].

Su altro versante – nel campo della genetica –, si collocano gli interventi sui geni dell'embrione (da effettuarsi, dunque, ancor prima del momento della nascita), per modificarne la struttura e dotarlo di caratteristiche migliori di quelle che altrimenti presenterebbe; sicché, anche le più recenti tecniche di *editing* genetico possono ritenersi «*a 'gateway' to neuro-cognitive enhancement*»[16].

Nell'intento di circoscrivere l'osservazione al ruolo dell'IA e alle conseguenze delle sue applicazioni, non si terrà conto, nel seguito, del potenziamento cognitivo farmacologico[17], che pure – si ribadisce – ne costituisce la forma maggiormente diffusa, e nemmeno, per la medesima ragione, delle tecniche d'ingegneria genetica, bensì solo degli strumenti neurotecnologici, anzi di alcuni di questi solamente.

---

[13] V., in proposito, L. PALAZZANI, *Potenziamento neuro-cognitivo: aspetti bioetici e biogiuridici*, in ID., R. ZANNOTTI (a cura di), *Il diritto nelle neuroscienze. Non "siamo" i nostri cervelli*, Torino, 2013, p. 206, H. GREELY ET AL., *Towards responsible use of cognitive-enhancing drugs by the healthy*, in *Nature*, n. 456, 2008, p. 702 ss.

[14] Cfr. L. PALAZZANI, *Potenziamento*, *op. cit.*, pp. 208, 209.

[15] THE ROYAL SOCIETY, *iHuman*, *op. cit.*, p. 49. Secondo questo documento, infatti, «*creating interfaces that allow us to link the sophistication of human thought with the processing power of AI – whether implanted or external – could open the way to game-changing applications: prostheses that feel like a natural part of the body, enhanced decision-making, or even whole new sensory experiences*».

[16] M. C. ERRIGO, *Neuroenhancement and Law*, in A. D'ALOIA, M. C. ERRIGO (a cura di), *Neuroscience and Law. Complicated crossings and new perspectives*, Springer, Cham, 2020, p. 191. La stessa A., a riguardo, osserva che, «*although genetic engineering studies are becoming increasingly concrete, they are still at an experimental stage and give rise to complex social and legal issues, which are intertwined with the problems arising from the field of neuroscience and its instruments of enhancement*» (*ivi*, p. 192).

[17] Sul quale sia consentito rinviare a R. FATTIBENE, *Self-Determination, Health and Equality: The Constitutional Protections for Cognitive Enhancement*, in A. D'ALOIA, M. C. ERRIGO (a cura di), *Neuroscience*, *op. cit.*, p. 215 ss.

È presumibile, ad ogni modo, che le considerazioni che ne deriveranno sul piano giuridico, al netto di alcune riflessioni strettamente connesse alle peculiarità dell'IA, siano riferibili al potenziamento cognitivo complessivamente inteso e, in particolare, a quello realizzato con qualsivoglia strumento *neurotech* (anche non implicante il ricorso all'IA). Medesimi, infatti, sono i principi, le libertà e i diritti che presidiano questo settore della ricerca scientifica e tecnologica, medesima la loro espansione a nuovi campi dell'essere e dell'agire della persona, come medesimi sono i pericoli di un loro *vulnus*.

Certamente, però, l'intelligenza artificiale impatta sulle tecnologie di potenziamento in modo acuto, sì da amplificare opportunità ma anche rischi, principalmente per salute, autonomia e riservatezza di chi dovesse sottoporsi alle innovative pratiche che tale sinergia consente. Si tratta, peraltro, di un'interazione foriera della formazione del *cyborg*, «*bridge*» – come già altrove lo si definiva – «tra l'uomo potenziato e l'I.A. evoluta»[18]. Effettivamente esso ci appare come il tentativo dell'uomo, più o meno consapevole, di superare il se stesso solo umano, quand'anche potenziato, per concorrere con l'IA anch'essa "potenziata" (dal *machine-learning*[19]) o, quantomeno, non divenirne succube[20]. Il *tertium* che ne risulta non è più uomo "secondo natura", ma neppure solo o prevalentemente macchina[21].

---

[18] R. FATTIBENE, *Il potenziamento cognitivo tra autodeterminazione e salute: tutele costituzionali tradizionali per possibilità scientifiche nuove*, in *BioLaw Journal*, n. 3, 2017, p. 49.

[19] Vale a dire, la capacità di apprendimento automatico nei robot. Più precisamente, col termine di *machine-learning*, ci si riferisce a «differenti meccanismi che permettono a una macchina intelligente di migliorare le proprie capacità e prestazioni nel tempo. La macchina, quindi, sarà in grado di imparare a svolgere determinati compiti migliorando, tramite l'esperienza, le proprie capacità, le proprie risposte e funzioni. Alla base dell'apprendimento automatico ci sono una serie di differenti algoritmi che, partendo da nozioni primitive, sapranno prendere una specifica decisione piuttosto che un'altra o effettuare azioni apprese nel tempo». (voce *Machine-learning*, in *Intelligenza artificiale. Il portale dedicato all'Intelligenza Artificiale*, *www.intelligenzaartificiale.it*).

[20] Per quanto F. ROSSI, *L'IA*, *op. cit.*, pp. 11, 12, allerti sul fatto che l'intelligenza umana e quella artificiale non procedono secondo una linea retta che consenta all'una di sopravanzare l'altra: esse risultano, piuttosto, maggiormente capaci, ciascuna, in differenti eppur connesse attività. Ad ogni modo, gli studi sull'IA non mirano a "superare" l'uomo, bensì a supportarlo, colmandone i limiti. Sulle questioni etiche, sociali e giuridiche inerenti la robotica, v. COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA - COMITATO NAZIONALE PER LA BIOSICUREZZA, LE BIOTECNOLOGIE E LE SCIENZE DELLA VITA, *Sviluppi della robotica e della roboetica*, 17 luglio 2017, reperibile in *Comitato Nazionale per la Bioetica*, *http://bioetica.governo.it*; sulla prevedibile superiorità dell'intelligenza artificiale "potenziata" rispetto a quella umana, v. J. BARRAT, *Our final invention. Artificial intelligence and the end of the human era*, New York, 2013, S. GIBBS, *Artificial intelligence should be regulated, says Elon Musk*, 27 ottobre 2014, in *The Guardian*, *www.theguardian.com* (sul convincimento di Elon Musk che l'IA rappresenti un enorme pericolo per l'umanità e sulla soluzione che prospetta a riguardo, di sostanziale fusione dell'uomo con le macchine, v., più ampiamente, E. PERUCCHIETTI, *Cyberuomo*, *op. cit.*, pp. 160-162; cfr. anche, *infra*, nota n. 25), J. TITCOMB, *Stephen Hawking says artificial intelligence could be humanity's greatest disaster*, 19 ottobre 2016, in *The Telegraph*, *www.telegraph.co.uk*; G. HURLBURT, *Superintelligence: Myth or Pressing Reality?*, in *IT Prof.*, n. 19, 2017, p. 6 ss.; R. SOLÉ, *Rise of the humanbot*, 16 maggio 2017, in *Arxiv*, *https://arxiv.org*, p. 1 ss., J. TITCOMB, *AI is the biggest risk we face as a civilisation, Elon Musk says*, 17 luglio 2017, in *The Telegraph*, *www.telegraph.co.uk*; per l'assunzione, da parte dei robot "evoluti", delle attuali occupazioni lavorative e competenze professionali umane, v. M. INNES, B. MORRISON, *Projecting the future impact of advanced technologies: Will a robot take my job?*, in *In-Psych*, n. 39, 2017, p. 34 ss., M. CRISANTEMI, *Le cinque tendenze che guideranno la crescita dei robot nel 2022 secondo l'IFR*, 16 febbraio 2022, in *Innovation Post*, *www.innovationpost.it*.

[21] «Il giorno in cui saremo diventati cyborg, quel giorno saremo tutti meno umani», allerta E. PERUCCHIETTI, *Cyberuomo*, *op. cit.*, p. 249. «Avremo deciso di intraprendere il sentiero per il post-umano, avremo abbracciato la strada per un illusorio potenziamento che ci renderà più simili a macchine» (*ibid.*).

«Una sorta di cyborg» già ci sembra, d'altro canto, il paziente DBS[22], che pure a scopi terapeutici e non potenziativi, si sottopone ad una tecnica di neurostimolazione invasiva, in virtù della quale le «funzioni motorie compromesse dalla malattia sono praticamente "sovrascritte" dalla tecnologia impiantata nel suo cervello»[23]. Pure in questo caso, il ricorso all'IA consente di sviluppare sistemi di nuova generazione, capaci di massima precisione e, dunque, di prestazioni di elevata efficacia[24]. Eppure la ricerca guarda ancora oltre, verso una piena simbiosi tra intelligenza umana e artificiale, attraverso un'interfaccia cervello-*computer* impiantabile attraverso una vena o un'arteria, in grado di connettersi con *software* esterni[25].

Non è ancora il momento di tecnologie invasive come la DBS[26] (per quanto già si svolgano studi a riguardo[27]), ma altre, che non sono tali, come la tDCS[28] e la tACS[29], già si prestano, invece, ad essere

---

22 «*Deep brain stimulation (DBS) represents an effective clinical treatment for movement disorders and shows promise for a range of neuropsychiatric disorders. The fundamental components of a DBS system include permanently implanted electrodes in the thalamus or basal ganglia that are subcutaneously connected to an implanted pulse generator. In general, high-frequency (~100 Hz) DBS generates therapeutic outcomes that are similar to lesions of the same brain structures*»: C. C. MCINTYRE, *Deep Brain Stimulation*, in *Encycl. Neurosci.*, Academic Press, 2009, p. 365.

23 M. IENCA, *Intelligenza². Per un'unione di intelligenza naturale e artificiale*, Rosenberg & Sellier, Torino, 2019 (rist. 2021), p. 116.

24 In quanto dotati «di un computer intelligente interconnesso con il cervello, in grado di capire esattamente come e dove stimolare al fine di ripristinare il movimento normale» o anche «sistemi neuroadattivi», basati su di «un dispositivo che regoli automaticamente il livello di stimolazione in base ai sintomi di ogni singola persona. Ad esempio, un'interfaccia cervello-computer in grado di rilevare anticipatamente i segnali precursori di una crisi epilettica in arrivo potrebbe essere integrata all'interno di una DBS al fine di innescare una stimolazione nel posto giusto e al momento giusto per prevenire o bloccare l'insorgenza della crisi», come riporta M. IENCA, *Intelligenza²*, *op. cit.*

25 Si tratta del "*neural lace*", la cui elaborazione è la *mission* di *Neuralink*, compagnia fondata da Elon Musk. «*The lace would, in theory, become a part of the brain and function like an interface allowing for the human brain to interact with computers wirelessly. The fact that it enables neurofeedback means that it would be (at least in theory) possible to enhance learning and behavior change, in an unprecedented way*», come osserva B. FRÖDING, *Thecnology, cognitive enhancement and virtue ethics*, in S. VALLOR (ed.), *The Oxford Handbook of Philosophy of Technology*, Oxford University Press, 2022, p. 574. Su questo progetto del famoso imprenditore, si sofferma anche E. PERUCCHIETTI, *Cyberuomo*, *op. cit.*, pp. 145, 146.

26 Alla quale, anche in ambito medico, si ricorre solamente in casi estremi, vale a dire per malati in stato avanzato e a fronte dell'inefficacia delle cure farmacologiche.

27 V., per es., quanto descritto in proposito da N. SUTHANA ET AL., *Memory Enhancement and Deep-Brain Stimulation of the Entorhinal Area*, in *New England J. Med.*, p. 502 ss., in merito al potenziamento delle facoltà mnesiche di soggetti sottoposti a DBS, propriamente a tale scopo.

28 *Transcranial direct current stimulation* (tDCS) «*consists of using two sponge electrodes soaked with saline solution that are placed on the head. It uses extremely low currents (1-2 mA) that are in the range of those used in portable flashlights. The procedure entails a unidirectional constant (as opposed to pulses of stimulation used in all other forms of brain stimulation) flux of low-intensity current from one electrode to the other (the first one is the anode and the second is the cathode). Early animal work showed that cortex activity could be changed according to the region being stimulated and if it was under the cathode (where there would be reduced activity because of hyperpolarization) or the anode (where there would be increased activity because of sub threshold membrane depolarization)*»: M. A. ROSA, S. H. LISANBY, *Somatic Treatments for Mood Disorders*, in *Neuropsychopharmacology*, n. 37, 2012, p. 106.

29 «*Transcranial alternating current stimulation (tACS) is a widely used non-invasive brain stimulation (NIBS) method.* […] *TACS involves direct delivery of alternating electric currents to the scalp. The current travels through the skull to afect mostly cortical neurons. Such alternating current has a sinusoidal waveform where the voltage changes gradually from positive to negative every half-cycle. Therefore, the current fows from an anodal electrode to a cathodal electrode in one half-cycle and in the reverse direction in the second half-cycle. The concept underlying alternating current is to simulate the naturally occurring rhythmic pattern of electrophysiological activity of the brain, which can be detected by electroencephalography (EEG) and magnetoencephalography (MEG)*»: O. ELYAMANY, *Transcranial alternating current stimulation (tACS): from basic mechanisms towards first applications in psychiatry*, in *Eur Arch Psychiatry Clin Neurosci*, n. 271/2021, p. 136.

utilizzate a finalità di potenziamento cognitivo[30]. Gli esiti delle ricerche in questo senso ci inducono, anzi, a ritenere che proprio «questo tipo di integrazione tra intelligenza naturale e intelligenza artificiale potrebbe consentire di spingerci ben oltre i limiti cognitivi biologici di *Homo sapiens*»[31].

Anche le BCIs (*brain computer interfaces*), tecniche d'interazione diretta tra cervello e dispositivo informatico[32], nella loro forma non invasiva[33], hanno trovato applicazione oltre l'ambito medico. È il caso, ad esempio, di una particolare forma di potenziamento cognitivo, che non determina l'incremento di capacità proprie dell'uomo, bensì lo arricchisce di "doti" che non hanno alcuna base naturale (come la possibilità di comandare dispositivi computerizzati col "solo pensiero", direttamente col cervello[34]).

L'IA gioca, inoltre, un ruolo fondamentale non soltanto nello sviluppo delle neurotecnologie, ma anche nel loro diffuso utilizzo a scopi non clinici, compresi quelli di potenziamento. È infatti grazie ai progressi che essa ha reso possibile nell'assemblaggio *hardware* e *software*, nonché delle interfacce uomo-*computer*, che «è oggi disponibile una gran quantità di dispositivi portatili e miniaturizzati in grado di "leggere" o

[30] Sul ricorso alle tecniche di neurostimolazione non invasiva a fini di *enhancement* cognitivo, v. T. LIMATA, *Il potenziamento umano in ambito civile e militare*, in *Giorn. it. psicol.*, n. 3, 2019, pp. 621, 622, F. SANTI, A. CANCER, A. ANTONIETTI, *Il dibattito*, *op. cit.*, pp. 262-264. In particolare, sull'utilizzo della tDCS a fini di potenziamento, v. T. PUSTOVRH, *The neuroenhancement of healthy individuals using tDCS: some ethical, legal and societal aspects*, in *Interdiscip. Descr. Complex Syst.*, n. 12/2014, pp. 272, 273; degli studi sulla tACS al medesimo fine, riferisce invece M. IENCA, *Intelligenza2*, *op. cit.*, pp. 117, 118. Sul rapporto, in termini di facilità d'uso, tra la tDCS e la TMS (*transcranial magnetic stimulation*), altra metodica di stimolazione cerebrale non invasiva che agisce attraverso un'attività magnetica, trattano A. RUSSOWSKY BRUNONI ET AL., *Clinical research with transcranial direct current stimulation (tDCS): Challenges and future directions*, in *Brain Stimul.*, n. 5, 2012, p. 177. Gli AA. evidenziano che, mentre quest'ultima «*is delivered through a sophisticated device*», la tDCS, invece, «*can be administered with devices already manufactured and used in pain and cosmetic medicine. These devices deliver direct current to the joints and/or the skin. Also, contrary to TMS, these devices are affordable and readily accessible and can be purchased by nontrained individuals, including patients*». Per la TMS, ove d'interesse, v. J. D. KROPOTOV, *Transcranial Magnetic Stimulation*, in *Functional Neuromarkers for Psychiatry. Applications for Diagnosis and Treatment*, Academic Press, 2016, pp. 281-283.

[31] M. IENCA, *Intelligenza²*, *op. cit.*, p. 118.

[32] «*Brain computer interfaces* (BCIs) *give their users communication and control channels that do not depend on peripheral nerves and muscles. The user's intent is decoded from electrophysiological or other measures of brain activity. This brain activity is recorded noninvasively by electrodes on the scalp or invasively by electrodes placed on the brain surface or within the brain. BCIs can enable people who are severely paralyzed by amyotrophic lateral sclerosis, brain stem stroke, or other disorders to communicate their wishes, operate word processing or other computer programs, or even control a neuroprosthesis. With further development and clinical validation, BCIs should significantly improve the lives of people with severe disabilities*»: N. J. HILL, J. R. WOLPAW, *Brain-Computer Interface*, in *Encyclopedia of Neuroscience*, 2009, p. 429. Sulle BCIs, v. anche J. R.WOLPAW, J. DEL R.MILLÁN, N. F.RAMSEY, *Brain-computer interfaces: Definitions and principles*, in *Handb Clin Neurol.*, n. 168, 2020, p. 15 ss., R. FOLGIERI, *Brain Computer Interface and Transcranial Magnetic Stimulation in Legal Practice and Regulations*, in A. D'ALOIA, M. C. ERRIGO (a cura di), *Neuroscience*, *op. cit.*, pp. 274, 275, e part. p. 276, per «*the possibility to realize a human-human communication mediated by BCI and TMS technologies*», vale a dire «*a sort of telepathic process mediated by technology*».

[33] Di queste tecniche, infatti, alcune sono invasive, altre non lo sono. Da M. IENCA, *Intelligenza²*, *op. cit.*, p. 111, acquisiamo la precisazione che «le BCI invasive registrano la segnalazione cerebrale attraverso l'impianto chirurgico di serie di elettrodi all'interno del o direttamente collegati al sistema nervoso centrale. Le BCI non invasive interfacciano la segnalazione cerebrale tramite tecnologie di neuroimaging come l'EEG che registrano l'attività cerebrale attraverso elettrodi posti all'esterno del cranio».

[34] *Ivi*, pp. 112, 113. L'A. ne indica alcuni già realizzati: tra questi, un dispositivo in grado di far volare un drone col pensiero, nonché un'interfaccia cervello-automobile che, rilevando le onde cerebrali del guidatore, consente di migliorare la guida in qualità e sicurezza.

"scrivere" nel cervello in modo non invasivo»[35]; sicché può dirsi che la neurotecnologia sia divenuta «pervasiva»[36].

Infine, per quanto sia ancora da determinare l'effettiva capacità dell'interazione cervello-*computer*-Metaverso di aumentare la plasticità del primo elemento di questa triade, anche tale connubio tra IA e intelligenza naturale va acquisito, seppure in via emergente, alle possibilità di accrescimento delle funzioni cognitive umane[37].

3. (segue) ...alcune libertà e diritti fondamentali potrebbero non essere sufficientemente garantiti

Sia le neuroscienze, sia l'IA già interrogano il diritto[38] sulla miglior maniera di regolare le inedite situazioni che la loro applicazione comporta; meno la loro interazione; meno ancora quando realizzata a fini di potenziamento cognitivo. Le ricerche in quest'ultimo, specifico settore sono, invero, ancora arretrate in confronto a quelle condotte per altri utilizzi dei sistemi di IA, in particolare a fini di cura. Non è questa, tuttavia, una buona ragione per non preoccuparsi fin d'ora, in punto di garanzia dei diritti, di quello che sarà certamente l'ampio sviluppo futuro di queste tecniche, forse molto più vicino di quanto si possa oggi avvertire, in considerazione della rapidità incrementale dei progressi di scienza e tecnologia[39].

D'altro canto, le applicazioni dell'IA ai sistemi di potenziamento cognitivo, per quanto siano ad uno stato iniziale rispetto alle loro potenzialità, già godono di una significativa commercializzazione che, in assenza di specifica disciplina, mette a rischio salute e sicurezza del consumatore, per lo più inconsapevole. Vieppiù va considerato un ambito, quello militare, che, coperto da sostanziale segretezza e rispondente a peculiari valori (*in primis*, il dovere di difesa della Patria[40]), è già progredito (comprensibilmente, per la

[35] M. IENCA, *ivi*, p. 119. Lo stesso A. riporta una serie di esempi di tali *devices*, già ampiamente commercializzati (*ivi*, pp. 113, 119, 120-122), tra i quali un'interfaccia EEG per il monitoraggio cognitivo e il controllo cerebrale di apparecchi digitali e un dispositivo per la stimolazione transcranica in corrente continua (tDCS), indossabile e compatibile con lo *smartphone* (*ivi*, p. 119).

[36] *Ivi*, p. 120.

[37] Come nota N. VITA-MORE, *Nell'epoca della plasticità: il metaverso come veicolo di potenziamento cognitivo*, in *Sist.intelligenti*, n. 1, 2012, p. 169, «nell'ambito del Metaverso, la capacità dell'avatar di acquisire attributi non-biologici, o comunque non caratteristici della sua controparte umana (l'utente), diventa un facilitatore dell'apprendimento in un contesto virtuale. L'utente, impegnato nella simulazione di attività di "oltrepassamento" fisiologico come volare o acquisire identità molteplici, aumenta la propria plasticità cerebrale».

[38] Ed anche la filosofia morale, come nota F. G. PIZZETTI, L*a Costituzione e l'uso in sede giudiziaria delle neuroscienze (e dell'intelligenza artificiale): spunti di riflessione*, in *BioLaw J./Riv. BioDir.*, n. 2, 2019 (*Special issue*), p. 698, nonostante – soggiunge l'A. – «non sia ancora possibile individuare il traguardo ultimo a cui giungeranno le conoscenze e le capacità di intervento e di manipolazione sul cervello umano, e gli sviluppi dell'intelligenza artificiale».

[39] In questo senso, l'allarme lanciato da M. IENCA, R. ANDORNO, *Towards*, *op. cit.*, p. 20, per i quali, «*given the increasing therapeutic effectiveness of tDCS, TMS and DBS, and the rapid advancement of the technology, brain stimulation devices are likely to expand to wider psychiatric groups and, in the case of the first two ones, also to the general population*».

[40] In merito, con riferimento all'ordinamento interno, sia consentito rinviare a R. FATTIBENE, *Il potenziamento umano in ambito militare tra diritti e doveri costituzionali*, in *Riv. AIC*, n. 4, 2019, p. 284 ss.

rilevanza della sicurezza nazionale) nelle ricerche e nelle applicazioni neurotecnologiche, in particolare delle BCIs[41].

Appare importante, pertanto, condurre una preliminare riflessione – che si proverà a svolgere nel seguito – su quali siano le libertà e i diritti maggiormente messi a rischio dall'impatto del binomio IA/neurotecnologie. Individuarli e circoscriverli non è, infatti, operazione che possa darsi per scontata, in considerazione della specialità di queste tecniche e delle loro inedite conseguenze sul genere umano.

3.1. La tutela della continuità psicologica

La prima osservazione – certamente non tranquillizzante – che sovviene rispetto ai risultati di "trasformazione" determinati dal potenziamento cognitivo, per quanto "migliorativi", è che l'identità personale perde la sua "genuinità", subendo, almeno in questa caratteristica, un *vulnus* certo, sebbene voluto.

Quanto questo "volere", soprattutto allorché teso ad ottenere migliori *performances* e, più in generale, a conseguire maggiore "efficienza", sia a sua volta genuino è forse la questione principale, etica e giuridica, da sciogliere preliminarmente. Troppo facilmente, infatti, potrebbe essere condizionato dai ritmi frenetici che scandiscono, nel nostro tempo, la vita privata come quella lavorativa, o da istanze carrieristiche o pressioni del datore di lavoro (pubblico o privato che sia) o anche da esigenze di alta precisione e di elevata responsabilità che alcune attività, per loro natura, richiedono a chi le compie[42]. Si rischia, peraltro, l'innescarsi di una spirale che, autoalimentandosi in crescendo, acuisce diseguaglianze sociali ed economiche tra potenziati e non[43]. Perfino i bambini, per "volere" dei loro genitori, potrebbero essere sottoposti a *neuroenhancement*, grazie alla facile reperibilità, sul mercato, dei *devices* utili a tale scopo, pur non essendo noti gli effetti della loro applicazione ad un cervello ancora in fase di sviluppo[44].

---

[41] Cfr., in proposito, R. A. MIRANDA ET AL., *DARPA-funded efforts in the development of novel brain-computer interface technologies*, in *J. Neurosci. Methods*, n. 244, 2015, p. 52 ss.

[42] Osserva M. C. ERRIGO, *Neuroscienze*, *op. cit.*, p. 205, che «*the use of neuro-cognitive enhancers could change the personality of the individual: taking pills (or using brain stimulation) caused by social pressure and the fear of the stigmatization if one doesn't do that brings to a loss of contact with the real world and lead to a dimension without genuineness*». Sulla questione, v. F. G. PIZZETTI, *Potenziamento umano e principio lavorista. Spunti di riflessione*, in *Riv. fil. dir.*, n. 2/2018, pp. 263-265. Sia consentito rinviare anche a R. FATTIBENE, Enhancement *e P.A.*, in *Lavoro pubbl. amm.*, n. 1, 2019, p. 179 ss., e ancora, se si vuole, a ID., *Il potenziamento umano*, *op. cit.*, n. 4, 2019, p. 310, in ordine alla gerarchizzazione tipica dell'ambiente militare, tale da fiaccare ogni resistenza del soldato a pressioni che dovessero provenire da superiori in grado, nel senso della sottoposizione a tecniche di potenziamento.

[43] Affrontano la questione delle «nuove diseguaglianze» che ben potrebbero essere ingenerate dallo *human enhancement*, U. RUFFOLO, A. AMIDEI, *Intelligenza artificiale, biotecnologie e potenziamento: verso nuovi diritti della persona?*, in U. RUFFOLO (a cura di), *XXVI lezioni, op. cit.,* pp. 110, 111. Con particolare preoccupazione per il «"*gap* di intelligenza"» che il ricorso alle pratiche di *cognitive enhancement* potrebbe determinare tra potenziati e non, gli AA. allertano sul «rischio di discriminazione a scapito dei ceti sociali meno abbienti e ad appannaggio, invece, di una ristretta *élite* economicamente avvantaggiata». Sicché, ci sarà da riflettere anche sulla necessità di configurare un «possibile nuovo "diritto di pari accesso" al potenziamento» (*ivi*, p. 110).

[44] Cfr., in proposito, T. PUSTOVRH, *The neuroenhancement*, *op. cit.*, p. 273.

Queste osservazioni concernono sia il potenziamento farmacologico, sia quello realizzato con strumenti neurotecnologici. Quest'ultimo, però, comporta un rischio molto serio per la salute di chi vi si sottoponga, riguardando, più propriamente, la percezione che questi ha della sua stessa identità.

Ci si riferisce alla "lacerazione" – si consenta il temine non tecnico, ma suggestivo – della continuità psicologica, accusata da alcuni pazienti DBS. Una certa casistica, riportata dalla letteratura scientifica, evidenzia «sentimenti di perdita di controllo» o anche di «"rottura" dell'identità personale», «una sensazione di stranezza e scarsa familiarità con se stessi», così come modifiche comportamentali, nel senso di una maggiore impulsività ed aggressività, modifiche, in specie, del comportamento sessuale ed altri cambiamenti ancora, molto particolari e «selettivi»[45].

Serve richiamare l'attenzione sul fatto che gli studi ai quali ci si riferisce sono stati condotti su "pazienti", vale a dire su soggetti sofferenti di vari disagi, in specie mentali. Ne consegue, infatti, la considerazione che i riferiti "danni" apportati alla continuità psicologica potrebbero essere variamente condizionati (condeterminati) dalla patologia stessa[46]; potrebbero non prodursi, conseguentemente, nel caso di ricorso ai medesimi sistemi a fini di potenziamento cognitivo (ove adottati, cioè, su soggetti sani) o se ne potrebbero, in astratto, manifestare degli altri.

Ne discendono due ulteriori considerazioni.

---

[45] M. IENCA, *Intelligenza²*, *op. cit.*, pp. 163, 164, che riassume i risultati delle ricerche descritte dalla letteratura scientifica, in part. da F. GILBERT ET AL., *I Miss Being Me: Phenomenological Effects of Deep Brain Stimulation*, in *AJOB Neuroscience*, n. 8, 2017, p. 96 ss., M. J. FRANK ET AL., *Hold your horses: impulsivity, deep brain stimulation, and medication in parkinsonism*, in *Science*, n. 318, 2007, p. 1309 ss., J. L. HOUETO ET AL., *Behavioural disorders, Parkinson's disease and subthalamic stimulation*, in *J. Neurol. Neurosurg. Psychiatry*, n. 72, 2002, p. 701 ss., M. SENSI ET AL., *Explosive-aggressive behavior related to bilateral subthalamic stimulation*, in *Parkinsonism and Related Disorders*, n. 10, 2004, p. 247 ss., M. MANTIONE, M. FIGEE, D. DANYS, *A case of musical preference for Johnny Cash following deep brain stimulation of the nucleus accumbens*, in *Front. Behav. Neurosci.*, n. 8, 2014, p. 152 ss., M. SCHÜPBACH ET AL., *Neurosurgery in Parkinson disease. A distressed mind in a repaired body?*, in *Neurology*, n. 66, 2006, p. 1811 ss., C. J. LEWIS ET AL., *Subjectively perceived personality and mood changes associated with subthalamic stimulation in patients with Parkinson's disease*, in *Psychol. Med.*, n. 45, 2015, p. 73 ss., U. PHAM ET AL., *Personality Changes after Deep Brain Stimulation in Parkinson's Disease*, in *Parkinsons Dis.*, 2015, p. 1 ss. Sui cambiamenti dell'identità personale che derivano dall'uso terapeutico delle tecnologie di stimolazione magnetica transcranica (TMS) e stimolazione cerebrale profonda (DBS), v. F. JOTTERAND, J. GIORDANO, *Transcranial magnetic stimulation, deep brain stimulation and personal identity: Ethical questions, and neuroethical approaches for medical practice*, in *Int. Rev. Psychiatry*, n. 23, 2011, p. 476 ss.

[46] Non si tratta di una mera supposizione: gli stessi F. GILBERT ET AL., *I miss*, *op. cit.*, pp. 101, 106, già citati alla nota precedente, in merito a gravi effetti collaterali manifestatisi in pazienti DBS, addivengono alla conclusione che «*changes in identity, personality, and self-awareness during DBS not only should be attributed to the DBS target structure, surgical trajectory, and stimulation parameter, but also should account for patient history, disease attributes, and other forms of treatment adaptations such as medication adjustments and psychotherapy*». Similmente, con riferimento alla relazione tra gli effetti preoperatori della malattia sul sé e l'autoestraniamento postoperatorio, G. NORTHOFF, *What Neuroscience and Neurophilosophy Can Tell Us About the Effects of Deep Brain Stimulation on the Self*, in *AJOB Neuroscience*, n. 8, 2017, p. 56, suggerisce che quanto osservato «*may be related to the patients' spontaneous activity and its spatiotemporal features. If their spontaneous activity's spatiotemporal activity in specifically CMS is already affected by the disease itself, patients may be predisposed to subsequent self-estrangement effects by DBS*». Sulla difficoltà d'individuare le esatte cause dei cambiamenti d'identità della persona sottopostasi a DBS, cfr. anche P. SOMMAGGIO, M. MAZZOCCA, *Cognitive Liberty and Human Rights*, in A. D'ALOIA, M. C. ERRIGO (a cura di), *Neuroscience*, *op. cit.*, p. 98.

Innanzitutto, la necessità d'indagare le conseguenze specifiche di questi trattamenti nel campo del potenziamento cognitivo, per acquisire esatta contezza scientifica dei rischi che ne conseguono per la salute[47]. Ciò al fine d'individuare, con il massimo grado di certezza possibile, tra le applicazioni di *neuroenhancement* annunciate[48] e quelle che presumibilmente si svilupperanno in futuro, nonché tra le BMI non invasive già in commercio[49], quali comportino rischi per la salute, onde vietarne commerciabilità ed utilizzo. Alla medesima conclusione, d'altro canto, dovrebbe addivenirsi anche nel caso d'incertezze scientifiche circa la loro pericolosità per la salute dell'individuo sano, in applicazione di un principio di precauzione e in attesa che ulteriori sperimentazioni producano delle evidenze[50].

La seconda riflessione che discende dall'osservazione presupposta (seconda, ma strettamente correlata alla prima appena esplicata) riguarda la diversità del grado di rischio accettabile nelle due diverse ipotesi (vale a dire, che il più avanzato "armamentario *neurotech*" venga adoperato a fini clinici oppure di potenziamento, rispettivamente su persone affette da patologie mentali o su soggetti sani). Diverso è, infatti, il bilanciamento operabile, tra rischi e benefici, nelle due diverse situazioni.

È ragionevole accettare un rischio per salute (del paziente) e finanche un danno certo, a fronte di significativi benefici terapeutici rispetto alla patologia per curare la quale s'interviene con sistemi neurotecnologici[51].

---

[47] Di danno alla salute sembra infatti trattarsi, sebbene sul limitare di un altro e diverso diritto, che, in questa particolare ipotesi, con la salute quasi si fonde e confonde. Ci si riferisce a quello all'identità personale, così come definito dalla Corte costituzionale, nella sent. n. 13/1994, vale a dire il «diritto ad essere sé stesso, inteso come rispetto dell'immagine di partecipe alla vita associata, con le acquisizioni di idee ed esperienze, con le convinzioni ideologiche, religiose, morali e sociali che differenziano, ed al tempo stesso qualificano, l'individuo» (punto 5.1 del *Considerato in diritto*).

[48] M. IENCA, *Tra cervelli e macchine: riflessioni su neurotecnologie e su neurodiritti*, in *Politeia*, n. 133, 2019, p. 55, fa presente che «varie compagnie tra le quali *Emotiv*, di base a San Francisco in California, affermano pubblicamente (seppur in assenza di solida evidenza scientifica) di essere in grado di poter migliorare "il benessere mentale" e "la concentrazione" di utenti cognitivamente sani. Dunque, di poter realizzare alcune forme di *neuroenhancement*». Cfr. anche quanto detto, *retro*, nota n. 25, circa il "*neural lace*" di *Neuralink*.

[49] M. IENCA, R. ANDORNO, *Towards*, *op. cit.*, p. 5, osservano che «*portable, easy-to-use, consumer based transcranial direct current stimulation (tDCS) devices are the most widespread form of consumer-grade neurostimulator. They are used in a number of low-cost direct-to-consumer applications aimed at optimizing brain performance on a variety of cognitive tasks, depending on the brain region being stimulated*».

[50] M. C. ERRIGO, *Neuroenhancement*, *op. cit.*, p. 210, sostiene che l'applicazione del principio di precauzione, in questo settore, dovrebbe avvenire «*always with a view to protecting human health and not as an obstacle to scientific research*».

[51] A siffatto bilanciamento, tra danni e benefici, nel contesto di uno stato patologico, dedica qualche riflessione J. CLAUSEN, *Ethical brain stimulation - neuroethics of deep brainstimulation in research and clinical practic*, in *Eur. J. Neurosci.*, n. 32, 2010, p. 1154, osservando che «*although complications and side-effects of DBS are sometimes severe, compared with therapeutic alternatives such as ablative surgery or optimal medical treatment, DBS is in many cases preferable. When medication does not show sufficient effects anymore and ablative surgery comprises even higher risks, DBS can still improve motor functions and quality of life for otherwise severely affected patients. By weighing up risks and benefits DBS is in principle ethically acceptable*». Ad ogni modo, «*selecting patients carefully should maximize positive outcomes while simultaneously reducing risk*». A. F. G. LEENTJENS ET AL., *Manipuleerbare wilsbekwaamheid: een ethisch probleem bij elektrostimulatie van de nucleaus subthalamicus voor ernstige ziekte van Parkinson*, in *Ned. Tijdschr. Geneeskd.*, n. 148, 2004, p. 1394 ss., riferiscono del caso di un paziente olandese per il quale, a tre anni dall'inizio della DBS, a cui si era ricorso per curare uno stato di Parkinson avanzato, si era reso necessario il ricovero a causa dei gravi cambiamenti di personalità provocati dalla stimolazione, che pure aveva conseguito risultati positivi rispetto alle disabilità motorie comportate dalla malattia. Alfine, si erano palesate due inconciliabili alternative, modulate su coppie di danno/beneficio sostanzialmente opposte: ricoverare il paziente in un reparto psichiatrico per lo stato maniacale in

A chi spetti, poi, la quantificazione del rischio/danno accettabile è problema di non immediata soluzione, anche in considerazione del fatto che la capacità del soggetto di decidere in merito, proprio a causa della sua patologia, potrebbe essere compromessa[52]. Questa è, tuttavia, altra questione rispetto a quella che qui si va affrontando. Così come è altra – ma pure correlata – quella dei "nuovi" rischi che una comunità, in crescita, di "dilettanti" può provocare con la manomissione o addirittura la costruzione di dispositivi medici di alta tecnologia, per sperimentarli su di sé, alla ricerca di dubbi ulteriori benefici[53].

Non sembra invece accettabile alcun rischio e tantomeno danno certo alla salute del soggetto sano a vantaggio dell'accrescimento di alcune capacità cognitive o dell'assunzione di nuove[54]. Anche accedendo alla concezione di salute quale benessere (comprensivo della componente fisica, mentale e sociale) ed acquisendo il dato – inevitabilmente soggettivo – di un maggior benessere, appunto, che la persona dovesse percepire in conseguenza del suo potenziamento, vi si opporrebbe comunque la maggiore forza valoriale (e logica) dell'originario e pur sempre persistente significato di "buono stato di salute" quale assenza di malattia.

Tanto può affermarsi anche rispetto alla Costituzione dell'Organizzazione Mondiale della Sanità, che pure da quella più ampia concezione prende le mosse. Proprio nel riferirsi, in Preambolo, alla salute quale «*état de complet bien-être physique, mental et social, et ne consiste pas seulement en une absence de maladie ou d'infirmité*»[55], essa riafferma infatti che "l'assenza di malattia o d'infermità" rimane la condizione basilare di questo bene (da comprendersi, dunque, e null'affatto escludersi dall'idea di "completo benessere").

---

cui versava a causa dell'impianto, ma con capacità motorie accettabili, oppure, dismessa la stimolazione, ricoverare lo stesso in una casa di cura per grave invalidità, ma in buone condizioni mentali. Più in generale, sul rapporto rischi/benefici concernente le applicazioni cliniche della DBS, v. S. DESMOULIN-CANSELIER, *Ethical and Legal Issues in Deep Brain Stimulation: An Overview*, in A. D'ALOIA, M. C. ERRIGO (a cura di), *Neuroscience*, *op. cit.*, pp. 323-326.

[52] Nel caso di cui alla nota precedente, la Commissione etica dell'ospedale si determinò nel senso di rimettere la scelta al paziente stesso, ma solo dopo che, dismessa la stimolazione, egli avesse riacquistato la piena capacità di giudizio. In tale condizione, dunque, il paziente scelse il ricovero presso l'ospedale psichiatrico regionale per lo stato maniacale indotto dalla DBS, preferendo continuare a sottoporsi a questo trattamento, così da riacquistare, sostanzialmente, le capacità motorie.

[53] Descrive il fenomeno J. A. GREENE, *Do-It-Yourself Medical Devices - Technology and Empowerment in American Health Care*, in *New England J. Med.*, n. 374, 2016, p. 305 ss. L'A. riferisce, in particolare, dell'esistenza di «*an expanding community of device hackers and self-experimenting amateurs now use their considerable technological literacy to circumvent physicians, manufacturers, and regulators alike. Take, for example, the YouTube- and Reddit-based spread of DIY transcranial direct-current stimulation (tDCS) devices, an increasingly popular intervention with unconfirmed efficacy and safety profiles*» (*ivi*, p. 307). Sull'«*amateur enhancement*», in particolare in relazione ai tDCS *devices*, v. T. PUSTOVRH, *The neuroenhancement*, *op. cit.*, p. 273.

[54] Diversi sono i "potenziamenti" che è possibile conseguire. Cfr., in proposito, la chiara classificazione proposta da **F.** DE VIGNEMONT, *Un homme augmenté mais à quel prix ?*, in *L'humain en transformation*, n. 11, 2020, p. 22: «*Technologies restauratrices* : *Technologies ayant pour but de restaurer les capacités cognitives, sensorielles ou motrices déficitaires chez des patients.* // *Technologies augmentatives* : *Technologies ayant pour but d'améliorer les capacités cognitives, sensorielles ou motrices existantes chez des sujets sains.* //*Technologies externalisantes* : *Technologies ayant pour but d'ajouter de nouvelles capacités cognitives, sensorielles ou motrices chez des sujets sains*».

[55] È questo il primo principio affermato dalla Costituzione dell'Organizzazione Mondiale della Sanità, qui riportato come nel testo originale, pubblicato nella Raccolta ufficiale dei testi normativi della Confederazione Svizzera, nell'edizione francese (RU 1948 976).

A fortiori, questa considerazione vale per la salute la cui tutela è intestata alla Repubblica dall'art. 32 della nostra Carta costituzionale quale «fondamentale diritto dell'individuo». Tale qualificazione – com'è noto, unica nel testo – ne parla, innanzitutto, come «pretesa dell'essere umano, assicurata al più ampio livello normativo, alla preservazione della propria integrità biofisica e psichica da qualsiasi minaccia, diretta o indiretta, *di natura patologica*»[56]; senza però configurare, d'altro lato della medaglia, una doverosità di comportamenti, da parte del singolo, volti a preservare una condizione di buona salute e senza neppure negare il diritto di questi di rifiutare le cure[57].

Anche altri riferimenti nomativi costituzionali[58] rimarcano il dato della "stretta fisicità" connessa al concetto di salute, come basilare e imprescindibile, in una pure più ampia e multi-comprensiva "cornice" di benessere, evocando, in vario modo, la correlazione tra salute e "*presenza* di malattia o d'infermità". Così è per l'art. 13, co. 4, Cost., col suo riferimento alla «violenza fisica e morale»; così per l'art. 14, co. 3, Cost., l'art. 16, co. 1, Cost., e l'art. 17, co. 3, Cost., che fanno della tutela sanitaria un limite a determinate libertà; così ancora per gli artt. 37, co. 1 e 2, 38 e 41, co. 2, Cost., in ordine alla materia previdenziale. Lo stesso art. 32 Cost., nel prevedere, al primo comma, la garanzia di «cure gratuite agli indigenti», fa specifico riferimento a ciò che è finalizzato alla risoluzione di patologie. Peraltro, il Servizio Sanitario Nazionale, a cui è sostanzialmente rimesso l'assolvimento di codesto compito della Repubblica, va oltre il criterio d'indigenza indicato nell'articolo *de quo*, per perseguire l'universalità dei destinatari di tale pubblico intervento[59].

Si sostiene, insomma, che la tutela della salute costituisce limite all'istanza di *neuroenhancement* del singolo, nel caso e nella misura in cui il trattamento richiesto sia, anche solo potenzialmente, dannoso per la di lui salute (come si è detto essere, in specie sotto forma di "lesione" della continuità psicologica).

Sarebbe pertanto necessaria una specifica normativa che disciplini le pratiche di potenziamento, vietando quelle dannose o "dubbie" (ispirandosi, in quest'ultima ipotesi, al già richiamato principio di precauzione).

---

[56] I. A. NICOTRA, *Diritto pubblico e costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2017³, p. 122 (corsivi nostri). Del carattere fondamentale del diritto alla salute va tuttavia perseguita un'interpretazione dinamica, che tenga conto, cioè, del progresso scientifico e dell'evoluzione sociale. Sicché «può diventare "fondamentale" ciò che prima era sprovvisto di tutela, con il conseguente innalzamento di ciò che può essere oggetto di pretese nei confronti dello Stato»: C. PICIOCCHI, *Il diritto alla salute nella Costituzione italiana: l'adempimento di una promessa difficile - Health Rights in the Italian Constitution: Keeping a Promise*, in *Estudios constitucionales*, *Número especial* 2021-2022, p. 403.

[57] Se così non fosse, sostiene D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale. Lezioni*, Torino, 2015, II ed., p. 40, la libertà *ex* art. 32 Cost. sarebbe da intendersi «come tutelata non *con il limite* dell'interesse della collettività alla salute» (che pure campeggia nell'art. *de quo*, in una col riconoscimento del carattere fondamentale del diritto ivi tutelato), «ma in quanto riconosciuta *in vista* di tale interesse», che costituirebbe, pertanto, il «reale scopo dell'attribuzione della corrispondente libertà in capo al singolo». Un tale modo d'intendere comporterebbe, però, una immediata ed inevitabile "degradazione" della libertà stessa, «la quale non rappresenterebbe più un valore in sé, ed in quanto tale oggetto di specifica tutela, ma si porrebbe come meramente strumentale al congiunto perseguimento di livelli di buona salute *e* del singolo *e* della collettività».

[58] In queste norme, oltre che, ovviamente e principalmente, nell'art. 32 Cost., I. A. NICOTRA, *Diritto*, *op. cit.*, p. 122, ravvisa «la necessità, avvertita dal Costituente, di offrire adeguata tutela alla salute della persona».

[59] Cfr. M. COSIMO D'ARRIGO, voce *Salute (diritto alla)*, in *Enciclopedia del diritto*, Agg. V, 2001, pp. 1023, 1024.

Sembra opportuno, però, che, al contempo, s'incoraggi la ricerca nel settore, al fine di discernere, tra le tecniche da proibire e quelle da consentire, sulla base di evidenze scientifiche[60], senza posporre oltre l'assunzione di siffatta decisione (e della relativa responsabilità).

In assenza di una siffatta disciplina, nel nostro ordinamento, a presidio della salute e della dignità dell'individuo, si pone "solamente" una regola di natura deontologica. Ci si riferisce a quella contenuta nell'art. 76 («Medicina potenziativa») del Codice di deontologia medica, nella sua riformulazione (avvenuta nel 2017), peraltro maggiormente garantista rispetto all'originaria[61] (risalente al 2014 e che vedeva l'articolo in questione rubricato come «Medicina potenziativa ed estetica»). Nella sua attuale versione, la disposizione abbraccia sia l'attività di ricerca sia quella assistenziale compiuta dal medico, da svolgersi, entrambe, «nel rispetto e a salvaguardia della dignità [dell'individuo] in ogni suo riflesso individuale e sociale, dell'identità e dell'integrità della persona e delle sue peculiarità genetiche nonché dei principi di proporzionalità e di precauzione». Contempla, inoltre, il "dovere di rifiuto", da parte del sanitario, delle «richieste ritenute sproporzionate e di alto rischio anche a causa della invasività e potenziale irreversibilità del trattamento a fronte di benefici non terapeutici ma potenziativi».

Si ribadisce, tuttavia – in questa sede e con riferimento al potenziamento cognitivo neurotecnologico[62] – , che l'esistenza di una regolamentazione deontologica, a fronte dell'assenza di una legislativa, non fa che gettare il medico in uno spazio di ambiguità e lacerazione. Al contempo, lo grava di una responsabilità eccessiva, nel farne unico baluardo a difesa di salute e dignità, in un settore ancora tanto "nebuloso" sul piano scientifico, ma altrettanto "aggressivo" su quello commerciale.

3.2. La tutela dell'integrità e della *privacy* mentale

Ad un diverso ordine di considerazioni sono riconducibili, invece, le violazioni che il potenziamento attraverso le neurotecnologie può arrecare all'integrità e alla *privacy* mentale[63].

[60] Fermo restando che la ricerca scientifica è, per sua natura, "progressiva": essa comporta, nel tempo, sempre nuove acquisizioni ed ulteriori convincimenti.

[61] «Sino al punto», sostiene F. G. PIZZETTI, *Potenziamento*, *op. cit.*, p. 267, «da arrivare a precludere del tutto il soddisfacimento di richieste di potenziamento che risultino sproporzionate, eccessivamente invasive, inefficaci, dannose o prive di pregio scientifico».

[62] Lo si è già detto altrove, in ordine al potenziamento cognitivo farmacologico. Per questo riferimento, sia dunque consentito rinviare a R. FATTIBENE, *Il potenziamento cognitivo*, *op. cit.*, p. 61, ma anche, *amplius*, pp. 56-59, nonché, per l'attuale testo dell'articolo codicistico *de quo*, a ID., *Il potenziamento umano*, *op. cit.*, pp. 288, 289. In proposito, v. C. DONISI, *Tecnoscienze,* Human Enhancement *e scopi della medicina*, in L. DE GIOVANNI, C. DONISI (a cura di), *Convergenza dei saperi e prospettive dell'umano*, ESI, Napoli, 2015, pp. 256, 257, C. CASELLA, *Il potenziamento cognitivo tra etica, deontologia e diritti*, in *BioLaw Journal*, n. 2, 2020, pp. 157-160.

[63] A riguardo, cfr. *M. FORTI,* ***Il diritto all'integrità mentale e gli strumenti giuridici per tutelarlo*****, in *Cyberlaws*,** *www.cyberlaws.it*, A. LUCCHINI, S. NUCERA, *Neurodiritti e integrità digitale: tutte le sfide della "privacy mentale"*, in *Agenda Digitale*, *www.agendadigitale.eu*.

Se i rischi per la continuità psicologica sono intrinseci – come si è detto – all'utilizzo stesso delle tecniche di potenziamento mentale, i danni all'integrità mentale, così come la violazione della riservatezza dei dati mentali, sono infatti conseguenti, non alla loro applicazione, bensì al loro eventuale hackeraggio.

La manomissione di queste tecniche al fine di carpire i dati neuronali del soggetto – ovviamente senza il consenso di questi e, anzi, a sua totale insaputa – comporta, infatti, per lo più, una manipolazione del suo calcolo neuronale. Se ne compromette, così, l'integrità fisica e mentale – dunque la salute[64] –, ma quale conseguenza di una violazione della riservatezza[65].

L'importanza di distinguere le diverse categorie di effetti negativi comportati dalle tecniche di potenziamento sta nella differente tipologia di provvedimenti che si rendono opportuni al fine di scongiurarli.

Si è ipotizzata l'inibizione del ricorso ad esse fino a quando le ricerche nel campo non saranno in grado di metterle in sicurezza, rispetto ai danni che la loro mera applicazione può provocare (alla continuità psicologica, in ispecie). La medesima soluzione sarebbe sproporzionata e incongrua se riferita, invece, ai rischi che, per la salute e per la *privacy*, potrebbero discendere da una manipolazione non autorizzata. Non è infatti, in questo caso, la tecnica stessa ad essere rischiosa per chi ne richieda l'applicazione, bensì il suo illecito utilizzo.

Rispetto a tale eventualità, che, come ogni altro crimine, non si potrà mai evitare del tutto, necessita, piuttosto, un controllo sofisticato e costante e un agire rapido e responsabile. Certamente da parte delle aziende produttrici di tali prodotti, fin dalla fase della loro progettazione; anche la forza pubblica, però, dev'essere attenta a recepire, in via preventiva, ogni segnale di attività criminosa e capace d'intervenire con la massima rapidità per contenere i danni, una volta che il misfatto sia stato commesso. Agli Stati, invece, si richiede di elaborare un'adeguata normazione penale, che contempli specificamente questa

[64] Sui danni alla salute derivanti dal *brainhacking*, si sofferamno M. IENCA, P. HASELAGER, *Hacking the brain: brain-computer interfacing technology and the ethics of neurosecurity*, in *Ethics Inf Technol*, n. 18, 2016, p. 126. Gli AA. prendono in considerazione le conseguenze di questo fenomeno su "pazienti", su soggetti, cioè, che, in quanto affetti da una patologia, ricorrono alla BCI per ragioni mediche; sicché essi possono affermare che «*these types of hacking may result in severe physical and psychological (e.g. traumatic experiences) harm to users in a way that is proportionate to the level of benefit of the BCI in assisting the user's physical and psychological performance*». La "proporzione", comunque, non esime certo dal richiedere un attento e costante monitoraggio «*in the context of security, surveillance and public health*». Ienca e Haselager, d'altro canto, non mancano di osservare che «*equally strict and rigorous regulatory mechanisms should protect healthy people who use consumer-grade BCI for entertainment, gaming and communication*» (*ivi*, p. 1217). A questi utilizzi è ben possibile aggiungere, al medesimo scopo, il ricorso alle BCIs a fini di potenziamento. Anche in questo caso, infatti, poiché non si fa ricorso alle neurotecnologie per ragioni terapeutiche, i benefici che se ne traggono, non essendo "necessari" (come sono, invece, per le persone affette da una patologia), non bilanciano (affatto o a sufficienza) i danni che ne potrebbero conseguire.

[65] «L'intrusione forzata e l'alterazione dei processi neuronali di una persona» sono definiti da M. IENCA, *Intelligenza²*, *op. cit.*, p. 160, «una minaccia senza precedenti per l'integrità mentale di quella persona».

fattispecie, oltre che intensificare le ricerche al fine di acquisire maggiori conoscenze in proposito, attraverso indagini interdisciplinari, che intreccino i differenti e principali campi coinvolti[66].

Vanno infine attenzionate le azioni di hackeraggio mentale finalizzate a condizionare i comportamenti e le scelte della "vittima"[67]. Ne conseguiranno soprattutto compromissioni dell'identità e dell'autodeterminazione della persona, rapportabili, in buona sostanza – per stare alle categorie qui raffigurate, senza aggiungerne altre e più specifiche –,ai danni alla continuità psicologica. Trattasi, infatti, di una «neuromodulazione non autorizzata», in grado di generare «modificazioni significative nella sfera dell'individuo»[68].

Anche tale forma di *brain-hacking* risulta senz'altro «*exacerbated in the clinical context as it would affect an extraordinarily vulnerable class of individuals such as patients with severe neurological disorders*»[69]. Tuttavia, i danni che essa può provocare nell'ambito del *neuroenhancement* non vanno assolutamente sottovalutati; il rischio è anzi già attuale, con riferimento, in particolare, al potenziamento in ambito militare[70].

Si fa presente, infine, che alla tutela della persona avverso quest'ultima forma di hackeraggio potrebbe contribuire la proposta di regolamento della Commissione europea sull'IA (di cui si dirà, nel seguito, in termini più generali[71]). Essa non considera specificamente sistemi di IA applicati al potenziamento cognitivo, tuttavia prevede divieti per le pratiche a rischio di manipolazione mentale che potrebbero già costituire un valido presidio[72].

---

66 Similmente, al fine di arginare le conseguenze del *brainhacking*, M. IENCA, P. HASELAGER, *ivi*, p. 128, auspicano lo sviluppo di un dibattito che coinvolga «*the collaboration of ethicists, neuroscientists, engineers, computer scientists, cybersecurity experts, lawyers and other significant stakeholders and inform regulators and policymakers*».

67 Quali le preferenze politiche o religiose, gli stati emotivi o le memorie, come specifica M. IENCA, *Intelligenza²*, *op. cit.*, p. 164.

68 M. IENCA, *Intelligenza²*, *op. cit.*, p. 164.

69 M. IENCA, P. HASELAGER, *Hacking*, *op. cit.*, p. 127.

70 Ne riferisce M. IENCA, *Intelligenza²*, *op. cit.*, p. 164, con riferimento, in particolare, a tecniche di neurostimolazione tese a modulare tratti della personalità dei combattenti («operare», ad esempio, «con motivazione e determinazione anche sotto stress o in assenza di sonno»).

71 V., *infra*, par. 4.

72 In ordine alle pratiche d'intelligenza artificiale vietate, di cui al Titolo II della proposta, la relazione che l'accompagna specifica che «i divieti riguardano pratiche che presentano un elevato potenziale in termini di manipolazione delle persone attraverso tecniche subliminali, senza che tali persone ne siano consapevoli, oppure di sfruttamento delle vulnerabilità di specifici gruppi vulnerabili, quali i minori o le persone con disabilità, al fine di distorcerne materialmente il comportamento in maniera tale da provocare loro o a un'altra persona un danno psicologico o fisico». Di seguito, facendo riferimento alla regolamentazione già varata, la relazione rileva che «altre pratiche manipolative o di sfruttamento che interessano gli adulti che potrebbero essere facilitate dai sistemi di IA potrebbero essere soggette alla normativa vigente in materia di protezione dei dati, tutela dei consumatori e servizi digitali, che garantisce che le persone fisiche siano adeguatamente informate e dispongano della libera scelta di non essere soggette a profilazione o ad altre pratiche che potrebbero influire sul loro comportamento» [punto 5.2.2. della relazione, inerente le "Pratiche di intelligenza artificiale vietate (Titolo II)"]. In merito al regolamento Ue 2016/679, recante il «Regolamento generale sulla protezione dei dati», anche M. C. ERRIGO, *Neuroscienze*, *op. cit.*, p. 236, nota n. 49, osserva che esso «conferisce all'individuo un ruolo più attivo e una maggiore consapevolezza sugli usi dei propri dati, che, sebbene non vengano espressamente nominati, potrebbero essere anche quelli di natura neuroscientifica».

4. La necessità di una tutela giuridica multilivello tra nuovi diritti e garanzie tradizionali

Anche dalla disamina fin qui svolta dei diritti coinvolti, in ragione della loro particolare configurazione e delle inedite modalità in cui le neurotecnologie (in specie, il loro uso combinato con l'IA) potrebbero inficiarli, emerge che, a ciascun livello normativo, queste "tendono" le previsioni già vigenti, mettendone a dura prova l'adeguatezza, che pure non va aprioristicamente esclusa[73].

Coglie bene la questione una delle azioni delineate dallo *Strategic action plan on human rights and technologies in biomedicine (2020-2025)*, adottato dal *Committee on Bioethics* del Consiglio d'Europa nel 2019[74], in dispiegamento dell'obiettivo della "*Governance of the techonologies*". Fin dal titolo ("*Assessing the relevance and sufficiency of the existing human rights framework to address the issues raised by the applications of neurotechnologies*"), essa è indicativa della necessità di sciogliere preliminarmente il dubbio sull'opportunità di configurare un "diritto nuovo" o non, piuttosto, affidarsi a quello già vigente.

Eppure, nel contesto europeo, nonostante la consapevolezza (forse acquisita solo di recente) di «*a pressing need to embed human rights in technologies which have an application in the field of biomedicine*», quali «*artificial intelligence, genome editing, and neurotechnology*» ed, in particolare, nell'ambito di quest'ultima, «*deep brain stimulation, brain-computer interfaces, and artificial neural networks*»[75], non si rinviene alcun "dato" e tantomeno "quadro" normativo che possa costituire una regolamentazione del tutto soddisfacente di queste innovative tecniche.

In particolare, con riferimento alle Carte dei valori – vale a dire alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea –, i diritti che potrebbero essere lesi dalle applicazioni neurotecnologiche sono comunque previsti e tutelati in via "tradizionale"[76]. Non vi si ravvisa, invece (comprensibilmente, in considerazione delle date della loro adozione), nessun puntuale riferimento alle neurotecnologie e, dunque, alcuna esatta protezione dai *vulnera* che la loro applicazione potrebbe comportare per quei diritti[77].

---

[73] In particolare S. LIGTHART ET AL. *Forensic Brain-reading and mental privacy in European Human Rights Law: foundations and challenges*, in *Neuroethics*, 20 giugno 2020, p. 201, sostengono che, «*in order to effectively guarantee the right to mental privacy, a novel fundamental right is* […] *not necessary*».

[74] Precisamente, nel corso della sua sedicesima riunione, svoltasi a Strasburgo il 19-21 novembre 2019. Si può prendere visione dell'intero documento in *Council of Europe*, *https://rm.coe.int*.

[75] *Strategic action plan on human rights and technologies in biomedicine (2020-2025)*, *op. cit.*, p. 8.

[76] In ordine all'integrità mentale, il riferimento è rivolto all'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, rubricato come «Diritto all'integrità della persona». In punto di riservatezza dei dati personali, si considerino, invece, l'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, rubricato come «Diritto al rispetto della vita privata e familiare», e l'art 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, rubricato quale «Protezione dei dati di carattere personale», nonché l'art. 7 di questa stessa Carta, posto a garanzia del «Rispetto della vita privata e della vita familiare».

[77] M. IENCA, R. ANDORNO, *Towards*, *op. cit.*, p. 18, considerano lacunoso il livello europeo di garanzia dell'integrità mentale, in quanto intesa, in questo ordinamento, «*as a right to mental-health, pendant of the right of physical integrity understood as physical health*», mentre «*a more complex dimension of mental integrity is elicited by neurotechnology*». Con riferimento alla *privacy*, invece, il dubbio che si pongono gli AA. «*is whether the traditional right to privacy also covers the data contained in and generated by our minds*». Né essi ritengono che una risposta a questo quesito sia immediatamente disponibile, «*not least because there is no consensus in the legal literature on a definition of privacy*» (*ivi*, p. 12). In estrema sintesi, a seguito di queste considerazioni, Ienca

Invero, neppure il livello normativo regolamentare appare adeguato.

De jure condendo, la già menzionata "Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione"[78] non rivolge alcun esplicito riferimento – come pure già si è osservato – all'utilizzo dell'IA nell'ambito delle neurotecnologie, benché, in astratto, la regolamentazione che essa prospetta potrebbe essere applicata anche a questo specifico settore. Si rinnova, pertanto, anche per essa, la preoccupazione che, non cogliendone la singolarità e la dirompenza, non sia (sufficientemente o niente affatto) atta a garantire i diritti della persona umana (in specie, del cittadino europeo)[79], rispetto alle applicazioni, attuali e future, dell'IA nel campo del *cognitive enhancement* e alla loro diffusione sul mercato[80].

---

e Andorno concludono che «*the creation of neuro-specific rights may be required as a coping strategy against possible misuses of neurotechnology as well as a form of protection of fundamental liberties associated with individual decisionmaking in the context of neurotechnology use*» (*ivi*, p. 24).

[78] Bruxelles, 21.4.2021 COM(2021) 206 *final*. La proposta trova la sua base giuridica nell'art. 114 TFUE, che prevede l'adozione di misure destinate ad assicurare l'instaurazione e il funzionamento del mercato interno, nonché nell'art. 16 TFUE, che contiene talune regole specifiche sulla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento di dati personali, in particolare restrizioni all'utilizzo di sistemi di IA per l'identificazione biometrica da remoto, "in tempo reale", in spazi accessibili al pubblico, a fini di attività di contrasto. La proposta è successiva ad un Libro bianco della Commissione in materia di IA [COMMISSIONE EUROPEA, *Libro bianco sull'intelligenza artificiale - Un approccio europeo all'eccellenza e alla fiducia* (COM(2020) 65 *final*] ed entrambi i documenti danno seguito all'impegno politico assunto dalla presidente von der Leyen (esposto nei suoi orientamenti politici per la Commissione europea 2019-2024: "Un'Unione più ambiziosa. Il mio programma per l'Europa", reperibile in *Commissione europea*, *https://ec.europa.eu*), nel senso della presentazione di «una proposta legislativa per un approccio europeo coordinato alle implicazioni umane ed etiche dell'intelligenza artificiale» (come si legge a p. 14 del documento). V. anche il "Parere congiunto 5/2021 sulla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale)", formulato dal Comitato europeo per la protezione dei dati e dal Garante europeo della protezione dei dati. Di tale documento si vuole qui riportare, in particolare, la considerazione per la quale costituisce «prerequisito essenziale per assicurare e preservare il rispetto e l'applicazione dell'*acquis* dell'UE nel campo della protezione dei dati personali» la sussistenza di «un rapporto chiaramente definito» tra la proposta, oggetto del parere, e la già vigente legislazione europea in materia di protezione dei dati [vale a dire, in ispecie, il regolamento generale sulla protezione dei dati (RGPD), il regolamento sulla protezione dei dati personali per le istituzioni, gli organi e gli organismi dell'Unione (EUDPR) e la direttiva sulla protezione dei dati nelle attività di contrasto (LED)]. Sulla proposta in parola, cfr., da ultimo, G. FARES, *Diritti sociali e nuove tecnologie*, in P. COSTANZO, P. MAGARÒ, L. TRUCCO (a cura di), *Il diritto costituzionale e le sfide dell'innovazione tecnologica. Atti del Convegno di Genova, 18-19 giugno 2021*, Editoriale scientifica, Napoli, 2022, pp. 81, 82.

[79] Ad ogni modo, la relazione di accompagnamento a tale proposta evidenzia che questa, «definendo una serie di requisiti per una IA affidabile e di obblighi proporzionati per tutti i partecipanti alla catena del valore, […] migliorerà e promuoverà la protezione dei diritti tutelati dalla Carta: il diritto alla dignità umana (articolo 1), al rispetto della vita privata e alla protezione dei dati di carattere personale (articoli 7 e 8), alla non discriminazione (articolo 21) e alla parità tra donne e uomini (articolo 23)». Ancora, la proposta – così continua la relazione di accompagnamento – «mira a prevenire un effetto dissuasivo sui diritti alla libertà di espressione (articolo 11) e alla libertà di riunione (articolo 12), nonché ad assicurare la tutela del diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale, della presunzione di innocenza e dei diritti della difesa (articoli 47 e 48), così come il principio generale di buona amministrazione» (punto 3.5 della relazione, dedicato ai "Diritti fondamentali").

[80] Eppure, più di un decennio fa, EUROPEAN PARLIAMENT - DIRECTORATE GENERAL FOR INTERNAL POLICIES - SCIENCE AND TECHNOLOGY OPTIONS ASSESSMENT (STOA), *Human enhancement study* (IPOL/A/STOA/2007-13), maggio 2009, p. 144, già allertava sulla necessità che, alle questioni etiche e sociali mosse dal potenziamento umano, si fornisse una risposta politica e che si promuovessero, conseguentemente, delle specifiche azioni, sia a livello di Unione europea, sia di Stati membri. Questo studio indicava e analizzava, a tal fine, «*five basic approaches for the regulation of human enhancement*», utili ad elaborare «*a systematic approach to developing policy strategies*», vale a

De jure condito, il reg. n. 2017/745/Ue[81], sebbene, all'opposto della surricordata proposta di regolamento, non consideri affatto i sistemi di IA, rimane comunque presidio di sicurezza e corretta gestione del rischio anche nel campo di nostro interesse. Questa norma, infatti, rivolge le regole stabilite per i dispositivi medici anche alle «attrezzature destinate alla stimolazione cerebrale che applicano correnti elettriche o campi magnetici o elettromagnetici che attraversano il cranio per modificare l'attività neuronale del cervello»[82]. Essa prevede, tra l'altro, un'attività di certificazione da parte di appositi organismi, verifiche *post-market*, nonché un sistema di tracciamento dei prodotti così messi in commercio, al fine del loro ritiro, ove si rivelassero pericolosi o difettosi[83]. Quasi una clausola di chiusura appare, invece, la garanzia di «un approccio incentrato sulla persona e inclusivo che rispetti i valori dell'Unione», da osservarsi nel percorso di sviluppo e potenziamento delle capacità e delle conoscenze di base dell'IA nell'Unione, previsto nell'ambito dell'obiettivo "Intelligenza artificiale" del Programma Europa digitale, istituito dal regolamento Ue 2021/694[84].

Fin qui, quanto può registrarsi sul piano normativo europeo. Non è questo, però, l'unico ambito interessato dalla materia *de qua*. Innanzitutto, considerata la natura dei diritti che vi sono implicati – certamente fondamentali ed irrinunciabili – anche le altre carte valoriali (oltre a quelle già considerate, valevoli nel territorio d'Europa), sia di contesto internazionale che nazionale, devono essere interrogate a riguardo.

Investendo, la questione, le caratteristiche identitarie della stessa specie umana, essa va affrontata, fin da oggi, sul piano della protezione dell'uomo in quanto tale; dunque, su di un livello di normazione internazionale, in grado di orientare e vincolare tutte le Nazioni, sotto la forma della protezione dei diritti

dire: *«1. A total ban on any technology that alters "human nature"; 2. A laissez-faire approach; 3. A reasoned pro-enhancement approach; 4. A reasoned restrictive approach; and 5. A systematic case-by-case approach»*.

[81] Precisamente, «Regolamento (Ue) 2017/745 del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 5 aprile 2017, relativo ai dispositivi medici, che modifica la direttiva 2001/83/CE, il regolamento (CE) n. 178/2002 e il regolamento (CE) n. 1223/2009 e che abroga le direttive 90/385/CEE e 93/42/CEE del Consiglio».

[82] Indicate al n. 6 dell'All. XVI al detto regolamento, che riporta l'«elenco dei gruppi di prodotti che non hanno una destinazione d'uso medica di cui all'articolo 1, paragrafo 2».

[83] Il regolamento Ue del 2017 sembra dunque soddisfare la richiesta di H. MASLEN ET AL., *Regulation of devices for cognitive enhancement*, in *Lancet*, n. 382, 2013, p. 939, nel senso «*that medical devices and CEDs*» (*cognitive enhancement devices*) «*be regulated similarly, in both cases with evaluation of benefits (in terms of increases in wellbeing) and risks*». Similmente, NUFFIEL COUNCIL ON BIOETHICS, *Novel neurotechnologies: intervening in the brain*, Nuffield Council on Bioethics, Oxford, 2013, p. 179, così concludeva la sua trattazione dei *neurodevices* ad uso non medicale: «*We recommend, therefore – in the interests of consistency and of providing effective and proportionate oversight of devices that intervene in the brain – that the European Commission consider including neurodevices that deliver TMS and TBS amongst the categories of devices that would (irrespective of their intended purpose) be regulated as medical devices and that their marketing in the UK is overseen by the MHRA*».

[84] Si tratta, precisamente, del «Regolamento (UE) 2021/694 del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2021 che istituisce il programma Europa digitale e abroga la decisione (UE) 2015/2240"; la disposizione, di tale regolamento, riportata nel testo, è l'art. 5, co. 1, lett. a). Anche su questa norma europea, cfr. G. FARES, *Diritti*, *op. cit.*, pp. 82, 83.

umani[85]. «*No single country or league of countries may be able to fully control the coming modifications to our species, as humanity embarks on experimental diversifications to the brain, body, and genome on an unprecedented scale*»[86].

Certo, il Consiglio d'Europa, nel sopra richiamato *Strategic action plan*, per il solo fatto di occuparsene, corrispondentemente alla sua vocazione, presuppone la classificazione dei diritti in gioco quali diritti umani. Tali, in effetti, appaiono essere quelli «*pertaining to cognitive liberty, mental privacy, and mental integrity and psychological continuity*», specificamente considerati, insieme ad altri, dal documento in questione (e che qui richiamiamo in quanto – come visto – assolutamente interessati dal binomio IA/potenziamento cognitivo). Queste condizioni afferiscono alla stessa identità umana e, in quanto tali, meritano una protezione – quella propria dei diritti umani, appunto – che prescinda da ogni ulteriore collocazione e riconoscimento all'interno dei singoli ordinamenti giuridici, per essere invece basata sulla sola appartenenza al genere umano.

Comprensibile, pertanto, che l'attenzione venga rivolta alle carte internazionali, che tale tipologia di diritti garantiscono, e che su di esse, principalmente, si riversi l'interrogativo circa la necessità che si formulino o meno "diritti nuovi" a riguardo[87].

Questa considerazione, tuttavia, non rende meno urgente assicurare la piena protezione anche a livello degli ordinamenti statuali, tanto più che la categoria dei diritti umani, sul piano internazionale, trova sostanziale corrispondenza in quella dei diritti fondamentali, negli ordinamenti giuridici interni[88]. Nelle

---

[85] M. IENCA, R. ANDORNO, *Towards*, *op. cit.*, p. 24, hanno avanzato una «*proposal of neuro-specific human rights in response to emerging advancements in neurotechnology*». Essa appare come «*a logical continuation of the proposal of developing genetic-specific human rights in response to advancements in genetics and genomics as set out by the Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights (UDHGHR) and the International Declaration on Human Genetic Data (IDHGD)*». Gli stessi AA., in *The Neuro-Specific Human Rights Bill*, reperibile in *Global Neuroethics*, https://globalneuroethics.com/neurorights, più specificamente, individuano «*four new neuro-specific human rights that will be vital in the effort of protecting the human brain: the right to cognitive liberty, the right to mental privacy, the right to mental integrity, and the right to psychological continuity*». Similmente, per R. YUSTE, J. GENSER, S. HERRMANN, *It's Time per Neuro-Rigts*, in *Horizons*, n. 18, 2021, «*while the existing system for international human rights protection could partially cover the human rights issues that neurotechnology raises, such as with the broad definitions provided in the Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman, or Degrading Treatment or Punishment, it is incomplete and imprecise and not adapted to the future. It is crucial to both conceptualize the human rights violations that could be conceivably caused by the use or abuse of neurotechnology to protect individual autonomy and mental privacy, and to promote its safe, transparent, and effective use*». Nello stesso senso, v. F. G. PIZZETTI, *A proposal for a: "Universal Declaration on Neuroscience and Human Rights"*, in *Bioethical Voices*, n. 10, 2017, p. 4, per il quale «*it appears to be at least opportune (when not necessary) initiating the study of a sort of "Universal Declaration on Neuroscience and Human Rights" in order to determine some general ethical and legal guidelines, at international level, covering the most issues raised up now and foreseeable at the time to come in the field of neuroscience and to reaffirm and promote the shared principles and rights invoked by the UNESCO's long lasting tradition for the present and future generations*». In particolare, P. SOMMAGGIO, M. MAZZOCCA, *Cognitive*, *op. cit.*, p. 105, ritengono che la libertà cognitiva, quale diritto umano, «*can be conceived as a requirement to protect the mind's self-determination against the intervention of other subjects (or the State)*», vale a dire nella sua (sola) «*negative definition*».

[86] J. R. SHOOK, J. GIORDANO, *Neuroethics beyond Normal. Performance Enablement and Self-Transformative Thecnologies*, in *Camb. Q. Healthc. Ethics*, n. 25, 2016, p. 122.

[87] Ci si riferisce, in particolare, alla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, promulgata dall'ONU, alla Costituzione dell'Organizzazione Mondiale della Sanità, alla Convenzione europea dei diritti umani del Consiglio d'Europa, alla *Carta dei diritti fondamentali* dell'Unione *europea.*

[88] Nel ricercare una definizione di diritto fondamentale, almeno su un piano teorico-generale o filosofico, è possibile ravvisare «un "nucleo duro" concettuale che si ripropone e che va oltre lo scorrere del tempo e le vicende ordinamentali che in esso si svolgono, un nucleo che è, a conti fatti, riportabile alla *humanitas* stessa di ogni essere umano. Per questo

situazioni in parola, peraltro, lo Stato assume «un ruolo estremamente delicato essendo, o essendo chiamato ad essere, il finanziatore e il promotore oppure, più semplicemente, il regolatore di queste pratiche di *enhancement*»[89].

Anche a livello statuale, comunque, rimane centrale e preliminare la riflessione circa la maniera più opportuna di proteggere i diritti coinvolti, se attraverso modifiche, nel senso dell'introduzione di nuovi diritti[90] o della rimodulazione di quelli che già vi sono iscritti (in modo da "comprendere" anche le evoluzioni neurotecnologiche), oppure "affidandosi" alle formulazioni originarie delle relative Carte costituzionali.

Entrambe queste possibilità presentano dei vantaggi. Nella prima ipotesi, il carattere espresso della previsione costituirebbe una tendenziale certezza di piena "copertura", in ragione della pressoché esatta corrispondenza con la situazione meritevole di protezione al più alto livello del sistema delle fonti. Nella seconda, alligna invece la sicurezza di una garanzia consolidata, dell'interpretazione delle (relative) Corti costituzionali e delle speculazioni della dottrina maturate nei decenni, in una con la possibilità di applicazione di cotanta tradizione a situazioni anche del tutto inedite, per via d'interpretazione evolutiva[91].

Anche rispetto alla nostra Carta costituzionale, appare d'uopo, per le ragioni dette, che si avvii al più presto il dibattito sulla necessità di riformulare[92] o interpretare evolutivamente, per le nuove esigenze, le

---

verso, i diritti "fondamentali", quali previsti da questo o quell'ordinamento positivo, si pongono quale *species* del *genus*-diritti "umani", come questi ultimi sono usualmente chiamati (part., in seno alla Comunità internazionale e dai suoi cultori)»: così, A. RUGGERI, *Cosa sono i diritti fondamentali e da chi e come se ne può avere il riconoscimento e la tutela*, in *Riv. GdP*, n. 2, 2016, p. 2.

[89] F. P. ADORNO, *L'autonomia al confine tra enhancement e terapia*, in *Iride*, n. 3, 2013, p. 490. Più specificamente, l'A. si chiede se lo Stato abbia «l'obbligo di mettere a disposizione delle strutture funzionanti», nelle quali possa svolgersi la relazione tra quanti richiedano una pratica di potenziamento e i possessori del relativo *know-how*, o abbia invece il compito di «governare i processi in questione in modo tale da non produrre discriminazioni» o debba piuttosto limitarsi «a proporre un quadro generale e regolativo all'interno del quale ognuno ha la libertà di comportarsi come vuole».

[90] È il caso del Cile, che ha contemplato anche i neurodiritti nella proposta riforma costituzionale (tuttavia non approvata, dal popolo cileno, nel referendum costituzionale dello scorso 4 settembre: v., in proposito, T. GROPPI, *Il Cile da un "plebiscito" all'altro. Il rechazo del nuovo testo costituzionale nel referendum del 4 settembre 2022, visto dall'Italia*, editoriale - 7 settembre 2022, in *federalimsi.it*, p. IV ss.), oltre ad iniziative a livello di legislazione ordinaria, come riportano L. GUZMÁN H., *Chile: Pioneering the protection of neurorights*, in *Unesco Cour.*, n. 1/2022, V. STEFANIELLO, *Il Cile vuole regolamentare tecnologie che non esistono ancora*, 17 luglio 2021, in *Wired*, www.wired.it, M. IENCA, *Neurodiritti, quali nuove tutele per la sfera mentale: tutti i nodi etico-giuridici*, 18 marzo 2021, in *Agenda digitale*, www.agendadigitale.eu.

[91] F. MODUGNO, *Interpretazione costituzionale*, in *Ann. Fac. giur. Univ. Camerino*, n. 8, 2019, pp. 60, 61, osserva che, allorquando è la Costituzione oggetto dell'interpretazione evolutiva, «l'interprete sarà […] sempre chiamato a guardare alla Costituzione contestualmente come luogo di fissazione dei valori fondamentali e irrinunciabili, ma contemporaneamente anche ad assicurarne la persistenza e la modulazione secondo le mutevoli esigenze ordinamentali e sociali». Tuttavia, constata A. RUGGERI, *Il diritto "vecchio" e i modi del suo possibile svecchiamento, al servizio dei diritti fondamentali*, in *Riv. AIC*, n. 1, 2012, p. 18, che «non tutto il diritto "vecchio" è svecchiabile per via d'interpretazione; e, invero, per quanto malleabile sia la sostanza normativa degli enunciati (specie di quelli relativi ai diritti), si dà un limite, pur se approssimativamente fissato e vario da caso a caso, superato il quale non è più possibile rimediare all'obsolescenza se non attraverso il passaggio obbligato di una nuova, congrua positivizzazione».

[92] Ovviamente, per mezzo di una legge di revisione costituzionale. Seppure con specifico riferimento alla «*forma più adeguata alla razionalizzazione delle consuetudini culturali diffuse nel corpo sociale a riguardo dei bisogni elementari di singoli e gruppi*» (pp. 6, 7), A. RUGGERI, *Cosa sono*, *op. cit.*, p. 6, afferma che «lo strumento col quale dare, in prima battuta, il

previsioni interessate dalle neurotecnologie, comprese quelle dirette a potenziare la mente umana, vale a dire, sostanzialmente, quelle tese a garantire identità, autodeterminazione, salute, eguaglianza e dignità; o anche perseguire la "terza via" – come già la Consulta ha fatto in plurime occasioni[93] –, dell'«autonoma individuazione di fattispecie, definite come diritti inviolabili in relazione diretta ed esclusiva con l'art. 2 Cost.»[94].

Appare essenziale il contributo che, a tale riflessione ed eventuale riformulazione delle regole, è chiamato a fornire il circuito etico-deontologico, componente imprescindibile della formulazione dei valori nelle questioni che attengono alla salute (il riferimento, per il nostro ordinamento, è rivolto, in particolare, ai pareri del Comitato Nazionale per la Bioetica[95] e al Codice di deontologia medica, che, peraltro, è l'unico – come ricordato – ad aver già previsto una disposizione in materia di medicina potenziativa).

In conclusione, la salvaguardia delle libertà e dei diritti, a fronte degli sviluppi neurotecnologici, in specie quelli riguardanti il potenziamento umano, necessita di essere "costruita" secondo uno schema multilivello[96].

A ciascun piano normativo, da quello internazionale, a quello sovranazionale (con specifico riferimento al diritto eurounitario), a quello statale, va sciolto preliminarmente l'interrogativo sull'opportunità di riformulare o meno le disposizioni già vigenti. Né a questo quesito può darsi per scontata una risposta univoca per tutti i sistemi valoriali e disciplinari considerati.

Che sia per l'una o l'altra via, è comunque urgente assicurare una tutela piena alle situazioni che potrebbero essere messe a repentaglio dagli sviluppi tecnologici considerati, in ragione della loro

riconoscimento (nella sua ristretta e propria accezione) dei nuovi diritti non può che essere la legge costituzionale, vale a dire ciò che maggiormente somiglia alla Costituzione, pur non condividendone – come sappiamo – il titolo, esclusivo di quella, di essere filiazione immediata e diretta del potere costituente».

[93] È il caso, ad esempio, dell'identità personale, anch'essa interessata, in ipotesi di lesione, dalle neurotecnologie, in specie in relazione alla continuità psicologica, sebbene nei termini addietro precisati (v., *retro*, nota n. 47). Con la sent. n. 13/1994 (anch'essa già richiamata), la Corte costituzionale, infatti, ha affermato che «è certamente vero che tra i diritti che formano il patrimonio irretrattabile della persona umana l'art. 2 della Costituzione riconosce e garantisce anche il diritto all'identità personale» (punto 5.1 del *Considerato in diritto*).

[94] S. MANGIAMELI, *Il contributo dell'esperienza costituzionale italiana alla dommatica europea della tutela dei diritti fondamentali*, in *Cons. online*, 2006, p. 18. L'A. non manca di osservare, però, che «il campo privilegiato» entro il quale la Corte opera il riconoscimento dei diritti inviolabili dell'uomo in base all'art. 2 Cost. è quello «rappresentato dall'individuo persona». La conseguenza è che diventa «secondario ed occasionale il collegamento con le altre previsioni costituzionali in tema di diritti fondamentali, e non perché un collegamento con le singole fattispecie normate non sia, in via interpretativa, pur sempre possibile, ma in quanto la riconduzione della fattispecie all'art. 2 appare di più immediata efficacia anche simbolica…» (*ivi*, pp. 18, 19).

[95] Cfr., in particolare, tra i pareri del Comitato già resi in tema di potenziamento, *Neuroscienze*, *op. cit.*, e *Diritti umani, etica medica e tecnologie di potenziamento (enhancement) in ambito militare*, entrambi del 22 febbraio 2013, nonché, seppur più limitatamente in argomento, *L'editing genetico e la tecnica CRISPR-CAS9: considerazioni etiche*, del 23 febbraio 2017.

[96] Nell'ambito del quale, infine, «ciò che solo conta […] è che i diritti, se ed in quanto "fondamentali", non restino sguarniti di garanzie e che i soggetti che ne sono portatori trovino comunque un luogo nel quale possano trovare ristoro per il caso che essi siano minacciati o offesi» (A. RUGGERI, *Cosa sono*, *op. cit.*, p. 4). Sulla tutela multilivello dei diritti fondamentali, v., *ex multis*, A. CARDONE, *La tutela dei diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano, 2012.

invasività, della potenzialità che hanno di modificare anche i tratti più caratteristici (finora tali) della specie umana, della rapidità ed imprevedibilità dei loro sviluppi. Bisogna evitare che la garanzia dei diritti si perfezioni solo «*when the technological applications are already established, and the technological pathways often have become irreversible*», mentre il processo d'innovazione richiede di essere guidato «*in a way which connects innovation and technologies with social goals and values*»[97].

[97] Ancora dallo *Strategic action plan on human rights and technologies in biomedicine*, *op. cit.*, pp. 8, 9.

Materie trasversali e leale collaborazione*

di Gennaro Ferraiuolo
Professore ordinario di Diritto costituzionale
Università degli studi di Napoli Federico II

Abstract [It]: Il lavoro analizza le competenze cd. trasversali dello Stato nel loro rapporto con il principio di leale collaborazione. In particolare, si individuano tre fasi dell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale, che mostra un andamento oscillante ma nel complesso orientato in senso centripeto. Ne deriva la moltiplicazione dei canali di intervento statale a garanzia degli interessi unitari e una connessa marginalizzazione della logica cooperativa, in particolare per effetto del ricorso al criterio della prevalenza.

Title: Transversal subjects and loyal cooperation
Abstract [En]: The work analyses the so-called "transversal competences" of the State legislative function in their relation to the principle of loyal collaboration. Three phases of the relevant constitutional jurisprudence are identified, which show an oscillating trend but overall oriented in a centripetal sense. The result is the multiplication of State intervention channels to protect unitary interests, as well as a marginalization of the cooperative logic, in particular due to the use of the prevalence criterion.

Parole chiave: Stato regionale, riparto di competenze legislative, interessi unitari, leale collaborazione, giurisprudenza costituzionale
Keywords: Regional State, division of legislative powers, unitary interests, loyal collaboration, constitutional jurisprudence

Sommario: **1.** Premessa: quali materie trasversali, quale idea di collaborazione. **2.** Il primo assestamento: la trasversalità immateriale. **3.** La trasversalità materiale prevalente. **4.** Dalla trasversalità delle (non) materie alla trasversalità del riparto di competenze.

1. Premessa: quali materie trasversali, quale idea di collaborazione

Il presente studio guarda a quelle competenze, configurate come "trasversali", che – in linea di principio – non individuerebbero precisi campi materiali, abilitando invece lo Stato a intervenire, trasversalmente appunto, anche in ambiti di spettanza regionale, allorquando vengano in rilievo specifiche esigenze ad esse sottese. Si tratterebbe, pertanto, di «materie non-materie», costruite «in funzione [...] del fine e non dell'ambito di incidenza»; con esse si individua «non l'oggetto della competenza, ma gli scopi che mediante essa vanno perseguiti»[1].

La nozione in parola può assumere una valenza paradigmatica dell'impianto autonomistico italiano, come definito dalle modifiche introdotte con la legge costituzionale n. 3 del 2001. Per quanto prontamente prefigurata dalla dottrina nell'immediatezza della novella costituzionale[2], essa si consolida in sede

* Articolo sottoposto a referaggio. Il presente lavoro è destinato al volume *Questioni aperte nei rapporti tra Stato e regioni*, a cura di D. de Pretis – C. Padula (Giappichelli, Torino, in corso di pubblicazione).
[1] Così A. D'ATENA, *Materie legislative e tipologia delle competenze,* in *Quaderni costituzionali,* n. 1, 2003, pp. 21-22.
[2] Tra i tanti, G. FALCON, *Modello e transizione nel nuovo Titolo V della Parte seconda della Costituzione*, in *Le Regioni*, n. 6, 2001, p. 1247 ss.; A. RUGGERI, *La riforma costituzionale del Titolo V e i problemi della sua attuazione, con specifico riguardo alle dinamiche*

giurisprudenziale, come tanti dei tasselli che ricompongono il mosaico del Titolo V della Parte II della Carta, in particolare quello del riparto delle competenze legislative[3]. E – profilo direttamente connesso alla prospettiva in questa sede adottata – la categoria entra in contatto, contribuendo per alcuni versi a definirne la fisionomia, con uno dei principi costituzionali che sorreggono l'assetto regionalistico italiano: quello di leale collaborazione, forse non adeguatamente messo a fuoco (nella sua portata e nella sua strumentazione) dalla revisione costituzionale[4] ma poi *emerso*[5] nel dispiegarsi delle relazioni tra livelli territoriali di governo, per come conformate dal giudice costituzionale. Una emersione – tanto nella prima quanto nella seconda fase del nostro regionalismo – probabilmente inevitabile, se è vero che gli assetti cooperativi si riconnettono direttamente alle esigenze dello Stato sociale[6] che, sia pure in crisi[7], conserva quantomeno la missione di garantire su tutto il territorio nazionale, proprio attraverso la competenza che più di tutte incarna l'idea di trasversalità, «i livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali» (art. 117, co. 2, lett. *m* Cost.)[8]. In quest'ottica, la sfida di una *eguaglianza sostenibile* – «capace di coniugare la realizzazione delle fondamentali istanze di eguaglianza e solidarietà con altri valori pure

della normazione ed al piano dei controlli, in *Quaderni regionali*, n. 2, 2001, p. 593; S. MANGIAMELI, *La riforma del regionalismo italiano*, Torino, 2002, p. 135

[3] In merito, si veda la recente ricostruzione di S. STAIANO, *Costituzione italiana: art. 5*, Roma, 2017, p. 90 ss.

[4] All'indomani dell'entrata in vigore della revisione del 2001, parte della dottrina era addirittura indotta ad intravedere elementi di netta discontinuità rispetto agli sviluppi in senso cooperativo conosciuti fino a quel momento dal regionalismo italiano: cfr. A. ANZON, *Un passo indietro verso il regionalismo "duale"*, 14 gennaio 2002, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*; le medesime tesi erano riprese in ID., *I poteri delle Regioni dopo la riforma costituzionale. Il nuovo regime e il modello originario a confronto*, Torino, 2002, p. 195 ss.

[5] Cfr. A. GRATTERI, *La faticosa emersione del principio costituzionale di leale collaborazione*, in E. Bettinelli – F. Rigano (a cura di), *La riforma del Titolo V della Costituzione e la giurisprudenza costituzionale*, Torino, 2004, p. 416 ss.

[6] Concezione duale-garantista dell'autonomia territoriale e Stato sociale possono apparire categorie in naturale tensione tra loro: «il profilo della garanzia è individualistico e sottovaluta interamente le esigenze sociali, tanto che queste sembrano non avere neppure possibilità di affacciarsi sulla soglia dei fatti rilevanti, giacché non trovano canali adatti» (così G. BERTI, *Art. 5,* in G. Branca [a cura di], *Commentario della Costituzione. Principi fondamentali. Art. 1-12,* Bologna-Roma, 1975, p. 281). In tema v. pure A. BALDASSARRE, *Rapporti tra Regioni e Governo: i dilemmi del regionalismo,* in *Le Regioni,* n. 1-2, 1983, p. 43 ss., che, guardando alle esperienze di federalismo tedesco e statunitense, osserva (p. 44) come «la fase del decentramento duale corrisponda al periodo del capitalismo non regolato, ossia un sistema politico dominato dal relativo non-intervento dello Stato nei rapporti economici e sociali. Quando invece l'impatto delle concentrazioni industriali e delle organizzazioni sindacali richiede allo Stato di correggere la dinamica delle forze spontanee del mercato e poi di regolarla, anche la forma del decentramento duale entra in crisi e diviene potente l'esigenza di un decentramento cooperativo». In senso analogo, cfr. P. BILANCIA, *Stato unitario accentrato, decentrato, federale: dalle diverse origini storiche alla confluenza dei modelli,* in AA. VV., *Scritti in memoria di Livio Paladin,* vol. I, Napoli, 2004, p. 274; A. REPOSO, *Profili dello Stato autonomico. Federalismo e regionalismo*, Torino, 2005, p. 121; S. AGOSTA, *La leale collaborazione tra Stato e regioni*, Milano, 2008, p. 3 ss.; P. COSTA, *Separazione verticale dei poteri e libertà. A proposito di una relazione trascurata nel regionalismo italiano*, in *Rivista Aic*, n. 3, 2022, spec. p. 100 ss.

[7] Sulla fallacia della idea della crisi dello Stato sociale, illuminanti e attualissime le riflessioni di F. CAFFÈ, *La fine del «welfare state» come riedizione del «crollismo»*, in ID., *In difesa del welfare state. Saggi di politica economica*, Torino, 2014 (prima edizione 1986), p. 39 ss.

[8] Si tratta, per G. SCACCIA, *Le competenze legislative sussidiarie e trasversali,* in *Diritto pubblico,* n. 2, 2004, p. 490, della «più "trasversale" delle attribuzioni statali»; per G. ARCONZO, *Le materie trasversali nella giurisprudenza della Corte costituzionale dopo la riforma del Titolo V*, in A. Concaro – N. Zanon (a cura di), *L'incerto federalismo. Le competenze statali e regionali nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 2005, p. 223, della «materia trasversale per eccellenza».

inseriti [...] nel contesto costituzionale»[9] – potrebbe addirittura richiedere un livello di integrazione delle politiche condotte ai diversi livelli di governo e vincoli solidaristici tra lo Stato e le Regioni (e tra Regioni) ancor più forti che in passato[10].

Nella prospettiva che interessa, è opportuno chiarire, preliminarmente, cosa si ritiene vada ricondotto ad una dimensione in senso pieno collaborativa.

Le materie trasversali sono, senza dubbio alcuno, uno dei canali di emersione di quegli interessi unitari in apparenza pretermessi dalla revisione del 2001[11]. Ciò non ne implica però, in via immediata, la valenza collaborativa: i momenti di interferenza tra competenze e politiche allocate a differenti livelli di governo – riscontrabili in qualsiasi ordinamento unitario territorialmente composto – potrebbero infatti risultare manifestazione di una logica duale o tradursi, nella pratica, in strumenti di mera affermazione della supremazia statale[12]. Ciò è peraltro coerente con l'idea, da più parti sostenuta, secondo cui la posizione paritaria tra enti costituirebbe l'irrinunciabile presupposto di una effettiva collaborazione tra livelli di governo[13]: in questa chiave a contrapporsi alla collaborazione non è tanto (o solo) il concetto di

[9] Così A. D'ALOIA, *Diritti e Stato autonomistico. Il modello dei livelli essenziali delle prestazioni,* in E. Bettinelli – F. Rigano (a cura di), *La riforma del Titolo V*, cit., p. 123. L'Autore, da un lato (pp. 121-122), vede nella lett. *m* dell'art. 117 una *risorsa dell'unità* che «non persegue più la (finta ma rassicurante) uniformità in ogni aspetto relativo ai diritti o ai servizi fondamentali, ma un obiettivo di omogeneità "sostanziale"»; dall'altro (p. 123), sottolinea la permanenza delle «indicazioni costituzionali sui diritti e sull'eguaglianza (formale e sostanziale) che forniscono una linea di ancoraggio superiore, un orientamento vincolante, per quanto possa essere "mobile" e irriducibile ad una configurazione oggettiva». Sul concetto di *eguaglianza sostenibile* l'A. è tornato di recente in ID., *Eguaglianza. Paradigmi e adattamenti di un principio 'sconfinato'*, in *Rivista AIC*, n. 4, 2021, p. 40 ss.

[10] Cfr. P. CIARLO, *Le nuove regioni: vocazione all'economia territoriale, crisi del criterio di competenza e contrattualismo politico*, in *Nuove autonomie*, n. 6, 2001, p. 781 ss. Sulle materie trasversali intese come una delle *zone specifiche* «in cui il principio di leale collaborazione dovrebbe acquistare corpo e concretezza», cfr. F. BENELLI – R. BIN, *Prevalenza e «rimaterializzazione delle materie»: scacco matto alle Regioni*, in *Le Regioni*, n. 5, 2009, p. 1189; R. BIN, *Il governo delle politiche pubbliche tra Costituzione ed interpretazione del giudice costituzionale,* in *Le Regioni*, n. 3, 2013, p. 514.

[11] Il dibattito sulle sorti della garanzia degli interessi unitari immediatamente a ridosso delle modifiche costituzionali del 2001 evidenzia da subito spunti di interesse, in parte confermati dai successivi sviluppi giurisprudenziali: tra i numerosi apporti sul tema, si vedano A. RUGGERI, *"Forme" e "tecniche" dell'unità, tra vecchio e nuovo regionalismo*, in ID. *"Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti*, VI, 1, Torino, 2002, p. 391 ss.; A. BARBERA, *Chi è il custode dell'interesse nazionale?,* in *Quaderni costituzionali,* n. 2, 2001, p. 345 ss.; R. TOSI, *A proposito dell'«interesse nazionale»,* in *Quaderni costituzionali,* n. 1, 2002, p. 86 ss.; R. BIN, *L'interesse nazionale dopo la riforma: continuità di problemi, discontinuità della giurisprudenza costituzionale,* in *Le Regioni,* 2001, p. 1213 ss.; B. CARAVITA, *Gli elementi di unificazione del sistema costituzionale dopo la riforma del titolo V della Costituzione*, in *Federalismi.it*, 30 settembre 2002.

[12] In tema, si vedano le considerazioni svolte, con riferimento all'evoluzione dell'ordinamento tedesco, da R. BIFULCO, *La cooperazione nello Stato unitario composto,* Padova, 1995, spec. p. 90 ss. Sulla necessità di tenere distinte le ipotesi di cooperazione da quelle di affermazione di mera supremazia dello Stato sulle Regioni, cfr. S. BARTOLE, *La Corte costituzionale e la ricerca di un contemperamento fra supremazia e collaborazione nei rapporti fra Stato e Regioni,* in *Le Regioni,* n. 3, 1988, p. 588.

[13] In tale prospettiva v., ad. esempio, A. BALDASSARRE, *Rapporti tra Regioni e Governo,* cit., p. 46 ss.; F. RIMOLI, *Il principio di cooperazione tra Stato e Regioni nella giurisprudenza della Corte costituzionale: riflessioni su una prospettiva*, in *Diritto e società*, 1988, p. 372; con specifico riferimento all'ordinamento tedesco, A. ANZON, *La* Bundestreue *e il sistema federale tedesco: un modello per la riforma del regionalismo in Italia?*, Milano, 1995, p. 25 ss. In chiave critica rispetto a siffatta impostazione, cfr. M. LUCIANI, *Un regionalismo senza modello,* cit., p. 1320 ss.; A. BARBERA, *Regioni e interesse nazionale*, Milano, 1973, p. 284; C. BERTOLINO, *Il principio di leale collaborazione nel policentrismo del sistema costituzionale italiano*, Torino, 2007, pp. 76-77: P. CARROZZA, *Principio di collaborazione e sistema delle garanzie procedurali (la via italiana al regionalismo cooperativo)*, in *Le Regioni*, 1989, p. 479 ss., che distingue tra fra cooperazione volontaria (o orizzontale) e cooperazione impropria (o

separazione quanto, piuttosto, quello di supremazia. Detto in altri termini: non si tratta di rintracciare, in determinati ambiti, una mera *coesistenza* (o *convivenza*) tra legge statale e regionale[14], quanto piuttosto di considerare i modi della produzione normativa (non soltanto di rango primario) e di allocazione delle funzioni amministrative. È in ragione di quanto detto che, ad esempio, la competenza di tipo concorrente è stata ritenuta un «sistema di riparto […] strutturalmente lontanissimo dal favorire lo sviluppo di un modello cooperativo», che «ha condotto verso la formazione di una posizione di supremazia dello Stato»[15].

Se integrazione tra piani competenziali non significa, meccanicamente, collaborazione, potendo ben risolversi in una semplice prevalenza dello Stato che toglie campo all'autonomia, alla logica duale potrebbero continuare ad ascriversi anche i titoli competenziali trasversali, ricompresi tra quelli esclusivi dello Stato: strumenti, dunque, attraverso cui quest'ultimo assicura, in maniera *separata*, il perseguimento di fini ritenuti non frazionabili. La declinazione collaborativa delle materie trasversali – o di alcune materie trasversali – va pertanto desunta e affermata al di là della loro conformazione finalistica, partendo da dati normativi di sistema: assumendo, ad esempio, una pervasività del principio di leale collaborazione (implicito, almeno nella sua valenza generale)[16] tale da informare (anche) il complessivo assetto del riparto di competenze legislative[17]; o – altra strada percorribile – ritenendo che la portata trasversale di una materia determini sempre una ipotesi di concorrenza di competenze strutturalmente non districabile attraverso il criterio di prevalenza ma ricorrendo al variegato strumentario cooperativo[18]. Letture, quelle appena richiamate, evidentemente distanti dal pensiero di chi, distinguendo tra «ambiti normativi caratterizzati da una "concorrenza di competenze"» e quelli «segnati dell'esercizio da parte dello Stato di competenze "trasversali"», ritiene estranea ai secondi la logica cooperativa, in quanto non coerente con le esigenze di perseguimento di interessi unitari sottese a questi titoli di intervento (esclusivo) dello Stato[19].

verticale). In coerenza con tale visione, il principio di leale collaborazione è stato ritenuto un *corollario* dell'art. 114 Cost., nella portata paritaria sottesa alla formulazione introdotta con la revisione del 2001: v. P. VERONESI, *I principi in materia di raccordo Stato-Regioni dopo la riforma del Titolo V*, in *Le Regioni*, n. 6, 2003, p. 1043.

[14] Così F. BENELLI – R. BIN, *Prevalenza*, cit., p. 1208.

[15] R. BIFULCO, *La cooperazione,* cit., p. 187. Sui rischi che gli stessi strumenti cooperativi trascolorino in una «pseudocollaborazione» orientata in senso centralistico, cfr. C. BERTOLINO, *Il principio*, cit., p. 39 ss.

[16] Come noto, la leale collaborazione è espressamente costituzionalizzata, dopo la revisione del 2001, soltanto in riferimento alla disciplina dei poteri sostitutivi contenuta nell'art. 120 Cost.: il che, secondo qualcuno, ne attesterebbe un recepimento non generalizzato (in tal senso A. ANZON, *I poteri delle Regioni*, cit., p. 210).

[17] In tale direzione v. C. BERTOLINO, *Il principio*, cit., pp. 69-70.

[18] Sembrerebbe questa la lettura proposta da S. AGOSTA, *La leale collaborazione*, cit., pp. 236-237, ad avviso del quale la sussistenza di un titolo di intervento statale trasversale – ma comunque esclusivo – renderebbe sufficiente la previsione di strumenti cooperativi deboli.

[19] Così S. MANGIAMELI, *Il principio cooperativo nell'esperienza italiana del primo e del secondo regionalismo*, Roma, 2008, p. 103 ss. (spec. p. 111); ID., *Sull'arte di definire le materie dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni,* n. 1, 2003, p. 343; nonché L. VIOLINI, *La negoziazione istituzionale nell'attuazione della Costituzione: livelli essenziali e scelte di sussidiarietà a raffronto*, in Id., (a cura di), *Itinerari di sviluppo del regionalismo italiano*, Milano, 2005, p. 206.

Qualunque sia il percorso ricostruttivo prescelto, l'ipotetica lettura collaborativa delle interferenze da materie trasversali, una volta affermata, si imbatterà comunque in uno dei principali limiti dell'intervento di revisione del 2001, quello dell'assenza di sedi organiche di raccordo in grado di incidere sulla dimensione legislativa[20]. Come per altri casi di integrazione competenziale[21], la dinamica cooperativa è destinata pertanto a scivolare dal piano della produzione normativa primaria a quello del raccordo tra esecutivi, in una dimensione amministrativa[22]. Ricongiungendo gli ultimi due spunti prospettati (la non scontata portata collaborativa della trasversalità; la caduta della collaborazione dal piano legislativo a quello amministrativo) è opportuno ricordare come l'inattuato art. 11 della legge costituzionale n. 3 del 2001 profili, mediante il rafforzamento procedurale del co. 2, un impulso alla collaborazione legislativa per le sole leggi statali riconducibili alla potestà concorrente[23] (oltre che all'art. 119 Cost.); laddove, invece, tutte le materie dell'art. 117 co. 2 restano indistintamente rimesse al normale procedimento legislativo[24].

Come ultima notazione preliminare, intesa anche a delimitare il campo della presente riflessione, va evidenziato come la trasversalità si presenti invero nozione alquanto indefinita nei suoi precisi contorni. Partendo dalla distinzione tra *ambito materiale* e *materia*, che nell'art. 117 Cost. «separa le etichette "vuote"

[20] Sul legame tra Camera di rappresentanza territoriale e modello cooperativo cfr. P. BILANCIA, *Osservazioni a prima lettura sulla configurazione proposta di Senato federale e sul bicameralismo «asimmetrico»*, in F. Bassanini (a cura di), *Costituzione. Una riforma sbagliata. Il parere di sessantatré costituzionalisti*, Firenze-Antella, 2004, p. 442; N. OCCHIOCUPO, *Le Regioni in Parlamento. Attualità di una ormai antica proposta: la Camera delle Regioni*, in *Le Regioni*, n. 5, 1989, p. 1335 ss.; G. FALCON, *Il modello* Bundesrat *e le riforme istituzionali italiane*, in *Le Regioni*, n. 2-3, 1997, p. 277; R. BIFULCO, *Il bilancino dell'orafo. Appunti per la riforma del Senato,* in *Politica del diritto,* n. 2, 2003, p. 209 ss.

[21] Ad esempio, quello della concorrenza di competenze (non prevalenti) o dell'attrazione in sussidiarietà della funzione legislativa, quest'ultimo inaugurato dalla celebre sentenza n. 303 del 2003. In tale pronuncia, invero, potevano intravedersi spazi per una collaborazione rivolta ad incidere sull'esercizio della funzione legislativa, prospettiva poi smentita da passaggi giurisprudenziali successivi. Nuove aperture in tal senso si ritrovano ora nella sent. n. 251 del 2016, laddove viene però in rilievo specifico la produzione normativa primaria mediante delegazione legislativa: tra i molti commenti alla decisione, cfr. A. POGGI - G. BOGGERO, *Non si può riformare la p.a. senza intesa con gli enti territoriali: la Corte costituzionale ancora una volta dinanzi ad un Titolo V incompiuto. Nota alla sentenza n. 251/2016*, in *federalismi.it*, n. 25, 2016; R. BIFULCO, *L'onda lunga della sentenza 251/2016 della Corte costituzionale*, in *federalismi.it*, n. 3, 2017; S. AGOSTA, *Nel segno della* continuità *(più che della vera e propria* svolta*) l'apertura alla leale collaborazione tra Stato e Regioni della sent. n. 251/2016 sulla delega in materia di riorganizzazione della P.A.*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 18 gennaio 2017. Sul seguito della pronuncia, che ne ridimensiona la portata innovativa, cfr. C. CARUSO, *La leale collaborazione ai tempi del* judicial regionalism. *Da metodo di governo a criterio di giudizio*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4, 2021, p. 917 ss.; A. AMBROSI, *La partecipazione delle Regioni ai procedimenti legislativi statali, a quattro anni dalla sent. n. 251 del 2016*, in *Le Regioni*, n. 1-2, 2021, p. 272 ss.

[22] Sui limiti del sistema delle Conferenze come sede di raccordo tra Stato e regioni, cfr. di recente C. CARUSO, *Cooperare per unire. I raccordi tra Stato e regioni come metafora del regionalismo incompiuto*, in *Rivista del Gruppo di Pisa,* n. 1, 2021, p. 296 ss. (pure ID., *La leale collaborazione*, cit., p. 920 ss.); A. POGGI, *Tornare alla normalità dei rapporti Stato-Regioni. Errori da evitare e lezioni da meditare*, in *federalismi.it*, n. 25, 2020, pp. ix-x

[23] In questo caso, dunque, sarebbe quello specifico procedimento – che coinvolge la Commissione bicamerale per le questioni regionali integrata da rappresentanti regionali – a innestare elementi di collaborazione su una tipologia di competenza legislativa che ne è, di per sé, sprovvista.

[24] Lo rileva G. TARLI BARBIERI, *I nodi irrisolti del regionalismo italiano, a venti anni dalla riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, n. 1-2, 2021, p. 229.

da quelle che invece indicano contenuti tangibili», si è presto sottolineato come «di materie di questo secondo tipo ce ne [siano] davvero poche»[25].

Ancora, una portata trasversale – incidente sul riparto di competenze legislative – può rinvenirsi in dati normativo-costituzionali rinvenibili al di fuori del Titolo V, Parte seconda della Carta fondamentale[26]. La Corte costituzionale ha infatti individuato, in più occasioni, *valori costituzionali primari* posti al di sopra dei disposti dell'art. 117. La ricerca scientifica, ad esempio, pur ricompresa – in quanto materia – nell'elenco della potestà concorrenti, presenterebbe anche una consistenza di *valore*, radicata negli artt. 9 e 33 Cost., «in grado di rilevare a prescindere da ambiti di competenze rigorosamente delimitati»[27]. Discorso analogo vale per l'«interesse generale allo sviluppo della cultura» (anch'esso riconducibile all'art. 9 Cost.), «il cui perseguimento fa capo alla Repubblica in tutte le sue articolazioni [...] anche al di là del riparto di competenze per materia fra Stato e Regioni»[28]; o, ancora, per il principio del pluralismo informativo esterno, «uno degli imperativi ineludibili emergenti dalla giurisprudenza costituzionale in materia di emittenza televisiva [...], esprimendo l'informazione una condizione preliminare per l'attuazione dei principi propri dello Stato democratico»[29].

Sebbene si tratti di profili di indubbio rilievo per la ricostruzione degli equilibri (o degli squilibri) dell'assetto autonomistico, l'attenzione sarà in questa sede focalizzata su alcuni specifici titoli competenziali dell'art. 117, co. 2 Cost. che, espressamente e in via consolidata, sono qualificati come "trasversali" dalla giurisprudenza della Corte, soffermandosi in particolare sulla loro (ipotetica) valenza collaborativa. Si tratta, precisamente, della «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale» (lett. *m*); della «tutela della concorrenza» (lett. *e*); della «tutela dell'ambiente» (lett. *s*)[30]. Si escludono pertanto dall'analisi

[25] Così F. BENELLI – R. BIN, *Prevalenza*, cit., p. 1190.

[26] Sulle reciproche implicazioni tra disposizioni del Titolo V, Parte II Cost. (e, nello specifico, l'art. 117) e la Parte I della Carta, cfr. R. BIFULCO, *La tutela della concorrenza tra parte I e II della Costituzione (in margine alla sent. 14/2004 della Corte costituzionale)*, in *Le Regioni*, n. 4-5, 2008, p. 793 ss.

[27] Cfr. sent. n. 423 del 2004. Nello stesso senso, sent. n. 31 del 2005; n. 270 del 2005; n. 133 del 2006.

[28] Cfr. sent. n. 307 del 2004.

[29] Così sent. n. 151 del 2005.

[30] Si tratta peraltro di una schematizzazione che trova numerosi riscontri in dottrina: v. ad esempio S. MANGIAMELI, *Il principio cooperativo*, cit., pp. 110-111; A. D'ATENA, *Diritto regionale*, Torino, 2010, p. 149; C. BERTOLINO, *Il principio*, cit., pp. 69-70; S. CALZOLAIO, *Il cammino delle materie nello Stato regionale. La definizione delle competenze legislative nell'ordinamento costituzionale*, Torino, 2012, p. 194 (che si riferisce alle «tre principali materie trasversali», tenendo separato il discorso per l'ordinamento penale pur ricompreso tra le stesse); B. CARAVITA, *Lineamenti di diritto costituzionale federale e regionale*, Torino, 2009, pp.143-144 (che aggiunge anche la competenza di cui alla lett. *r* dell'art. 117, co. 2 Cost., che appare però – al di là del carattere trasversale – di più limitato rilievo sistematico rispetto alle altre richiamate); G. SCACCIA, *Le competenze*, cit., pp. 479-480 (che considera anche la «determinazione delle funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane»); G. ARCONZO, *Le materie*, cit., p. 182 ss. (che considera anche l'ordinamento civile e penale). Da ultimo, v. M. BELLETTI, *Dinamiche evolutive delle materie trasversali, tra tentativi di stabilizzazione e prospettive di involuzione*, in *federalismi.it*, n. 20, 2022, p. 19, considera i tre titoli competenziali in questione quelli per i quali la «trasversalità sarebbe pacifica».

anche quelle competenze tipizzate nell'art. 117 (nel secondo e nel terzo comma)[31] che, pur non configurando vere e proprie «materie oggetto» (il che ha portato, in maniera oscillante, a qualificarle come trasversali), appaiono, più che «materie scopo», «materie-tipo di disciplina»[32].

2. Il primo assestamento: la trasversalità immateriale

È significativo che sia la prima pronuncia della Corte costituzionale concernente l'assetto del Titolo V modificato dalla revisione del 2001 a definire i livelli essenziali delle prestazioni in termini non di «"materia" in senso stretto, ma di una competenza del legislatore statale idonea ad investire tutte le materie, rispetto alle quali il legislatore stesso deve poter porre le norme necessarie per assicurare a tutti, sull'intero territorio nazionale, il godimento di prestazioni garantite, come contenuto essenziale di tali diritti, senza che la legislazione regionale possa limitarle o condizionarle» (sent. n. 282 del 2002)[33]. E, tuttavia, in tale pronuncia del titolo competenziale né si fa uso ai fini decisori né si definisce la valenza collaborativa: la lettura propostane appare anzi orientata alla separazione tra modalità normative di intervento («senza che la legislazione regionale possa limitarle o condizionarle»). È stato ad ogni modo evidenziato come già a questa prima prospettazione della Corte fosse sottesa l'esigenza di limitare la portata espansiva dei livelli essenziali[34], i cui rischi per gli equilibri dell'assetto autonomistico erano stati prontamente prefigurati dalla dottrina[35].

Diverso è l'approccio che si riscontra nella sentenza n. 88 del 2003: la lett. *m* dell'art. 117, co. 2 Cost. «attribuisce al legislatore statale un fondamentale strumento per garantire il mantenimento di una adeguata uniformità di trattamento sul piano dei diritti di tutti i soggetti, pur in un sistema caratterizzato da un livello di autonomia regionale e locale decisamente accresciuto. La conseguente forte incidenza sull'esercizio delle funzioni nelle materie assegnate alle competenze legislative ed amministrative delle Regioni e delle Province autonome impone evidentemente che queste scelte, almeno nelle loro linee generali, siano operate dallo Stato *con legge, che dovrà inoltre determinare adeguate procedure e precisi atti formali per procedere alle specificazioni ed articolazioni ulteriori che si rendano necessarie nei vari settori*» (mio il corsivo).

---

[31] Sulla trasversalità di alcuni titoli competenziali attribuiti alla potestà concorrente, cfr. M. BELLETTI, *Dinamiche evolutive*, cit., p. 19 ss.; F. BENELLI – R. BIN, *Prevalenza*, cit., p. 1191 ss.

[32] Come, ad esempio, l'«ordinamento civile e penale» o «le norme processuali» (art. 117, co. 2, lett. *l*): per tale categoria di competenze cfr. F.S. MARINI, *La Corte costituzionale nel labirinto delle materie «trasversali»: dalla sentenza n. 282 alla n. 407 del 2002*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2003, p. 2952 (nota n. 5). Una più articolata distinzione, tra materie trasversali, «a tendenza trasversale» e materie «ombrello» è proposta da S. CALZOLAIO, *Il cammino*, cit., p. 186 ss.

[33] Sulla pronuncia, cfr. R. BIN, *Il nuovo riparto di competenze legislative: un primo, importante chiarimento*, in *Le Regioni*, n. 6, 2002, p. 1145 ss.; L. VIOLINI, *La tutela della salute e i limiti al potere di legiferare: sull'incostituzionalità di una legge regionale che vieta specifici interventi terapeutici senza adeguata istruttoria tecnico-scientifica*, in *Le Regioni*, n. 6, 2002,p. 1450 ss.; B. CARAVITA, *Prime precisazioni della Corte costituzionale sulla potestà legislativa regionale nel nuovo art. 117*, in *Federalismi.it*, 26 giugno 2002; A. D'ATENA, *La Consulta parla... e la riforma del titolo V entra in vigore*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 3, 2002, p. 2027 ss.

[34] Sul punto R. BIN, *Il nuovo riparto*, cit., p. 1147.

[35] Cfr. A. D'ATENA, *Materie*, cit., pp. 22-23; G. ARCONZO, *Le materie*, cit., p. 194 ss.

La portata aperta che la Corte richiede alla legge statale di determinazione dei livelli essenziali può essere ritenuta una diretta implicazione del principio cooperativo[36]: è questo, infatti, che – trattandosi di decisione resa in sede di conflitto intersoggettivo – determina il tono costituzionale della controversia (evitando che la stessa degradi a mero problema di legittimità di un decreto ministeriale non conformatosi alle procedure definite a livello regolamentare o legislativo)[37]. In siffatta visione, la trasversalità si appoggia necessariamente alle sfere di autonomia legislativa (concorrente o residuale) delle regioni: non avendo consistenza materiale autonoma, diviene tangibile solo nel contatto con esse (mentre privo di rilievo, concettuale e pratico, risulterebbe il rapporto tra competenze trasversali dello Stato e competenze legislative di altro tipo dello Stato medesimo, o una competenza trasversale rispetto a sé stessa che si configurerebbe a quel punto come materia *sic et simpliciter*). Ne deriva sempre, inevitabilmente, un intreccio tra sfere di competenza che – in un clima probabilmente segnato ancora da un certo entusiasmo autonomistico animato dalla revisione del 2001 – vuole evitarsi si traduca in una eccessiva compressione delle competenze degli enti regionali.

Lo schema definito con la sentenza n. 88 del 2003 può essere letto come tentativo di tracciare la strada per un *adeguamento dei metodi della legislazione* coerente con l'art. 5 Cost., ossia con una delle norme costituzionali – probabilmente la principale norma costituzionale – che costituiscono il fondamento del principio di leale collaborazione[38]. Nello specifico, la legge statale – per quanto non cooperativa nel suo procedimento di formazione in ragione delle carenze del disegno autonomistico, anche nella versione riformata – non deve comunque assumere, quando incrocia competenze regionali, contenuti *rigidamente strutturati a priori ai fini della loro traduzione autoritaria da parte di una burocrazia gerarchizzata*[39]*,* dovendo piuttosto risultare aperta ad una loro più specifica definizione generata (anche) dal confronto, sul piano amministrativo, con le istanze espresse dalle autonomie territoriali.

La sentenza n. 88 lasciava in ogni caso aperte non poche incertezze: la conformazione delle procedure definite a livello legislativo sembrava destinata a variare in rapporto alle *necessità dei diversi settori* materiali (si riprendono le parole della Corte); per quello sanitario – toccato dalla decisione – non si desume in termini univoci la *forza* dello strumento collaborativo da utilizzare, e in particolare se possa ritenersi sufficiente il ricorso al parere (come previsto dall'art. 118 del DPR n. 309 del 1990) o si imponga invece l'intesa (secondo il disposto dell'art. 54 della legge 289 del 2002).

---

[36] Cfr. A. SIMONCINI, *Non c'è alternativa alla leale collaborazione. Dalla Corte le prime indicazioni su regolamenti del Governo e «livelli essenziali» nelle materie regionali*, in *Le Regioni*, n. 6, 2003, p. 1213, che parla di una *riserva di legge relativa rinforzata*, nel rispetto della quale occorre «determinare *procedure adeguate* e *precise tipologie di atti formali* attraverso cui il Governo può specificare ed articolare i livelli essenziali nei diversi settori».

[37] Sul punto E. BALBONI, *I livelli essenziali e i procedimenti per la loro determinazione*, in *Le Regioni*, n. 6, 2003, p. 1186.

[38] Insieme all'art. 97 Cost. e, dopo la revisione del Titolo V, all'art. 120 Cost. (sebbene, come già segnalato, in riferimento alla specifica dimensione dei poteri sostitutivi).

[39] Si è parafrasato, nella parte in corsivo, il pensiero di G. BERTI, *Art. 5,* cit., p. 290.

Tali dubbi sono sciolti solo apparentemente da una decisione successiva, la sentenza n. 134 del 2006. Essa, da un lato, ampia la portata della nozione di livelli essenziali (ricomprendendo al suo interno anche le modalità di erogazione delle prestazioni); dall'altro, ne rafforza la portata collaborativa, valorizzando lo strumento della intesa. Tale esito sembra però discendere non dal carattere costituzionalmente necessitato di quello specifico modulo cooperativo ma da esigenze di coerenza-ragionevolezza della disciplina dei procedimenti preposti alla determinazione dei diversi profili attinenti ai livelli di assistenza[40].
Nella giurisprudenza successiva, la Corte ribadisce il carattere «costituzionalmente necessitato» delle procedure collaborative[41], ma si iniziano a intravedere anche pronunciamenti di segno diverso: nella sentenza n. 279 del 2005, in materia di istruzione, determinati contenuti della disciplina statale vengono integralmente ricondotti alla lett. *m* dell'art. 117, co. 2, legittimando l'intervento regolamentare dello Stato senza necessità alcuna di coinvolgimento delle autonomie territoriali[42].
Nella fase di esordio della giurisprudenza costituzionale sul Titolo V revisionato, la seconda materia trasversale che emerge è quella della tutela dell'ambiente: anch'essa, nelle parole della Corte, «non una materia in senso tecnico […] configurabile come sfera di competenza statale rigorosamente circoscritta e delimitata, giacché, al contrario, essa investe e si intreccia indistricabilmente con altri interessi e competenze» (sent. n. 407 del 2002). È questo *intreccio di interessi e competenze* a collocarsi al centro dell'argomentazione, per le implicazioni – in quella vicenda processuale – tra tutela dell'ambiente, tutela della salute, governo del territorio, protezione civile, tutela e sicurezza del lavoro. Questa volta, però, l'argomentazione non sfocia nella prescrizione di procedure collaborative – nella sentenza manca anzi qualsiasi riferimento alla leale collaborazione – ma nella spinta alla integrazione di discipline normative definite, separatamente, a diversi livelli di governo. L'apertura alle regioni della Corte porta però ad ammettere che le stesse possano dettare, «nell'ambito delle proprie competenze […], una disciplina che sia maggiormente rigorosa […] rispetto ai limiti fissati dal legislatore statale, proprio in quanto diretta ad

[40] Su tali aspetti v. E. BALBONI - P.G. RINALDI, *Livelli essenziali, standard, leale collaborazione*, in *forumcostituzionale.it*, 7 settembre 2006; sui passaggi giurisprudenziali richiamati, v. pure L. TRUCCO, *Livelli essenziali delle prestazioni e sostenibilità finanziaria dei diritti sociali*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 3, 2012, p. 8 ss.
[41] Cfr. sent. n. 98 del 2007: «la «offerta "minimale" di servizi sanitari non è unilateralmente imposta dallo Stato, ma viene concordata per taluni aspetti con le Regioni in sede di determinazione dei livelli essenziali di assistenza (LEA) (secondo quanto questa stessa Corte, con le sentenze n. 134 del 2006 e n. 88 del 2003, ha ritenuto costituzionalmente necessitato)». Sulla pronuncia cfr. però le osservazioni critiche di A.S. DI GIROLAMO, *Livelli essenziali e finanziamento dei servizi sanitari alla luce del principio di leale collaborazione*, in *Le istituzioni del federalismo*, n. 3/4, 2007, p. 493 ss., riferite principalmente alla valenza non paritaria delle procedure collaborative, in ragione dei vincoli finanziari che ne condizionano gli esiti.
[42] L'argomentazione della Corte (sent. n. 279 del 2005) è, in merito, stringata e perentoria: «I regolamenti previsti dall'art. 7, comma 1, della legge n. 53 del 2003 riguardano la determinazione di livelli essenziali della prestazione statale in materia di assetto pedagogico, didattico e organizzativo e sono perciò riconducibili alla competenza statale esclusiva di cui all'art. 117, comma secondo, lettera *m*), della Costituzione. Le norme impugnate, che a tali regolamenti fanno riferimento, non ledono pertanto alcuna competenza regionale né contrastano con il principio di leale collaborazione». Sulla eterogeneità – anche in chiave cooperativa – dei procedimenti volti alla definizione dei livelli essenziali, cfr. C. PANZERA, *Mediazione politica e immediatezza giuridica dei livelli essenziali delle prestazioni*, in *Le Regioni*, n. 5-6, 2013, p. 1028 ss.

assicurare un più elevato livello di garanzie per la popolazione ed il territorio interessati»[43]. Come segnalato in dottrina, questa impostazione rischiava invero di rendere la trasversalità meramente «simbolica», quantomeno in talune circostanze: ad esempio allorquando la tutela dell'ambiente incrocia (come nel caso della sentenza n. 407) materie di tipo concorrente, potendo risultare già sufficiente, ai fini della fissazione da parte dello Stato degli standard minimi, la legislazione statale di principio[44].

L'idea di standard di tutela derogabili *in melius* dalle Regioni esprime ad ogni modo un *favor* autonomistico, in quanto presuppone la frammentazione di una competenza, in principio esclusiva, ritagliandone la porzione lasciata allo Stato[45]. Ed è proprio questa costruzione che – in riferimento alla giurisprudenza dei primi anni di vigenza del Titolo V riformato – sarà considerata da qualche autore come connotativa della trasversalità in quanto tale: «la legge regionale può avventurarsi lungo la strada delle materie trasversali e può anche spingersi più in là della legge dello Stato, a condizione però di rispettare la direzione di marcia e le coordinate del percorso»[46]. Nel caso della tutela dell'ambiente sembrano però assenti implicazioni di natura collaborativa nel senso indicato in premessa: a livelli essenziali delle prestazioni consegnati ad una definizione improntata alla collaborazione (nella loro essenzialità, innalzabili dalle regioni)[47], si affiancano standard di protezione ambientale (minimi-essenziali e potenziabili anch'essi dalle regioni)[48] rimessi invece alla decisione unilaterale del legislatore statale. Un differente *status* che non sembra potersi radicare – quantomeno non secondo chiari criteri – nella profondità dell'intreccio competenziale, che proprio nella vicenda decisa con la sentenza n. 407/2002 risulta particolarmente fitto[49].

---

[43] In sostanziale continuità con siffatta pronuncia, si vedano le sentenze n. 536 del 2002 (in riferimento alle Regioni speciali) e nn. 222 e 226 del 2003, n. 259 del 2004.

[44] Cfr. F.S. MARINI, *La Corte*, cit., p. 2955.

[45] Sul punto, in senso critico, M. CECCHETTI, *Legislazione statale e legislazione regionale per la tutela dell'ambiente: niente di nuovo dopo la riforma costituzionale del Titolo V*, in *Le Regioni*, n. 1, 2003, pp. 325 ss.: siffatta visione farebbe sbiadire il principio di unitarietà dell'ambiente affermatosi in sede europea e nella giurisprudenza della Corte costituzionale antecedente alla riforma del Titolo V. Cfr. anche S. MANGIAMELI, *Sull'arte*, cit., p. 343 ss.; S. CALZOLAIO, *Il cammino*, cit., p. 187; e, da ultimo, M. BELLETTI, *Dinamiche evolutive*, cit., p. 22 ss., che parla di «duplice potenzialità» della materia in questione (in quanto intesa a consentire tanto l'intervento statale quanto quello regionale: sul punto già F. BENELLI – R. BIN, *Prevalenza*, cit., p. 1203 ss.), sottolineando la continuità con il quadro emerso nella giurisprudenza anteriore alla revisione del 2001. Anche A. D'ATENA, *Materie legislative*, cit., p. 20 (nota n. 19) e F.S. MARINI, *La Corte*, cit., p. 2952, sottolineano come ai fini della qualificazione della tutela dell'ambiente come materia trasversale giochi un peso decisivo un inquadramento storico-normativo.

[46] Così C. MAINARDIS, *«Materie» trasversali statali e (in)competenza regionale*, in *Le Regioni*, n. 5, 2010, pp. 1129-1130: «le Regioni non perdono la possibilità di esercitare le proprie competenze […], purché rispettino i "punti di equilibrio" tra interessi costituzionalmente protetti e assicurino una tutela dei valori costituzionali in gioco non inferiore (e semmai superiore) agli *standard* fissati dalla legislazione statale».

[47] Cfr. M. BELLETTI, *I "livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali..." alla prova della giurisprudenza costituzionale. Alla ricerca del parametro plausibile...*, in *Le Istituzioni del federalismo*, n. 3/4, 2003, p. 619; A. SIMONCINI, *Non c'è alternativa*, cit., p. 1209 ss.

[48] Cfr. F. FRACCHIA, *Sulla configurazione giuridica unitaria dell'ambiente: art. 2 Cost. e doveri di solidarietà ambientale*, in *Il diritto dell'economia*, 2002, p. 240; criticamente, M. CECCHETTI, *Legislazione*, cit., p. 327.

[49] È anzi questo il profilo ritenuto da M. CECCHETTI, *Legislazione statale*, cit., pp. 320 ss., «l'elemento di maggiore interesse» della decisione.

La prospettiva collaborativa – se essa va intesa come qualcosa di diverso dalla semplice integrazione tra sfere competenziali – resta marginale anche con riferimento alla tutela della concorrenza, che «costituisce una delle leve della politica economica statale e pertanto non può essere intesa soltanto in senso statico, come garanzia di interventi di regolazione e ripristino di un equilibrio perduto, ma anche in quell'accezione dinamica […] che giustifica misure pubbliche volte a ridurre squilibri, a favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato o ad instaurare assetti concorrenziali». Nella sentenza n. 14 del 2004 – da cui è ripreso il passaggio appena citato – il ragionamento della Corte è tutto incentrato sulla dimensione degli interessi: «una dilatazione massima di tale competenza, che non presenta i caratteri di una materia di estensione certa, ma quelli di una funzione esercitabile sui più diversi oggetti, rischierebbe di vanificare lo schema di riparto dell'art. 117 Cost.»; in ragione di tale pericolo, un «intervento statale si giustifica […] per la sua rilevanza macroeconomica […]. Appartengono, invece, alla competenza legislativa concorrente o residuale delle Regioni gli interventi sintonizzati sulla realtà produttiva regionale»[50].

Su queste premesse, la legittimità degli interventi statali è dunque misurata sulla loro ragionevolezza: il controllo di costituzionalità sarà essenzialmente «diretto a verificare che i loro presupposti non siano manifestamente irrazionali e che gli strumenti di intervento siano disposti in una relazione ragionevole e proporzionata rispetto agli obiettivi attesi». La leale collaborazione – pur evocata quale parametro di giudizio dalle regioni ricorrenti – non viene mai richiamata dalla Corte in motivazione, neanche quando avrebbe potuto rafforzare l'argomentazione in ordine alla legittimità di alcune delle disposizioni legislative impugnate[51]. I livelli di intervento appaiono così ancor più separati che nel caso della tutela dell'ambiente: a fronte di quelli di respiro macroeconomico rimessi all'intervento dello Stato, residuerà in capo alle Regioni uno spazio per «misure […] calibrate sul proprio ambito territoriale per incentivare lo sviluppo economico»[52]. La trasversalità si risolve, nel caso della tutela della concorrenza, in una clausola rivolta a soppesare la dimensione degli interessi sottesi all'intervento legislativo (statale o regionale).

Se tutte le materie traversali considerate sono dunque accompagnate, quantomeno in questa prima fase di elaborazione giurisprudenziale, dalla individuazione di «un contro-limite in base al quale limitarne (o,

[50] Nel solco della sent. n. 14 del 2004, si vedano anche le decisioni nn. 272, 320 e 345 dello stesso anno.

[51] Si vedano, in particolare, i punti del *considerato in diritto* nn. 5 e 7, nei quali si discorre di previsioni statali che contemplavano, nella loro messa in opera, la previa intesa da raggiungere in sede di Conferenza. Sul mancato richiamo della pronunzia alla leale collaborazione, cfr. R. BIFULCO, *La tutela*, cit., p. 798 ss. In parziale controtendenza la sentenza n. 1 del 2008 (spec. punto 7.3 del *considerato in diritto*), laddove la Corte censura la mancata previsione di strumenti cooperativi, riconducendone però la specifica definizione alla discrezionalità del legislatore statale.

[52] Siffatta schematizzazione, analogamente a quella proposta dalla Corte per la tutela dell'ambiente nella sentenza 407/2002, spinge P. CAVALERI, *La definizione e la delimitazione delle materie di cui all'art. 117 della Costituzione*, in *Rivista Aic*, 2004, a parlare di una trasversalità «in chiave di reciprocità», che giocherebbe a vantaggio dei titoli di intervento regionali (concorrenti o residuali); in senso analogo, G. ARCONZO, *Le materie*, cit., p. 213; F. BENELLI, *La costruzione delle materie e le materie esclusive statali*, in *Le Regioni*, n. 2-3. 2011, p. 271 ss.;

comunque, poterne governare in via interpretativa) la capacità espansiva in danno alle competenze regionali»[53], è solo nel caso dei livelli essenziali che siffatto contro-limite sembra essere direttamente e chiaramente individuato, pur con le incertezze segnalate, nella leale collaborazione.

3. La trasversalità materiale prevalente

Nei successivi sviluppi giurisprudenziali le tre materie trasversali sono rilette in chiave di più accentuata esclusività (valorizzandone la collocazione nel secondo comma dell'art. 117) e, dunque, di separazione. Ciò accade, in particolare, evocando la logica sottesa al criterio di prevalenza: tale soluzione interpretativa suggerisce due preliminari ordini di osservazioni.

In primo luogo, si è rilevato che «applicare il *criterio della prevalenza* a vantaggio di competenze esclusive *trasversali* statali […] può sembrare addirittura eccessivo se si pensa che la materia *trasversale* reca già implicita una portata espansiva – e dunque una sostanziale *prevalenza* – a detrimento delle competenze regionali. Il *criterio della prevalenza* applicato alle materie *trasversali* ha, a ben vedere, un preciso significato, quello di impedire in concreto finanche quelle limitate ingerenze consentite alle Regioni nelle maglie larghe della competenza *trasversale*, purché giustificate da un autonomo titolo di legittimazione»[54]. E si impedisce, altresì, di considerare costituzionalmente necessaria l'operatività di strumenti cooperativi, avendo la Corte ricostruito prevalenza e collaborazione in termini alternativi: in tale prospettiva, lo spazio conquistato dalla prima implica l'inevitabile arretramento della seconda[55]. Una soluzione che invero non convince: il criterio della prevalenza, infatti, ben avrebbe potuto incidere unicamente sulla forza dello strumento cooperativo da utilizzare. L'appartenenza del nucleo essenziale di un complesso normativo ad una materia, piuttosto che ad altre, non si comprende perché debba radicare un intervento che preclude la partecipazione (quand'anche in forma debole) in rapporto a competenze assorbite, ma comunque intaccate, sia pure in modo marginale, dalla disciplina prevalente. Diversamente, risulterebbe più corretto parlare non di prevalenza ma di mera riconduzione di una disciplina legislativa ad uno specifico (ed unico) titolo competenziale.

---

[53] Così S. CALZOLAIO, *Il cammino*, cit., p. 192; in tema v. pure G. SCACCIA, *Le competenze*, cit., p. 485; L. VANDELLI, *La Repubblica delle autonomie nella giurisprudenza costituzionale*, in A. Pioggia - L. Vandelli (a cura di), *La Repubblica delle autonomie nella giurisprudenza costituzionale*, Bologna, 2005, p. 25.

[54] Così M. BELLETTI, *I criteri seguiti dalla Consulta nella definizione delle competenze di Stato e Regioni e il superamento del riparto per materie*, in *Le Regioni*, n. 5, 2006, pp. 920-921.

[55] Sulla valenza intrinsecamente duale del criterio di prevalenza, cfr. S. PARISI, *Argomentare e "centralizzare": patterns (giurisprudenziali) in tema di competenza residuale e spinte (legislative) verso il regionalismo duale*, in *Rivista Aic*, n. 2, 2016, p. 10 ss. Sottolinea come il criterio di prevalenza giochi, di fatto, sempre a vantaggio della competenza statale, risolvendosi in una «riedizione post-riforma dell'interesse nazionale», R. BIN, *Prevalenza senza criterio*, in *Le Regioni*, n. 3-4, 2009, pp. 619-620; in merito cfr. pure E. BUOSO, *Concorso di competenze, clausole di prevalenza e competenze prevalenti*, in *Le Regioni*, n. 1, 2008, p. 81 ss.; C. MAINARDIS, *«Materie»*, cit. p. 1132 ss.; F. BENELLI, *La costruzione*, cit., pp. 282-283.

In secondo luogo, e conseguentemente, ci si deve chiedere se la combinazione di prevalenza e trasversalità non si risolva, in definitiva, nella negazione di quest'ultima: in qualche modo, infatti, «il criterio della prevalenza smentisce la stessa natura "teleologica" che in origine era propria delle materie trasversali»[56]. La «fisiologia delle materie trasversali»[57], come ricordato, dovrebbe infatti presupporre una carenza di autonomia materiale del titolo competenziale (*materia non-materia*, appunto)[58], destinato pertanto ad assumere consistenza solo nella sua integrazione con materie in senso pieno; in tale chiave, esse perderebbero il connotato della esclusività, pur se ricomprese nel co. 2 dell'art. 117 Cost.[59]. E, in effetti, si dà un netto scarto tra la trasversalità intesa come «campo di sperimentazione e limatura della leale collaborazione» (pur con le differenze e le precisazioni segnalate) e il «criterio interpretativo basato sulla *prevalenza* della materia che […] parrebbe riproporre in veste nuova i consolidati meccanismi di operatività del previgente limite dell'interesse nazionale»[60].

Coerenti con un'idea di *trasversalità (strutturalmente) non prevalente* risultavano alcuni passaggi della stessa giurisprudenza costituzionale: ad esempio laddove si affermava, con riferimento ai livelli essenziali, come «tale titolo di legittimazione legislativa non può essere invocato se non in relazione a specifiche prestazioni delle quali la normativa statale definisca il livello essenziale di erogazione, risultando viceversa del tutto improprio e inconferente il riferimento all'art. 117, secondo comma, lettera *m*), Cost., al fine di individuare il fondamento costituzionale della disciplina, da parte dello Stato, di interi settori materiali»[61]; e, in termini ancora più espliciti (per quanto stringati), allorquando si sottolineava che i titoli trasversali, «per il fatto che non si esauriscono in un delimitato ambito materiale […], non si prestano ad un giudizio di prevalenza»[62].

Si tratta di affermazioni che trovano molteplici smentite nell'evoluzione della giurisprudenza della Corte.

---

[56] R. BIN, *Il governo*, cit., p. 521: «il linguaggio teleologico della trasversalità aveva schiuso il campo della gestione comune e coordinata delle politiche pubbliche, ma il criterio della prevalenza ha consentito invece allo Stato di appropriarsi di tutti gli oggetti o argomenti di cui la trasversalità può condurre ad occuparsi, edificandoli come parte della materia "esclusiva" (e talvolta di quella "concorrente")».

[57] La formula è di F. BENELLI, *Separazione vs collaborazione: due nuove pronunce della Corte costituzionale in tema di tutela dell'ambiente e di materie trasversali*, in *Le Regioni*, n. 4-5, 2008, p. 911.

[58] A. D'ATENA, *Materie legislative*, cit., p. 21.

[59] In tal senso, F. BENELLI – R. BIN, *Prevalenza*, cit., p. 1195 (nonché p. 1203 ss.): «le "materie trasversali" portano lo Stato a "invadere" ambiti materiali regionali, ma consentono altresì alle Regioni, nell'esercizio delle attribuzioni loro riconosciute dalla Costituzione, di emanare leggi che oltrepassano la membrana che avvolge le competenze statali, anche se esse sono definite "esclusive". Il che vuol semplicemente dire che quelle competenze non sono più esclusive». Sul punto v. pure F. BENELLI, *La costruzione*, cit., p. 275; G. SCACCIA, *Le competenze*, cit., p. 482.

[60] Così C. PANZERA, *I livelli essenziali delle prestazioni fra sussidiarietà e collaborazione (in margine a Corte cost. n. 10/2010)*, in *Le Regioni*, n. 4, 2010, p. 951.

[61] Così la sent. n. 285 del 2005; nello stesso senso, sent. nn. 16 3 236 del 2004, n. 383 del 2005 e n. 387 del 2007 (su quest'ultima pronuncia, per il profilo che interessa in questa sede, cfr. E. BALBONI, *Gli standard strutturali delle istituzioni di assistenza tra livelli essenziali e principi fondamentali*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 2, 2007, p. 4333 ss.); cfr. pure L. TRUCCO, *Livelli essenziali*, cit., p. 14 ss.

[62] Sentenza n. 133 del 2006, in tema di tutela dell'ambiente e ricerca scientifica; sulla decisione cfr. C. LOMBARDI, *Regioni e ricerca scientifica, ovvero l'«eclissi delle materie»?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 2, 2006, p. 1240 ss.

La logica della *trasversalità prevalente* si afferma, in termini particolarmente chiari, in riferimento alla tutela della concorrenza[63]. Con la sentenza n. 401 del 2007, la Corte riconduce la disciplina degli appalti al suddetto titolo competenziale: questo continuerebbe ad essere caratterizzato da una «natura trasversale, non presentando i caratteri di una materia di estensione certa, ma quelli di "una funzione esercitabile sui più diversi oggetti"»; e, tuttavia, «[n]ello specifico settore degli appalti deve […] ritenersi che la interferenza con competenze regionali si atteggia, in modo peculiare, non realizzandosi normalmente un intreccio in senso stretto con ambiti materiali di pertinenza regionale, bensì *la prevalenza della disciplina statale su ogni altra fonte normativa*»[64].

Anche il modo di scrutinare la proporzionalità e l'adeguatezza dell'intervento statale si discosta, nella sostanza, dal modello che era stato definito nella sent. n. 14 del 2004 proprio «al fine di "attenuare" l'impatto della trasversalità degli interventi statali a difesa della concorrenza sugli spazi di competenza legislativa regionale»[65]. Per il Giudice costituzionale, «una volta che sia stata riconosciuta come riconducibile alla materia in questione la normativa statale, la stessa può avere anche un contenuto analitico. La proporzionalità e l'adeguatezza non si misurano […] avendo riguardo esclusivamente al livello di dettaglio che connota quella specifica normativa. Se così fosse si verificherebbe una identificazione non consentita tra materie concorrenti e materie trasversali di competenza esclusiva che, invece, ricevono dalla Costituzione una differente disciplina»[66]. Questo approccio spinge il titolo competenziale verso la progressiva acquisizione di contorni materiali pieni, peraltro particolarmente ampi: «con la evidente "trasformazione" di una materia trasversale (alla disciplina della quale potevano concorrere pure le Regioni nell'esercizio delle proprie competenze […]) in un'area di esclusivo dominio statale, e ciò *a prescindere perfino dal livello di tutela dei valori in gioco*»[67].

---

[63] Cfr. R. BIN, *Prevalenza*, cit., pp. 618 ss., che parla di «svolta neo-centralistica della Corte» imperniata sul criterio della prevalenza, rispetto alla lettura collaborativa delle materie trasversali sottesa, ad avviso dell'Autore, alla precedente giurisprudenza costituzionale. In senso analogo F. BENELLI – R. BIN, *Prevalenza*, cit., p. 1207 ss., dove si parla di *riscrittura delle regole della trasversalità*.

[64] Sent. n. 401 del 2007 (mio il corsivo); in termini ancora più perentori, la successiva sent. n. 411 del 2008 (su cui cfr. R. BIN, *Prevalenza*, cit., p. 618 ss.).

[65] Così L. CASSETTI, *Appalti e concorrenza: quante sono le «anime» della competenza esclusiva statale in materia di «tutela della concorrenza»?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 6, 2007, pp. 4559-4560; e, in termini ancor più approfonditi, ID., *La Corte costituzionale "salva" le liberalizzazioni del 2006: dalla trasversalità alla "prevalenza" della competenza statale in materia di tutela della concorrenza*, in *federalismi.it*, n. 9, 2008. Cfr. anche R. BIN, *Alla ricerca della materia perduta*, in *Le Regioni*, n. 2, 2008, p. 404 (che parla della «riformulazione del giudizio di ragionevolezza e proporzionalità» come di una delle *novità* della decisione); C. MAINARDIS, *«Materie»*, cit., p. 1131; più di recente F. TRIMARCHI BANFI, *La tutela della concorrenza nella giurisprudenza costituzionale Questioni di competenza e questioni di sostanza*, in *Diritto pubblico*, n. 2, 2020, p. 601 ss.

[66] Sent. n. 401 del 2007; in direzione analoga le sentt. nn. 430, 443 e 452 dello stesso anno (commentate da L. CASSETTI, *La Corte*, cit.), nonché la sent. n. 283 del 2009 (con nota di E. CARLONI, *L'uniformità come valore. La Corte oltre la tutela della concorrenza*, in *Le Regioni*, n. 3, 2010, p. 670 ss.) e la n. 29 del 2010 (su cui C. MAINARDIS, *«Materie»*, cit., p. 1128 ss.).

[67] C. MAINARDIS, *«Materie»*, cit., p. 1131. Insiste su tale profilo anche E. CARLONI, *L'uniformità*, cit., pp. 680-681: «per quanto "smaterializzata" e "trasversale", la tutela della concorrenza acquista […] un suo oggetto» (nel caso specifico, la «intera disciplina dell'evidenza pubblica»).

Il modulo della prevalenza implica anche l'accantonamento di una logica collaborativa che, se già non era pienamente riconoscibile nello schema della trasversalità della tutela concorrenza costruito nel *leading case* del 2004, ora neanche può essere recuperata postulando una concorrenza di competenze (concettualmente connaturata alla trasversalità, almeno nella elaborazione inizialmente abbozzata dalla Corte costituzionale)[68]: «non sussiste alcun obbligo di coinvolgimento delle Regioni nella fase di esercizio della potestà regolamentare dello Stato nelle materie riservate alla sua competenza legislativa esclusiva. Ciò vale anche per la tutela della concorrenza, in ragione proprio del peculiare modo di atteggiarsi della sua trasversalità. Il rispetto delle regole collaborative può essere imposto a livello costituzionale nei soli casi in cui si verifichi un forte intreccio con competenze regionali […]. Si realizza, dunque, *una separazione tra competenza statale e competenza regionale* che non richiede […] particolari forme di leale collaborazione»[69]. In sintesi, ad affermarsi è il trinomio trasversalità-separazione-prevalenza (supremazia statale) piuttosto che quello trasversalità-integrazione-collaborazione.

Il medesimo approccio va ad attenuare quella valenza collaborativa dei livelli essenziali, apparsa centrale nella iniziale impostazione dalla Corte. Ciò accade, anche in questo caso, ritenendo applicabile il criterio della prevalenza alla clausola della lett. *m* dell'art. 117 co. 2, favorendone la materializzazione[70]. Un esito che, in termini ancor più espliciti ed estremi, si riscontra allorquando la legge statale intervenga in contesti caratterizzati da «straordinarietà, eccezionalità e urgenza», nello specifico quelli «conseguenti alla situazione di crisi internazionale economica e finanziaria che ha investito negli anni 2008 e 2009 anche il nostro Paese». In siffatto scenario, i livelli essenziali, saldandosi con gli artt. 2, 3 co. 2 e 38 Cost., legittimano l'intervento statale su una materia di competenza residuale (assistenza e servizi sociali), senza

[68] La leale collaborazione (nella forma dell'intesa) non viene qui recuperata neanche attraverso lo schema dell'attrazione in sussidiarietà, utilizzato dalla Corte in alcuni precedenti in materia: sul punto L. CASSETTI, *Appalti*, cit., p. 4561.

[69] Sent. n. 401 del 2007, (mio il corsivo): «nel caso in esame, le altre competenze regionali diventano l'oggetto sui cui incide la funzione espletata dallo Stato attraverso l'esercizio della potestà legislativa in materia di tutela della concorrenza. Ciò ovviamente non esclude che rientri nella discrezionalità del legislatore prevedere […] forme di cooperazione con i livelli di governo regionali nella fase di adozione di singoli atti regolamentari».

[70] Si veda la sentenza n. 80 del 2007, nella quale tuttavia è accolto il ricorso per conflitto di attribuzioni della Provincia autonoma di Bolzano in forza delle disposizioni statutarie e delle relative norme attuative; nonché la sent. n. 322 del 2009, che «rende possibile affermare che la semplificazione appare ormai una sorta di "nuova" materia trasversale», ricavata utilizzando la lett. *m* dell'art. 117, co. 2 Cost. in modo «discutibilmente estensivo», attraverso una «impropria e frammentaria dilatazione dei titoli di competenza esclusiva dello Stato, che vengono piegati per adattarli ai singoli casi concreti, anche a costo di rinnegare nella sostanza orientamenti precedenti che parevano sufficientemente consolidati»; «nel caso della disposizione oggetto della pronuncia […] non appare chiaro né il diritto né la "prestazione" il cui livello essenziale sarebbe garantito» (così G. TARLI BARBIERI, *La sentenza 322/2009 della Corte costituzionale: cosa rimane dell'autonomia regionale?*, in *Le Regioni*, n. 4, 2010, p. 834 e p. 838). In senso critico rispetto alla dilatazione dei livelli essenziali operato con quest'ultima pronuncia, cfr. pure T. LOBELLO, *Semplificazione dei controlli amministrativi tra livelli essenziali e tutela della concorrenza*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 6, 2009, p. 4870 ss.: «la legislazione statale [ritenuta dalla Corte conforme a Costituzione] ha disciplinato l'intera prestazione che dev'essere fornita […] e non si è limitata alla definizione dei livelli essenziali» (pp. 4872-4873). In senso adesivo all'impostazione *ampliativa* della Corte, cfr. G. MANFREDI, *Procedimento amministrativo e diritti civili*, in *Le Regioni*, n. 4, 2010, p. 858 ss. Nella stessa linea, v. pure la sent. n. 278 del 2010.

che si renda necessario garantire alcuna partecipazione regionale, né nella definizione della normativa primaria di dettaglio, né sul piano regolamentare, né su quello dell'esercizio delle funzioni amministrative implicate[71]. Tutto questo però – e qui la Corte prova a tenere vivo il contatto con i suoi precedenti, o almeno far apparire transitorio lo scostamento dagli stessi – ribadendo che «una volta cessata la situazione congiunturale […] dagli strumenti di coinvolgimento delle regioni e delle province autonome non si possa prescindere, avendo cura così di garantire anche la piena attuazione del principio di leale collaborazione, nell'osservanza del riparto delle competenze definito dalla Costituzione»[72]. Al di là di questa precisazione, è indubbio che si assista sia al riconoscimento «un nuovo "livello" interpretativo per la clausola contenuta nella lett. *m*), comma 2, dell'art. 117 Cost.», sganciato dall'esigenza – chiaramente suggerita dal tenore testuale della disposizione costituzionale – di semplice «fissazione di un livello strutturale e qualitativo di una data prestazione da garantire su tutto il territorio nazionale»; sia alla rottura «con tutti i precedenti che avevano interpretato l'art. 117, comma 2, lett. *m*) come norma espressiva di un sistema "multilivello" di attuazione dei diritti regolato dal principio di leale collaborazione»[73].

In tale fase, sembra dunque passare in secondo piano l'esigenza di contenere la portata espansiva dei livelli essenziali, pur cercando di mantenere – sebbene in maniera oscillante – il contatto degli stessi con la dimensione cooperativa[74].

Anche le segnalate aperture autonomistiche (non cooperative) connesse alla tutela trasversale dell'ambiente conoscono un certo ridimensionamento. Ciò accade, in primo luogo, allorquando la tutela dell'ambiente viene ad essere bilanciata con altri interessi costituzionali: in tale ipotesi, la deroga regionale *in melius*, in precedenza ammessa, viene esclusa, in quanto «si traduce in una alterazione, quindi in una violazione, dell'equilibrio tracciato dalla legge statale»[75].

---

[71] Sul punto C. PANZERA, *I livelli essenziali*, cit., p. 945 ss.: «è […] la prima volta nella giurisprudenza costituzionale che la forza attrattiva esercitata dalla competenza statale in materia di determinazione dei lep si espande in misura tale da far assumere a detta clausola una portata "totalizzante". Come una specie di *buco nero*, essa assorbe tutto quanto è assorbibile, non lasciando oltre a sé che un vuoto di competenza» (p. 946).

[72] I passaggi citati sono ripresi dalla sent. n. 10 del 2010.

[73] Così, a commento della decisione, E. LONGO, *I diritti sociali al tempo della crisi: la Consulta salva la social card e ne ricava un nuovo titolo di competenza statale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 1, 2010, p. 164 ss., che parla di «interpretazione fortemente filo-statalista della competenza suddetta - in precedenza fermamente arginata […]. Con questa sentenza la competenza a fissare i livelli essenziali viene trasformata in un contenitore vuoto, che il legislatore statale può usare per operare qualsiasi intervento purché trovi una giustificazione della necessità di garantire il "nucleo irriducibile" di un diritto fondamentale». Sulla decisione v. anche A. RUGGERI, *"Livelli essenziali" delle prestazioni relative ai diritti e ridefinizione delle sfere di competenza di Stato e Regioni in situazioni di emergenza economica (a prima lettura di Corte cost. n. 10 del 2010)*, in *forumcostituzionale.it*, 24 febbraio 2010; C. PANZERA, *I livelli essenziali*, cit., p. 941 ss.

[74] L'aggancio alla leale collaborazione continua, ad esempio, a riscontrarsi nelle sentenze n. 387 del 2007 e n. 322 del 2009, per quanto non appaia centrale nell'economia dell'argomentazione della Corte (com'era invece accaduto nelle prime decisioni in materia).

[75] Così nella sent. n. 331 del 2003; in senso analogo la sent. n. 307 del 2003. In tema cfr. G. M. SALERNO, *Derogabilità* in melius *e inviolabilità dell'equilibrio stabilito dalla legislazione statale organica*, in *Federalismi.it*, n. 14, 2003; sulla nozione di *punto di equilibrio*, posta al centro delle richiamate pronunce, cfr. R. BIN, *«Problemi legislativi e interpretativi nelle materie di competenza*

Vi è però un'altra strada che porta il titolo competenziale in questione a farsi più pervasivo, in forza del principio di unitarietà della tutela dell'ambiente[76]. Si tratta dell'acquisizione di una più piena consistenza materiale, passandosi da una materia-non materia (dunque pienamente trasversale) ad una materia-funzione[77]: «l'ambiente è un bene giuridico, che, ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera *s*), della Costituzione, funge anche da discrimine tra la materia esclusiva statale e le altre materie di competenza regionale»[78]. Si scorge anche qui, nelle parole della Corte, l'intento di rideclinare la trasversalità in termini di prevalenza: «si parla […] dell'ambiente come "materia trasversale", nel senso che sullo stesso oggetto insistono interessi diversi: quello alla conservazione dell'ambiente e quelli inerenti alle sue utilizzazioni. In questi casi, la disciplina unitaria del bene complessivo ambiente, rimessa in via esclusiva allo Stato, viene a *prevalere* su quella dettata dalle Regioni o dalle Province autonome, in materie di competenza propria, ed in riferimento ad altri interessi»[79].

Come nel caso della tutela della concorrenza, si va in direzione del superamento «di un eccessivo relativismo nell'enunciazione delle linee di confine tra competenze statali e regionali»[80], che vede in definitiva affermarsi il ruolo unificante dei poteri centrali: un percorso, dunque, che si presta ad essere letto in chiave di supremazia statale e si regge sulla prevalenza della tutela dell'ambiente, assecondandone la materializzazione[81]. Non mancano, invero, casi in cui l'intreccio di competenze è ritenuto più intricato, e recupera pertanto terreno una logica in senso pieno collaborativa (questa volta secondo lo schema che

regionale». Rileggendo Livio Paladin dopo la riforma del Titolo V, in AA.VV., *Scritti in memoria di Livio Paladin*, Napoli, 2004, p. 314 ss.; F. BENELLI – R. BIN, *Prevalenza*, cit., p. 1196 ss.; F. BENELLI, *La costruzione*, cit., p. 266 ss.

[76] Su cui cfr. M. CECCHETTI, *l principio costituzionale di unitarietà dell'ambiente*, in S. Grassi - M. Cecchetti - A. Andronio (a cura di), *Ambiente e diritto*, vol. I, Firenze, 1999, p. 257 ss., 16 ss.; nonché ID., *Principi costituzionali per la tutela dell'ambiente*, Milano, 2000, p. 72 ss.

[77] Esito prefigurato, criticamente rispetto alla sentenza n. 407 del 2002, da M. CECCHETTI, *Legislazione statale*, cit., p. 326 ss. Sulla materializzazione della tutela dell'ambiente, cfr. di recente A. VUOLO, *L'ambiente e il problematico assetto delle competenze tra Stato e Regioni*, in *Nomos*, n. 3, 2021, pp. 10-11; N. PIGNATELLI, *La dimensione ambientale nel più recente contenzioso costituzionale Stato-Regioni: profili processuali e sostanziali*, in *Federalismi.it*, n. 23, 2022, p. 253 ss.

[78] Corte cost., sent. n. 104 del 2008; di segno analogo già le decisioni nn. 367 e 378 del 2007, ritenute un «punto di svolta» della giurisprudenza costituzionale in materia ambientale: così M. CECCHETTI, *La materia «*tutela dell'ambiente e dell'ecosistema*» nella giurisprudenza costituzionale: lo stato dell'arte e i nodi ancora irrisolti*, in *federalismi.it*, n. 7, 2009, p. 19 ss.; e, successivamente, nn. 10, 12, 30, 61 e 275 del 2009. In tema, v. pure D. PORENA, *L'ambiente come "materia" nella recente giurisprudenza della Corte costituzionale: "solidificazione" del valore ed ulteriore "giro di vite" sulla competenza regionale*, in *federalismi.it*, n. 2, 2009.

[79] Corte cost., sent. n. 378 del 2007, punto 4 del *considerato in diritto* (mio il corsivo). Il processo descritto conduce, in alcuni casi, ad «accreditare una "confinazione" delle competenze statali e regionali»; in altri «a ricondurre interi ambiti di disciplina normativa − oggettivamente o teleologicamente considerati − alla competenza legislativa esclusiva dello Stato»: così M. CECCHETTI, *La materia*, cit., p. 20, che evidenzia le vistose oscillazioni della giurisprudenza della Corte, che non manca di riproporre – in base a criteri non univoci – l'impostazione fondata su standard minimi di tutela derogabili *in melius* dalle regioni. Sul punto v. pure G. ARCONZO, *Le materie*, cit., p. 221-222.

[80] Così F. BENELLI, *Separazione*, cit., p. 909.

[81] In tale direzione si muove sempre la sent. n. 104 del 2008, dove la Corte afferma, perentoriamente, che le Regioni «non possono reclamare un loro coinvolgimento nell'esercizio della potestà legislativa dello Stato in materia di tutela ambientale, trattandosi di una competenza statale esclusiva». Nel medesimo senso le sent. nn. 88 e 12 del 2009. Sulla dinamica *smaterializzazione-materializzazione*, cfr. F. BENELLI, *La «smaterializzazione» delle materie. Problemi teorici ed applicativi del nuovo Titolo V della Costituzione*, Milano, 2006; F. BENELLI – R. BIN, *Prevalenza*, cit., p. 1185 ss.

era stato confezionato dalla Corte in rapporto ai livelli essenziali): sul punto, tuttavia, la giurisprudenza non è sempre univoca, né in ordine alla forza degli strumenti cooperativi di volta in volta richiesti (ritenendosi talora sufficienti anche garanzie *minime* di partecipazione delle regioni)[82], né rispetto alla loro giuridica imprescindibilità[83].

Il rilievo del principio di leale collaborazione potrebbe essere recuperato anche per un'altra strada. Nell'osservazione delle tendenze (e delle oscillazioni) giurisprudenziali appena descritte, si è ritenuto che «la riserva allo Stato del potere di individuare i punti di equilibrio [tra diversi interessi costituzionali; tra diversi interessi che insistono sul bene ambiente (secondo l'approccio della sent. n. 105 del 2008)] non significa riconoscere alla legge statale una supremazia gerarchica rispetto alla legge regionale»[84]. Il presidio che avrebbe potuto scongiurare tale esito è rappresentato dal principio di sussidiarietà, che impone, in merito alla «individuazione dei punti di equilibrio normativo», «una verifica sulla ragionevolezza e proporzionalità delle scelte operate dal legislatore statale»[85]. Come prospettato in relazione alla tutela della concorrenza, i criteri regolatori dell'intervento statale sarebbero rappresentati da ragionevolezza e proporzionalità. Ma, come sempre l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale sulla tutela della concorrenza mostra, l'argine da esse costituito rischia di essere agevolmente travolto. E poco aiuta l'ancoraggio dei due criteri alla sussidiarietà: la ragionevole e proporzionata allocazione sussidiaria è per lo più affermata in maniera apodittica, tramutandosi in mero strumento di supremazia statale[86]. Un esito diverso potrebbe prodursi solo se la ragionevolezza della allocazione sussidiaria fosse parametrata sulle risultanze di procedimenti cooperativi, enfatizzando così la valenza giuridica del principio di sussidiarietà. Una ricostruzione, questa, con implicazioni di carattere generale, che sul piano concettuale resterebbe

[82] Si tratta dell'impostazione che si riscontra nella sent. n. 62/2005: sul rilievo, nella decisione, degli strumenti cooperativi, cfr. M. SCIARRA, *La "trasversalità" della tutela dell'ambiente: un confine "mobile" delle competenze legislative tra Stato e Regioni*, in *associazionedeicostituzionalisti.it*, 11 aprile 2005; N. MACCABIANI, *L'*acquis *della sentenza n. 62/2005: l'interesse nazionale (?)*, in *Forumcostituzionale.it*, 9 febbraio 2005, che lega la *forza* dello strumento cooperativo richiesto al titolo competenziale (esclusivo o concorrente) su cui poggia l'intervento statale. Si vedano pure le sent. n. 133 del 2006 e n. 105 del 2008, nelle quali è valorizzata invece l'intesa.

[83] Cfr., ad esempio, sent. n. 135 del 2005, nella quale si esclude la necessità di collaborazione nella forma anche del semplice dovere di informazione, distinguendosi però – in modo, invero, non del tutto convincente – tra l'assetto normativo transitorio (legittimo per quanto non collaborativo) da quello a regime (cooperativo ma ancora privo di operatività a causa dell'inerzia dell'ente territoriale). Sul punto v. V. VATTANI, *La riaffermazione dell'ambiente come "valore" costituzionalmente protetto ed una precisazione sugli* standard *di tutela nazionale: riflessioni sulla definizione delle "materie" e sulla funzione della "leale collaborazione"*, in *forumcostituzionale.it*, 26 aprile 2005.

[84] Così F. BENELLI, *Separazione*, cit., p. 910.

[85] *Ibidem*.

[86] Cfr. E. BUOSO, *Concorso*, cit., pp. 83-84, che evidenzia «la brevità e la concisione degli argomenti che portano a stabilire la materia prevalente, proprio come se si facesse applicazione di una clausola [di supremazia]»; L. CASSETTI, *La Corte*, cit.; C. MAINARDIS, *«Materie»*, cit., p. 1133 ss.; M. ARMANNO, *La Corte costituzionale e la disciplina degli enti lirici tra rischi di abuso delle materie trasversali, elusione della sussidiarietà e incerto utilizzo del precedente*, in *federalismi.it*, n. 17, 2012, p. 134 ss.; R. BIN, *Il governo*, cit., pp. 518-519; V. ONIDA, *Quando la Corte smentisce se stessa*, in *Rivista Aic*, n. 1, 2013, p. 1; R. TOSI, *Il neocentralismo della Corte costituzionale: dei canili e di altre storie*, in *Le Regioni*, n. 4, 2016, p. 620 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *La tutela della concorrenza*, cit., p. 617.

distinta dal meccanismo – più specifico – dell'attrazione in sussidiarietà della competenze legislative regionali: laddove in questo caso lo Stato interviene deliberatamente, in nome di esigenze di esercizio unitario, su materie di competenza regionale; mentre – nelle ipotesi qui considerate – la *sussidiarietà cooperativa ragionevole* verrebbe a configurarsi come strumento di regolazione delle interferenze competenziali, anche quando sono implicate materie trasversali. Si tratta, evidentemente, di un approccio che, per quanto da tempo auspicato in dottrina[87], non è tuttavia riscontrabile nella prassi, in ragione, prima di tutto, dei limiti strutturali degli organi cooperativi operanti nel nostro sistema autonomistico.

4. Dalla trasversalità delle (non) materie alla trasversalità del riparto di competenze

Nel primo decennio di vigenza del Titolo V revisionato si consolida dunque la polarità attraverso cui leggere la categoria delle materie (o *non-materie*) trasversali e, paradigmaticamente, le vicende dell'assetto autonomistico italiano. E sono le tendenze descritte nel precedente paragrafo a consolidarsi nella giurisprudenza, trasfigurando l'idea di trasversalità abbozzata, per grandi linee, dal Giudice costituzionale nelle sue prime pronunce: una trasversalità non più appannaggio di determinati titoli competenziali di natura funzionale (dunque immateriali), intesi a fungere da valvole di sicurezza di un sistema segnato – sulla carta – da un sensibile rafforzamento dell'autonomia regionale che sembrava imporre il contenimento delle spinte centripete (attraverso l'apertura alla collaborazione o all'integrazione – per quanto duale – tra interventi dei diversi livelli di governo).

In senso diverso, i titoli trasversali si affermano in una chiave più pienamente materiale, spesso schiacciata sulle nozioni di *prevalenza* e *supremazia* (statale); e tale schema è riferito dalla Corte alla sua *costante giurisprudenza*, quasi a occultare il diverso approccio proposto nei primi anni di vigenza della revisione costituzionale. Esemplificativo, in tal senso, un passaggio della sent. n. 287 del 2016: «secondo *la costante giurisprudenza di questa Corte*, materie di competenza statale esclusiva come quelle […] della "tutela della concorrenza" […], assumono, *per la loro natura trasversale, carattere prevalente* […] e "possono influire su altre materie attribuite alla competenza legislativa concorrente o residuale delle regioni *fino a incidere sulla totalità degli ambiti materiali entro i quali si applicano*"»[88].

---

[87] Cfr. A. D'ATENA, *Sussidiarietà e sovranità,* in *Annuario 1999. La costituzione europea*, Padova, 2000, p. 17 ss.; ID., *In tema di presidi procedimentali del principio di sussidiarietà,* in AA. VV., *Sopranazionalità europea: posizioni soggettive e normazione*, Torino, 2000, p. 173 ss.; A. SPADARO, *Sui principi di continuità dell'ordinamento, di sussidiarietà e di cooperazione fra Comunità/Unione europea, Stato e Regioni,* in *Rivista Trimestrale di diritto pubblico*, 1994, p. 1042 ss.; L. CAPPUCCIO, *Leale cooperazione e sussidiarietà: affermazione di un modello nel diritto interno e comunitario*, in M. Scudiero (a cura di), *Il diritto costituzionale comune europeo. Principi e diritti fondamentali*, vol. II, tomo II, Napoli, 2001, p. 342 ss.; R. BIN, *L'amministrazione coordinata ed integrata*, in *Le Regioni*, n. 5, 2002, spec. p. 1009.

[88] Sent. n. 287 del 2016 (miei i corsivi). Sul punto insiste, in particolare, M. BELLETTI, *La limitazione della competenza regionale – sempre più «stretta» tra vincoli europei e criterio della prevalenza – impatta sulla funzione sociale della cooperazione nel caso della trasformazione delle banche popolari in società per azioni*, in *Le Regioni*, n. 4, 2017, p. 805 ss., che ragiona in termini di «super-prevalenza», dei titoli di intervento statale come «vere e proprie *supremacy clause*, che "scardinano" la competenza

Si è già detto come un simile assetto mal si concili con l'idea stessa di trasversalità. Questa perde però ancor più autonomia concettuale nel momento in cui emergono ulteriori e molteplici titoli competenziali in grado di operare come veri e propri *passe-partout* della legittimità degli interventi dello Stato. Dall'esigenza di rinvenire, nelle pieghe del sistema, quelle risorse di unità che sembravano dimenticate dalla revisione del 2001, si passa ad un quadro in cui, accanto ai meccanismi di attrazione dell'esercizio di competenze (che restano in principio) regionali, si moltiplicano le etichette statali dell'art. 117, anche di tipo concorrente, che consentono di affermare, trasversalmente, la prevalenza degli interessi nazionali. A conquistare campo è dunque la soluzione – quella dell'etichetta (trasversale) prevalente – che, rispetto alle ipotesi di concorrenza (non districabile) di competenze e di attrazione in sussidiarietà[89], è l'unica che consente di eludere il ricorso a meccanismi cooperativi[90].

È dunque la stessa dilatazione, sottotraccia, della trasversalità a rendere evanescente una connotazione che ormai non è più riferibile a specifici (e limitati) titoli competenziali esclusivi dello Stato ma all'intero riparto della funzione legislativa. Si è arrivati di recente a discorrere di un assetto segnato da una «netta supremazia statale», in cui «la legge statale mantiene – senza essere troppo disturbata dalla ufficiale necessità di un titolo specifico – la sua capacità di intervenire ed imporsi in qualunque materia»[91]. Di questi sviluppi – di cui non si può, in questa sede, dar conto in maniera compiuta – i segni più evidenti sono senz'altro rappresentati dalle *materie delle crisi*[92].

---

regionale, anche laddove vi siano sicuri margini di intervento delle Regioni e altrettanto sicuro impatto, anche economico, nonché sul sistema sociale, o socio-sanitario, delle stesse» (p. 806). In tema, v. pure R. TOSI, *Il neocentralismo*, cit., p. 620; sulla attitudine della tutela della concorrenza, attraverso la combinazione di trasversalità e prevalenza, «a modificare la distribuzione costituzionale delle competenze tra lo Stato e le Regioni» si sofferma, di recente, F. TRIMARCHI BANFI, *La tutela della concorrenza*, cit., p. 599 ss.

Tra le altre decisioni, si vedano pure: per i livelli essenziali, le sentenze nn. 80, 108, 164, 187, 203, 207 del 2012, nn. 62 e 104 del 2013 (la prima in stretta continuità con la sent. n. 10 del 2010), n. 121 del 2014, n. 231 del 2017, n. 103 del 2018, n. 142 del 2021; per la tutela della concorrenza, le n. 150 del 2011, nn. 200 e 299 del 2012 (sull'ambivalenza delle due pronunce v., rispettivamente, F. SAITTO, *La Corte costituzionale, la tutela della concorrenza e il «principio generale della liberalizzazione» tra Stato e regioni*, in *Rivista Aic*, n. 4, 2012; e V. ONIDA, *Quando la Corte*, cit.), n. 98 del 2013, nn. 125 e 178 del 2014, nn. 30, 239, 285 del 2016 (la seconda riferita anche ai livelli essenziali), n. 137 del 2018, n. 56 del 2020, nn. 16, 31, 104, 129 e 134 del 2021; per la tutela dell'ambiente, n. 274 del 2013, n. 138 del 2017, nn. 66, 121, 126, 198 e 246 del 2018, nn. 129, 178 e180 del 2019, nn. 106 e 227 2020, nn. 86 e 158 del 2021. Sulle più evoluzioni giurisprudenziali in materia ambientale cfr. A. VUOLO, *L'ambiente*, cit.; N. PIGNATELLI, *La dimensione ambientale*, cit., p. 241 ss.

[89] Sulla sostanziale confusione dei due istituti, spesso accomunati dal richiamo allo strumento dell'intesa, cfr. C. CARUSO, *La leale collaborazione*, cit., pp. 912-913, che evidenzia però anche come su altri versanti – in particolare quello della distinzione tra intesa forte e intesa debole – si determinino comunque numerose oscillazioni e incertezze nella giurisprudenza (p. 916 ss.).

[90] Sulla tendenza della Corte costituzionale a ricorrere al criterio di prevalenza piuttosto che alla chiamata in sussidiarietà, v. S. MANGIAMELI, *Il riparto delle competenze tra vicende storiche e prospettive di collaborazione*, in *Diritti regionali*, n. 3, 2020, p. 231 ss.

[91] G. FALCON, *Lo stato delle regioni*, in *Le Regioni*, n. 1-2, 2021, p. 6; G. TARLI BARBIERI, *I nodi irrisolti*, cit., p. 229, che rileva come oramai «alla base della ricorrente conflittualità tra Stato e Regioni vi è […] l'espansione delle competenze statali ordinamentali e di quelle c.d. trasversali di competenza legislativa esclusiva dello Stato»; nonché M. LUCIANI, *La riforma del bicameralismo, oggi*, in *Rivista Aic*, n. 2, 2014, p. 11.

[92] Cfr. M. BELLETTI, *Dinamiche evolutive*, cit., p. 40, che parla di una «configurazione delle materie trasversali in regime di "emergenza", come materie onnivore che non lasciano alcuno spazio a margini di intervento regionale».

In primo luogo, di quella economica (che aveva già contribuito, come visto, alla trasfigurazione dei livelli essenziali delle prestazioni, con la sent. n. 10 del 2010), con l'affermarsi della competenza (concorrente) del coordinamento della finanza pubblica[93]: questa è ritenuta in grado di affermarsi addirittura nella dimensione organizzativa delle Regioni, travolgendo finanche ambiti rimessi alla fonte statutaria[94]; e può entrare talvolta in tensione, non di rado prevalendo, con la stessa garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni[95].

Più di recente, la crisi pandemica ha invece svelato la potenza regolativa della profilassi internazionale[96]. Nella nota sentenza n. 47 del 2021 è evidente la strategia argomentativa della Corte: l'«allargamento generoso dei confini oggettivi della materia […] ha consentito al Giudice delle leggi di muoversi oltre le rigide maglie delle procedure concertative», *declassando* «il principio di cooperazione a semplice monito»[97]. E, per operare senza intralci in tale direzione, la Corte nega espressamente la trasversalità del titolo materiale utilizzato, per quanto l'intreccio con numerosi campi materiali di intervento – statali e regionali – appaia manifesto (al punto che la sentenza stessa ammette la multidimensionalità *assorbente* della materia – «comprensiva di ogni misura atta a contrastare una pandemia sanitaria in corso, ovvero a prevenirla» – e la «ampiezza del fascio di competenze regionali raggiunte dalle misure di contrasto alla pandemia»)[98].

---

93 Per S. MANGIAMELI, *Il riparto*, cit., le vicende della crisi economica e il ricorso al coordinamento finanziario determinano «una perdita di significato considerevole del riparto costituzionale delle competenze tra Stato e Regioni». In tema, tra i tanti, cfr. M. BELLETTI, *Percorsi di ricentralizzazionne del regionalismo italiano nella giurisprudenza costituzionale. Tra tutela dei valori fondamentali esigenze strategiche e di coordinamento della finanza pubblica*, Roma, 2012; sul rapporto tra coordinamento finanziario e leale collaborazione cfr. D. PARIS, *Il Titolo V alla prova dei piani di rientro: delegificazione dei principi fondamentali e asimmetria fra Stato e Regioni nel rispetto delle procedure di leale collaborazione*, in *Le Regioni*, n. 1-2, 2014, p. 220 ss.

94 Sent. n. 198 del 2012, sulla quale si rinvia, anche per ulteriori rifermenti bibliografici, a G. FERRAIUOLO, *Il numero dei consiglieri regionali tra statuto, legge regionale e decreto legge. Spunti per qualche riflessione solle sorti del regionalismo italiano*, in *federalismi.it*, n. 8, 2013.

95 Lo rileva – a commento della sentenza n. 104 del 2013 – M. BELLETTI, *Le Regioni «figlie di un Dio minore». L'impossibilità per le Regioni sottoposte a Piano di rientro di implementare i livelli essenziali delle prestazioni*, in *Le Regioni*, n. 5-6, 2013, p. 1080 ss.

96 In generale, sulle vicende della leale collaborazione durante la pandemia, cfr. A. BARTOLINI, Superiorem non recognoscens*, ovvero quando la leale collaborazione non funziona*, in *Le Regioni*, n. 3, 2021, p. 523 ss.; G. DI COSIMO, *Le forme della collaborazione ai tempi della pandemia*, in *Le Regioni*, n. 3, 2021, p. 543 ss.; C. PADULA, *La pandemia, la leale collaborazione e la Corte costituzionale*, in *Le Regioni*, n. 1-2, 2021, p. 169 ss.; C. CARUSO, *Cooperare*, cit., p. 299 ss.

97 C. CARUSO, *La leale cooperazione*, cit., p. 919. Sul punto v. pure G. BOGGERO, *In pandemia nessuna concorrenza di competenze. La Corte costituzionale promuove un ritorno al "regionalismo della separazione",* in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 3, 2021, pp. 119-120.

98 «Né tale competenza ha tratti di trasversalità […] per inferirne che essa si limiterebbe a sovrapporsi alla disciplina legislativa regionale altrimenti competente. La materia della profilassi internazionale ha infatti un oggetto ben distinto, che include la prevenzione o il contrasto delle malattie pandemiche, *tale da assorbire ogni profilo della disciplina*» (sent. n. 47 del 2021, mio il corsivo). Sul punto, cfr. D. MORANA, *Ma è davvero tutta profilassi internazionale? Brevi note sul contrasto all'emergenza pandemica tra Stato e regioni, a margine della sent. n. 37/2021*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 2, 2021, p. 14 ss.; C. PADULA, *La pandemia*, cit., p. 179 ss.; G. BOGGERO, *In pandemia*, cit., p. 114 ss.; A. POGGI – G. SOBRINO, *La Corte, di fronte all'emergenza Covid, espande la profilassi internazionale e restringe la leale collaborazione (ma con quali possibili effetti?)*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 4, 2021, p. 254.

Specularmente – va notato – la Corte neanche evoca la prevalenza, ma nella sostanza spinge il suo discorso alle estreme conseguenze sottese a quel criterio, di matrice duale piuttosto che cooperativa[99].

Sempre in rapporto – sebbene più indiretto – con l'emergenza pandemica, risulta sintomatico della ampia portata, materiale e assorbente, assunta dalla competenza trasversale sui livelli essenziali delle prestazioni l'utilizzo che di essa fa lo Stato. Dopo anni di inerzia nell'intervenire organicamente nella determinazione degli stessi (inerzia stigmatizzata di recente dalla stessa Corte costituzionale)[100], il titolo competenziale è ora genericamente evocato dal legislatore nazionale – per quanto con effetti probabilmente confinati su di un piano simbolico – a fondamento di uno degli atti normativi di maggiore impatto sugli equilibri, non solo territoriali, dell'assetto repubblicano, il decreto-legge n. 77 del 2021, recante *Governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure*[101].

La moltiplicazione (quantitativa) e la dilatazione (qualitativa) dei richiamati titoli di intervento hanno generato un ampio dibattito in dottrina; al di là delle diverse posizioni, quel che appare indubbio è che, in entrambi i casi, la dialettica tra centro e periferia si orienta, ancora una volta, in direzione del primo. E se può ritenersi inevitabile e opportuno che per fasi limitate, innanzi a vicende emergenziali di proporzioni inattese, si produca un accentramento della decisione politica, la sensazione è che lo strumentario apprestato innanzi alle crisi tenda a consolidarsi, ben oltre le stesse, nell'ordinario[102], sollevando molteplici incognite sul senso e le sorti dell'autonomia regionale.

A fronte di una simile evoluzione, il contatto dei titoli trasversali qui considerati con i presidi apprestati per arginarne la pervasività può anche non perdersi del tutto: esso però risulta in larga misura accidentale

[99] Sul punto cfr. G. BOGGERO, *In pandemia*, cit., p. 126 ss.; A. POGGI – G. SOBRINO, *La Corte*, cit., p. 258 ss.; C. CARUSO, *Il regionalismo autarchico è incostituzionale: dal Giudice delle leggi una pronuncia che mette ordine nella gestione territoriale della pandemia*, in *www.questionegiustizia.it*, 13 aprile 2021, p. 5, che parla di criterio di prevalenza «tacito».

[100] Si veda la sent. n. 220 del 2021, che ha ricollegato l'urgenza di definizione dei livelli essenziali alla «equa ed efficiente allocazione delle risorse collegate al Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR)» e al «pieno superamento dei divari territoriali nel godimento delle prestazioni inerenti ai diritti sociali». La definizione dei livelli essenziali risulta peraltro presupposto necessario sia per l'attuazione dell'art. 119 Cost. – soprattutto nelle sue componenti perequative – e della eventuale sperimentazione della differenziazione *ex* art. 116, co. 3 Cost. La legge di bilancio per il 2022 (legge n. 234 del 2021) è intervenuta con una serie di disposizioni (art. 1, co. 159 e ss.) relative ai livelli essenziali delle prestazioni sociali (LEPS): in merito, cfr. P. TORRETTA, *La legge di bilancio 2022 e l'assistenza sociale: qualche LEPS e tante 'buone intenzioni'*, in *Federalismi.it*, n. 11, 2022, p. 187 ss.

[101] Art. 1, co. 3 del DL n. 77 del 2021: «Le disposizioni contenute nel presente decreto, in quanto direttamente attuative degli obblighi assunti in esecuzione del Regolamento (UE) 2021/241, sono adottate nell'esercizio della competenza legislativa esclusiva in materia di rapporti dello Stato con l'Unione europea di cui all'articolo 117, secondo comma, lettera a), della Costituzione e definiscono, ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera m) della Costituzione, livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale». Criticamente sul punto, M. CECCHETTI, *L'incidenza del PNRR sui livelli di governo e le conseguenze nei sistemi amministrativi*, in *Rivista Aic*, n. 3, 2022, p. 285.

[102] Esito auspicato da C. CARUSO, *La leale collaborazione*, cit., p. 925; in senso critico, invece, v. A. POGGI – G. SOBRINO, *La Corte*, cit., p. 256 ss. In termini generali, sulle dinamiche di stabilizzazione dell'emergenza cfr. già S. STAIANO, *Brevi note su un ossimoro: l'emergenza stabilizzata*, in Id. (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e principî fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle costituzioni*, Torino, 2006, p. 649 ss.

e dunque refrattario a lasciarsi ordinare sulla base di criteri predefiniti. Così, in alcuni casi permarranno, in capo alle Regioni, spazi (separati) di intervento (per rafforzare standard e livelli fissati dal legislatore statale, o per perseguire interessi dimensionati sull'ente)[103]; in altri tale spazio è negato[104], accentuando la valenza esclusiva dell'etichetta implicata. Allo stesso modo, le esigenze cooperative risulteranno talora completamente pretermesse, talaltra assecondate, per quanto attraverso moduli procedurali diversificati[105] (fino ad arrivare a mere esortazioni che, per quanto incisive e nette nel collocare il principio al cuore del sistema, non si traducono nella prescrizione di specifici strumenti operativi)[106].

Anche nel rapporto irrisolto con la leale collaborazione, la categoria delle materie trasversali perde dunque unitarietà, rendendo arduo qualsiasi tentativo di sistematizzazione: sia riflettendo in termini generali sulla categoria (e si tenga conto di quanto ancor più frammentati sarebbero stati i risultati dello studio considerando gli ulteriori profili di trasversalità del riparto), sia guardando a ciascuno dei singoli titoli competenziali su cui si è concentrata l'attenzione. È significativo che si sia di recente parlato delle materie trasversali come *trappola*, proprio in ragione delle «troppe ambiguità» che circondano la nozione[107]. Ancora, dunque, un aspetto paradigmatico di un modello autonomistico perennemente alla ricerca di una fisionomia definita[108], segnato da una giurisprudenza oscillante, con esiti decisori che appaiono spesso legati a ragioni di opportunità prima che a valutazioni condotte in punto di stretta legittimità[109]. Tutto ciò

[103] Cfr., ad esempio, sent. n. 200 del 2012, n. 8 del 2013, nn. 104 e 125 del 2014, nn. 105 e 239 del 2016, n. 75 del 2017, n. 44 del 2019, n. 138 e n. 178 del 2020, nn. 21, 86 e 164 del 2021, n. 11 del 2022. Sugli spazi di intervento regionale, comunque esigui, in relazione alla tutela della concorrenza, cfr. F. GUELLA, *L'inammissibilità costituzionale delle lesioni alla concorrenza da parte delle autonomie e l'ammissibilità dei limiti territoriali, conformativi e specifici, alla liberalizzazione del commercio*, in *Le Regioni*, n. 4, 2014, p. 936 ss.

[104] Sent. n. 17 del 2013, n. 299 del 2012, n. 27 del 2013, n. 170 del 2017, n. 178 del 2019, nn. 39, 88, nn. 106 e 258 del 2020, n. 177 del 2021.

[105] Si vedano le sent. nn. 8 e 33 del 2011, nn. 187 e 297 del 2012, n. 192 del 2017, n. 104 del 2021.

[106] Esemplificativa, in tal senso, la sent. n. 62 del 2020, in tema di livelli essenziali: sulla pronuncia cfr. C. BUZZACCHI, *Il ruolo del "servizio sanitario e ospedaliero in ambito locale" alla luce dei parametri costituzionali dell'equilibrio di bilancio e dei LEA*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 2, 2020, p. 663 ss. Si vedano pure le sent. n. 169 del 2017 e n. 104 del 2021. In tema, già R. BIN, *Il governo*, cit., p. 514, segnalava che, nel nostro sistema, «la leale collaborazione, come l'amore, non può essere imposta; di conseguenza, se i due protagonisti politici – le Regioni e il Governo – non cooperano, la leale collaborazione non ci può essere. […] In assenza di procedure obbligate e di sedi istituzionali adeguate di cui poter difendere il ruolo, la leale collaborazione è affidata esclusivamente alla buona volontà politica delle parti, laddove invece tra Stato e Regioni troppo spesso vi sono stati scontri istituzionali fortissimi». Sulla leale collaborazione intesa come *talante* (atteggiamento), cfr., nella dottrina spagnola, E. AJA FERNÁNDEZ, *El Senado y su función de impulso de la colaboración en el Estado autonómico*, in AA.VV., *Ante el futuro del Senado*, Barcelona, 1996, p. 367.

[107] Così B. CARAVITA, *La sentenza della Corte sulla Valle d'Aosta: come un bisturi nel burro delle competenze (legislative) regionali*, in *federalismi.it-paper*, 21 aprile 2021, p. 2.

[108] In tal senso, v. già M. LUCIANI, *Un regionalismo senza modello*, in *Le Regioni*, n. 5, 1994, p. 1313 ss.

[109] Dato diffusamente e autorevolmente rilevato: cfr. R. BIN, *Prevalenza*, cit., pp. 622-623; V. ONIDA, *Il giudice costituzionale e i conflitti tra legislatori locali e centrali*, in AA.VV., *Annuario 2006. La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa*, Napoli, 2010, p. 328; G. TARLI BARBIERI, *La sentenza 322/2009*, cit., p. 827; P. CARETTI, *La Corte e la tutela delle esigenze unitarie: dall'interesse nazionale al principio di sussidiarietà*, in *Le Regioni*, n. 2-3, 2004, p. 387; C. CARUSO, *La leale collaborazione*, cit., p. 914 ss.; S. MANGIAMELI, *L'emergenza non è una materia della legislazione*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 2, 2021, p. 478.

sembra però prodursi – come accade peraltro su altri terreni[110] – in virtù non tanto di esigenze di protagonismo del Giudice costituzionale quanto, piuttosto, della debolezza politica del regionalismo italiano[111], sferzato ciclicamente, da opposte direzioni, dai venti della enfatica esaltazione e della fervente polemica, che non contribuiscono certo alla sua stabilità. Né a quella delle categorie analitiche che lo concernono.

[110] Cfr. S. STAIANO, *In tema di teoria e ideologia del giudice legislatore*, in *Federalismi.it*, n. 17 del 2018; A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2, 2019; ID., *Suprematismo giudiziario II. Sul pangiuridicismo costituzionale e sul lato politico della Costituzione*, in *Federalismi.it*, n. 12, 2021.
[111] Sul punto, v. R. BIN, *... e l'autonomia politica? Riflessioni del dopo-elezioni*, in *Le Regioni*, n. 2, 2008, p. 243 ss.

I profili innovativi dell'introduzione legislativa dei principi di collaborazione e buona fede*

di Giuseppe Marletta
Avvocato del Foro di Roma

Abstract [It]: Il presente contributo intende offrire una panoramica generale del principio di buona fede e di affidamento nei rapporti autoritativi con la pubblica amministrazione, alla luce del nuovo art. 1, comma 2-*bis*, l. 241/1990, secondo cui "*i rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai princìpi della collaborazione e della buona fede*". Si cercherà poi di dimostrare la portata innovativa di questa nuova enunciazione legislativa, muovendo dal raffronto con il principio di buona fede e correttezza di tradizione civilistica.

Title: The innovative profiles of the legislative introduction of principles of cooperation and good faith
Abstract [En]: This contribution aims to offer a general overview of the principle of good faith and trust in authoritative relations with the public administration, in the light of the new art. 1, paragraph 2-bis, l. 241/1990, according to which "*relations between the citizen and the public administration are marked by the principles of collaboration and good faith*". We will then try to demonstrate the innovative scope of this new legislative statement, starting from the comparison with the principle of good faith and correctness of civil tradition.

Parole chiave: buona fede, collaborazione, clausole generali, procedimento amministrativo, partecipazione
Ketwords: good faith, cooperation, general clause, administrative procedure, participation

Sommario: **1**. Il problema dell'applicabilità del principio di buona fede oggettiva all'attività della pubblica amministrazione. **2**. La previsione espressa del principio di buona fede all'interno della legge sul procedimento amministrativo. **3**. Le sue dirette conseguenze innovative: verso un nuovo modello relazionale fondato sulla buona fede e sulla collaborazione. **4**. Recenti applicazioni giurisprudenziali dell'art. 1, comma 2-*bis*, legge n. 241/1990. **5**. Conclusioni.

1. Il problema dell'applicabilità del principio di buona fede oggettiva all'attività della pubblica amministrazione

Nelle relazioni intercorrenti tra autorità amministrativa ed amministrati, il principio di buona fede rappresenta, più di ogni altro, la "cartina di tornasole" per cogliere la radicale evoluzione del potere amministrativo: da potere tipicamente sovrano a "*potere al servizio della comunità degli amministrati*"[1].

Al fine di chiarire più nel dettaglio la rilevanza di tale principio, occorre, innanzi tutto, fare una precisazione di rilievo sistematico.

* Articolo sottoposto a referaggio.

[1] Così F.G. SCOCA, *Tutela giurisdizionale e comportamento della pubblica Amministrazione contrario alla buona fede*, in AA.VV., *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, in *Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*, Padova, Venezia, Treviso, giugno 2001, a cura di L. Garofalo, vol. III, Padova, 2003, 473-474, il quale pone in rilievo che la buona fede "si accompagna a numerosi altri principi che disciplinano il comportamento dell'amministrazione; la quale deve agire non solo correttamente, ma anche logicamente, ragionevolmente, in modo trasparente, coerente con atti il cui impatto sugli interessi privati sia proporzionato al fine pubblico da conseguire", osservando che "la concomitanza di principi diversi rende poco agevole fissare con precisione il contenuto di ciascuno e, soprattutto, il confine tra l'uno e l'altro". Tale problematica rappresenta proprio l'oggetto di questo lavoro.

Come noto, infatti, il codice civile sembra offrirci due nozioni distinte di buona fede positivamente rilevanti. Un conto, infatti, è *comportarsi secondo buona fede* e un altro è *essere in buona fede*. La dottrina, pertanto, usa distinguere una "nozione di buona fede *oggettiva*, che esprime una regola di condotta, da una nozione di buona fede *soggettiva* che si riferisce ad una situazione psicologica di ignoranza o di errore, tutelata in determinati casi dall'ordinamento giuridico"[2].

Dall'esame di questa classificazione, emerge, pertanto, un concetto di buona fede in cui prevale l'elemento psicologico dell'ignoranza e dell'errore, ed un concetto di buona fede, in cui prevale, invece, l'elemento precettivo del comportamento corretto e leale.

Ora, come ben noto, la buona fede in senso *oggettivo* è comunemente considerata una delle più importanti clausole generali di diritto contrattuale[3]. Per la sua centralità nel sistema delle relazioni intersoggettive, infatti, la dottrina e la giurisprudenza hanno deciso di ricondurre questa clausola al dovere di solidarietà sociale, di cui all'art. 2 della Costituzione, inteso come dovere di agire in maniera tale da non comportare un eccessivo sacrificio nella sfera altrui. In tal modo, pertanto, è stato elevato al rango di principio generale[4].

Sul piano applicativo, la stessa pone generalmente regole di condotta indeterminate a priori, ma determinabili a posteriori. Tali regole, infatti, riceveranno concreta "tipizzazione" soltanto in sede giurisprudenziale, attraverso l'interpretazione del parametro normativo al caso concreto, oppure in sede normativa, attraverso l'introduzione di specifici obblighi di comportamento, ispirati a correttezza, che le parti saranno chiamate a seguire[5].

---

[2] Così F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "Trenta" all'"alternanza*", Milano, 2001, 121 ss., che richiama, in contrapposizione con la teoria unitaria, che vedeva la buona fede soggettiva ed oggettiva come espressione di un medesimo principio etico, l'inquadramento della dottrina civilistica tedesca, che considerava, invece, distintamente i due fenomeni di *Treu und Glauben* (buona fede oggettiva) e *gute Glauben* (buona fede soggettiva). Cfr. anche sul tema, G. GIAMPICCOLO, *La buona fede in senso soggettivo nel sistema del diritto privato*, in Riv. Dir. Comm., 1965, I, 342-342, che riconduce l'ignoranza alla "semplice assenza di una esatta rappresentazione delle cose" e l'errore ad una "erronea rappresentazione della realtà".

[3] Sul concetto di buona fede come "clausola generale per eccellenza", C. CASTRONUOVO, *L'avventura delle clausole generali*, in Riv. crit. dir. priv., 1986, anno IV, n. 1, 21, nonché, come clausola di "interferenza con i valori privati", S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in Riv. crit. dir. priv., 1987, anno V, n. 4, 730.

[4] S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1970, 174, secondo cui l'art. 2 della Costituzione afferma "la necessità di un agire corretto in base alla solidarietà". Al riguardo, in conformità a questa prospettazione, anche la Corte Costituzionale ha sostenuto, più recentemente, come tale clausola sia espressione del principio costituzionale di "solidarietà contrattuale" (cfr. Corte Cost. Ordinanze n. 77 del 2014 e 248 del 2013).

[5] Sul punto, cfr. V. LOPILATO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2021, Vol. I, 34-35, che distingue, a tal proposito, una "buona fede generica" ed una "buona fede specifica".

Così com'è per i rapporti tra soggetti privati, allo stesso modo, l'operatività del principio di buona fede oggettiva non è stata mai messa in dubbio quando la pubblica amministrazione si trovava ad agire utilizzando schemi comportamentali riconducibili al diritto privato (*iure privatorum*)[6].

Il problema si è sempre posto, invece, soprattutto, per l'azione amministrativa di stampo autoritativo (*iure imperi*).

Per molto tempo, infatti, la dottrina tradizionale è stata divisa sulla sua reale capacità di integrare lo statuto dell'agire amministrativo, soprattutto nel momento in cui tale clausola generale poteva, al massimo, essere considerata alla stregua di un principio generale non scritto dell'ordinamento, e non era, pertanto, integrata, come adesso, in una norma legislativa primaria applicabile direttamente all'amministrazione[7].

La posizione meno favorevole negava l'applicabilità della clausola della buona fede a causa della sua originaria astrattezza; si voleva, infatti, evitare a tutti i costi di dare un così ampio potere all'interprete in sede di "tipizzazione" di tale obbligo comportamentale[8]. Ostava a ciò non solo il principio di legalità, ma anche una radicata concezione dell'amministrazione posta in posizione di superiorità nei confronti del cittadino.

Tale concezione, tuttavia, venne ben presto superata, per una serie di ragioni.

Innanzi tutto, sul piano storico, la dottrina si accorse come, fin dagli albori del diritto romano, il concetto di *fides* era applicato non solo nell'ambito di relazioni tra soggetti posti in posizione di parità giuridica, ma anche e soprattutto nei rapporti tra popoli diversi, vincitori e sconfitti in guerra. In tali situazioni, il popolo sottomesso invocava il principio della *fides* affinché l'altro non esercitasse il proprio potere in modo eccessivamente oneroso[9]. Pertanto, non solo non esisteva alcuna preclusione di natura storico-dogmatica, ma il principio di buona fede sembrava essere stato elaborato proprio per regolare i rapporti tra soggetti posti in situazioni di disparità.

---

[6] Cfr. L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, cit., 176. Tra l'altro, adesso, lo stesso art. 1, c. 1-bis, l. 241/1990, afferma espressamente che "la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente".

[7] Come si vedrà, tuttavia, nonostante espresse conferme dottrinali e giurisprudenziali (tra tutte, si veda Cons. Stato, Sez. V, 26 gennaio 2011, n. 550, in cui si ritiene che "la clausola della buona fede […] informa l'azione amministrativa nel suo complesso"), è solo con l'introduzione dell'art. 1, comma 2-bis, l. 241/1990, che il legislatore ha inteso assegnare un'effettiva base normativa al principio di buona fede oggettiva, inteso come obbligo di collaborazione gravante non solo sull'amministrazione ma anche sui privati.

[8] Secondo M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *Il principio del legittimo affidamento*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, a cura di M. Renna-F. Saitta, Milano, 2012, 163, "la dottrina italiana non poteva ammettere deroghe al principio di stretta legalità che informava per legge l'attività amministrativa".

[9] Si soffermano sulle origini romanistiche dell'istituto, per spiegarne l'attualità nei rapporti con la pubblica amministrazione: F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle Amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995, 14 ss., secondo cui "la *fides*, sia nei rapporti tra singoli che tra popoli diversi, comportava l'affidamento di un soggetto in posizione di minorità ad un altro, che esercitava nei suoi confronti un potere di disposizione. All'individuo od al popolo sottoposto ad un potere altrui non restava che richiamarsi alla fede ed alla buona volontà del vincitore, affinché, in nome di superiori principi etici o religiosi, non infierisse sul vinto con obblighi troppo gravosi da sopportare". Si veda anche sullo stesso tema L. GIANI, *Funzione amministrativa ed obblighi di correttezza. Profili di tutela del privato*, Napoli, 2005, 18 ss

In secondo luogo, sul piano teleologico, partendo da questo dato si rilevò come la buona fede riuscisse ad acquisire una maggior rilevanza proprio nei rapporti diseguali ed asimmetrici, come quelli tra amministrazione e privato, in cui la prima ha una possibilità di accertamento e decisione molto vasta, potendo incidere in via diretta e immediata sulle posizioni giuridiche altrui, al fine di realizzare e soddisfare l'interesse pubblico specifico richiamato dalla legge[10].

Infine, sul piano funzionale, si è opposto come al giorno d'oggi non sia più possibile distinguere in maniera radicale tra attività *iure privatorum* e *iure imperi*, dal momento che in entrambi i casi l'amministrazione sarebbe comunque tenuta a considerare gli interessi emergenti secondo buona fede, a prescindere dal fatto che l'attività sia esercitata in maniera consensuale, attraverso accordi o intese, oppure attraverso veri e propri provvedimenti amministrativi[11].

Successivamente, con l'entrata in vigore della legge sul procedimento amministrativo (legge 7 agosto 1990, n. 241), la dottrina rilevò come alcune delle regole e degli istituti procedimentali più importanti, codificati all'interno della stessa legge, potevano essere considerati veri e propri esempi di "tipizzazione" normativa del generale principio di buona fede oggettiva applicabile all'amministrazione[12]. Si pensi, ad esempio, all'obbligo di concludere il procedimento entro un termine determinato (art. 2), che induce la pubblica amministrazione a dare tempi certi alla sua azione. Oppure all'obbligo generale di motivazione dei provvedimenti (art. 3), ricondotto da alcuni ai principi di trasparenza, correttezza e imparzialità[13]. Ed ancora, agli istituti della partecipazione (art. 7, sull'obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento; art. 9, sull'intervento procedimentale; art. 10, sull'esercizio delle facoltà partecipative generali) o dell'accesso agli atti (art. 22 ss.), in cui si evidenzia con ancor più vigore quel rapporto di collaborazione tra cittadino e amministrazione, finalizzato alla ricerca della soluzione migliore sul piano della valutazione dei fatti e dell'acquisizione degli interessi da ponderare.

Ebbene, secondo alcuni, questa "codificazione" delle regole procedimentali, poteva astrattamente rendere inutile il richiamo alla clausola della buona fede, in quanto sarebbe bastato che l'amministrazione avesse agito *in iure*, per rendere superflua qualsiasi valutazione ulteriore[14].

Questa obiezione, tuttavia, non poteva essere a lungo condivisa, in quanto, come fu giustamente affermato, nonostante alcuni obblighi di comportamento siano oggi legislativamente previsti, ciò non

[10] U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità della pubblica amministrazione*, Padova, 1965, 286-287.
[11] F. BENVENUTI, *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, 1975, cit., 809. Cfr. anche F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle Amministrazioni pubbliche*, cit., 159.
[12] Cfr. S. ANTONIAZZI, *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, Torino, 2005, 59 ss., che elenca i riferimenti più importanti.
[13] Cfr. R. GALLI-D. GALLI, *Corso di diritto amministrativo*, II, Padova, 2001, cit. 837.
[14] Cfr. F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle Amministrazioni pubbliche*, cit. 125.

toglie la necessità di metterli a confronto con un preciso *standard* di riferimento, al fine di valutarne l'effettiva rispondenza agli obblighi di correttezza e buona fede[15].

In maniera ancora più incisiva intervenne, poi, l'art. 1 della legge 11 febbraio 2005, n. 15, il quale, introducendo il richiamo espresso ai "*principi dell'ordinamento comunitario*" all'interno della legge sul procedimento amministrativo, confermò per la prima volta, seppure ancora solo in via indiretta, la vigenza normativa del principio di tutela del legittimo affidamento, già applicato in ambito europeo, e considerato da molti, come visto, diretta manifestazione del principio di buona fede oggettiva[16].

Oltre a ciò, la stessa legge n. 15/2005, tramite l'inserimento dell'art. 21-*quinques*, sulla revoca, e dell'art. 21-*novies*, sull'annullamento d'ufficio, codificò alcuni limiti sostanziali all'esercizio dei poteri di autotutela che erano stati già recepiti dalla giurisprudenza amministrativa. Ed infatti, con riferimento alla revoca, la tutela del legittimo affidamento venne tradotta nell'obbligo di indennizzare i danni dei soggetti direttamente interessati, mentre, in relazione all'annullamento d'ufficio, la stessa venne concepita espressamente come obbligo di ponderazione degli interessi dei destinatari e dei controinteressati.

2. La previsione espressa del principio di buona fede all'interno della legge sul procedimento amministrativo

Il d.l. 16 luglio 2020, n. 76 (c.d. decreto semplificazioni), convertito con modificazioni nella l. 22 settembre 2020, n. 120, introduce finalmente anche all'interno della legge sul procedimento amministrativo una disposizione generale che stabilisce in maniera espressa l'applicabilità del principio di buona fede oggettiva nei rapporti con la pubblica amministrazione di stampo autoritativo. Così, infatti, afferma il nuovo comma 2-*bis*, dell'art. 1 della l. n. 241/1990: "*i rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede*".

A seguito di tale novella legislativa nessuno può più dubitare che il principio di buona fede sia parte integrante dello statuto dell'agire amministrativo nel suo complesso[17].

---

[15] Cfr. F. MANGANARO, ult. op. cit., 133, secondo cui "spetta sempre all'interprete valutare la correttezza del comportamento". Tale conclusione sembrerebbe avvalorata dal definitivo passaggio ad un modello di legalità sostanziale, in cui si valuta non più la rispondenza normativa di un comportamento, ma l'effettivo raggiungimento del risultato a cui lo stesso è diretto. Cfr. altresì M. NIGRO, *Esperienze e prospettive del processo amministrativo*, in *Studi in onore di Antonio Amorth*, I, Milano, 1982, 444, citato dallo stesso A. (cit. 131), il quale afferma che "non si tratta più (o non si tratta più soltanto o prevalentemente) di controllare ed assicurare la conformità dell'attività amministrativa all'ordine normativo preesistente, ma di dare vita*, con la partecipazione e attraverso il confronto di tutti gli interessi coinvolti*, ad un giusto assetto di interessi".

[16] Come ricordato da M. GIGANTE, *Mutamenti nella regolazione dei rapporti giuridici e legittimo affidamento*, Milano, 2008, cit., 8, nota 24, contrariamente al testo entrato in vigore, quello approvato dal Senato il 10 aprile 2003, ddl. n. 3890, faceva esplicito riferimento ai principi di efficienza, legittimo affidamento e proporzionalità. Il legislatore, quindi, scelse di non specificare i principi a cui voler fare riferimento, al fine di attuare una vera e propria "delega al diritto comunitario", inaugurando una sempre più crescente contaminazione tra gli ordinamenti dei singoli Stati membri dell'Unione europea.

[17] Soprattutto negli ultimi anni, infatti, sono seguite moltissime pronunce tese a valorizzare questo principio. Così, in particolare, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, ha affermato espressamente che "nello svolgimento dell'attività

La questione che si è posta in dottrina, tuttavia, è se tale disposizione sia *capace di innovare l'ordinamento*, o se abbia, invece, natura meramente *ricognitiva*.

Secondo un primo orientamento, fortemente critico, siccome la buona fede oggettiva, la correttezza e la collaborazione sono principi che già governano i rapporti amministrativi, non si riuscirebbe a comprendere l'utilità e lo scopo della predetta disposizione "a meno di non volerla incasellare per l'ennesima volta nella categoria delle norme-manifesto, come tali irrilevanti"[18].

Secondo un diverso orientamento, possibilista, la scelta del legislatore di inserire in maniera chiara e diretta l'applicabilità del principio di buona fede all'interno della legge sul procedimento amministrativo, fornirebbe all'interprete un ulteriore parametro normativo per sostenere e rafforzare le proprie argomentazioni sulla portata applicativa del principio di collaborazione e buona fede alla pubblica amministrazione[19].

Secondo un terzo orientamento, più radicale, invece, la norma si presterebbe ad una lettura estensiva delle garanzie procedimentali e finanche alla stregua di parametro di legittimità dei diversi modi di amministrare[20].

Per verificare quale orientamento sia più conforme al dato normativo, occorre, prima di tutto, mettere a confronto le modalità di applicazione della collaborazione e buona fede nei rapporti di diritto pubblico e di diritto privato, in modo da individuare il *proprium* della dinamica comportamentale della pubblica amministrazione.

Come evidenziato dalla dottrina, i valori della solidarietà e della correttezza si atteggiano in maniera peculiare nel caso in cui una delle due parti rivesta una qualifica pubblicistica. Ed infatti, mentre nel rapporto obbligatorio privato il principio di correttezza si pone quale fonte di vincoli comportamentali specifici, in un contesto di interessi che può essere facilmente delimitabile *a priori* - dal momento che ognuno tende a massimizzare la propria utilità finale, alla luce della specifica funzione del regolamento

autoritativa l'amministrazione è tenuta a rispettare oltre alle norme di diritto pubblico (la cui violazione implica, di regola, l'invalidità del provvedimento e l'eventuale responsabilità da provvedimento per lesione dell'interesse legittimo), anche le norme generali dell'ordinamento civile che impongono di agire con lealtà e correttezza, la violazione delle quali può far nascere una responsabilità da comportamento scorretto, che incide non sull'interesse legittimo, ma sul diritto soggettivo di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali, cioè sulla libertà di compiere le proprie scelte negoziali senza subire ingerenze illecite frutto dell'altrui scorrettezza" (cfr. Cons. Stato, Ad. Pl., 4 maggio 2018 n. 5).

[18] Cfr. M. MACCHIA, *Decreto "Semplificazioni" - Le misure generali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, 6, 729, secondo cui "non appare possibile attribuire un significato normativo utile all'introduzione della regola della collaborazione tra i principi generali dell'azione amministrativa. Sembra piuttosto che sia stato fatto un uso dello strumento legislativo per declamare un messaggio: buono per la propaganda, ma inefficace nella sostanza".

[19] S. CIMINI, *Collaborazione e buona fede nei rapporti tra amministrazione e privati*, in *Il procedimento amministrativo. tra regole e responsabilità*, a cura di A. Giordano, Milano, 2021, 21 ss. F. FRACCHIA-P. PANTALONE, *La fatica di semplificare: procedimenti a geometria variabile, amministrazione difensiva, contratti pubblici ed esigenze di collaborazione del privato "responsabilizzato"*, 30 dicembre 2020, in *federalismi.it*, 68.

[20] A. PERRUCCIO, *Sui principi di collaborazione e buona fede: un'ipotesi ricostruttiva all'indomani del decreto semplificazioni*, 2020, in *www. diritto.it*, che si riferisce, in particolare, alle leggi provvedimento.

negoziale -, nel rapporto amministrativo di diritto pubblico, invece, l'assetto degli interessi rappresenta non già un *prius*, ma un *posterius* rispetto all'esercizio della funzione. La decisione amministrativa, quindi, si presenta dinamica e magmatica, e non viceversa statica ed uniforme, tant'è che l'interesse pubblico specifico potrà essere identificato solamente al termine di un procedimento complesso in cui vengono acquisiti i fatti rilevanti e rilevati gli interessi contrapposti. Pertanto, nei rapporti di diritto pubblico, la buona fede oggettiva non potrebbe essere considerata semplicemente sinonimo di *correttezza*, in quanto non vi sono interessi e bisogni egoistici che devono essere necessariamente *conciliati*, ma, al contrario, un unico interesse superindividuale specifico che sorge dalla *cooperazione* (*rectius*, collaborazione) tra pubblico e privato[21].

Per dirla altrimenti, è necessario distinguere nettamente la buona fede in ambito privatistico (c.d. *buona fede/correttezza*) da quella in ambito pubblicistico (c.d. *buona fede/collaborazione*).

Deve, pertanto, essere disatteso il primo degli orientamenti sopracitati, che rilevava l'inutilità dell'art. 1, comma 2-bis, l. 241/1990, qualificandolo come semplice norma-manifesto di principi già espressi. E ciò, non solo sulla base di una interpretazione sistematica della suddetta disposizione, ma anche di un'interpretazione di tipo dichiarativo.

Sul piano sistematico, infatti, si è già visto come il concetto di *buona fede/collaborazione* assuma caratteristiche differenti dalla semplice clausola generale di cui agli artt. 1175, 1337 e 1375 c.c. Pertanto, l'introduzione di una disposizione *ad hoc* nei rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione non potrebbe che avere effetti innovativi per l'ordinamento, dal momento che qui non si sta semplicemente applicando una clausola generale, avente funzione di integrazione di un precedente rapporto, ma si assume l'esistenza di un vero e proprio *modello di relazione* fondato sulla collaborazione e sulla buona fede.

In secondo luogo, sul piano dichiarativo, in virtù del noto brocardo latino *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*, la disposizione sopracitata non potrebbe che avere un qualche significato giuridico, altrimenti si suppone che il legislatore non l'avrebbe introdotta nell'ordinamento.

Per questo motivo, è necessario analizzare più nel dettaglio quali potrebbero essere i mutamenti sostanziali apportati dall'introduzione di questa recente normativa.

[21] Cfr. S. TARULLO, *Il principio di collaborazione procedimentale. Solidarietà e correttezza nella dinamica del potere amministrativo*, Torino, 2008, 278, al quale si deve questa breve analisi sulla distinzione tra i rapporti di diritto pubblico di diritto privato: "l'amministrazione *nasce per collaborare* con il cittadino, verso il quale deve istituzionalmente assumere un atteggiamento di "servizio" che si traduce in prima istanza proprio nella valorizzazione del suo ruolo partecipativo. […] Se, infatti, l'idea di *correttezza* rimanda ad una condotta secondo modelli astratti e statici di buona fede, la nozione di *collaborazione* implica l'adesione ad una idea di correttezza *reciproca e dinamica*".

3. Le sue dirette conseguenze innovative: verso un nuovo modello relazionale fondato sulla buona fede e sulla collaborazione

Ed infatti, già da una prima lettura della novella, ci si rende conto che la sua formulazione sembra andare al di là di quello che la dottrina e la giurisprudenza maggioritaria avevano precedentemente immaginato. Innanzi tutto, per quanto riguarda la nozione dei "*rapporti*", la norma sembra applicarsi in linea generale a tutte le relazioni giuridiche tra un soggetto privato ed un soggetto pubblico, e non solo, quindi, a quelle che si basano su un vero e proprio procedimento amministrativo. Acquistano rilevanza, pertanto, non solo i comportamenti pre-procedimentali, ma anche quelli post-provvedimentali. Di conseguenza, anche il mero contatto con l'amministrazione in occasione della soddisfazione o della salvaguardia di un bene della vita, potrebbe assumere astrattamente rilevanza.

In secondo luogo, la norma parla indistintamente di "*cittadino e pubblica amministrazione*". Risulta evidente, pertanto, come la buona fede faccia sorgere degli obblighi di comportamento non solo nei confronti dell'amministrazione, ma anche nei confronti delle parti private. Si tratterebbe, perciò, di un *dovere reciproco*.

In terzo luogo, l'utilizzo del termine "*improntati*", non può che essere salutato con favore, soprattutto se si pensa alla diversa formulazione degli artt. 1175, 1337 e 1375 c.c.[22] Ed infatti, l'immagine dell'impronta, esprime l'idea del fondamento, o basamento, della relazione: il rapporto improntato ai principi di collaborazione e buona fede rappresenta, quindi, il *punto di partenza* di ogni tipo di relazione con il potere amministrativo. Nel codice civile, invece, troviamo espressioni radicalmente diverse. Lì le parti "*devono comportarsi secondo le regole della correttezza*" (art. 1175 e 1337 c.c.) e il contratto "*deve essere eseguito in buona fede*" (art. 1375 c.c.). Si tratta, quindi, di un'obbligazione legislativa integrativa del regolamento negoziale. Al contrario, invece, quando il legislatore afferma che i rapporti sono "*improntati*", esprime l'idea di una vera e propria "impressione" di natura strutturale, che marchia fin dall'inizio le relazioni giuridiche tra cittadino e pubblica amministrazione.

Infine, il richiamo al principio di *collaborazione* (lett. *lavorare insieme*) conferma l'idea, ormai prevalente in dottrina, del procedimento amministrativo come luogo della composizione di interessi contrapposti, all'interno del quale l'interesse legittimo del privato "dialoga" con il potere amministrativo[23]. Pubblico e privato, quindi, come già affermato, lavorano insieme per trasformare o conservare un determinato

[22] F. FRACCHIA-P. PANTALONE, *La fatica di semplificare: procedimenti a geometria variabile, amministrazione difensiva, contratti pubblici ed esigenze di collaborazione del privato "responsabilizzato"*, 70.

[23] Cfr. in questo senso, F.G. SCOCA, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano, 1990, 25, nonché il più recente, ID., *L'interesse legittimo: Storia e teoria*, in *Sistema del diritto amministrativo italiano*, F.G. Scoca, F.A. Roversi Monaco, G. Morbidelli, Torino, 2017, 456, dove si precisa che "nell'ambito del "dialogo" le prospettive reciproche possono modificarsi: a questo serve il confronto dialettico. Per cui il titolare dell'interesse legittimo può modificare le sue finalità: puntare ad un provvedimento meno, ma anche più, favorevole, o meno sfavorevole di quello che inizialmente intendeva prospettarsi".

assetto di interessi secondo le finalità e i modi stabiliti dalla legge. E il risultato dell'esercizio del potere non può che essere frutto di questo confronto.

Se, dunque, anche solo sulla base della semplice interpretazione letterale, risulta dimostrato il valore innovativo della presente disposizione, la stessa non potrebbe, tuttavia, ad avviso dello scrivente, essere relegata solo a mero strumento di ausilio dell'interprete, in sede di ricostruzione degli obblighi di comportamento "tipizzati" dal legislatore.

Secondo quest'ultimo orientamento, infatti, la norma introdurrebbe doveri generali con effetti sul solo comportamento delle parti, qualificandosi, dunque, come regola di condotta e non, invece, come regola di validità dell'atto. Pertanto, la violazione dell'obbligo di buona fede "generica" non potrebbe mai portare all'annullamento del provvedimento amministrativo, salvo che il suddetto precetto comportamentale di cui si assume la violazione sia stato precedentemente "tipizzato" dal legislatore, diventando parametro di riferimento per il vizio di violazione di legge[24]. Tale indirizzo interpretativo, peraltro, risulta essere ancora prevalente in giurisprudenza[25]. Ciò in quanto risulta avallato e non smentito dalla stessa Adunanza Plenaria, la quale è solita affermare che "non diversamente da quanto accade nei rapporti tra privati, anche per la p.a. le regole di correttezza e buona fede non sono regole di validità (del provvedimento) ma regole di responsabilità (per il comportamento complessivamente tenuto)" (Cons. St. Ad. plen. 4 maggio 2018, n. 5).

La ragione di questa posizione, tuttavia, risulta palesemente influenzata dal dibattito sul ruolo della buona fede nel diritto privato.

Si è già visto, infatti, che, in questo contesto, una delle più importanti funzioni della clausola generale di buona fede oggettiva è proprio quella di integrare il regolamento negoziale. Secondo la dottrina, infatti, la buona fede entrerebbe nell'accordo proprio perché è richiamata dalla *legge* (art. 1375 c.c.), che costituisce la fonte di integrazione del contratto per eccellenza, ai sensi dell'art. 1374 c.c.[26]

Ciò nonostante, la dottrina e la giurisprudenza risultano divise sulle effettive modalità di realizzazione della suddetta integrazione. Secondo alcuni, infatti, l'integrazione non potrebbe che essere *suppletiva*, e verrebbe in rilievo soltanto in caso di lacuna contrattuale. Secondo altri, invece, la buona fede potrebbe anche assurgere a *strumento di controllo dell'autonomia negoziale*, in ragione di interessi superiori e preminenti, come quello di solidarietà contrattuale *ex* art. 2 Cost. La stessa, quindi, integrerebbe il contratto in maniera *cogente*, ovvero a prescindere da un'effettiva lacuna del contratto. Secondo questa impostazione, inoltre, il

[24] Cfr. S. CIMINI, *Collaborazione e buona fede nei rapporti tra amministrazione e privati*, cit., 29, che conclude il suo ragionamento sostenendo che "l'inosservanza del precetto di collaborazione e buona fede ridonda sul piano della responsabilità più che sul piano dell'annullabilità del provvedimento. Connota cioè l'illeceità (del comportamento) piuttosto che l'illegittimità (dell'atto)".

[25] Cfr. da ultimo, Cons. Stato, Sez. II, 5 aprile 2022, n. 2536.

[26] V. ROPPO, *Il Contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2011, 465.

contrasto di una clausola contrattuale con la buona fede potrebbe anche determinare la nullità virtuale del contratto, ai sensi dell'art. 1418, comma 1, c.c., considerando la buona fede alla stregua di una norma imperativa e inderogabile. Al contrario, invece, i sostenitori dell'integrazione suppletiva, sostengono che "i doveri di comportamento in generale, sono troppo immancabilmente legati alle circostanze del caso concreto per poter assurgere, in via di principio, a requisiti di validità che la certezza dei rapporti impone di verificare secondo regole predefinite"[27]. Si vuole, pertanto, evitare il rischio di affidare al giudice un rimedio così forte e definitivo come la nullità, in presenza di una regola di comportamento astrattamente indeterminata come la buona fede. Ciò, infatti, contrasterebbe, innanzi tutto, con l'autonomia negoziale che regola i rapporti tra privati, che non può essere assolutamente sacrificata, se non in casi eccezionali ed espressamente previsti dal legislatore.

Alla luce di quanto affermato, l'impossibilità di qualificare la buona fede come regola di validità generale discende proprio da una concezione della nullità virtuale quale *extrema ratio* dei rimedi caducatori, a garanzia e a tutela dell'autonomia negoziale nei contratti tra eguali. Tale autonomia, infatti, non potrebbe mai subire l'influenza del giudice, se non quando espressamente stabilito dalla legge.

Esistono, tuttavia, alcuni casi in cui, in ragione dello squilibrio esistente tra le parti, il legislatore ha deciso di elevare la buona fede a regola di validità negoziale. Ci si riferisce, ad esempio, alle clausole abusive dei contratti dei consumatori, di cui all'art. 33 e 36 del D.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (c.d. Codice del Consumo). Qui, infatti, nel caso di clausole che "determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto", viene stabilita una peculiare ipotesi di nullità testuale parziaria di protezione. In questo caso, quindi, a prescindere dall'effettiva tipizzazione legislativa delle clausole che si presumono vessatorie[28], nel caso di contratti tra diseguali, sarebbe possibile per il giudice determinare a posteriori il suddetto squilibrio tra diritti ed obblighi, facendo diventare la buona fede un vero e proprio strumento di controllo dell'autonomia negoziale.

Fatta questa breve parentesi di diritto contrattuale, è possibile, pertanto, sostenere con fermezza che, quando la dottrina e la giurisprudenza negano che il principio di buona fede possa qualificarsi come regola di validità, in realtà, hanno in mente una particolare concezione della *buona fede/correttezza* esclusivamente di matrice privatistica, in cui le parti operano sullo stesso livello, al fine di massimizzare la propria utilità finale, all'interno di una cornice di ampia autonomia negoziale, dove lo spazio per le valutazioni del giudice non potrebbe che essere circoscritto entro gli stretti limiti dell'interesse generale (ordine pubblico, buon costume ecc.).

[27] Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26725.
[28] Che l'art. 33, comma 2, Cod. Cons. elenca minuziosamente nelle lettere a) - v) della disposizione.

Al contrario, invece, si è già visto come il principio di buona fede operi in maniera radicalmente diversa quando una delle due parti è una pubblica amministrazione con funzioni autoritative. In questo caso, infatti, la *buona fede/collaborazione* si pone a garanzia di una relazione che nasce fin dall'inizio squilibrata e diseguale, dal momento che solo la pubblica amministrazione potrà soddisfare o conservare il bene della vita del privato. Proprio per questo motivo, il giudice deve necessariamente poter intervenire sulla validità del provvedimento finale.

Non solo, se nel diritto privato si pone effettivamente il rischio che una clausola generale indeterminata come la buona fede generi un indebito controllo del giudice sull'autonomia negoziale, nel diritto amministrativo, invece, il suddetto controllo fa parte ormai da tempo dell'ordinario giudizio amministrativo, in sede di giurisdizione di legittimità. Come noto, infatti, in quel contesto, l'oggetto delle valutazioni del giudice amministrativo non riguarda solo l'atto, ma anche e soprattutto il rapporto sottostante, ossia i modi con cui è stato esercitato il potere nel caso concreto. Partendo da questo presupposto, anche la mancata previa specificazione della regola da applicare non dovrebbe essere un problema, dal momento che con il sindacato sull'eccesso di potere il giudice controlla il corretto esercizio della funzione amministrativa, facendo riferimento proprio a principi generali come la proporzionalità e la ragionevolezza. È stato dimostrato, infatti, come l'originario *excès de pouvoir* di matrice francese, fondato sulle classiche figure sintomatiche unificate dal concetto di vizio della funzione[29] sia stato oggi integrato dal c.d. abuso di discrezionalità (*Ermessenmissbrauch*) di matrice tedesca, all'interno del quale viene valutata la violazione di determinati principi di diritto, tra cui, oltre alla ragionevolezza e proporzionalità, anche sicuramente il principio di affidamento e buona fede[30].

Secondo un orientamento al momento minoritario, sarebbe possibile addirittura sostituire la tradizionale tecnica di sindacato fondata sull'eccesso di potere con una valutazione condotta secondo le clausole generali di correttezza e buona fede[31]. Ciò nonostante, a tacer del resto, tale conclusione non potrebbe comunque essere accettata per una precisa ragione di effettività della tutela, che impone di mantenere il vizio di eccesso di potere come fondamentale valvola di chiusura del sistema[32].

---

[29] Ci si riferisce, ovviamente, alla felice intuizione di F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, I, 1 ss., ora in ID., *Scritti giuridici*, Milano, 2006, II, 991 ss., spec. 1006 e 1009.

[30] F. MERUSI, *I principi del diritto e la discrezionalità amministrativa. Un nuovo "eccesso di potere amministrativo"*, in *Passato e presente del diritto amministrativo. Liber amicorum in onore di A. Massera*, a cura di G. Pizzanelli, Napoli, 2017, 38.

[31] Lo riferisce F. SAITTA, *Il vizio dell'eccesso di potere: una prospettiva storica*, in *Relazione all'incontro di studi "il vizio dell'eccesso di potere come chiave d'accesso alla giustizia"* - Catanzaro, 17 dicembre 2021, destinato agli *Scritti in memoria di Maria Luisa Bassi*, ora in sito giustizia amministrativa.it, 31 gennaio 2022, citando la dottrina di riferimento: C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, 2008, *passim*, G. SIGISMONDI, *Eccesso di potere e clausole generali. Modelli di sindacato sul potere pubblico e sui poteri privati a confronto*, Napoli, 2012, *passim*, L. GIANI, *Funzione amministrativa ed obblighi di correttezza. Profili di tutela del privato*, cit., 98 ss.

[32] Secondo M. LIBERTINI, *Ancora in tema di contratto, impresa e società. Un commento a Francesco Denozza, in difesa dell'«istituzionalismo debole»*, in *Giur. comm.*, 2014, 686, la figura dell'eccesso di potere sarebbe comunque da preferire perché

Senza spingerci troppo oltre, tuttavia, vale comunque la pena di ricordare come già da molto tempo la dottrina più autorevole sia incline ad assegnare alla buona fede non solo il ruolo di regola di condotta per un'eventuale responsabilità risarcitoria, ma anche quello di regola di validità del provvedimento finale[33].

Secondo questa prospettiva, infatti, in mancanza di una specifica norma legislativa espressa, l'inosservanza della regola di buona fede in generale avrebbe potuto essere considerata come un indice sintomatico del vizio di eccesso di potere, soprattutto allorquando da tale comportamento fosse conseguita l'omessa acquisizione di fatti ed interessi fondamentali[34]. Al contrario, invece, non sarebbero rilevanti i vizi formali che non incidono sul processo decisionale dell'amministrazione, ai sensi dell'art. 21-*octies*, comma 2, l. n. 241/1990[35].

Sulla base di quanto detto sinora, quindi, oggi non dovrebbero esserci più dubbi nel considerare la buona fede oggettiva una vera e propria regola di validità provvedimentale. L'unica novità rilevante, discendente dalla recente novella legislativa del 2020, sarebbe, quindi, esclusivamente la riqualificazione del vizio dell'atto da eccesso di potere a violazione di legge.

Sul piano pratico, tuttavia, sarebbe necessario distinguere diversi modelli di rilevanza della regola di buona fede in generale, di cui all'art. 1, comma 2-bis, l. 241/1990.

In alcuni casi, a fronte di una regola di condotta ispirata al dovere di *buona fede/collaborazione* "codificata" all'interno della legge sul procedimento, il suddetto principio generale potrebbe diventare *standard* di riferimento per la congruità delle scelte dell'amministrazione. Si pensi, ad esempio, alla comunicazione di avvio del procedimento, *ex* art. 7, l. 241/1990, che fissa un termine molto breve per prendere visione degli atti, indica erroneamente il luogo per esercitare il diritto, o rende inutile la partecipazione del privato perché contestuale al provvedimento finale[36].

"consente di andare oltre, e di sindacare liberamente molte determinazioni che sarebbero, invece, difficilmente censurabili sul terreno della buona fede".

[33] Cfr. ad esempio, F.G. SCOCA, *Tutela giurisdizionale e comportamento della pubblica Amministrazione contrario alla buona fede*, cit. 476, secondo cui una simile conclusione può essere ricavata "direttamente dalla collocazione del principio di buona fede nello statuto dell'attività amministrativa e dalla regola fondamentale, secondo cui la difformità dello statuto determina l'annullabilità del provvedimento".

Sul punto, si veda anche, più recentemente, L. LORENZONI, *I princìpi di diritto comune nell'attività amministrativa*, Napoli, 2018, che riporta la preoccupazione di parte della dottrina che "il ricorso alle clausole generali civilistiche possa sfociare in un giudizio di merito sulla scelta discrezionale dell'amministrazione", anche se riferisce come, a ben vedere, in Italia, la giurisprudenza amministrativa abbia "utilizzato espressamente i principi di correttezza, non per integrare il contenuto della scelta discrezionale, bensì per interpretarne gli esiti, integrare i doveri imposti dal legislatore all'amministrazione e valutarne la legittimità e la liceità, in funzione di garanzia degli amministrati (cit. 218).

[34] Cfr. F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle Amministrazioni*, cit., 171 e 205 ss.

[35] Cfr. S. TARULLO, *Il principio di collaborazione procedimentale. Solidarietà e correttezza nella dinamica del potere amministrativo*, cit., 525 ss.

[36] Cfr. F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle Amministrazioni pubbliche*, cit., 133-134. Nonché S. TARULLO, *Il principio di collaborazione procedimentale. Solidarietà e correttezza nella dinamica del potere amministrativo*, cit., 538, che pone l'esempio della determinazione conclusiva del procedimento a distanza di un lasso di tempo brevissimo dalla comunicazione di avvio, senza attendere il deposito di eventuali memorie da parte dei destinatari (T.A.R. Basilicata, 15 marzo 2005, n. 139, in *Nuova rass.*, 2005, 885; T.A.R. Sardegna, Sez. II, 27 maggio 2005, n. 1272, in *Foro amm.-T.A.R.*,

In altri casi, sempre a fronte di un'espressa "tipizzazione" legislativa della regola di condotta specifica, la *buona fede/collaborazione* potrebbe integrare il precetto normativo introducendo ulteriori obblighi, non previamente identificati.

In altri ancora, infine, *la buona fede/collaborazione* di cui al comma 2-*bis* potrebbe costituire un vero e proprio *parametro interpretativo* per leggere il significato di altre disposizioni con gli occhi della lealtà e correttezza.

Si è già visto, poi, come dal tenore letterale del precetto legislativo sia possibile far sorgere degli specifici obblighi di buona fede anche nei confronti dei *soggetti privati* portatori di interessi particolari. Questi ultimi, infatti, non possono più essere intesi come meri destinatari dei provvedimenti amministrativi, bensì come parti indispensabili e risorse utili per addivenire ad una corretta decisione finale. Partendo da questo dato, secondo la dottrina, l'obbligo di collaborazione del privato si concretizzerebbe soprattutto negli istituti di partecipazione e nel dovere di non fornire informazioni errate o fuorvianti[37].

4. Recenti applicazioni giurisprudenziali dell'art. 1, comma 2-bis, legge n. 241/1990

Come si vedrà, fin dal momento dell'entrata in vigore del nuovo comma 2-bis, parte della giurisprudenza ha voluto utilizzare tale disposizione proprio nei termini e nei modi sopra richiamati.

Più in particolare, il principio di buona fede è stato applicato in modo da fargli svolgere ogni volta una specifica e distinta funzione, ossia, rispettivamente: *interpretativa*, *ricognitiva* ed *integrativa*.

Ad esempio, in un caso riguardante la certezza dei termini delle procedure sanzionatorie, il Consiglio di Stato ha voluto utilizzare il principio di buona fede proprio in funzione *interpretativa*. Si è già visto, infatti, come una delle regole di comportamento più importanti, ispirate al principio di buona fede, sia proprio quella di concludere i procedimenti amministrativi in un tempo congruo e determinato. Nella maggior parte dei casi, tuttavia, lo spirare del termine di conclusione non determina la decadenza dall'esercizio del potere, ma solo l'illiceità del comportamento dell'amministrazione, con eventuale accertamento del diritto al risarcimento dei danni, e il riconoscimento di un indennizzo per il mero ritardo[38].

2005, 1747, in cui si legge che "il rispetto solo formale delle garanzie partecipative porta all'instaurazione di un contraddittorio meramente apparente e perciò non sufficiente a considerare adempiuto l'obbligo di cui alla disposizione in esame".

[37] Così S. CIMINI, *Collaborazione e buona fede nei rapporti tra amministrazione e privati*, cit., 43, che cita alla nota 72 M. OCCHIENA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, 2002, 316, secondo cui, al potere di partecipare al procedimento corrisponde "il dovere del privato, in sede di rappresentazione dei propri interessi di non alterare falsamente la realtà e, quindi, di non fuorviare l'azione amministrativa mediante raggiri e altri stratagemmi".

[38] Come noto, infatti, l'art. 2-bis, comma 1, l. n. 241/1990, stabilisce come unica conseguenza per il ritardo dell'amministrazione nella conclusione del procedimento, da una parte, il risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento, dall'altra, diritto di ottenere un indennizzo per il mero ritardo alle condizioni e con le modalità stabilite dalla legge o, sulla base della legge, da un regolamento emanato ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400. In questo caso, tuttavia, le somme corrisposte o da corrispondere a titolo di indennizzo verrebbero detratte dal risarcimento.

Il caso posto all'attenzione del Consiglio di Stato riguardava un procedimento sanzionatorio dell'Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente (ARERA), il quale, come noto è regolato in modo parzialmente diverso da quello ordinario, dal momento che l'art. 2, comma 5, l. 241/1990 stabilisce come le autorità di garanzia e di vigilanza possano disciplinare autonomamente i termini di conclusione dei procedimenti di rispettiva competenza. In questo contesto, ci si chiedeva se il termine di conclusione del procedimento dovesse considerarsi *ordinatorio* o *perentorio*[39].

Secondo il Consiglio di Stato, la qualificazione della natura di un termine non può che essere il risultato della corretta *interpretazione* della norma primaria di riferimento alla luce dei principi fondamentali rinvenibili nell'ordinamento. Partendo da questo presupposto, quindi, il termine dovrebbe considerarsi *perentorio*, in considerazione degli effetti particolarmente afflittivi della pendenza di tali provvedimenti nella sfera giuridica dei destinatari, in violazione dei principi di buona fede e collaborazione. Di talché, a fronte di una regola di condotta "tipizzata", come quella di concludere il procedimento in un tempo determinato, viene chiarita la necessità di *interpretare* il significato da dare a tale disposizione alla luce del principio generale di buona fede/collaborazione, sanzionando la sua violazione con la rimozione del provvedimento illegittimo[40].

In un altro contesto, il Consiglio di Stato ritiene opportuno richiamare l'art. 1, comma 2-bis della l. n. 241/1990 in funzione *ricognitiva*, ossia facendo riferimento ad orientamenti giurisprudenziali già consolidati in materia di partecipazione procedimentale, espressione dei principi di collaborazione e buona fede[41]. È noto, infatti, come la giurisprudenza amministrativa affermi da sempre in maniera molto

[39] Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 19 gennaio 2021, n. 584.

[40] In questa prospettiva, il Consiglio di Stato, allontanandosi parzialmente dal precedente dell'Adunanza Plenaria 4 maggio 2018, n. 5, coglie l'occasione per svolgere una specifica riflessione sulla qualificazione della norma che stabilisce il termine di conclusione dei procedimenti sanzionatori. Ci si chiede, infatti, se una prescrizione del genere, ispirata al precetto di buona fede e certezza del diritto, possa essere considerata una regola di condotta oppure, diversamente, una regola di validità. Per rispondere a questa domanda, il Collegio distingue nettamente i modi con cui sono sanzionate le violazioni di regole di comportamento nel diritto privato e nel diritto amministrativo. Nel primo caso, infatti, è necessario verificare volta per volta ed in concreto la portata della violazione delle regole di comportamento ispirate a buona fede, con ciò che ne consegue in termini di accesso alla tutela rimediale di annullamento o di nullità. Nel diritto amministrativo, invece, il legislatore ha da sempre ammesso in linea generale il sindacato delle regole comportamentali che scandiscono l'agire dell'amministrazione, attraverso il rimedio dell'annullamento per violazione di legge ed eccesso di potere. Secondo il Consiglio di Stato, quindi, con la novella del 2020, il legislatore avrebbe inteso colmare espressamente l'assenza del riferimento alla buona fede nella disciplina generale sul procedimento, in modo da regolare i rapporti tra cittadino ed amministrazione attraverso regole *ad hoc* di diritto pubblico. A seguito di questa modifica, pertanto, in caso di violazioni di regole di condotta non avrebbe alcun senso invocare la sola tutela risarcitoria, così come accade generalmente nei rapporti tra privati. Ciò in quanto, la valutazione delle regole di comportamento nel diritto amministrativo segue regole diverse, e non vi sarebbe, pertanto, alcuna ragione legittima per negare l'eventuale annullamento di un provvedimento sanzionatorio emanato dopo il termine previsto per la sua adozione. Solo in questo modo il giudizio amministrativo sarebbe in grado di garantire una tutela piena ed effettiva, ripristinando completamente la situazione giuridica del ricorrente.

[41] Cfr. Cons. Stato, Sez. II, 22 dicembre 2020, n. 8230. Tale richiamo ricognitivo viene effettuato anche perché la disposizione di cui all'art. 1, comma 2-bis, l. 241/1990 non era applicabile alla vicenda oggetto del presente contenzioso *ratione temporis*.

netta l'importanza sostanzialistica delle norme in materia di partecipazione procedimentale. Le stesse, infatti, devono essere necessariamente lette avendo riguardo all'effettivo e oggettivo pregiudizio che la loro inosservanza possa aver causato alle ragioni del soggetto privato, escludendone la rilevanza solo quando nessuna effettiva influenza avrebbe potuto avere la partecipazione del privato rispetto alla concreta portata del provvedimento finale. Sul punto, la partecipazione non potrebbe essere omessa nemmeno per l'attività vincolata, soprattutto quando la stessa introduca differenti presupposti di fatto che avrebbero potuto condurre ad una decisione differente da quella in concreto adottata[42].

Infine, con riferimento alla sua capacità *integrativa* del precetto legislativo ed amministrativo, la giurisprudenza ha utilizzato questa disposizione per chiarire la corretta modalità di comunicazione della richiesta di soccorso istruttorio, introducendo una nuova regola di condotta non precedentemente determinata[43]. Come noto, infatti, l'art. 76, comma 5 e 6, del D.lgs. n. 50/2016, prevede espressamente che la Stazione appaltante comunichi via p.e.c. o con altro strumento analogo la decisione sull'esclusione, ma non dice nulla sulla comunicazione della richiesta di soccorso istruttorio, sulla quale, generalmente, si rimanda al contenuto della *lex specialis*.

Nel caso di specie, tuttavia, la Stazione appaltante non aveva previsto una specifica forma di comunicazione all'interno del bando di gara per inoltrare la richiesta di soccorso istruttorio, ma aveva caricato la nota contenente la richiesta di soccorso istruttorio all'interno della c.d. "Area comunicazioni" del portale dell'*e-procurement*, inviando contestualmente una mail di cortesia nella casella di posta ordinaria dell'interessato, la quale, tuttavia, essendo stata archiviata nello *spam* dal gestore della casella di posta elettronica, non era stata letta in tempo, causando l'esclusione del candidato.

In questo contesto, siccome la richiesta di soccorso è astrattamente idonea, ove non riscontrata nei termini, a produrre effetti pregiudizievoli irreversibili[44], sarebbe necessario verificare la migliore modalità di comunicazione rispettosa dei principi imperativi posti dall'ordinamento, fra cui quelli di collaborazione e buona fede, di cui all'art. 1, comma 2-*bis*, l. 241/1990. Di talché, secondo il T.A.R. Lazio, la stessa dovrà

[42] Così come previsto, peraltro, dall'art. 21 *octies*, comma 2, l. n. 241/1990. Sul punto, la sentenza in commento richiama: Cons. Stato, Sez. II, 17 settembre 2019, n. 6209; Cons. Stato, Sez. III, 19 febbraio 2019, n. 1156; Cons. Stato, Sez. IV, 11 gennaio 2019, n. 256; Cons. Stato, Sez. IV, 27 settembre 2018, n. 5562.

[43] Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 16 ottobre 2020, n. 10550, confermata da Cons. Stato, Sez. V, 31 agosto 2021, n. 6132.

[44] s.v. art. 83, comma 9, del D.lgs. n. 50/2016, secondo cui: "le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma. In particolare, in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara. Costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa".

necessariamente essere comunicata con forme telematiche tali da garantire con ragionevole certezza che la comunicazione sia giunta presso il domicilio elettronico del destinatario. La soluzione preferibile, quindi, sempre in assenza di una previsione specifica nella *lex specialis* sarebbe quella che impone la trasmissione via p.e.c. della richiesta di soccorso istruttorio, in quanto tale è il sistema di invio di comunicazioni con valore legale e l'unico idoneo a garantire la conoscenza delle comunicazioni a valenza individuale, con carattere necessariamente recettizio.

5. Conclusioni

Alla luce di quanto affermato, la disposizione di principio sancita dall'art. 1, comma 2-bis, l. n. 241/1990 non può assolutamente essere considerata una formula sterile di mera propaganda, bensì una di quelle norme fondamentali dell'ordinamento da cui far discendere tutele ancora rimaste inespresse, potendo trovare applicazione in una molteplicità di fattispecie tra loro profondamente diverse. Si tratta, infatti, di una norma capace di ampliare e integrare regole di condotta già "codificate" all'interno della legge, operando ad un tempo come parametro di legittimità dell'esercizio del potere e presupposto di responsabilità nei confronti dell'amministrazione. Il fatto che sia stata formulata in questo modo, dimostra chiaramente la volontà del legislatore di superare definitivamente il modello tradizionale di esercizio del potere autoritativo, dove il cittadino è alla mercé dell'amministrazione, in favore di un modello essenzialmente partecipativo, in cui la dimensione pubblicistica dialoga e collabora con quella privatistica, non solo a parole, ma anche nei fatti, in quanto ogni discostamento da questo *standard* comportamentale può essere direttamente sanzionato dal giudice amministrativo come vizio di legittimità. In altri termini, i principi di collaborazione e buona fede intercettano lo spazio esistente tra legge e discrezionalità amministrativa, assoggettando quest'ultima ai vincoli rappresentati dal modello partecipativo, al fine di garantire non solo una tutela piena ed effettiva degli interessi privati, ma anche una migliore soddisfazione degli interessi pubblici.

Pubblici poteri e cybersicurezza: il lungo cammino verso un approccio collaborativo alla gestione del rischio informatico*

di Luigi Previti
Ricercatore di Diritto amministrativo
Università degli Studi di Palermo

Abstract [It]: Il contributo mira ad analizzare l'attuale architettura istituzionale relativa alla cybersicurezza. Dopo aver richiamato i più significativi interventi legislativi adottati in materia a livello europeo e nazionale, il lavoro evidenzia come la migliore assicurazione possibile contro il rischio di attacchi informatici sia rappresentata dall'ampia partecipazione dei diversi protagonisti del cyberspazio al sistema di protezione della pubblica sicurezza cibernetica. Adottando una siffatta prospettiva, l'articolo sottolinea il ruolo strategico svolto dagli operatori economici del settore e dagli utenti delle reti e dei servizi digitali ai fini della definizione di una struttura più aperta e condivisa di prevenzione e di monitoraggio. Un ruolo che, tuttavia, non sembra essere ancora adeguatamente valorizzato all'interno dell'ordinamento giuridico italiano.

Title: Public authorities and cyber security: the long road to a collaborative approach to cyber risk management
Abstract [En]: The article aims to analyze the current institutional framework about cybersecurity. After having referred to the most significant legislative measures at European and national level, the work highlights that the best possible insurance against cyber risks is represented by the wide participation of the various protagonists of the cyberspace to the protection system of cyber public security. Moving from this perspective, the strategic role played by the economic operators and the users of the online infrastructures and services to the definition of a more shared system of prevention and monitoring is remarked. A role that, however, does not seem to be adequately valued within the Italian legal framework.

Parole chiave: transizione digitale; cyberspazio; sicurezza cibernetica; attacchi informatici; gestione del rischio; collaborazione pubblico-privato
Keywords: digital transformation; cyberspace; cybersecurity; cyber attacks; risk management; public-private partnership

Sommario: **1.** Rischi informatici e transizione digitale. **2.** Attori istituzionali e strumenti multilivello di tutela della cybersicurezza. **3.** Pubblico e privato di fronte alle nuove minacce della rete: l'esigenza di un approccio collaborativo per la creazione di un cyberspazio più aperto e resiliente. **4.** (Segue) Il ruolo degli operatori del settore… **5.** (Segue) …e degli utenti informatici. **6.** Considerazioni conclusive.

1. Rischi informatici e transizione digitale

Negli ultimi anni il processo di digitalizzazione dei diversi settori dell'economia e della società ha raggiunto risultati alquanto sorprendenti, anche grazie allo sviluppo e alla diffusione di tecnologie e infrastrutture informatiche sempre più sofisticate e interconnesse[1]. L'obiettivo di sfruttare a pieno i

* Articolo sottoposto a referaggio.

[1] Com'è noto, si assiste oggi ad una moltiplicazione di sistemi informatici costantemente connessi ad *internet*, in grado di interagire tra di loro e con il mondo fisico in cui operano attraverso l'uso di appositi sensori. Si tratta di dispositivi che possono essere integrati all'interno degli oggetti fisici più diversi (*i.e.*, veicoli, edifici, elettrodomestici, lampioni stradali,

vantaggi ricavabili dall'uso dei predetti strumenti ha posto al centro del dibattito scientifico rilevanti questioni problematiche, come quelle inerenti alla creazione di un'architettura istituzionale in grado di affrontare l'emersione di nuove minacce per i diritti e le libertà fondamentali, rispetto alle quali le categorie giuridiche preesistenti risultano spesso inadeguate o inefficaci[2].

Un significativo segnale del cambiamento di prospettiva indotto dall'esigenza di gestire fenomeni e vulnerabilità ancora poco conosciuti può essere colto nei recenti atti normativi di matrice europea, ove la valutazione analitica della tipologia e dell'intensità dei diversi pericoli intrinsecamente legati alle moderne ICT viene indicata quale nuovo, necessario *modus operandi* per tutti i soggetti, pubblici e privati, che svolgono le proprie attività quotidiane all'interno del cyberspazio[3].

In questa direzione si inserisce, tra le altre, la proposta di regolamento europeo sull'intelligenza artificiale, pubblicata dalla Commissione europea il 21 aprile 2021 (c.d. *Artificial Intelligence Act*), con la quale sono state gettate le basi per la costruzione di un contesto di maggiore fiducia verso l'odierna rivoluzione digitale, di promozione degli investimenti finanziari nel settore e di salvaguardia dei principi e dei valori dell'Unione[4]. Con tale atto è stata suggerita, per la prima volta, l'introduzione di un quadro omogeneo di condizioni e di requisiti minimi ispirati ad una logica di tipo *risk-based*, ossia parametrati allo specifico livello di rischio che i singoli sistemi informatici presentano nei confronti della sicurezza, della salute e

ecc.) e che formano una rete di strumenti ormai nota con l'espressione *Internet of Things* (IoT). Per avere un'idea più chiara del fenomeno, si osservi che, secondo le stime di *International Data Corporation*, il principale fornitore globale di servizi di consulenza nel settore delle ICT, entro il 2025 il numero di macchine, di sensori e di telecamere connesse alla rete sarà pari a 41,6 miliardi. In materia, cfr. R.H. WEBER, E. STUDER, *Cybersecurity and the Internet of Things: Legal Aspect*, in *Computer Law & Security Review*, n. 36, 2016, p. 726 ss.; A. RAYES, S. SALAM, *Internet of Things: from Hype to Reality*, Springer, Cham, 2019; L. DE NARDIS, *The Internet in Everything. Freedom and Security in a World with No Off Switch*, New Haven, Yale University Press, 2020; G. NOTO LA DIEGA, *Internet of Things and the Law. Legal Strategies for Consumer-Centric Smart Technologies*, Routledge, Londra, 2022.

[2] Sulla capacità dell'innovazione tecnologica di mettere in crisi i preesistenti modelli e schemi concettuali, quali la sovranità statale, la spazialità dell'applicazione delle norme giuridiche, nonché il tradizionale ruolo degli attori pubblici e privati, cfr. J.L. BOWER, C.M. CHRISTENSEN, *Disruptive Technologies: Catching the Wave*, in *Harvard Business Review*, n. 73, 1995, p. 43 ss.

[3] Sulla necessità di affrontare i nuovi, inevitabili rischi connessi alla continua crescita della dimensione del cyberspazio, si vedano le recenti riflessioni di L. VIOLANTE, *Diritto e potere nell'era digitale. Cybersociety, cybercommunity, cyberstate, cyberspace: tredici tesi*, in *BioLaw Journal*, n. 1, 2022, p. 146, secondo il quale: «In termini di sicurezza il *cyberspace* costituisce il quarto dominio perché le problematiche della sicurezza, oltre a svilupparsi sulla terra, in mare e nello spazio, oggi si sviluppano anche nello spazio *cyber*»; con riferimento agli attuali rischi «da ignoto tecnologico», è doveroso, invece, il richiamo al lavoro di A. BARONE, *Il diritto del rischio*, Giuffrè, Milano, 2006, *passim*. Più in generale, sulla possibilità di qualificare la società contemporanea come "società del rischio", si vedano, per tutti, U. BECK, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Carocci, Roma, 2000, spec. p. 25 ss., ove l'A. sottolinea che «nella modernità avanzata la produzione sociale di ricchezza va sistematicamente di pari passo con la produzione sociale di rischi» e, in particolare, quelli «prodotti dalla scienza e dalla tecnica», nonché F. FUKUYAMA, *L'uomo oltre l'uomo. Le conseguenze della rivoluzione biotecnologica*, Mondadori, Milano, 2002.

[4] Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 aprile 2021 che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale), COM/2021/206 final, in *www.eur-lex.europa.eu*. La proposta è stata accompagnata da due atti normativi adottati il medesimo giorno, ossia la comunicazione della Commissione europea, *Promuovere un approccio europeo all'intelligenza artificiale*, COM (2021) 205 final, nonché il Piano coordinato riveduto sull'intelligenza artificiale, COM (2021) 205 final, allegato alla predetta comunicazione, entrambi reperibili in *www.eur-lex.europa.eu*.

della sfera giuridica individuale. Un approccio metodologico che si fonda, in buona sostanza, sulla fissazione di limitazioni d'uso e di obblighi di progettazione chiari e proporzionati, sul contenimento dei costi di conformità alla normativa di settore da parte degli operatori economici e sulla previsione di oneri di monitoraggio e di segnalazione degli incidenti in capo agli stessi utenti[5].

Tra le principali criticità che interessano il processo di informatizzazione attualmente in corso, un posto di primario rilievo è certamente occupato dalle nuove insidie che si affacciano sulla dimensione della pubblica sicurezza cibernetica o della c.d. cybersicurezza[6]. Un tema che, pur costituendo, come pare evidente, la naturale precondizione per la crescita economica e lo sviluppo industriale degli Stati moderni, ha ricevuto soltanto di recente un'adeguata attenzione nelle agende politiche internazionali[7].

[5] Sull'impostazione seguita dalla suddetta proposta di regolamento europeo si vedano, quantomeno, G. MARCHIANÒ, *Proposta di regolamento della Commissione europea del 21 aprile 2021 sull'intelligenza artificiale con particolare riferimento alle IA ad alto rischio*, in *Ambientediritto.it*, n. 2, 2021; C. CASONATO, B. MARCHETTI, *Prime osservazioni sulla proposta di regolamento dell'Unione europea in materia di intelligenza artificiale*, in *Biolaw Journal*, n. 3, 2021, p. 415 ss.; G. DI GREGORIO, F. PAOLUCCI, O. POLLICINO, *L'intelligenza artificiale made in UE è davvero "umano-centrica"? I conflitti della proposta*, in *www.agendadigitale.eu*, 22 luglio 2021; F. LAMBERTI, *La proposta di regolamento UE sull'Intelligenza artificiale alla prova della privacy*, in *Federalismi.it*, 29 giugno 2022. In materia, cfr. anche A. BARONE, *Amministrazione del rischio e intelligenza artificiale*, in *European Review of Digital Administration Law*, n. 1-2, 2020, p. 65 ss., secondo il quale l'intera tematica dell'IA è dominata dalle esigenze di regolazione e di gestione dei rischi (sociali, economici, tecnici) che possono derivare dall'uso delle nuove tecnologie.

[6] Sul concetto di «sicurezza cibernetica», cfr. art. 2, comma 1, lett. *i*), DPCM 24 gennaio 2013, n. 66, ai sensi del quale la locuzione indica la «condizione per la quale lo spazio cibernetico risulti protetto grazie all'adozione di idonee misure di sicurezza fisica, logica, procedurale rispetto ad eventi, di natura volontaria o accidentale, consistenti nell'acquisizione e nel trasferimento indebiti di dati, nella loro modifica o distruzione illegittima, ovvero nel danneggiamento, distruzione o blocco del regolare funzionamento delle reti e dei sistemi informativi o dei loro elementi costitutivi», laddove per «spazio cibernetico» (o cyberspazio) deve intendersi, invece, «l'insieme delle infrastrutture informatiche interconnesse, comprensivo di *hardware*, *software*, dati ed utenti, nonché delle relazioni logiche, comunque stabilite, tra di essi». In dottrina, cfr. R. BRIGHI, P.G. CHIARA, *La cybersecurity come bene pubblico: alcune riflessioni normative a partire dai recenti sviluppi nel diritto dell'Unione Europea*, in *Federalismi.it*, n. 21, 2021, pp. 20-21, i quali ricordano che limitare il concetto di sicurezza informatica alla sola protezione delle reti e dei sistemi informatici è oggi fuorviante e anacronistico; e ciò dal momento che un attacco *cyber* può causare non solo danni tecnologici, ma anche ledere diritti e libertà fondamentali, alterare gli equilibri politici di una nazione e, qualora vengano colpite infrastrutture critiche, determinare gravi conseguenze per comunità, istituzioni e imprese. In generale, per un'approfondita analisi dell'evoluzione del concetto di sicurezza pubblica nell'ordinamento giuridico italiano, si veda, da ultimo, il lavoro monografico di R. URSI, *La sicurezza pubblica*, Il Mulino, Bologna, 2022.

[7] Come si preciserà *infra*, infatti, un reale interessamento delle istituzioni pubbliche per le rilevanti questioni problematiche poste dalla tutela della cybersicurezza si è concretamente manifestato solo negli ultimi anni: dapprima, come conseguenza dell'accelerazione del processo di transizione digitale delle dinamiche economiche e sociali dovuta all'esperienza della pandemia da COVID-19 e, poi, come esigenza istituzionale indotta dall'esponenziale aumento di attacchi cibernetici riconducibili allo scoppio del drammatico conflitto tra Russia e Ucraina. Sui profili di diritto internazionale connessi alla tematica in esame, si vedano, tra gli altri, M.N. SCHMITT (a cura di), *Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare*, Cambridge University Press, Cambridge (UK), 2013; P. MARGULIES, *Sovereignty and Cyber Attacks: Technology's Challenge to the Law of State Responsibility*, in *Melbourne Journal of International Law*, n. 2, 2013, p. 496 ss.; J. MAOGOTO, *Technology and the Law on the Use of Force: New Security Challenges in the Twenty-First Century,* Routledge, Londra, 2014; N. TSAGOURIAS, R. BUCHAN (a cura di), *Research Handbook on International Law and Cyberspace,* Edward Elgar, Cheltenham, 2015; J. D'ASPREMONT, *Cyber Operations and International Law: An Interventionist Legal Thought*, in *Journal of Conflict & Security Law*, n. 3, 2016, p. 575 ss.; C. WHYTE, B.M. MAZANEC, *Understanding Cyber Warfare: Politics, Policy and Strategy*, Routledge, Londra, 2019.

Muovendosi nell'ambito delle suddette coordinate, il presente contributo mira ad analizzare l'attuale sistema istituzionale rivolto a contrastare l'impatto dirompente delle sempre più frequenti minacce cibernetiche, quali fattori in grado di pregiudicare l'effettivo raggiungimento degli obiettivi di transizione digitale stabiliti, da ultimo, nel Piano nazionale di ripresa e resilienza[8].

A tal proposito, dopo aver ricostruito, seppur brevemente, l'articolata architettura multilivello formatasi negli ultimi anni, l'analisi evidenzia il ruolo strategico del settore privato-imprenditoriale nella costruzione, all'interno del nostro ordinamento, di un meccanismo dinamico e partecipato di monitoraggio della rete informatica, anche nell'ottica dell'ulteriore affinamento delle recenti strategie di prevenzione e di protezione messe in campo *in subiecta materia*. Le considerazioni finali sottolineano il valore della collaborazione pubblico-privato non solo ai fini dell'accrescimento della resilienza delle infrastrutture e dei servizi digitali di fronte al verificarsi di crisi e di attacchi *cyber*, ma anche ai fini dell'affermazione di una solida cultura nazionale del rischio informatico per tutti i cittadini e le imprese.

2. Attori istituzionali e strumenti multilivello di tutela della cybersicurezza

La sensibilità dell'Unione per la salvaguardia della sicurezza delle reti e dei sistemi informatici emerge fin dai primi atti di indirizzo dedicati all'uso delle ICT, ove il perseguimento di tale obiettivo è posto in stretta correlazione alla creazione del mercato unico, quale spazio in cui i movimenti transfrontalieri di persone, beni e servizi vengono non solo agevolati, ma anche adeguatamente presidiati[9].

[8] Il rafforzamento della cybersicurezza nazionale costituisce, non a caso, uno degli ambiti di intervento del PNRR (Missione 1, Componente 1.1., Investimento 1.5), che riconosce il rapporto direttamente proporzionale tra la maggiore digitalizzazione del Paese e la sua maggiore esposizione alle minacce *cyber*. In tal senso, gli investimenti finanziari proposti in materia (0,62 Mld) riguardano quattro principali aree: *i*) il rafforzamento dei presidi di *front-line* per la gestione delle notifiche e degli eventi rischiosi che interessano le pubbliche amministrazioni e le imprese di interesse nazionale; *ii*) il consolidamento delle capacità tecniche di valutazione e di *audit* della sicurezza degli *hardware* e dei *software* utilizzati per l'erogazione di servizi critici da parte di soggetti, pubblici e privati, che svolgono una funzione essenziale; *iii*) l'assunzione e la formazione di personale competente nelle aree di pubblica sicurezza e di polizia giudiziaria dedicate alla prevenzione e investigazione del crimine informatico; *iv*) il rafforzamento degli *asset* e delle unità incaricate della protezione della sicurezza nazionale e della risposta alle minacce *cyber*.

[9] Sotto questa prospettiva, la predisposizione di un adeguato apparato di prevenzione e di contrasto nei confronti delle minacce cibernetiche rappresenta il naturale contraltare dell'impulso, impresso dalle stesse istituzioni dell'Unione, verso l'introduzione e l'utilizzo di sistemi e dispositivi tecnologici sempre più evoluti e interconnessi. Tra i primi interventi in materia occorre ricordare, tra gli altri, la comunicazione della Commissione europea del 6 giugno 2001, *Sicurezza delle reti e sicurezza dell'informazione: proposta di un approccio strategico europeo*, COM (2001) 298, par. 2.1, in *www.eur-lex.europa.eu*, in base alla quale: «La sicurezza delle reti e dell'informazione va intesa come la capacità di una rete o di un sistema d'informazione di resistere, ad un determinato livello di riservatezza, ad eventi imprevisti o atti dolosi che compromettono la disponibilità, l'autenticità, l'integrità e la riservatezza dei dati conservati o trasmessi e dei servizi forniti o accessibili tramite la suddetta rete o sistema»; la direttiva 2002/21/CE del 7 marzo 2022, che istituisce un quadro normativo comune per le reti e i servizi di comunicazione elettronica e affida alle autorità nazionali di regolazione il compito di garantire il mantenimento dell'integrità e della sicurezza delle reti e delle comunicazioni pubbliche (art. 8, comma 4, lett. f); la comunicazione della Commissione europea del 26 settembre 2003, *Il ruolo dell'e-Government per il futuro dell'Europa*, COM (2003) 567, par. 2.1, in *www.eur-lex.europa.eu*, ove si riconosce che: «In futuro i cittadini esigeranno sempre più che le pubbliche autorità provvedano a tutelare la libertà, la giustizia e la sicurezza in tutta l'Unione europea. Occorre a tal fine garantire una cooperazione tra gli Stati membri e a livello internazionale e fare anche fronte a nuove forme di

Tuttavia, la consapevolezza di dover assicurare un più elevato livello di protezione degli enti e degli utenti che utilizzano le moderne tecnologie per le proprie attività economiche e istituzionali ha condotto negli ultimi anni all'introduzione di un quadro normativo maggiormente incisivo e coordinato in materia[10].

Sotto questa prospettiva, va rilevato come l'adozione e la successiva attuazione di una strategia europea per la cybersicurezza costituiscano un passaggio fondamentale per il successo delle recenti iniziative di

insicurezza generate dall'utilizzo di nuove tecnologie». In dottrina, sull'evoluzione della disciplina europea in tema di sicurezza informatica, cfr. C. CENCETTI, *Cybersecurity: Unione europea e Italia. Prospettive a confronto*, Nuova Cultura, Roma, 2014, p. 21 ss.; A. CONTALDO, D. MULA (a cura di), *Cybersecurity Law*, Pacini, Pisa, 2020, p. 7 ss.; C KOHLER, *The EU Cybersecurity Act and European standard: an introduction to the role of European standardization*, in *International Cybersecurity Law Review*, n. 1, 2020, p. 7 ss.

[10] A tal riguardo, cfr. il regolamento UE 2021/694 del 29 aprile 2021 che istituisce il programma "Europa digitale" (2021-2027), il quale, dopo aver indicato gli obiettivi principali del programma (calcolo ad alte prestazioni; intelligenza artificiale; cybersicurezza e fiducia; competenze digitali avanzate; implementazione e impiego ottimale delle capacità digitali e interoperabilità), sottolinea che: «La fiducia costituisce una condizione essenziale per il funzionamento del mercato unico digitale. Le tecnologie della cibersicurezza, come le identità digitali, la crittografia e il rilevamento delle intrusioni, e le loro applicazioni in ambiti quali il settore finanziario, l'industria 4.0, l'energia, i trasporti, la sanità e l'amministrazione elettronica sono essenziali per salvaguardare la sicurezza e la fiducia nelle attività e nelle operazioni online da parte dei cittadini, delle pubbliche amministrazioni e delle imprese» (Considerando 39).

innovazione tecnologica[11], finalizzate non solo a garantire servizi digitali efficienti e affidabili[12], ma anche a rafforzare la capacità dell'Unione di gestire il rischio di attacchi cibernetici[13].

Alla realizzazione di questi obiettivi è specificamente rivolta la direttiva UE 2016/1148, nota anche come "direttiva NIS" (*Network and Information Security*), che rappresenta il primo importante tentativo di armonizzazione delle legislazioni nazionali in tema di prevenzione e di risposta alle vulnerabilità informatiche nei settori più importanti[14].

---

[11] In materia si vedano, tra gli altri, la comunicazione congiunta della Commissione europea e dell'Alto rappresentante dell'Unione del 7 febbraio 2013, *Strategia dell'Unione europea per la cibersicurezza: un ciberspazio aperto e sicuro*, JOIN (2013) 1 final, in *www.eur-lex.europa.eu*; la comunicazione congiunta della Commissione europea e dell'Alto rappresentante dell'Unione del 13 settembre 2017, *Resilienza, deterrenza e difesa: verso una cibersicurezza forte per l'UE*, JOIN (2017) 450 final, in *www.eur-lex.europa.eu*, ove l'Unione riconosce, per la prima volta, che: «sempre più spesso gli attori statali raggiungono i loro obiettivi geopolitici non solo attraverso strumenti tradizionali come la forza militare, ma anche attraverso strumenti cibernetici più discreti, volti anche ad interferire nei processi democratici interni. È ormai ampiamente noto l'utilizzo del ciberspazio come terreno di guerra, da solo o nell'ambito di un approccio ibrido. Le campagne di disinformazione, le notizie false e le operazioni cibernetiche mirate ad infrastrutture critiche sono sempre più comuni e richiedono una risposta. Per questo motivo, […] la Commissione ha sottolineato l'importanza della cooperazione nella ciberdifesa» (p. 2); la comunicazione della Commissione europea del 19 febbraio 2020, *Plasmare il futuro digitale dell'Europa*, COM (2020) 67 final, in *www.eur-lex.europa.eu*, ove si precisa che: «Una vera trasformazione digitale deve iniziare dalla fiducia di cittadini e imprese europei nella sicurezza di prodotti e applicazioni. Quanto più siamo interconnessi, tanto più siamo vulnerabili alle attività informatiche dolose. Per far fronte a questa minaccia crescente dobbiamo collaborare costantemente: stabilendo regole coerenti per le imprese e meccanismi più forti per la condivisione proattiva delle informazioni; garantendo la cooperazione operativa tra gli Stati membri e tra l'UE e gli Stati membri; stabilendo sinergie tra la ciberresilienza civile e le cibersicurezza; attività di contrasto e difesa nell'ambito della cibersicurezza; garantendo che le forze dell'ordine e la magistratura possano operare in modo efficace sviluppando nuovi strumenti da utilizzare contro i criminali informatici; e, non da ultimo, sensibilizzando i cittadini dell'UE alla cibersicurezza» (p. 5); nonché la comunicazione congiunta della Commissione europea e dell'Alto rappresentante dell'Unione del 16 dicembre 2020, *La strategia dell'UE in materia di cybersicurezza per il decennio digitale*, JOIN (2020) 18 final, in *www.eur-lex.europa.eu*, che aggiorna la precedente strategia europea del settembre 2017 e che viene espressamente considerata come una componente essenziale per la piena realizzazione della transizione digitale dell'Europa e degli obiettivi indicati nel *Recovery plan*.

[12] In tal senso, cfr. la proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 dicembre 2020, relativo a un mercato unico dei servizi digitali (legge sui servizi digitali) e che modifica la direttiva 2000/31/CE, COM (2020) 825 final, in *www.eur-lex.europa.eu,* la quale intende migliorare il funzionamento del mercato interno e garantire un ambiente *online* sicuro e trasparente attraverso «una serie chiara ed equilibrata di obblighi armonizzati in materia di dovere di diligenza per i prestatori di servizi intermediari. Tali obblighi dovrebbero in particolare mirare a conseguire diversi obiettivi di interesse pubblico quali la sicurezza e la fiducia dei destinatari del servizio, compresi i minori e gli utenti vulnerabili, la tutela dei pertinenti diritti fondamentali sanciti dalla Carta, la garanzia di una significativa assunzione della responsabilità da parte di tali prestatori e il conferimento di maggiore potere ai destinatari e alle altre parti interessate, agevolando nel contempo la necessaria vigilanza da parte delle autorità competenti» (Considerando 34).

[13] Sulle nuove esigenze di sicurezza connesse all'avanzamento del processo di digitalizzazione dell'Unione, si veda la comunicazione della Commissione europea del 24 luglio 2020, *La strategia dell'UE per l'Unione della sicurezza*, COM (2020) 605 final, in *www.eur-lex.europa.eu,* ove si sottolinea che: «i benefici sempre più numerosi che le tecnologie digitali hanno apportato alla nostra vita hanno fatto della cibersicurezza delle tecnologie una questione di importanza strategica. I cittadini, le banche, i servizi finanziari e le imprese (in particolare le piccole e medie imprese) risentono pesantemente degli attacchi informatici. L'interdipendenza tra i sistemi fisici e quelli digitali aggrava ulteriormente i danni potenziali: qualsiasi impatto fisico è destinato a incidere sui sistemi digitali, mentre gli attacchi informatici ai sistemi di informazione e alle infrastrutture digitali possono bloccare i servizi essenziali. L'avvento dell'*internet* degli oggetti e il maggiore ricorso all'intelligenza artificiale comporteranno nuovi benefici ma anche una serie di nuovi rischi. […] La dipendenza da sistemi *online* ha dato il via a un'ondata di attacchi da parte della cibercriminalità. Il cosiddetto "*cybercrime-as-a-service*" (ossia l'offerta di servizi illegali) e l'economia "cibercriminale" sotterranea offrono un agevole accesso a prodotti e servizi informatici *online* offerti dalla criminalità informatica» (p. 3-4).

[14] Cfr. la direttiva UE 2016/1148 del Parlamento europeo e del Consiglio del 6 luglio 2016, recepita nel nostro ordinamento dal d.lgs. 18 maggio 2018, n. 65. Sul punto, cfr. L. SALAMONE, *La disciplina del cyberspace alla luce della*

Nello specifico, pur seguendo un approccio regolatorio minimale[15], il legislatore europeo ha affidato, in primo luogo, ai singoli Stati membri il compito di: *i*) adottare una strategia nazionale sulla cybersicurezza, al fine di individuare priorità di intervento, piani di valutazione dei rischi, misure di risposta agli attacchi *cyber*, nonché di attivare programmi di formazione e di sensibilizzazione collettiva sulle diverse tematiche legate alla sicurezza delle reti e dei servizi *online*; *ii*) designare una o più autorità nazionali competenti in materia di sicurezza informatica (c.d. Autorità NIS), al fine di garantire la corretta attuazione dei principi e delle disposizioni della suddetta direttiva; *iii*) istituire un gruppo unico di intervento in caso di incidenti informatici (*Computer Security Incident Response Team,* di seguito CSIRT), al fine di trattare le situazioni di crisi secondo procedure predefinite, modalità di reazione proporzionate al tipo di evento e tempistiche il più possibile contenute[16]; *iv*) individuare un punto di contatto unico nazionale, al fine di assicurare un'effettiva cooperazione in materia tra le autorità europee e gli Stati membri[17].

Oltre all'introduzione dei suddetti organismi, la direttiva ha stabilito, in secondo luogo, una serie di rilevanti misure tecniche e organizzative per due determinate categorie di soggetti, ossia gli «operatori dei servizi essenziali» (OSE) e i «fornitori di servizi digitali» (FSD), la cui intensità è direttamente proporzionale alla strategicità e alle dimensioni dei singoli destinatari[18].

Si tratta di obblighi principalmente rivolti a rendere più affidabili le reti utilizzate, a prevedere e a minimizzare l'impatto delle minacce più significative sulla continuità delle operazioni e dei servizi svolti e ad assicurare la tempestiva comunicazione degli incidenti di sicurezza alle competenti autorità nazionali

direttiva europea delle reti e dell'informazione, in *Federalismi.it*., n. 23, 2017, spec. p. 7 ss., il quale nota che, senza la predetta iniziativa legislativa, sarebbe perdurata «una situazione in cui ogni Stato continuava ad agire da solo, senza tener conto delle interdipendenze tra le reti e i sistemi informativi in tutta l'Unione e attraverso strategie incoerenti e norme divergenti, con la naturale conseguenza […] di una protezione insufficiente dello spazio cibernetico dell'UE».

[15] Cfr. la clausola di armonizzazione minima di cui all'art. 3 della direttiva, ai sensi della quale gli Stati membri possono adottare o mantenere in vigore disposizioni volte a conseguire un livello più elevato di sicurezza cibernetica.

[16] Al fine di promuovere la cooperazione operativa tra i singoli Stati, la direttiva prevede altresì l'istituzione di una rete europea dei CSIRT.

[17] Lo scambio di informazioni e di migliori pratiche viene assicurato, inoltre, tramite l'istituzione di un apposito gruppo di cooperazione, composto dagli Stati membri, dalla Commissione europea e dall'ENISA (sulla quale si dirà meglio *infra*).

[18] In particolare, ai sensi della direttiva NIS gli «operatori dei settori essenziali» sono coloro che svolgono la propria attività economica nel settore della fornitura e distribuzione dell'acqua potabile, dell'energia, dei trasporti, della salute, delle infrastrutture digitali, dei servizi bancari e finanziari; al contrario, sono definiti come «fornitori di servizi digitali» coloro che operano nel settore dei motori di ricerca, dei servizi di *cloud computing* e delle piattaforme di commercio elettronico. L'applicazione del citato principio di proporzionalità – *rectius*, gradualità – impone che gli obblighi di sicurezza previsti per i primi siano più severi rispetto a quelli previsti per i secondi, atteso il più alto livello di rischio per la stabilità nazionale in caso di attacchi informatici nei confronti degli OSE. In merito al campo di applicazione della direttiva, occorre segnalare le rilevanti modifiche formulate sul punto nella proposta di revisione del 16 dicembre 2020, COM (2020) 823 final (c.d. "direttiva NIS 2"), in *www.eur-lex.europa.eu,* con la quale la Commissione europea ha manifestato l'intenzione di chiarire ed estendere la portata del precedente atto sia dal punto di vista soggettivo, ossia con riferimento all'individuazione dei soggetti coinvolti nella catena di gestione del rischio cibernetico (introducendo al riguardo una nuova classificazione dei destinatari degli obblighi di sicurezza, che si divideranno in "essenziali" e "importanti"), sia dal punto di vista oggettivo, ossia con riferimento alla razionalizzazione degli obblighi di comunicazione e degli *standard* minimi di sicurezza.

NIS. Comunicazioni, queste ultime, che possono anche provenire da enti o utenti che non sono formalmente identificabili come OSE o come FSD, sebbene in siffatta ipotesi il trattamento delle notifiche da parte delle autorità preposte sia consentito nella misura in cui non costituisce un onere eccessivo o sproporzionato[19].

Più di recente, l'incremento e la sofisticazione degli attacchi cibernetici a livello globale, che hanno assunto nel tempo forme più aggressive[20], nonché l'intenzione di affermare una più chiara visione europea del cyberspazio[21] hanno spinto le istituzioni sovranazionali a rivedere e ad aggiornare le prescrizioni normative precedentemente dettate. Al riguardo occorre richiamare, in particolare, le disposizioni introdotte dal regolamento UE 2019/881, c.d. *Cybersecurity Act*[22], il quale si caratterizza per la previsione di due significativi interventi.

Il primo riguarda l'istituzione di un sistema europeo di certificazione della cybersicurezza, ossia un insieme di regole e procedure volte ad assicurare, all'interno del territorio dell'Unione, la conformità di prodotti, servizi e processi ICT rispetto a determinati parametri minimi di sicurezza informatica.

---

[19] Art. 20 dir. UE 2016/1148.

[20] Oltre alle tipologie più note – come il *phishing*, ossia un tipo di frode informatica con la quale l'attaccante mira ad impadronirsi di informazioni preziose della vittima (quali numeri di carte di credito o di conti bancari, ID utente, *password*, ecc.), e le *botnets*, ossia applicazioni installate da un *hacker* sul computer della vittima al fine di prendere il controllo del dispositivo – la cronaca più recente ha registrato il diffondersi di attacchi c.d. "*DoS*" (*Denial of Service*), che si basano sull'invio di continue, automatizzate richieste di accesso ai sistemi informatici di un'infrastruttura digitale, con lo scopo di sovraccaricare quest'ultima e rendere così difficile, se non impossibile, eseguire l'accesso alla stessa, e di attacchi c.d. "*ransomware*", che mirano a bloccare l'accesso ad una rete e crittografare i dati ivi contenuti, salvo il pagamento di un riscatto in favore degli *hacker* da parte del gestore dell'infrastruttura bloccata. Per un'attenta analisi delle diverse minacce della dimensione cibernetica, si veda, tra gli altri, A. SAGLIOCCA, *La protezione dalle frodi, dal phishing e dalle estorsioni online*, in G. ZICCARDI, P. PERRI (a cura di), *Tecnologia e diritto*, III, Giuffrè, Milano, 2019, p. 211 ss.; P.L. MONTESSORO, *Cybersecurity: conoscenza e consapevolezza come prerequisiti per l'amministrazione digitale*, in *Ist. del fed.*, n. 3, 2019, spec. p. 791 ss., il quale sottolinea che oggi gli strumenti tecnici per sferrare attacchi informatici sono in vendita nel c.d. *dark web* e, di conseguenza, il crimine informatico può essere perpetrato anche da soggetti non particolarmente esperti nell'uso delle tecnologie; W. STALLINGS, *Sicurezza dei computer e delle reti*, a cura di A. DE PAOLA e G. LO RE, Pearson, Milano-Torino, 2022, p. 8 ss.

[21] Come è agevole rilevare, l'interesse dell'Unione ad affermare la propria *leadership* in materia di cybersicurezza non risponde a mere esigenze di carattere giuridico-dogmatico, ma anche ad esigenze di carattere economico-culturale, dal momento che la sicurezza cibernetica può essere certamente considerato uno dei terreni principali sui quali gli Stati contemporanei intendono esercitare la propria sovranità (la c.d. sovranità tecnologica). In tal senso, si vedano le considerazioni espresse nella Risoluzione del Parlamento europeo del 12 marzo 2019 sulle minacce per la sicurezza connesse all'aumento della presenza tecnologica cinese nell'Unione e sulla possibile azione a livello di Unione per ridurre tali minacce, 2019/2575 (RSP), in *www.eur-lex.europa.eu,* ove si è chiarito come «l'Unione debba assumere un ruolo guida in materia di cibersicurezza, adottando un approccio comune basato su un utilizzo efficiente ed efficace delle competenze dell'Unione, degli Stati membri e dell'industria, dato che un mosaico di decisioni nazionali divergenti nuocerebbe al mercato unico digitale […]», si «invita la Commissione a sviluppare una strategia che ponga l'Europa all'avanguardia nel settore delle tecnologie di cibersicurezza, onde ridurre la dipendenza dell'Europa dalla tecnologia straniera in tale campo» e si «invita gli Stati membri a informare la Commissione in merito a qualsiasi misura nazionale intendano adottare al fine di coordinare la risposta dell'Unione, onde garantire le più elevate norme di cibersicurezza in tutta l'Unione».

[22] Regolamento UE 2019/881 del 17 aprile 2019 relativo all'Agenzia dell'Unione europea per la cybersicurezza e alla certificazione della cybersicurezza per le tecnologie dell'informazione e della comunicazione, che ha abrogato il precedente regolamento UE 526/2013 del 21 maggio 2013.

Attraverso un siffatto meccanismo, pertanto, viene promosso non solo il mutuo riconoscimento delle attestazioni e delle dichiarazioni di conformità rilasciate dagli enti di certificazione designati dai singoli Stati membri, ma anche l'acquisto e lo scambio di dispositivi e di sistemi tecnologici in Europa, il cui livello di affidabilità viene notevolmente incrementato[23].

Il secondo intervento di rilievo riguarda, invece, il rafforzamento dei poteri istituzionali dell'Agenzia dell'Unione europea per la cybersicurezza (*European Union Agency for Network and Information Security*, di seguito ENISA), autorità istituita, già nel 2004, con lo scopo di assistere le istituzioni europee e gli Stati membri nello sviluppo e nella revisione delle politiche e delle azioni strategiche in materia[24].

Nell'ambito del nuovo mandato, viene così attribuito all'Agenzia il compito di fornire pareri, consulenze e orientamenti, sostenere lo scambio di informazioni e di buone pratiche, promuovere il miglioramento delle tecniche di prevenzione, analisi e reazione nei confronti delle minacce più pericolose, stimolare l'aggiornamento della normativa europea di settore, supportare la rete europea dei CSIRT, incentivare l'uso del citato meccanismo di certificazione dei prodotti e dei servizi ICT e sensibilizzare l'opinione pubblica sui rischi informatici attualmente più diffusi. Si tratta, a ben vedere, di iniziative che perseguono chiari obiettivi di cooperazione interistituzionale, di coordinamento operativo e di incremento qualitativo delle misure organizzative e di risposta in situazioni di crisi di portata transfrontaliera aventi ad oggetto settori nevralgici dell'economia[25].

---

[23] In alcuni casi, peraltro, è consentito agli stessi produttori e fornitori di autovalutare la sicurezza dei propri prodotti e servizi ICT; un'ipotesi che viene contemplata, come è agevole intuire, unicamente per quei prodotti e servizi che presentano un basso rischio di incidenti e di malfunzionamenti (art. 53 del regolamento). In merito al richiamato sistema europeo di certificazione, cfr. anche la proposta di regolamento UE 2021/105 del 21 aprile 2021 sui prodotti macchina, COM (2021) 202 final, in *www.eur-lex.europa.eu,* la quale contempla (all'art. 17, comma 5) una presunzione di sicurezza per tutti i sistemi e i prodotti informatici certificati in base al citato regolamento UE 2019/881: «I prodotti macchina che sono stati certificati o per i quali è stata emessa una dichiarazione di conformità nel quadro di un sistema di certificazione di cibersicurezza adottato conformemente al regolamento (UE) 2019/881 e i cui riferimenti sono stati pubblicati nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea sono considerati conformi ai requisiti essenziali di sicurezza e di tutela della salute di cui all'allegato III, sezioni 1.1.9 e 1.2.1, per quanto concerne la protezione contro la corruzione e la sicurezza e l'affidabilità dei sistemi di controllo nella misura in cui tali requisiti siano contemplati dal certificato di cibersicurezza o dalla dichiarazione di conformità o loro parti».

[24] Nello specifico, l'istituzione dell'Agenzia è avvenuta ad opera del regolamento CE 460/2004 del 10 marzo 2004, il quale ha affidato all'organismo europeo un mandato provvisorio (prorogato, di volta in volta, ad opera del regolamento CE 1007/2008, del regolamento CE 580/2011 e del regolamento 526/2013) e poteri istituzionali piuttosto contenuti (relativi, in buona sostanza, all'attività di consulenza tecnica nei confronti degli Stati membri in caso di attacchi o incidenti informatici). Quanto al livello organizzativo, ENISA è composta da: un consiglio di amministrazione, ove siedono i rappresentanti di ciascuno Stato membro dell'Unione e due membri nominati dalla Commissione, il quale stabilisce gli orientamenti generali del funzionamento dell'Agenzia; un comitato esecutivo, formato da cinque membri del citato consiglio di amministrazione, che assiste e prepara le decisioni di quest'ultimo; un direttore esecutivo, che provvede ad attuare le decisioni del consiglio di amministrazione sotto la sua responsabilità; un gruppo consultivo, composto da esperti riconosciuti a livello internazionale in rappresentanza dei portatori di interesse in materia di cybersicurezza. Con riferimento alla struttura e alle funzioni delle Agenzie nell'ordinamento amministrativo europeo si veda, per tutti, E. CHITI, *Le agenzie europee. Unità e decentramento nelle amministrazioni europee*, Cedam, Padova, 2002.

[25] Sul nuovo ruolo dell'Agenzia, cfr. A. CONTALDO, D. MULA (a cura di), *Cybersecurity Law*, *cit*., p. 71 ss. In tema di cooperazione interistituzionale, occorre richiamare il regolamento UE 2021/887 del 20 maggio 2021 che istituisce il Centro europeo di competenza per la cybersicurezza, con l'obiettivo di colmare, nel contesto della rete dei Centri

Invero, pur potendosi apprezzare le novità introdotte dai suddetti interventi, il quadro normativo vigente appare ancora piuttosto limitato, specie con riferimento alla previsione di un ruolo meramente consultivo e di indirizzo per l'ENISA, laddove sarebbe stato preferibile attribuire all'Agenzia funzioni maggiormente incisive, in considerazione della rilevanza del bene giuridico tutelato e della crescente esigenza di sicurezza informatica all'interno del mercato unico digitale[26]. Dal che pare possibile dedurre che l'effettiva affermazione della visione europea in tema di cybersicurezza dipenderà, in gran parte, dalla generale attività di vigilanza e di accertamento delle violazioni del diritto dell'Unione riconosciuta dai Trattati alla Commissione europea, così come dalla reale volontà politica degli Stati membri.

Volgendo lo sguardo al contesto giuridico italiano, è possibile osservare come il processo di definizione di un apposito sistema di prevenzione e di contrasto nei confronti delle minacce rivolte alla pubblica sicurezza cibernetica abbia avuto luogo, in un primo momento, tramite il coinvolgimento e il coordinamento di corpi amministrativi preesistenti, principalmente attivi nel c.d. «Sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica» di cui alla l. 3 agosto 2007, n. 124[27].

In particolare, le prime significative disposizioni dedicate al tema della *cybersecurity* risalgono al periodo 2012-2013, a partire dal quale si è assistito alla progressiva creazione di una macchina amministrativa in grado di risolvere, attraverso l'attivazione di tre distinti livelli di intervento, le criticità sollevate dallo sviluppo e dalla diffusione delle moderne tecnologie[28].

---

nazionali di coordinamento, il profondo divario di capacità e di competenze esistente nel territorio dell'Unione e di diffondere il più possibile i risultati delle ricerche e delle attività finanziate.

[26] Sull'inadeguatezza della vigente disciplina europea rispetto alla complessità delle sfide e dei rischi connessi alla tutela della pubblica sicurezza cibernetica, si vedano i tre recenti e correlati documenti strategici, tutti adottati il 16 dicembre 2020: la proposta di revisione della direttiva NIS, *cit.*, ove si rimarca non solo che l'ambito di applicazione dell'attuale direttiva è troppo limitato e di portata ambigua, ma anche che l'applicazione della stessa è risultata sostanzialmente inefficace, dal momento che gli Stati membri si sono mostrati riluttanti ad irrogare le sanzioni ivi prescritte; la proposta di revisione della direttiva sulla resilienza dei soggetti critici, COM (2020) 829 final, in *www.eur-lex.europa.eu*, che mira a sostituire la direttiva 2008/114/CE dell'8 dicembre 2008 sull'individuazione e designazione delle infrastrutture critiche europee (c.d. direttiva ECI, *European Critical Infrastructure*, che riguarda ad oggi solamente i settori dell'energia e dei trasporti), estendendo il campo di applicazione degli obblighi e dei meccanismi di sorveglianza ivi previsti alle infrastrutture dei soggetti considerati «critici» dagli Stati membri e dei soggetti considerati «di particolare rilevanza a livello europeo», ossia che forniscono servizi essenziali a o in più di un terzo degli Stati membri; la comunicazione congiunta della Commissione europea e dell'Alto rappresentante dell'Unione, *La strategia dell'UE in materia di cybersicurezza per il decennio digitale*, *cit.*, che contiene proposte di intervento politico, normativo e finanziario in tre settori principali: *i*) resilienza, sovranità tecnologica e *leadership*; *ii*) sviluppo di capacità operative volte alla prevenzione, alla dissuasione e alla risposta; *iii*) promozione di un cyberspazio globale e aperto.

[27] Sull'impianto generale della suddetta legge, si vedano, tra gli altri, C. MOSCA, S. GAMBACURTA, G. SCANDONE, M. VALENTINI, *I servizi di informazione e il segreto di Stato*, Giuffrè, Milano, 2008; T.F. GIUPPONI, *Servizi di informazione e segreto di Stato nella legge n. 124/2007*, in AA.VV., *Studi in onore di Luigi Arcidiacono*, IV, Giappichelli, Torino, 2010, p. 1677 ss.; A. MASSERA, M. SIMONCINI, *La tutela amministrativa del segreto di Stato e delle informazioni classificate*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 4, 2012, p. 362 ss.; M. FRANCHINI, *Il sistema nazionale delle informazioni per la sicurezza e l'Autorità delegata*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 4, 2010, p. 431 ss.; Id., *Alcune considerazioni sulle nuove competenze del comitato parlamentare per la sicurezza della repubblica*, in *Rivista AIC*, n. 1, 2014.

[28] Sul punto, cfr. la l. 7 agosto 2012, n. 133, che ha modificato significativamente la citata l. n. 124/2007, nonché il DPCM 24 gennaio 2013, n. 66, rubricato "Direttiva recante indirizzi per la protezione cibernetica e la sicurezza informatica nazionale", adottato ai sensi dell'art. 1, comma 3-*bis*, l. n. 124/2007. Con riferimento alle attività di

All'interno di tale contesto, un ruolo di cruciale importanza viene affidato al Presidente del Consiglio dei ministri, nella qualità di vertice del citato Sistema di informazione per la sicurezza, al quale è attribuita la definizione degli indirizzi e degli obiettivi generali della politica di sicurezza cibernetica (primo livello di intervento). Tale funzione trova concreta manifestazione, segnatamente, nell'elaborazione di direttive[29] e di documenti programmatici, come il Quadro strategico nazionale e il Piano nazionale per la protezione cibernetica e la sicurezza informatica, che mirano a rafforzare la protezione delle infrastrutture critiche, materiali e immateriali, presenti sul territorio[30].

L'attuazione degli indirizzi e degli obiettivi fissati nei suddetti atti viene devoluta, invece, a una pluralità di organismi di supporto e di coordinamento operativo (secondo livello di intervento), tra i quali occupano una posizione di rilievo: il Comitato interministeriale per la sicurezza della Repubblica (CISR), con funzioni di consulenza rispetto agli atti di indirizzo di competenza del Presidente del Consiglio e di proposta rispetto alle misure normative e organizzative ritenute necessarie[31]; il Dipartimento delle informazioni per la sicurezza della Repubblica (di seguito, DIS), incaricato di presiedere tutte le attività di ricerca, di analisi e di elaborazione informativa relative alle minacce e agli attacchi cibernetici[32]; il Nucleo per la Sicurezza Cibernetica, istituito dal DPCM n. 66/2013 al fine di coordinare l'azione di tutti i soggetti coinvolti nella preparazione e nella gestione delle situazioni di crisi e di attivare le eventuali procedure di allerta e di risposta[33]; l'Agenzia per l'Italia digitale, alla quale è affidata l'individuazione delle soluzioni

prevenzione e di contrasto alla criminalità informatica, si segnala, inoltre, l'istituzione, ad opera del decreto del Ministero dell'interno del 9 gennaio 2008, del Centro nazionale anticrimine informatico per la protezione delle infrastrutture critiche (CNAIPIC), quale unità specializzata interna al Servizio di Polizia postale e delle comunicazioni. A livello sovranazionale, invece, l'attività di contrasto è affidata principalmente ad Europol, che agisce in cooperazione con ENISA.

[29] Oltre che nei confronti del Dipartimento delle informazioni per la sicurezza (sul quale *infra*), il potere di direttiva del Presidente del Consiglio dei ministri è esercitato anche nei confronti dell'Agenzia informazioni e sicurezza esterna (AISE) e dell'Agenzia informazioni e sicurezza interna (AISI), le quali svolgono le rispettive attività di ricerca informativa sotto il coordinamento operativo del suddetto Dipartimento (art. 4, comma 3, lett. d-*bis*), l. n. 124/2007).

[30] In particolare, ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. a) e b), DPCM n. 66/2013, il Quadro strategico nazionale doveva contenere l'indicazione dei caratteri e delle tendenze evolutive delle minacce e delle vulnerabilità dei sistemi e delle reti di interesse nazionale, la definizione dei ruoli e dei compiti dei diversi soggetti, pubblici e privati, interessati alla gestione dei sistemi e delle reti di interesse strategico, l'individuazione di strumenti e di procedure tramite i quali migliorare le capacità nazionali di prevenzione e risposta rispetto alle minacce del cyberspazio; il Piano nazionale per la protezione cibernetica doveva indicare, invece, gli obiettivi e le linee di azione da porre in essere per realizzare il predetto Quadro strategico.

[31] Art. 4, comma 1, DPCM n. 66/2013. Il Comitato è presieduto dal Presidente del Consiglio ed è composto dall'Autorità delegata, ove istituita, dal Ministro degli affari esteri, dal Ministro dell'interno, dal Ministro della difesa, dal Ministro della giustizia, dal Ministro dell'economia e delle finanze, dal Ministro dello sviluppo economico (art. 5, comma 3, l. n. 124/2007).

[32] Cfr. art. 4, comma 3, lett. d-*bis*), l. n. 124/2007, introdotto dalla l. n. 133/2012, e art. 7 DPCM n. 66/2013, ai sensi del quale il DIS è chiamato, altresì, a trasmettere le informazioni e i dati rilevanti acquisiti al Nucleo per la sicurezza cibernetica, alle pubbliche amministrazioni e agli altri soggetti, pubblici e privati, interessati a ricevere tali informazioni.

[33] Art. 8 e 9 DPCM n. 66/2013. Sebbene le funzioni del Nucleo per la Sicurezza Cibernetica (oggi Nucleo per la cybersicurezza) siano rimaste sostanzialmente invariate nel tempo, la sua collocazione è cambiata più volte: nel 2013 esso è stato istituito presso l'Ufficio del Consigliere militare della Presidenza del Consiglio dei ministri, nel 2017 è stato

tecniche idonee a garantire la disponibilità, l'accessibilità, l'integrità e la riservatezza dei dati, dei sistemi e delle infrastrutture digitali delle pubbliche amministrazioni[34], nonché il coordinamento delle attività svolte dal CERT-PA (*Computer Emergency Response Team*)[35], istituito nel 2014, all'interno dell'Agenzia nazionale, per supportare il settore pubblico nelle iniziative di reazione e di ripristino (terzo livello di intervento)[36].

Seppur improntato ad un principio di razionale distribuzione delle funzioni tra i diversi attori istituzionali, il disegno normativo sopra descritto, tuttavia, si è rivelato presto alquanto complesso e inefficiente. E ciò sia per l'insufficiente attenzione rivolta alle problematiche connesse alla gestione delle situazioni di crisi, alle quali il successivo DPCM del 2017 dedica, non a caso, interventi più mirati[37], sia per il limitato coinvolgimento degli operatori economici del settore, i quali concorrono al funzionamento del sistema di sicurezza cibernetica solo in quanto gestori di infrastrutture o di servizi di rilievo nazionale[38].

Alle suddette lacune cercano di porre rimedio, sulla scia delle più recenti indicazioni europee, i successivi interventi legislativi in materia, ossia il d.lgs. 18 maggio 2018, n. 65, che recepisce la ricordata direttiva NIS, il d.l. 21 settembre 2019, n. 105, convertito dalla l. 18 novembre 2019, n. 133, che ha istituito il Perimetro di Sicurezza Nazionale Cibernetica (PSNC)[39], nonché il d.l. 14 giugno 2021, n. 82, convertito

posto alle dipendenze del DIS, mentre dal 2021 è inserito all'interno della nuova Agenzia nazionale per la cybersicurezza. Sull'importante ruolo di coordinamento svolto dal Nucleo nel quadro normativo attuale, si dirà meglio *infra*.

34 Artt. 51 e 71 d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82 (c.d. Codice dell'amministrazione digitale, di seguito CAD). Com'è noto, l'Agenzia per l'Italia digitale è stata istituita dal d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito dalla l. 7 agosto 2012, n. 134, al fine di attuare gli obiettivi strategici dell'Agenda digitale italiana.

35 La rete operativa dei CERT rappresenta, invero, un fenomeno mondiale, nato alla fine degli anni Ottanta, su iniziativa del governo statunitense, presso l'Istituto di Ingegneria della Carnegie Mellon University di Pittsburgh, al fine di coordinare le attività e favorire scambi di informazioni e di analisi tra i diversi gruppi di intervento. In tema si rinvia, per approfondimenti, a A. CONTALDO, F. PELUSO, *Cybersecurity. La nuova disciplina italiana ed europea alla luce della direttiva NIS*, Pacini, Pisa, 2018, p. 70 ss.

36 Accanto al citato CERT-PA è stata prevista, inoltre, l'istituzione di un CERT-Nazionale presso il Ministero dello sviluppo economico, al fine di assistere i cittadini e le imprese in situazioni di crisi cibernetiche. A partire da maggio 2020, con l'entrata in vigore del DPCM 8 agosto 2019, le funzioni dei predetti CERT sono state attribuite, invero, al neoistituito CSIRT Italia, mentre il CERT-PA è stato trasformato nel CERT-Agid, al fine di prestare supporto all'Agenzia per l'Italia digitale sugli aspetti riguardanti la cybersicurezza sui quali questa continua ad essere competente.

37 Cfr. DPCM 17 febbraio 2017. In particolare, il decreto ha rivisto le attribuzioni del Presidente del Consiglio dei ministri, del CISR e del Nucleo per la sicurezza cibernetica nelle situazioni di crisi informatica che coinvolgono aspetti di sicurezza nazionale, al fine di assicurare una risposta maggiormente unitaria e coordinata nella gestione e nella risoluzione delle predette ipotesi. Sulle novità introdotte dal DPCM, si rinvia a L. SALAMONE, *La disciplina del cyberspace alla luce della direttiva europea delle reti e dell'informazione*, *cit.*, p. 29 ss.; A. CONTALDO, D. MULA (a cura di), *Cybersecurity Law*, *cit.*, p. 119 ss.

38 Cfr. art. 11 DPCM n. 66/2013.

39 Com'è noto, l'istituzione del Perimetro nazionale risponde all'esigenza di assicurare un livello elevato di sicurezza delle reti, dei sistemi e dei servizi informatici utilizzati da quei soggetti (pubbliche amministrazioni, enti pubblici e privati) che esercitano «una funzione essenziale dello Stato» o che prestano «un servizio essenziale per il mantenimento di attività civili, sociali o economiche fondamentali per gli interessi dello Stato», seppur non rientranti nell'ambito di applicazione della citata direttiva NIS. Si tratta di soggetti individuati in un apposito elenco, adottato con DPCM, su proposta del Comitato interministeriale per la cybersicurezza, non soggetto a pubblicazione o a istanze di accesso; sicché solo le amministrazioni e gli enti rientranti all'interno del suddetto Perimetro ricevono comunicazione dell'iscrizione (art. 1, comma 2-*bis*, d.l. n. 105/2019). Tra i decreti che hanno contribuito a dare attuazione alle disposizioni del d.l. n. 105/2019, occorre segnalare: il DPCM 30 luglio 2020, n. 131, che definisce le modalità e i criteri procedurali di individuazione dei soggetti pubblici e privati inclusi nel Perimetro nazionale (art. 1, comma 2, lett. a), nonché i criteri per la predisposizione

dalla l. 4 agosto 2021, n. 109, che ha istituito, con colpevole ritardo rispetto alle esperienze di altri Paesi europei e non solo, l'Agenzia per la cybersicurezza nazionale[40].

L'introduzione del nuovo assetto organizzativo risponde certamente all'esigenza di fronteggiare, in maniera più celere, coordinata ed organica, l'esponenziale aumento di attacchi informatici all'interno del nostro ordinamento[41]; esigenza alla quale va aggiunta la maturata consapevolezza dell'importanza della dimensione della sicurezza cibernetica per la buona riuscita del processo di digitalizzazione del Paese, come riconosciuto, da ultimo, nel citato Piano nazionale di ripresa e resilienza[42].

---

e l'aggiornamento degli elenchi delle reti, dei sistemi, dei servizi informatici da parte dei soggetti inclusi nel Perimetro (art. 1, comma 2, lett. b); il DPR 5 febbraio 2021, n. 54, che definisce le procedure e le modalità per le operazioni di valutazione spettanti al Centro di valutazione e certificazione nazionale (CVCN), attivo invero solo da luglio 2022, con riferimento alle forniture di beni e di servizi ICT richieste dai soggetti inclusi nel Perimetro (art. 1, comma 6, lett. a), b) e c); il DPCM 14 aprile 2021, n. 81, che definisce le procedure e le modalità per la notifica degli incidenti aventi impatto su reti, sistemi e servizi ICT al CSIRT Italia, nonché le misure di sicurezza relative alle reti, ai sistemi e ai servizi ICT adottate dai soggetti inclusi nel Perimetro (art 1, commi 2 e 3, lett. a) e b); il DPCM 15 giugno 2021, che individua le categorie di beni, sistemi e servizi ICT per la cui fornitura i soggetti inclusi nel Perimetro sono tenuti a seguire le procedure di valutazione spettanti al citato CVCN (art. 1, comma 6, lett. a); il DPCM 18 maggio 2022, n. 92, in vigore dal 30 luglio 2022, in materia di accreditamento degli istituendi laboratori accreditati di prova (LAP) e di raccordo tra i predetti laboratori, il suddetto CVCN e i Centri di valutazione (CV) del Ministero dell'Interno e del Ministero della Difesa (art. 1, comma 7, lett. b). Sull'istituzione del Perimetro di sicurezza nazionale cibernetica, cfr. B. CAROTTI, *Sicurezza cibernetica e Stato nazione*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 5, 2020, p. 629 ss., secondo il quale l'espresso richiamo agli interessi dello Stato-Nazione da parte del d.l. n. 105/2019 potrebbe ben prestarsi a letture interpretative di stampo protezionistico, confliggenti con gli stessi obiettivi di armonizzazione legislativa e di collaborazione a livello internazionale che costituiscono la premessa teorica dei recenti interventi in tema di cybersicurezza; S. MELE, *Il Perimetro di sicurezza nazionale cibernetica e il nuovo "golden power"*, in G. CASSANO, S. PREVITI (a cura di), *Il diritto di internet nell'era digitale*, Giuffrè, Milano, 2020, p. 186 ss.

[40] Accanto alla menzionata Agenzia, il d.l. n. 82/2021 ha istituito, presso la Presidenza del Consiglio dei ministri, il Comitato Interministeriale per la cybersicurezza (CIC), chiamato a svolgere funzioni consultive, di proposta e di vigilanza in materia di politiche di cybersicurezza del tutto assimilabili a quelle in precedenza spettanti al CISR (il quale, nel nuovo assetto organizzativo, mantiene un ruolo importante nella gestione delle crisi cibernetiche, ai sensi degli artt. 4, comma 6, e 10 d.l. n. 82/2021). Al pari del CISR, il CIC è presieduto dal Presidente del Consiglio dei ministri ed è composto dall'Autorità delegata e dal Ministro degli affari esteri, dell'interno, della giustizia, della difesa, dell'economia e delle finanze, dello sviluppo economico, nonché dal Ministro della transizione ecologica, dell'università e della ricerca, dell'innovazione tecnologica e delle infrastrutture e della mobilità sostenibili, mentre il direttore generale dell'Agenzia nazionale per la cybersicurezza svolge le funzioni di segretario del Comitato. Per un'analisi comparata delle autorità di tutela della cybersicurezza previste negli altri ordinamenti, cfr. A. COLELLA, *Analisi comparata delle architetture decisionali in materia cibernetica dei paesi dell'area euro-occidentale*, in A. TORRE, *Costituzioni e sicurezza dello Stato*, Maggioli, Rimini, 2013, p. 439 ss.; A. RENZI, *La sicurezza cibernetica: lo stato dell'arte*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 4, 2021, p. 546 ss., il quale osserva che un'analoga operazione di centralizzazione delle diverse funzioni amministrative di prevenzione e di gestione del rischio cibernetico è stata effettuata anche nel sistema statunitense e nel sistema francese.

[41] Sul punto, cfr. il report del 29 luglio 2022 pubblicato da ENISA, *Threat landscape for ransomware attacks*, reperibile in *www.enisa.europa.eu*, relativo al livello di rischio informatico legato ad attacchi *ransomware* in UE, Regno Unito e Stati Uniti, che evidenzia come, tra maggio 2021 e giugno 2022, l'Italia sia stato il quarto Paese più attaccato, dopo USA, Germania e Francia. Tra i casi più emblematici degli ultimi anni, sia consentito limitarsi a richiamare i noti attacchi al sistema di prenotazione vaccini della Regione Lazio dell'agosto 2021 e ai siti istituzionali del Senato, dell'ACI, dell'Istituto Superiore di Sanità e del Ministero della difesa del maggio 2022, episodio, quest'ultimo, riconducibile ad un gruppo di *hacker* criminali vicino alla Federazione russa. Al riguardo pare opportuno ricordare che, a seguito dello scoppio del conflitto tra Russia e Ucraina, il legislatore italiano ha adottato una serie di disposizioni volte alla diversificazione delle dotazioni informatiche delle nostre pubbliche amministrazioni, nell'ottica di prevenire eventuali pregiudizi per la sicurezza nazionale connessi all'accresciuta esposizione del Paese alle minacce cibernetiche. Sul punto, cfr. art. 29 d.l. 21 marzo 2022, n. 21.

[42] Sul punto, si rinvia a quanto osservato alla precedente nt. 8.

Nell'attuale architettura istituzionale, che tuttavia mantiene ferme le attribuzioni e la centralità del ruolo del Presidente del Consiglio dei ministri, così come l'impostazione di fondo della l. n. 124/2007[43], il riordino delle competenze amministrative distribuite dalla precedente normativa passa attraverso l'istituzione di un nuovo organismo, incaricato della «tutela degli interessi nazionali nel campo della cybersicurezza»[44].

Alla predetta autorità, che si differenzia dalle tradizionali agenzie amministrative per struttura e per funzioni[45], il d.l. n. 82/2021 ha affidato compiti e responsabilità significative, che riguardano,

[43] Diversi gli elementi normativi che confermano questa convinzione: in primo luogo, in virtù degli artt. 2 e 3 d.l. n. 82/2021, anche nella nuova architettura istituzionale il Presidente del Consiglio detiene in via esclusiva «l'alta direzione e la responsabilità generale delle politiche di cybersicurezza», «l'adozione della strategia nazionale di cybersicurezza», «la nomina e la revoca del direttore generale e del vicedirettore generale dell'Agenzia», l'adozione di «ogni disposizione necessaria per l'organizzazione e il funzionamento dell'Agenzia», nonché la scelta di delegare, analogamente a quanto già previsto dall'art. 3 l. n. 124/2007, ad un Ministro senza portafoglio o ad un Sottosegretario di Stato (c.d. Autorità delegata), l'esercizio delle funzioni attribuitegli in via non esclusiva; in secondo luogo, lo stesso d.l. n. 82/2021 riconosce espressamente la natura strumentale dell'attività dell'Agenzia nazionale rispetto alle competenze attribuite *ex lege* al Presidente del Consiglio in materia di cybersicurezza (art. 5, comma 2, ult. periodo), il quale ne determina, altresì, lo stanziamento annuale (art. 11, comma 1); infine, un'ulteriore conferma della centralità della posizione del PdCM nel nuovo disegno organizzativo si evince dai significativi poteri d'emergenza ad esso attribuiti dall'art. 5 d.l. n. 105/2019, ai sensi del quale: «il Presidente del Consiglio dei ministri, in presenza di un rischio grave e imminente per la sicurezza nazionale connesso alla vulnerabilità di reti, sistemi informativi e servizi informatici, su deliberazione del Comitato interministeriale per la sicurezza della Repubblica, può comunque disporre, ove indispensabile e per il tempo strettamente necessario alla eliminazione dello specifico fattore di rischio o alla sua mitigazione, in deroga ad ogni disposizione vigente, nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico e secondo un criterio di proporzionalità, la disattivazione, totale o parziale, di uno o più apparati o prodotti impiegati nelle reti, nei sistemi o per l'espletamento dei servizi interessati». In dottrina, cfr. B. CAROTTI, *Sicurezza cibernetica e Stato-nazione*, *cit*., p. 639 ss., il quale sottolinea la persistente centralità della posizione del Presidente del Consiglio nell'ambito del nuovo sistema nazionale *cyber*; A. RENZI, *La sicurezza cibernetica: lo stato dell'arte*, *cit*., pp. 545-546, il quale evidenzia le chiare assonanze tra l'organizzazione amministrativa dell'Agenzia nazionale e quella delle agenzie del comparto *intelligence*; A. LAURO, *Sicurezza cibernetica e organizzazione dei poteri: spunti di comparazione*, in *La Rivista Gruppo di Pisa*, n. 3, 2021, p. 535.

[44] Art. 5, comma 1, d.l. n. 82/2021.

[45] In particolare, rispetto al modello generale di cui agli artt. 8 e 9 d.lgs. 30 luglio 1999, n. 300, è possibile osservare che: ai sensi dell'art. 7 d.l. n. 82/2021, sono organi dell'Agenzia unicamente il direttore generale, il vice direttore generale e il collegio dei revisori dei conti, non essendo previsto dunque un apposito comitato direttivo; ai sensi dell'art. 5, comma 2, d.l. n. 81/2021, l'Agenzia «ha personalità giuridica di diritto pubblico» e non è sottoposta ai poteri di vigilanza e controllo ministeriali, ma alle direttive del Presidente del Consiglio dei Ministri e, ove istituita, dell'Autorità delegata, che se ne avvalgono «per l'esercizio delle competenze di cui al presente decreto»; l'operato dell'Agenzia è sottoposto, inoltre, al controllo del COPASIR, il quale può chiedere l'audizione del direttore generale su questioni di propria competenza (art. 5, comma 6) ed esprime il proprio parere sull'adozione del regolamento di organizzazione e di funzionamento dell'Agenzia, sull'adozione del regolamento di contabilità e del regolamento sul reclutamento del personale, nonché sulla stipula di contratti di appalto e forniture di beni e servizi necessari per le attività istituzionali dell'Autorità. Sul modulo organizzativo delle agenzie amministrative, cfr., *ex multis*, D. SERRANI, *L'organizzazione per ministeri*, Officina editore, Roma, 1979; G. ARENA, voce *Agenzia amministrativa*, in *Enc. giur.*, I, Roma, 1998, p. 1 ss.; F. MERLONI, *Le agenzie nel sistema amministrativo italiano*, in *Dir. pubbl.*, n. 3, 1999, p. 717 ss.; L. CASINI, *Le agenzie amministrative*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 2, 2003, p. 393 ss.; C. CORSI, *Agenzia e agenzie: una nuova categoria amministrativa?,* Giappichelli, Torino, 2005; N. BASSI, voce *Agenzie nazionali ed europee*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 2009, p. 41 ss.; E. CHITI, voce *Agenzie amministrative*, in *www.treccani.it-Diritto on line*, 2014. In materia, cfr. anche L. PARONA, *L'istituzione dell'Agenzia per la cybersicurezza nazionale*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 6, 2021, spec. p. 713 ss., secondo il quale i profili evidenziati inducono a ritenere che l'Agenzia presenti caratteri tipici sia dell'ente strumentale sia delle autorità operanti nell'ambito del Sistema di informazione per la sicurezza per la Repubblica di cui alla l. n. 124/2007.

principalmente, la prevenzione e la tutela della sicurezza nazionale nel cyberspazio[46], l'ispezione, l'accertamento e l'irrogazione delle sanzioni prescritte in caso di violazione della normativa di settore[47], la gestione delle vulnerabilità informatiche e le attività di contrasto in caso di attacco.

Nell'ambito di queste ultime attività, funzioni di grande rilevanza sono attribuite al CSIRT Italia, introdotto in sede di recepimento della direttiva NIS e incardinato, dapprima, presso il DIS e, oggi, trasferito presso l'Agenzia[48]. Spetta al predetto gruppo di intervento, in particolare, monitorare periodicamente il verificarsi di attacchi e di incidenti a livello nazionale, ricevere le segnalazioni obbligatorie provenienti dagli OSE e dai FSD di cui alla direttiva NIS[49] e le segnalazioni facoltative provenienti dagli altri soggetti, pubblici e privati, comunque interessati da una minaccia *cyber*, emettere preallarmi e allerte e offrire assistenza operativa in situazioni di crisi[50].

All'Agenzia nazionale spettano, inoltre, importanti compiti di promozione e di coordinamento delle iniziative e dei progetti rivolti alla formazione e alla sensibilizzazione collettiva sulle problematiche riguardanti la cybersicurezza[51]. Attività che vengono espletate sia tramite il supporto di un organo interno,

---

[46] Sotto questo profilo, si segnala il trasferimento del citato Centro di valutazione e di certificazione nazionale, originariamente istituito presso il MISE, in seno all'Agenzia nazionale per la cybersicurezza, al fine di consentire al Centro di attuare un controllo preventivo sulla sicurezza di tutti gli acquisti di beni e di sistemi ICT che supportano la fornitura di servizi e funzioni essenziali a livello nazionale. A tal proposito si noti che, a partire dal 30 giugno 2022, i soggetti inseriti nel Perimetro sono tenuti a comunicare tempestivamente al CVCN l'intenzione di procedere all'acquisto dei suddetti beni e servizi; in questo caso, i bandi di gara e i relativi contratti possono essere condizionati, sospensivamente o risolutivamente, al rispetto delle imposizioni e/o al superamento dei test di *hardware* e *software* disposti dal CVCN.

[47] In tal senso, l'Agenzia nazionale è competente all'accertamento e all'irrogazione delle sanzioni amministrative previste dal d.lgs. n. 65/2018, in tema di sicurezza delle reti e dei sistemi informatici, dal reg. UE 2021/887 e dal d.lgs. 3 agosto 2022, n. 123, in tema di sistema di certificazione della cybersicurezza, dal d.l. n. 105/2019, in tema di Perimetro di sicurezza nazionale cibernetica, e dal d.lgs. 1 agosto 2003, n. 259 (c.d. Codice delle comunicazioni elettroniche), in tema di protezione delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico.

[48] Cfr. art. 7, comma 3, d.l. n. 82/2021. Sulle funzioni del CSIRT Italia, cfr. art. 4 DPCM 8 agosto 2019.

[49] Come si è detto, infatti, gli OSE e FSD sono tenuti *ex lege* a comunicare tempestivamente eventuali incidenti o attacchi cibernetici considerati "rilevanti" all'autorità nazionale competente (*i.e.* CSIRT Italia) al fine di consentire l'intervento della stessa.

[50] Le suddette funzioni del CSIRT Italia vengono svolte a stretto contatto con il Nucleo per la cybersicurezza, incaricato di acquisire, anche tramite lo stesso gruppo di intervento, comunicazioni circa violazioni o tentativi di violazione della sicurezza delle reti e dei servizi digitali, nonché di ricevere dal CSIRT le notifiche rese ai sensi della direttiva NIS. In quanto centro di raccolta delle informazioni e segnalazioni, il Nucleo è chiamato a valutare, infatti, se i predetti eventi assumano dimensioni, intensità o natura tali da richiedere l'assunzione di decisioni coordinate in sede interministeriale (art. 9, comma 1, lett. e, f, g) e, nel caso in cui ciò sia necessario, assicurare che vengano espletate in maniera ottimale tutte le attività di reazione e di stabilizzazione di competenza delle diverse amministrazioni (art. 10, commi 4 e 5).

[51] In tal senso, l'Agenzia è incaricata di supportare lo sviluppo di competente e capacità industriali, tecnologiche e scientifiche nel settore (art. 7, comma 1, lett. r), di stipulare accordi bilaterali e multilaterali con istituzioni, enti ed organismi di altri Paesi per la partecipazione congiunta a programmi di cybersicurezza (art. 7, comma 1, lett. s), di sostenere e coordinare la partecipazione italiana a progetti e iniziative europei e internazionali (art. 7, comma 1, lett. t), di contribuire allo sviluppo di una cultura nazionale in materia di cybersicurezza (art. 7, comma 1, lett. u), di promuovere la formazione, la crescita tecnico-professionale e la qualificazione delle risorse umane, anche attraverso l'attivazione di percorsi formativi universitari e l'assegnazione di borse di studio, di dottorato e assegni di ricerca (art. 7, comma 1, lett. v).

ossia il Comitato tecnico-scientifico, sia tramite il coinvolgimento delle università, degli enti di ricerca, del sistema produttivo nazionale e delle altre istituzioni pubbliche competenti[52].

L'istituzione dell'autorità, che opera quale interlocutore unico per i soggetti ricompresi nel PSNC, pare conferire maggiore compattezza ad un disegno normativo inizialmente frammentato e complesso, che risulta oggi improntato all'accentramento delle competenze[53] e al coordinamento delle linee strategiche e delle azioni operative[54], nell'ottica della semplificazione delle procedure decisionali e dell'eliminazione delle sovrapposizioni funzionali preesistenti.

Anche le più recenti scelte legislative, seppur apprezzabili per i profili appena evidenziati, sembrano, tuttavia, prestare il fianco a due principali obiezioni.

La prima riguarda l'inadeguatezza di un'architettura istituzionale preposta alla salvaguardia della sicurezza cibernetica nazionale ma principalmente, se non esclusivamente, rivolta ad attenuare l'impatto delle minacce informatiche sulle reti e sui servizi ICT di maggiore rilevanza per il Paese[55].

Sotto questa prospettiva, infatti, appare criticabile la mancata previsione di analoghi strumenti di prevenzione e di reazione nei confronti di attacchi solo indirettamente rivolti contro obiettivi di importanza strategica, ossia che perseguono tale finalità soltanto dopo aver colpito *target* di rilevanza inferiore (si pensi, ad esempio, ai tentativi di intrusione e di manomissione informatica ai danni di PMI

[52] Art. 7, comma 1-*bis*, d.l. n. 82/2021.

[53] Nella qualità di «Autorità nazionale per la cybersicurezza», all'Agenzia vengono attribuiti compiti in precedenza spettanti ad altri organismi statali, come quelli relativi al Ministero dello sviluppo economico, incluse le funzioni inerenti alla certificazione della cybersicurezza di beni, sistemi e servizi ICT e al Perimetro nazionale (art. 7, comma 1, lett. f) e DPCM 15 giugno 2022), alla Presidenza del Consiglio dei ministri (art. 7, comma 1, lett. h), al Dipartimento delle informazioni e della sicurezza (art. 7, comma 1, lett. i) e all'Agenzia per l'Italia digitale, comprese le funzioni inerenti alla sicurezza e alla disponibilità dei dati, dei sistemi e delle infrastrutture delle pubbliche amministrazioni e all'adozione di linee guida contenenti regole tecniche in materia di cybersicurezza di cui agli artt. 51 e 71 del CAD (art. 7, comma 1, lett. m).

[54] In materia, va ricordato che la suddetta Agenzia: predispone la strategia nazionale di cybersicurezza (art. 7, comma 1, lett. b); è qualificata come «Autorità nazionale di certificazione della cybersicurezza» ai sensi dell'art. 58 del citato reg. UE 2019/881, con il compito di coordinare e di dirigere il sistema italiano di certificazione, qualificazione e valutazione della cybersicurezza dei prodotti, servizi e processi ICT (art. 7, comma 1, lett. e), come confermato, da ultimo, dal d.lgs. n. 123/2022); è designata quale «Centro nazionale di coordinamento» ai sensi dell'art. 6 del citato reg. UE 2021/887, con il compito di supportare il Centro europeo di competenza per la cybersicurezza nell'attività di rafforzamento delle capacità, delle conoscenze e della competitività dell'Unione nel settore (art. 7, comma 1, lett. aa). Per un quadro riassuntivo delle funzioni della nuova Agenzia, si veda S. ATERNO, *Sicurezza informatica. Aspetti giuridici e tecnici*, Pacini, Pisa, 2022, p. 234 ss.

[55] In materia, cfr. A. MONTI, *Internet e ordine pubblico*, in G. CASSANO, S. PREVITI, *Il diritto di internet nell'era digitale*, *cit*., p. 76-77. In particolare, dopo aver criticato la tendenza ad utilizzare in maniera impropria la locuzione "spazio cibernetico" (è noto, infatti, che il termine "cibernetica" identifica, più precisamente, quella disciplina scientifica introdotta dal matematico Nobert Wiener nel lavoro *Cybernetics or Control and Communication in the Animal and the Machine*, MIT Press, Cambridge (MA), 1948, che studia l'interazione fra l'uomo e la macchina), l'A. sottolinea come la c.d. "sicurezza cibernetica" ricomprenda ma non si possa esaurire nelle misure tecniche e organizzative previste per i gestori delle infrastrutture critiche dal citato d.lgs. n. 65/2018.

che hanno come fornitori enti inseriti nel PSNC o ai danni di persone fisiche che lavorano per società ed enti di grande rilevanza)[56].

La seconda principale obiezione riguarda, invece, la tuttora insoddisfacente valorizzazione del ruolo degli operatori economici del settore e degli utenti del cyberspazio, i quali potrebbero fornire un contributo decisivo allo sviluppo di un sistema più efficiente e resiliente di prevenzione e di monitoraggio delle nuove minacce. Un ruolo che, al contrario, risulta essere riconosciuto nei più recenti atti di indirizzo sovranazionali, come si passerà adesso a chiarire in dettaglio.

3. Pubblico e privato di fronte alle nuove minacce della rete: l'esigenza di un approccio collaborativo per la creazione di un cyberspazio più aperto e resiliente

Come si è detto, la gestione del rischio cibernetico perseguita negli ultimi anni nel nostro ordinamento risulta complessivamente più organica e più fluida rispetto a quella voluta nelle ricordate direttive del 2013 e del 2017 del Presidente del Consiglio dei ministri. Tuttavia, nonostante le significative modifiche introdotte, dapprima, con il d.l. n. 105/2019 e, poi, con il d.l. n. 82/2021, l'impianto normativo vigente sembra continuare a riflettere, in gran parte, le logiche e le dinamiche operative proprie della legge sul comparto *intelligence* (l. n. 124/2007).

Tale circostanza parrebbe trovare giustificazione nella considerazione per la quale i sempre più frequenti attacchi *cyber* ai settori strategici del Paese rappresentano una minaccia seria ed eccezionale per la sicurezza nazionale, tale da non poter essere fronteggiata con il ricorso agli ordinari strumenti di difesa dei confini territoriali[57]. Il che richiederebbe l'attivazione di quelle procedure di raccolta e di analisi delle

[56] Sul punto l'attuale sistema nazionale *cyber* pare presentare criticità analoghe a quelle della ricordata direttiva NIS. Sui limiti applicativi della suddetta direttiva, cfr. la comunicazione congiunta della Commissione europea e dell'Alto rappresentante dell'Unione del 13 settembre 2017, *Resilienza, deterrenza e difesa: verso una cibersicurezza forte per l'UE*, *cit*., ove si chiarisce che «la direttiva riguarda unicamente i settori strategici chiave, ma per logica un approccio analogo sarebbe necessario da parte di tutti i portatori d'interessi colpiti da ciberattacchi, in modo da giungere a una valutazione sistematica delle vulnerabilità e dei punti di accesso sfruttati dagli autori di tali attacchi». Al riguardo, cfr. anche R. BRIGHI, P.G. CHIARA, *La cybersecurity come bene pubblico: alcune riflessioni normative a partire dai recenti sviluppi nel diritto dell'Unione Europea*, *cit*., p. 22, i quali rimarcano come «gli attacchi si basano sulle sempre nuove lacune di sicurezza dei sistemi informatici, ma trovano altresì la principale vulnerabilità nel fattore umano. La *cybersecurity* di un paese non dipende solo dalla sicurezza informatica delle organizzazioni del settore pubblico e privato, ma anche dalla sicurezza dei singoli utenti che possono fungere da vettori di attacco a istituzioni o infrastrutture critiche».

[57] Come nota attentamente R. URSI, *La difesa: tradizione e innovazione*, in *Diritto Costituzionale*, n. 1, 2022, pp. 17-18, nella dimensione del cyberspazio «le minacce all'integrità dello Stato da temere non sono l'invasione di un esercito nemico, come nella prima metà del Novecento, ovvero l'attacco missilistico, come nella seconda metà, e neanche più un attentato terroristico di vasta scala, all'inizio del nuovo millennio, bensì un attacco cibernetico, idoneo ad inibire il funzionamento dei sistemi informatici dei gangli vitali di un Paese». Attacchi che «[…] possono avere anche effetti potenzialmente distruttivi se impiegati per indurre il malfunzionamento delle infrastrutture critiche, generando danni materiali ingenti e la potenziale perdita di vite umane». Sul punto, cfr. anche L. MARTINO, *La quinta dimensione della conflittualità. L'ascesa del cyberspazio e i suoi effetti sulla politica internazionale*, in *Politica & Società*, n. 1, 2018, p. 62 ss.; G. DE VERGOTTINI, *Una rilettura del concetto di sicurezza nell'era digitale e della emergenza normalizzata*, in *Rivista AIC*, n. 4, 2019, p. 65 ss. Lo stretto legame tra la tutela della sicurezza nazionale e la tutela della sicurezza cibernetica costituisce, invero, la *ratio* delle recenti modifiche normative in tema di *golden power* introdotte dal citato d.l. n. 21/2022, all'interno del previgente art. 1-*bis* d.l.

informazioni, da un lato, e di assunzione delle decisioni e delle iniziative conseguenti, dall'altro, tipiche del Sistema di informazione per la sicurezza[58].

Invero, l'estensione indiscriminata, al settore della cybersicurezza, dei principi e dei caratteri che connotano l'attività amministrativa svolta dagli organismi inseriti nel Sistema (*i.e.*, riservatezza delle comunicazioni, centralizzazione delle funzioni e unilateralità dei processi decisionali) non sembrerebbe rappresentare l'impostazione metodologica più idonea a superare le sfide per la pubblica sicurezza lanciate dalla diffusione del cyberspazio.

Al riguardo è possibile affermare, infatti, come l'obiettivo di garantire un più elevato livello di sicurezza informatica non possa che richiedere la creazione di un'architettura istituzionale notevolmente più aperta all'esterno rispetto a quella dettata dalla l. n. 124/2007, nella quale gli operatori economici del settore e gli utenti della rete possano avere un ruolo più attivo e propulsivo [59]. E ciò, in particolare, in considerazione del fatto che la costante interazione tra attori pubblici e mondo privato-imprenditoriale consentirebbe non solo una maggiore condivisione di conoscenze, soluzioni tecniche e buone pratiche, ma anche un'auspicabile partecipazione "dal basso" al processo di determinazione delle linee guida e delle decisioni strategiche in materia, nel rispetto delle esigenze di segretezza eventualmente presenti nelle singole fattispecie[60].

---

15 marzo 2012, n. 21, con riferimento all'acquisto di beni e servizi relativi alla progettazione, realizzazione, manutenzione e gestione delle reti di comunicazione elettronica a banda larga basate sulla tecnologia 5G, nonché di ulteriori beni e servizi ICT rilevanti ai fini della sicurezza cibernetica nazionale. In materia, si vedano le analisi di R. CHIEPPA, *La nuova disciplina del golden power dopo le modifiche del decreto legge n. 21 del 2022 e della legge di conversione 20 maggio 2022, n. 51*, in *Federalismi.it*, 8 giugno 2022, p. 20 ss.; nonché di S. MELE, *Il Perimetro di sicurezza nazionale cibernetica e il nuovo "golden power"*, *cit.*, p. 196 ss.

[58] Al riguardo occorre notare come lo schema operativo seguito nel comparto *intelligence* sia stato riprodotto, da ultimo, all'interno del d.l. 9 agosto 2022, n. 115 (c.d. decreto aiuti-*bis*), il cui art. 37, rubricato "Disposizioni in materia di *intelligence* in ambito cibernetico", risponde all'esigenza di rafforzare le capacità di risposta del sistema nazionale *cyber* in caso di aggressione informatica (nei confronti del nostro Paese o di un Paese alleato). In tal senso, la norma prevede che il Presidente del Consiglio dei ministri, acquisito il parere del CISR e sentito il COPASIR, può autorizzare l'AISE e l'AISI, sotto il coordinamento del DIS, ad avviare un'attività offensiva «*in caso di crisi o di emergenza cibernetica a fronte di minacce che coinvolgono aspetti di sicurezza nazionale e non siano fronteggiabili solo con azioni di resilienza, anche in attuazione di obblighi assunti a livello internazionale*».

[59] Cfr. la comunicazione della Commissione europea del 24 luglio 2020, *La strategia dell'UE per l'Unione della sicurezza*, *cit.*, 24, ove si riconosce che: «Un'Unione della sicurezza autentica ed efficace deve essere basata sullo sforzo comune di tutte le componenti della società. I governi, le autorità di contrasto, il settore privato, l'istruzione e i cittadini stessi devono essere impegnati, attrezzati e adeguatamente interconnessi per costruire la preparazione e la resilienza per tutti, in particolare per le persone più vulnerabili, le vittime e i loro parenti e i testimoni».

[60] Sotto questa prospettiva, risulta apprezzabile l'impostazione seguita dalla recente strategia nazionale di cybersicurezza 2022-2026 del maggio 2022, reperibile in *www.acn.gov.it*, ove si rimarca che la piena e costante collaborazione pubblico-privato permea l'intera strategia, «improntata ad un approccio "*whole of society*", che vede il settore pubblico agire sinergicamente con quello privato, il mondo accademico e della ricerca, i media, le famiglie, gli individui per rafforzare la resilienza cibernetica della nazione e della società nel suo insieme». E ciò anche per l'evidente circostanza che lo spazio cibernetico è costituito da prodotti e servizi ICT realizzati o erogati principalmente da soggetti privati (p. 26 della strategia). Un interessante riconoscimento del ruolo del settore privato nel potenziamento delle difese cibernetiche nazionali è contenuto anche nell'*Executive Order on Improving the Nation's Cybersecurity* del 12 maggio 2021, reperibile in *www.cisa.gov,* adottato dal Presidente Biden a seguito dei duri attacchi informatici subiti dalla società *SolarWinds* e dal gruppo *Colonial Pipeline*, ove si ricorda che: «*cybersecurity requires more than government action. Protecting our Nation from malicious*

In altri termini, se è evidente che le autorità amministrative deputate *ex lege* alla prevenzione e alla gestione delle crisi cibernetiche costituiscono l'ossatura organizzativa necessaria per la tutela della pubblica sicurezza nel cyberspazio, allo stesso tempo l'attuale assetto burocratico difficilmente potrà raggiungere i desiderati obiettivi di efficienza e di resilienza in assenza di un coinvolgimento più diretto delle imprese e degli individui impegnati quotidianamente nell'uso dei servizi e dei sistemi informatici[61].

Alla luce di queste premesse, nei successivi paragrafi si cercherà di precisare quale specifico ruolo ciascuna delle predette categorie soggettive debba essere chiamata a svolgere all'interno della novellata architettura *cyber*, al fine di individuare le modalità di intervento necessarie per promuovere un approccio più collaborativo e orizzontale alla tematica in esame.

4. (Segue) Il ruolo degli operatori del settore…

Una delle manifestazioni più emblematiche della recente strategia italiana di contrasto agli attacchi informatici è certamente rappresentata dall'introduzione del Perimetro di sicurezza nazionale, ossia di uno spazio artificialmente delimitato nel quale concentrare l'esercizio delle funzioni di monitoraggio, di ispezione, di accertamento e di sanzione attribuite *ex lege* all'Agenzia nazionale per la cybersicurezza.

Ai diversi soggetti, pubblici e privati, inseriti nel suddetto Perimetro il nostro legislatore ha richiesto, in particolare, il rispetto di una serie di adempimenti organizzativi e comunicativi tutt'altro che irrilevanti, i quali riguardano, tra gli altri: *i*) la predisposizione e l'aggiornamento annuale degli elenchi delle reti, dei sistemi e dei servizi informatici concretamente utilizzati; *ii*) il compimento di analisi di valutazione del rischio di eventuali interruzioni o compromissioni della propria attività; *iii*) l'assolvimento di precisi oneri di comunicazione al Centro di valutazione e certificazione nazionale in caso di ricorso a forniture

cyber actors requires the Federal Government to partner with the private sector. The private sector must adapt to the continuously changing threat environment, ensure its products are built and operate securely, and partner with the Federal Government to foster a more secure cyberspace». In tema di compartecipazione dei privati alla definizione delle politiche pubbliche, si veda, per tutti, S. CASSESE, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 1, 2007, p. 13 ss.

[61] Sul valore della condivisione delle informazioni rilevanti in ambito *cyber*, cfr., da ultimo, la comunicazione congiunta della Commissione europea e dell'Alto rappresentante dell'Unione del 16 dicembre 2020, *La strategia dell'UE in materia di cibersicurezza per il decennio digitale*, *cit.*, par. 2.1., la quale – dopo aver precisato che l'Unione europea è al momento priva di un'adeguata consapevolezza dell'importanza della tematica, dal momento che le diverse autorità nazionali non prevedono in maniera sistematica la raccolta e la condivisione delle informazioni necessarie per sviluppare un ambiente istituzionale sensibile alle problematiche relative alla sicurezza informatica – ha previsto l'istituzione di un'«unità congiunta per il ciberspazio» (*Joint Cyber Unit*), ossia di una piattaforma europea, virtuale e fisica, finalizzata a promuovere la cooperazione operativa tra comunità civili, diplomatiche, forze dell'ordine e della difesa e settore privato in caso di gravi minacce e incidenti di natura transfrontaliera. Al riguardo, il documento ha precisato che: «l'unità congiunta per il ciberspazio non sarà un organismo aggiuntivo e autonomo, né influirà sulle competenze e i poteri delle autorità nazionali di cibersicurezza o dei partecipanti dell'UE. L'unità agirebbe piuttosto come punto d'appoggio dove i partecipanti possono avvalersi del supporto e delle competenze reciproche, soprattutto nel caso in cui le varie cibercomunità debbano lavorare a stretto contatto».

esternalizzate di beni, sistemi e servizi ICT; *iv*) il tempestivo rispetto di obblighi di notifica al menzionato CSIRT Italia in caso di incidenti o attacchi[62].

Tuttavia, se la previsione di speciali misure burocratiche può ragionevolmente essere giustificata alla luce delle peculiari caratteristiche del pericolo da affrontare, non altrettanto ragionevole appare la logica unilaterale (di tipo *top-down*) posta alla base delle suddette modifiche normative.

Al riguardo è possibile notare che, analogamente a quanto si verificava nel precedente assetto istituzionale, le linee di indirizzo e le soluzioni operative volte ad assicurare la sicurezza informatica nel nostro ordinamento continuano ad essere stabilite dalle sole autorità pubbliche competenti, e cioè in assenza di adeguate forme di partecipazione dei portatori di interesse e degli operatori economici del settore[63].

La predetta circostanza suscita, a ben vedere, numerose perplessità. E ciò non solo per la nota situazione di dipendenza del comparto pubblico dalle abilità e dalle esperienze in ambito tecnologico-informatico possedute dal mondo imprenditoriale[64], ma anche per il significativo contributo che i destinatari delle suddette misure potrebbero dare al complessivo incremento del livello di resilienza cibernetica del Paese[65].

Nello specifico, la rilevanza di tale contributo può essere apprezzata sotto una duplice prospettiva.

---

[62] Sul punto, cfr. art. 1, commi 2, 3, 6, 7, 8, d.l. n. 105/2019.

[63] Sotto questa prospettiva va letta la previsione normativa che contempla la mera partecipazione senza diritto di voto alle riunioni del Nucleo per la cybersicurezza dei «soggetti pubblici o privati eventualmente interessati» in situazioni di crisi di natura cibernetica (art. 10, comma 3, d.l. n. 82/2021); disposizione che non appare idonea ad assicurare un effettivo coinvolgimento del settore imprenditoriale nel sistema di gestione delle suddette crisi. Non convincente è anche il contenuto precettivo del novellato art. 33-*septies*, comma 4, d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, secondo il quale l'Agenzia nazionale «con proprio regolamento» e, dunque, senza alcuna forma di coinvolgimento esterno «stabilisce i livelli minimi di sicurezza, capacità elaborativa, risparmio energetico e affidabilità delle infrastrutture digitali per la pubblica amministrazione» e «definisce, inoltre, le caratteristiche di qualità, di sicurezza, di performance e scalabilità, interoperabilità, portabilità dei servizi *cloud* per la pubblica amministrazione». In materia appaiono interessanti le considerazioni di A. LAURO, *Sicurezza cibernetica e organizzazione dei poteri: spunti di comparazione, cit*., p. 537, il quale ricorda che, mentre in Italia la collaborazione con i privati è stata finora prevalentemente di natura finanziaria e rivolta allo sviluppo di nuove tecnologie, in Germania e in Francia si è assistito, al contrario, alla creazione di appositi organismi, che raccolgono rappresentanti delle amministrazioni pubbliche e del mondo privato-imprenditoriale e che svolgono importanti compiti di analisi, pianificazione ed elaborazione di indirizzi normativi in materia di cybersicurezza.

[64] Com'è noto, la mancanza di adeguate competenze informatiche all'interno delle pubbliche amministrazioni ha rappresentato, e rappresenta ancora, uno dei principali motivi dei ritardi accumulati dal nostro ordinamento con riferimento al processo di informatizzazione del settore pubblico. Sul punto occorre ricordare, peraltro, che, ai sensi dell'art. 68 CAD, le pubbliche amministrazioni possono rivolgersi al mercato per l'acquisto di programmi e strumenti informatici soltanto all'esito di una valutazione comparativa di tipo tecnico ed economico delle diverse soluzioni disponibili (in termini di costo complessivo, di interoperabilità, di sicurezza, di conformità alla normativa sulla protezione dei dati personali e di servizio); valutazione dalla quale deve risultare motivatamente «l'impossibilità di accedere a soluzioni già disponibili all'interno della pubblica amministrazione, o a *software* liberi o a codice sorgente aperto, adeguati alle esigenze da soddisfare».

[65] Sul concetto di resilienza informatica nazionale, cfr. art. 1, comma 1, lett. b), d.l. n. 82/2021, che la definisce come un insieme di «attività volte a prevenire un pregiudizio per la sicurezza nazionale» di cui all'art. 1, comma 1, lett. f) del DPCM n. 131/2020, ossia «un danno o pericolo di danno all'indipendenza, all'integrità o alla sicurezza della Repubblica e delle istituzioni democratiche poste dalla Costituzione a suo fondamento, ovvero agli interessi politici, militari, economici, scientifici e industriali dell'Italia, conseguente all'interruzione o alla compromissione di una funzione essenziale dello Stato o di un servizio essenziale».

In primo luogo, un'adeguata valorizzazione dell'interlocuzione tra attori istituzionali e soggetti privati favorirebbe una più proficua condivisione di conoscenze e di capacità specialistiche.

Un risultato che risulta essere particolarmente apprezzabile nel delicato contesto della cybersicurezza, nel quale il grado di complessità delle soluzioni e degli strumenti adoperati rendono gli operatori economici del settore i soggetti più qualificati a suggerire alle autorità pubbliche le tecniche, i dispositivi e i servizi più sicuri e affidabili tra quelli disponibili sul mercato[66].

All'interno di un siffatto contesto, inoltre, i soggetti in questione potrebbero essere chiamati a svolgere un ruolo più incisivo in sede di elaborazione e di aggiornamento delle linee guida e degli *standard* di sicurezza rivolti alle reti, ai sistemi e ai servizi inclusi nel Perimetro.

Sotto questa prospettiva, il coinvolgimento delle imprese del settore nel processo di determinazione delle misure e dei requisiti minimi di sicurezza cibernetica non solo offrirebbe alle autorità competenti un valido supporto tecnico, ma rappresenterebbe anche un utile deterrente contro il rischio di imporre adempimenti inidonei o di portata eccessiva rispetto agli obiettivi di *policy* prefissati. Il che conduce a sottolineare come la maggiore partecipazione delle imprese al sistema nazionale di gestione delle criticità informatiche possa concretamente agevolare l'introduzione di rimedi ritagliati sull'effettivo grado di pericolosità delle minacce, in conformità ai principi di proporzionalità e di ragionevolezza dell'azione amministrativa esercitata in ambito *cyber*[67].

Sul punto è necessario osservare che la mancata previsione di adeguati momenti di interazione tra settore pubblico e privato contrasta anche con le indicazioni formulate in materia nei menzionati atti di indirizzo sovranazionali.

---

[66] In tal senso, il grado di complessità tecnica che caratterizza il fenomeno in esame giunge a rendere desiderabile ciò che, in altri contesti, potrebbe apparire paradossale, ovvero che siano gli stessi operatori economici del settore ad aiutare le autorità nazionali a comprendere la natura e la portata delle minacce da affrontare, oltre che a suggerire quali misure e accorgimenti concreti adottare per tutelare al meglio la pubblica sicurezza. Sul punto si vedano, *ex multis*, le osservazioni di A. BARONE, *Il diritto del rischio*, *cit*., p. 64 ss., secondo il quale: «Il diritto del rischio delinea modelli relazionali basati, piuttosto che su meccanismi di *command and control* o di integrale "autoamministrazione" privata, sull'integrazione e sulla cooperazione tra pubblico e privato». Quest'ultima, infatti, «[…] è senza dubbio in grado di ridurre le asimmetrie informative delle Amministrazioni, inevitabilmente dotate di minori informazioni sui rischi da incertezza scientifica rispetto a chi, con i propri processi di produzione, causa i medesimi rischi». Cfr. anche la comunicazione della Commissione europea del 31 maggio 2006, *Una strategia per una società dell'informazione sicura. Dialogo, partenariato e responsabilizzazione*, COM (2006) 251, par. 3.2.1., in *www.eur-lex.europa.eu,* ove si evidenzia che: «Per poter formulare efficacemente una politica, è necessario comprendere con chiarezza la natura e la portata delle sfide. Ciò richiede non solo dati statistici ed economici affidabili e aggiornati sugli incidenti a danno della sicurezza informatica e sui livelli di fiducia dei consumatori e degli utilizzatori, ma anche dati aggiornati sulle dimensioni e le tendenze in atto nell'industria della sicurezza delle TIC in Europa».

[67] Una declinazione concreta dei suddetti principi generali è ravvisabile nel d.l. n. 105/2019, laddove si prevede che l'individuazione dei soggetti da includere nel Perimetro debba seguire un criterio di gradualità, ossia debba tenere conto dell'entità del potenziale pregiudizio per la sicurezza nazionale derivante dal malfunzionamento, dall'interruzione o dall'uso improprio delle reti, dei sistemi e dei servizi informatici gestiti da tali soggetti.

Dall'analisi di questi atti emerge, infatti, come le imprese che offrono i propri prodotti nel cyberspazio debbano assumere un impegno più diretto e responsabile ai fini del mantenimento di un soddisfacente livello di sicurezza delle reti e dei sistemi informatici, come si ricava, in particolare, dall'affermazione di due significativi principi[68].

Da un lato, il principio di "sicurezza *by design*", in base al quale i produttori e i fornitori devono immettere sul mercato unicamente beni e/o servizi in grado di assicurare determinati livelli di resilienza contro il rischio di incidenti e attacchi. Un'obbligazione, quest'ultima, che non solo deve essere rispettata fin dal momento della progettazione dell'infrastruttura o del dispositivo tecnologico, ma che costituisce altresì una specifica parte della prestazione contrattuale assunta dal professionista nei confronti del consumatore[69].

Dall'altro, il c.d. "principio di responsabilità", in virtù del quale gli operatori economici del settore devono assumere, nei confronti degli utenti della rete, il ruolo di interlocutori privilegiati durante l'intero ciclo di vita dei prodotti ICT acquistati sul mercato. Una circostanza che determina per tali soggetti il sorgere di un particolare dovere di diligenza[70], che si esplica, ad esempio, nell'obbligo di curare i necessari aggiornamenti *software* dei prodotti, di risolvere con celerità le vulnerabilità segnalate dai consumatori, nonché di garantire un corretto utilizzo dei dati personali trattati nello svolgimento delle proprie attività imprenditoriali[71].

---

[68] Sul punto, si vedano la comunicazione congiunta della Commissione europea e dell'Alto rappresentante dell'Unione del 13 settembre 2017, *Resilienza, deterrenza e difesa: verso una cibersicurezza forte per l'UE*, *cit.*, p. 6, ove si riconosce che: «Un approccio di "sicurezza fin dalla progettazione" adottato dai produttori di dispositivi connessi, *software* e attrezzature informatiche permetterebbe di definire la questione della cibersicurezza prima di immettere nuovi prodotti sul mercato. Questo potrebbe rientrare nel principio di "responsabilità", da elaborare ulteriormente insieme agli operatori del settore, che potrebbe ridurre le vulnerabilità dei prodotti/*software* applicando una serie di metodi che vanno dalla progettazione ai test e alla verifica, inclusa la verifica formale ove applicabile, la manutenzione a lungo termine e l'utilizzo di processi sicuri lungo il ciclo di sviluppo, così come lo sviluppo di aggiornamenti e correzioni atti a risolvere vulnerabilità precedentemente nascoste e rapidi interventi di aggiornamento e riparazione»; nonché la comunicazione congiunta della Commissione europea e dell'Alto rappresentante dell'Unione del 16 dicembre 2020, *La strategia dell'UE in materia di cibersicurezza per il decennio digitale*, *cit.*, par. 3.2, ove si sottolinea che: «per sviluppare una cooperazione multipartecipata sulle questioni di cibersicurezza, la Commissione e l'alto rappresentante, in linea con le rispettive competenze, mirano a rafforzare gli scambi regolari e strutturati con i portatori di interessi, compreso il settore privato, il mondo accademico e la società civile, sottolineando che la natura interconnessa del ciberspazio richiede che tutti i portatori di interessi si scambino informazioni e si assumano le proprie responsabilità specifiche per mantenere un ciberspazio globale, aperto, stabile e sicuro».

[69] Si tratta, invero, di un'obbligazione di non semplice esecuzione, dal momento che, come nota P.L. MONTESSORO, *Cybersecurity: conoscenza e consapevolezza come prerequisiti per l'amministrazione digitale*, *cit.*, p. 790, oggi gli *hacker* investono ingenti risorse nella ricerca degli errori di programmazione (*bug*), al fine di modificare ad arte il comportamento del calcolatore in cui è inserito il programma difettoso. Sicché «il progettista deve correggere tutte le vulnerabilità del suo sistema, mentre all'*hacker* basta scoprirne una […]».

[70] Cfr. ancora la comunicazione congiunta della Commissione europea e dell'Alto rappresentante dell'Unione del 16 dicembre 2020, *La strategia dell'UE in materia di cibersicurezza per il decennio digitale*, *cit.*, par. 1.5., ove si precisa che il dovere di diligenza esigibile nei confronti dei produttori dovrà essere potenziato a livello normativo, proprio a causa della crescente diffusione del fenomeno dell'*Internet of things* di cui si è detto *supra*.

[71] Sui possibili conflitti tra tutela della cybersicurezza e tutela della *privacy*, si è espresso in più occasioni lo stesso Garante europeo per la protezione dei dati, secondo il quale le recenti iniziative legislative in tema di *cybersecurity* non dovrebbero

In considerazione di quanto appena rilevato, va accolta, dunque, con particolare favore l'introduzione di forme più strutturate, e meno occasionali, di confronto tra i soggetti interessati, anche tramite la creazione di veri e propri organismi *ad hoc,* volti a facilitare lo scambio reciproco di esperienze e conoscenze ed a incentivare la definizione di indirizzi condivisi[72].

Com'è noto, la realizzazione di un siffatto obiettivo non risulta affatto agevole nel contesto *cyber*, dal momento che i tentativi di instaurazione di un sincero dialogo tra i diversi portatori di interessi rischiano di essere pregiudicati da comprensibili timori di sovraesposizione.

In tal senso, se da una parte le autorità amministrative possono manifestare una certa riluttanza nel condividere dati riguardanti la propria sicurezza informatica, temendo di compromettere in tal modo la propria immagine istituzionale, dall'altra gli stessi operatori economici potrebbero non voler collaborare con il settore pubblico per non correre il rischio di confidare informazioni aziendali di natura riservata o personale, di ledere la propria reputazione sul mercato e di esporsi al rischio di azioni legali[73].

---

pregiudicare quanto già previsto dal GDPR, ma dovrebbero, al contrario, ispirarsi ai principi di quest'ultimo, come quelli del *privacy by design* e del *privacy by default* (art. 25 GDPR). Così, EDPS, *Opinion 5/2021 on the Cybersecurity Strategy and the NIS 2.0 Directive*, 11 March 2021, par. 2.1, in *www.edps.europa.eu*: «*The EDPS is aware of the potential of artificial intelligence in developing advanced cybersecurity capabilities for the real-time detection, analysis, containment and response to cyber threats in a continuously enlarged digital landscape. However, these technologies generally require processing of large amounts of personal data (e.g. user log data) and come with their own risks that need to be identified and mitigated (e.g. lack of transparency or bias). Use of technologies for improving cybersecurity should not unduly interfere with the rights and freedoms of individuals. The first step to avoid or mitigate those risks is to apply the data protection by design and by default requirements laid down in Article 25 GDPR, which will assist in integrating the appropriate safeguards such as pseudonymisation, encryption, data accuracy, data minimization, in the design and use of these technologies and systems. […] Integrating the privacy and data protection perspective in the traditional cybersecurity management will ensure a holistic approach and enable synergies to public and private organizations when managing cybersecurity and protecting the information they process without useless multiplication of efforts*»; nonchè Id., *Opinion 8/2022 on the Proposal for a Regulation laying down measures for a high common level of cybersecurity at the institutions, bodies, offices and agencies of the Union*, 17 May 2022, par. 3.1, in *www.edps.europa.eu:* «*In order to comply with the Proposal, the EUIs, as well as CERT-EU, will have to deploy certain cybersecurity processes and measures, which are bound to imply additional processing of personal data and of electronic communications data, including traffic data. […] The EDPS therefore considers that it should be clarified, for the avoidance of any doubt, in a new recital that "All cybersecurity systems and services involved in the prevention, detection, and response to cyber threats should be compliant with the current data protection and privacy framework, and should take relevant technical and organizational safeguards to ensure this compliance in an accountable way"*».

[72] Sotto questa prospettiva va letta l'istituzione del Centro europeo di competenza industriale, tecnologica e di ricerca sulla cybersicurezza ad opera del regolamento UE 2021/887 del 20 maggio 2021, che risponde al precipuo scopo di sviluppare e sostenere le capacità, i mezzi e le competenze tecnologiche dell'Unione in materia di cybersicurezza, promuovendo e agevolando, anche tramite l'azione dei diversi centri nazionali di coordinamento – in Italia, tale ruolo spetta, come si è detto, all'Agenzia nazionale – la partecipazione della società civile, dell'industria, della comunità accademica e della ricerca. Il Centro e la rete europea gestiscono i fondi destinati alla cybersicurezza dal programma Europa digitale e dal programma Orizzonte Europa e possono beneficiare, inoltre, di contributi dei singoli Stati membri. Ad analoghe esigenze di cooperazione pubblico-privato parrebbe rispondere anche l'imminente istituzione dell'Unità congiunta per il cyberspazio, quale piattaforma strutturata di condivisione di informazioni e di competenze, in merito alla quale si è già detto *supra*.

[73] Al riguardo, cfr. R. BOSSONG, B. WAGNER, *A Typology of Cybersecurity and Public-Private Partnerships in the Context of the European Union*, in *Crime, Law and Social Change*, n. 67, 2017, p. 273, i quali evidenziano come le suddette criticità giustificano una generale preferenza per l'utilizzo di strumenti di *governance* di tipo *top-down*, che si fondano, ad esempio, sulla previsione di specifici doveri di notifica in capo agli operatori privati in caso di rilevanti incidenti informatici. Sul punto, cfr. anche il report del Gruppo di coordinamento sulla sicurezza cibernetica della Banca d'Italia, *Sicurezza cibernetica: il contributo della Banca d'Italia e dell'Ivass*, agosto 2018, reperibile in *www.bancaditalia.it*, ove si sottolinea che, nonostante il valore strategico della condivisione delle informazioni sulle minacce informatiche, le imprese che hanno

Per cercare di non perdere i rilevanti benefici derivanti dalla creazione di preziose sinergie operative, una soluzione percorribile sembrerebbe essere rappresentata dal ricorso ad apposite forme, contrattuali o istituzionalizzate, di partenariato pubblico-privato, con il precipuo scopo di contribuire al perseguimento degli obiettivi di prevenzione e di contrasto nei confronti dei crescenti pericoli della dimensione cibernetica[74].

Attraverso queste specifiche forme di cooperazione diventerebbe più semplice, infatti, non solo, come si è detto *supra,* supportare lo sviluppo e la diffusione delle più avanzate tecniche di gestione delle situazioni di crisi, ma anche, e soprattutto, fornire incentivi concreti a coloro che condividono le proprie competenze professionali per offrire una migliore comprensione dei rischi informatici attuali e della loro possibile evoluzione[75].

Un esempio virtuoso di collaborazione pubblico-privato è offerto, ancora una volta, dal livello sovranazionale, dal momento che la recente strategia europea in tema di cybersicurezza prevede, tra le altre, l'istituzione di una rete di centri operativi di sicurezza (c.d. SOC, *Security Operations Center*), incaricati

subito attacchi sono spesso riluttanti a svelarli per timore di ricadute reputazionali e sono disposte a condividere i propri dati solo in contesti che garantiscono riservatezza e reciprocità. Sicché, se talvolta gruppi di operatori economici particolarmente sensibili al rischio cibernetico (ad esempio i gestori di infrastrutture critiche) si aggregano volontariamente, più spesso è necessario un intervento delle autorità pubbliche per garantire il necessario clima di fiducia tra operatori economici e autorità pubbliche.

[74] In ambito europeo, si veda la positiva esperienza del primo accordo di partenariato pubblico-privato sulla cybersicurezza del 5 luglio 2016, promossa dalla comunicazione della Commissione europea del 6 maggio 2015, *Strategia per il mercato unico digitale in Europa*, COM (2015) 192 final, par. 3.4., con il quale è stata instaurata una più stabile cooperazione tra diversi soggetti, pubblici e privati, interessati a stimolare la ricerca e l'innovazione in ambito cibernetico, rilanciare l'industria europea della sicurezza informatica e introdurre soluzioni innovative e affidabili (prodotti, servizi e *software* ICT) in alcuni settori strategici dell'Unione (*i.e.*, energia, sanità, trasporti, finanza). Nello specifico, l'accordo ha ricevuto un investimento da parte dell'Unione europea, nel quadro del programma Orizzonte 2020, di 450 milioni di euro, mentre gli investimenti degli operatori del mercato della cybersicurezza, rappresentati dall'Organizzazione europea per la sicurezza informatica (ECSO), sono stati tre volte maggiori, per un totale di circa 1,8 miliardi tra il 2016 e il 2020. In tema di partenariato pubblico-privato si vedano, *ex multis*, M.P. CHITI, voce *Partenariato pubblico privato*, in *Enc. giur.*, X, Milano, 2007, p. 690 ss.; Id. (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato. Concessioni finanza di progetto società miste fondazioni*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2009; R. DIPACE, *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, Giuffrè, Milano, 2006; F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2011; G. CERRINA FERONI (a cura di), *Il partenariato pubblico privato. Modelli e strumenti*, Giappichelli, Torino, 2011; A. DI GIOVANNI, *Il contratto di partenariato pubblico privato tra sussidiarietà e solidarietà*, Giappichelli, Torino, 2012; M. RICCHI, *L'architettura dei contratti di concessione e di partenariato pubblico privato nel nuovo codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016)*, in *Riv. giur. Mezz.*, n. 3, 2016, p. 811 ss.; A. FIORITTO (a cura di), *Nuove forme e nuove discipline del partenariato pubblico privato*, Giappichelli, Torino, 2017; G. MULAZZANI, *La collaborazione pubblico-privato e la sussidiarietà orizzontale*, Cacucci, Bari, 2020.

[75] In tema appaiono interessanti le proposte contenute nella citata strategia italiana sulla cybersicurezza 2022-2026, ove si fa riferimento al coinvolgimento di un gruppo di aziende qualificate e specializzate in materia di *incident response* e alla creazione di una rete di CERT settoriali, al fine di fornire un valido supporto tecnico al CSIRT Italia qualora dovesse verificarsi una serie di incidenti *cyber* di natura sistematica (cfr. Obiettivo 2.B della suddetta strategia).

di assicurare un monitoraggio costante, in tempo reale, delle intrusioni e delle anomalie informatiche nelle reti e nei sistemi di diversi portatori di interesse[76].

Nelle intenzioni della Commissione europea, la suddetta rete dovrebbe ricomprendere, grazie ad appositi investimenti sulla formazione professionale, anche le PMI, in modo tale da migliorare la velocità di rilevamento, di analisi e di condivisione dei dati relativi agli attacchi *cyber*. Sotto questa prospettiva, tramite lo sfruttamento dei vantaggi ricavabili dall'introduzione del *network*, nonché tramite l'utilizzo delle innovative capacità di previsione e di classificazione offerte dai moderni strumenti di intelligenza artificiale[77], il legislatore europeo intende sviluppare un vero e proprio scudo di sicurezza informatica all'interno dell'Unione, consentendo alle autorità pubbliche e ai soggetti privati di segnalare potenziali minacce prima che queste abbiano causato ingenti danni su larga scala.

Un esempio, quest'ultimo, che conferma le criticità in precedenza evidenziate nei confronti dell'attuale apparato nazionale, la cui impostazione di fondo, nonostante alcune recenti apprezzabili previsioni[78], continua a riprodurre la logica unilaterale e centralizzata tipica della disciplina del comparto *intelligence*. Il che conduce ad auspicare l'adozione di interventi normativi volti a correggere un siffatto approccio.

5. (Segue) …e degli utenti informatici

Nell'ottica di definire un'architettura *cyber* realmente efficiente e orizzontale, la promozione di un ruolo più attivo da parte degli operatori del settore non dovrebbe rappresentare l'unica strategia da seguire, ma occorrerebbe valorizzare anche i compiti e le responsabilità spettanti agli utenti della rete e dei servizi digitali.

Tale affermazione trova conferma nella circostanza per la quale, com'è noto, un certo, quand'anche limitato, rischio securitario è irrimediabilmente presente in ogni attività umana che si fonda sull'utilizzo di sistemi e di dispositivi informatici; sicché ogni iniziativa di contrasto alle attuali minacce cibernetiche

[76] Cfr. la comunicazione congiunta della Commissione europea e dell'Alto rappresentante dell'Unione del 16 dicembre 2020, *La strategia dell'UE in materia di cibersicurezza per il decennio digitale*, *cit*., par. 1.2., ove si prevede lo stanziamento di oltre 300 milioni per l'istituzione dei predetti SOC, a sostegno della cooperazione pubblico-privato e transfrontaliera.

[77] Ci si riferisce, in particolare, a quelle tecniche di *machine learning* volte ad estrarre, tramite l'analisi dei dati inerenti agli episodi e agli autori delle minacce informatiche, informazioni significative sulle loro modalità di attuazione e sui possibili sviluppi del fenomeno, consentendo in tal modo alle autorità nazionali di predisporre misure e contromisure adeguate al livello di rischio *cyber*.

[78] Un esplicito, seppur generico, riferimento al valore strategico della dinamica collaborativa è rinvenibile all'art. 7, comma 1, lett. n), d.l. n. 81/2021, che affida all'Agenzia nazionale il compito di sviluppare e «rendere effettive» le capacità nazionali di prevenzione, di monitoraggio, di analisi e di risposta agli attacchi informatici, anche attraverso il ricorso a iniziative di partenariato pubblico-privato. Lo stesso decreto, inoltre, attribuisce all'Agenzia nazionale il potere di costituire e di partecipare a partenariati pubblico-privato, nell'ottica della migliore realizzazione delle sue finalità istituzionali (cfr. art. 7, comma 1, lett. z). Un significativo contributo alla costruzione di un'architettura nazionale *cyber* realmente partecipata e aperta sembrerebbe poter derivare dalla recentissima introduzione della rete dei laboratori accreditati di prova (c.d. LAP), quali soggetti, sia pubblici che privati, volti a supportare le procedure di valutazione e di analisi della qualità tecnica dei dispositivi tecnologici utilizzati dai soggetti inclusi nel Perimetro nazionale. In materia, si rinvia alle previsioni del DPCM n. 92/2022 e del d.lgs. n. 123/2022.

non può che cercare di ridurne l'impatto e gli effetti dannosi, senza potere, tuttavia, eliminarli definitivamente.

Per queste ragioni, una lungimirante e accurata strategia nazionale di mitigazione delle vulnerabilità informatiche non può esimersi dal dedicare una particolare attenzione al miglioramento del livello generale di alfabetizzazione digitale, dal momento che la previsione di apposite occasioni di formazione e di sensibilizzazione collettiva parrebbe rappresentare una formidabile arma di prevenzione nei confronti delle insidie del cyberspazio[79].

Il raggiungimento dell'obiettivo appena richiamato permetterebbe, in particolare, di conseguire una serie di rilevanti vantaggi pratici, che si apprezzano, quantomeno, sotto una triplice prospettiva.

In primo luogo, un'adeguata sensibilizzazione dell'opinione pubblica nei confronti delle tipologie di minacce e degli strumenti di tutela offerti dall'ordinamento sembrerebbe poter contribuire a ridurre l'efficacia degli attacchi meno sofisticati.

In tal senso, la promozione di momenti di formazione e di arricchimento culturale in materia di cybersicurezza risulterebbe importante per consentire la sedimentazione di opportune abitudini di "igiene informatica" all'interno della collettività[80]. Il che darebbe alle competenti autorità pubbliche la possibilità

[79] Sul valore dell'educazione dei cittadini nelle recenti politiche multilivello di sicurezza informatica, si vedano, tra gli altri, l'art. 7, comma 1, lett. d), direttiva NIS, che obbliga gli Stati membri a prevedere, all'interno delle rispettive strategie nazionali, appositi programmi di formazione, sensibilizzazione e istruzione; gli artt. 4, comma 7, e 10 reg. UE 2019/881, che attribuiscono ad ENISA il compito di promuovere un elevato livello di consapevolezza dei cittadini, delle organizzazioni pubbliche e delle imprese in materia di cybersicurezza, assistendo gli Stati membri nei loro sforzi di sensibilizzazione e di istruzione della collettività e incoraggiando un miglior coordinamento e scambio di buone pratiche a livello internazionale *in subiecta materia*; l'art. 7, comma 1, lett. v), d.l. n. 82/2021, che attribuisce all'Agenzia nazionale per la cybersicurezza il compito di promuovere «la formazione, la crescita tecnico-professionale e la qualificazione delle risorse umane nel campo della cybersicurezza, in particolare favorendo l'attivazione di percorsi formativi universitari in materia, anche attraverso l'assegnazione di borse di studio, di dottorato e assegni di ricerca, sulla base di apposite convenzioni con soggetti pubblici e privati». In generale, sull'importanza dell'istruzione e della formazione digitale quale strumento per affrontare al meglio le sfide poste dalla crescente diffusione delle *fake news*, del cyberbullismo, delle minacce *cyber* e delle frodi informatiche, cfr. anche la comunicazione della Commissione europea del 17 gennaio 2018, *Piano d'azione per l'istruzione digitale*, COM (2018) 22 final, in *www.eur-lex.europa.eu*. Al riguardo si vedano le interessanti osservazioni di G. ZICCARDI, *La cybersecurity nel quadro tecnologico (e politico) attuale*, in G. ZICCARDI, P. PERRI (a cura di), *Tecnologia e diritto*, *cit.*, p. 210, il quale nota che il seguire una serie di regole, spesso facili da comprendere anche per chi non abbia una preparazione tecnica, consentirebbe di disegnare un quadro, se non assolutamente sicuro, almeno di contrasto alle minacce più comuni e note. Ad esempio, «una cura nell'impostazione di un buon sistema di autenticazione, la configurazione di parametri di autorizzazione restrittivi, l'uso di un sistema di *backup* e di ripristino del sistema, l'installazione di *antivirus* e *firewall*, la diffusione della cifratura delle informazioni e una maniacale attenzione ai comportamenti (e alle relative vulnerabilità umane)».

[80] In materia, cfr. M. TADDEO, *Is Cybersecurity a Public Good?*, in *Minds & Machines*, n. 29, 2019, p. 352, secondo la quale l'idea di prevedere forme di responsabilità in capo agli utenti della rete e dei servizi digitali trova le proprie radici culturali nelle teorie economiche che considerano la robustezza dei sistemi informatici come un vero e proprio bene pubblico; P.L. MONTESSORO, *Cybersecurity: conoscenza e consapevolezza come prerequisiti per l'amministrazione digitale*, *cit.*, pp. 784-785, il quale nota che: «il normale utente finale, anche se elemento periferico e apparentemente poco importante nel complesso sistema dei servizi digitali, rappresenta un appetibile punto di accesso per gli attacchi informatici da parte degli *hacker,* proprio perché meno consapevole dei rischi e più indifeso in termini di sicurezza informatica. Anche per la *cybersecurity*, come per i vaccini, è necessaria la cosiddetta "immunità di gregge": solo una diffusa prevenzione basata sulla conoscenza può limitare significativamente la superficie di attacco e portare il rischio *cyber* al di sotto di livelli accettabili».

di concentrare le proprie risorse nei confronti dei soggetti più vulnerabili e immaturi, come gli anziani e i giovanissimi, spesso dotati di scarse competenze informatiche di base e, dunque, maggiormente esposti al rischio di cadere nelle trappole virtuali predisposte dai criminali professionisti.

In secondo luogo, una maggiore condivisione di *best practice* e di linee guida di comportamento *online* parrebbe poter determinare un auspicabile aumento del numero delle segnalazioni facoltative degli utenti della rete.

Una circostanza che consentirebbe non solo una migliore comprensione, da parte degli attori istituzionali, della capillarità e dell'evoluzione del fenomeno in esame, ma anche un complessivo incremento del senso di fiducia dei cittadini nei confronti delle applicazioni e dei sistemi tecnologici.

Infine, la previsione di nuove iniziative e di congrui investimenti finanziari nel campo della formazione costituirebbe uno strumento particolarmente utile per supportare la più ampia diffusione possibile di una vera e propria cultura della sicurezza e del rischio informatico, quale prerequisito fondamentale per la realizzazione di una giusta e sostenibile transizione digitale a livello nazionale[81].

Un risultato, quest'ultimo, che, come emerge anche dai ricordati atti di indirizzo europei, non pare poter essere raggiunto attraverso la mera imposizione di adempimenti burocratici nei confronti dei gestori delle infrastrutture e dei servizi ICT, ma solo attraverso la valorizzazione delle responsabilità condivise possedute da tutti i diversi protagonisti del cyberspazio, ciascuno dei quali è chiamato ad assumere condotte e precauzioni conformi alle regole organizzative e comportamentali stabilite in materia[82].

---

[81] A livello internazionale, il concetto in questione ha trovato esplicito riconoscimento nella risoluzione dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite del 31 gennaio 2003, *Creation of a global culture of cybersecurity*, A/RES/57/239, in *www.digitallibrary.un.org* – ove sono stati indicati, per la prima volta, nove fondamentali principi in grado di diffondere una cultura globale della sicurezza informatica *(Awareness, Responsability, Response, Ethics, Democracy, Risk assessment, Security design and implementation, Security management, Reassessment*) – e nella risoluzione del Consiglio dell'Unione europea del 18 febbraio 2003, *Un approccio europeo per una cultura della sicurezza delle reti e dell'informazione*, 2003/C 48/01, in *www.eur-lex.europa.eu*. Peraltro, sebbene il compito di diffondere la predetta cultura della sicurezza informatica rappresenti, fin dalla sua istituzione, uno dei compiti principali dell'ENISA (art. 3, par. 1, lett. j), reg. CE 460/2004) e, da ultimo, dell'Agenzia nazionale per la cybersicurezza (art. 7, comma 1, lett. u), d.l. n. 82/2021), il recente rapporto Censis-*Deepcyber* del 22 aprile 2022, *Il valore della cybersecurity*, reperibile in *www.censis.it*, ha sottolineato che in Italia quattro persone su dieci sono indifferenti o non si tutelano contro gli attacchi informatici; il che non stupisce se si considera che, secondo il predetto rapporto, solo il 24,3% degli italiani dichiara di sapere precisamente cosa si intende per *cybersecurity*, mentre il 58,6% dichiara il conosce il tema a grandi linee e il 17,1% dichiara di non sapere cosa sia.

[82] Sul principio di responsabilità condivisa, quale elemento cardine per il corretto funzionamento della *governance* europea sulla cybersicurezza, cfr. la risoluzione del Consiglio del 18 dicembre 2009, *Un approccio cooperativo in materia di sicurezza delle reti e dell'informazione*, 2009/C 321/01, in *www.eur-lex.europa.eu*, ove si riconosce che: «la sicurezza delle reti e dell'informazione è di responsabilità comune di tutte le parti interessate, compresi gli operatori, i fornitori di servizi, i fornitori di *hardware* e di *software*, gli utenti finali, gli enti pubblici e i governi nazionali»; nonché la comunicazione congiunta della Commissione europea e dell'Alto rappresentante dell'Unione del 7 febbraio 2013, *Strategia dell'Unione europea per la cibersicurezza: un ciberspazio aperto e sicuro*, *cit*., par. 1.2, ove si riconosce che: «la crescente dipendenza dalle tecnologie dell'informazione e delle comunicazioni in tutti i campi della vita umana ha creato vulnerabilità che è necessario definire adeguatamente, analizzare in profondità, riparare o ridurre. Tutti gli attori implicati, siano essi autorità pubbliche, settore privato o singoli cittadini, devono riconoscere questa responsabilità condivisa, attivarsi per proteggersi e se necessario assicurare una risposta coordinata per rafforzare la cibersicurezza».

L'importanza di promuovere la suddetta cultura della sicurezza informatica viene apprezzabilmente riconosciuta, da ultimo, nella recente strategia italiana sulla cybersicurezza del maggio 2022, ove tale obiettivo viene espressamente qualificato come «fattore abilitante», necessario per la piena attuazione degli altri obiettivi di protezione, di risposta e di sviluppo indicati nello stesso documento.

Al riguardo la suddetta strategia sottolinea l'esigenza di prevedere un capillare programma di educazione digitale per tutti i livelli di istruzione scolastica, nel tentativo di stimolare l'adozione di comportamenti sicuri e virtuosi nel cyberspazio; programma al quale devono far seguito apposite iniziative culturali rivolte ad accrescere la percezione delle problematiche legate alla sicurezza cibernetica all'interno delle organizzazioni pubbliche e private. Un contesto in cui occorrerà prevedere peculiari responsabilità in capo ai livelli apicali, ai quali spetta definire efficaci piani di gestione interna del rischio *cyber*, anche tramite operazioni di autovalutazione del proprio livello di esposizione[83].

6. Considerazioni conclusive

Nei precedenti paragrafi si è evidenziato come, pur costituendo un presupposto indispensabile per la realizzazione della desiderata transizione digitale del Paese, il tema della pubblica sicurezza cibernetica è stato posto al centro del dibattito giuridico italiano solo negli ultimi anni, anche grazie alle recenti spinte evolutive provenienti dall'Unione europea.

Come si è detto, il processo di definizione dell'architettura nazionale *cyber* è stato affidato, in un primo momento, ad una serie di atti normativi di coordinamento delle attribuzioni precedentemente spettanti agli enti del Sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica. Una circostanza che pare aver conferito complessità e frammentarietà all'impianto organizzativo e operativo di riferimento.

Nelle modifiche normative successive, al contrario, il legislatore italiano ha adottato una prospettiva di maggiore concentrazione delle funzioni e delle azioni finalizzate alla prevenzione e al contrasto delle sempre più frequenti minacce informatiche, culminata nell'istituzione di un'Agenzia nazionale *ad hoc*.

Il complessivo assetto istituzionale che si ricava dagli ultimi interventi sembra, tuttavia, continuare a suscitare alcune rilevanti criticità, che necessitano di ulteriori adeguamenti e rifiniture[84].

In tal senso, il pieno raggiungimento degli obiettivi fissati nelle strategie multilivello di sicurezza informatica parrebbe richiedere e stimolare una più ampia partecipazione degli operatori economici e

[83] Cfr. p. 25 della suddetta strategia.

[84] Si tratta di modifiche normative delle quali la stessa Agenzia nazionale potrebbe farsi promotrice, dato che, ai sensi dell'art. 7, comma 1, lett. p), d.l. n. 82/2021, l'Autorità «cura e promuove la definizione e il mantenimento di un quadro giuridico nazionale aggiornato e coerente nel dominio della cybersicurezza, tenendo anche conto degli orientamenti e degli sviluppi in ambito internazionale» ed «esprime pareri non vincolanti sulle iniziative legislative o regolamentari concernenti la cybersicurezza».

degli utenti interessati all'interno dell'articolato *risk management system*, finora sostanzialmente rimesso alle sole decisioni delle competenti autorità pubbliche.

Secondo le modalità *supra* illustrate, infatti, l'effettivo coinvolgimento dei diversi protagonisti del cyberspazio, ciascuno per la sua parte, permetterebbe non solo di implementare le conoscenze e le capacità nazionali di reazione alle situazioni di crisi, ma anche di accrescere, più in generale, il senso di fiducia dei cittadini e delle imprese nei confronti delle moderne tecnologie informatiche.

Sotto questa prospettiva, pare potersi affermare come, di fronte alle sfide poste dalla crescente diffusione della dimensione cibernetica, la migliore assicurazione possibile contro i rischi per la pubblica sicurezza sia rappresentata dallo sviluppo di adeguate forme di collaborazione pubblico-privato e dal conseguente abbandono delle dinamiche tipiche del comparto *intelligence,* improntate alla segretezza e all'unilateralità dell'azione.

Una circostanza che conduce a riflettere sull'effettiva portata delle novità legislative introdotte in materia, le quali intendono garantire, da un lato, il rispetto di determinati *standard* da parte dei gestori delle infrastrutture e dei servizi strategici, ma non prevedono, dall'altro, momenti di virtuosa interlocuzione con il mondo imprenditoriale circa l'adeguatezza delle misure di sicurezza stabilite dall'alto.

Da qui la consapevolezza del lungo cammino che attende l'architettura nazionale di cybersicurezza per allinearsi ai valori della condivisione e della cooperazione sui quali si fonda la visione europea di cyberspazio.

Focus persona, lavoro, tecnologia

Ciclo produttivo digitalmente integrato e responsabilità datoriali: appunti sull'effettività delle tutele*

di Marco Esposito
Professore ordinario di Diritto del lavoro
Università Parthenope - Napoli

Abstract [It]: Il saggio offre alcuni spunti di riflessione sul rapporto tra tutele del lavoro e digitalizzazione dei cicli produttivi. In particolare, si interroga sulla possibilità di applicare le regole in materia di appalto e di interposizione illecita alle ipotesi di organizzazione digitalmente integrata, e condivisa tra più imprese, del processo produttivo.

Title: Digitally integrated production cycle and employers' responsibilities: notes on the effectiveness of protections
Abstract [En]: The essay offers some hints to reflect on the relationship between labour protection and production cycles's digitalization. In particular, it wonders about the possibility of applying the rules on procurement and unlawful interposition to the hypothesis of digitally integrated organization, shared between several companies, of the production process.

Parole chiave: ciclo produttivo; digitalizzazione; integrazione imprenditoriale; tutele del lavoro
Keywords: production cycle; digitalisation; entrepreneurial integration; labour protection

Sommario: **1.** Organizzazione e flussi relazionali nell'impresa dematerializzata: esercizio dei poteri di gestione e responsabilità datoriale. **2.** (Segue) "Frammentazione/Dispersione" vs. "Diffusione/Convergenza": i poli della effettività, a vario titolo imputabile, nelle più recenti tendenze normative e teorico-ricostruttive. **3.** (Segue) La responsabilità solidale, come *milestone* delle tutele dei lavoratori nei processi di integrazione produttiva, e l'imputazione giudiziale *ex lege* del rapporto di lavoro. **4.** La casistica giurisprudenziale, a normativa vigente: vincoli interferenziali e (pre)dominio tecnologico.

1. Organizzazione e flussi relazionali nell'impresa dematerializzata: esercizio dei poteri di gestione e responsabilità datoriale

Come ha descritto nitidamente Ilario Alvino da ultimo, sulle pagine proprio di questa Rivista[1], l'integrazione produttiva tra attività imprenditoriali – spinta e ottimizzata dalla pervasività delle innovazioni tecnologiche digitali – propone, rinverdendolo, il classico tema degli effetti giuslavoristici delle modalità di esercizio dell'attività economica di impresa. Una riflessione, dunque, in merito specificamente a: struttura, composizione e funzione di quell'esercizio in relazione alle vicende del rapporto di lavoro.

* Articolo sottoposto a referaggio.
[1] *Integrazione produttiva, rivoluzione digitale e diritto del lavoro*, in *questa Rivista*, 9/2022, cui rinvio anche per alcuni riferimenti bibliografici essenziali sul tema esteso.

In queste note, pertanto, mi prefiggo proprio di mettere a fuoco, essenzialmente, l'"intreccio intercorrente tra le esigenze di tutela del lavoro, da un lato, e le forme organizzative integrate d'impresa, dall'altro: esattamente quanto ho provato a compendiare nel titolo del saggio, mettendo al centro della mia analisi – specie nella ricostruzione giurisprudenziale – anzitutto la fattispecie dell'appalto, per tanti versi istituto catalizzatore, attrattivo e paradigmatico per decifrare alcune tendenze regolative.

Certo, di classico c'è solo il tema; perché inevitabilmente i risvolti di *Industria 4.0* e della digitalizzazione avanzata, in alcuni casi integrale, dei processi economico-produttivi[2] impongono necessariamente di rivedere e di specificare a fondo, attraverso un'opera di contestualizzazione dei nostri studi alle evoluzioni rapide della tecnologia, i tratti qualificanti della datorialità, intesa come espressione e formante che fornisce una sintesi della conformazione tecnico-funzionale della prestazione lavorativa all'organizzazione di impresa.

A me sembra che una chiave interpretativa, una prospettiva di lettura utilmente proponibile in quest'ambito – ovviamente ricontestualizzata e costruita secondo una rigorosa gradualità applicativa (cfr. per dettagli *infra*)[3] – possa rimanere quella incentrata sulla effettività della utilizzazione lavorativa[4], da impiegare come criterio/metodo d'imputazione del rapporto di lavoro nell'ambito del complesso organizzativo in cui si estrinseca l'organizzazione di impresa[5].

Non vi è dubbio, infatti, che il quadro reale su cui insiste l'attuale analisi giuridica presenti – pur nella sua complessa articolazione – alcuni caratteri molto netti, almeno nella loro dinamica evolutiva. Caratteri che provo a sintetizzare: capillare frammentazione del ciclo produttivo; destinazione estesa del risultato

---

[2] Sui quali, tra gli altri, v. M. FAIOLI, *Unità produttiva digitale*, in *LDE*, 2021, 3; E. ALES, *Adapting Labour Law to "Digital" Work: between Scholarly Interpretation, Case Law and Legislative Intervention*, in A. PERULLI – T. TREU (eds.), *The Future of Work: Labour Law and Labour Market Regulation in the Digital Era, Kluwer Law International BV, Alphen aan den Rijn, 2020;* R. DEL PUNTA, *Diritto del lavoro e economia digitale*, in C. ALESSI, M. BARBERA, L. GUAGLIANONE, (a cura di), *Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale*, Cacucci, Bari, 2019, p. 15 ss..; S. CIUCCIOVINO, *Le nuove questioni di regolazione del lavoro nell'industria 4.0 e nella Gig Economy: un "problem framework" per la riflessione, in DRI, 2018, pp. 1043-1065. Su alcune ricadute della digitalizzazione dei luoghi di lavoro cfr. di recente P. BOZZAO, Lavoro subordinato, tempi e luoghi digitali, in questa Rivista, 9/2022.*

[3] In un bel, recente saggio V. FERRANTE è molto netto sul fatto che «*il venir meno della legge del 1960 non può che condurre al risultato di cancellare per sempre la ricerca del soggetto che effettivamente "ha utilizzato la prestazione", chiarendo che non è il risultato "ultimo" quello che qualifica la fattispecie (quasi che ogni contratto non produca un utile alle sue parti, e all'intera catena economica che si colloca "a monte" e "a valle" di quello specifico scambio*»: così in *Decentramento produttivo (interno ed internazionale) e forme di tutela dei lavoratori: un'evoluzione incompiuta*, in *RIDL*, 2021, I, p. 45 ss. e sp. pp. 49-50. Più avanti, nel testo, cercheremo di argomentare il carattere parziale di un'affermazione di questo genere; a prescindere dal fatto, inoltre, che lo stesso A. si trova costretto a dover fortemente relativizzare il contenuto letterale dell'art. 29 d.lgs. n. 276 del 2003 per poter suffragare pienamente il suo assunto.

[4] Rimane fondamentale, per fissare le coordinate della specifica problematica, la monografia di O. MAZZOTTA, *Rapporti interpositori e contratto di lavoro*, Giuffré, Milano, 1979.

[5] Mi pare, e mi conforta, che una prospettiva del genere sia condivisa in letteratura anche da altri, rappresentando in effetti l'espediente ermeneutico più efficace per evitare che la scomposizione e la separazione formale dei cicli aziendali conduca ad un radicale ridimensionamento delle tutele lavoristiche. Da ultimo cfr. A. BELLAVISTA, *Appalti e tutela dei lavoratori*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT* – 454/2022. Si veda sul tema anche G. PROIA (a cura di), *Appalti e lavoro: problemi attuali*, Giappichelli, Torino, 2022.

dell'attività lavorativa; disintermediazione dei poteri organizzativi, attraverso processi algoritmici di intelligenza artificiale; tendenziale atipicità degli schemi contrattuali che regolano le collaborazioni fra imprese.

Lo schema base operativo può essere riprodotto, con poche varianti, sia nelle attività di servizi – dove tradizionalmente già da tempo si assiste a una dematerializzazione delle attività imprenditoriali nella loro interconnessione – sia in quelle manifatturiere[6]. Si tratta indubbiamente di un nuovo assetto dei meccanismi di produzione capitalistici, suggestivamente descritto come "capitalismo immateriale"[7].

Le attuali tecnologie digitali rivoluzionano la gestione dell'intera filiera produttiva, perché attraverso l'integrazione di tutti i soggetti coinvolti nel processo economico è possibile una gestione più precisa e tempestiva della pianificazione aziendale, in fase sia di approvvigionamento dei materiali sia della produzione devoluta in appalto o in subfornitura. È proprio l'immediato e diretto – direi automatico – controllo sull'attività delle imprese "esterne" il fattore di maggior successo degli applicativi digitali; esso consente la riduzione del livello di incertezza sull'avanzamento della produzione, marginalizzando evenienze (fermo produttivo per carenza di materiali; giacenze eccessive per un difetto di informazione sui consumi) che diversamente influirebbero negativamente sul livello dei costi. Questo spiega il definitivo declino del modello di impresa a struttura gerarchica multi-livello, geograficamente distribuita, a favore di modelli che puntano su un centro diverso, mediato algoritmicamente. Un centro dove le varie funzioni dell'impresa – apparentemente disseminate – finiscono con il riconvergere. È in tal senso che è possibile dire che il digitale avanzato, sublimando l'immanenza del potere economico-aziendale nell'organizzazione, accentua i margini di verticalizzazione gerarchica comunque connaturali alle dinamiche direttive imprenditoriali[8].

In estrema sintesi, a ogni modo consapevoli della varietà delle possibili tecniche e della strumentazione impiegabile, il tracciamento informativo consentito da una piattaforma digitale centralizzata (aperta in varia misura a tutti gli *stakeholders* o per intero o, ancora, in dotazione prevalente al solo centro principale direttivo dell'attività economica) consente di rappresentare un quadro conoscitivo puntuale e integrato di tutte le fasi della produzione, degli anelli della *supply chain*. Con l'ulteriore possibilità, peraltro, che algoritmi di AI intervengano in fase di correzione del ciclo a prescindere da un'immanente e contestuale iniziativa

[6] Consiglio vivamente la lettura del Report "*AI for Manifacturing*", elaborato finale di un Workshop tenutosi - sotto l'egida della Commissione Europea – nel luglio 2019, al quale hanno partecipato varie associazioni, due private e una terza di natura mista, impegnate nella ricerca robotica e nella sua promozione.

[7] S. QUINTARELLI, *Capitalismo immateriale. Le tecnologie digitali e il nuovo conflitto sociale*, Bollati Boringhieri, Torino, 2019. Si parla anche di "economia bilaterale", in ragione del potenziamento del flusso che raccorda produttori, *stakeholders* e utenti/consumatori: cfr. J. TIROLE, *Economia del bene comune*, Mondadori, Milano, 2017, p. 416 ss..

[8] V. BAVARO, *Questioni in diritto su lavoro digitale tempo e libertà*, in C. ALESSI, M. BARBERA, L. GUAGLIANONE (a cura di), *Impresa.., cit.* p. 53.

umana. E, dunque, a prescindere dall'esercizio di un materiale potere organizzativo: sia esso direttivo, di coordinamento o di semplice controllo.

Quindi, l'essenza del ragionamento poggia sulla peculiare struttura circolare dei flussi relazionali tra imprese coinvolte in un ciclo produttivo digitalmente integrato. C'è, in effetti, un'iniziale disintermediazione nelle attività aziendali ma, poi, si assiste alla convergenza verso una diversa forma di mediazione. Mediazione de-materializzata grazie, appunto, ai procedimenti algoritmici: in pratica, cambia significativamente la struttura del flusso relazionale nelle pratiche di decentramento produttivo.

È vero, allora, che la tradizionale connessione giuslavoristica tra il potere di iniziativa economica e le forme di imputazione e responsabilità dei rapporti di lavoro «si perde in una nuova nebulosa, ove la produzione di ricchezza prescinde dalla proprietà dei mezzi di produzione, e si concentra sul *controllo dell'informazione*»[9] ma – al contempo – proprio tale forma di controllo, diffuso e orizzontalmente esteso, può assumere i tratti di un fatto giuridico rilevante nella selezione delle garanzie e delle tutele più idonee a rispondere all'emergente fenomenologia della condivisione del ciclo produttivo.

2. (Segue) "Frammentazione/Dispersione" vs "Diffusione/Convergenza": i poli dell'effettività, a vario titolo imputabile, nelle più recenti tendenze normative e teorico-ricostruttive

In questa parte del contributo si proverà a meglio focalizzare l'asserzione finale del precedente paragrafo. Si è giunti, infatti, rapidamente alla questione centrale della nostra riflessione: come inquadrare negli schemi formali del diritto del lavoro questo assetto fattuale delle relazioni tra imprese, dove la "gerarchia proprietaria" è sostituita da un "dominio tecnologico" supportato da un centro algoritmico pervasivo?

Bisogna subito aggiungere un ulteriore elemento di analisi per poter provare a rispondere; e constatare che, allorché le prerogative organizzative gestionali finiscono con il de-materializzarsi, i confini tra le aziende diventano sempre più porosi[10]. Quindi, coesistono due fenomeni, che al loro interno già producono situazioni dialettiche: da un lato intermediazione e coordinamento, con la dematerializzazione, mutano sembianze ma funzionalmente producono un'interdipendenza strettissima – anche più stretta che in passato – tra le imprese, assolutamente *materiale* potremmo dire; da un altro lato, anche se i cicli produttivi appaiono sempre più spesso come un mero aggregato di fasi distinte, avuto riguardo alla titolarità dei vari partecipanti, parallelamente si crea un mercato di nuovi intermediari algoritmici digitali e di nuovi aggregatori[11], con identità precise. Pertanto, si creano, in ultima battuta, le note dinamiche

[9] A. PERULLI - V. SPEZIALE, *Dieci tesi sul diritto del lavoro*, il Mulino, Bologna, 2022, pp. 142-143.
[10] L'osservazione è di S. QUINTARELLI, *op. cit.*, p. 116.
[11] Ancora S. QUINTARELLI, *op. cit.*, p. 77.

relazionali delle vicende interpositorie, tanto fisiologiche quanto patologiche, nonché del lavoro esternalizzato[12].

Possiamo, allora, ricorrere alle tutele e alle garanzie approntate dal nostro ordinamento nell'area, giustappunto, della disciplina del lavoro esternalizzato ovverosia dell'ampio catalogo di fattispecie interpositorie sistematizzato dal d.lgs. n. 276 del 2003?

Per fornire una risposta orientata al quesito, è opportuno provare a sintetizzare il quadro di fondo entro il quale si può svolgere il percorso argomentativo ermeneutico utile a raffigurare la soluzione più congrua e aderente alla realtà dei fatti. Un quadro che si muove tra due poli[13].

Da un lato la "frammentazione/polverizzazione" del ciclo produttivo; polo che conduce a un assottigliamento delle responsabilità imprenditoriali e, quindi, a una carenza di puntuale imputabilità ai vari soggetti del processo economico-aziendale; con dispersione delle tutele e delle garanzie. Dall'altro lato, l'effetto circolare e aggregante delle nuove tecnologie digitali, che consente di fissare le coordinate di inedite – ma nemmeno tanto – corresponsabilità, se non addirittura di un'univoca responsabilità principale, con la valorizzazione dello schema concettuale "diffusione/convergenza": sulla falsariga, del resto, di tanti ragionamenti in tema di reti e imprese di gruppo[14].

Negli ultimi due anni numerosi studi hanno posto in evidenza il secondo polo dei nuovi fenomeni connessi alla compartecipazione di più soggetti imprenditoriali ad un ciclo economico-produttivo integrato. Nell'ambito delle catene di appalti e subappalti, di subfornitura o *service* si intravede una netta tendenza a valorizzare il coinvolgimento e la chiamata in causa del committente principale e, in ogni caso, a specificare al massimo la diffusa responsabilizzazione di tutti i soggetti impegnati nella catena del ciclo produttivo, anche nell'ottica della globalizzazione[15].

La tendenza illustrata emerge – con la dovizia di un'analisi casistica concreta e di argomentazioni più di fondo – in due Report della *European Trade Union Confederation*[16], finanziati dalla Commissione europea,

---

[12] Per un esaustivo sguardo d'insieme a più voci v. M. AIMO – D. IZZI (a cura di), *Esternalizzazioni e tutela dei lavoratori*, Utet, Torino, 2014.

[13] L'inquadramento del rapporto tra mutamenti organizzativi, frammentazione del ciclo produttivo e tutele ordinamentali è stato ricostruito con estrema puntualità e ampiezza da D. GAROFALO, *Lavoro, impresa e trasformazioni organizzative*, Relazione introduttiva delle giornate di studio AIDLASS del 2017 su "*Frammentazione organizzativa e lavoro: rapporti individuali e collettivi*", Giuffré, Milano, 2018, p. 17 ss..

[14] Sull'argomento v. la recente e utile rassegna di I. ZOPPOLI, *Gruppo di imprese e licenziamenti collettivi: una messa a fuoco della fotografia giurisprudenziale*, nota a C. App. Napoli, 2 febbraio 2022, n. 449, in *RIDL*, 2022, 2, p. 213; v. anche L. Di SALVATORE, *Codatorialità e responsabilità del datore di lavoro nelle reti di imprese*, in *RIDL,* 2020, 3, p. 451 e prima I. ALVINO, *Il lavoro nelle reti di impresa: profili giuridici*, Giuffré, Milano, 2014.

[15] Cfr. V. BRINO, *Diritto del lavoro e catene globali del valore. La regolazione dei rapporti di lavoro tra globalizzazione e localismo*, Giappichelli, Torino, 2020; M. CRIVELLER, *Due diligence e diritti umani nelle catene di fornitura globali: il parere di ETUC e di due ONG*, in *DLRI*, 2022, 1, p. 157.

[16] Rapporto ETUC, *Securing Workers' Rights in subcontracting chains. Case studies*, Bruxelles, September, 2021; il secondo rapporto ETUC è stato curato da J. CREMERS, M. HOUWERZIJL, *Subcontracting and social liability*, Tylburg University, Bruxelles, 2021. Sul tema v. G. ORLANDINI, S. BORELLI, *Lo sfruttamento dei lavoratori nelle catene di appalto*, in *DLRI*, 2022, 1, p. 190.

che hanno messo a fuoco la diluizione datoriale indotta dalle catene degli appalti mettendo, altresì, in guardia sui rischi connessi di una riduzione di tutele e garanzie per i lavoratori in esse impiegati anche con riferimento alle implicazioni di gig economy e digitalizzazioni. La proposta finale, in sintesi, suggerisce di mettere in campo almeno strumenti di *Due Diligence* idonei a rendere trasparenti i nessi interferenziali tra le varie imprese e il ruolo dei grandi centri appaltanti.

Assolutamente in linea, sullo specifico e originale versante della regolazione del conflitto sindacale, un Rapporto della Commissione di Garanzia per l'attuazione della legge sullo sciopero del 2021[17]. Lo studio è di grande interesse, là dove rappresenta autorevolmente l'esigenza e l'opportunità di un coinvolgimento diretto dei soggetti committenti nell'ambito delle procedure istruttorie e conciliative della Commissione stessa: questo in ragione del fatto che i committenti «per il tramite di contratti commerciali quali il contratto di appalto, esercitano un'influenza decisiva sulle condizioni di lavoro e sui livelli salariali e sono pertanto, causa, diretta o indiretta, dell'insorgenza o dell'aggravamento del conflitto»[18].

Ovviamente il contesto, scientifico e culturale, è solo una sponda delle riflessioni sin qui condotte. C'è, difatti, anche uno scenario di innovazioni normative e di proposte, a livello nazionale ed europeo, che conducono alla tendenza sintetizzata nella dicotomia "diffusione/convergenza".

Ad esempio, le modifiche del 2021 al Codice degli Appalti, in particolar modo la novella dell'art. 105 del d.lgs. n. 50/2016 e altre disposizioni successive in tema di trasparenza[19]. Se si raffronta la precedente versione del 105 con la nuova è evidente una limitazione della possibilità del subappalto e, più in generale, l'imposizione di un sistema trasparente delle ipotesi di cessione a terzi dell'esecuzione di quote significative dell'attività prevalente: ciò anche al di fuori della problematica subappalti, della vicenda subappalti. Come nel caso dell'assegnazione di quelle che si chiamano SIOS (Strutture Impianti Opere Speciali), attività non sempre rientranti negli appalti – sono più spesso contratti di Service – e oggetto di incarichi anche a professionisti e lavoratori autonomi: qui è particolarmente evidente una regola di visibilità della datorialità condivisa o, comunque, di responsabile utilizzazione condivisa.

Capitolo a parte è l'introduzione dell'art. 1677-*bis* nel codice civile, operata dalla legge di bilancio 2022 e successivamente rivisitata con il d.l. n. 36 del 2022. Siamo qui nel campo della logistica, da sempre ambito di sperimentazione pratica di forme di organizzazione digitale di un ciclo produttivo. Le dinamiche di

[17] Rapporto materialmente esteso da A. BELLAVISTA e O. RAZZOLINI: *Appalti e conflitto collettivo: tendenze e prospettive*, sul sito della Commissione; la presentazione degli Autori è in *LDE*, 2021, 3.

[18] Il passaggio continua chiarendo concretamente gli effetti di tale coinvolgimento del committente: «*tale estensiva interpretazione avrebbe diverse proiezioni applicative. In particolare, giustificherebbe il pieno coinvolgimento delle stazioni appaltanti nel tentativo di conciliazione svolto dal Prefetto (art. 2, comma 2), nelle attività istruttorie condotte dalla Commissione anche al fine di accertare le cause di insorgenza e aggravamento dei conflitti (artt. 2, comma 6, e 13, lett. h) e, infine, nella negoziazione collettiva degli accordi in materia di prestazioni indispensabili da erogare in caso di sciopero (art. 2, comma 2)*».

[19] Sulle quali cfr. A. ZILLI, *La trasparenza nel lavoro subordinato. Principi e tecniche di tutela,* Pacini editore, Pisa, 2022, p. 126 ss. e la bibliografia ivi richiamata.

questa integrazione possono indubbiamente essere anche positive; lo si evince dalla bella ricerca curata da Michele Faioli ed altri sulla logistica 4.0[20], nella quale si rimarca la possibilità di un vantaggio competitivo che ricade su un miglioramento complessivo del benessere dei lavoratori. Se ciò è vero – non mancano, difatti, ricerche che rivolgono maggiore attenzione ai rischi[21] – ritengo che il rinvio alle disposizioni in tema di trasporto "in quanto compatibili" vada interpretato in senso restrittivo e di sicuro non a sottrazione ovvero a discapito delle tutele tipiche dell'appalto.

3. (Segue) La responsabilità solidale, come *milestone* delle tutele dei lavoratori nei processi di integrazione produttiva, e l'imputazione giudiziale del rapporto di lavoro

È chiaro, quindi, che viene in rilievo il sistema di tutele e garanzie previste nell'art. 29 del d.lgs. n. 276 del 2003[22]. Tale sistema, intervenendo ex post rispetto alla *due diligence*[23], rappresenta lo strumento di tutela "forte" ed è assolutamente volto a "incentivare un utilizzo più virtuoso dei contratti di appalto, inducendo il committente a selezionare imprenditori affidabili, per evitare che i meccanismi di decentramento e di dissociazione tra titolarità del contratto di lavoro e utilizzazione della prestazione vadano a danno del lavoratore" [24]. Del resto, proprio la responsabilità solidale è ritenuta pienamente coerente con le finalità europee, in quanto funzionale a consentire il contrasto al dumping sociale e alla riduzione del costo del lavoro al di sotto del livello minimo garantito[25], nonché a rafforzare il rispetto degli obblighi del datore di lavoro[26]. In tale ultima prospettiva si può valorizzare al massimo la sentenza n. 254 del 2017 della Corte Costituzionale, che fissa un chiaro principio: l'eccezionalità della responsabilità del committente solo rispetto alla disciplina ordinaria della responsabilità civile, ma non nell'ambito del rapporto di sub-

[20] M. FAIOLI, G. FANTONI, M. MANCINI (a cura di), *Lavoro e organizzazione della logistica 4.0, Working Papers Fondazione G. Brodolini*, 2018.

[21] Sulle tutele specificamente v. di recente i contributi di A. ALLAMPRESE, O. BONARDI, G. GRAPPI, L. DORIGATTI, A. MORI, C. ALESSI, A. BELLAVISTA, P. CAMPANELLA, tutti in *RGL*, 2020, 3, p. 363 ss., sul Tema "*Logistica e lavoro*".

[22] Cfr. sempre D. GAROFALO, *op. cit.*, *passim*; cui *adde*, tra gli altri, M. MARAZZA, *Le garanzie difficili nel sistema degli appalti, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT, n. 393, 2019*; V. ANNIBALLI, *Riflessioni sul perimetro dell'eterodirezione industriale nella subfornitura*, in *RIDL*, 2020, 2, p. 193.

[23] Sul rapporto tra *due diligence* e art. 29 d.lgs. 276/2003, v. S. BORELLI, D. IZZI, *L'impresa tra strategie di due diligence e responsabilità*, in *RGL*, 2021, I, p. 553.

[24] Cass. 28 ottobre 2021, n. 30602. V. anche C. App. di Roma, sent. 11.04.2022, Est. Boeri, RFI SPA (Avvocati Patrizia Carino e Leonardo Alesii) c. S. S. (Avvocato Flavia Bruschi), in *RGL Newsletter*.

[25] Tra le altre CGUE sentenza 12.10.2004, C-60/2003, richiamata proprio dalla Cass. 30602/2021. Sul contrasto al dumping contrattuale v. da ultimi M. FORLIVESI, *La tutela sociale negli appalti pubblici alla prova dei vincoli della giurisprudenza eurounitaria*, in *RGL*, 2021, I, p. 620; R. SCHIAVO, *Il dumping contrattuale e le azioni di contrasto*, in *RGL*, 2022, I, p. 174 e sp. p. 179.

[26] In tal senso il rapporto ETUC redatto da J. CREMERS, M. HOUWERZIJL, *op. cit.*.

fornitura, comunque omogeneo alla logica dell'appalto, in termini di lavoro indiretto, con tutti gli effetti che ne conseguono[27].

Dunque, la responsabilità solidale quale regola nella fisiologia della conduzione di un "ciclo produttivo integrato"; intendendo, quest'ultima definizione, in un'ampia accezione[28]. Ciò, del resto, in linea anche con l'evoluzione delle teoriche della codatorialità.

Ovviamente siamo in un ambito più incisivo rispetto a quello della *due diligence*. Tuttavia, un ponte tra i due meccanismi – che può aiutare in questo innovativo contesto digitale – può reggersi sulla trasparenza e la tracciabilità dell'operato delle aziende nella *supply chain*. Ciò permetterebbe senz'altro – attraverso le potenzialità, ad esempio, del *blockchain* - di accertare in tempo reale l'adempimento degli obblighi retributivi e contributivi connessi all'esecuzione della prestazione lavorativa da parte dei dipendenti degli appaltatori[29] e, al contempo, di valutare l'affidabilità dell'impresa.

Ovviamente, in caso di patologia e di frode, resta sempre lo strumento della costituzione del rapporto di lavoro in capo al committente non genuino: ciò nei casi in cui sia ravvisabile una sostanziale eterodirezione e un controllo (digitale/informatico) penetrante e assorbente del ciclo produttivo da parte di quest'ultimo (v. *infra* Trib Padova 2019).

4. La casistica giurisprudenziale, a normativa vigente: vincoli interferenziali e (pre)dominio tecnologico

Non resta, infine, che gettare un rapido sguardo sulla giurisprudenza di questi ultimissimi anni, che consente di mettere in luce due aspetti rilevanti ma non particolarmente confortanti.

Il primo, direi abbastanza fisiologico: è l'assenza di una linea interpretativa giurisprudenziale condivisa sugli aspetti relativi ai temi della connessione tecnologica e, prima ancora, alle coordinate e agli effetti delle nuove forme di disaggregazione datoriale[30].

Il secondo aspetto riguarda, invece, l'insufficienza dell'aggiornamento e della consapevolezza, in termini sistemici, della giurisprudenza rispetto a quello che è il ruolo delle interrelazioni digitali, spesso enunciate

[27] Cfr. E. VILLA, *Il sistema di responsabilità solidali: configurabilità ed effetti*, in Atti AIDLASS, *Frammentazione, cit.,* p. 471-475. Cfr. anche S. CIUCCIOVINO, *Articolazione delle regole lavoristiche e responsabilità solidale negli appalti*, *ibidem*, pp. 488-493 e, sia consentito, M. ESPOSITO, *Il diritto del lavoro tra post-modernità e passato: tutele e garanzie al di là del decentramento e della codatorialità, ibidem, pp. 476-479*.

[28] Vedine un'applicazione giurisprudenziale in G. ZAMPIERI, *Responsabilità solidale: un commento alla pronuncia del tribunale di Padova del 18 dicembre 2020*, in *Giustiziacivile.com*, 28 aprile 2021.

[29] I. ALVINO, *Blockchain, appalti e tutela dei crediti di lavoro: quali potenzialità?,* in *Questa rivista*, 2021, 2. Sul principio di trasparenza alla base delle attuali tecniche di tutela v A. ZILLI*, op. cit.,* e, per la prospettiva europea A. ALAIMO, *Il pacchetto di misure sul lavoro nelle piattaforme: dalla proposta di Direttiva al progetto di Risoluzione del Parlamento europeo. Verso un incremento delle tutele?,* in *LLI*, 2022, 1.

[30] Per una sintetica riflessione su alcune tendenze della giurisprudenza di legittimità in materia, si consenta il rinvio solo alle "*Opinioni*" di M. T. CARINCI e M. ESPOSITO, in *DLRI*, 2016, fasc. 152, pp. 733-758.

ma non declinate adeguatamente. Ne sono esempio molto nitido due sentenze della Corte di Cassazione del 2021[31], le quali si muovono su un crinale che non convince; un crinale in cui in pratica viene adottata una prospettiva troppo tradizionale. Si valorizza molto la materialità dell'esercizio dei poteri, svalutando esattamente la portata innovativa delle connessioni digitali.

L'esercizio del tipico potere datoriale, nei cicli produttivi digitalmente integrati, diventa, però, marginale rispetto all'influenza della mediazione e, quindi, all'apporto immateriale delle dotazioni informatiche[32]. Tanto deve valutarsi nella ricostruzione delle responsabilità, o dei criteri di imputazione del rapporto di lavoro, quando si riscontrano interrelazioni informatiche e tecnologiche tra imprese operative sul medesimo ciclo produttivo.

Da questo punto di vista, molto ispirata si rivela la nota sentenza del tribunale di Padova del 16 luglio 2019 sugli appalti con integrazione informatica[33]. Essa sviluppa un ragionamento interessante in merito all'immanenza della tecnologia, quindi dell'organizzazione digitale, nell'attribuzione e nella verifica della genuinità di un appalto. Il Giudice padovano evidenzia, nel caso concreto, come «il governo complessivo dell'attività aziendale e la direzione del lavoro dei singoli addetti possono essere intesi come una relazione informatizzata con l'apparente committente [*titolare esclusivo del software operativo*], lasciando all'apparente datore di lavoro una funzione residuale di controllo e di intervento disciplinare, più o meno sollecitato». Un ragionamento che, probabilmente, la stessa Cassazione avrebbe potuto seguire nelle vicende processuali scrutinate di cui si è detto sopra, invece – si ribadisce – di concentrarsi su aspetti materiali in contesti che richiedono la comprensione della dematerializzazione dell'attività di impresa.

E ciò disvela uno snodo critico dirimente, riguardante il cambiamento di cultura dell'interprete.

La vera sfida dell'interpretazione evolutiva parte sempre da qua, vale a dire dall'adeguamento ai tempi della costruzione del giudizio di senso e di valore proprio dell'ermeneutica giurisprudenziale[34]; passaggio assolutamente imprescindibile, viepiù in situazioni storiche come quella che stiamo vivendo: la quale si presenta incerta, mutevole e turbolenta.

[31] Cass. 2 novembre 2021, nn. 31127 e 31128.

[32] In effetti, da un'altra prospettiva, potrebbe anche dirsi che, laddove il "digitale" amplifica la portata del potere direttivo, l'esercizio di quest'ultimo diventa più importante anche nelle ipotesi di sua estrema attenuazione. Cfr. a tal proposito A. DONINI, *Chi governa le strumentazioni digitali è datore di lavoro, anche in caso di appalto*, in *Giustiziacivile.com*, 17 febbraio 2020, che commenta la sentenza del tribunale di Padova della quale parleremo subito dopo nel testo.

[33] In *RIDL*, 2020, 1, 105, con nota di A. INGRAO, Marchandage du travail *tra appalto e distacco illeciti. Quando il datore di lavori è un* software *nella logistica 4.0*.

[34] Cfr. G. ZAGREBELSKI, *Diritto allo specchio*, Einaudi, Torino, 2018, p. 313.

Trasparenza e monitoraggio digitale. Perché abbiamo smesso di capire la norma sociale europea*

di Michele Faioli
Professore associato di Diritto del lavoro
Università Cattolica del Sacro Cuore

Abstract [It]: Il presente saggio analizza il rapporto tra quadro normativo europeo che attiene alla disciplina sulla trasparenza delle condizioni di lavoro (Direttiva UE 2019/1152) e sistemi decisionali e di monitoraggio automatizzati operanti nei luoghi di lavoro. Oggetto specifico della ricerca è l'obbligo di informazione sull'utilizzo dei sistemi decisionali e monitoraggio automatizzati di cui all'art. 1-bis, d.lgs. 26 maggio 1997, n. 152, introdotto dal d.lgs. 27 giugno 2022, n. 104. Tale obbligo, oltre a non essere richiesto dalla Direttiva UE 2019/1152, traduce nel testo normativo italiano un'elaborazione ideologica di tecnologia che è priva di fondamento giuridico, irragionevole e sproporzionata. I problemi di una norma di questo tipo sono innumerevoli, con possibili eterogenesi incontrollabili. Di qui muove la tesi che si propone: l'attuazione italiana della Direttiva UE 2019/1152, pregiudicando la realizzazione degli obiettivi perseguiti dal diritto europeo, priva la direttiva medesima del proprio effetto utile, secondo quanto elaborato dalla giurisprudenza europea in materia di attuazione delle direttive.

Title: Transparency and digital monitoring. Why we stopped understanding the European social standard
Abstract [En]: This essay investigates the relation between the EU legal frame concerning the transparent and predictable working conditions (EU Directive 2019/1152) and digital monitoring and controlling tools at workplace. In particular, the essay is focused on the duty to inform workers on such digital tools functioning that was introduced by the Italian Act no. 104/2022. The duty to inform workers on digital monitoring and controlling tools does not arise from EU Directive 2019/1152, although the related Italian implementation (Act no. 104/2022) defines it in the same legal context. The aim of this research is to demonstrate that such duty is without legal basis, unreasonable and unproportioned. Problem and complexities related to such Italian norm could be unforeseeable. The output concerns the fact that such Italian norm on the digital monitoring and controlling tools cam seriously jeopardize the achievement of the objectives pursued by the directive and, therefore, deprive it of its effectiveness, also in light the most significant EU case law developments.

Parole chiave: Lavoro, trasparenza, informazione, sistemi digitali decisionali e di monitoraggio, intelligenza artificiale, Europa
Keywords: Work Relations, transparency, information, digital decisions, digital control, artificial intelligence, Europe

Sommario: 1. Interrogarsi sul problema (neo-luddismo giuslavoristico e monitoraggio digitale). Introduzione. **2.** Descrizione dell'istituto disciplinato dall' art. 1-bis, d.lgs. 26 maggio 1997, n. 152, introdotto dal d.lgs. 27 giugno 2022, n. 104. **3.** Dilemmi. Capire ciò che non si può capire, decidendo di non legiferare a livello nazionale e di non anticipare la norma europea. La regolazione UE e la "povera" norma italiana. **4.** Osservazioni conclusive. Il d.lgs. 27 giugno 2022, n. 104 pregiudica la realizzazione degli obiettivi perseguiti dalla Direttiva UE 2019/1152.

Is it a lucky coincidence that all of mathematical and physical reality can be formulated in terms of our current cognitive abilities, including, in particular, the most sophisticated cognitive prosthesis we currently possess:

* Articolo sottoposto a referaggio.

human language? Or is it just that, tautologically, we cannot conceive of any aspects of mathematical and physical reality that cannot be formulated in terms of our cognitive capabilities?
D. H. Wolpert

1. Interrogarsi sul problema (neo-luddismo giuslavoristico e monitoraggio digitale). Introduzione

Come sanzionare la reticenza del datore di lavoro sulle informazioni che sono gestite da un sistema digitale di monitoraggio e controllo, in uso a livello aziendale e riferibile alle modalità di esecuzione delle prestazioni di lavoro? Il legislatore sociale italiano del 2022 che ha deciso di intervenire in questa materia ha superato persino i limiti che, tra il 2019 e il 2021, erano stati rasentati sulle tutele dei lavoratori delle piattaforme digitali[1]. Nell'elaborazione dell'art. 1-bis, d.lgs. 26 maggio 1997, n. 152, introdotto dal d.lgs. 27 giugno 2022, n. 104, il legislatore italiano ha assunto come misura universale il proprio modo di formalizzare la descrizione della realtà digitale nelle relazioni di lavoro, senza tenere in considerazione che coloro che, con buona probabilità, verranno dopo di noi, i nostri discendenti cognitivi, guarderanno quella norma come noi guardiamo oggi al modo con cui Newton, incapace di immaginare la teoria quantistica, osservava i fenomeni fisici. Qualunque legislatore dovrebbe, invece, oggi e per il futuro, muovere da una presa di coscienza: la realtà digitale nelle relazioni di lavoro, la quale non è una cosa, ma una possibilità, va regolata con norme sperimentali, mutevoli nel tempo, di rinvio da legge a contratto collettivo. Alla base di tali norme dovrebbe esserci una seria e continuativa valutazione di impatto socio-economico e industriale, di rilievo nazionale e europeo, per permettere aggiornamenti periodici.

Andiamo al problema giuridico che questa ricerca pone, distinguendo il piano negativo da quello positivo. Il piano negativo si concretizza nel potenziale comportamento reticente del datore di lavoro. Si assume che il datore di lavoro decida di non comunicare al lavoratore alcune informazioni gestite da sistemi digitali di monitoraggio e controllo. Tale reticenza è giuridicamente rilevante perché, dall'estate 2022, c'è una norma che impone un obbligo specifico in capo al datore di lavoro. Di qui origina il piano positivo: viene introdotto l'obbligo di informazione, a cui è tenuto il datore di lavoro che opera in Italia, sui sistemi decisionali e di monitoraggio automatizzati che sono in uso a livello aziendale e incidono sulle modalità di esecuzione delle prestazioni di lavoro. Tale obbligo non è rintracciabile in alcun modo nella disciplina europea da cui deriva l'art. 1-bis d.lgs. 27 giugno 2022, n. 104 che ha novellato il d.lgs. 26 maggio 1997, n. 152. Ed è qui il problema da analizzare.

[1] In alcuni miei precedenti studi ho già rilevato alcune ingenuità regolatorie in materia di lavoro e tecnologia del periodo 2019-2021. Si v. in particolare, M. FAIOLI, *Discriminazioni digitali e tutela giudiziaria su iniziativa delle organizzazioni sindacali*, in *Diritto delle relazioni industriali*, n. 1, 2021, pp. 204 ss.; M. FAIOLI, *Situazione italiana delle tutele del lavoro nella "gig-economy". I ciclo-fattorini (riders) tra giurisprudenza del 2020 e legge del 2019*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, n. 2, 2020, pp. 252 ss.

Facciamo un passo indietro. Si sa che la norma del 1997 aveva scopi circoscritti, secondo lo spirito giuridico dell'epoca[2], il quale si concretizzava nella volontà politica di permettere al lavoratore di essere posto nella condizione di valutare i contenuti contrattuali più importanti e di evitare le asimmetrie informative. Tale norma ha plasmato, negli ultimi 25 anni, la materia del diritto a ricevere informazioni scritte sulle proprie condizioni di lavoro[3], attuando la Direttiva 91/533/CE del 14 ottobre 1991. Il mercato del lavoro, dal 1991, ha subito ovviamente significativi cambiamenti e, di conseguenza, quella disciplina europea è stata ridefinita con la Direttiva UE 2019/1152 del 20 giugno 2019, la quale si basa sul principio n. 7 del Pilastro europeo dei diritti sociali. Tale principio stabilisce che i lavoratori hanno il diritto di essere informati per iscritto dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto di lavoro e del periodo di prova, nonché, prima dell'eventuale licenziamento, essi hanno il diritto di essere informati delle motivazioni e di ricevere un ragionevole periodo di preavviso. Il d.lgs. 27 giugno 2022, n. 104, nell'attuare la direttiva del 2019, tracima questo principio e la struttura di quella direttiva. Per esemplificare, il d.lgs. 27 giugno 2022, n. 104 riduce la funzione della contrattazione collettiva italiana, facendo venir meno quei rinvii alla regolazione collettiva che hanno storicamente permesso di ritenere conosciuti i regimi protettivi da parte dei lavoratori grazie alla mediazione e all'assistenza delle organizzazioni sindacali e datoriali[4]. A tal proposito si veda la lista di cui all'art. 4, co. 1, lettera a), nella quale non vi è alcun richiamo né alle regole della contrattazione collettiva né all'eventuale, ma generalizzato per prassi, rinvio del contratto individuale di lavoro alla contrattazione collettiva. La norma italiana introduce, inoltre, una serie di complicazioni burocratiche non richieste dalla disciplina europea, inappropriate per l'attuale contesto di flussi digitalizzati tra pubblica amministrazione, datore di lavoro e lavoratore. Tale complessità incide negativamente sugli sforzi recenti di de-burocratizzazione

[2] Per una ricognizione più ampia del tema, si v. V. ROPPO, *L'informazione precontrattuale: spunti di diritto italiano e prospettive di diritto europeo*, in *RIDP*, n. 4, 2004, pp. 747 ss., il quale sottolineava correttamente il rischio del cd. "manierismo informativo" di alcune normative europee.

[3] Tra gli studi sulla normativa europea in materia di trasparenza e informazioni da rendere al lavoratore, si v., E. ALES, M. BELL, O. DEINERT, S. ROBIN-OLIVIER, *International and European Labour Law*, Baden-Baden, Nomos, 2018; si v. sulla disciplina italiana il libro recente di A. ZILLI, *La trasparenza nel lavoro subordinato*, Pacini, Pisa, 2022; si v. anche C. FALERI, *Asimmetrie informative e tutela del prestatore di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2007; E. GRAGNOLI, *Obbligo di informazione del datore di lavoro ed efficacia probatoria dei suoi atti*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, n. 3, 1998, pp. 440 ss.; S. BELLOMO, *Obbligo di informazione sul contenuto del contratto di lavoro, richiamo alle fonti collettive e conseguenze dell'inadempimento alla luce del diritto comunitario*, in *Il Diritto del lavoro*, n. 2/3, 2001, pp. 142 ss.

[4] C'è stato un ripensamento nell'autunno del 2022. Si v. il provvedimento del Ministero del lavoro del 16 settembre 2022 con cui si devolve tale funzione di conoscibilità dei CCNL all'archivio del CNEL, mediante *link* ministeriale connesso a quello del CNEL. Inoltre, si noti che con la Circolare INL del 10 agosto 2022, n. 4 sono stati già introdotti alcuni correttivi interpretativi. Tuttavia, i problemi della norma qui analizzata restano difficili da gestire in ogni caso. Il legislatore del 2022 ha altresì dimenticato che nel 2020 è stato introdotto il codice unico alfa-numerico dei CCNL, il quale viene utilizzato per identificare il CCNL applicato al caso concreto, viene inserito nel flusso UNIEMENS e viene richiamato per i fini contributivi (art. all'articolo 16-quater del d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito dalla l. 11 settembre 2020, n. 120). Sarebbe stata questa una perfetta occasione per avviare un sistema di contrasto alle irregolarità con un collegamento digitale unico tra busta paga, libretto del lavoratore, Uniemens e contrattazione collettiva.

amministrativa nel rapporto con i datori di lavoro e con il lavoratore nonché sui costi per l'adeguamento a tale novità normativa[5].

Ma il punto più critico, oggetto specifico della ricerca che sta alla base del presente saggio, è l'attuazione dell'obbligo di informazione sull'utilizzo dei sistemi decisionali e monitoraggio automatizzati di cui all'art. 1-bis, d.lgs. 26 maggio 1997, n. 152 introdotto dal d.lgs. 27 giugno 2022, n. 104, il quale, oltre a non essere richiesto dalla Direttiva UE 2019/1152, traduce nel testo normativo italiano un'elaborazione ideologica di quella tecnologia che monitora e controlla che è irragionevole. I problemi di una norma di questo tipo sono innumerevoli, con possibili eterogenesi incontrollabili. Sembra quasi una forma di neo-luddismo giuslavoristico attuato mediante la norma italiana che colpisce in modo sproporzionato qualsiasi sistema digitale utilizzato a livello aziendale, posto in relazione alle prestazioni di lavoro. Non si spiega cosa si intenda per sistema intelligente/automatizzato di gestione algoritmica. Non si capisce quale sia la responsabilità del datore di lavoro in relazione al produttore/creatore del sistema automatizzato. Non si spiega perché e come sottoporre il datore di lavoro a obblighi indefiniti e imprecisi in una materia che è in forte evoluzione, il cui punto di riferimento è la contrattazione collettiva che procedimentalizza i regimi protettivi, come insegnano l'Accordo quadro europeo di giugno 2020 e la corposa, in fieri, disciplina europea in materia di intelligenza artificiale (si v. le proposte di regolamento sull'intelligenza artificiale, di direttiva sul lavoro mediante piattaforma, di *Digital Service Act*, di *Digital Market Act*, di *Data Act*, etc.).

Di qui muove la tesi che si propone in questo saggio: l'attuazione italiana della Direttiva UE 2019/1152, in ragione della norma sui sistemi di monitoraggio automatizzati (art. 1-bis, d.lgs. 26 maggio 1997, n. 152, introdotto nel 2022) pregiudica la realizzazione degli obiettivi perseguiti da detta direttiva del 2019 e, conseguentemente, priverebbe la direttiva medesima del proprio effetto utile, secondo quanto elaborato dalla giurisprudenza europea in materia di attuazione delle direttive.

2. Descrizione dell'istituto disciplinato dall' art. 1-bis, d.lgs. 26 maggio 1997, n. 152, introdotto dal d.lgs. 27 giugno 2022, n. 104

Abbiamo già segnalato che il regime introdotto nel 2022 è caratterizzato da uno specifico obbligo datoriale, il quale si aggiunge inopinatamente alla lista che la Direttiva UE 2019/1152 ha previsto. In particolare, trattiamo della lettera s) del co. 1 dell'art. 1 del novellato d.lgs. 26 maggio 1997, n. 152, la quale dispone che il datore di lavoro è tenuto a comunicare al lavoratore anche "gli elementi previsti dall'articolo 1-bis qualora le modalità di esecuzione della prestazione siano organizzate mediante l'utilizzo

[5] Il CESE, con il parere 2017/0355, ha evidenziato che "il costo per il rilascio di una dichiarazione scritta nuova o riveduta dovrebbe essere compreso tra i 18 e i 153 EUR per le PMI e tra i 10 e i 45 EUR per le imprese più grandi. Le imprese sosterrebbero anche costi una tantum per familiarizzare con la nuova direttiva, pari in media a 53 EUR per le PMI e a 39 EUR per le imprese più grandi. I costi sostenuti per rispondere alle richieste di una nuova forma di lavoro subordinato dovrebbero essere analoghi a quelli derivanti dal rilascio di una nuova dichiarazione scritta".

di sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati". Le informazioni e i dati sono comunicati in modo "trasparente, in formato strutturato, di uso comune e leggibile da dispositivo automatico" al lavoratore e alle rappresentanze sindacali (co. 6 dell'art. 1-bis menzionato). C'è il potere del ministero del lavoro e dell'ispettorato di richiedere la comunicazione di tali informazioni e dati (co. 6 dell'art. 1-bis menzionato). Osserviamo la struttura normativa che fonda l'art. 1-bis, d.lgs. 26 maggio 1997, n. 152, introdotto dal d.lgs. 27 giugno 2022, n. 104, nel quale si dispone che il datore di lavoro o il committente, anche relativamente al settore pubblico, è obbligato a informare il lavoratore dell'utilizzo di sistemi decisionali o di monitoraggio che sono "deputati a fornire indicazioni rilevanti" per ciò che riguarda l'assunzione, la cessazione del rapporto di lavoro, le mansioni, la sorveglianza, la valutazione, le prestazioni, l'adempimento delle obbligazioni contrattuali, con salvezza di ciò che già stabilisce l'art. 4, l. 20 maggio 1970, n. 300. La definizione normativa permette di evidenziare che l'elemento tecnologico che farebbe scattare l'obbligo di informazione è, dunque, un sistema digitale che, avendo facoltà decisionali o di monitoraggio, possa fornire al datore di lavoro indicazioni rilevanti sulla dinamica lavorativa, dalla assunzione alla cessazione. Capire cosa sia e come funzioni tale sistema digitale è, pertanto, funzionale a capire se sussiste o meno l'adempimento da parte del datore di lavoro di tale obbligo[6]. Cioè, qualora un sistema digitale non rientrasse in tale definizione, il datore di lavoro sarebbe svincolato dall'obbligo informativo, con la conseguente irrilevanza dell'inadempimento eventuale. Qualora il sistema digitale, al di là di ciò che il datore di lavoro può immaginare o sapere, rispondesse a tale definizione, il datore di lavoro sarebbe vincolato, con l'effetto che l'eventuale inadempimento sarebbe rilevante giuridicamente. C'è, dunque, innanzitutto, un problema qualificativo del sistema digitale che è centrale per qualsiasi discorso sul possibile inadempimento dell'obbligo informativo in capo al datore di lavoro[7] e che il legislatore del 2022 non risolve (v. paragrafo 3).

L'art. 1-bis, co. 2, d.lgs. 26 maggio 1997, n. 152, introdotto dal d.lgs. 27 giugno 2022, n. 104, stabilisce il contenuto delle informazioni da rendere al lavoratore. Ci sono alcune aree delimitate dalla norma: gli aspetti del rapporto di lavoro sui quali incide l'utilizzo del sistema digitale, gli scopi e le finalità del sistema digitale, la "logica" e il funzionamento del sistema digitale, le categorie di dati, i parametri utilizzati per

[6] Neanche la Circolare Min. Lavoro 20 settembre 2022, n. 19 risolve questo tema. Si v., in particolare, il paragrafo in cui si è costretti a esemplificare, in modo tautologico, la nozione di sistema automatizzato ("premesso che il legislatore ha inteso occuparsi di strumenti tecnologici e modelli organizzativi in costante evoluzione, con particolare riferimento alla fattispecie sub a), sulla base delle conoscenze e delle esperienze attualmente disponibili, si può ritenere che per sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati si intendono quegli strumenti che, attraverso l'attività di raccolta dati ed elaborazione degli stessi effettuata tramite algoritmo, intelligenza artificiale, ecc., siano in grado di generare decisioni automatizzate").

[7] La struttura dell'obbligo contrattuale, a cui qui si fa riferimento per la ricostruzione teorica, muove dagli studi di L. MENGONI, *Lezioni sul contratto di lavoro*, Celuc, Milano, 1971 nonché, per i profili di responsabilità derivanti dall'inadempimento, dall'impostazione di M. ALLARA, *Vicende del rapporto giuridico, fattispecie, fatti giuridici*, Giappichelli, Torino, 2000 e di N. IRTI, *Due saggi sul dovere giuridico. (Obbligo-onere)*, Jovene, Napoli, 1973.

programmare o addestrare il sistema digitale, inclusi i meccanismi di valutazione delle prestazioni, le misure di controllo adottate per le decisioni automatizzate, i processi di correzione, il responsabile della gestione di qualità, il livello di accuratezza, "robustezza", cybersicurezza del sistema digitale, le metriche volte a misurare tali livelli, gli impatti eventualmente discriminatori delle metriche.

Da una parte, c'è la definizione dell'obbligo di informazione (co. 1 dell'art. 1-bis), e, dall'altra, il contenuto di tale obbligo (co. 2 dell'art. 1-bis), declinato secondo una serie di specifici aspetti tecnologici e digitali. A ciò si aggiunge, nel co. 3 dell'art. 1-bis, il diritto del lavoratore a accedere ai dati e richiedere informazioni ulteriori rispetto a ciò che nel co. 2 dell'art. 1-bis viene fissato. Il che può avvenire anche per il tramite delle rappresentanze sindacali, aziendali o territoriali. Nel co. 4 dell'art. 1-bis, si definisce un obbligo per il datore di lavoro di integrazioni dell'informativa in relazione alla sicurezza dei dati e all'aggiornamento di un registro sulle attività che attengono all'assunzione, alla cessazione del rapporto di lavoro, alle mansioni, alla sorveglianza, alla valutazione, le prestazioni, all'adempimento delle obbligazioni contrattuali. A tal fine, il datore di lavoro svolge un'analisi dei rischi e una valutazione di impatto, con una consultazione preventiva del Garante per la protezione dei dati personali, qualora sussistano alcuni requisiti (art. 36, Regolamento UE 2016/679, 27 aprile 2016). Qualora venga a essere modificato il sistema digitale, con conseguenze sulle condizioni di svolgimento del lavoro, Il lavoratore ha diritto, almeno 24 ore prima della modifica, a essere informato per iscritto (co. 5 dell'art. 1-bis).

L'obbligo informativo ricade su tutti i datori di lavoro che operano in Italia, anche se collegati a ordinamenti giuridici stranieri, con due conseguenze. La prima riguarda l'applicazione di una norma, non richiesta dalla direttiva europea, che aggrava la gestione burocratica dei datori di lavoro, anche stranieri, che operano in Italia rispetto ai datori di lavoro che operano in altri mercati, europei e non. La seconda attiene al fatto che il datore di lavoro con sede principale in Italia, con riferimento al personale distaccato o in mobilità geografica transnazionale, sarebbe tenuto al rispetto di questo obbligo, ovunque quel personale presti la propria attività professionale (obbligo per "qualsiasi modifica degli elementi" – si v. art. 2, d.lgs. 26 maggio 1997, n. 152, introdotto con la novella del 2022).

3. Dilemmi. Capire ciò che non si può capire, decidendo di non legiferare a livello nazionale e di non anticipare la norma europea. La regolazione UE e la "povera" norma italiana

La fisica quantistica ci insegna che la realtà non esiste se non nel momento in cui essa è osservata. Una particella, un oggetto quantistico, un elettrone non esistono. È l'atto della misurazione o dell'osservazione a trasformare quell'elemento in un oggetto che possiamo definire reale[8]. Anzi, secondo alcuni, è persino

[8] Si v. sul tema D. LINDLEY, *Incertezza, Einstein, Heisenberg, Bohr e il principio di indeterminazione*, Einaudi, Milano, 2008.

possibile che la realtà sia per noi non immaginabile a causa della struttura stessa della nostra cognizione[9] perché la rappresentazione della realtà che noi sviluppiamo mediante il nostro pensiero, la matematica e il linguaggio forse limitano indirettamente anche ciò che possiamo conoscere. La fisica quantistica e il nostro attuale approccio cognitivo logico-matematico stanno alla base dell'informatica e del mondo digitale in cui noi operiamo e che il legislatore del 2022 intende regolare con l'art. 1-bis, d.lgs. 26 maggio 1997, n. 152, introdotto dal d.lgs. 27 giugno 2022, n. 104. Cioè, non ci si rende conto, per uscire fuori dalla metafora, che siamo di fronte a fenomeni complessi in relazione ai quali la norma giuridica, se definita, dovrebbe essere adattata man mano all'evoluzione dell'automazione, sperimentata e, con molta cautela, consolidata. Qui di seguito si proverà che, invece, la regolazione italiana è approssimativa per le tutele apprestate, pericolosa per i soggetti che si intende tutelare, controproducente per il sistema produttivo e economico del paese. In sostanza, il tendenziale, ma sempre necessario, bilanciamento *ex* art. 41 Cost. tra esigenze di mercato (digitale) e tutela della dignità della persona umana del lavoratore (anche nel mercato digitale) non è stato del tutto centrato in questa occasione[10].

Il dilemma giuridico di cui intendiamo occuparci muove proprio da questa considerazione, la quale si può tradurre con una domanda: come il legislatore del 2022 ha deciso di legiferare a livello nazionale, anticipando un corposo assetto di norme europee, in fase di predisposizione tecnica e politica[11], un fenomeno complesso come quello che abbiamo tracciato sopra in materia di sistemi digitali di controllo e di monitoraggio di cui all'art. 1-bis? Per rispondere a questa domanda potremmo provare a analizzare alcuni elementi della regolazione europea[12] in relazione alla "povera" norma italiana del 2022.

L'art. 1-bis, d.lgs. 26 maggio 1997, n. 152, introdotto dal d.lgs. 27 giugno 2022, n. 104, obbliga il datore di lavoro o il committente a informare il lavoratore dell'utilizzo di sistemi decisionali o di monitoraggio che sono "deputati a fornire indicazioni rilevanti" per ciò che riguarda l'assunzione, la cessazione del rapporto di lavoro, le mansioni, la sorveglianza, la valutazione, le prestazioni, l'adempimento delle obbligazioni contrattuali.

Per interpretare la compatibilità della norma italiana con quella europea, ci si deve interrogare sulle caratteristiche dell'elemento tecnologico che farebbe scattare tale obbligo di informazione *ex* art. 1-bis. Qui abbiamo tre opzioni metodologiche di interpretazione. Le prime due opzioni metodologiche sono

[9] Si v. il recente studio di D. H. WOLPERTN, *What can we know about that which we cannot even imagine?,* 2022, working paper pubblicato sulla pagina della Cornell University https://arxiv.org/abs/2208.03886

[10] Sul bilanciamento tra mercato e dignità personale, si v. anche le significative riflessioni di N. LUPO, *L'influenza dell'alleanza atlantica nell'interpretazione della Costituzione economica: ovvero, sulla centralità dei principi dell'art. 11 cost.*, in *Rivista Trimestrale di Diritto dell'Economia*, n. 3, 2020, pp. 425 ss. e, per profili collegati all'attuazione del PNRR, id., *Il piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e alcune prospettive di ricerca per i costituzionalisti,* in federalismi.it, n. 1, 2022, pp. 4 ss.

[11] In particolare, si v. pacchetto di norme europee in https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/digital-services-act-package

[12] Rinvio per il quadro generale della normativa a M. FAIOLI, D*ata analytics, robot intelligenti e regolazione del lavoro,* in *federalismi.it*, n. 9, 2022, pp. 149 ss.; si v. anche la bibliografia ivi contenuta.

extra moenia del diritto del lavoro. In particolare, la prima riguarda un divieto già esistente: l'art. 22, co. 1, Regolamento UE 2016/679, 27 aprile 2016, dispone il diritto a non essere assoggettato a una "decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato", in cui vi può rientrare anche la profilazione, e che determina certi effetti giuridici o che incida significativamente sulla persona umana[13]. Il che comporta una conseguenza. L'elemento tecnologico, richiamato nell'art. 1-bis, d.lgs. 26 maggio 1997, n. 152, introdotto dal d.lgs. 27 giugno 2022, n. 104, non riguarda decisioni basate esclusivamente sul trattamento automatizzato. Esso potrebbe essere riferito anche a decisioni manipolabili mediante intervento umano, con l'effetto che l'elemento tecnologico di cui all'art. 1-bis, d.lgs. 26 maggio 1997, n. 152, introdotto dal d.lgs. 27 giugno 2022, n. 104, può riguardare anche sistemi che restano solo in parte automatizzati, mentre l'elemento tecnologico *ex* art. 22, co. 1, Regolamento UE 2016/679, attiene a sistemi che si basano esclusivamente sul trattamento automatizzato. Per esemplificare, un sistema parzialmente automatizzato fa scattare l'obbligo di informazione *ex* art. 1-bis, d.lgs. 26 maggio 1997, n. 152, introdotto dal d.lgs. 27 giugno 2022, n. 104, ma non il divieto *ex* art. 22, co. 1, Regolamento UE 2016/679[14]. Il quadro appena rappresentato permette di comprendere il problema qualificativo che è alla base dell'obbligo di informazione: cosa è automatizzato, cosa non è automatizzato, cosa è semi-automatizzato ai fini delle due discipline menzionate e come si coordinano tali discipline negli adempimenti pratici a cui è tenuto il datore di lavoro.

La seconda opzione riguarda la proposta di Regolamento UE sull'intelligenza artificiale, considerando n. 36, nella quale si legge che i sistemi digitali, utilizzati nella gestione dei lavoratori, "in particolare per l'assunzione e la selezione delle persone, per l'adozione di decisioni in materia di promozione e cessazione del rapporto di lavoro, nonché per l'assegnazione dei compiti, per il monitoraggio o la valutazione delle persone nei rapporti contrattuali legati al lavoro", sono considerati sistemi cd. a alto rischio, dato il potenziale relativo impatto sul futuro delle persone in termini di prospettive di carriera e sostentamento. Si ritiene, infatti, che nei processi di assunzione, di valutazione e promozione, tali sistemi possano

[13] Si v. anche le Linee Guida sul processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche e sulla profilazione ai fini del regolamento 2016/679, in https://www.garanteprivacy.it/regolamentoue/profilazione, nella quali si sottolinea che il processo decisionale esclusivamente automatizzato consiste nella capacità di prendere decisioni mediante mezzi tecnologici senza coinvolgimento di persone umane ("*Automated decision-making has a different scope and may partially overlap with or result from profiling. Solely automated decision-making is the ability to make decisions by technological means without human involvement. Automated decisions can be based on any type of data, for example: data provided directly by the individuals concerned (such as responses to a questionnaire); data observed about the individuals (such as location data collected via an application); derived or inferred data such as a profile of the individual that has already been created (e.g. a credit score). Automated decisions can be made with or without profiling; profiling can take place without making automated decisions. However, profiling and automated decision-making are not necessarily separate activities. Something that starts off as a simple automated decision-making process could become one based on profiling, depending upon how the data is used*").

[14] Non si possono escludere eventuali cautele che il caso specifico potrebbe richiedere (le informazioni *ex* artt. 13 e 14 del Regolamento, la valutazione di impatto o l'eventuale consultazione preventiva del Garante *ex* artt. 35 e 36 del Regolamento).

consolidare modelli di discriminazione, collegati a genere, generazioni, disabilità, origini razziali o etniche, orientamento sessuale. Tali sistemi intelligenti, se utilizzati per monitorare le prestazioni e il comportamento, potrebbero altresì incidere sui diritti in materia di protezione dei dati e vita privata. Il che è una presunzione assoluta che comporta l'attivazione di una serie di procedimenti che il Titolo III del Regolamento UE sull'intelligenza artificiale predispone. Per esemplificare, un sistema digitale farà scattare l'obbligo di informazione *ex* art. 1-bis, d.lgs. 26 maggio 1997, n. 152, introdotto dal d.lgs. 27 giugno 2022, n. 104, e contemporaneamente i procedimenti, assai complessi, del Titolo III del Regolamento sull'intelligenza artificiale, i quali ampiamente assorbono ciò che la norma italiana ha definito nell'estate del 2022. Anche qui si potrà porre il problema qualificativo dell'elemento tecnologico che è alla base dell'obbligo di informazione: cosa è un sistema decisionale o di monitoraggio deputato "a fornire indicazioni rilevanti" per ciò che riguarda l'assunzione, la cessazione del rapporto di lavoro, le mansioni, etc. ai fini delle due discipline menzionate e come si coordinano tali discipline negli adempimenti pratici a cui è tenuto il datore di lavoro.

La terza opzione metodologica riguarda la proposta di Direttiva UE sul miglioramento delle condizioni nel lavoro mediante piattaforme digitali (versione di dicembre 2021), nel cui considerando n. 8 si declina la definizione di "sistemi decisionali e di monitoraggio automatizzati", i quali sono basati su algoritmi che "sostituiscono sempre più spesso le funzioni che i dirigenti svolgono abitualmente nelle imprese, ad esempio assegnano compiti, impartiscono istruzioni, valutano il lavoro svolto, offrono incentivi o impongono sanzioni". Inoltre, la proposta di Direttiva UE, negli artt 6-10, disciplina la gestione algoritmica con norme che si sovrappongono, da una parte, a quelle della proposta di Regolamento UE sull'intelligenza artificiale (sistemi classificati come a rischio elevato, di cui sopra), e, dall'altra, senza dubbi, al regime di cui all'art. 1-bis, d.lgs. 26 maggio 1997, n. 152, introdotto dal d.lgs. 27 giugno 2022, n. 104. Anzi, si può affermare che, in questa terza opzione, il problema qualificativo è molto più serio perché il legislatore europeo, nel definire la nozione di piattaforma, crea una fattispecie aperta, con la conseguenza che qualsiasi sistema digitale che abbia le caratteristiche di cui all'art. 2 della proposta di Direttiva UE è sottoposto ai vincoli di cui agli artt. 6-10. Il problema qualificativo dell'elemento tecnologico che è alla base dell'obbligo di informazione non si risolve facilmente: cosa è una piattaforma digitale? Essa comprende o non comprende il sistema digitale di cui all'art. 1-bis studiato? Come si coordinano tali discipline negli adempimenti pratici a cui è tenuto il datore di lavoro?

A ciò si aggiungono altre questioni, non meno complesse, se riferite alle tre opzioni appena descritte. Osservando l'art. 1-bis, co. 2, d.lgs. 26 maggio 1997, n. 152, introdotto dal d.lgs. 27 giugno 2022, n. 104, si può capire quale sia il contenuto informativo che bisogna rendere al lavoratore. In particolare, il lavoratore ha il diritto di conoscere gli aspetti del rapporto di lavoro sui quali incide l'utilizzo del sistema

digitale, gli scopi e le finalità del sistema digitale, la logica e il funzionamento del sistema digitale, le categorie di dati, i parametri utilizzati per programmare o addestrare il sistema digitale, inclusi i meccanismi di valutazione delle prestazioni, le misure di controllo adottate per le decisioni automatizzate, i processi di correzione, il responsabile della gestione di qualità, il livello di accuratezza, robustezza, cybersicurezza del sistema digitale, le metriche volte a misurare tali livelli, gli impatti eventualmente discriminatori delle metriche. La domanda da porsi a tal proposito è diretta a aprirne altre, tutte importanti, avendo in mente la ragione giuridica che dovrebbe essere alla base dell'obbligo informativo di cui all'art. 1-bis: ma come si fa a valutare in modo specifico l'eventuale reticenza del datore di lavoro su queste materie? E, poi, chi verifica cosa? Come si fa a adempiere l'obbligo di informazione, con riferimento alla lista appena accennata, se tali elementi sono a disposizione del sistema digitale? È responsabile o non responsabile il produttore del sistema digitale per le eventuali informazioni non corrette che sono rese al datore di lavoro e, poi, inoltrate al lavoratore? Come si fa a capire se il lavoratore abbia capito effettivamente? È sufficiente il coinvolgimento delle rappresentanze dei lavoratori in azienda? Come si fa a capire se il sindacato abbia capito effettivamente? Sono problemi che la norma di legge lascia sul tavolo del giudice del lavoro o dell'ispettorato, dischiudendo fasi di contenzioso individuali e collettivi che la norma europea certamente non desidera. Il contenzioso sul contenuto informativo sarà probabilmente impostato sul profilo dell'autoresponsabilità del lavoratore e/o della rappresentanza sindacale. Cioè, con l'obbligo di informazione su alcuni contenuti del sistema digitale in uso sussiste anche un dovere di agire in modo diligente e responsabile da parte del lavoratore e/o del sindacato in questa materia. Si tratta, in concreto, della verifica *ex* art. 1227 c.c. del concorso di colpa, il quale può escludere o limitare la responsabilità del datore di lavoro nella trasmissione/comunicazione dei contenuti informativi di cui sopra. A tal fine si dovrà distinguere tra gli obblighi convenzionali, già definiti dalla norma di legge, e gli obblighi non convenzionali di informazione, i quali sono sottesi ai primi. La distinzione non sarà facile e comporterà l'avvio di una serie di liti.

A tal proposito si noti che il coinvolgimento delle rappresentanze dei lavoratori è costruito nella logica di mera interlocuzione formale, non sostanziale. Il co. 6 dell'art. 1-bis, qui analizzato, dispone che le informazioni e i dati sono comunicati in modo "trasparente, in formato strutturato, di uso comune e leggibile da dispositivo automatico" alle rappresentanze sindacali, le quali hanno anche il potere di richiedere l'accesso a tali dati. Appare chiaro che siamo in uno schema che è più vicino all'art. 4 della l. 20 maggio 1970, n. 300 (con tutti i problemi di eventuale sovrapposizione di disciplina non risolti) che al più efficace meccanismo procedimentale individuato dall'Accordo quadro europeo sul lavoro digitale del giugno 2020, il quale predispone schemi di consultazione, con analisi preventiva e in fieri dell'assetto digitale introdotto a livello aziendale, indagini *ex post* e ridefinizione degli assetti contrattuali aziendali

finalizzati a indicare le protezioni più adatte[15]. Si perpetua, con il co. 6 dell'art. 1-bis, il modello della mera informazione, costruendo ahinoi una funzione "cammeo" del sindacato, e non si punta invece su un modello di consultazione e concertazione contrattuale che è certamente più adatto in situazioni dinamiche come quella che la realtà digitale propone di volta in volta (v. il caso tedesco)[16].

4. Osservazioni conclusive. Il d.lgs. 27 giugno 2022, n. 104 pregiudica la realizzazione degli obiettivi perseguiti dalla Direttiva UE 2019/1152

L'assetto che deriva dall'art. 1-bis, d.lgs. 26 maggio 1997, n. 152, introdotto dal d.lgs. 27 giugno 2022, n. 104, con tutte le incongruenze descritte nel paragrafo che precede, pregiudica la realizzazione degli obiettivi perseguiti dalla Direttiva UE 2019/1152. Sarebbe auspicabile un'abrogazione da parte del legislatore dell'art. 1-bis, anche per evitare che la disciplina italiana, riferita alla Direttiva UE 2019/1152, venga portata innanzi alla Corte di giustizia. Ci sono almeno due ordini di ragioni per ritenere che ciò possa accadere, tenendo in considerazione le incongruenze già spiegate nel paragrafo 3. La prima ragione, la più importante, riguarda il fatto che tale norma dispone effetti che possono ricadere su tutti i datori di lavoro che operano in Italia, anche se collegati a ordinamenti giuridici stranieri. Il collegamento tra la lettera s) del co. 1 dell'art. 1 del novellato d.lgs. 26 maggio 1997, n. 152 (il datore di lavoro è tenuto a comunicare al lavoratore anche "gli elementi previsti dall'articolo 1-bis qualora le modalità di esecuzione della prestazione siano organizzate mediante l'utilizzo di sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati") e il Regolamento CE 17 giugno 2008, n. 593/2008, artt. 8 e 9, potrebbe essere il probabile grimaldello della vicenda innanzi alla Corte di giustizia. In particolare, dato che la lettera s) del co. 1 dell'art. 1 del novellato d.lgs. 26 maggio 1997, n. 152 caratterizza esclusivamente l'attuazione italiana perché si aggiunge alla lista di materie che la Direttiva UE 2019/1152 ha originariamente previsto, si dovrà discernere se tale norma sia considerabile o meno norma di applicazione necessaria *ex* Regolamento CE n. 593/2008[17], applicabile solo in Italia a qualunque operatore economico. Qualora non fosse considerabile norma di applicazione necessaria, come è probabile che accada, allora si porrebbe un problema di garanzia del piano concorrenziale a livello europeo tra datori di lavoro che operano in Italia con personale assoggettato al diritto del lavoro italiano e datori di lavoro che operano in Italia con

[15] Si v. il mio saggio M. FAIOLI, *Data, cit.*, 2022.
[16] Si rinvia agli studi di M. CORTI, *Innovazione tecnologica e partecipazione dei lavoratori: un confronto fra Italia e Germania*, in *federalismi.it*, n. 17, 2022, pp. 113 ss.;
[17] S v. l'elaborazione sulla qualifica di norma di applicazione necessaria in E. ALES, *cit.*, 2018 e il richiamo alla giurisprudenza e alla dottrina ivi contenute. Le norme di applicazione necessaria sono disposizioni il cui rispetto è ritenuto "cruciale da un paese per la salvaguardia dei suoi interessi pubblici, quali la sua organizzazione politica, sociale o economica, al punto da esigerne l'applicazione a tutte le situazioni che rientrino nel loro campo d'applicazione, qualunque sia la legge applicabile al contratto secondo il presente regolamento" (art. 9, Regolamento CE n. 593/2008). Si v. anche la ricostruzione teorica di C. BARNARD, *More Posting*, in *Industrial Law Journal*, n. 43/2, 2014, p. 194 ss. 2014.

personale assoggettato al diritto di un altro ordinamento (lavoratori distaccati). La seconda ragione è consequenziale alla prima, attenendo essa all'inutile peso burocratico e gestionale che tale norma dispone, anche con riferimento a tutti gli altri elementi informativi che sono già richiesti dalla Direttiva UE 2019/1152, i quali sono frutto di una ponderata e lunga mediazione in sede politica e con le parti sociali europee[18], tesa a evitare uno sbilanciamento verso una delle tante posizioni in gioco. L'argomentazione sulle due ragioni menzionate muoverebbe da quella giurisprudenza europea, ormai consolidata, secondo cui "agli Stati membri non è consentito applicare una normativa che possa pregiudicare la realizzazione degli obiettivi perseguiti da una direttiva e, conseguentemente, privare la direttiva medesima del proprio effetto utile" (si v., in tal senso, CGUE 28 aprile 2011, El Dridi, C-61/11 e CGUE, 1 marzo 2012, O'Brien, C-393/2010). In questo nostro caso, il rischio di pregiudizio alla realizzazione degli obiettivi è elevato, se si tengono in considerazione le due ragioni appena esposte. Si noti, infatti, che la giurisprudenza europea ha una ricaduta pratica che l'avvocato generale Maduro sottolineò nelle proprie conclusioni relative al caso Del Cerro Alonso (CGUE 10 novembre 2007, C-307/05). In particolare, l'avvocato generale Maduro evidenziava correttamente che nell'attuazione di una direttiva sussista una specie di rinvio condizionato al diritto nazionale che non permette a uno Stato membro di violare i principi generali e i principi fondamentali sanciti dal diritto dell'Unione europea. Nel nostro caso, invece, si metterebbe in questione l'efficacia pratica della Direttiva UE 2019/1152 e della relativa applicazione uniforme negli Stati membri, con relativa violazione della libera circolazione dei servizi, perché l'Italia ha deciso di includere un obbligo informativo che, nei fatti, crea una seria distorsione del mercato europeo, senza realizzare un'effettiva garanzia dei lavoratori sul punto. Anzi, l'ordinamento italiano, anticipando malamente norme europee sul mercato e sui servizi digitali, sull'intelligenza artificiale, sulle piattaforme digitali, non garantisce il risultato che intende ottenere il diritto dell'Unione europea. Se la teoria del rinvio condizionato vale per i casi in cui la Corte di giustizia ha imposto una rivalutazione della nozione di lavoratore, al fine di estendere le tutele anche ai rapporti sul lavoro a tempo determinato[19], tanto più ciò deve valere per i casi, come il nostro, in cui l'introduzione di obblighi informativi riguarda sistemi digitali che sono funzionali a mercati transnazionali, gestiti da operatori transnazionali, proiettati su lavoratori assoggettabili a forme di mobilità transnazionale.

[18] Si v. i documenti delle audizioni preparatorie in https://ec.europa.eu/social/main.jsp?langId=en&catId=1313
[19] Si v. CGUE 28 aprile 2011, El Dridi, C-61/11 e CGUE, 1 marzo 2012, O'Brien, C-393/2010.

Le sfide della transizione digitale nel lavoro agricolo*

di Claudia Faleri
Professoressa associata di Diritto del lavoro
Università degli Studi di Siena

Abstract [It]: Con il presente contributo si intende riflettere sull'impatto dei processi di digitalizzazione nel settore agricolo con riguardo sia al profilo occupazionale in termini di richiesta di nuove competenze professionali, sia al profilo sociale in relazione ai costi connessi all'introduzione delle nuove tecnologie. A tal proposito si prendono in esame le modalità di regolazione e gli strumenti negoziali che possono rivelarsi utili affinché la transizione digitale possa condurre a un'agricoltura socialmente sostenibile.

Title: The challenges of the digital transition in agricultural work
Abstract [En]: This essay aims to reflect on the impact of digitisation in the agricultural sector with regard to the employment profile in terms of the demand for new professional skills and the social profile in relation to the costs related to the new technologies. In this context models of regulation and negotiation tools that may be useful for the digital transition to lead to socially sustainable agriculture are examined.

Parole chiave: lavoro agricolo; digitalizzazione; sfruttamento del lavoro; strumenti di regolazione; sostenibilità sociale
Keywords: agricultural labour; digitalization; labour exploitation; regulatory instruments; social sustainability

Sommario: **1.** Tecnologie digitali e il modello di Agricoltura 4.0. **2.** I "costi" della digitalizzazione nel mondo del lavoro agricolo. **3.** Verso nuovi paradigmi di regolazione per un'agricoltura socialmente sostenibile. **4.** Il ricorso a forme di aggregazione tra imprese e lo strumento dell'assunzione congiunta.

1. Tecnologie digitali e il modello di Agricoltura 4.0

La digitalizzazione del settore agricolo rappresenta una priorità strategica nel contrastare quella che viene considerata una delle più gravi minacce per il nostro Pianeta del XXI secolo, ovvero il cambiamento climatico che dà luogo a fenomeni sempre più estremi, frequenti e devastanti.

Numerosi sono i documenti programmatici di carattere politico-istituzionale in cui si afferma che la transizione ecologica verso una agricoltura sostenibile e resiliente debba necessariamente passare attraverso l'attuazione dei processi di digitalizzazione del settore agricolo. Numerose sono le iniziative proposte dalla Commissione europea nell'ambito del c.d. *Green Deal* europeo per il raggiungimento dei *Sustainable Development Goals* dell'Agenda Onu 2030, volte a promuovere l'adozione di misure che attraverso le tecnologie digitali consentano il raggiungimento degli obiettivi di sostenibilità prefissati; ci si intende riferire in particolare al Piano *From farm to fork*, adottato l'11 dicembre 2019 allo scopo di garantire, mediante l'utilizzo di strumenti digitali, una maggiore trasparenza delle filiere agroalimentari e

* Articolo sottoposto a referaggio.

agroindustriali e tracciabilità delle varie fasi del processo produttivo, nonché al Documento del gennaio 2021 denominato *List of potential agricultural practices that eco-schemes could support*, in cui si individuano una serie di pratiche dell'agricoltura digitale in grado di migliorare le prestazioni economiche, sociali, ambientali, climatiche per una gestione più efficiente delle risorse in termini di sostenibilità. In tal senso è del resto intervenuto anche il Piano nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) del Governo italiano presieduto da Mario Draghi che investe nell'innovazione digitale per avviare la c.d. rivoluzione *green*.

Si parla a tal riguardo di *smart agricolture* intendendo descrivere con tale termine non tanto o comunque non solo il fenomeno meramente tecnico e ingegneristico indotto dai processi di digitalizzazione che sta interessando il settore agricolo al pari di quello industriale; con il termine *smart agricolture* si vuole piuttosto far riferimento al modello gestionale e produttivo proprio dell'Agricoltura 4.0, che si avvale di strumenti digitali che consentono di acquisire e condividere dati e informazioni precise, nonché utili per poter intervenire solo dove e quando risulta necessario e opportuno (non a caso si parla anche di "agricoltura di precisione")[1]. Si pensi, infatti, a quanto le scelte gestionali possano essere strategicamente supportate dall'utilizzo di strumenti elettronici quali i droni, i sensori e gli strumenti di telerilevamento che permettono di raccogliere a distanza informazioni utili per monitorare e valutare lo stato di salute sia del suolo, sia delle colture e poter così gestire efficacemente la variabilità presente in un campo. Ci si intende riferire in particolare ai c.d. dispositivi IoT (*Internet of Things*), che permettono di acquisire dati significativi per valutare in tempo reale diversi parametri di natura ambientale, climatica e colturale; si tratta di strumenti che forniscono agli agricoltori informazioni, come quelle sui mutamenti climatici, che rivestono un'importanza fondamentale per una gestione più efficace dei processi produttivi. Poter prevedere i cambiamenti di clima facilita, infatti, una corretta individuazione degli obiettivi produttivi (in termini quantitativi e qualitativi) da perseguire: si consideri quanto può risultare utile all'agricoltore poter conoscere in anticipo un aumento della temperatura in grado non solo di determinare un'accelerazione della stagione vegetativa e conseguentemente una maturazione *ante tempus*, ma anche di comportare una maggior frequenza dei cicli riproduttivi di alcuni parassiti, fattore che può portare ad una maggiore gravità delle epidemie con effetti negativi sulla produzione agricola[2].

Peraltro, se tale strumentazione sostiene le imprese nei processi decisionali consentendo loro di ottimizzare la gestione delle operazioni colturali della produzione agricola[3], vero è che i modelli

[1] Si consenta il rinvio a C. FALERI, Voce *Smart agriculture,* in S. BORELLI, V. BRINO, C. FALERI, L. LAZZERONI, L. TEBANO, L. ZAPPALÀ, *Lavoro e tecnologie. Dizionario del diritto del lavoro che cambia*, Torino, Giappichelli, 2022, p. 201.

[2] Cfr. P. LATTANZI, *L'agricoltura di precisione, una sfida anche per il diritto*; M. PISANTE, G. CILLO, *Agricoltura di precisione: sfide e opportunità*; A. VAGNOZZI, *L'agricoltura di precisione: un pacchetto di innovazioni complesso e con molte potenzialità*, tutti in *Agriregionieuropa*, 2018, n. 53;

[3] Così A. IANNARELLI, *Il divenire del diritto agrario italiano ed europeo tra sviluppi tecnologici e sostenibilità*, in *Rivista di Diritto Agrario*, 2013, I, p. 11 ss.

organizzativi e produttivi che ne conseguono appaiono destinati a produrre un profondo impatto sul piano occupazionale in termini di fabbisogni e competenze professionali.

Da un lato, l'introduzione di macchinari sempre più innovativi in luogo del lavoro manuale comporterà, nell'immediato, una minor richiesta di apporto di lavoro umano e conseguentemente la soppressione di posti di lavoro in modo non troppo dissimile da quanto riscontrabile nel comparto dell'industria; in particolare la digitalizzazione esporrà al rischio disoccupazione i lavoratori non più giovani, con minori competenze tecniche e in difficoltà ad acquisirle, i quali saranno tendenzialmente sostituiti da giovani in possesso di conoscenze legate al mondo della robotica e delle intelligenze artificiali. Tale effetto di grande rilievo sociale risulterà percepibile in modo alquanto significativo in un settore come quello agricolo, in cui è già fortemente avvertita l'esigenza di un cambio generazionale. Altresì, i processi di innovazione tecnologica comporteranno una repentina obsolescenza delle competenze tecnico-professionali tradizionalmente possedute dai lavoratori agricoli, destinando soprattutto coloro che – per il basso livello di scolarizzazione, nonché per le scarse conoscenze linguistiche (si consideri che la manodopera agricola è ormai in prevalenza costituita da lavoratori migranti Ue ed extraUE) – presentano forti difficoltà di accesso alle nuove tecnologie a svolgere lavori sempre più dequalificati e dequalificanti (i c.d. *low skilled workers*)[4].

Dall'altro lato, le applicazioni digitali generano esigenze di nuove figure professionali caratterizzate da conoscenze e competenze altamente specializzate, quali quelle richieste da attività che si contraddistinguono per un forte tecnicismo o per l'utilizzo di una strumentazione particolarmente evoluta, proprie dell'agricoltura di precisione. Nel prisma della grande trasformazione del lavoro indotta dall'innovazione tecnologica possono dunque acquisire, anche nel settore agricolo, una rinnovata centralità gli strumenti contrattuali specificatamente finalizzati a soddisfare esigenze di impiego di lavoro qualificato, quale *in primis* l'apprendistato professionalizzante, la cui disciplina – a seguito dell'Accordo quadro sull'apprendistato in agricoltura del luglio 2012 – è stata resa compatibile con le esigenze di stagionalità che, come è noto, caratterizzano in modo essenziale le attività agricole, istituendo la figura contrattuale dell'apprendistato stagionale a tempo determinato[5]. Tale Accordo si fa apprezzare anche in relazione al fatto che le Parti sociali hanno previsto la possibilità di assumere con contratto di apprendistato non solo i giovani di età compresa tra i 18 e i 29 anni di età, i quali rappresentano i naturali destinatari di tale tipologia contrattuale, ma anche i lavoratori in mobilità, la cui assunzione risulta tra

[4] Sul punto si veda C. FALERI, *L'innovazione tecnologica nel settore agricolo tra vecchie criticità e nuove opportunità*, in *Labor*, 2019, p. 148.

[5] Sulla questione della compatibilità della disciplina sull'apprendistato con le attività articolate in cicli stagionali alla luce delle diverse modifiche legislative intervenute sul tema, si rinvia a S. CIUCCIOVINO, *L'apprendistato professionalizzante ancora alla ricerca di una disciplina definitiva*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2009, I, p. 384 ss.

l'altro incentivata prescrivendo che – nel caso in cui il contratto di apprendistato a tempo determinato sia trasformato nel corso del suo svolgimento, oppure al temine dello stesso, in contratto di lavoro a tempo indeterminato – il datore di lavoro possa mantenere i benefici contributivi per ulteriori dodici mesi. Tale previsione assume un'indubbia rilevanza soprattutto se si considera che l'agricoltura sta divenendo un settore trainante nell'economia italiana e come tale risulta destinata sia a costituire un bacino occupazionale importante per i giovani, sia a svolgere una funzione di rifugio per la forza lavoro espulsa dagli altri settori; si pensi, a tal riguardo, al ruolo chiave che il settore agroalimentare sta assumendo, soprattutto nell'area del Mediterraneo, incidendo in modo significativo in termini non solo di opportunità di crescita e sviluppo economico, ma anche di occupazione. Anche la stessa Pac 2023-2027 – approvata dopo ben tre anni di negoziati che ne hanno comportato lo slittamento dell'avvio dal 2021 al 2023 – è intervenuta in questa direzione, promuovendo la modernizzazione del settore agricolo anche al fine di renderlo attrattivo nei confronti dei giovani.

Appare dunque evidente il ruolo fondamentale che la formazione può assolvere nel processo di transizione digitale anche in ambito agricolo, consentendo altresì un superamento culturale del lavoro in agricoltura come lavoro di serie B, fondato cioè essenzialmente su manodopera con basso livello di scolarizzazione. Tra l'altro, come sottolineato nelle *Linee Guida per lo sviluppo dell'agricoltura di precisione in Italia* elaborate dal Ministero delle Politiche Agricole Alimentari e Forestali (D.M. 22.12.2017, n. 33671), nel coniugare gli interessi del datore di lavoro a una prestazione di qualità e quelli del lavoratore ad apprendere o migliorare la conoscenza del proprio mestiere, si viene altresì a rafforzare la relazione tra capitale umano e produttività del lavoro, riconosciuta nel settore agricolo persino tale da annullare l'effetto negativo di una minore dotazione di capitale sociale dell'impresa[6].

Dunque, come già rilevato anche da parte delle istituzioni europee in sede di riflessione congiunta sul futuro della Politica agricola comune dopo il 2020 [COM (2017) 713], a fronte dell'avanzamento delle tecnologie digitali e della conseguente diffusione della altresì detta *smart agriculture*, a delinearsi sarà un mercato agricolo in cui la qualità e pertanto la sostenibilità del lavoro, intesa non solo in termini di qualità e sostenibilità dei beni e dei servizi prodotti, ma anche in termini di elevato livello professionale delle prestazioni lavorative, si verrà a configurare sempre più come una variabile strategica su cui investire.

2. I "costi" della digitalizzazione nel mondo del lavoro agricolo

[6] Di tale avviso B. DE DEVITIIS, O.W. MAIETTA, *Capitale umano e produttività del lavoro agricolo nelle regioni dell'Unione Europea*, in *Agriregionieuropa*, 2009, n. 5.

In un contesto economico in cui le imprese agricole sono proiettate verso l'Agricoltura 4.0, i costi della digitalizzazione e della qualità delle prestazioni di lavoro rappresentano sempre più una voce che non può essere contenuta se l'imprenditore vuole mantenersi competitivo sul mercato.

Come avvenne con il processo di meccanizzazione indotto dalla seconda Rivoluzione Industriale nei primi decenni del Novecento, così oggi l'introduzione delle nuove tecnologie digitali consente alle imprese agricole di aumentare la produzione e massimizzare la redditività delle colture, incrementando peraltro la forte pressione competitiva a cui esse già sono sottoposte. Va infatti ricordato come le politiche agricole europee – abbandonato un approccio di carattere protezionistico proprio degli anni '60-'70, caratterizzato dall'intervento pubblico di sostegno dei prezzi – hanno assecondato a partire dagli anni '90 un'agricoltura sempre più *market-oriented*, indirizzata cioè a conseguire profitti ovvero a legare le scelte produttive alla effettiva redditività dell'attività agricola attraverso la comparazione tra i costi di produzione affrontati e i ricavi provenienti dalla commercializzazione delle produzioni[7]; tale mutamento delle politiche europee, assieme al forte incremento dei prezzi dei fattori produttivi e a una sostanziale stabilità dei prezzi dei prodotti agricoli, ha pertanto comportato un progressivo e inesorabile aumento della pressione competitiva dei mercati sulle aziende agricole.

Alla pressione competitiva i produttori agricoli hanno reagito – considerata la rigidità dei prezzi di vendita – abbassando la componente del costo di produzione su cui è più semplice e veloce incidere, ovvero il costo del lavoro, ricorrendo a svariate forme di sfruttamento della manodopera; la gestione del costo del lavoro, *rectius* la difficoltà delle imprese ad assicurare il rispetto dei livelli retributivi stabiliti dal contratto collettivo nazionale, è stata infatti considerata la causa principale del lavoro irregolare e sommerso in agricoltura[8].

Questo risulta oltremodo vero quando siamo in presenza di una filiera agroalimentare o agroindustriale, specie se significativamente lunga, imponendo questa una considerevole esigenza di contenimento dei costi: l'aumento del prezzo dei prodotti che la frammentazione della produzione determina è tale da

[7] Al riguardo cfr. A. IANNARELLI, *Il divenire del diritto agrario italiano ed europeo tra sviluppi tecnologici e sostenibilità*, cit., p. 22.

[8] Così A. VISCOMI, *Questioni sul lavoro sommerso: note preliminari per un incontro di studio*, in A. VISCOMI, (a cura di), *Questioni sul lavoro sommerso e politiche di sviluppo locale*, Soveria Mannelli, Rubettino Editore, 2008, p. 28. Si consideri inoltre quanto sia diffuso in agricoltura il problema del *dumping* salariale e contrattuale, nonché il fenomeno dei c.d. contratti pirata, i contratti collettivi cioè che negoziano al ribasso le condizioni di impiego (in particolare quelle retributive) sottoscritti da associazioni sindacali dotate di scarsa rappresentatività nel settore: cfr. V. PINTO, *Filiere agro-alimentari e agro-industriali, rapporti di produzione agricola e lavoro nero*, in V. FERRANTE (a cura di), *Economia "informale" e politiche di trasparenza*, Milano, Vita e Pensiero, 2017, p. 87. Al riguardo si richiama altresì M. MARAZZA, *Il lavoro nel processo di raccolta di prodotti agricoli*, in F. DI MARZIO (a cura di), *Agricoltura senza caporalato*, Roma, Donzelli, 2017, p. 78, laddove evidenzia come in agricoltura la proliferazione di contratti collettivi nazionali di lavoro sia altresì da imputare alla progressiva frammentazione della rappresentanza datoriale, ovvero alla centrifuga tendenza delle imprese a creare nuove associazioni datoriali e quindi nuove aree contrattuali a seguito dell'individuazione di interlocutori sindacali diversi da quelli firmatari i ccnl tradizionali, disposti a concedere minori costi del lavoro e maggiori flessibilità di impiego, dando così luogo ai c.d. contratti pirata.

indurre le imprese interessate a risparmiare sul costo del lavoro per poter immettersi nella grande distribuzione di prodotti agroalimentari a prezzi più competitivi[9]. È infatti nelle dinamiche proprie della filiera che si insidiano i fenomeni di abbattimento qualitativo delle condizioni di lavoro, di sfruttamento e di violazione dei diritti fondamentali dei lavoratori più gravi. Del resto ciò è quanto rilevato dal *Piano triennale di contrasto allo sfruttamento lavorativo in agricoltura e al caporalato* 2020-2022, che ha evidenziato come il ricorso sistematico da parte delle imprese agricole a forme illegali di intermediazione, reclutamento e organizzazione del lavoro sia volto a soddisfare le esigenze di efficienza organizzativa e di contenimento dei costi determinate dalla pressione competitiva dei mercati e della Grande Distribuzione. I rapporti negoziali tra i produttori agricoli e l'industria di trasformazione, sono, infatti, caratterizzati da una posizione di potere di questa tipologia di industrie rispetto ai singoli produttori tale per cui su questi ultimi le prime tendono a riversare le rigidità nella formazione dei prezzi dei prodotti lavorati. A loro volta però le industrie di trasformazione – come puntualizzato dalla dottrina più attenta a queste dinamiche[10] – si trovano a subire la forza contrattuale degli operatori commerciali, per cui il prezzo viene sostanzialmente determinato dalle centrali di acquisto, sempre più spesso di livello internazionale.

I processi di digitalizzazione vanno dunque a gravare in capo ai produttori agricoli già alquanto deboli nei rapporti con gli acquirenti dei loro prodotti, considerato come questi solo in minima parte siano costituiti da consumatori finali, essendo la produzione agricola di base acquisita sul mercato in prevalenza dalle imprese di trasformazione e della grande distribuzione che operano in un sistema di oligopsonio o addirittura di monopsonio[11]. Si pensi che il più delle volte i contratti di fornitura, stipulati dai *farmers* con questi operatori economici, precedono la stessa vendita ed esistenza dei raccolti e spesso prevedono a carico dei produttori agricoli obblighi ulteriori rispetto alla consegna del prodotto, sì da rafforzare la loro dipendenza nei confronti delle controparti negoziali[12].

---

[9] Si richiamano a tal riguardo V. LECCESE, *Lavoro, sfruttamento e tutele nella filiera agroalimentare: un itinerario*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2018, p. 245 ss.; E. RIGHINI, *Le relazioni commerciali nelle filiere agroalimentari*, in P. CAMPANELLA (a cura di), *Vite sottocosto*, 2° Rapporto Presidio di Caritas italiana, Canterano, Aracne, 2018, pp. 331-332.

[10] Così V. PINTO, *Filiere agro-alimentari e agro-industriali, rapporti di produzione agricola e lavoro nero*, cit., pp. 86-88, dove tale fenomeno viene esattamente ricostruito, ricordando che tali rigidità non derivano solamente dalla concorrenza delle altre industrie di trasformazione, ma anche dagli squilibri di potere registrabili in favore degli operatori commerciali che sono direttamente proprietari di una rete di punti di vendita al dettaglio (la c.d. grande distribuzione) ovvero che associano imprenditori ciascuno dei quali proprietario di uno o più punti vendita (la c.d. grande distribuzione organizzata).

[11] Sul ruolo che ricopre nel sistema agro-alimentare la grande distribuzione organizzata e sulla sua forza contrattuale, derivante anche dal potere di condizionamento che essa esercita sulle scelte dei consumatori, cfr. E. RIGHINI, *Le relazioni commerciali nelle filiere agroalimentari*, cit., p. 331 ss., in particolare p. 332, ove si rileva come la concentrazione non danneggia solo le aziende agricole e i loro titolari, ma si riflette anche sulle condizioni dei lavoratori salariati in agricoltura, tanto da essere considerata la causa del ricorso al lavoro nero e allo sfruttamento della manodopera, specie se migrante.

[12] Così come puntualmente rilevato da A. IANNARELLI, *La direttiva sulle pratiche commerciali: un'occasione persa per la tutela dei produttori agricoli?*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2019, p. 441.

Se il fenomeno dello sfruttamento del lavoro agricolo è dunque da ricollegare alle pratiche commerciali sleali poste in essere dai vari intermediari della catena alimentare, talora a vere e proprie forme di abuso della dipendenza economica, a comportamenti cioè forieri di gravi distorsioni della concorrenza, su queste risulta evidentemente necessario intervenire affinché la modernizzazione del sistema produttivo agricolo non si realizzi attraverso lo sfruttamento della manodopera, soprattutto quella più debole e vulnerabile[13].

L'utilizzo di pratiche commerciali sleali tra imprese è del resto già da tempo oggetto di attenzione da parte sia degli organismi europei[14], sia a livello nazionale da parte delle Autorità nazionali che vigilano sui mercati[15]. Più di recente con la Direttiva 2019/633/UE, in cui è confluita la Risoluzione del Parlamento Ue del 16 maggio 2017, le pratiche commerciali sleali sono state espressamente riconosciute quale una delle principali cause del crescente impoverimento dei produttori agricoli, a fronte di un costante aumento del margine di guadagno delle imprese di trasformazione e dei commercianti all'ingrosso, giungendo ad affermare che la soluzione del problema delle pratiche sleali potrà comportare un miglioramento della posizione degli agricoltori, considerati come l'anello più debole della catena. È pertanto presumibile che, governando i rapporti tra imprese all'interno della filiera in modo tale da recuperare la debolezza contrattuale del produttore agricolo, si riesca quantomeno ad evitare che le imprese agricole si trovino "costrette" a riversare i costi che la transizione digitale impone sui lavoratori, specie quelli più vulnerabili, come i migranti, che costituiscono il vero ultimo anello della catena[16].

3. Verso nuovi paradigmi di regolazione per un'agricoltura socialmente sostenibile

Affinché il percorso di transizione digitale possa condurre a un'agricoltura che sia sostenibile non solo sul piano economico e ambientale, ma anche sociale[17], si rende necessario un ripensamento delle regole chiamate a governare l'intero sistema agroalimentare e agroindustriale e le dinamiche contrattuali ad esso

[13] In questi termini M.G. GRECO, *Relazioni tra imprese e rapporti di lavoro in agricoltura. Modelli normativi flessibili e prassi illecite*, in P. CAMPANELLA (a cura di), *Vite sottocosto*, cit., p. 359.

[14] In particolare si rinvia alla Comunicazione della Commissione europea sul "Migliore funzionamento della filiera alimentare in Europa" COM (2009) 591 del 28 ottobre 2009, al "Libro verde sulle pratiche commerciali scorrette nella catena di fornitura alimentare e non alimentare tra imprese in Europa" del 2013, nonché ai più recenti interventi della Commissione sulle pratiche commerciali sleali nella filiera alimentare tra imprese COM (2016) 0032 e del Parlamento Europeo con la Risoluzione del 7 giugno 2016, ove si afferma che è l'ineguale distribuzione del potere economico all'interno delle filiere e non le pratiche commerciali sleali a determinare tagli degli investimenti e dell'innovazione anche nei settori della protezione ambientale, delle condizioni di lavoro e del benessere animale, ad avere cioè un impatto negativo lungo tutta la filiera alimentare, inclusa l'occupazione, inducendo le parti a risparmiare, a scapito di salari, condizioni di lavoro o qualità delle materie prime (lett. J e n. 11).

[15] Si richiama puntualmente l'"Indagine conoscitiva sulla distribuzione agroalimentare (IC/28)" svolta dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (Provvedimento 7 giugno 2007, n. 16908).

[16] Si veda in questo senso anche la lettura della Risoluzione del Parlamento UE proposta secondo la prospettiva giuslavorista da V. COMITO, *Le filiere agroalimentari in Italia*, in P. CAMPANELLA (a cura di), *Vite sottocosto*, cit., p. 301.

[17] Al riguardo sia consentito richiamare C. FALERI, *Transizione ecologica e sostenibilità sociale per un'Agricoltura 4.0*, in *Lavoro e diritto*, 2022, p. 169 ss.

connesse. Significativo in tal senso il Parere espresso dal Comitato economico e sociale europeo in materia di pratiche commerciali sleali nella filiera agricola e alimentare nel dicembre 2021, denominato *Verso una filiera alimentare equa* (2021/C 517/05), con il quale – nel sottolineare l'importanza dell'implementazione della Direttiva 2019/633/Ue al fine di porre rimedio agli squilibri di potere che si registrano lungo tutta la filiera – si mira a promuovere la trasformazione dei sistemi agroalimentari per renderli «più sostenibili, resilienti, equi e inclusivi sul piano ambientale, economico e sociale», riconoscendo essenziale la «cooperazione (piuttosto che la concorrenza) tra gli operatori della filiera alimentare» al fine di garantire «un'equa ripartizione tra gli operatori e di evitare la denigrazione»[18].

Forte si avverte dunque l'esigenza di regolamentazione delle dinamiche dell'intera filiera per correggere le distorsioni dei mercati agricoli, ovvero per invertire o comunque correggere la rotta della concorrenza al ribasso interrompendo il circolo vizioso insito nel ciclo produttivo basato essenzialmente sui vantaggi competitivi di costo e avviare processi di produzione del valore[19]. A imporsi deve pertanto essere un modello di regolamentazione che contempli le molteplici situazioni interessate dal processo produttivo considerato nella sua interezza e che intervenga a tutelare tutti i soggetti che il sistema agroalimentare e agroindustriale vede coinvolti, dai lavoratori agli imprenditori agricoli, dai consumatori ai *partners* commerciali, ai fornitori e agli altri portatori di interesse; in altri termini si ritiene che non si possa prescindere da una visione e una gestione d'insieme delle diverse istanze di tutela sottese alle relazioni contrattuali presenti in tali sistemi[20].

Non si ritiene tuttavia che soluzioni negoziali idonee a correggere le distorsioni dei mercati agricoli possano essere formulate a livello di contrattazione collettiva. Si deve infatti considerare, in primo luogo, come la contrattazione collettiva non sia organizzata intorno al paradigma della filiera, in secondo luogo, come l'accentuato pluralismo, che connota in agricoltura la contrattazione collettiva con una predominanza del livello territoriale decentrato rispetto a quello nazionale, dia luogo a un quadro fortemente parcellizzato su base geografica; questo infatti – per quanto risulti giustificato dalle diversità che caratterizzano il tessuto produttivo agroalimentare del nostro Paese – è tale da favorire, all'interno di una filiera, situazioni di concorrenza al ribasso tra territori[21]. Piuttosto si possono prospettare come validi

[18] La necessità di una collaborazione tra tutti gli operatori agricoli, industriali e distributivi e gli altri protagonisti della filiera è stata altresì ribadita con il decreto legislativo dell'8 novembre 2021, n. 198, recante le disposizioni per l'attuazione della richiamata Direttiva 2019/633/Ue, laddove si sancisce che i contratti di cessione devono necessariamente improntarsi ai principi di trasparenza, correttezza, proporzionalità e reciproca correspettività delle prestazioni.

[19] Di tale avviso V. PINTO, *Rapporti lavorativi e legalità in agricoltura. Analisi e proposte*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2019, p. 24.

[20] Affinché si possano realizzare sistemi agroalimentari sostenibili, sembra dunque debbano imporsi soluzioni normative che vedano il coinvolgimento di tutti i protagonisti della filiera, ovvero modelli di regolamentazione strutturati sull'intera filiera, volti a creare un equilibrio nelle relazioni contrattuali in essa rinvenibili secondo una prospettiva che non può che essere unitaria: così C. FALERI, *Il lavoro agricolo. Modelli e strumenti di regolazione,* Torino, Giappichelli, 2020, p. 132 ss.

[21] In tal senso I. SENATORI, *Filiera agroalimentare, tutela del lavoro agricolo e modelli contrattuali di regolazione collettiva: una geografia*

strumenti di *governance* degli equilibri contrattuali lungo la filiera agroalimentare e al contempo di tutela delle condizioni di lavoro nell'ambito della filiera stessa le c.d. intese di filiera di cui all'art. 9 d.lgs. n. 102/05, che sembrano risultare il modello di regolamentazione sostenuto dal legislatore in considerazione della loro latitudine applicativa, nonché della molteplicità e della trasversalità degli interessi ad esse sottesi. A tal riguardo si pone tuttavia la questione dell'individuazione del soggetto negoziale che ai c.d. tavoli della filiera si possa rendere portatore degli interessi dei lavoratori. Infatti, se è vero che le organizzazioni sindacali partecipano ai tavoli di filiera istituiti presso il Ministero delle Politiche Agricole Alimentari, si deve tener presente come queste ricoprano – in sede di regolamentazione dei rapporti economici di filiera – un ruolo secondario, scarsamente incisivo in quanto essenzialmente limitato a funzioni consultive[22]. Senza contare poi che tali intese di filiera risultano poco diffuse; troppo spesso infatti sono soppiantate da accordi quadro in deroga, nettamente prevalenti sul piano quantitativo, i quali però sono stipulati tra le imprese dei vari segmenti della filiera (quello produttivo, trasformativo, etc.) senza alcun coinvolgimento del sindacato. Per tali ragioni la disciplina lavoristica e in particolare le esigenze di tutela delle condizioni di lavoro risultano sistematicamente sottovalutate nell'ambito sia degli accordi di filiera, sia dei contratti quadro, volti essenzialmente a garantire la qualità del prodotto sulla base delle caratteristiche del bene commerciato, senza dare rilievo alcuno alla qualità del processo produttivo e in particolare al rispetto delle norme poste a tutela delle condizioni di lavoro degli addetti alla produzione[23]. Il quadro normativo che dunque si dispiega davanti ai nostri occhi risulta indubbiamente destrutturato e articolato in molteplici geometrie, caratterizzato da due sottosistemi normativi (contratti collettivi da un lato, intese di filiera e accordi quadro dall'altro) diversamente preposti a regolare gli interessi coinvolti nella filiera agroalimentare e con evidenti difficoltà di raccordo tra le due dimensioni, legate a diversi ambiti soggettivi di applicazione. Da un lato, si riscontra infatti la contrattazione collettiva, la quale si sviluppa – come è noto – in linea orizzontale riunendo distinti comparti o segmenti produttivi in un'unica categoria merceologica e in linea verticale forma una struttura a doppio livello poggiata su un saldo baricentro territoriale, di regola coincidente con quello provinciale; dall'altro lato, incontriamo gli accordi conclusi intorno al paradigma della filiera, i quali, circoscritti a singoli comparti o segmenti produttivi (es. pomodoro, sementi, tabacco[24] etc.), possono peraltro riguardare una moltitudine di ambiti geografici,

negoziale dello sviluppo sostenibile, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2019, p. 602.

[22] Al riguardo cfr. A. FRASCARELLI, N. SALVATI, *Le organizzazioni interprofessionali in Italia*, in *Agriregionieuropa*, 2012, n. 30.

[23] Si veda al riguardo A. IANNARELLI, *La direttiva sulle pratiche commerciali: un'occasione persa per la tutela dei produttori agricoli?*, cit., p. 439.

[24] In tale ambito appare interessante richiamare come eccezione significativa l'Accordo interprofessionale Tabacco 2018-2020, siglato il 9 gennaio 2018, sottoscritto dalle associazioni di produttori e trasformatori, che vede il coinvolgimento delle organizzazioni sindacali, contemplando la possibilità di forme di integrazione o coordinamento tra i sottosistemi contrattuali collettivi di natura sindacale e OCM rispetto all'obiettivo comune della sostenibilità sociale, ovvero quello della tutela del lavoro nella filiera agroalimentare.

estesi talvolta anche ad una o più Regioni, talaltra alla rete di fornitura di specifiche imprese trasformatrici o distributrici (come nel caso degli accordi quadro in deroga)[25].

Un ruolo di raccordo tra le diverse aree di contrattazione si potrebbe peraltro riconoscere alle associazioni datoriali; ciò in considerazione del fatto che le confederazioni imprenditoriali agricole firmatarie dei contratti collettivi nazionali (Confagricoltura, Coldiretti, CIA) partecipano anche alle Intese di filiera e agli accordi quadro in deroga, per quanto – come in precedenza ricordato – in questi contesti non assolvano il ruolo di attori contrattuali, ma assumano solamente posizioni marginali. Tale soluzione sembrerebbe tra l'altro trovare una sua legittimazione nell'Accordo sulle relazioni sindacali, allegato al ccnl operai agricoli del 2018, laddove, proprio al fine di realizzare una *governance* equilibrata delle relazioni industriali, si contempla la possibilità, da un lato, di istituire forme e luoghi di contrattazione collettiva alternativa al livello provinciale, ovvero delle esperienze contrattuali parallele, dall'altro lato, di dar luogo a una contrattazione nazionale che ponga minori vincoli e condizioni meno stringenti, sì da consentire alla contrattazione di livello provinciale di cogliere gli stimoli derivanti dalle relazioni di filiera per dettarne una regolamentazione. Vero è che anche in tali casi emergerebbero delle criticità, rappresentate dai problemi di raccordo tra i vari sottosistemi di regolazione collettiva, dall'enorme complessità sul versante degli attori e dei diversi ambiti di applicazione; in un quadro di accentuato pluralismo contrattuale si potrebbe, infatti, verificare l'ipotesi in cui il datore di lavoro agricolo sia vincolato ad un accordo collettivo non coincidente, sul piano soggettivo, con la rappresentanza imprenditoriale operante al tavolo dell'intesa di filiera o del contratto quadro.

4. Il ricorso a forme di aggregazione tra imprese e lo strumento dell'assunzione congiunta

Le sfide poste dalla digitalizzazione e dai mutamenti del sistema produttivo agricolo inducono infine a riflettere su possibili soluzioni che permettano ai singoli produttori agricoli, specie quando si tratta di piccoli imprenditori, di rafforzare la loro posizione contrattuale all'interno della catena produttiva rispetto ai giganti della Grande distribuzione organizzata. Ci si intende riferire in particolare alle forme di aggregazione a cui le imprese agricole potrebbero ricorrere per sostenere i costi della digitalizzazione, considerato come le forme di collaborazione, *rectius* di condivisione tra imprese consistenti nella messa in comune sia di mezzi di produzione, sia di manodopera e servizi hanno storicamente connotato il mondo agricolo[26].

[25] Sulle notevoli difformità intercorrenti tra i due sistemi normativi quanto a soggetti, estensione applicativa, regole di funzionamento e contenuti normativi, cfr. I. SENATORI, *Filiera agroalimentare, tutela del lavoro agricolo e modelli contrattuali di regolazione collettiva: una geografia negoziale dello sviluppo sostenibile*, cit., p. 598.

[26] Con particolare riguardo all'istituto dello scambio di mano d'opera, alle sue radici e finalità, si vedano P. MAGNO, voce *Scambio di mano d'opera e di servizi in agricoltura*, in *Digesto delle discipline privatistiche – sezione commerciale*, vol. XVIII, Torino, Utet, 1998, p. 161; R. ALESSI, *Lo scambio di mano d'opera o di servizi*, in R. ALESSI (a cura di), *L'impresa agricola*,

Per quanto concerne le forme di condivisione dei mezzi di produzione, ci si richiama in particolare al fenomeno del contoterzismo, che consiste nell'acquisizione, mediante contratto di appalto, di opere o servizi prestati con macchinari costosi e complessi quali sono quelli dell'agricoltura di precisione. Si tratta di una forma di condivisione particolarmente utile per le imprese agricole, consentendo loro di evitare gravosi investimenti fissi in strumenti utilizzabili solo per lavorazioni circoscritte e per tempi limitati; in special modo per le piccole imprese agricole, che non potrebbero sostenere i costi che la strumentazione digitale impone, tale soluzione negoziale potrebbe rivelarsi persino indispensabile al fine di veder crescere, o quantomeno salvaguardare, la propria capacità competitiva.

Per quanto concerne invece la condivisione di manodopera, si vuole far riferimento alla c.d. assunzione congiunta, ovvero alla possibilità contemplata dall'art. 31, d.lgs. n. 276/2003, come significativamente modificato dall'art. 9, d.l. n. 76/2013 (conv. con modifiche dalla l. n. 99/2013) che ha introdotto i commi 3-*bis* e 3-*ter*, con cui si è esplicitamente consentito alle imprese agricole, comprese quelle costituite in forma di cooperativa, appartenenti a uno stesso gruppo di imprese, ovvero riconducibili allo stesso proprietario o a soggetti legati tra loro da un vincolo di parentela o di affinità entro il terzo grado, così come alle imprese legate da un contratto di rete, quando almeno il 40% di esse sono imprese agricole[27], di procedere congiuntamente all'assunzione di lavoratori dipendenti per lo svolgimento di prestazioni lavorative presso le relative aziende. Con tale disposto si è inteso legittimare e regolamentare una realtà già significativamente presente nel mondo agricolo, espressione delle difficoltà di reclutamento e di gestione del personale proprie delle imprese agricole: ad essere specificatamente accordata alle imprese, legate da vincoli familiari o societari, è una semplificata possibilità di utilizzo della manodopera secondo le mutevoli esigenze del ciclo produttivo, evitando a queste di «accollarsi integralmente gli oneri connessi agli adempimenti burocratici-amministrativi e senza rischiare di incorrere nella violazione del divieto di interposizione»[28]. In altri termini è stata introdotta una particolare forma di codatorialità, *rectius* una condivisione della titolarità di un contratto di lavoro, ammessa dall'art. 31, d.lgs. n. 276/2003 anche al di fuori di un programma di rete, ma con specifico riferimento alle prestazioni di lavoro agricolo[29], al fine

Torino, Utet, 2011, p. 260. Sulla "fornitura" della prestazione di lavoro come fattispecie negoziale autonoma riconosciuta come lecita nel settore agricolo cfr. V. NUZZO, *L'interposizione di manodopera in agricoltura*, in *Rivista di diritto agrario*, 2014, I, p. 393; M.G. GRECO, *Relazioni tra imprese e rapporti di lavoro in agricoltura. Modelli normativi flessibili e prassi illecite*, cit., p. 355.

[27] La quota del 40% è stata fissata dall'art. 18, l. n. 154/2016, riducendo la quota originariamente prevista del 50%.

[28] C. ALESSI, *Contratto di rete e regolazione dei rapporti di lavoro*, in M.T. CARINCI (a cura di), *Dall'impresa a rete alle reti di impresa. Scelte organizzative e diritto del lavoro*, Milano, Giuffrè, 2015, p. 93.

[29] Di tale avviso altresì I. ALVINO, *Il lavoro nelle reti di impresa: profili giuridici*, Milano, Giuffrè, 2014, p. 140, ove la disposizione di cui all'art. 31 viene riferita ai contratti di rete la cui finalità sia l'attuazione di un programma qualificabile come agricolo ai sensi dell'art. 2135 c.c.; cfr. altresì C. MAURACHER, *I contratti di rete del settore agroalimentare*, in A. CABIGIOSU, A. MORETTI (a cura di), *Il contratto di rete: caratteristiche, genesi ed efficacia dello strumento*, Milano, Pearson, 2018, p. 167 ss.

di offrire mediante la previsione del regime di solidarietà passiva tra imprese sia una garanzia di maggiore stabilità al lavoratore agricolo, tipicamente stagionale, sia uno strumento di lotta ai fenomeni di elusione ed evasione degli obblighi contributivi che, come è noto, connotano in modo significativo il settore agricolo. Si è infatti parlato a tal riguardo di obbligazione soggettivamente complessa *ex latere creditoris*, ovvero una sorta di *job sharing* dal lato datoriale, concepita *ad hoc* per le prestazioni di lavoro agricolo[30].

A interessare maggiormente in questa sede non è tanto la *querelle* qualificatoria sorta in dottrina rispetto a tale istituto[31], quanto piuttosto il *favor legislatoris* manifestato nei confronti di questa forma di condivisione di manodopera per le potenzialità che è in grado di esprime nell'ambito del lavoro agricolo, consentendo non solo di soddisfare le esigenze di tempestività nel reclutamento della manodopera e di razionalizzazione dei costi proprie delle imprese di questo settore, ma anche di garantire continuità, qualità della prestazione lavorativa, nonché legalità dei rapporti di lavoro[32]. Evidente risulta il valore strategico che tale soluzione negoziale può assumere per un'impresa agricola, specie di piccole e medie dimensioni, permettendole di avvalersi di lavoratori in possesso di competenze professionali particolarmente elevate, quali sono quelle che l'utilizzo dei nuovi strumenti tecnologici richiede, ogniqualvolta se ne presenti l'esigenza, senza dover accollarsi *in toto* i costi che simili professionalità comportano.

Non è certo un caso se tale facoltà di assunzione congiunta è stata riservata ai soli imprenditori agricoli, né deve stupire questa apertura del legislatore nei confronti di questa forma di scissione tra il datore di lavoro e l'utilizzatore della prestazione lavorativa con specifico riguardo al settore agricolo; non si tratta di registrare un superamento della diffidenza del legislatore rispetto ai fenomeni interpositori, quanto piuttosto una necessità di regolamentare e al tempo stesso incentivare forme di condivisione della manodopera, per soddisfare quegli interessi di immediatezza nel reperimento della manodopera e di economicità che troppo sovente inducono le imprese agricole a dar luogo a fenomeni interpositori illeciti

[30] Così M. BIASI, *Dal divieto di interposizione alla codatorialità: le trasformazioni dell'impresa e le risposte dell'ordinamento*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, n. 218/2014, pubblicato in G. ZILIO GRANDI, M. BIASI (a cura di), *Contratto di rete e diritto del lavoro*, Padova, Cedam, 2014, p. 117; sulla corresponsabilità delle imprese retiste nelle ipotesi di contratti di rete agricoli, v. G.A. RECCHIA, *Contratto di rete e disciplina dei rapporti di lavoro. Titolarità dell'obbligazione e imputazione della responsabilità*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2019, p. 165 ss.

[31] Riguardo all'acceso dibattito dottrinale svoltosi sul tema si richiama tra chi distingue i due istituti in particolare E. VILLA, *Codatorialità e (in)certezza del diritto*, in *Variazioni su temi di diritto del lavoro*, 2019, p. 1201 ss.; M. BIASI, *Codatorialità e assunzione congiunta nelle reti di impresa*, in *Giurisprudenza italiana*, 2017, p. 1466 ss.; O. RAZZOLINI, *Impresa di gruppo, interesse di gruppo e codatorialità nell'era della* flexicurity, in *Rivista giuridica del lavoro*, 2013, I, p. 29 ss.; I. ALVINO, *Il lavoro nelle reti di impresa: profili giuridici*, cit., p. 140; C. ALESSI, *Contratto di rete e regolazione dei rapporti di lavoro*, cit., p. 93; L. RATTI, *La codatorialità come rimedio. Profili comparati e prospettiva nazionale*, in M.T. CARINCI (a cura di), *Dall'impresa a rete alle reti di impresa,* cit., p. 153 ss.; M. PERUZZI, *Contratto di rete e gestione del personale tra distacco, codatorialità e assunzioni congiunte*, in *Economia e società regionale*, 2015, p. 12 ss.; M.G. GRECO, *Il rapporto di lavoro nell'impresa multidatoriale*, Torino, Giappichelli, 2017, pp. 190-194. Diversamente A. PERULLI, *Contratto di rete, distacco, codatorialità, assunzioni in agricoltura*, in A. PERULLI, L. FIORILLO (diretto da), *La riforma del mercato del lavoro*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 492; A. PILATI, *Il contratto di rete come esempio di* good practice: *dallo* small business act *allo statuto delle imprese*, in *Dall'impresa a rete alle reti di impresa*, cit., p. 137 ss.

[32] Cfr. A. PERULLI, *Contratto di rete, distacco, codatorialità, assunzioni in agricoltura*, cit., p. 492.

o comunque di reclutamento irregolare. Il legislatore ha, infatti, individuato come soggetti destinatari di tale disposizione, da un lato, le piccole imprese familiari per le quali la possibilità di condivisione può persino rappresentare l'unica possibilità di procedere ad assumere manodopera qualificata, dall'altro lato, i gruppi di imprese e le reti, rispetto alle quali l'assunzione congiunta si propone come la soluzione negoziale mediante la quale gli imprenditori possano perseguire lo scopo intrinseco del contratto di rete, ovvero «accrescere, individualmente e collettivamente, la propria capacità innovativa e la propria competitività sul mercato» (art. 3, co. 4 ter, d.l. n. 5/2009, conv. con mod. in l. n. 33/2009, nella sua formulazione attuale).

In un contesto economico globalizzato, caratterizzato da una forte innovazione tecnologica che sta interessando sempre più anche il settore agricolo, l'assunzione congiunta effettuata da imprese, anche di piccole dimensioni, legate da un contratto di rete permette loro di competere a livello internazionale contrastando la concorrenza della produzione dei Paesi a basso costo, fronteggiare le crisi di mercato ampliando la propria offerta di prodotti e servizi, nonché realizzare investimenti di maggiore entità in forza di una riduzione dei costi, anche del lavoro, che non si traduce però in forme di sfruttamento delle condizioni lavorative[33]. Questa forma di aggregazione imprenditoriale, pensata appositamente per il settore agricolo, si può in definitiva presentare come una soluzione negoziale particolarmente adeguata per sostenere la transizione digitale delle imprese agricole, come del resto altre forme di coordinamento orizzontale tra imprese hanno permesso – come l'esperienza giuridica italiana ci insegna – di fronteggiare lo squilibrio del potere negoziale tra agricoltura e industria[34].

[33] Si vedano al riguardo le osservazioni di M. MOCELLA, *Reti di imprese, crediti lavorativi e responsabilità solidale dei datori e codatori di lavoro*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2018, III, p. 15 ss.

[34] Si pensi, a tal riguardo, sia al ruolo svolto storicamente dalle cooperative, dai consorzi e dalle organizzazioni di produttori, sia al fenomeno dei distretti rurali e agroalimentari di qualità istituiti dall'art. 13, d.lgs. n. 228/2001, caratterizzati da un'interrelazione e un'interdipendenza produttiva delle imprese agricole e agroalimentari che ne fanno parte Sui modelli giuridici di aggregazione in agricoltura e sul coordinamento tra imprese in rete nella più recente esperienza di mercato, si rinvia a L. COSTANTINO, *Il contratto di rete tra imprese nel settore agricolo*, in *Rivista di diritto agrario*, 2015, I, pp. 677-678.

La proposta di direttiva UE sui *platform workers*: tecniche regolative ed effettività delle tutele per i lavoratori autonomi*

di Maria Giovannone
Ricercatrice in Diritto del Lavoro
Università degli Studi Roma Tre

Abstract [It]: Il saggio si pone l'obiettivo di approfondire la proposta di direttiva sui platform workers. Dapprima, è affrontata la questione della tecnica della presunzione relativa di subordinazione adottata dalla direttiva quale strumento di espansione delle tutele lavoristiche, delineando una riflessione sulle tecniche di regolazione del diritto del lavoro al di fuori della logica dicotomica autonomia/subordinazione. In secondo luogo, concentrando l'attenzione sui lavoratori autonomi, sono analizzate le forme di tutela connesse alla gestione algoritmica della prestazione e la centralità assunta dagli strumenti di *enforcement* per la verifica della corretta qualificazione contrattuale, tra cui l'(espunto) istituto della certificazione dei contratti.

Title: The proposed EU directive on platform workers: regulatory techniques and effective protection for the self-employed

Abstract [En]: The essay aims to deepen the proposal for a directive on platform workers. First, the question of the technique of the relative presumption of subordination adopted by the Directive as an instrument for expanding labour protections is addressed, outlining a reflection on the techniques of regulation of labor law outside the dichotomous logic of autonomy/subordination. Secondly, focusing on self-employed workers, the protection instruments connected to the algorithmic management of the service and the centrality assumed by *enforcement* tools for the verification of the correct contractual qualification are analysed, including the (rejected) institution of contract certification.

Parole chiave: lavoratori su piattaforma; presunzione legale; gestione algoritmica; lavoro autonomo; certificazione dei contratti di lavoro
Keywords: platform workers; legal presumption; algorithmic management; self-employment; certification of labour contracts

Sommario: **1.** *Ratio* della proposta di direttiva e obiettivi di analisi. **2.** La presunzione legale di subordinazione nella proposta originaria: prime considerazioni. **2.1.** Le criticità attuative degli indici presuntivi e l'impatto sull'ordinamento nazionale. **2.2.** Le proposte emendative del Parlamento europeo: prospettive applicative. **2.3.** La questione preordinata delle tecniche di regolazione. **3.** I margini di tutela per il lavoro autonomo genuino. **3.1.** Le tutele relative alla gestione algoritmica. **3.2.** Gli orientamenti sulla contrattazione collettiva dei lavoratori autonomi. **4.** L'importanza dei meccanismi di *enforcement*. **4.1.** La certificazione dei contratti di lavoro autonomo: l'opzione scartata e da "ripescare". **5.** Contrasto al falso lavoro autonomo *vs* impiego del lavoro autonomo genuino?

* Articolo sottoposto a referaggio.

1. *Ratio* della proposta di direttiva e obiettivi di analisi

Con la proposta di direttiva "relativa al miglioramento delle condizioni nel lavoro mediante piattaforme digitali"[1] il legislatore europeo pare imprimere un rinnovato slancio alla disciplina sociale, nel complesso esercizio di equilibri tra il riparto di competenze sancite dai Trattati[2].

Rafforzata dal Pilastro dei diritti sociali[3], questa tendenza si discosta ulteriormente dall'approccio "funzionalista" al Mercato Unico che aveva caratterizzato le passate scelte delle istituzioni europee[4].

---

[1] European Commission, COM(2021) 762 final (Bruxelles, 9.12.2021).

[2] Sul "nuovo attivismo europeo" si veda T. TREU, *La digitalizzazione del lavoro: proposte europee e piste di ricerca*, in *Diritto delle relazioni industriali*, n. 1, 2022, pp. 6 ss.

[3] In relazione al Pilastro europeo, parlano di "spillover effects", B. CARUSO, V. PAPA, *Sostenibilità sociale e diritti del lavoro ai tempi della resilienza europea*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 457/2022, p. 11.

[4] Sul progressivo superamento dell'approccio funzionalista, tra tendenze espansive e criticità, P. TULLINI, *Concorrenza ed equità nel mercato europeo: una scommessa difficile (ma necessaria) per il diritto del lavoro*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, n. 2, 2018, pp. 199-233; R. DE LUCA TAMAJO, *Concorrenza e diritto del lavoro*, in A. PERULLI (a cura di), *L'idea del diritto del lavoro oggi*, Wolters Kluwer Cedam, 2016; M. ROCCELLA, T. TREU, *Diritto del lavoro dell'Unione Europea*, Cedam, 2016; S. SCIARRA, *How Social Will Social Europe Be in the 2020s?*, in *German Law Journal*, vol. 21, n. 1, 2020, pp. 85-89; ID., *Il diritto sociale europeo al tempo della crisi*, in *Il diritto dell'Unione europea*, n. 4, 2015, pp. 757-777; ID., *Quale scenario nell'Europa sociale dopo la crisi?*, in *JUS*, n. 3, 2013, pp. 373-378; ID., *"Europa 2020", mercato e diritti sociali*, in F. BASENGHI, L. E. GOLZIO. R*egole, politiche e metodo. L'eredità di Marco Biagi nelle relazioni di lavoro di oggi*, Torino, G. Giappichelli Editore; 2013, pp. 219-224; ID., *Norme imperative nazionali ed europee: le finalità del diritto del lavoro*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, vol. 109, n. 1, 2006, pp. 39 ss.; P. CHIECO, *"Riforme strutturali" del mercato del lavoro e diritti fondamentali dei lavoratori nel quadro della nuova governance economica europea*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2015, pp. 359 ss.; B. CARUSO, G. FONTANA (a cura di), *Lavoro e diritti sociali nella crisi europea. Un confronto fra costituzionalisti e giuslavoristi*, Il Mulino, Bologna, 2015; B. CARUSO, M. MILITELLO (a cura di), *I diritti sociali tra ordinamento comunitario e Costituzione italiana: il contributo della giurisprudenza multilivello*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 1, 2011; B. CARUSO, *I diritti sociali fondamentali dopo il Trattato di Lisbona (tanto tuonò che piovve)*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT, n. 81, 2010; D. GOTTARDI, *Tutela del lavoro e concorrenza tra imprese nell'ordinamento dell'Unione Europea*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, vol. 128, n. 4, 2010, pp. 511 ss.; A. MARESCA, *Concorrenza tra ordinamenti e diritto del lavoro*, in A. PLAIA (a cura di), *La competizione tra ordinamenti giuridici, Mutuo riconoscimento e scelta della norma più favorevole nello spazio giuridico europeo*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 111-127; S. GIUBBONI, *Libertà d'impresa e diritto del lavoro nell'Unione europea*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3, 2016, pp. 88 ss.; ID., *I diritti sociali tra Costituzione italiana e ordinamento dell'Unione Europea*, in *D&L - Rivista critica di diritto del lavoro*, n. 4, 2008, pp. 1119 ss.; ; C. PINELLI, *Le misure di contrasto alla crisi dell'eurozona e il loro impatto sul modello sociale europeo*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, n. 1/2013, pp. 231 ss.; V. BRINO, *Diritto del lavoro e diritto della concorrenza*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, n. 1, 2005, pp. 318 e ss.; M. DE LUCA, *Il lavoro nel diritto comunitario (ora eurounitario) e l'ordinamento italiano: (più di) trent'anni dopo*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, n. 370, 2018. Meno recentemente, M. D'ANTONA, *Sistema giuridico comunitario*, in Baylos Grau, Caruso, D'Antona, Sciarra (a cura di), *Dizionario di diritto del lavoro comunitario*, Monduzzi editore, 1996, pp. 3-46; S. DEAKIN, *Labour Law as Market Regulation: the Economic Foundations of European Social Policy*, in Aa. Vv. (eds.) *European Community Labour Law*: *Principles and Perspectives*, Liber Amicorum Lord Wedderburn, Oxford, p. 63 ss. Sul progressivo discostamento dalla logica funzionalista già A. BELLAVISTA, *Armonizzazione e concorrenza tra ordinamenti nel diritto del lavoro*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .INT – 47/2006. Tra la dottrina internazionale, S. A. DE VRIES, *Protecting Fundamental (Social) Rights through the Lens of the EU Single Market: The Quest for a More 'Holistic Approach"*, in *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, vol. 32, n. 2, 2016 pp. 203–230; A. VELDMAN, S. A DE VRIES, *Regulation and Enforcement of Economic Freedoms and Social Rights: A Thorny Distribution of Sovereignty,* in T. VAN DEN BRINK, M. LUCHTMAN, M SCHOLTEN (eds), *Sovereignity in the Shared Legal Order of the EU - Core Values of Regulation and Enforcement*, Intersentia, 2015, pp. 7 e ss.; S. LEADER, *I diritti sociali nell'economia globale*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, n. 3, 2015, pp. 753-763; ; . R. ZAHN, D. MANGAN, *Labour Standards and Sustainable Development: Unpicking the EU's Approach*, in *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, vol. 31, n. 3, 2015, pp. 233-242; C. BARNARD, *The Protection of Fundamental Rights in Europe after Lisbon: A Question of Conflicts of Interests*, in S. A. DE VRIES, U. BERNITZ, S. WEATHERILL (eds), *The Protection of Fundamental Rights in the EU after Lisbon*, Hart, 2013; S. DEAKIN, *The Lisbon Treaty, the Viking and Laval Judgement and the Financial Crisis: In search of New Foundations for Europe's Social Market Economy*, in N. BRUUN et al. (eds.), *The Lisbon Treaty and Social*

Il percorso intrapreso sembra così alimentare quella "armonizzazione coesiva" in atto da tempo e finalizzata a correggere le distorsioni del mercato mediante la prescrizione di regole comuni agli ordinamenti nazionali del lavoro[5] ed emancipare il diritto sociale europeo dal diritto concorrenziale[6]. Il tema, dunque, non è più la superata sottomissione dei diritti sociali alle logiche di mercato, quanto la inevitabile ricerca di equilibri tra tutele sociali e funzionamento del mercato in ogni ambito di intervento. In questa delicata dialettica si pone la proposta di direttiva che introduce lo strumento della presunzione legale relativa di subordinazione dei lavoratori su piattaforma, che per certi versi si allontana dalla prospettiva della giurisprudenza europea in favore della libera prestazione dei servizi (che tutela il lavoro autonomo come manifestazione di tale libertà). Analogamente possono essere lette le più recenti iniziative intraprese in materia di trasparenza sulle condizioni di lavoro[7], salario minimo[8] e diritto alla disconnessione[9], così come le misure emergenziali a tutela del reddito (fondo SURE).

A supporto di questo afflato sociale espansivo, il legislatore si muove nei margini delineati dai Trattati, considerato che l'intervento di *hard law* in questo ambito rinviene la sua base giuridica nell'art. 153, par. 1, del TFUE che legittima l'intervento europeo per sostenere e completare l'azione degli Stati membri sul

Europe, Hart, 2012, pp. 19 e ss.; A. BAYLOS GRAU, *Crisi, modello europeo e riforma del lavoro*, in *Lavoro e diritto*, n. 3, 2010, pp. 473 ss.

[5] M. D'ANTONA, *Armonizzazione del diritto del lavoro e federalismo nell'Unione Europea*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, n. 3, 1994, pp. 700 ss.

[6] Sia consentito il richiamo a M. GIOVANNONE, *La tutela dei* labour standards *nella catena globale del valore*, Aracne editrice, 2019, pp. 39 ss. Ci si trova di fronte alla sfida, non certo nuova, di rilanciare la funzione distributrice delle tutele propria del diritto del lavoro, il quale, sul tracciato funzionalista, ha rischiato di diventare un ramo del diritto d'impresa. Cfr. G. VARDARO, *Tecnica, tecnologia e ideologia della tecnica nel diritto del lavoro*, in L. Gaeta, A.R. Marchitiello, P. Pascucci (a cura di), *Itinerari*, Franco Angeli, 1989, p. 291.

[7] Direttiva (UE) 2019/1152 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019, relativa a condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili nell'Unione europea. Sul tema, D. GEORGIOU, *The new EU Directive on Transparent and Predictable Working Conditions in the context of new forms of employment*, in *European Journal of Industrial Relations*, vol. 28, n. 2, 2022, pp. 193-210; B. BEDNAROWICZ, *Delivering on the European Pillar of Social Rights: The New Directive on Transparent and Predictable Working Conditions in the European Union*, in *Industrial Law Journal*, vol. 48, n. 4, 2019, pp. 604-623.

[8] Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa a salari minimi adeguati nell'Unione europea (COM/2020/682 final). In commento, tra tutti, M. BARBIERI, *La proposta di direttiva sul salario minimo legale: opportunità e limiti*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, n. 2, 2021, p. 389 ss.; A. BELLAVISTA, *La proposta di direttiva sui salari minimi adeguati. L'Europa sociale ad una svolta*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, n. 2, 2021, pp. 411-431; M. DELFINO, *Proposta di direttiva, tutela giuridica dei salari e nodi della contrattazione collettiva in Italia*, in *Diritto delle relazioni industriali*, n. 2, 2021; A. LO FARO, *L'iniziativa della Commissione per il salario minimo europeo tra coraggio e temerarietà*, in *Lavoro e diritto*, n. 3, 2020, pp. 539-556; E. MENEGATTI, *Il salario minimo nel quadro europeo e comparato. A proposito della proposta di direttiva relativa a salari minimi adeguati nell'Unione europea*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, n. 1, 2021, pp. 41-58; G. PROIA, *La proposta di direttiva sull'adeguatezza dei salari minimi*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, n. 1, 2021, pp. 26-40; L. RATTI, *La proposta di direttiva sui salari minimi adeguati nella prospettiva di contrasto all'*in-work poverty, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, n. 1, 2021, pp. 59-76; Z. ADAMS, *Ancora sulla proposta di direttiva sui salari minimi adeguati nell'UE*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, n. 2, 2021, pp. 283-307.

[9] Risoluzione del Parlamento europeo del 21 gennaio 2021 recante raccomandazioni alla Commissione sul diritto alla disconnessione (2019/2181(INL)). Sulla risoluzione, E. FIATA *L'iniziativa europea sul diritto alla disconnessione*, in *LavoroDirittiEuropa*, n. 4, 2021, pp. 1-18; G. MARCHETTI, *Il diritto alla disconnessione dal lavoro tra riconoscimento nell'ordinamento italiano e proposta di tutela europea*, in G. FERRI (a cura di) *Diritto costituzionale e nuove tecnologie*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2022, pp. 297-319.

miglioramento delle condizioni di lavoro. Così è accaduto per l'adozione della direttiva n. 1152/2019 sulle condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili e della bozza di direttiva sul diritto alla disconnessione contenuto nella relativa raccomandazione del Parlamento europeo. Come pure, ma in modo più controverso, il par. 1 (lett. b) dell'art. 153 TFUE è stato impiegato per superare il limite esplicito posto dal Trattato all'intervento europeo in materia di retribuzioni (art. 153, par. 5) che ostacolava il licenziamento della proposta di direttiva sul salario minimo[10]. Su questa base giuridica, l'Unione europea esprime una competenza regolativa integrativa e sussidiaria che consente di fissare standard minimi di tutela cui gli Stati membri devono allinearsi nel rispetto dell'autonomia degli ordinamenti nazionali e dell'autonomia procedurale nel processo attuativo. Senonché, come di seguito argomentato[11], la proposta di direttiva sul lavoro su piattaforma, che pure ha come base giuridica l'art. 153, par. 1, del TFUE, oltre che l'art. 16, par. 2 per la parte afferente la protezione dei dati personali dai sistemi decisionali automatizzati (in linea di continuità con il regolamento (UE) 2016/679 (GDPR)[12]), pare forzare i limiti del citato riparto di competenze.

Le motivazioni alla base dell'iniziativa europea sul tema sono ormai ben note: intervenire sulle c.d. esternalità sociali della transizione digitale, considerato che il lavoro su piattaforma – rispetto al quale la definizione di "gig work" è ormai stretta[13] – è diventato l'emblema (talvolta troppo enfaticamente) dei problemi in cui incorrono i nuovi modelli organizzativi del lavoro altamente digitalizzati. La gestione algoritmica, si osserva, rischia soprattutto di opacizzare e manipolare i rapporti di potere e di autonomia tra la piattaforma e i lavoratori, facilitando i casi di *missclassification* contrattuale e di depauperamento delle condizioni di lavoro e di impiego[14].

---

[10] M. BARBIERI, *La proposta di direttiva sul salario minimo legale: opportunità e limiti*, cit., p. 389 ss. Sul punto anche, M. DELFINO, *Proposta di direttiva, tutela giuridica dei salari e nodi della contrattazione collettiva in Italia*, cit.; A. LO FARO, *L'iniziativa della Commissione per il salario minimo europeo tra coraggio e temerarietà*, cit.

[11] Cfr. § 2.3.

[12] Sul punto, G. BRONZINI, *La proposta di Direttiva sul lavoro nelle piattaforme digitali tra esigenze di tutela immediata e le sfide dell'"umanesimo digitale"*, in *LavoroDirittiEuropa*, n. 1, 2022, p 2 ss., evidenzia che il principio di sussidiarietà è invece soddisfatto dall'organizzazione transnazionale delle piattaforme digitali e dal rischio che gli Stati membri intervengano in modo non conforme alle regole del mercato unico.

[13] Evidenze empiriche mostrano l'incremento del lavoro su piattaforma come principale fonte di reddito. Cfr. S. JOYCE, M. STUART, C. FORDE, D. VALIZADE, *Work and social protection in the platform economy in Europe*, in *Advances in Industrial and Labor Relations*, vol. 25, 2019, pp. 168 ss.; Inapp, *Lavoro virtuale nel mondo reale: i dati dell'Indagine Inapp-Plus sui lavoratori delle piattaforme in Italia*, gennaio 2022, p. 35 ss.

[14] Non ha tutti i torti chi guarda al passato, riconoscendo nel "potere razionale" sotteso all'*algorithmic management* una sorta di strumento 4.0 per inverare il sogno tayloristico della gestione scientifica che conduce alla alienazione tecnica ed economica del lavoratore. Cfr. E. MCGAUGHEY, *Taylorooism: When Network Technology Meets Corporate Power*, in *Industrial Relations Journal*, vol. 49, n. 5-6, 2018, pp. 459-472. Anche G. CAVALLINI, M. AVOGARO, *'Digital work' in the 'platform economy': the last (but not least) stage of precariousness in labour relationships*, in J. Kenner, I. Florczak, M. Otto (eds.), *Precarious Work. The Challenge for Labour Law in Europe*, Elgar, 2019, p. 176, mettono in luce che le piattaforme rafforzano la tendenza verso la "commodification of labour" attraverso la concezione di "humans-as-a-service". Cfr. J. PRASSL, *Humans as a Service: The Promise and Perils of Work in the Gig Economy*, Oxford University Press, 2018.

Quanto alle tecniche di regolazione adottate, particolarmente interessante è la prima macro-area di intervento, sulla corretta qualificazione contrattuale (o meglio, la più agevole riqualificazione dei falsi lavoratori autonomi) perseguita attraverso l'introduzione della presunzione relativa di subordinazione, la cui uniformità attuativa – nella formulazione originaria della proposta – doveva essere garantita da alcuni indici di subordinazione. Il legislatore europeo, in controtendenza rispetto al dibattito sulla ridefinizione dei criteri di accesso ai regimi protettivi mediante la costruzione di un pavimento di tutele minime che prescinda dai tipi contrattuali, non si discosta dalla classica dicotomia subordinazione-autonomia e tenta invece di calamitare un maggior numero di lavoratori su piattaforma nell'area delle tutele "forti" garantite dalla subordinazione. A riprova, le misure sulla gestione algoritmica statuiscono una serie di tutele graduate a seconda che si tratti di un "lavoratore delle piattaforme digitali" (*alias* lavoratore subordinato)[15] ovvero di una "persona che svolge un lavoro mediante piattaforme digitali" (ossia anche un lavoratore autonomo)[16]. Sono dunque novità di rilievo sul piano delle tutele sostanziali per i lavoratori autonomi. Ciononostante, la reiterata differenziazione formale tra lavoratori subordinati e autonomi parrebbe alimentare la disparità di trattamento normativo fondata sullo *status* contrattuale[17]. Non a caso, nelle more di un *iter* legislativo in pieno fermento ed alla luce degli emendamenti proposti dal Parlamento europeo[18], l'impostazione originaria del provvedimento pare destinata a subire modifiche non trascurabili. Soprattutto, pur salvaguardando la presunzione di subordinazione, scompaiono dall'articolato gli indici presuntivi, spostati nei considerando, sotto forma di elenco esemplificativo che dovrebbe indirizzare gli Stati nell'attuazione della presunzione[19].

Interessante è pure la proposta – questa forse più condivisibile – di estendere le tutele di cui al Capo III (artt. 6, 7, 8 e 9) oltre il lavoro su piattaforma, dato il crescente impiego trans-settoriale degli algoritmi nella gestione del lavoro.

Ciò premesso, non si intende qui fornire una lettura complessiva dell'atto in corso di discussione, quanto piuttosto sondare i margini di effettività di una tecnica di regolazione delle tutele del lavoro autonomo non genuino fondata sulla presunzione legale di subordinazione e, di contro, analizzare i meccanismi di protezione che il provvedimento adotta per la platea, comunque ampia, dei lavoratori autonomi genuini nel multiforme ambito delle piattaforme digitali. Pare chiaro, infatti, che la Commissione europea abbia

[15] Art. 2, par. 1 (4): «qualsiasi persona che svolge un lavoro mediante piattaforme digitali e ha un contratto di lavoro o un rapporto di lavoro quali definiti dal diritto, dai contratti collettivi o dalle prassi in vigore negli Stati membri, tenuto conto della giurisprudenza della Corte di giustizia».

[16] Art. 2, par. 1 (3): «qualsiasi persona fisica che svolge un lavoro mediante piattaforme digitali, indipendentemente dalla qualificazione contrattuale, da parte delle parti interessate, del rapporto tra tale persona e la piattaforma di lavoro digitale».

[17] Così anche A. ALOISI, N. POTOCKA-SIONEK, *De-gigging the labour market? An analysis of the 'algorithmic management' provisions in the proposed Platform Work Directive*, in *Italian Labour Law e-Journal*, vol. 15, n. 1, 2022, p. 37.

[18] Draft European Parliament Legislative Resolution - PR – PE731.497v01-00.

[19] Considerando 25.

tentato di tutelare il lavoro tramite piattaforma promuovendo la riqualificazione contrattuale a favore della subordinazione: una scelta anticiclica rispetto al dibattito universalistico sopra citato e, peraltro, poco scontata se si tiene conto che le fasi di consultazione avevano aperto alla ipotesi di intervento *a partire dalla corretta qualificazione del lavoro autonomo genuino*, attraverso il meccanismo "preventivo" della certificazione contrattuale.

2. La presunzione legale di subordinazione nella proposta originaria: prime considerazioni

La Comunicazione di accompagnamento alla proposta di direttiva prende atto che le piattaforme digitali organizzano il lavoro in modi difformi. I diversi modelli organizzativi adottati generano diversi gradi di autonomia e di dipendenza nell'esecuzione dell'attività tramite piattaforma[20]. Da questi aspetti dipende la corretta (ri)qualificazione della situazione dei lavoratori, che ha alimentato il ricorso in giudizio in Europa[21] e non solo[22].

Per far fronte al dilemma qualificatorio, la prima stesura della proposta di direttiva aveva introdotto la presunzione relativa di subordinazione ancorata a cinque indici presuntivi che consentissero di dimostrare il controllo esercitato dalla piattaforma sull'esecuzione del lavoro (art. 4), traendo ispirazione dalla recente riforma spagnola a tutela dei riders[23] e probabilmente dalla controversa esperienza californiana[24].

[20] European Commission, COM(2021) 761 final, 2.

[21] La Commissione europea riporta oltre 100 decisioni giudiziarie e 15 decisioni amministrative, prevalentemente a favore della riclassificazione del rapporto di lavoro nella forma subordinata. Cfr. ECE, *Case Law on the Classification of Platform Workers: Cross-European Comparative Analysis and Tentative Conclusions*, 2021; D. DEFOSSEZ, *The employment status of food delivery riders in Europe and the UK: Self-employed or worker?*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 29, n. 1, 2022, pp. 25-46; C. HIEßL, *The classification of platform workers in case law: A cross-European comparative analysis*, in *Comparative Labor Law & Policy Journal*, vol. 42, n. 2, 2022 (in corso di pubblicazione); M.T. CARINCI, F. DORSSEMONT, *Platform Work in Europe. A Comparative Perspective*, in M.T. CARINCI, F. DORSSEMONT (a cura di), *Platform Work in Europe. Towards Harmonization?*, Cambridge, 2021. Tuttavia, questa giurisprudenza non è diffusa in tutti gli Stati membri e rischia di generare una forte disomogeneità classificatoria. Cfr. G. BOOT, *Platform Work in Europe: The need for a multilevel solution to protect the so-called self-employed*, in *European Labour Law Journal*, 2021, Special Issues, pp. 1-5.

[22] La situazione non differisce negli Stati Uniti, dove l'impiego giurisprudenziale dei test di subordinazione ("economic realities" test e "common law/agency" test) ha prodotto risultati incoerenti. Gli esempi più eclatanti riguardano le decine di class action e richieste di arbitrato contro Uber. Sul punto, K. CUNNINGHAM-PARMETER, *Gig-Dependence: Finding the Real Independent Contractors of Platform Work*, in *Northern Illinois University Law Review*, vol. 39, n. 3, 2019, pp. 379-427.

[23] Il *Real Decreto-Ley* 9/2021 ha introdotto la presunzione relativa di subordinazione, limitatamente a favore dei riders, al ricorrere di determinate condizioni. Inoltre, in modifica dello Stato dei Lavoratori, è stato stabilito il diritto di informazione sulla gestione algoritmica in capo ai rappresentanti aziendali. Sul punto, F. PISANI, *La proposta di direttiva UE*, cit. In Spagna si è assistito ad un numero elevato di contenziosi sulla qualificazione dei rapporti di lavoro dei lavoratori su piattaforma. Anche in questo caso, nella maggior parte dei casi, ai lavoratori è stato riconosciuto lo status di lavoratore subordinato. Cfr. A. TODOLÍ SIGNES, *Notes on the Spanish Supreme Court Ruling that Considers Riders to be Employees*, in *Comparative Labor Law & Policy Journal*, Dispatch 30, 2020, pp. 1 ss.; A. BARRIO, *Contradictory Decisions on the Employment Status of Platform Workers in Spain*, in *Comparative Labor Law & Policy Journal*, Dispatch 20, 2020, p. 20.

[24] La California ha introdotto la c.d. "AB5 presumption", entrata in vigore nel gennaio 2020. Si trattava, anche in questo caso, di una presunzione relativa. Più in particolare, il datore di lavoro poteva dimostrare l'assenza di un rapporto di lavoro superando (in senso negativo) il c.d. "test ABC", secondo cui i lavoratori: non devono essere sottoposti al controllo e alla direzione dell'impresa; non devono svolgere altre attività lavorative; non devono essere indipendenti sotto il punto di vista commerciale, occupazionale e produttivo. Tuttavia, alcune importanti piattaforme hanno avviato una campagna di iniziativa elettorale (Proposition 22) allo scopo di esentare da tale disciplina le piattaforme di trasporto

Sinteticamente, gli indici presuntivi sono: la determinazione effettiva della retribuzione, anche soltanto attraverso la fissazione dei limiti massimi (a); l'obbligo in capo al lavoratore di rispettare le regole sull'aspetto esteriore, il comportamento verso il cliente o l'esecuzione del lavoro (b); la supervisione dell'esecuzione del lavoro ovvero la verifica della qualità dei risultati (c); la limitazione, anche per mezzo di sanzioni, dell'autonomia organizzativa in relazione al tempo di lavoro, all'accettazione degli incarichi e al riscorso a sostituti o subappaltatori (d); la limitazione della possibilità di svolgere altri lavori o di crearsi una propria clientela (e).

Non poche le criticità attuative della presunzione che, di per sé, non facilita la prevedibilità, negli ordinamenti nazionali, dell'esito qualificatorio del rapporto di lavoro. Eppure l'idea di imporre la subordinazione come *presunzione* della natura di un rapporto di lavoro meritevole delle tutele ordinamentali non è certamente nuova a livello nazionale ed è stata avallata in più occasioni per agevolare l'esito qualificatorio in giudizio[25]. Analogamente, taluni commenti al testo originario della proposta di direttiva hanno ravvisato nella presunzione una garanzia della certezza del diritto tra i diversi attori coinvolti[26]. Ciononostante, l'esito qualificatorio non pare affatto scontato poiché, *ab origine*, l'idea stessa di scomporre la nozione di lavoro subordinato in indici presuntivi, ampiamente diffusa a livello giurisprudenziale, ha potenziato il rischio di una interpretazione disomogenea della fattispecie originando diversi esiti qualificatori per situazioni affini[27]. Peraltro, con più specifico riferimento alla presunzione relativa, in tempi non sospetti, era stato evidenziato che tale strumento, sperimentato in diversi ordinamenti, non avesse sortito l'effetto chiarificatore desiderato, essendo la qualificazione pur sempre vincolata al momento valutativo dell'interprete[28]. Anche in Italia l'introduzione della presunzione per il lavoro a progetto – basata su indici presuntivi poco chiari – «appariva spesso "oziosa" e priva di effettiva rilevanza pratica»[29] in sede di giudizio, visto che i giudici finivano per affidarsi, nuovamente, ai tradizionali

e di delivery. La Proposition 22 è stata votata a maggioranza; tuttavia, in attesa del giudizio della Corte di giustizia, la modifica referendaria è stata sospesa. Cfr. D. MANGAN, *Delivering on the Binary Divide*, in *European Labour Law Journal*, vol. 12, n. 2, 2021, pp. 226-236; M. BIASI, *Lavoro tramite piattaforma e presunzione relativa di subordinazione: ABC-Test californiano e proposta di Direttiva europea a confronto*, in *LavoroDirittiEuropa*, n. 2, 2022, pp. 1-11.

[25] In questo senso si esprimeva M. D'ANTONA, *Ridefinizione delle fattispecie di contratto di lavoro*, in (a cura di G. GHEZZI), *La disciplina del mercato del lavoro, proposte per un testo unico*, Ediesse, 1996, p. 198; similmente, la proposta di T. TREU confluita nel d.l. n. 2225/2003, che recitava "quando il rapporto di lavoro presenti, nelle sue concrete modalità di svolgimento, le caratteristiche proprie del rapporto di lavoro subordinato, si converte automaticamente in rapporto di lavoro subordinato a decorrere dal momento in cui dette caratteristiche ricorrono, secondo quanto riscontrato in sede giudiziale" (art. 2).

[26] M. KULLMANN, *Platformisation' of Work: An EU Perspective on Introducing a Legal Presumption*, in *European Labour Law Journal*, vol. 13, n. 1, 2021, pp. 66-80.

[27] C'è chi addirittura paventa il rischio di "manipolazione" della fattispecie da parte del giudice. Cfr. S. DEAKIN, *Decoding Employment Status*, in *King's Law Journal*, vol. 31, n. 2, 2020, pp. 180-193.

[28] NOGLER L., *Sull'inutilità delle presunzioni legali relative in tema di qualificazione dei rapporti di lavoro, in Rivista italiana di diritto del lavoro*, I, 1997, p. 310 ss.

[29] M. NOVELLA, *Lavoro subordinato, lavoro a progetto, lavoro autonomo. La legge n. 92/2012 ridefinisce la fattispecie?*, in *Lavoro e diritto*, n. 3-4, 2012, p. 586.

criteri di subordinazione di matrice giurisprudenziale[30]. Insomma, la presunzione agisce sulla fattispecie di subordinazione, con pretese "sovrainclusive"[31], senza migliorare l'effettività delle tutele. Il discorso non sembra mutare in riferimento al tema d'indagine, visto che in molti Paesi europei le presunzioni relative generiche, riferite a specifiche professioni, non si sono rivelate decisive nei contenziosi relativi alla qualificazione contrattuale dei lavoratori su piattaforma[32].

Nondimeno, la "codificazione" europea degli indici presuntivi, sia pure alla luce della giurisprudenza UE, a maggior ragione avrebbe potuto non sortire alcun effetto uniformatore, posto che la dimostrazione dell'assenza di un rapporto di lavoro subordinato deve comunque avvenire nel rispetto delle definizioni legali e giurisprudenziali nazionali (art. 5). Anzi, come giustamente notato, il rischio era che la presunzione relativa di subordinazione, di diritto euro-unitario, potesse essere superata in ventisette modi diversi[33]. Questo poteva avvenire attraverso il recepimento normativo della direttiva, ma anche mediante lo sforzo interpretativo delle corti nazionali finalizzato ad adattare gli indici interni di subordinazione agli elementi "sartoriali" che erano elencati nella direttiva. È proprio sul punto che si annidavano le principali insidie del testo normativo, nella sua prima stesura, perché l'interpretazione giudiziale sarebbe stata messa duramente alla prova da indici "multilivello", potenzialmente in conflitto tra loro.

Sul piano degli effetti pratici, quindi, gli indici di presunzione avrebbero rischiato di accentuare l'esposizione delle piattaforme alla riqualificazione del rapporto di lavoro in modo alquanto imprevedibile – in un periodo di "assestamento" applicativo – smentendo piuttosto l'obiettivo di garantire condizioni di parità e certezza del diritto per entrambe le parti contrattuali[34]. A quel punto, non avrebbe stupito se

---

30 M. MAGNANI, *Autonomia, subordinazione, coordinazione nel gioco delle presunzioni*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 174/2013, p. 9.

31 M. NOVELLA, *Lavoro subordinato, lavoro a progetto, lavoro autonomo*, cit., p. 578.

32 Per un approfondimento sulla scarsa efficacia delle presunzioni di subordinazione introdotte negli ordinamenti nazionali, C. HIEßL, *The legal status of platform workers: regulatory approaches and prospects of a European solution*, in *Italian Labour Law e-Journal*, vol. 15, n. 1, 2022, pp. 19 ss.

33 M. BARBIERI, *Prime osservazioni sulla proposta di direttiva per il miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro con piattaforma*, in *Labour & Law Issues*, vol. 7, n. 2, 2021, pp. C1-C20.

34 Di opinione affine A. DONINI, *Alcune riflessioni sulla presunzione di subordinazione della Direttiva Piattaforme*, in *Labour§LawIssues*, vol. 8, n. 1, 2022, pp. R. 30- R. 42; P. TULLINI, *La Direttiva Piattaforme e i diritti del lavoro digitale*, in *Labour§LawIssues*, vol. 8, n. 1, 2022, pp. R. 46- R. 56. A queste considerazioni si sommino le criticità scaturite dalla scelta di non adottare una differenziazione interna tra le diverse tipologie di lavoratori su piattaforma, che potrebbe ulteriormente alimentare i dubbi sulla (ri)qualificazione contrattuale. Rileva almeno la distinzione, operata dalla dottrina, tra il lavoro "online" e il lavoro "offline": soprattutto, rispetto al lavoro "location-based" (per intenderci, i riders), il "crowdwork" è difficilmente identificabile come lavoro subordinato. La Commissione europea ha invece adottato un approccio "unitario", senza attuare alcuna distinzione neanche nella identificazione degli indici presuntivi di subordinazione. Sul punto, L. RATTI, *A Long Road Towards the Regulation of Platform Work in the EU*, in J. M. M. BOTO, E. BRAMESHUBER (eds), *Collective Bargaining and the Gig Economy - A Traditional Tool for New Business Models*, Hart Publishing, 2022, pp. 39-60 ha evidenziato che gli indici di presunzione rischiavano di non intercettare i lavoratori "online": in genere ai *providers* non sono imposte regole sull'aspetto esteriore (art. 4, par. 2, lett. b)), né alcuna limitazione della libertà di organizzare il lavoro (art. 4, par. 2, lett. d)) o della possibilità di svolgere un'altra attività lavorativa per conto proprio o di terzi (art. 4, par. 2, lett. e)). Similmente, V. DE STEFANO, *The EU Commission's proposal for a Directive on Platform Work: an overview*, in *Italian Labour Law e-Journal*, vol. 15, n. 1, 2022, p. 3 ss. Nonostante queste criticità, ad

le piattaforme digitali si fossero affrettate a cambiare repentinamente i propri modelli organizzativi[35] per evitare di acuire il rischio di contenzioso e di esposizione a sanzioni, magari attraverso il ricorso massiccio alla intermediazione di manodopera[36].

2.1. Le criticità attuative degli indici presuntivi e l'impatto sull'ordinamento nazionale

Non si può negare che gli indici avrebbero potuto aprire ad una interpretazione estensiva della nozione di lavoratore dipendente, tenendo gli stessi conto del complesso delle caratteristiche intrinseche ed estrinseche del rapporto di lavoro che si riferiscono al concetto di etero-organizzazione, oltre il perimetro più angusto dell'etero-direzione[37]. La proposta originaria costruiva infatti un *mix* di criteri che non si riferivano esclusivamente al potere direttivo quale caratteristica intrinseca della prestazione subordinata, ma anche alla meno pervasiva facoltà del committente di organizzare la prestazione del lavoratore per renderla compatibile con i fattori produttivi e con i risultati dell'impresa (come la verifica della qualità dei risultati, la limitazione della libertà di organizzare l'orario di lavoro ovvero di cedere il lavoro a terzi).

avviso di chi scrive rimaneva il fatto che la presunzione sarebbe scattata alla sussistenza di almeno due degli indici elencati. Persistevano pertanto ancora importanti margini di discrezione – in capo al giudice e agli organi amministrativi – per ricondurre il *crowdworker* nell'area del lavoro subordinato.
In tema di crowdwork, P. DE PETRIS, *On-demand economy: the new face of work*, in A PERULLI, S. BELLOMO (eds), *Platform work and work 4.0: new challenges for labour law*, CEDAM, 2021, pp. 52 ss.; T. NOVITZ, *The Potential for International Regulation of Gig Economy Issues*, in *King's law journal*, vol. 31, n. 2, 2020, pp. 275-286; V. DE STEFANO, *The Rise of the "Just-in-Time Workforce": On-Demand Work, Crowdwork, and Labor Protection in the "Gig-Economy"*, in *Comparative Labor Law & Policy Journal*, n. 37, 2016, pp. 471-504; V. DE STEFANO, A. ALOISI, *European Legal framework for digital labour platforms*, European Commission, Luxembourg, 2018, p. 11; R. VOZA, *Il lavoro e le piattaforme digitali: the same old story?*, in W.P. CSDLE Massimo D'Antona.IT, 336/2017; J. PRASSL, M. RISAK, *Uber, Taskrabbit, & Co: Platforms as Employers? Rethinking the Legal Analysis of Crowdwork*, Oxford Legal Studies Research Paper, n. 8, 2016. Pare altresì importante evidenziare che il lavoro svolto interamente online solleva problemi sulla legge applicabile in ragione della frequente natura trans-nazionale del rapporto di lavoro. Sul punto, M. T. CARINCI, A. HENKE, *Employment relations via the web with international elements: Issues and proposals as to the applicable law and determination of jurisdiction in light of EU rules and principles*, in *European Labour Law Journal*, vol. 12, n. 2, 2021, pp. 134-155; J. P. LHERNOULD, *Intra-EU Cross-Border Platform Work: Hiding Issues of Undeclared Work*, in *Zbornik Pravnog Fakulteta Zagrebu*, vol. 70, n. 4, 2020, pp. 455-480; I. VUKOREPA, *Cross-Border Platform Work: Riddles for Free Movement of Workers and Social Security Coordination*, in *Zbornik Pravnog Fakulteta Zagrebu*, vol. 70, n. 4, 2020, pp. 481-512.

[35] A. BERTOLINI, O. ALYANAK, C. CANT, T. LÓPEZ, P. AGÜERA, K. HOWSON, M. GRAHAM, *Fraiwork Response to the European Commission's Proposal for a Directive on Platform Work*, Fairwork, online, 2021; M. DE MINICIS, M. MAROCCO, *Consistenza, caratteristiche e bisogni dei lavoratori delle piattaforme. Quali strategie regolative alla luce della proposta di Direttiva?*, in *LavoroDirittiEuropa*, 1, 2022, 1-13. Sulle vicende passate relative a mutamenti organizzativi ai fini elusivi da parte delle piattaforme, A. INGRAO, *Riders: un altro passo verso la subordinazione*, in *Labour&LawIssues*, vol. 8, n. 1, 2022, pp. R. 68 ss.

[36] F. PISANI, *La proposta di direttiva UE per i lavori delle piattaforme digitali e il Real Decreto-Ley 9/2021 spagnolo*, in *Lavoro e previdenza oggi*, n. 1, 2022, P. 76.

[37] S. GIUBBONI, *La proposta di direttiva della Commissione europea sul lavoro tramite piattaforma digitale*, in *Menabò di Etica ed economia*, gennaio 2022; G. BRONZINI, *La proposta di Direttiva sul lavoro nelle piattaforme digitali tra esigenze di tutela immediata e le sfide dell'"umanesimo digitale"*, cit.

In definitiva, non si tiene soltanto conto delle dinamiche di controllo, ma anche degli aspetti organizzativi – più vicini alla subordinazione tecnologica – della prestazione di lavoro[38].

Posta in questi termini la questione, si osserva come alcuni indici coincidano con le caratteristiche dell'italianissima etero-organizzazione, che è però lavoro autonomo, e che infatti si sostanzia nella «facoltà del committente di organizzare la prestazione del lavoratore […], rendendola di fatto compatibile con il substrato materiale e con i fattori produttivi apprestati dal committente»[39]. In realtà, l'elenco oltrepassava anche i più blandi criteri dell'etero-organizzazione, giacché gli indici si riferivano di fatto anche alla situazione di "dipendenza economica" del lavoratore dalla piattaforma, visto che rilevava l'effettiva limitazione alla possibilità di costruire una propria clientela o di svolgere lavori per terzi.

Non si trattava probabilmente di una novità rivoluzionaria per gli ordinamenti nazionali degli Stati europei. Si potrebbe inoltre ritenere che gli indici euro-unitari avrebbero spinto l'interprete nazionale – e forse il legislatore – a superare l'identificazione dell'eterodirezione quale criterio necessario per la qualificazione di un rapporto di lavoro subordinato[40], conferendo piuttosto all'etero-organizzazione un proprio autonomo rilievo nella identificazione della subordinazione quale fattispecie contrattuale applicabile[41]. È tuttavia evidente come la proposta originaria cozzi con la *ratio* del riformato art. 2 d.lgs. n. 81/2015, visto che il legislatore nazionale – a differenza di quello europeo - non ha intaccato la fattispecie, limitandosi ad agire sulla disciplina applicabile ad una peculiare forma di lavoro che rimane autonomo[42].

---

[38] Parla di «visione organizzativa della subordinazione» A. ALAIMO, *Il pacchetto di misure sul lavoro nelle piattaforme: dalla proposta di Direttiva al progetto di Risoluzione del Parlamento europeo. Verso un incremento delle tutele?*, in *Labour&LawIssues*, vol. 8, n. 1, 2022, p. 13.

[39] A. PERULLI, *Il lavoro autonomo, le collaborazioni coordinate e le prestazioni organizzate dal committente*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT, n. 272/2015, p. 28. Si veda anche lo stesso A., *Il diritto del lavoro "oltre la subordinazione": le collaborazioni etero-organizzate e le tutele minime per i riders autonomi*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 410/2020, pp. 1-73.

[40] Sul caso italiano, recentemente, G. BANDELLONI, *Corsi e ricorsi dell'eterodirezione*, in *Labour & Law Issues*, vol. 7, n. 1, 2022, pp. 2 ss.

[41] G. SANTORO PASSARELLI, *La subordinazione in trasformazione*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, n. 4, 2021, pp. 1125 ss.

[42] Sul lavoro etero-organizzato, come noto, la dottrina ancora si divide sostanzialmente su due fronti interpretativi. C'è chi riconduce il lavoro etero-organizzato all'area della subordinazione (*ex multis*, O. RAZZOLINI, *La nuova disciplina delle collaborazioni organizzate dal committente. Prime considerazioni*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT, n. 266, 2015, p. 2 ss; G. SANTORO PASSARELLI, *I rapporti di collaborazione organizzati dal committente e le collaborazioni continuative e coordinate ex art. 409 n. 3 c.p.c.*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT, n. 278, 2015, p. 16 e ID, *Lavoro etero-organizzato, coordinato, agile e il telelavoro: un puzzle non facile da comporre in un'impresa in via di trasformazione*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT, n. 327, 2017, p. 4; L. NOGLER, *La subordinazione nel d.lgs. n. 81 del 2015: alla ricerca dell'autorità del punto di vista giuridico*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT, n. 267, 2015, p. 16; M. PERSIANI, *Note sulla disciplina di alcune collaborazioni coordinate*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, n. 6, 2015, p. 1260; G. FERRARO, *Collaborazioni organizzate dal committente*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, n. 1, 2016, p. 10; L. MARIUCCI, *Il diritto del lavoro ai tempi del renzismo*, in *Lavoro e diritto*, n. 1, 2015, p. 28; F. CARINCI, *La subordinazione rivisitata alla luce dell'ultima legislazione: dalla "subordinazione" alle "subordinazioni"?*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, n. 4-5, 2018, p. 968. Tra i sostenitori di questa tesi anche T. TREU, *In tema di Jobs Act. Il riordino dei tipi contrattuali*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, n. 146, 2015, p. 155 ss., il quale parla di nuova definizione di subordinazione. Parla di una "sorta di presunzione legale relativa" di subordinazione M. TIRABOSCHI, *Il lavoro etero-organizzato*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, n. 4, 2015, pp. 978-987. Non dissimile V. NUZZO, *I confini delle*

Ad ogni modo, l'etero-organizzazione poteva essere comunque ritenuta dal legislatore un adeguato "paracadute" a fronte delle istanze di tutela dei lavoratori sul *limen* tra subordinazione ed autonomia[43]. E la clausola di non regresso contenuta nella proposta di direttiva lo avrebbe consentito (art. 20). Tra l'altro, il fatto che parte della dottrina abbia interpretato il lavoro etero-organizzato proprio come una presunzione di subordinazione, in accoglimento di criteri presuntivi meno rigidi[44], parrebbe indicativo della corrispondenza tra i criteri europei e l'etero-organizzazione. Insomma, è probabile che il falso lavoratore autonomo sarebbe stato ricondotto nell'area dell'etero-organizzazione. Questo significa nondimeno che la proposta europea non avrebbe comportato un impellente intervento riformatore sulla disciplina di cui all'art. 2 del d.lgs. n. 81 del 2015, su cui il dibattito interpretativo è tutt'altro che risolto[45]. Peraltro, i criteri di subordinazione avrebbero potuto sortire effetti limitativi sul lavoro autonomo genuino. A fronte di criteri di subordinazione così "inclusivi", non si può negare che gli spazi per il lavoro autonomo, sia pure qualificabile nelle categorie ibride introdotte dagli ordinamenti nazionali[46], ne potevano uscire se non altro ridotti. Come pure, la regola dei "due criteri su cinque", come prova sufficiente a qualificare la subordinazione, limitava di gran lunga la possibilità delle piattaforme di superare, in senso negativo, la presunzione relativa. Questo non solo per la scelta, totalmente discrezionale e immotivata, di far scattare la presunzione al ricorrere di due soli criteri su cinque (neppure la maggior parte), ma soprattutto perché i criteri elencati prendevano in considerazione pressoché tutti

tutele lavoristiche, oggi, in *Costituzionalismo.it*, n. 1, 2020, pp. 73-118. Sulla ipotesi della norma apparente, P. TOSI, *L'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81/2015: una norma apparente?*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, n. 6, 2015, p. 1130). E chi invece appoggia la (più convincente) tesi dell'autonomia sostenuta dalla Cassazione con la sentenza n. 1663 del 24 gennaio 2020 (A. PERULLI, *Il lavoro autonomo, le collaborazioni coordinate e le prestazioni organizzate dal committente*, cit., p. 26 ss; ID., *La nuova definizione di collaborazione organizzata dal committente. Note al d. lgs. n. 81/2015*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro,* n. 4, 2019, p. 163 ss.; M. MAGNANI, *Autonomia, subordinazione, coordinazione nel d.lgs. n. 81/2015*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT, n. 294, 2016, p. 10 ss.; S. CIUCCIOVINO, *Le "collaborazioni organizzate dal committente" nel confine tra autonomia e subordinazione,* in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, n. 3, 2016, pp. 321-343; S. CIUCCIOVINO, L. MONTEROSSI, *Le collaborazioni etero-organizzate al vaglio della suprema corte*, in *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, n. straordinario, 2020, pp. 65 ss.; A. ZOPPOLI, *Le collaborazioni eterorganizzate tra antiche questioni, vincoli di sistema e potenzialità*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, n. 3, 2020, p. 709). Per una ricostruzione delle posizioni dottrinali si rinvia a S. D'ASCOLA, *La collaborazione organizzata cinque anni dopo*, in *Lavoro e diritto*, n. 1, 2020, p. 11 ss.

[43] P. TOSI, *Riflessioni brevi sulla Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa al miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro mediante piattaforme digitali*, in *LavoroDirittiEuropa*, n. 1, 2022, p. 5, parla di una «salutare conformazione, per così dire preventiva, del nostro ordinamento alla fonte comunitaria». Similmente, M. FALSONE, *What Impact Will the Proposed EU Directive on Platform Work Have on the Italian System?*, in *Italian Labour Law e-Journal*, vol. 15, n. 1, 2022, pp. 104 ss.; C. PONTERIO, La direzione della Direttiva in *LavoroDirittiEuropa*, n. 1, 2022, pp. 8-9.

[44] L. NOGLER, *La subordinazione nel d.lgs. n. 81 del 2015: alla ricerca dell'autorità del punto di vista giuridico*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT-267/2015, p. 16; M. PERSIANI, *Note sulla disciplina di alcune collaborazioni coordinate*, in *Argomento di Diritto del Lavoro*, 2015, p. 1260; M. TIRABOSCHI, *Il lavoro etero-organizzato*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, n. 4, 2015, pp. 978-987.

[45] Si veda nt. 43.

[46] Ad esempio, in Germania, le c.d. persone simili a dipendenti (*arbeitnehmerähnliche personen*); in Italia, il lavoro parasubordinato ed etero-organizzato; in Spagna, il TRADE (*trabajador autónomo económicamente dependiente*); nel Regno Unito, il "worker". Così sintetizza C. C. WILLIAMS, I. A. HORODNIC, *Dependent Self-Employment. Theory, Practice and Policy*, Elgar, 2019, in particolare al Capitolo 7 "Approaches towards addressing the misclassification of employment", pp. 142-160.

gli aspetti del rapporto di lavoro (retribuzione, supervisione, organizzazione della prestazione, ecc.), tra l'altro in modo elastico e confusionario[47]. Se alla piattaforma non bastava confutare la sussistenza degli altri tre elementi, quale altra prova contraria sarebbe stata possibile? E dunque, *a contrario*, nel caso in cui il controllo dell'esecuzione del lavoro non presentasse neanche due degli elementi elencati, bisognava pur ammettere che si trattasse di lavoro autonomo (!).

Inoltre, la presunzione di subordinazione deve comunque lasciare spazio all'impiego del lavoro autonomo (s'intende, genuino), a tutela della libertà di prestazione dei servizi, così centrale nell'ordinamento europeo; tuttavia, sul punto, la Commissione europea sembra sacrificare le libertà economiche nel complesso bilanciamento con le tutele sociali. Al riguardo la proposta di direttiva si discosta dalla giurisprudenza UE che, in passato, ha ritenuto la presunzione legale di subordinazione un ostacolo all'effettivo esercizio della libertà di prestazione dei servizi nel mercato unico e un disincentivo per i lavoratori autonomi puri[48]. I margini di impiego del lavoro autonomo paiono poi "giustificati" in forza delle nuove tutele relative alla gestione algoritmica introdotte dalla stessa proposta, di cui appunto beneficiano anche i lavoratori autonomi. Le nuove tutele agevolano infatti l'emersione delle pratiche di controllo abusivo, l'attivazione dei meccanismi di *enforcement* e dunque le *chance* di riqualificazione contrattuale[49].

Insomma, la presunzione legale ancorata agli indici appariva come una soluzione difettosa se non prontamente corroborata dal bagaglio di strumenti attuativi di cui gli ordinamenti dispongono. Si imponeva infatti la necessità di intraprendere un certosino percorso di recepimento che non generasse contraddizioni sistemiche interne, soprattutto in quegli ordinamenti che hanno introdotto le c.d. categorie

[47] Similmente anche C. PONERIO, *La direzione della Direttiva*, cit., p. 11.

[48] CJEU – Case C-255/04, *Commission of the European Communities v French Republic* [2006]. È pur vero che, in presenza di una presunzione relativa euro-unitaria, viene meno l'ostacolo alla libera prestazione di servizi nel Mercato Unico. Questo, certo, in linea di principio perché l'uniformità applicativa della presunzione legale negli Stati membri è tutt'altro che scontata. Sul tema della libertà di prestazione dei servizi, spesso sondato in relazione alla questione del distacco dei lavoratori, si rimanda a E. TRAVERSA, *Libera prestazione dei servizi e distacco dei lavoratori*, F. CARINCI, A. PIZZOFERRATO, *Diritto del lavoro dell'Unione europea. Commentario*, Utet, Torino, 2010, p. 294; F. BANO, *Diritto del lavoro e libera prestazione dei servizi nell'Unione Europea*, Il Mulino, 2008; M. ESPOSITO, *Prestazione transnazionale di servizi e distacco dei lavoratori nel nuovo contesto comunitario*, in *Il diritto del mercato del lavoro*, n. 3, 2006, pp. 154 ss; P. DAVIES, *Posted workers: Single Market or protection of national labour law systems?*, In *Common Market Law Review*, n. 34, 1997, p. 600. Sul tema delle libertà di circolazione, tra tutti, G. ORLANDINI, *Libertà di circolazione e dimensione sociale europea: storia di un'integrazione mancata*, in *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, n. 4, 2017; C. BARNARD, *The Substantive Law of the EU. The Four Freedoms*, Oxford, OUP 2016; F. BANO, *La circolazione comunitaria di servizi labour intensive*, in *Lavoro e Diritto*, n. 1, 2008, pp. 7-36; S. GIUBBONI, G. ORLANDINI, *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione europea*, Il Mulino, Bologna, 2007; S. GIUBBONI, S., *Libertà di circolazione dei lavoratori e la libera prestazione dei servizi nell'ordinamento comunitario: dall'art. 39 del Trattato CE alla Direttiva 2006/123*, URGE WP, n. 1, 2009; W. ROTH, *The European Court of Justice's Case Law on Freedom to Provide Service: Is Keck Relevant?*, in M. ANDENAS, W. E ROTH (eds), *Services and Free Movement in EU Law*, Oxford University Press, 2004.

[49] Cfr. *infra* § 3 e ss.

intermedie o ibride o altri *escamotage* come l'etero-organizzazione nostrana[50]. Le criticità principali, evidentemente, avrebbero riguardato l'introiezione dei nuovi indici di presunzione, soprattutto quelli che non sono incompatibili con il lavoro autonomo. E difatti, anche la Commissione Lavoro della Camera ha evidenziato che gli indici non sono «pienamente utili ad operare un chiaro e netto discrimine tra fattispecie giuridiche […] con scarsa idoneità classificatoria, con intuibili conseguenze nella prospettiva del contenzioso giurisdizionale»[51].

Sul versante interpretativo, poi, i giudici nazionali avrebbero dovuto accogliere i nuovi indici e, contemporaneamente, assimilare con più attenzione i criteri di subordinazione elaborati dalla Corte di giustizia UE, nella perdurante assenza di una definizione euro-unitaria esaustiva[52]. Su questo punto, c'è da evidenziare come la scelta "compromissoria" di identificare il lavoratore meritevole di tutela secondo quanto stabilito dagli ordinamenti nazionali, ma «tenuto conto della giurisprudenza della Corte di giustizia» (art. 2, co. 4), sia già parsa in altre occasioni come il tentativo di «mettere insieme il diavolo e l'acqua santa». In effetti, la nozione UE di lavoratore origina dallo sforzo della Corte di giustizia di contrastare proprio i tentativi degli Stati membri di sottrarsi alle tutele sociali statuite dall'ordinamento sovranazionale e ancorate allo *status* di lavoratore[53]. L'incertezza qualificatoria non parrebbe dunque risolversi e, in questa prospettiva, la presunzione legale non ridurrebbe il contenzioso, semmai lo andrebbe ad alimentare.

Non è escluso tuttavia che il legislatore nazionale colga l'occasione per estendere le nuove tutele oltre il lavoro subordinato. Si è mosso in tal senso, ad esempio, il d.lgs. n. 104/2022 di recepimento della direttiva (UE) n. 1152/2019, a fronte della medesima nozione "ampia" di lavoratore adottata dalla direttiva (art. 1, co. 2). Il decreto ha infatti accolto siffatta nozione europea di lavoratore estendendo il campo di

[50] Sulle tecniche protettive di tutela del lavoro oltre la subordinazione, si veda la classificazione operata da M. BIASI, *Il Decent Work tra politica e sistema*, in *LavoroDirittiEuropa*, n. 1, 2022, p. 9, che richiama il suo scritto *Beyond Employment: the Protection of Platform Workers in a Holistic Perspective*, in A. LO FARO (ed.), *New Technology and Labour Law. Selected Topics*, Giappichelli, 2022, in corso di pubblicazione.

[51] Commissione XI permanente (Lavoro pubblico e privato), parere sulla Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, relativa al miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro mediante piattaforme digitali (COM(2021) 762 final), 25 maggio 2022.

[52] L. VALENTE, *Tra subordinazione e autonomia: la direttiva sui rider*, lavoce.info, 15 dicembre 2021. In tema, S. GIUBBONI, *Note sparse sugli usi della nozione euro-unitaria di subordinazione nell'ordinamento interno*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, n. 1, 2022, pp. 55 ss.; ID., *Per una voce sullo status di lavoratore subordinato nel diritto dell'Unione europea*, in *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, n. 2, 2018, pp. 207-227; L. BATTISTA, *L'evoluzione del concetto di lavoratore nel diritto dell'Unione Europea*, in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, n. 3, 2021, pp. 624 ss.; F. PERRONE, *L'effetto conformativo del diritto dell'Unione europea sul diritto del lavoro tra tendenza espansiva e superamento della "grande dicotomia"*, in *LavoroDirittiEuropa*, n. 3, 2021, pp. 1-23.

[53] Mutando le considerazioni sulla direttiva (UE) n. 1152/2019 di L. VALENTE, *La politica sociale UE recente e i progressi possibili per una nozione europea di lavoratore*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, n. 4, 2021, pp. 355 ss. Si veda anche H. HAUBEN (ED.), K. LENAERTS, W. WAYAERT, *The platform economy and precarious work*, EMPL committee, European Parliament, 2020.

applicazione delle tutele ad una vasta platea di lavoratori, oltre l'area della subordinazione[54], in linea col più recente dibattito sulla protezione del lavoro in tutte le sue forme e applicazioni.

2.2. Le proposte emendative del Parlamento europeo: prospettive applicative

A conferma delle criticità appena rilevate, il Parlamento europeo ha ipotizzato la retrocessione degli indici di subordinazione di cui all'art. 4(2) nel considerando 25, sotto forma di mero elenco non esaustivo che funga da orientamento interpretativo. Agli indici preesistenti si aggiungono poi nuovi criteri, più precisamente riferiti alle modalità di gestione algoritmica del rapporto di lavoro (es. il tracciamento o il monitoraggio della persona che esegue il lavoro sulla piattaforma; l'imposizione della prestazione mediante sanzioni, che possono sostanziarsi anche nella limitazione dell'accesso al lavoro; l'uso dei sistemi di *customer rating* come strumenti di controllo e alla base dei meccanismi sanzionatori, ecc.). Gli Stati sono dunque esortati ad accogliere, in sede di trasposizione, la concezione di subordinazione tecnologica che svela la manipolazione dei rapporti di potere, e dei margini di autonomia del prestatore, operata attraverso la soggezione del lavoratore alle decisioni algoritmiche.

A prima vista, la soppressione degli indici dissolverebbe molte delle criticità sopra esposte, al netto dei dubbi sull'efficacia dello strumento presuntivo. La proposta del Parlamento faciliterebbe infatti l'adattabilità della più generica presunzione relativa agli ordinamenti nazionali, agevolandone la trasposizione senza intaccare le definizioni di subordinazione elaborate dagli Stati membri[55].

Tuttavia, insistere sulla presunzione relativa di subordinazione, senza fissare i relativi indici presuntivi, rappresenterebbe un intervento monco, che rimette di nuovo la palla alla capacità regolativa degli Stati membri. Le presunzioni relative (in Italia, *ex* art. 2727 c.c.) hanno infatti lo scopo di alleggerire l'onere probatorio di una delle parti del rapporto di lavoro, limitando la discrezionalità interpretativa del giudice. In altre parole, l'interprete accerta la presunta subordinazione una volta verificata la presenza dei fatti qualificanti, che devono però essere esplicitati dalla norma. Si tratta degli stessi fatti su cui deve fondarsi la prova contraria. Insomma, nel testo proposto dal Parlamento europeo sembra mancare la circostanza fattuale su cui deve basarsi la presunzione legale[56].

---

[54] Si annoverano infatti i lavoratori somministrati, intermittenti, etero-organizzati, co.co.co. e occasionali (art. 1 co 1-3).

[55] Parallelamente, A. ALAIMO, *Introduzione*, cit., p. 4, che paventa il rischio di un irrigidimento della nozione di subordinazione negli ordinamenti nazionali, con l'effetto di acuire la frammentazione nozionistica e la disomogeneità applicativa della presunzione relativa tra gli Stati membri. ID., *Il pacchetto di misure sul lavoro nelle piattaforme*, cit., p. 16. Inviso alla scelta del Parlamento europeo, V. DE STEFANO, *The EU Commission's proposal for a Directive on Platform Work*, cit., p. 5, evidenzia la necessità di fissare criteri di subordinazione ancor più stringenti rispetto a quelli contenuti nella proposta originaria, allo scopo di evitare che le definizioni nazionali di subordinazione più restrittive permettano di neutralizzare la presunzione relativa.

[56] Similmente anche A. DONINI, *Alcune riflessioni sulla presunzione di subordinazione della Direttiva Piattaforme*, cit., pp. R. 40 ss.

Sulla configurazione della presunzione è quindi lasciata ampia discrezionalità attuativa agli Stati. È probabile, ad esempio, che essi la recepiscano, nelle sue nuove vesti, con un approccio minimalista, senza particolari sforzi regolatori. Oppure, i legislatori nazionali finirebbero per codificare gli indici giurisprudenziali interni. E allora è chiaro che, *in primis*, non si risolverebbe il problema della disomogeneità regolatoria infra-europea, ma anche che, a livello strettamente nazionale, la presunzione si ridurrebbe ad una «semplice trasposizione in norma di legge di un orientamento giurisprudenziale consolidato»[57]. Una terza ipotesi, poi, potrebbe configurarsi nel caso in cui i legislatori nazionali recepissero la presunzione relativa riproponendo meramente le nozioni legali di subordinazione preesistenti nei loro ordinamenti. A quel punto, la presunzione finirebbe per essere "apparente" e per assomigliare alla versione spagnola che si limita a reiterare il contenuto della nozione legale di lavoratore inficiando evidentemente l'efficacia dello strumento presuntivo[58]. Tutto si rimetterebbe, di nuovo, allo sforzo interpretativo del giudice che attingerà ai tradizionali criteri interni di subordinazione, tenendo conto (discrezionalmente) di quegli indici elencati nei considerando della futura direttiva.

2.3. La questione preordinata delle tecniche di regolazione

Sarebbe servito a poco ridimensionare la portata dell'intervento UE riconoscendo negli indici presuntivi il tentativo di elaborare esclusivamente una nozione euro-unitaria di *lavoratore subordinato su piattaforma*[59] per limitare i conflitti interpretativi con i criteri di subordinazione elaborati dalla giurisprudenza italiana. Anzi, ragionando in questo senso, l'introiezione a livello nazionale di una nozione di subordinazione *ad hoc*, più "concessiva" per pochi, parrebbe entrare in contrasto con il principio di uguaglianza sostanziale di cui all'articolo 3 della Costituzione.)[60].

È in questo orizzonte che appaiono sempre più chiari i limiti sottesi alle tecniche di regolazione e di interpretazione che tentano di ampliare forzatamente la fattispecie contrattuale allo scopo di accordare tutele ad una più ampia platea di lavoratori nella zona grigia tra subordinazione e autonomia.

Sul versante interpretativo, la questione richiama inevitabilmente la crisi dei metodi tipologico e sussuntivo, rinnovando la riflessione sull'efficacia delle tecniche di astrazione e semplificazione ai fini

[57] L. NOGLER, *Sull'inutilità delle presunzioni legali relative in tema di qualificazione dei rapporti di lavoro*, cit., 310.

[58] A. OLIVIERI, *La presunzione di subordinazione nel lavoro tramite piattaforma: dall'esempio spagnolo alla proposta di Direttiva europea. Quasi todos caballeros?*, in *LavoroDirittiEuropa*, n. 2, 2022, pp. 1 ss.

[59] Di questa opinione A. ALAIMO, *Introduzione*, in *LavoroDirittiEuropa*, n. 2, 2022, pp. 1-5; M. MAGNANI, *Audizione presso la XI Commissione (Lavoro pubblico e privato) della Camera dei Deputati – XVIII Legislatura Esame della "Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, relativa al miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro mediante piattaforme digitali (COM(2021) 762 final)"*, 21 aprile 2022, p. 6.

[60]

uniformanti, finalizzate a ricondurre forzatamente le nuove situazioni sociali ad una fattispecie ideal-tipica artificiale, quella della subordinazione, funzionale alle caratteristiche del lavoro del secolo passato[61].

Il cuore del problema sembra dunque rimanere la capacità del diritto del lavoro, multilivello, di apprestare tutele efficaci per le nuove forme del lavoro attraverso le tradizionali tecniche di regolazione trincerate nella visione dicotomica[62]. Il tentativo di imporre una nozione euro-unitaria di subordinazione rappresenta l'emblema di un processo manipolatorio della fattispecie che si ostina ad imputare le tutele attraverso un'assimilazione onnivora[63] dei rapporti di lavoro digitali alla subordinazione. Ma è ormai chiaro come il lavoro digitale sia lontano dal social-tipo del secolo passato: entra in crisi il concetto di potere direttivo, sfumano le coordinate spazio-temporali e si ampliano i margini di autonomia lavorativa e si delineano evidenti criticità nel metodo classico di imputazione delle tutele per categorie contrattuali[64]. Come avvenuto per i lavoratori su piattaforma[65], in tutti i Paesi europei l'attenzione si è allora spostata sulla tutela rimediale *ex post* apprestata in sede giudiziale e chiamata ad una operazione qualificatoria complessa (dagli esiti imprevedibili), di fronte alla crisi dei tradizionali criteri presuntivi di subordinazione. La scelta della Commissione europea di agevolare la qualificazione contrattuale a favore della subordinazione, imponendone una nozione sovranazionale, sembra così allontanarsi dalla necessità di adottare una «diversa visione della regolazione giuslavoristica nella società contemporanea» da cui far discendere uno zoccolo duro di tutele basilari[66]. In realtà, per onorare la sua funzione fondamentale di

---

[61] L. NOGLER L., *Metodo tipologico e qualificazione dei rapporti di lavoro subordinato*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, n. 2, 1990, pp. 182 ss.; ID. *Ancora su «tipo» e rapporto di lavoro subordinato nell'impresa*, in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 2002, pp. 109 ss.; ID, *Tecnica e subordinazione nel tempo della vita*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, n. 147, 2015, 3, pp. 337-357; G. VARDARO, *Subordinazione ed evoluzionismo*, in M. PEDRAZZOLI (a cura di), *Lavoro subordinato e dintorni*, Bologna, il Mulino, pp. 101 ss. *Contra*, G. PROIA, *Metodo tipologico, contratto di lavoro subordinato e categorie definitorie*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2002. Sulla necessità di consolidare la fattispecie unitaria di subordinazione, *ex multis*, E. GHERA, *La subordinazione tra tradizione e nuove proposte*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 1988, pp. 621 ss.; L. MENGONI, *La questione della subordinazione in due trattazioni recenti*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 1986, I, 15; R. PESSI, *Contributo allo studio della fattispecie lavoro subordinato*, Milano, 1989, 23 ss.

[62] In tema di lavoro digitale, *ex multis*, P. TULLINI, *C'è lavoro nel web?*, in *Labour & Law Issues*, n. 1, 2015, pp. 12 ss.; A. PERULLI, *Lavoro e tecnica al tempo di Uber*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, n. 2, 2017, pp. 203 ss.; G. DI NARDO, *Platform work: legal categories and protection perspectives*, in A PERULLI, S. BELLOMO (eds), *Platform work and work 4.0: new challenges for labour law*, CEDAM, 2021, pp. 3-13.

[63] Adattando l'espressione di A. ALAIMO, *Lavoro e piattaforme tra subordinazione e autonomia: la modulazione delle tutele nella proposta della Commissione europea*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, n. 2, 2022, p. 648.

[64] S. CIUCCIOVINO, *Le nuove questioni di regolazione del lavoro nell'industria 4.0 e nella* gig economy*: un* problem framework *per la riflessione*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, n. 4, 2018, pp. 1045 ss.; sul crescente squilibrio di poteri nel lavoro autonomo, M. BORZAGA, *Storia di uno "sconfinamento": l'emergere di dinamiche di potere nel lavoro autonomo*, in *Lavoro e Diritto*, 2021, p. 504 ss.

[65] D. DEFOSSEZ, *The employment status of food delivery riders in Europe and the UK: Self-employed or worker?*, cit.; C. HIEßL, *The classification of platform workers in case law*, cit..

[66] Cfr. A. PERULLI, *Subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro neo-moderno. Una risposta a Franco Carinci*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, n. 6, 2021, p. 1313. Lo stesso A., *Costanti e varianti in tema di subordinazione e di autonomia*, in *Lavoro e diritto*, 2015, p. 281 propone di procedere "per soglie", selezionando le discipline applicabili. Si veda anche M. MAGNANI, *Il contratto di lavoro subordinato*, Working Paper CSDLE "Masssimo D'Antona" – IT, 2018, n. 360, p. 10, che richiama le parole di S. MAGRINI sulla necessità di abbandonare le tipizzazioni e di puntare sulla «differenziazione di regimi» di tutele. S. CIUCCIOVINO, *Le nuove questioni di regolazione del lavoro nell'industria 4.0 e nella* gig economy, cit., p. 1058 propone

tutelare le condizioni di effettiva debolezza, il diritto del lavoro è chiamato a rimediare alla «frattura esistente tra norma giuridica e realtà sociale […] rovesciando la logica fattispecie-effetti»[67].

La vera sfida non è tanto quella di contrastare il ricorso al falso lavoro autonomo attraverso la (ri)definizione della fattispecie, ma piuttosto quella di escogitare nuovi regimi di tutela oltre la subordinazione[68] verso l'universalismo e il giusto dosaggio di selettività[69]. A dire il vero, il legislatore europeo si allontana da questo approccio soltanto parzialmente visto che le disposizioni del Capo III del provvedimento introducono talune tutele minime che prescindono dallo status contrattuale, ed è in questa direzione che l'intervento andrebbe rafforzato. Anzi, le disposizioni sulla gestione algoritmica ivi stabilite iniziano a sperimentare forme di tutela per i lavoratori per il fatto di essere assoggettati a modalità esecutive etero-determinate da meccanismi produttivi – altamente digitalizzati – che sfuggono al controllo del prestatore[70], a prescindere delle tipologie contrattuali. Il discorso si sposta dalla fattispecie alle tutele, orientando il legislatore e l'interprete verso l'allargamento selettivo dello statuto protettivo oltre la subordinazione, allo scopo di soddisfare i fabbisogni sociali secondo logiche a-categoriali e in ossequio al principio di effettività delle tutele[71].

Vanno poi menzionate le criticità relative alle competenze ed all'efficacia dell'intervento sovranazionale. Come anticipato in premessa, nelle materie sociali, l'Unione europea supporta il processo integrativo attraverso la fissazione di standard minimi di tutela fondati sul substrato valoriale del modello sociale europeo, preservando l'autonomia degli ordinamenti nazionali[72]. È lo stesso art. 153(1) TFUE, la base

di declinare le tutele contrattuali per cerchi concentrici, a prescindere dalla tipologia contrattuale impiegata. R. VOZA, *Il lavoro e le piattaforme digitali:* the same old story*?*, in W.P. CSDLE Massimo D'Antona.IT, 336/2017, p. 15, ipotizza per i lavoratori su piattaforma «una soglia minima, ma specifica, di regole per tali lavoratori, a prescindere dalla qualificazione del loro rapporto di lavoro». A. OLIVIERI, *La presunzione di subordinazione nel lavoro tramite piattaforma*, cit., p. 15, parla di «"diritti minimi" oltre la subordinazione» per rimediare all'inadeguatezza della presunzione relativa proposta dal legislatore europeo. Di opinione contraria M. FALSONE, *What Impact Will the Proposed EU Directive on Platform Work Have on the Italian System?*, in *Italian Labour Law e-Journal*, vol. 15, n. 1, 2022, p. 111, secondo cui accordare tutele a prescindere del rapporto contrattuale è operazione ardua, considerando che la tutta storia del diritto del lavoro, nazionale ed europea, poggia sull'idea di collegare le tutele a una specifica classificazione dei rapporti di lavoro.

[67] A. PERULLI, T. TREU, *"In tutte le sue forme e applicazioni": per un nuovo Statuto del lavoro*, in corso di pubblicazione. Per il superamento della "fattispecie dominante" anche R. DEL PUNTA, B. CARUSO, *Il diritto del lavoro e l'autonomia perduta*, in *Lavoro e diritto*, n. 4, 2016.

[68] A. PERULLI, *Oltre la subordinazione. La nuova tendenza espansiva del diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2021, p. 81 ss.

[69] G. DAVIDOV, *Setting Labour Law's Coverage: Between Universalism and Selectivity*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, n. 34, 2014, pp. 557 ss.

[70] A. PERULLI, T. TREU, *"In tutte le sue forme e applicazioni"*, cit.

[71] Su queste argomentazioni si è basato dapprima l'approccio rimediale sondato da T. TREU, *Rimedi, tutele e fattispecie: riflessioni a partire dai lavori della Gig economy*, in *Lavoro e diritto*, n. 3-4, 2017, pp. 367-405. Sulla prospettiva rimediale si veda anche O. RAZZOLINI, *Effettività e diritto del lavoro nel dialogo fra ordinamento dell'Unione e ordinamento interno*, in *Lavoro e diritto*, n. 3-4, 2017, pp. 447-470; A. ZOPPOLI, *Prospettiva rimediale, fattispecie, sistema*, in *Le tecniche di tutela nel diritto del lavoro*, Giornate di Studio AIDLaSS 2022, 16-17 giugno, Torino. In una prospettiva simile si muove il criterio della "dipendenza economica" di A. PERULLI, *Oltre la subordinazione*, cit. Più recentemente, argomentazioni affini sorreggono il modello "sovra-tipico" elaborata da A. PERULLI, T. TREU, *"In tutte le sue forme e applicazioni",* cit.

[72] In tema, S. GIUBBONI, *Ascesa e caduta del diritto del lavoro dell'Unione europea*, in *Sociologia del diritto*, n. 3, 2017, p. 11.

giuridica utilizzata dalla Commissione europea, che stabilisce la competenza dell'Unione europea nel sostenere e completare l'azione degli Stati membri, in una logica sussidiaria, per non alimentare le discrasie dei (e tra i) sistemi nazionali. Ed è questa la tecnica di regolazione più efficacie per un modello di armonizzazione – e non di semplice coordinamento – che rivitalizzi l'uso degli strumenti di *hard law*, come la direttiva, in passato accantonati sul versante lavoristico proprio per la scarsa efficacia sortita negli ordinamenti interni[73].

3. I margini di tutela per il lavoro autonomo genuino

3.1. Le tutele relative alla gestione algoritmica

È ormai noto che l'*algorithmic management* si riferisca a quei modelli di gestione altamente digitalizzati in cui il lavoro umano è assegnato, ottimizzato e valutato attraverso algoritmi e dati tracciati. Ed è soprattutto il loro impiego nel lavoro su piattaforma ad aver alimentato pratiche commerciali invadenti basate su un "techno-deterministic approach"[74] che ha generato il peggioramento delle condizioni di lavoro e l'insicurezza del reddito[75]. È altrettanto noto che la gestione algoritmica comporti il monitoraggio e la valutazione continui del comportamento dei lavoratori, attraverso meccanismi decisionali caratterizzati da scarsa trasparenza[76]. Sul piano giuridico, pertanto, la gestione algoritmica può acuire gli squilibri di potere nel rapporto contrattuale, ricodificando e rafforzando le prerogative datoriali sul versante del lavoro subordinato e comprimendo l'autonomia organizzativa sul versante del lavoro autonomo. A fronte di queste criticità, la dottrina ha proposto interventi riformatori finalizzati a regolare

[73] Sul punto, F. BANO, *Diritto del lavoro e nuove tecniche di regolazione: il "soft law"*, in *Lavoro e diritto*, n. 1, 2003, pp. 49-75.
[74] V. DE STEFANO, "*Negotiating the Algorithm": Automation, Artificial Intelligence, and Labor Protection*, in *Comparative Labor Law & Policy Journal*, vol. 41, n. 1, 2019, pp. 15-46. Di "(technological) determinism" parla anche J. PRASSL, *What If Your Boss Was an Algorithm? Economic Incentives, Legal Challenges, and the Rise of Artificial Intelligence at Work*, in *Comparative Labor Law & Policy Journal*, vol. 41, n. 1, 2019, pp. 123-146.
[75] In realtà, le nuove forme di gestione delle risorse umane, note come "People Analytics", sono diffuse in molti ambiti di attività (call center, ospedali, ecc.). Cfr. P. MOORE, *The Mirror for (Artificial) Intelligence: In Whose Reflection?*, in *Comparative Labor Law & Policy Journal*, vol. 41, n. 47, 2019, pp. 47-68.
[76] In tema, ampiamente, M. MOHLMANN, L. ZALMANSON, *Hands on the wheel: Navigating algorithmic management and Uber drivers' autonomy, proceedings of the International Conference on Information Systems*, Seoul, 2017. Un'ulteriore classificazione è stata operata da K. C. KELLOGG, M. A. VALENTINE, A. CHRISTIN, *Algorithms at Work: The New Contested Terrain of Control,* in *Academy of Management Annals*, vol. 14, n. 1, 2020, pp. 366-410, che sintetizzano gli effetti della gestione algoritmica sulle dinamiche del lavoro nelle "6R" (Restricting; Recommending; Recording; Rating; Replacing; Rewarding). Altrettanto utile è la descrizione di M. MÖHLMANN, L. ZALMANSON, O. HENFRIDSSON, R. WAYNE GREGORY *Algorithmic management of work on online labor platforms: when matching meets control*, in *MIS Quarterly*, vol. 45, n. 4, 2021, pp. 1999-2022, secondo i quali il controllo algoritmico combina il matching e il controllo, due fattori che, congiuntamente, coordinano il lavoro su piattaforma. Il matching (*alias* abbinamento) riflette la prospettiva del mercato mentre il controllo riflette la prospettiva dell'organizzazione. Questa strutturazione crea forti tensioni tra diverse dimensioni: esecuzione del lavoro, retribuzione del lavoro e identità collettiva. Sulla gestione algoritmica, spesso fondata su meccanismi "black box", anche U. RANI, *Parminder Jeet Singh, Digital Platforms, Data, and Development: Implications for Workers in Developing Economies*, in *Comparative Labor Law & Policy Journal*, vol. 41, n. 1, 2019, pp. 263-288.

l'*algorithmic management* attraverso la promozione di una progettazione partecipata e l'imposizione di obblighi di trasparenza del suo funzionamento[77], anche mediante l'impiego della negoziazione collettiva[78]. L'impellenza regolatoria sulle tutele lavoristiche correlate all'intelligenza artificiale, a dir il vero, è da tempo nota al legislatore europeo, che però si è limitato ad intervenire sul tema in modo contingente rispetto alla più ampia questione della *privacy* all'interno del regolamento GDPR. È vero che il regolamento ha il merito di aver introdotto la logica del "controllo umano" (*human-in-command*) sull'algoritmo come prerequisito di "umanizzazione" della gestione aziendale[79]. Tuttavia, la tutela dei lavoratori dalle decisioni algoritmiche contenuta nel regolamento era apparsa limitata[80]; tant'è che la proposta di direttiva in analisi si presenta come un'integrazione proprio su questo versante. C'è poi sul tavolo la proposta di regolamento sull'AI[81], che dovrà necessariamente trovare la quadra con la proposta di direttiva in tema di gestione del rischio, come di seguito approfondito.

La proliferazione di interventi normativi in materia si registra parimenti nell'ordinamento interno: basti pensare agli obblighi di informazione a tutela dei *riders* autonomi di cui al Capo V *bis* del d.lgs. n. 81/2015 ovvero, più recentemente, al d.lgs. n. 104/2022 di recepimento della direttiva (UE) n. 1152/2019, che ha introdotto l'obbligo di informare i lavoratori circa i sistemi decisionali e di monitoraggio automatizzati in capo ai datori di lavoro e ai committenti[82]. Insomma, si percepisce sempre più chiaramente la sovrapposizione tra atti normativi multilivello, trasversali e settoriali, su cui il legislatore dovrebbe forse iniziare a ragionare in ottica di razionalizzazione.

---

[77] J. BERG, *Protecting Workers in the Digital Age: Technology, Outsourcing, and the Growing Precariousness of Work*, in *Labor Law & Policy Journal*, vol. 41, n. 1, pp. 69-94.

[78] Il primo proponente in questo senso è stato V. DE STEFANO, *"Negotiating the algorithm": Automation, artificial intelligence and labour protection*, International Labour Organization, Working Paper, n. 246, 2018. Sul tema, si richiamano i worshops organizzati da Labchain, in particolare il Ciclo del 2021 *Dialoghi su innovazione, tecnologia e lavoro: "Professionalità, occupazione e tecnologia"*, presso il CNEL. Si rimanda soprattutto agli interventi tenuti nell'incontro *Data Analytics, intelligenza artificiale e lavoro* (12 novembre 2021), che è stata l'occasione per sondare il rapporto tra *Data Analytics* e lavoro nell'era delle piattaforme digitali.

[79] Così L. ZAPPALÀ, *Informatizzazione dei processi decisionali e diritto del lavoro: algoritmi, poteri datoriali e responsabilità del prestatore nell'era dell'intelligenza artificiale*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 446/2021, pp. 14 ss.

[80] La dottrina ha da tempo evidenziato i limiti del regolamento GDPR sulla protezione dei lavoratori dalle decisioni automatizzate ex art. 22. A. ALOISI, E. GRAMANO, *Artificial Intelligence Is Watching You at Work: Digital Surveillance, Employee Monitoring, and Regulatory Issues in the EU Context*, in *Comparative Labor Law & Policy Journal*, vol. 41, n. 1, pp. 95-122; S. WACHTER, B. MITTELSTADT, C. RUSSELL, *Counterfactual Explanations Without Opening the Black Box: Automated Decisions and the GDPR*, in *Harvard Journal of Law & Technology*, vol. 31, n. 2, 2018, pp. 841 ss.

[81] In tema si veda l'ampia trattazione di M. FAIOLI, *Mansioni e Macchina Intelligente*, Giappichelli, 2018. Sulla proposta di regolamento sull'AI, M. KULLMANN, A. CEFALIELLO, *The Interconnection between the AI Act and the EU's Occupational Safety and Health Legal Framework*, in *Global Workplace Law & Policy*, 24 January 2022; V. DE STEFANO, *The EU Proposed Regulation on AI: a threat to labour protection?*, in *Global Workplace Law & Policy*, 16 April 2021.

[82] Art. 4, co. 1, che riscrive l'art. 1 del d.lgs. n. 152/1997. In particolare, il datore di lavoro o il committente è gravato dall'obbligo di informazione «qualora le modalità di esecuzione della prestazione siano organizzate mediante l'utilizzo di sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati» (lett. s)).

Come anticipato, il Capo III[83] della proposta di direttiva contiene una serie di disposizioni finalizzate a migliorare la qualità e la trasparenza della gestione algoritmica, e a far emergere le posizioni di responsabilità[84].

Si tratta di disposizioni volte a razionalizzare e limitare l'esercizio unilaterale delle prerogative manageriali[85], allo scopo di tutelare i diritti dei lavoratori durante la fase di esecuzione contrattuale[86]. Gli obblighi di trasparenza e di "human control" in capo alle piattaforme contribuiranno dunque a chiarire e limitare l'intensità e le modalità del controllo esercitato sui lavoratori: quel controllo che rappresenta non solo un indice rivelatore della corretta qualificazione contrattuale, ma anche l'elemento che maggiormente impatta sulla qualità del lavoro, subordinato o autonomo che sia. È in questi termini condivisibile l'estensione delle tutele relative alla gestione algoritmica ai lavoratori autonomi genuini, posto che le disposizioni sono finalizzate prima di tutto alla tutela della dignità del lavoro in tutte le sue forme.

Anche qui, però, si osservano delle lacune.

In primo luogo, spicca la mancata estensione delle tutele in materia di salute e sicurezza (art. 7, par. 2)[87]. La scelta è probabilmente imposta dalla esigenza di garantire coerenza sistemica all'interno degli ordinamenti nazionali che delineano tutele prevenzionistiche graduate a seconda della tipologia contrattuale[88], spesso escludendo totalmente gli autonomi dal campo dei beneficiari[89]. Si tratta tuttavia di un approccio anacronistico e in controtendenza rispetto alla vocazione universalistica di alcuni standard

[83] Artt. 6-10. Cfr. European Commission, COM(2021) 762 final.

[84] È sancito in principio il diritto dei lavoratori di essere informati sul funzionamento dei sistemi decisionali e di monitoraggio automatizzati e il divieto di trattare i dati personali dei lavoratori non intrinsecamente connessi all'esecuzione del contratto (art. 6). In secondo luogo, la proposta impone alle piattaforme di strutturare il monitoraggio umano periodico dei sistemi automatizzati, in cui è inscritto un generico obbligo di valutazione dei rischi di salute e sicurezza mediante risorse umane qualificate (art. 7). Le decisioni automatizzate, inoltre, potranno essere messe in discussione dal lavoratore mediante il diritto di reclamo che può sfociare nel diritto di richiedere il riesame della decisione (art. 8), ad estensione di quanto disposto dal regolamento GDPR. Infine, è sancito il diritto di informazione e consultazione dei rappresentanti dei lavoratori sulle decisioni relative alla gestione algoritmica (art. 9), anche stavolta sul modello spagnolo.

[85] V. DE STEFANO, "*Negotiating the Algorithm*", cit.

[86] Critica è M. OTTO, *A step towards digital self- & co-determination in the context of algorithmic management systems*, in *Italian Labour Law e-Journal*, vol. 15, n. 1, 2022, p. 56, secondo la quale l'obbligo di trasparenza è limitato alle caratteristiche principali dei sistemi di gestione algoritmici senza imporla sul design del sistema, sui test data e sui codici sorgente; elementi fondamentali per accertare la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato e il rispetto della protezione dei dati personali dei lavoratori.

[87] Art. 10, par. 1.

[88] Sul caso italiano, M. TORNAGHI, *Universalismo vs. selettività della tutela prevenzionistica: brevi spunti sul caso dei riders*, in *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, n. 2, 2021, pp. 60-78; S. GARBEN, *The regulatory challenge of occupational safety and health in the online platform economy*, in *International Social Security Review*, vol. 72, n. 3, 2019, pp. 95-112.

[89] Sul caso francese, J. LÓPEZ LÓPEZ, A. DE LE COURT, *When the Corporate Veil is Lifted: Synergies of Public Labour Institutions and Platform Workers*, in *The King's College law journal*, vol. 31, n. 2, 2020, pp. 324-335. Per rimediare a tale lacuna, la legislazione francese ha esteso ai lavoratori autonomi su piattaforma le tutele assicurative contro gli infortuni sul lavoro, ma non quelle contro le malattie professionali (legge 2016-1088). Sul punto, I. DAUGAREILH, *Introduction: Social protection for digital platform workers in Europe*, in *International Social Security Review*, vol. 74, n. 3-4, 2021, pp. 8-9.

minimi di protezione, tra cui non può escludersi la tutela prevenzionistica[90], tanto più dopo la recente "promozione" del diritto ad un ambiente di lavoro sano e sicuro tra i *core labour standards* dell'OIL[91]. Tuttavia, l'obbligo di gestione dei rischi a beneficio dei lavoratori, a prescindere dallo *status* contrattuale, potrebbe discendere dalla proposta di regolamento sull'AI[92]. Pur non limitando l'utilizzo dei sistemi di gestione dei rapporti di lavoro classificati come ad "alto rischio", la proposta istituisce l'obbligo di *risk management* in capo all'utilizzatore. Ciò a vantaggio tanto dei lavoratori subordinati che degli autonomi, dato che i sistemi di gestione utilizzati nel settore dell'occupazione si riferiscono sia al «workers management» che all'«access to self-employment» (allegato III, par. 4). A maggior ragione, quindi, l'estensione della tutela di cui all'articolo 7 ai lavoratori autonomi – proposta dal Parlamento europeo[93] – è dovuta dalla necessità di garantire un raccordo sistemico tra gli atti europei in discussione.

In secondo luogo, l'obbligo di informazione di cui all'articolo 6 si estende ai meccanismi di valutazione che includono il giudizio del cliente, ma non include il diritto dei lavoratori di conoscere le recensioni ricevute, anche allo scopo di contestarle[94]. Si tratta di un aspetto non marginale nelle decisioni automatizzate costruite sui sistemi di *rating*, che spesso riflettono i (pre)giudizi e i (pre)concetti dei clienti tali da determinare decisioni discriminatorie[95]. Inoltre, la proposta di direttiva non affronta direttamente l'esigenza di creare le condizioni di portabilità e interoperabilità del *rating* individuale. In particolare, il

[90] Critiche su questo punto anche P. TULLINI, *Prevenzione e tutela della sicurezza sul lavoro nell'economia digitale*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, n. 4, 2021, pp. 671-691; C. SPINELLI, *La trasparenza delle decisioni algoritmiche nella proposta di direttiva UE sul lavoro tramite piattaforma*, in *LavoroDirittiEuropa*, n. 2, 2022, p. 11.

[91] OIL, 110a Conferenza Internazionale del Lavoro, 10 giugno 2022. L'Organizzazione aveva dichiarato l'intenzione di agire in tal senso all'interno della Dichiarazione del Centenario del 2019. Di recente, anche la confederazione internazionale dei sindacati (ITUC) aveva rilanciato la proposta. Cfr. ITUC, *Make safe and healthy work a fundamental right this International Workers' Memorial Day – 28 April #IWMD22*, 4 febbraio 2022, online.

[92] European Commission, COM(2021) 206 final. Sul tema intelligenza artificiale e lavoro.

[93] Si vedano gli amendment 132 e amendment 133.

[94] Art. 6, par. 2(a)(ii). La richiesta era stata avanzata dal Parlamento europeo. Cfr. Punto 27, *European Parliament resolution of 16 September 2021 on fair working conditions, rights and social protection for platform workers – new forms of employment linked to digital development* (2019/2186(INI)).

[95] Sugli esiti discriminatori, tra tutti, P.V. MOORE, cit.; C. SCHUBERT, M. T. HÜTT, *Economy-on-demand and the fairness of algorithms*, in *European Labour Law Journal*, vol. 10, n. 1, 2019, pp. 3-16; M. KULLMANN, *Platform Work, Algorithmic Decision-Making, and EU Gender Equality Law*, in *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, vol. 34, n. 1, 2018, pp. 1-22. Pur non essendovi spazio di trattazione, assai interessanti sono le potenzialità del diritto antidiscriminatorio a tutela dei lavoratori su piattaforma, a prescindere dalla tipologia contrattuale. In dottrina, C. ALESSI, *Lavoro tramite piattaforma e divieti di discriminazione nell'UE*, in C. ALESSI, M. BARBERA, L. GUAGLIANONE (a cura di), *Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale*, Cacucci, Bari, 2019, pp. 683-698; O. BONARDI, C. MERAVIGLIA, *Dati statistici e onere della prova nel diritto antidiscriminatorio*, in O. BONARDI (a cura di), *Eguaglianza e divieti di discriminazione nell'era del diritto del lavoro derogabile*, Roma, Ediesse, 2017, pp. 351-397; M. BARBERA, *Discriminazioni algoritmiche e forme di discriminazione*, in *Labor*, vol. 7, n. 1, 2022, pp. I.1-I.17; M. PERUZZI, *Il diritto antidiscriminatorio al test di intelligenza artificiale*, in *Labor*, vol. 7, n. 1, 2021, pp. I.48-I.76; S. BORELLI, M. RANIERI, *La discriminazione nel lavoro autonomo. Riflessioni a partire dall'algoritmo Frank*, in *Labor*, vol. 7, n. 1, I.18-I.47; R. SANTAGATA DE CASTRO, *Anti-discrimination Law in the Italian Courts: the new frontiers of the topic in the age of algorithms*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 440/2021. In commento all'ordinanza del Tribunale di Bologna del 31 dicembre 2020, la prima decisione in Europa in materia di discriminazione algoritmica, A. PERULLI, *La discriminazione algoritmica: brevi note introduttive a margine dell'Ordinanza del Tribunale di Bologna*, in *LavoroDirittiEuropa*, n. 1, 2021, pp. 1-7; V. PIETROGIOVANNI, *Deliveroo and Riders' Strikes: Discriminations in the Age of Algorithms*, in *International Labor Rights Case Law*, n. 7, 2021, pp. 317-321.

diritto alla portabilità non solo gioverebbe alle *chance* occupazionali dei lavoratori autonomi che operano attraverso più piattaforme digitali, ma soprattutto tutelerebbe gli stessi dai c.d. "*lock-in effects*" che impediscono il passaggio ad altre piattaforme digitali per timore di perdere la reputazione online. Sul punto, la Commissione ha solamente dichiarato che sosterrà l'istituzione di codici di condotta *ad hoc*[96].

In terzo luogo, prevedibilmente, il diritto di informazione e consultazione dei rappresentanti dei lavoratori di cui all'articolo 9 non copre i lavoratori autonomi[97]. Anche se il Parlamento europeo ora propone anche questa estensione[98]. A tal proposito, la Commissione ha tentato di sopperire proponendo l'adozione delle Linee guida sulla contrattazione collettiva dei lavoratori autonomi, tra cui i lavoratori su piattaforma, allo scopo di eliminare gli ostacoli posti dalla disciplina sulla concorrenza all'adozione di strumenti negoziali a tutela dei lavoratori autonomi in una posizione debolezza[99]. In effetti, il diritto all'informazione e alla consultazione dei rappresentanti costituisce la "porta d'accesso" alla contrattazione (art. 4(4), direttiva 2002/14/CE). Senza il riconoscimento di tale diritto in capo ai rappresentanti dei lavoratori autonomi, l'avvio dei negoziati tra piattaforma e sindacati sarà arduo da conquistare.

3.2. Gli orientamenti sulla contrattazione collettiva dei lavoratori autonomi

Nella proposta di direttiva non si ravvisano particolari innovazioni sul versante dei diritti sindacali in capo ai lavoratori autonomi. Probabilmente non si trattava neppure della sede idonea, visto che il campo di applicazione soggettivo dell'iniziativa legislativa è estremamente limitato rispetto alla questione della portata soggettiva del diritto alla contrattazione collettiva ai sensi dell'articolo 28 CFRUE.

In realtà, anche la proposta di "Orientamenti sull'applicazione del diritto della concorrenza dell'Unione europea agli accordi collettivi concernenti le condizioni di lavoro dei lavoratori autonomi individuali"[100]

[96] European Commission, COM(2021) 761 final, pp. 11 ss.

[97] Vale la pena notare che il diritto di informazione e consultazione dei rappresentanti dei lavoratori ivi stabilito si allontana dalla prospettiva, a più voci sollevata, di imporre meccanismi co-decisionali sul funzionamento dei sistemi algoritmici improntati sullo strumento della contrattazione collettiva. In questo senso, traendo ispirazione dal modello tedesco, E. DAGNINO, I. ARMAROLI, *A Seat at the Table: Negotiating Data Processing in the Workplace: A National Case Study and Comparative Insights*, in *Comparative Labor Law & Policy Journal*, vol. 41, n. 1, pp. 173-196; T. TREU, *La digitalizzazione del lavoro: proposte europee e piste di ricerca*, cit., pp. 18 ss. Lo stesso A., *La digitalizzazione del lavoro: proposte europee e piste di ricerca*, in *Federalismi.it*, n. 9, 2022, Focus Lavoro, Persona, Tecnologia, p. 204; V. DE STEFANO, *The EU Commission's proposal for a Directive on Platform Work: an overview*, cit., p. 8. In relazione al diritto di informazione e consultazione, P. P. TOSI, *Rider, un primo commento alla proposta di direttiva sul miglioramento delle condizioni di lavoro*, *in Guida al lavoro*. n. 44, 2021, ha evidenziato le difficoltà di individuare i soggetti titolari del diritto di informazione e consultazione, posta la complessità di stabilire la rappresentatività effettiva nel settore dei lavoratori su piattaforma rispetto alle singole categorie. Sulle vicende italiane, M. FERRARESI, *Qual è la categoria contrattuale relativa al «food delivery»?*, in *Labor*, n. 1, 2022, pp. 104-113; G. CENTAMORE, *Il contratto dei riders*, in *Labor*, n. 1, 2022, pp. 114-124.

[98] Amendment 133.

[99] Cfr. *infra* § 4.

[100] European Commission, Communication (2022/C 123/01).

(di seguito per brevità "Orientamenti") non affronta il tema in modo sistematico[101], limitandosi a chiarire quali lavoratori autonomi non siano considerati "imprese" alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia. E lo fa attraverso l'impiego degli strumenti di *soft law*, funzionali ad intervenire su materie attorno alle quali non è stato raggiunto un consistente consenso a livello europeo[102]. E difatti non mancano esempi che esplicitano la tensione tra tutele lavoristiche e concorrenza all'interno degli ordinamenti nazionali in relazione al diritto fondamentale dei lavoratori, anche autonomi, alla contrattazione collettiva[103]. Basti pensare alle sorti del contratto collettivo danese Hilfr-3F del 2018 che ha introdotto una serie di diritti per i lavoratori che svolgono servizi di pulizia tramite piattaforma digitale.[104]Così come, anche a livello europeo, la Corte di giustizia ha fatto valere le ragioni del libero mercato limitando i margini di operatività della contrattazione collettiva sul versante del lavoro autonomo, ritenuta in principio in contrasto con l'articolo 101 TFUE[105]. La tensione con la disciplina concorrenziale può dirsi risolta se i lavoratori sono qualificati come "falsi lavoratori autonomi", equiparabili pertanto ai lavoratori subordinati[106], benché da più parti a livello internazionale si sostenga la contrattazione collettiva anche al di fuori del lavoro subordinato[107].

La questione entra così a pieno titolo nel discorso relativo ai lavoratori su piattaforma, in ragione dell'elevato rischio che le piattaforme celino l'impiego del falso lavoro autonomo.

Nella proposta di "Orientamenti", tra le ipotesi in cui i lavoratori autonomi non sono considerati "impresa", la Commissione indica espressamente i «lavoratori autonomi individuali che lavorano tramite piattaforme di lavoro digitali»[108]. In sostanza, si tratta di soggetti che si trovano in una situazione paragonabile a quella dei lavoratori subordinati in ragione della loro dipendenza dalle piattaforme e della impossibilità di negoziare le proprie condizioni di lavoro soggette alla regolazione unilaterale delle

[101] Come acutamente notato, ciò non sorprende considerando che l'iniziativa ha origine dalla Directorate-General (DG) for Competition che affronta il tema a partire dalla nozione di "impresa" adottata dal diritto della concorrenza UE. Così J. SENATORI, *EU law and digitalization of employment relations*, (in corso di pubblicazione).

[102] F. BANO, *Diritto del lavoro e nuove tecniche di regolazione: il "soft law"*, cit.

[103] Sul diritto alla contrattazione collettiva ai lavoratori autonomi su piattaforma nei Paesi europei, si veda M TALARICO, *Platforms: how to protect and esure working conditions in the hybrids of markets and firms? Examples of new mutualism*, in A PERULLI, S. BELLOMO (eds), *Platform work and work 4.0: new challenges for labour law*, CEDAM, 2021, pp. 27 ss.

[104] L'Autorità danese per la concorrenza ha infatti richiesto ed ottenuto la rimozione delle disposizioni relative alle tariffe orarie, considerate "prezzi minimi" contrari alla libera concorrenza interna tra imprese. Sul punto cfr. A. ILSØE, *The Hilfr Agreement – Negotiating the Platform Economy in Denmark*, FAOS Research Paper, n. 176, 2020.

[105] Sulla tensione tra diritto concorrenziale e diritti sindacali sul versante del lavoro autonomo, si veda anche I. LIANOS, N. COUNTOURIS, V. DE STEFANO, *Re-thinking the Competition Law/Labour Law Interaction: Promoting a Fairer Labour Market*, in *European Labour Law Journal*, vol. 10, n. 3, 2019, pp. 291-333.

[106] CJEU – Case C-413/13, *FNV Kunsten Informatie en Media v. Staat der Nederlanden* [2014].

[107] Si vedano a tal proposito le posizioni dell'OIL e dell'ECSR. Cfr. S. BORELLI, *Fitting the Panoply in a Binary Perspective. The Italian Platform Workers in the European Context*, in *Comparative Labor Law & Policy Journal*, vol. 41, n. 2, 2020, pp. 385 ss.

[108] Par. 3, lett. c).

piattaforme[109]. Assurge dunque a criterio discretivo la "dipendenza economica" del lavoratore autonomo di oggi, caratterizzato da una crescente soggezione alla (mono)committenza, alle condizioni del mercato e alle dinamiche organizzative della produzione, tale da giustificare l'estensione trans-tipica dello statuto protettivo sinora riservato alla subordinazione[110].

Tuttavia, la dipendenza economica dalla piattaforma non è l'unico aspetto determinante. La proposta di "Orientamenti", infatti, chiarisce che ulteriore componente essenziale è il fatto che il lavoro deve essere organizzato dalla piattaforma, la cui attività non deve sostanziarsi nella mera intermediazione tra domanda e offerta di lavoro[111]. In questi casi gli Orientamenti paiono finalizzati a promuovere l'adozione di accordi collettivi tra le piattaforme e quei lavoratori autonomi che si trovino in una posizione di debolezza tale da giustificare la non applicazione dei limiti della normativa concorrenziale in quanto non possano ottenere la riqualificazione contrattuale neanche per effetto della citata presunzione relativa[112].

Certo, si è ben lontani dalla portata dei diritti sindacali di pertinenza dei lavoratori subordinati, cui si aggiungeranno i diritti di informazione e consultazione sulla gestione algoritmica sanciti dalla proposta di direttiva. In questo quadro, la proposta di Orientamenti appare come un intervento *a latere* che tenta di incentivare la contrattazione collettiva a beneficio delle aree del lavoro autonomo sotto-protette. Si tratta di una esenzione di vasta portata che mette al riparo gli accordi collettivi sui *platform workers* già sottoscritti nei diversi ordinamenti statali in forza delle leggi e delle prassi nazionali[113]. Peraltro, in linea più generale, la Commissione europea ammette gli accordi collettivi, conclusi da lavoratori autonomi, legittimati della legislazione nazionale per affrontare lo squilibrio di potere contrattuale tra le parti[114].

4. L'importanza dei meccanismi di *enforcement*

Se l'introduzione della presunzione relativa di subordinazione prova a rimediare all'ambiguità qualificatoria dei lavoratori su piattaforma, rimane sul tavolo la questione dell'*effective enforcement*. Infatti la

[109] Punto 28.

[110] Sul criterio della dipendenza economica, profusamente, A. PERULLI, *Lavoro autonomo e dipendenza economica, oggi*, in *Rivista giuridica del lavoro e della sicurezza sociale*, 2003, pp. 221 ss.; ID., *Oltre la subordinazione*, cit., pp. 32 ss.; A. PERULLI, T. TREU, *"In tutte le sue forme e applicazioni": per un nuovo Statuto del lavoro*, in corso di pubblicazione. Si rimanda alle riflessioni contenute al par. 2.3.

[111] Punto 30.

[112] Punto 29.

[113] A titolo di esempio, basti pensare alla summenzionata legge 2016-1088 con cui l'ordinamento francese ha statuito il diritto dei lavoratori autonomi su piattaforma di organizzarsi collettivamente (art. L. 7342-6) e di agire collettivamente in difesa dei propri interessi, compreso una sorta di diritto di sciopero (art. L. 7342-5). Oppure, sul versante italiano, al (discusso) ruolo della contrattazione collettiva nel lavoro etero-organizzato e agli accordi collettivi "antagonisti" sui riders sottoscritti dalle parti sociali nazionali, più o meno rappresentative. Tra tutti, A. ZOPPOLI, *La collaborazione eterorganizzata: fattispecie e disciplina*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT, n. 296/2016, pp. 29 ss.; M. MAGNANI, *Subordinazione, eterorganizzazione e autonomia tra ambiguità normative e operazioni creative della dottrina*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, n. 1, 2020, pp. 105 ss., che parla di "funzione stabilizzatrice" dell'autonomia negoziale; A. DONINI, *Condotta antisindacale e collaborazioni autonome: tre decreti a confronto*, in *Labor*, vol. 7, n. 1, 2022, pp. R. 1 ss.; S. BORELLI, cit.

[114] Punto 36.

presunzione legale rappresenta una soluzione parziale in assenza di meccanismi di attuazione che ne garantiscano l'effettività. Al riguardo, è stato giustamente evidenziato come uno dei principali limiti del diritto europeo sia il fatto di limitarsi a statuire diritti materiali ignorando le conseguenze della loro mancata attuazione[115]. D'altronde, la legislazione europea è sempre stata particolarmente rispettosa del principio di autonomia procedurale nazionale che lascia libertà agli Stati di predisporre il proprio sistema di monitoraggio e attuazione delle norme europee. È tuttavia l'assenza di misure di armonizzazione a rendere tale principio una sorta di "difetto congenito" che ostacola l'omogeneità attuativa tra gli Stati membri.

La questione si ripropone in relazione al Capo II della proposta. L'effetto uniformatore della presunzione legale dipenderà fortemente dalle modalità di *enforcement* predisposte a livello nazionale, una volta recepita a livello normativo. Il riferimento va *in primis* all'applicazione della presunzione in sede di giudizio e di controllo: fondamentali strumenti di *enforcement* "*ex post*" che tuttavia potrebbero essere anticipati da strumenti di verifica "*ex ante*", come in seguito proposto.

Non si può negare tuttavia che la proposta tenti di fronteggiare le difficoltà riscontrate dagli organi giudiziari e dalle autorità pubbliche nella emersione prima, e nella qualificazione poi, dei rapporti intercorsi tra i lavoratori/*providers* e le piattaforme digitali. Tant'è che, al riguardo, essa istituisce precisi obblighi di trasparenza delle piattaforme a beneficio delle autorità pubbliche[116]. Rileva poi il potere degli organi giudiziari e delle autorità competenti di ordinare alla piattaforma la divulgazione delle prove pertinenti alla qualificazione contrattuale dei lavoratori, spingendosi fino ad imporre la divulgazione di informazioni riservate in sede di giudizio (art. 16)[117].

Queste disposizioni non possono che essere accolte con favore, a fronte delle difficoltà dei giudici di ottenere informazioni adeguate sul funzionamento della gestione algoritmica[118] e degli ostacoli riscontrati dalle pubbliche autorità nel compito di garantire il rispetto dei diritti sociali e di riscuotere i contributi

[115] KULLMAN M., *Platformisation' of Work: An EU Perspective on Introducing a Legal Presumption*, cit.

[116] Capo IV, artt. 11-12. Sui meccanismi di enforcement sia consentito il richiamo a M. GIOVANNONE, *Proposal for a directive on platform workers: enforcement mechanisms and the potential of the (Italian) certification procedure for self-employment*, in *Italian Labour Law e-Journal*, vol. 15, n. 1, pp. 65-83.

[117] Sull'obbligo di *disclosure* in capo alle piattaforme e sulla tensione con la tutela della proprietà intellettuale e del segreto aziendale, M. PERUZZI, *Questioni probatorie e processuali nella proposta di Direttiva sul lavoro tramite piattaforma*, in *LavoroDirittiMercato*, n. 2, 2022, p. 4 ss.

[118] Emblematica, in Italia, è stata l'ordinanza del Tribunale di Bologna del 31 dicembre 2020. In quella circostanza, i giudici hanno precisato che proprio l'assenza di trasparenza dei meccanismi di decisione alimenta i rischi di discriminazione. Come più volte chiarito dalla Corte di giustizia, la "cecità" dei meccanismi decisori assume rilevanza probatoria in materia antidiscriminatoria. Cfr. CJEU – Case, C-109/88, *Danfoss* [1989]; CJEU – Case 318/86, *Commission v. French Republic* [1988]. Per la letteratura sul tema, si rinvia alla nt. 98.

previdenziali[119]. In effetti, i lavoratori su piattaforma sono spesso dei "fantasmi" per i sistemi nazionali di monitoraggio e controllo, come denunciato anche dall'Inps[120].

4.1. La certificazione dei contratti di lavoro autonomo: l'opzione scartata e da "ripescare"

Rispetto alla attuazione della presunzione legale, invece, la proposta di direttiva si rimette all'autonomia procedurale degli Stati membri. L'articolo 4(1) stabilisce che gli Stati sono tenuti a stabilire «un quadro di misure conformemente ai rispettivi ordinamenti giuridici e sistemi giudiziari nazionali». La presunzione legale si applica inoltre in tutti i procedimenti amministrativi e giudiziari pertinenti. E ancora, gli Stati devono formulare gli orientamenti per le autorità competenti nonché rafforzare i controlli e le ispezioni sul campo (par. 3). Insomma, la disposizione punta soprattutto sulla verifica della corretta qualificazione contrattuale attraverso i meccanismi di *enforcement*, successivi al momento costitutivo del rapporto di lavoro (o del rapporto commerciale), a seconda della tipologia contrattuale prescelta, ove esistente. I controlli e le ispezioni da una parte, il ricorso al giudice dall'altra: strumenti che presuppongono una certa capillarità e continuità (per i primi) e l'attivazione discrezionale da parte del lavoratore o delle rappresentanze (per il secondo).

Ovviamente, si tratta di strumenti di primaria rilevanza che stanno contribuendo all'emersione del falso lavoro autonomo in questo settore. In proposito, ad esempio, è a tutti evidente come le istanze dei lavoratori su piattaforma abbiano alimentato l'inusuale pratica dei sindacati di ricorrere in giudizio per far

[119] European Commission, COM(2021) 762 final, 4. La Commissione prospetta che gli Stati membri potrebbero beneficiare di un aumento dei contributi fiscali e previdenziali fino a 4 miliardi di euro all'anno (p. 13). In questo ambito la proposta tenta di contrastare i rischi di esclusione dei lavoratori su piattaforma dalla copertura dei sistemi di sicurezza sociale. Cfr. I. DAUGAREILH, *Introduction: Social protection for digital platform workers in Europe*, in *International Social Security Review*, vol. 74, n. 3-4, 2021, pp. 5-12; C. BEHRENDT, Q. ANH NGUYEN, U. RANI, *Social protection systems and the future of work: Ensuring social security for digital platform workers*, in *International Social Security Review*, vol. 72, n. 3, 2019, pp. 17-41; J. FREEDMAN, *Employment Status, Tax and the Gig Economy-Improving the Fit or Making the Break?*, in *King's law journal Online*, vol. 31, n. 2, pp. 194-214; P. SCHOUKENS, *Digitalisation and social security in the EU. The case of platform work: from work protection to income protection?*, in *European Journal of Social Security*, vol. 22, n. 4, 2020, pp. 434-451. Sul versante italiano, S. BORELLI, S. GUALANDI, *Which social security regime for platform workers in Italy?*, in *International Social Security Review*, vol. 74, n. 3-4, 2021, pp. 133-154.

[120] Al riguardo, in Italia, il Presidente dell'Inps, ha recentemente denunciato che, a seguito di note vicende giudiziarie, non risultano più lavoratori dichiarati negli archivi Inps, né come subordinati, né come collaboratori, né come lavoratori etero-organizzati. Le aziende infatti dichiarano tali lavoratori come prestatori occasionali che svolgono prestazioni per guadagni inferiori ai 5.000 euro, allo scopo di sfuggire agli oneri previdenziali. Si veda la presentazione del Presidente Inps in audizione al Senato in data 30 marzo 2022 (https://www.inps.it/docallegatiNP/Mig/Allegati/Audizione_Presidente_Tridico_29-03-2022.pdf).
Per monitorare il fenomeno, è stato emanato il D.M. n. 31 del 23 febbraio 2022 che definisce gli standard e le regole per la trasmissione telematica delle comunicazioni dovute dai committenti in caso di lavoro intermediato da piattaforme digitali. Nel dettaglio, il committente della prestazione autonoma, ivi inclusa quella occasionale, deve provvedere alla comunicazione entro il 20° giorno del mese successivo all'instaurazione del rapporto di lavoro. Tale obbligo di comunicazione telematica è stato introdotto dal d.l. 6 novembre 2021, n. 152, conv. con mod. in legge 29 dicembre 2021, n. 233 (art. 27, comma 2 *decies*).

valere i diritti di singoli lavoratori[121]; ma anche come il sindacato abbia colto sin da subito le potenzialità della nuova azione di classe ai sensi della l. n. 31/2019, proprio per tutelare i diritti omogenei dei lavoratori su piattaforma[122], aggiungendo un prezioso mezzo di ricorso a quelli sondati attraverso la condotta antisindacale e la discriminazione collettiva, sia pur con finalità diverse.

Tuttavia, nella proposta di direttiva non vi è alcuna traccia degli strumenti di verifica *ex ante*, finalizzati a rafforzare le garanzie della corretta qualificazione contrattuale del rapporto di lavoro, specialmente se di natura autonoma. Tra questi potrebbe annoverarsi la certificazione dei contratti di lavoro che ben si colloca nell'alveo dei procedimenti amministrativi citati dall'articolo 4(1).

Eppure, tra le misure prese in considerazione nella valutazione d'impatto, l'Option A2 prevedeva l'introduzione di una combinazione di strumenti procedurali e di prevenzione del contenzioso: l'inversione dell'onere della prova, la certificazione dei contratti e una serie di chiarimenti circa le tutele assicurative e previdenziali per i lavoratori autonomi[123].

In questo contesto, la certificazione avrebbe garantito la corretta qualificazione contrattuale al momento della costituzione del rapporto di lavoro. Più in particolare, l'opzione prevedeva l'istituzione di una procedura extragiudiziale semplificata ed incardinata in un organismo dotato di indipendenza (a titolo esemplificativo le autorità del lavoro e le università), traendo ispirazione da alcune esperienze nazionali, soprattutto quella italiana. La certificazione sarebbe stata applicata a tutti i rapporti contrattuali riferiti alla piattaforma richiedente aventi le medesime caratteristiche organizzative e la sua validità sarebbe cessata alla modifica sostanziale delle condizioni contrattuali. Infine, in caso di impugnazione del provvedimento di certificazione, l'onere della prova sarebbe stato traslato sul lavoratore. Queste misure, peraltro, erano poste come alternative alla presunzione legale: opzione su cui molte piattaforme digitali hanno espresso

[121] Il contenzioso promosso dalle rappresentanze, divenuto uno strumento di conflitto, rischia tuttavia di essere «un'arma spuntata» per i rappresentanti dei lavoratori autonomi, vista la possibilità dei tribunali di rigettare la legittimazione ad agire dei sindacati in rappresentanza dei lavoratori autonomi, addirittura etero-organizzati. Così G. GAUDIO, *Algorithmic management, sindacato e tutela giurisdizionale*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, n. 1, 2022, pp. 30-74. Vale la pena evidenziare che la proposta di direttiva rimedia a tale criticità, sancendo il diritto dei rappresentanti ad agire in giudizio per conto o a sostegno dei lavoratori sia subordinati che autonomi (art. 14). Più in generale, sul dinamismo internazionale delle rappresentanze e delle "para-rappresentanze" nel lavoro su piattaforma, J. HEALY, A. PEKAREK, *Work and wages in the gig economy: can there be a high road?*, in A. Wilkinson, M. Barry (edited by), *The Future of Work and Employment*, Elgar, 2020, p. 161; J. UNTERSCHÜTZ, *Digital work – real bargaining: how can the sustainability of social dialogue be ensured in the digital era?*, in J. Kenner, I. Florczak, M. Otto (edited by), *Precarious Work. The Challenge for Labour Law in Europe*, Elgar, 2019, pp. 222-241.

[122] Il riferimento è al ricorso, *ex* art. 840 *sexiesdecies* c.p.c., presentato nel 2021 dalla CGIL contro Deliveroo per applicazione illegittima del CCNL UGL-Riders. Si tratta della prima *class action* presentata in Italia su questioni lavoristiche, nonostante la legittimazione dei sindacati ad agire in giudizio attraverso l'azione di classe sia un nodo controverso. Sul punto, A. D. DE SANTIS, *Processo di classe per le controversie di lavoro?*, in *LavoroDirittiEuropa*, n. 4, 2021, pp. 1.10; O. RAZZOLINI, *Azione di classe e legittimazione ad agire del sindacato a prescindere dall'iscrizione nel pubblico elenco: prime considerazioni*, in *LavoroDirittiEuropa*, n. 4, 2021, pp. 1-12; G. A. RECCHIA, *Il sindacato va al processo: interessi collettivi dei lavoratori e azione di classe*, in *LavoroDirittiEuropa*, n. 4, 2021, pp. 1-13.

[123] European Commission, SWD(2021) 396 final/2, 21.

la preferenza[124], partendo la stessa dal presupposto di tutelare principalmente i lavoratori autonomi genuini. Nondimeno, non si può negare l'utilità di affiancare la certificazione alle misure già introdotte nella proposta di direttiva, posto che la natura poliedrica del lavoro su piattaforma «sconsiglia di ricercare un'unica soluzione regolativa»[125].

Il passaggio volontario presso le commissioni di certificazione potrebbe rappresentare una garanzia per la corretta qualificazione dei rapporti di lavoro autonomo con un triplice vantaggio: prevenire un sindacato giudiziale "case-by-case", che sostanzialmente non inverte le attuali tendenze; garantire il ricorso al lavoro autonomo genuino; rafforzare la trasparenza dei rapporti tra imprese e pubbliche amministrazioni in merito ai profili fiscali e contributivi[126].

Le suggestioni proposte si basano sulla esperienza italiana delle commissioni di certificazione[127] – sondata dalla Commissione europea – che da molti anni rappresentano uno strumento volontario di valutazione e validazione della corretta qualificazione contrattuale dei rapporti di lavoro allo scopo di minimizzare il contenzioso, soprattutto nell'impiego del lavoro non standard[128], sin dalla fase costitutiva del rapporto di lavoro. Si tratta di uno strumento, dunque, potenzialmente molto utile anche nello specifico ambito della norma europea in cui i rischi di *missclassification*[129]sono più elevati.

Del resto, almeno nel nostro Paese, il ruolo delle commissioni di certificazione è divenuto ancor più prezioso di fronte a quella "quadripartizione" di nozioni[130] maturata alla luce dell'art. 2, d.lgs. n. 81/2015[131] e del novellato art. 409, n. 3, c.p.c.[132], nonché della applicazione che di tali previsioni è stata

---

124 *Ibid*., 23.

125 M. DEL FRATE, *Lavoro digitale e certificazione dei contratti: l'iniziativa regolativa della Commissione europea*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, n. 4, 2021, p. 1221.

126 L. NOGLER, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in *Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 2004, pp. 15 ss.

127 Per una ricognizione sull'istituto della certificazione si vedano S. CIUCCIOVINO, Voce *Certificazione dei contratti di lavoro*, Enciclopedia Giuridica Treccani; S. CIUCCIOVINO, *La certificazione dei contratti di lavoro come mezzo di produzione di certezze nel mercato del lavoro*, in S. CIUCCIOVINO (a cura di) *La certificazione dei contratti di lavoro. Problemi e questioni aperte*, Giappichelli, 2014, pp- 3-20; F. PASQUINI, M. TIRABOSCHI, *La certificazione dopo il collegato lavoro (l. n. 183/2010)*, in Guida al Lavoro, Il Sole 24 ore, 2011, pp. 141-157.

128 Ai sensi dell'art. 30, l. n. 183/2010, il campo di applicazione della certificazione (*ex* d.lgs. n. 276/2003) è stato esteso a tutti i «contratti in cui sia dedotta, direttamente o indirettamente, una prestazione di lavoro», con l'obiettivo di deflazione del contenzioso «in materia di lavoro». Sul tema, R. SCIOTTI, *Considerazioni sulla rilevanza qualificatoria della certificazione dei contratti di lavoro*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, - 2004/24; A. AVONDOLA, *Legge, Contratto e Certificazione nella qualificazione dei rapporti di lavoro*, Jovene Editore, Napoli, 2013; M. NOVELLA, *Certificazione in materia di lavoro e tutela giurisdizionale*, in *Lavoro e diritto*, n. 2-3, 2014, pp. 347-372; S. CIUCCIOVINO, *La certificazione dei contratti di lavoro: problemi e questioni aperte*, Giappichelli, Torino, 2014.

129 A. ASNAGHI, *La certificazione dei contratti di lavoro: un lungimirante regalo della visione modernista di Marco Biagi*, in *LavoroDirittiEuropa*, 1, 2019, 1-7.

130 G. VIDIRI, *Art. 2 del d.lgs. n. 81/2015 e lavoro autonomo: verso un diritto del lavoro a formazione giurisprudenziale?*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, n. 1, 2015, p. 1231.

131 Per un approfondimento sul dibattito dottrinale, si rimanda di nuovo alla nt. 43.

132 Più recentemente in tema, F. FERRARO, *Riflessioni sul coordinamento ex art. 409 n. 3 c.p.c.*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, n. 4, 2020, p. 543 ss.; O. RAZZOLINI, *I confini tra subordinazione, collaborazioni etero-organizzate e lavoro autonomo coordinato: una rilettura*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, n. 2, 2020, p. 6 ss.; M. MARAZZA, *In difesa del lavoro autonomo*

fatta a fronte dell'enigma qualificatorio dei ciclofattorini[133]. Proprio questo assetto teorico ha ricadute applicative sulla certificazione dei contratti di lavoro, divenuta centrale soprattutto nella ricerca del corretto inquadramento giuridico dei lavoratori autonomi "non puri", parasubordinati od etero-organizzati.

Accanto agli strumenti introdotti a tutela del lavoro subordinato su piattaforma, la certificazione andrebbe quindi ad inserirsi a pieno titolo nei meccanismi di *enforcement* a tutela dei lavoratori autonomi – specie quelli coordinati e continuativi e, soprattutto, quelli etero-organizzati - che tra l'altro, sono la maggior parte dei lavoratori su piattaforma[134], garantendo agli stessi tutele più effettive al netto dei costi di un possibile contenzioso che, evidentemente, questi lavoratori avrebbero più difficoltà a sostenere. Analogamente, il consenso delle piattaforme sull'Option A2 si spiega col bisogno impellente delle stesse di chiarire preventivamente i rapporti contrattuali, riducendo i rischi di contenzioso, nelle more di un quadro regolatorio che si va complicando.

Non sono poi mancate riflessioni, meno convincenti in verità, sull'impiego della certificazione oltre il fine qualificatorio. Da una parte si ipotizza la sua estensione alle clausole dei contratti commerciali o ai "termini d'uso" unilateralmente imposti dalle piattaforme[135]. Si tratterebbe di una garanzia aggiuntiva per i *providers* (soprattutto *crowdworkers*) che sono assoggettati ai regolamenti prestabiliti da quelle piattaforme che, per prassi, neppure stipulano contratti di lavoro con i prestatori[136]. Ove esistenti, invece, questa ipotesi consentirebbe di ovviare alle difficoltà materiali di certificare contratti di lavoro discontinui e di

(dopo la legge n. 128 del 2019), in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, n. 1, 2020, p. 61 ss.; C. PISANI, *La nozione legale di coordinamento introdotta dall'articolo 15 della legge n. 81/2017*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, n. 3, 2018, p. 823 ss.; R. VOZA, *La modifica dell'art. 409, n. 3, c.p.c., nel disegno di legge sul lavoro autonomo*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT, n. 318/2017; A. PERULLI, *Il Jobs Act del lavoro autonomo e agile*: *come cambiano i concetti di subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT, n. 341/2017, p. 16 ss.

133 Tra i commenti più recenti in tema di *riders*, C. CORDELLA, *Il lavoro dei rider: fenomenologia, inquadramento giuridico e diritti sindacali*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, n. 441, 2021, pp. 1-37; C. DE MARCO, A. GARILLI, *L'enigma qualificatorio dei riders. Un incontro ravvicinato tra dottrina e giurisprudenza*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, n. 435, 2021, pp. 1-30; G. SANTORO PASSARELLI*, Sui lavoratori che operano mediante piattaforme anche digitali, sui riders e il ragionevole equilibrio della Cassazione 1663/2020*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, n. 411, 2020, pp. 1-10; A. PERULLI, *Il diritto del lavoro "oltre la subordinazione": le collaborazioni etero-organizzate e le tutele minime per i riders autonomi*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, n. 410, 2020, pp. 1-73.

134 La Commissione europea parte da un presupposto molto discutibile, ossia che «(a)mong the 28 million people who are estimated to work through digital labour platforms, most people are genuinely self-employed». (COM(2021) 761 final, 5). Questa precisazione, così perentoria, fa ben comprendere da quale visuale empirica prenda avvio la proposta di direttiva, ossia che i falsi lavoratori autonomi siano in realtà una minoranza. Bisogna tuttavia ammettere che l'attendibilità delle stime sul lavoro tramite piattaforma è alquanto controversa, giacché l'evidenza ancora non consente di analizzare esaustivamente il fenomeno del lavoro su piattaforma. Cfr. D. GUARASCIO, V. CIRILLO, F. VERDECCHIA, *I lavoratori delle piattaforme digitali in Europa: un'analisi empirica*, SINAPPSI, XI, n. 2, 2021, pp. 74-95.

135 Così V. ANIBALLI, *Il lavoro organizzato mediante piattaforma digitale: nuove sfide per le Commissioni di certificazione*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, n. 4, 2019, pp. 1075 ss.

136 D. MANGAN, *Delivering on the Binary Divide*, cit., pp. 232 ss., ha sottolineano la necessità di rafforzare i meccanismi di tutela contrattuale per i lavoratori autonomi in una posizione di evidente debolezza rispetto alle controparti che impongono in modo unilaterale i termini contrattuali.

brevissima durata, tutelando indirettamente la folla dei lavoratori che nel tempo si vincoleranno a quei termini. In questo senso, si osserva, è vero che i termini d'uso disciplinano il rapporto tra la piattaforma e il destinatario finale del servizio, ma le *policy* ivi contenute impongono al provider, più o meno direttamente, regole su tempi e modalità di esecuzione della prestazione. La certificazione sarebbe dunque un momento di chiarimento sui reciproci diritti e doveri delle parti allo scopo più ampio di coniugare il rispetto del quadro normativo con le esigenze organizzative delle piattaforme[137].

Più scivolosa appare poi la tesi che attribuisce alle commissioni il potere di analizzare, in fase istruttoria, il funzionamento dei sistemi algoritmici e la conciliabilità degli stessi con la tipologia contrattuale prescelta, in buona sostanza appurando la compatibilità del modello di gestione algoritmica con i modelli contrattuali[138]. In primo luogo, poiché le stesse dovrebbero avere pieno accesso alle informazioni sul funzionamento dell'algoritmo, ma difficilmente le piattaforme digitali acconsentirebbero se si tiene conto della riluttanza di divulgare tali informazioni anche in sede di giudizio, come già argomentato. In secondo luogo, pare azzardato affidare alle commissioni di certificazione giudizi di compatibilità tra i complessi meccanismi di gestione algoritmica e le scelte contrattuali, atteso che il ruolo delle commissioni, anche in ragione del dominio tipico delle competenze professionali richieste ai certificatori, attiene alla verifica dei contratti e non ad altro.

5. Contrasto al falso lavoro autonomo *vs* impiego del lavoro autonomo genuino?

Insistendo sulla contrapposizione tra lavoro subordinato e lavoro autonomo, la finalità ultima della proposta di direttiva è il contrasto al falso lavoro autonomo. Il legislatore europeo si così è lanciato nell'ardua impresa di riconfigurare la nozione di subordinazione attraverso l'uso della presunzione relativa, forzando i limiti di competenza imposti dai Trattati.

Le proposte di emendamento del Parlamento europeo smorzano queste criticità, ma lo strumento della presunzione, seppur attenuata dalla cancellazione degli indici presuntivi, di per sé non facilita l'esito qualificatorio, spostando ancora la questione nelle aule di tribunale e nelle occasioni di controllo pubblico. Soprattutto, a monte, non soddisfa la scelta, del tutto inusuale sul versante europeo, di praticare incursioni nella complessa dialettica dicotomica, alimentando negli Stati membri cortocircuiti normativi ed interpretativi che da tempo sollecitano un ripensamento delle tecniche di regolazione del diritto del lavoro. Un cambiamento che sembra impellente soprattutto in relazione alle inafferrabilità delle modalità di svolgimento della prestazione lavorativa su piattaforma, che ha mostrato l'inefficacia discretiva del

[137] Riproponendo le riflessioni di M. TIRABOSCHI, *La c.d. certificazione dei lavori "atipici" e la sua tenuta giudiziaria*, in *Lavoro e Diritto*, n. 1, 2003, pp. 101-126.

[138] Di questa opinione di nuovo V. ANIBALLI, *Il lavoro organizzato mediante piattaforma* digitale, cit.; G. BENINCASA, *Ai confini tra autonomia e subordinazione: la qualificazione del rapporto di lavoro*, nota a sentenza Trib. Bologna 20 ottobre 2020, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, n. 4, 2020, pp. 1141-1147.

binomio subordinazione/autonomia per l'inquadramento delle situazioni giuridiche meritevoli di tutela. Piuttosto che intraprendere una lotta serrata (e poco efficace) contro il falso lavoro autonomo, sarebbe connaturato alle competenze europee il compito di disporre standard di tutela che prescindano dal discorso qualificatorio, specialmente in un ambito dove i fabbisogni sociali dei lavoratori sono così omogenei e acuti.

Il legislatore europeo ne sembra più consapevole quando introduce il concetto di dipendenza economica (anche oltre l'etero-organizzazione) come grimaldello su cui poggiare il diritto dei lavoratori autonomi alla contrattazione collettiva, seppur in un atto di *soft law*[139].

È a partire da questa angolazione, quella dei bisogni di protezione dei nuovi tipi sociali[140], che dovrebbero dipanarsi le tutele, in luogo di criteri formali che forzano la distinzione tra organizzazione e direzione del lavoro con l'esito paradossale, spesso, di facilitare l'impiego del falso lavoro autonomo[141]. Un esempio virtuoso è l'estensione delle tutele sulla gestione algoritmica prevista dal Capo III, forse un primo timido passo verso uno statuto di diritti euro-unitario che tuteli il lavoro in tutte le sue forme. Ma questo passaggio epocale presumerebbe di abbandonare lo sforzo di ridefinire continuamente i confini delle fattispecie contrattuali per risolvere le incertezze qualificatorie, che è invece il primo obiettivo della proposta di direttiva.

Preso atto di questa impostazione difficilmente reversibile nell'*iter* di approvazione, rimane il fatto che l'intento della Commissione europea, di garantire la certezza del diritto nell'ambito della consolidata dicotomia subordinazione/autonomia, richieda un approccio pragmatico a garanzia della corretta qualificazione contrattuale perseguita dal Capo II della proposta. Il rafforzamento e il coordinamento degli strumenti di *enforcement* sono dunque essenziali per assicurare che la presunzione legale sortisca l'effetto di tutelare efficacemente i falsi lavoratori autonomi. Nondimeno, l'affermazione della Commissione secondo cui «i veri lavoratori autonomi che lavorano mediante piattaforme digitali trarranno indirettamente vantaggio da una maggiore autonomia e indipendenza, in quanto le piattaforme di lavoro digitali adatteranno le loro pratiche per evitare rischi di riclassificazione»[142] appare troppo ottimistica.

---

[139] Cfr. *supra* § 3.2. A. PERULLI, *Una critica del lavoro autonomo*, in *Lavoro e diritto*, 1, 2022, 205-232 evidenzia che la dimensione del potere si esprime anche in forme diverse dal potere direttivo, ossia attraverso l'«esercizio di prerogative in senso lato organizzative del substrato della prestazione, o […] elementi contrattuali imposti», tali da generare dipendenza economica. Sulle alternative alla logica dicotomica, oltre ai rimandi contenuti nel § 2.3, O. RAZZOLINI, *La nozione di subordinazione alla prova delle nuove tecnologie*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, n. 4, 2014, pp. 974 ss.

[140] A. PERULLI, *Lavoro autonomo e dipendenza economica, oggi*, in *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, n. 1, 2003, p. 221 ss.

[141] G. SANTORO PASSARELLI, cit. p. 1133.

[142] European Commission, COM(2021) 762 final, 3.

Infatti, proprio in questi momenti di transizione, il rischio che le piattaforme digitali congegnino meccanismi più sofisticati, per celare l'impiego del falso lavoro autonomo,[143] potrebbero aumentare. Ciò non significa, tuttavia, contrapporsi all'impiego del lavoro autonomo *tout court* all'interno dei nuovi modelli organizzativi che inevitabilmente spingono in tal senso.

È per tale ragione che, all'interno del «quadro di misure»[144] che gli Stati membri dovranno adottare per valutare la sussistenza della presunzione relativa, potrebbero inscriversi strumenti di *enforcement* con finalità preventiva e deflattiva, come la certificazione, per garantire, all'inverso, il corretto impiego del lavoro autonomo. Da questo punto di vista, la certificazione ben si presta ad accompagnare le dinamiche più attuali del mercato del lavoro che logiche normative eccessivamente rigide difficilmente riescono a governare[145].

Insomma, un conto è pensare che il lavoro autonomo abbia bisogno di maggiori tutele, ed è ormai chiaro che è in questa direzione che ci si dovrebbe muovere; altro conto è ostacolare il ricorso al lavoro autonomo attraverso la continua forzatura delle fattispecie contrattuali finalizzata ad "incasellare" a priori i lavoratori su piattaforma, notoriamente un «moving target»[146] di difficile inquadramento nella angusta dialettica dicotomica.

[143] In realtà, ETUC ha evidenziato come le piattaforme digitali stiano già mutando i propri modelli contrattuali in modo "attrattivo", ma sempre nell'alveo del lavoro autonomo, per evitare la riqualificazione contrattuale. Cfr. ETUC, *Platforms trying to trick workers out of rights*, Press release, 11 maggio 2022.

[144] Art. 4., par. 1, *Ibid.*

[145] G. ZAMPINI, *La certificazione volontaria dei contratti di lavoro: La parabola di una riforma*, in *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, n. 1, 2020, p. 238.

[146] S. GARBEN, *Protecting Workers in the Online Platform Economy: An overview of regulatory and policy developments in the EU*, European Risk Observatory Discussion paper, 2017, p. 14.

La contrattazione collettiva aziendale di fronte alle sfide della rivoluzione digitale e ai processi di cambiamento organizzativo*

di Lucio Imberti
Professore ordinario di Diritto del lavoro
Università degli Studi di Bergamo

Abstract [It]: Il contributo prende in esame i riflessi che la rivoluzione tecnologica e digitale e i relativi cambiamenti organizzativi possono avere sul livello di tutela dei lavoratori. A questo proposito l'indagine si concentra, anche attraverso la disamina di casi aziendali, sul ruolo che la contrattazione collettiva aziendale può svolgere in modo proficuo per il perseguimento della qualità del lavoro e dell'occupazione unitamente a quello della competitività aziendale.

Title: Corporate collective negotiations facing the challenges of the digital revolution and organisational change processes
Abstract [En]: The contribution examines the repercussions that the technological and digital revolution and the related organizational changes can have on the level of protection of workers. In this regard, the survey focuses, also through the examination of cases studies, on the role that collective bargaining at company level can play in a profitable way in pursuing the quality of work and employment together with that of corporate competitiveness.

Parole chiave: Rivoluzione tecnologica e digitale; Cambiamento organizzativo; Ruolo del sindacato; Contrattazione collettiva aziendale; Casi aziendali
Keywords: Technological and digital revolution; Organizational change; Role of the trade union; Collective bargaining at company level; Case studies

Sommario: 1. La tutela del lavoro nella dimensione collettiva alla prova della rivoluzione tecnologica e digitale, del cambiamento organizzativo e della globalizzazione dei mercati. **2.** Le tre linee di tendenza della contrattazione aziendale. **3.** Il caso Sidel S.p.A. **4.** Il caso CB Ferrari S.r.l. **5.** Sintetiche riflessioni conclusive sul possibile ruolo proattivo del sindacato ai fini della tutela del lavoro nell'ambito dell'evoluzione digitale ed organizzativa.

1. La tutela del lavoro nella dimensione collettiva alla prova della rivoluzione tecnologica e digitale, del cambiamento organizzativo e della globalizzazione dei mercati

I LABChain Workshops "Dialoghi su innovazione, tecnologia e lavoro" (edizione 2021) e, in particolare, quello in tema di "Integrazione produttiva, contratti e sistemi digitali" – nell'ambito del quale è stato svolto un intervento che ha poi portato alla redazione del presente contributo – muovono dalla constatazione che la rivoluzione tecnologica e digitale e la globalizzazione dei mercati hanno impresso un'ulteriore accelerazione ai processi di cambiamento già in atto nelle economie nazionali e nell'economia globale, favorendo la nascita di attività nuove, la frammentazione dei cicli produttivi e la dislocazione della produzione su scala mondiale. I cambiamenti organizzativi e le innovazioni evocate sollecitano a

* Articolo sottoposto a referaggio.

riflettere sulle trasformazioni del lavoro, sugli adeguamenti che devono essere impressi agli strumenti di protezione del lavoro per assicurarne l'effettività, sul ruolo che le parti sociali sono chiamate ad assumere nel futuro per governare gli effetti di tali trasformazioni sui lavoratori e sulle condizioni di lavoro[1].

Questo contributo intende affrontare specificamente le implicazioni di tali innovazioni, cambiamenti e trasformazioni sulla tutela del lavoro nella dimensione collettiva, con particolare riferimento al ruolo che può essere assunto (e, in parte, viene già svolto) dalla contrattazione collettiva a livello aziendale nel difficile bilanciamento tra un adeguato livello di protezione delle condizioni di lavoro dei lavoratori e del loro posto di lavoro e un ineludibile adeguamento alle novità organizzative indotte, in ciascuna realtà aziendale, dalla rivoluzione tecnologica e digitale, come pure dalla globalizzazione dei mercati e dalle relative esigenze di competitività.

2. Le tre linee di tendenza della contrattazione aziendale

La ricerca prende le mosse da un'analisi empirica della contrattazione collettiva aziendale degli ultimi anni e, più nello specifico, dall'esame puntuale degli accordi che nelle singole realtà aziendali hanno riguardato profili di consistente innovazione organizzativa, alla luce della rivoluzione tecnologica e digitale e della transizione energetica ed ecologica, come pure della necessità di confrontarsi con la competizione internazionale.

L'indagine è stata condotta avvalendosi della consultazione diretta[2] dei numerosi contratti contenuti in forma integrale nella Banca dati OCSEL[3] (Osservatorio nazionale sulla Contrattazione di SEcondo Livello) della Cisl.

Da tale indagine – e all'esito di uno sforzo di semplificazione e sintesi necessario all'individuazione delle linee di tendenza della contrattazione collettiva – si possono individuare tre orientamenti, o per meglio dire tre approcci, alle novità tecnologiche ed organizzative, pur nell'ambito di testi contrattuali molto articolati ed eterogenei quanto ad ampiezza dei contenuti e materie trattate.

---

[1] Sul tema, oltre agli altri contributi pubblicati in questo numero di *Federalismi*, v. i saggi pubblicati in C. ALESSI-M. BARBERA-L. GUAGLIANONE (a cura di), *Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale*, Cacucci Editore, Bari, 2019 e in A. CIPRIANI-A. GRAMOLATI-G. MARI (a cura di), *Il lavoro 4.0. La Quarta Rivoluzione industriale e le trasformazioni delle attività lavorative*, Firenze University Press, 2018, nonché la monografia di F. SEGHEZZI, *La nuova grande trasformazione. Lavoro e persona nella quarta rivoluzione industriale*, Adapt University Press, 2017, specialmente pp. 199-214 per i riferimenti a un nuovo modello di relazioni industriali.

[2] A tale riguardo, si ringrazia il Dott. Sergio Moia, ex operatore presso il Dipartimento Mercato del Lavoro di Cisl Lombardia, per le preziose indicazioni e gli stimolanti confronti sui diversi accordi.

[3] OCSEL è stato costituito nel 2011 come archivio informatico degli accordi aziendali, territoriali e di filiera o distretto stipulati da strutture e categorie della confederazione Cisl. L'archivio è consultabile in remoto tramite applicazione specifica o tramite interfaccia web. Sempre da remoto viene costantemente alimentato dalle strutture centrali e periferiche della Cisl e delle federazioni di categoria.

Un primo orientamento – individuabile come espressione del modello della "contrattazione difensiva" – è essenzialmente rivolto, secondo una prassi consolidata, alla tutela dei diritti dei lavoratori sia sul versante della loro libertà e dignità personale, sia su quello della loro occupazione.

Emblematici di tale approccio sono, per esempio, gli accordi ai sensi dell'art. 4, l. n. 300/1970 (ovviamente nella versione riformata dall'art. 23 del D.Lgs. n. 23/2015), ove si prevede l'assenso sindacale all'introduzione delle nuove tecnologie digitali a fronte dell'esclusione dell'utilizzo dei dati ai fini disciplinari da parte dell'azienda[4], realizzando in questo modo una sorta di "difesa a monte" dei diritti dei lavoratori senza sostanziale intervento o partecipazione del sindacato nell'ambito delle innovazioni e delle scelte organizzative aziendali.

Nello stesso senso si orientano gli accordi "gestionali" di tutela professionale ed occupazionale in caso di mutamenti organizzativi indotti dall'introduzione di nuove tecnologie digitali nelle singole realtà aziendali: il sindacato opera in tali ipotesi una "difesa a valle", mirando alla salvaguardia dell'inquadramento dei lavoratori e del loro posto di lavoro attraverso una garanzia contrattuale collettiva, senza tuttavia realizzare nemmeno in questo caso un intervento o una partecipazione alle scelte organizzative aziendali.

Un secondo orientamento – che rappresenta una sorta di via di mezzo, volta a favorire "l'accompagnamento all'innovazione" non in ottica meramente difensiva, ma pur sempre in assenza di profili di intervento sindacale nelle decisioni organizzative e gestionali dell'impresa – prevede invece la contrattazione a livello aziendale sulla formazione e lo sviluppo delle competenze dei lavoratori rese necessarie dall'innovazione digitale ed organizzativa operata unilateralmente dall'azienda.

In tali accordi è stabilita la costituzione, con il coinvolgimento delle rappresentanze sindacali, di vere e proprie "Commissioni Formazione", volte a individuare percorsi di sviluppo e rafforzamento delle competenze digitali dei lavoratori e conseguenti percorsi di aggiornamento professionale attraverso la preliminare mappatura delle competenze e professionalità dei lavoratori medesimi presenti all'interno delle singole unità produttive in modo da rendere più efficace la programmazione delle attività formative e renderle coerenti con il fabbisogno aziendale e con le modifiche introdotte dall'innovazione tecnologica.

Un terzo orientamento – che potremmo definire di "contrattazione proattiva" – è infine caratterizzato dal "protagonismo" del sindacato e dei lavoratori attraverso forme di partecipazione operativa ed organizzativa ai processi di innovazione dell'impresa. Si tratta, in sostanza, del tentativo del sindacato di governare per via collettiva l'innovazione attraverso la partecipazione consapevole dei lavoratori con una modalità se possibile anticipatoria, e comunque orientata al cambiamento e all'auto-iniziativa.

[4] V., al riguardo, A. INGRAO, *Il controllo a distanza sui lavoratori e la nuova disciplina privacy: una lettura integrata*, Cacucci, Bari, 2018, specialmente pp. 203-205.

Va chiarito, riguardo a quest'ultimo orientamento, che nel panorama italiano si tratta di esperienze in qualche modo pionieristiche[5], anche se non del tutto isolate[6]. La peculiarità di tale nuovo approccio e i relativi lusinghieri risultati meritano di essere approfonditi nei prossimi due paragrafi attraverso la specifica disamina di due casi aziendali, quello della Sidel S.p.A. e quello della CB Ferrari S.r.l.

3. Il caso Sidel S.p.A.

La Sidel S.p.A. è un'industria metalmeccanica, che produce macchine automatiche per la dosatura, la confezione e per l'imballaggio.

Oggetto di analisi è il contratto integrativo aziendale stipulato il 13 settembre 2018 con riferimento alla sede di Parma e firmato dall'Azienda, dall'Unione Parmense degli Industriali, dalla r.s.u. della Sidel, nonché dalle OO.SS. territoriali Fiom-Cgil, Fim-Cisl e Uilm-Uil.

Da tale contratto aziendale emerge un modello di relazioni industriali partecipativo, non limitato alla gestione di richieste e/o problematiche contingenti, ma basato su un continuo scambio di informazioni preventive e ricerca di soluzioni condivise, anche attraverso la costituzione di Commissioni tecniche paritetiche con compiti di analisi e proposta su specifiche tematiche di interesse comune[7].

Dal contratto del 13 settembre 2018 si evince che la Direzione Aziendale Sidel S.p.A. ha avviato un processo di cambiamento tecnico/organizzativo con l'adozione del sistema produttivo della *Lean Production* – «fondato su processi che tendono alla riduzione globale dei "costi" complessivi (perdite, inefficienze, sprechi, attività non a valore, etc.) riguardanti tutte le aree del sistema aziendale» – in un contesto globale e di medio periodo di riorganizzazione delle attività. Nell'ambito di tale processo, Sidel S.p.A., le r.s.u. e le OO.SS. concordano sulla definizione di alcuni principi di relazioni sindacali utili alla partecipazione ed al contributo di tutti i lavoratori e delle loro rappresentanze durante il processo

[5] V. anche i casi citati in L. PERO-A.M. PONZELLINI, *Innovazione organizzativa, produttività e partecipazione dei lavoratori*, in www.mondoperaio.net

[6] Cfr. l'accordo territoriale 4 ottobre 2019 tra Assolombarda Confindustria Milano, Monza e Brianza e Cgil, Cisl e Uil Milano con il quale le parti – premesso che «l'avvento dei nuovi sistemi d'innovazione tecnologica … richiedono un coinvolgimento dei lavoratori sempre maggiore; … il crescente grado di istruzione, di consapevolezza e di professionalità dei lavoratori contribuisce ad accrescere l'importanza della partecipazione e la potenzialità del contributo dei lavoratori all'efficienza produttiva» – convengono tra l'altro sull'opportunità di «diffondere la cultura della partecipazione, valorizzando la logica "win-win" che la sottende», di «promuovere, nella contrattazione decentrata, percorsi sperimentali volti al coinvolgimento effettivo di lavoratrici/lavoratori e delle loro rappresentanze nell'organizzazione del lavoro», nonché di «avviare un confronto al fine di individuare strumenti e modalità attraverso i quali la contrattazione decentrata può contribuire ad accrescere la partecipazione delle lavoratrici e dei lavoratori attraverso le loro rappresentanze aziendali alle scelte delle imprese, così come prospettato dall'articolo 46 della Costituzione italiana, con particolare riferimento agli aspetti di rilevante impatto tecnologico, ambientale ed occupazionale». Su tale accordo, v. G. POGLIOTTI-C. TOCCI, *Partecipazione, primo test a Milano*, in *Il Sole-24 Ore*, 23 ottobre 2019, p. 35.

[7] Non appare irrilevante – a testimonianza del forte "investimento" su meccanismi di coinvolgimento dei rappresentanti dei lavoratori – la previsione contrattuale in base alla quale «Qualora le riunioni di tutte le Commissioni tecniche Paritetiche avvengano al di fuori dell'orario di lavoro, i partecipanti beneficiano di un gettone di presenza di euro 26 lorde».

d'implementazione del nuovo modello tecnico/organizzativo: il fine ultimo è «il miglioramento di competitività e redditività dell'azienda, delle condizioni di lavoro e la salvaguardia dei livelli occupazionali».

Il cambiamento è, quindi, implementato con strumenti volti a consentire all'insieme dei lavoratori una partecipazione attiva e costruttiva cooperando al cambiamento stesso. Le Parti concordano, infatti, che la formazione professionale è uno dei principali strumenti atti al miglioramento delle competenze e delle conoscenze dei processi e degli obiettivi aziendali.

In tale contesto di impegni comuni viene costituita una Commissione paritetica per il progetto *Lean Production* composta da tre Rappresentanti dell'Azienda e tre Rappresentanti dei Lavoratori. Tale Commissione, per argomenti di particolare complessità può essere integrata, su richiesta della r.s.u., da un quarto Rappresentante dei Lavoratori e/o da un consulente esterno. La Commissione ha l'obiettivo di monitorare l'andamento del progetto *Lean Manufacturing*, analizzare eventuali problematiche riscontrate e elaborare proposte da sottoporre alla Direzione Aziendale. Le riunioni della Commissione nella fase di *start-up* del progetto hanno cadenza mensile, a consolidamento avvenuto cadenza bimestrale.

Inoltre, al fine di favorire la più ampia conoscenza del progetto, un Rappresentante dei Lavoratori, possibilmente appartenente all'area di competenza, può far parte della composizione dei Gruppi Kaizen (vale a dire i gruppi di miglioramento continuo, elementi chiave del sistema produttivo Toyota). Si stabilisce, peraltro, che eventuali problemi di carattere sindacale emersi all'interno dei Gruppi Kaizen dovranno essere affrontati nelle apposite sedi.

Nell'ambito del caso Sidel S.p.A., qui sinteticamente descritto, il modello di relazioni sindacali si impernia, quindi, su un sistema di confronto continuo, finalizzato alla ricerca di soluzioni anche possibilmente concordate, con il quale prevenire e comunque affrontare tutte le problematiche che emergono dallo sviluppo del processo con l'obiettivo comune del miglioramento. Durante tale confronto viene prestata particolare attenzione all'evoluzione dell'attività dei singoli lavoratori, alla composizione dei team, ai risultati di produttività e qualità, allo sviluppo delle professionalità e delle conseguenti necessità formative e alle condizioni di lavoro.

4. Il caso CB Ferrari S.r.l.

La CB Ferrari S.r.l. è un'industria metalmeccanica, che produce impianti automatizzati, macchine utensili e soluzioni chiavi in mano di fresatura e laser, a 3 e 5 assi, ed ha sede a Mornago, in provincia di Varese. In questo contributo vengono presi in esame i contratti aziendali del 29 gennaio 2018 e del 27 maggio 2019.

La peculiarità dei due accordi risiede essenzialmente in tre aspetti: 1. le modalità della negoziazione; 2. gli obiettivi del premio di risultato; 3. la partecipazione della rappresentanza sindacale e dei lavoratori.

L'occasione per la definizione di tali accordi è data dalla contrattazione del nuovo premio di produttività: in tal senso per i premi di risultato è prevista un'incentivazione fiscale alla contrattazione del salario variabile a livello aziendale se legata ai risultati di premi contrattati e alla presenza di un miglioramento effettivo dei risultati rispetto al periodo precedente; tale incentivazione è aumentata nel caso siano introdotti in azienda sistemi di partecipazione dei lavoratori e delle loro rappresentanze.

Con riferimento alle modalità di negoziazione, la novità è consistita nella composizione del tavolo negoziale. Su suggerimento del sindacato, si è passati dalla presenza delle sole due parti, sindacato e azienda, assistite dalle rispettive associazioni esterne, alla presenza anche di una parte terza, una consulenza esperta di organizzazione aziendale e di relazioni industriali. La nuova parte negoziale terza è stata selezionata congiuntamente dalla parte sindacale e dalla parte aziendale e alla consulenza sono stati affidati i compiti di: indirizzare e sostenere sotto il profilo "tecnico" l'introduzione sia del sistema dei nuovi obiettivi a cui legare il premio di risultato, sia del sistema partecipativo; garantire il raccordo dei risultati della contrattazione con le nuove norme legislative in materia di vantaggi fiscali.

Quanto agli obiettivi del premio di risultato, il sindacato e la rappresentanza sindacale sono passati da una posizione passiva ad una attiva nel conseguimento degli obiettivi. Si è, infatti, passati da un obiettivo di redditività aziendale costituito dal *break even*, ossia dal punto di pareggio tra fatturato e costi totali, a un obiettivo di innovazione, ossia l'introduzione di un nuovo processo di pianificazione della produzione multilivello (MPS, *Multilevel Production System*) assistita da un nuovo programma gestionale informatico (ERP, *Enterprise Resource Planning*).

Nel primo caso l'obiettivo era misurato da un indicatore di performance generale e per niente controllabile dal sindacato, nel secondo si tratta di un indicatore di attività, il GANTT ossia la successione delle fasi di attuazione del processo, ben visibili nell'organizzazione aziendale. Nel primo caso, quindi, il sindacato si limitava ad aspettare la comunicazione dei risultati a chiusura della contabilità aziendale, nel secondo invece può monitorare e contribuire alla messa in opera del processo.

Con riguardo, infine, alla partecipazione della rappresentanza sindacale e dei lavoratori, sono stati previsti due livelli di partecipazione: il primo (partecipazione organizzativa) con il coinvolgimento del sindacato e delle rappresentanze interne; il secondo (partecipazione operativa) con il coinvolgimento dei lavoratori.

La partecipazione organizzativa si avvale di un'apposita Commissione paritetica, la cui composizione prevede la presenza dell'azienda, della r.s.u., del sindacato, dell'organizzazione datoriale (API), della consulenza. I compiti della commissione sono, in sintesi: contribuire alla fase esecutiva del progetto; monitorare l'attuazione dell'accordo e del progetto allegato all'accordo; proporre azioni migliorative;

progettare lo sviluppo dell'innovazione nelle fasi del progetto; organizzare il coinvolgimento dei lavoratori con le modalità più opportune e i programmi di formazione afferenti ai fini della partecipazione operativa.

Quanto appunto alla partecipazione operativa, il coinvolgimento dei lavoratori è partito da un piano di comunicazione in modalità congiunta (Azienda/r.s.u.), seguito da interventi di formazione mirati e infine dalla costituzione di team per il miglioramento continuo, organizzati con un team centrale di coordinamento (*project manager* + *project leader* di reparto + rappresentante r.s.u.), con team di reparto (*project leader* + lavoratori aderenti al progetto), con un team di supporto (consulenza). Tutte queste azioni sono state pianificate negli allegati agli accordi del 2018 e 2019.

Con riferimenti agli esiti di tale contrattazione, si possono individuare risultati soddisfacenti tanto per l'azienda quanto per i lavoratori (secondo gli auspici delle stesse parti che avevano esplicitamente denominato l'allegato relativo alla definizione del premio di risultato 2018 «PROGETTO WIN - WIN»): la programmazione multilivello e l'aggiornamento del *software* che l'ha accompagnata sono stati attuati senza significativi problemi organizzativi; i lavoratori hanno ricevuto il premio con un beneficio medio del 30% sul salario netto rispetto all'anno precedente per l'applicazione dello sconto fiscale.

5. Sintetiche riflessioni conclusive sul possibile ruolo proattivo del sindacato ai fini della tutela del lavoro nell'ambito dell'evoluzione digitale ed organizzativa

Dalle due esperienze di contrattazione aziendale appena citate, è possibile trarre tre sintetiche osservazioni, che appaiono degne di nota.

La prima: ai fini di un migliore perseguimento degli obiettivi, diversi ma sinergici, di azienda e lavoratori nell'ambito dell'evoluzione tecnologica e digitale, appare importante la costituzione di commissioni paritetiche integrate da consulenti esterni scelti di comune accordo tra le parti.

La seconda: la partecipazione nell'ambito dell'evoluzione digitale ed organizzativa può unire il perseguimento della competitività aziendale a quello della qualità del lavoro e dell'occupazione in una prospettiva di negoziazione *win-win*.

La terza: il sindacato può essere un veicolo di innovazione organizzativa nelle aziende e di coinvolgimento attivo dei lavoratori in tali processi.

Volendo poi formulare qualche osservazione di carattere più generale, si ritiene che il sindacato, se vuole svolgere un ruolo incisivo ed efficace in termini di tutela del lavoro, deve adeguare prontamente la propria cassetta degli attrezzi, partendo da un rapido ed ampio processo di formazione diffusa sulle nuove tecnologie ed i nuovi strumenti di organizzazione dell'azienda e, più nello specifico, del lavoro. Il sindacato deve, quindi, dimostrare capacità di adattamento e rinnovamento e deve, a propria volta, saper

immaginare e realizzare inediti modelli organizzativi di azione collettiva e contrattazione in grado di intercettare le odierne esigenze di tutela e i nuovi bisogni dei lavoratori attraverso un virtuoso mix tra tradizione e innovazione.

Ad avviso di chi scrive, la contrattazione aziendale[8] proattiva[9] e la partecipazione dei lavoratori – di cui si sono intesi offrire due significativi esempi – offrono, in ottica prospettica, maggiori opportunità di tutela del lavoro, anche di fronte alle incessanti innovazioni tecnologiche e digitali e, conseguentemente, organizzative. Certo, «percorrere questa strada per il nostro sistema industriale significa affrontare il problema di una riconversione delle relazioni industriali a livello d'impresa in direzione della partecipazione piuttosto che del conflitto, di un nuovo ruolo e nuove competenze per gli organismi di rappresentanza, di nuove regole per la contrattazione aziendale ispirate a un governo più flessibile delle relazioni di lavoro»[10].

Tuttavia, la scelta dell'approccio – tra i tre sopra descritti al paragrafo 2 in modo sintetico – da seguire prioritariamente in tale processo di adeguamento dell'azione collettiva non può che essere rimessa alle libere scelte delle organizzazioni sindacali e alle rispettive prassi di contrattazione collettiva, soprattutto aziendale.

In definitiva, parafrasando la domanda che si poneva qualche tempo fa un sindacalista interrogandosi sul ruolo della propria organizzazione nel nuovo territorio della geografia digitale[11], il sindacato sarà un cacciatore di anomalie in chiave difensiva dei diritti dei lavoratori nell'ambito di un sistema integralmente deciso e gestito da altri o riuscirà a governare e contrattare le condizioni di lavoro in uno scenario profondamente modificato, giocando un ruolo vitale ed attivo ed evolvendo anche nella sua veste di moderno soggetto di intelligenza collettiva?

[8] G. ZILIO GRANDI, *Retribuzione e partecipazione nelle dinamiche sindacali e legislative degli ultimi 20 anni in Italia*, in G. ZILIO GRANDI (a cura di), Atti del Seminario "Verso relazioni industriali partecipative", Venezia 14 ottobre 2016, in www.aisri.it, p. 6, rileva la tendenza, forse solo accennata o meglio sperimentata, verso un sistema di relazioni collettive più collaborativo attraverso lo strumento del contratto collettivo aziendale.

[9] R. DEL PUNTA, *Un diritto per il lavoro 4.0*, in A. CIPRIANI-A. GRAMOLATI-G. MARI (a cura di), *op.cit.*, pp. 243-244, osserva come la vera sfida sarà fare della contrattazione decentrata uno strumento congiunto di rinnovamento dei modelli organizzativi sotto il segno della digitalizzazione e sperimentare una nuova cultura sindacale, che non abbia timore di partecipare in modo proattivo al governo delle aziende, e non soltanto nella gestione delle crisi ma anche, andando oltre un atteggiamento di mera "resilienza adattiva", nei processi di innovazione e di rilancio produttivo delle stesse nell'interesse comune delle imprese e dei lavoratori.

[10] Così L. PERO-A.M. PONZELLINI, *op.cit.*, p. 1. Cfr. anche D. MOSCA-P. TOMASSETTI, *La valorizzazione economica delle professionalità nella contrattazione aziendale*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, n. 3/2016, specialmente pp. 815-816.

[11] V. al riguardo M. MENSI, *Tutta la modernità del sindacato*, in *Idea diffusa CGIL*, Inserto di informazione sul lavoro 4.0, marzo 2019, p. 4.

Clausole sociali, concorrenza, investimento pubblico e tutela del lavoro: dal Codice dei contratti pubblici al PNRR*

di Fabio Pantano
Professore associato di Diritto del lavoro
Università degli Studi di Parma

Abstract [It]: Le clausole sociali svolgono un ruolo di rilievo nell'ordinamento giuridico italiano. Tale importanza è andata crescendo negli ultimi decenni, soprattutto in corrispondenza dei processi di esternalizzazione delle attività di imprese e pubbliche amministrazioni. Di recente, ulteriori disposizioni sono state previste nell'ambito della disciplina di attuazione del PNRR e del PNC. Il presente contributo analizza i principali problemi giuridici sollevati da questa tecnica normativa, alla luce del complesso intreccio tra regolamentazione della concorrenza, tutela del lavoro e interessi pubblici a essa sotteso. In particolare, si sofferma sui limiti imposti dalla giurisprudenza alla definizione del contenuto delle così dette clausole sociali di seconda generazione per la promozione dell'occupazione; sui più recenti interventi normativi a tutela della parità di genere e generazionale nell'accesso all'impiego; infine, sulle interazioni tra clausole sociali e dinamiche sindacali.

Title: Social clauses, competition, public investment and labour protection: from the Public Contracts Code to the NRP

Abstract [En]: The social clauses play an important role in the Italian legal system. This importance has grown in recent decades, especially in correspondence with the processes of outsourcing of the activities of companies and public administrations. Recently, further provisions have been provided for in the framework of the implementation of the NRRP and NPC. This article analyzes the main legal problems raised by this regulatory technique, in the light of the complex interweaving between competition regulation, labor protection and public interests that underlies it. In particular, we focus on the limits imposed by jurisprudence on the definition of the content of the so-called «second generation» social clauses for the promotion of employment; on the most recent regulatory interventions to protect gender and generational equality in access to employment; finally, on the interactions between social clauses and trade union system.

Parole chiave: Clausole sociali; appalti pubblici; concorrenza; PNRR; coinvolgimento sindacale
Keywords: Social clauses; public procurement; competition; NRRP; trade unions involvement

Sommario: **1.** Clausole sociali, trasformazione dei processi produttivi e concorrenza economica nei settori privato e pubblico. **2.** Clausole sociali e appalti pubblici: l'art. 30, comma 4, d.lgs. n. 50/2016. **3.** Le clausole sociali per la promozione della stabilità occupazionale nella legislazione sui contratti pubblici. **4.** Clausole sociali e Piano nazionale di ripresa e resilienza. **5.** (Segue) Il sistema sanzionatorio. **6.** Clausole sociali e relazioni sindacali.

1. Clausole sociali, trasformazione dei processi produttivi e concorrenza economica nei settori privato e pubblico

Il tema delle clausole sociali ha assunto un ruolo sempre più rilevante nel sistema giuridico italiano, assumendo maggiore importanza, di volta in volta, in corrispondenza dell'emergere di fenomeni storici,

* Articolo sottoposto a referaggio.

economici e giuridici che hanno segnato significativi punti di svolta nell'evoluzione del sistema regolativo[1].

L'affermazione pressoché generalizzata dei contratti collettivi nazionali nel tessuto produttivo è stata accompagnata e sostenuta anche attraverso disposizioni volte a imporne l'applicazione alle imprese titolari di appalti e concessioni pubbliche o percettrici di altri vantaggi di tipo economico da parte dello Stato, tra le quali emerge, per la sua importanza sistematica, l'art. 36 dello Statuto dei lavoratori[2].

In tempi più recenti, la sempre più accesa concorrenza a livello nazionale e transnazionale e gli intensi processi di privatizzazione dei servizi pubblici e di esternalizzazione delle attività produttive, che caratterizzano il modello di sviluppo post-fordista, hanno indotto il legislatore e l'autonomia collettiva a un ampio utilizzo delle clausole sociali al fine di preservare l'occupazione dei lavoratori impiegati nell'ambito di contratti d'appalto di opere e servizi e contrastare i fenomeni di *dumping* sociale connessi ai conseguenti frequenti avvicendamenti tra operatori economici. Specialmente in tali contesti, l'applicazione di queste disposizioni è volta, oltre che a tutelare gli interessi dei lavoratori, a garantire che la competizione tra le imprese si concentri sull'innalzamento dei livelli qualitativi offerti all'utenza e non sulla riduzione dei costi, anche attraverso la conservazione delle maestranze già esperte e specializzate.

Le clausole sociali intervengono, quindi, in modo incisivo nella regolamentazione dei fenomeni di destrutturazione dell'impresa e di esternalizzazione dei processi produttivi legati all'erogazione di servizi, sia nel settore pubblico, sia in quello privato[3]. Si tratta di fenomeni di ingente portata economica[4], nell'ambito dei quali le scelte regolative della legge o dell'autonomia collettiva hanno un impatto molto elevato sui comportamenti strategici delle imprese e influiscono in modo determinante sulle dinamiche del mercato e sulle condizioni alle quali si svolge la concorrenza. Ciò implica il coinvolgimento di un assetto articolato di interessi, economici e non economici, con rilevanti ripercussioni sull'ermeneutica delle singole previsioni.

Nel settore degli appalti e delle concessioni pubbliche, l'interesse alla garanzia di *standard* qualitativi certi per i servizi e le opere affidati alle imprese invoca un impiego intensivo delle clausole sociali al fine di

[1] V. la ricostruzione di E. GHERA, *Le c.d. clausole sociali: evoluzione di un modello di politica legislativa*, in *Dir. rel. ind.*, 2001, p. 133 ss.

[2] V. I. ALVINO, *Clausole sociali, appalti e disgregazione della contrattazione collettiva nel 50° anniversario dello Statuto dei lavoratori*, in *Lav. dir. Eu.*, 2020.

[3] L. RATTI, *Autonomia collettiva e tutela dell'occupazione*, Padova, 2018, p. 29 ss.

[4] Nell'economia europea il settore degli appalti pubblici coinvolge un volume commerciale di 2.448 miliardi di euro, che costituisce il 16% del prodotto interno lordo, secondo dati riferiti al 2017. Sul rilievo economico dei processi produttivi interessati dalla previsione di clausole sociali, di natura legislativa o contrattuale, v., tra gli altri, K. V. THAI, *Global Public Procurement Theories and Practices: An Introduction*, in K. V. THAI (a cura di), *Global Public Procurement Theories and Practices*, Cham, 2017, p. 1 ss.; THE WORLD BANK, *Benchmarking Public Procurement (BPP) Data*, in *bpp.worldbank.org/en/BPP-data*.; J. BECKER, M. NIEMANN, S. HALSBENNING, *Contribution to Growth European Public Procurement Delivering Economic Benefits for Citizens and Businesses*, in *http://www.europarl.europa.eu/supporting-analyses*, p. 6.

impedire che la concorrenza al ribasso sui costi finisca per intaccare gli esiti dell'azione amministrativa e il soddisfacimento delle aspettative dei cittadini[5]. Per tali ragioni, con l'affermarsi di una disciplina organica dei contratti pubblici, il legislatore ha previsto disposizioni di applicazione generale, sia per quanto attiene alla conservazione dell'occupazione nei passaggi di appalto (art. 50, d.lgs. n. 50/2016), sia per ciò che riguarda l'applicazione degli *standard* normativi ed economici previsti dai contratti collettivi ai lavoratori impiegati dalle imprese appaltatrici e concessionarie (art. 30, comma 4, dello stesso decreto). L'importanza assunta da questa tipologia di previsioni sembra, inoltre, destinata ad aumentare, data la spinta massiccia agli investimenti pubblici determinata dal Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR), in attuazione del Regolamento (UE) 2021/240, nonché dal Piano nazionale per gli investimenti complementari al PNRR (PNC), e le conseguenti procedure di gara avviate in seguito all'approvazione del d.l. n. 77/2021.

Le clausole sociali inserite nell'ambito della disciplina degli appalti hanno un impatto diretto sulla concorrenza, perché assumono, quale condizione per l'applicazione delle tutele, una specifica iniziativa strategica dell'impresa, volta ad acquisire un vantaggio competitivo nel mercato e destinata a concludersi con l'instaurazione di una relazione contrattuale[6]. In simili circostanze, i limiti imposti dal legislatore o dall'autonomia collettiva si riverberano in modo immediato sulle decisioni organizzative, condizionandone il contenuto, e, quindi, l'efficacia produttiva e commerciale[7]. Tramite la definizione di limiti alla possibilità di ridurre i costi connessi al lavoro, le clausole sociali mirano a contenere lo sfruttamento dei benefici derivanti dalla riduzione delle prerogative dei lavoratori e delle loro organizzazioni, e, di conseguenza, indirizzano le strategie imprenditoriali verso il miglioramento della qualità del servizio e del bene oggetto del contratto[8].

---

[5] Circostanza, questa, posta in evidenza dalla dottrina già a paragone delle prime previsioni sull'equo trattamento. V. G. MESSINA, *I concordati di tariffe nell'ordinamento giuridico del lavoro*, in *Scritti giuridici*, IV, *Scritti di diritto del lavoro*, Milano, 1948, p. 23. Sulla ricostruzione teorica dei rapporti tra disciplina degli appalti pubblici e teorie della concorrenza, v. P. KUNZLIK, *Neoliberalism and the European Public Procurament Regime*, in *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 15, 2012 – 2013, Oxford and Protladnd, 2013, p. 283 ss. In generale, sul ruolo dell'autorità pubblica per la definizione dell'interesse sociale nell'ambito dei processi di governo dell'economia, v. L. MENGONI, *Forma giuridica e materia economica*, in *Studi in onore di A. Asquini*, Padova, 1963, p. 1075 ss., ora in *Diritto e valori*, Bologna, 1985, p. 165.

[6] Cfr. M. FORLIVESI, *Sulle clausole sociali di equo trattamento nel nuovo contratto degli appalti pubblici*, in *Riv. giur. lav.*, 2017, II, p. 692; S. COSTANTINI, *Limiti all'iniziativa economica privata e tutela del lavoratore subordinato: il ruolo delle c.d. "clausole sociali"*, in *Ianus*, 2011, p. 207 ss.; dello stesso A., per analoghe osservazioni, *La finalizzazione sociale degli appalti pubblici. Le "clausole sociali" tra tutela del lavoro e tutela della concorrenza*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 196/2014*, p. 3 ss.; F. SCARPELLI, *La dimensione sociale nella regolazione degli appalti pubblici*, in M.T. CARINCI, C. CESTER, M.G. MATTAROLO, F. SCARPELLI (a cura di), *Tutela e sicurezza del lavoro negli appalti privati e pubblici. Inquadramento giuridico ed effettività*, Torino, 2011, spec. p. 309 ss.; D. IZZI, *Lavoro negli appalti e* dumping *salariale*, Torino, 2018, p. 6 ss.; P. ICHINO, *Contrattazione collettiva e antitrust: un problema aperto*, in *Merc. conc. reg.*, 2000, p. 640.

[7] Tra i tanti riferimenti agli effetti che la regolamentazione della concorrenza riverbera sui comportamenti strategici dell'impresa, in dottrina, v. F. SCARPELLI, *La dimensione sociale*…, cit., p. 307 ss.; M. GIAMPIERETTI, *Il principio costituzionale di libera concorrenza: fondamenti, interpretazioni, applicazioni*, in *Dir. soc.*, 2003, p. 463 ss.

[8] Sul legame tra disciplina della concorrenza e qualità dei servizi pubblici nell'ordinamento giuridico italiano v. G. AMATO, *Corte costituzionale e Concorrenza*, in *Merc. conc. reg.*, 2017, p. 429. Per il panorama internazionale v. D.

Ciò spiega il rilievo centrale che ha assunto, nella regolamentazione delle clausole sociali, il Diritto dell'Unione europea, a causa delle restrizioni che esse impongono alle libertà economiche garantite dai Trattati[9].

Nei diversi interventi operati sul tema, la Corte di giustizia attribuisce un rilievo preminente alla libertà di prestare servizi e privilegia un approccio restrittivo rispetto alle limitazioni che gli Stati membri pongono al suo esercizio[10]. Tali orientamenti hanno un impatto immediato sull'applicazione e interpretazione delle clausole sociali nell'ordinamento italiano, perché la tutela delle libertà economiche, come definita dal diritto primario e secondario dell'Unione, impone la soppressione di qualsiasi restrizione, «anche qualora essa si applichi indistintamente ai prestatori nazionali e a quelli degli altri Stati membri»[11].

2. Clausole sociali e appalti pubblici: l'art. 30, comma 4, d.lgs. n. 50/2016

Nell'ambito di questo contributo, con l'espressione «clausola sociale» si fa riferimento a quelle disposizioni che adottano una specifica tecnica regolativa fondata sulla condizionalità tra garanzia di un certo livello di tutela del lavoro e acquisizione di vantaggi economici di tipo competitivo[12]. In tale prospettiva, la clausola sociale si distingue da altre tecniche di protezione degli interessi del lavoratore[13], volte a imporre la garanzia di diritti in modo diretto e incondizionato, in quanto non punta soltanto a garantire un certo livello di tutela del lavoro, ma individua una correlazione diretta tra la protezione delle istanze sociali e il governo della competizione economica[14].

HALLORAN, *The Social Value in Social Clauses: Method of Measuring and Evaluation in Social Procurement*, in K.V. THAI (a cura di), *Global Public Procurement Theories and Practices*, Cham, 2017, p. 48 e 49.

[9] V. F. SCARPELLI, *La dimensione sociale*…, cit., p. 310.

[10] V. I. ALVINO, *Clausole sociali, appalti e disgregazione della contrattazione collettiva nel 50° anniversario dello Statuto dei lavoratori*, in *Lav. dir. Eu.*, 2020; E.M. MASTINU, *Le clausole sociali nel diritto del lavoro. Ordinamento nazionale, comunitario e internazionale a confronto*, in M. CORTI (a cura di), *Il lavoro nelle carte internazionali*, p. 64; S. GIUBBONI, *Libertà economiche fondamentali e Diritto del lavoro oggi*, in *Eur. dir. priv.*, 2015, p. 494 ss.; M. CORTI, *Le decisioni* ITF *e* Laval *della Corte di giustizia: un passo avanti e due indietro per l'Europa sociale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, p. 251; dello stesso A., *Concorrenza e lavoro: incroci pericolosi in attesa di una svolta*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2016, p. 516; S. COSTANTINI, *Direttive sui contratti pubblici e Corte di giustizia: continuità e discontinuità in tema di clausole sociali*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 309/2016*, p. 11.

[11] Corte giust., 18 settembre 2014, C-549/13, *Bundesdruckerei GmbH*, pr. 18, in *www.dirittoegiustizia.it*.

[12] Secondo una più tradizionale definizione le clausole sociali costituiscono l'«imposizione, alle imprese operanti in determinate attività o settori, di vincoli e/o condizionamenti mirati a promuovere la tutela dei lavoratori incentivando, in cambio di vantaggi diretti (…) o indiretti (…), l'applicazione dei contratti collettivi e, in genere, della legislazione del lavoro»; v. E. GHERA, *Le c.d. clausole sociali*…, cit., p. 152 ss. Alla luce dell'evoluzione successiva e, soprattutto, della centralità assunta dalle clausole sociali nel settore degli appalti, pubblici e privati, si ritiene oggi più opportuna una definizione più restrittiva, che enfatizzi il legame stringente tra tali disposizioni e la regolamentazione della concorrenza. Per una più approfondita analisi della questione definitoria v. F. PANTANO, *Le clausole sociali nell'ordinamento giuridico italiano*, Pisa, 2020, spec. p. 43 ss.

[13] F. SCARPELLI, *La dimensione sociale*…, cit., p. 307.

[14] Si rileva, con riferimento al Diritto internazionale, che «il rispetto di taluni standard sociali (…) rispecchia non solo esigenze valoriali di equità e giustizia sociale ma esprime, al contempo, quella originaria funzione regolatrice della concorrenza svolta dalle norme giuslavoristiche»; A. PERULLI, *Clausola sociale*, in *Enciclopedia del diritto*, *Annali VII*, Milano, 2014, p. 209.

Nell'ordinamento italiano le prime clausole sociali sono state adottate, già nella legislazione post-unitaria, in materia di appalti pubblici. Le disposizioni più risalenti si limitavano a rafforzare la posizione creditoria dei lavoratori, attribuendo alle amministrazioni la facoltà di procedere alla remunerazione nel caso in cui l'appaltatore fosse stato inadempiente. Invece, risalgono all'inizio del XX secolo previsioni volte a garantire «l'equo trattamento del lavoratore» coinvolto nello svolgimento di servizi e lavori pubblici[15].

Già le prime ricostruzioni sistematiche evidenziavano la peculiare caratteristica, propria di tali disposizioni, di porre in relazione, attraverso uno specifico congegno regolativo, interessi di natura differente, quali la tutela del lavoro, l'esercizio dell'iniziativa economica e la qualità dell'azione amministrativa In particolare, se ne segnalava l'attitudine a ridurre la conflittualità tra impresa e organizzazioni sindacali e a favorire la realizzazione di servizi e opere pubbliche di più elevata qualità[16].

Con il passaggio dall'ordinamento corporativo a quello costituzionale, la funzione attribuita dal legislatore alle clausole sociali si è concentrata sull'estensione dell'ambito soggettivo di applicazione dei contratti collettivi[17]. Le disposizioni adottate in questa fase storica sono state definite clausole sociali «di prima generazione», in modo speculare rispetto a quelle successive, denominate «di seconda generazione»[18].

In una prima fase si è trattato di disposizioni caratterizzate da ambiti di applicazione specifici e settoriali. Soltanto con l'art. 36 Stat. lav. il legislatore ha introdotto una previsione di portata generale, che mette in relazione l'interesse dell'impresa e quello dei lavoratori tutte le volte in cui essi si intersechino con l'intervento della pubblica amministrazione, attraverso l'attribuzione di appalti, concessioni o altre tipologie di benefici economico-finanziari o strategici.

---

15 V. F. CARNELUTTI, *Sul contratto di lavoro relativo ai pubblici servizi assunti da imprese private*, in *Riv. dir. comm.*, 1909, I, p. 416 ss.; dello stesso A., *«clausole a favore dei lavoratori» nei capitolati di appalto di opere pubbliche*, in *Riv. dir. comm.*, 1909, I, p.725 ss.

16 Infatti, «l'equo trattamento dei lavoratori (…) assicura che il servizio sarà disimpegnato da un personale scelto e non subirà quei turbamenti, i quali normalmente conseguono ai c.dd. conflitti collettivi»; F. CARNELUTTI, *Sul contratto di lavoro*…, cit., p. 416. Cfr. D. NAPOLETANO, *Appalto di opere pubbliche e tutela dei diritti del lavoratore,* in *Riv. giur. lav.*, 1953, I, p. 267 ss.; E. VINCENTI, *Origine ed attualità della c.d. "clausola sociale" dell'art. 36 dello Statuto dei lavoratori*, in *Dir. Lav.*, 1999, I, p. 432.; E. GHERA, *Le c.d. clausole sociali*…, cit., p. 134.

17 V. E.M. MASTINU, *Le clausole sociali nel diritto del lavoro*, cit., p. 65; E. GHERA, *Le c.d. clausole sociali*…, cit., p. 134; P. TULLINI, *Finanziamenti pubblici alle imprese e «clausole sociali»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, p. p. 47; G. FERRARO, *Ordinamento, ruolo del sindacato, dinamica contrattuale di tutela*, Padova, 1981, p. 269; G.G. BALANDI, *Le «clausole a favore dei lavoratori» e l'estensione dell'applicazione del contratto collettivo*, in *Riv. trim. dir. proc.* civ., 1973, p. 699 ss.; S. CENTOFANTI, Sub *Art. 36. Obblighi dei titolari di benefici accordati dallo Stato e degli appaltatori di opere pubbliche*, in U. PROSPERETTI (diretto da), *Commentario dello Statuto dei lavoratori*, tomo II, Milano, 1975, p. 1198 ss.; G.F. MANCINI, Sub *Art. 36. Obblighi dei titolari di benefici accordati dallo Stato e degli appaltatori di opere pubbliche*, in G. GHEZZI, G.F. MANCINI, L. MONTUSCHI, U. ROMAGNOLI, *Statuto dei diritti dei lavoratori*, in A. SCIALOJA, G. BRANCA (a cura di), *Commentario del Codice Civile*, Bologna-Roma, 1972, p. 544.

18 E. GHERA, *Le c.d. clausole sociali…,* cit., p. 146 ss. Cfr. L. RATTI, *Autonomia collettiva*… , cit., Padova, 2018, p. 5 ss.; M. FORLIVESI, *Le clausole sociali negli appalti pubblici…,* cit., p. 10; S. COSTANTINI, *Limiti all'iniziativa economica privata e tutela del lavoratore subordinato*…, cit., p. 191.

Invece, negli ultimi decenni del XX secolo si è assistito a un intenso impiego delle clausole sociali «di seconda generazione»[19], finalizzate a conservare o incrementare i livelli occupazionali. In principio, anche le clausole sociali di seconda generazione hanno trovato collocazione nell'ambito di provvedimenti di carattere settoriale[20], ad esempio, in quelli destinati a governare i processi di liberalizzazione dei servizi pubblici[21]. Soltanto con l'adozione di una disciplina organica per gli appalti, imposta dal diritto dell'Unione europea, sono state introdotte disposizioni a tutela dell'occupazione riguardanti tutti i contratti stipulati dalle amministrazioni[22].

A tali previsioni, di natura legislativa, si è via via affiancata una congerie di disposizioni contenute nelle leggi regionali, nei contratti collettivi e in accordi e protocolli stipulati a livello decentrato, che delle clausole sociali di natura legislativa conserva spesso il paradigma normativo, ma, nel caso di quelle di origine negoziale, non anche la natura giuridica, presentando, dunque, differenti problemi ermeneutici[23].

Quindi, alla luce delle diverse tipologie di previsioni adottate e della elevata diversificazione dei modelli normativi di riferimento, l'applicazione e l'interpretazione delle clausole sociali non conoscono regole univoche e dipendono in gran parte dalla natura della fonte. Occorre, dunque, un approccio casistico, che attribuisca il giusto riguardo alle specificità di ogni previsione.

Volendo, però, individuare dei tratti comuni o perlomeno prevalenti, si può osservare come la maggior parte delle disposizioni non contempli l'insorgere di effetti diretti nei confronti dei lavoratori. In genere, anche nelle clausole previste dai contratti collettivi, si menziona l'obbligo per l'appaltatore di garantire certi livelli di trattamento o di assorbire i lavoratori già coinvolti nell'appalto. Di conseguenza, l'inerzia

---

[19] S. COSTANTINI, *Limiti all'iniziativa economica privata*…, cit., p. 234; L. RATTI, *Autonomia collettiva e tutela dell'occupazione*, Padova, 2018, p. 5 ss.; D. IZZI, *Lavoro negli appalti*…, cit., p. 70; G. MELI, *Clausole sociali. "Fair-outsourcing " delle pubbliche amministrazione paradigma della proporzionalità (Parte I)*, in *Dir. lav. mer.*, 2014, p. 731 ss., spec. nota 53; M.T. CARINCI, *Gli appalti nel settore privato. La distinzione tra appalto e trasferimento d'azienda ed il trattamento dei lavoratori impiegati negli appalti*, in L. MONTUSCHI (a cura di), *Un diritto in evoluzione. Studi in onore di Yasuo Suwa*, Milano, 2007, p. 355; V. E. GHERA, *Le c.d. clausole sociali*…, cit., p.137; P. TULLINI, *Finanziamenti pubblici alle imprese*…, cit., p. 42.

[20] V. M.M. MUTARELLI, *Riassunzione nell'avvicendamento di appalti e Jobs Act*, in *Dir. merc. lav.*, 2015, p. 293.

[21] V. S. CIMINI, R. DIPACE, *La gestione delle risorse idriche e la tutela del suolo dal rischio idrogeologico*, in S. GRASSI, M.A. SANDULLI (a cura di), *I procedimenti amministrativi per la tutela dell'ambiente*, in R. FERRARA, M.A. SANDULLI (diretto da), *Trattato di diritto dell'ambiente*, vol. II, Milano, 2014. p. 521 ss. Di recente, si veda l'art. 24, comma 9, d.lgs. 175/2016, sul quale cfr. F. BORGOGELLI, *Frammentazione organizzativa e pubbliche amministrazioni: interesse generale e tutela dei lavoratori nelle società a controllo pubblico*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2018, p. 391 ss.

[22] In generale, sui rapporti tra clausole sociali di seconda generazione e diritto europeo, cfr. M. FORLIVESI, *Le clausole sociali negli appalti pubblici…,* cit., p. 7 ss.; V. BRINO, *Le clausole sociali a tutela dell'impiego e i vincoli di compatibilità con il mercato*, in M. T. CARINCI (a cura di), *Dall'impresa a rete alle reti d'impresa. Scelte organizzative e diritto del lavoro*, Milano, 2015, p. 326 ss.; della stessa A., *Diritto del lavoro, concorrenza e mercato. Le prospettive dell'Unione europea*, Padova, 2012, spec. p. 135 ss.; S. COSTANTINI, *La finalizzazione sociale degli appalti pubblici. Le "clausole sociali" fra tutela del lavoro e tutela della concorrenza*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - 196/2014*, spec. p. 31 ss.; G. MELI, *Clausole sociali*…, cit., p. 732 ss.; F. SCARPELLI, *La dimensione sociale nella regolazione degli appalti pubblici*, cit., p. 310; S. VARVA, *Il lavoro negli appalti pubblici*, in M. AIMO, D. IZZI (a cura di), *Esternalizzazioni e tutela dei lavoratori*, Torino, 2014, p. 217 ss.; M. AIMO, *Stabilità del lavoro e tutela della concorrenza. Le vicende circolatorie dell'impresa alla luce del diritto comunitario*, in *Lav. dir.*, 2007, p. 424 ss.; M.T. CARINCI, *Gli appalti nel settore privato*…, cit., p. 358 ss.

[23] Cfr. F. PANTANO, *Le clausole sociali nell'ordinamento giuridico italiano*, cit., p. 26 ss.

delle parti negoziali priva la clausola di qualsiasi efficacia. Al contrario, una volta inserita nel contratto di appalto la previsione attribuisce al lavoratore il diritto di pretenderne l'applicazione in quanto previsione contrattuale a favore del terzo, a norma dell'art. 1411 Cod. civ.[24].

Particolare attenzione meritano le disposizioni legislative contenute nel cosiddetto Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016), le quali predispongono clausole sociali destinate a trovare applicazione per tutti gli appalti stipulati dalle pubbliche amministrazioni, con un notevole impatto sulla competizione economica in un settore di particolare rilievo per la vita del Paese, a maggior ragione nell'attuale momento storico. Tra queste, vanno di certo menzionate e analizzate l'art. 30, comma 4, e l'art. 50 del d.lgs. n. 50/2016. Tali previsioni assumono un valore paradigmatico, perché rappresentano lo stato più recente dell'evoluzione normativa delle clausole sociali di origine legislativa di prima e di seconda generazione. Inoltre, esse, a differenza della maggior parte delle altre previsioni di analoga natura, sono caratterizzate da una portata applicativa di carattere generale, perché si rivolgono a tutti i contratti di appalto e concessione stipulati dalle pubbliche amministrazioni italiane a ogni livello, con un ambito di applicazione soggettivo assimilabile a quello dell'art. 36 Stat. lav.

La prima tra le due diposizioni menzionate va ascritta al novero delle cosiddette clausole sociali di prima generazione, in quanto dispone l'applicazione ai lavoratori coinvolti negli appalti pubblici dei trattamenti previsti dai contratti collettivi. In particolare si prevede che «al personale impiegato nei lavori, servizi e forniture oggetto di appalti pubblici e concessioni» si applichi il «contratto collettivo nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e quelli il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente»[25].

---

[24] Cass., sez. lav., 8 settembre 2014, n. 1860, in *Giust. civ. Mass.*, 2014; Cass., sez. lav., 23 aprile 1999, n. 4070, in *Orient. giur. lav.*, 1999, I, p. 309; Cass., sez. lav., 25 luglio 1998, n. 7333, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, II, p. 459, con nota di A. BELLAVISTA; Cass., sez. lav., 13 agosto 1997, n. 7566, in *Not. giur. lav.*, 1997, p. 592; Cass., sez. lav., 21 dicembre 1991, n. 13834, in *Giur. it.*, 1993, I, 640, con nota di PICCININI; Cass., sez. lav., 6 marzo 1985, n. 1854, in *Esattore*, 1985, p. 356; Trib. Cagliari, 2 maggio 1997, in *Riv. giur. sarda*, 1999, p. 521, con nota di DORE; Trib. Cagliari, 11 aprile 1995, in *Riv. giur. sarda*, 1996 , p. 734, con nota di DE GIUDICI; Trib. Cagliari, 20 luglio 1995, in *Riv. giur. sarda*, 1996 , p. 131, con nota di Dore. Cfr. I. ALVINO, *Clausole sociali, appalti e disgregazione della contrattazione collettiva nel 50° anniversario dello Statuto dei lavoratori*, cit.; R. COSIO, *Cambi di appalto, licenziamenti, trasferimenti di azienda e clausole sociali*, in *Lav. dir. Eu.*, 2020.

[25] Cfr. M. GIACONI, *Il lavoro nella pubblica amministrazione partecipata da privati*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2017, p. 534; D. IZZI, *Lavoro negli appalti*…, cit., p. 109; M. CORTI, *Concorrenza e lavoro*…, cit., p. 517. Peraltro, il d.l. n. 77/2021 ha modificato l'art. 105, comma 14 del d.lgs. n. 50/2016, che, nella sua versione attuale, prevede che il subappaltatore sia tenuto a garantire ai lavoratori «un trattamento economico e normativo non inferiore a quello che avrebbe garantito il contraente principale, inclusa l'applicazione dei medesimi contratti collettivi nazionali di lavoro, qualora le attività oggetto di subappalto coincidano con quelle caratterizzanti l'oggetto dell'appalto ovvero riguardino le lavorazioni relative alle categorie prevalenti e siano incluse nell'oggetto sociale del contraente principale»; v. A. BELLAVISTA, *Appalti e tutela dei lavoratori*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT – _454/2022*, p. 183 ss.

L'art. 30, comma 4, d.lgs. n. 50/2016 si discosta da altre clausole sociali modellate sullo schema dell'art. 36 Stat. lav., perché essa ha un'efficacia regolativa diretta nei confronti dei singoli rapporti di lavoro[26]. Il fatto stesso dell'instaurazione di un rapporto negoziale tra la stazione appaltante e l'impresa aggiudicatrice attribuisce ai prestatori di opere impiegati nell'appalto un autonomo diritto all'applicazione del contratto collettivo richiamato, in via indipendente dall'inserimento di un'apposita clausola di analogo contenuto nel contratto di appalto[27], con effetti immediati nella sfera giuridica dell'impresa contraente e dei prestatori di opere[28].

Il tenore normativo della disposizione solleva problemi di grande spessore rispetto alla sua compatibilità con l'art. 39 Cost., in particolare per la reviviscenza dei criteri adottati dall'art. 2070 Cod. civ., dato il riferimento al contratto «strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente».

Com'è noto, la giurisprudenza esclude che i meccanismi normativi dell'art. 2070 Cod. civ. possano trovare applicazione ai contratti collettivi di diritto comune[29], in ragione del fatto che «dal principio della libertà sindacale (…) deriva l'impossibilità di applicare un contratto collettivo di diritto privato, vale a dire non imposto *erga omnes*, a persone che non vi abbiano direttamente o indirettamente aderito e che vi sarebbero assoggettate in base a definizioni o delimitazioni autoritative delle categorie professionali»[30].

Tuttavia, già nell'ambito di queste ricostruzioni, dottrina e giurisprudenza hanno sottolineato la possibilità di eccezioni, nel limite in cui sia preservato il principio per il quale «le categorie professionali» assumono «rilevanza giuridica non in base a classificazioni autoritative, bensì in base alla spontanea organizzazione sindacale ed alle scelte dell'autonomia privata», affinché quest'ultima non sia condizionata nelle proprie determinazioni in ragione di un interesse pubblico e, quindi, ad esso funzionalizzata[31]. Infatti, l'applicazione di criteri oggettivi definiti dalla legge nell'individuazione del contratto collettivo applicabile è ammessa nel limite in cui le previsioni normative non si concretizzino in inammissibili interferenze con

[26] Per analoghe osservazioni in merito all'art. 118, comma 6, d.lgs. n. 163/2006, che costituiva la disposizione di contenuto analogo a quella della disposizione in commento nella previgente legislazione sugli appalti, v. D. IZZI, *Lavoro negli appalti*…, cit., p. 78; G. ORLANDINI, *Mercato unico dei servizi e tutela del lavoro*, Milano, p. 179; I. ALVINO, *Appalti nelle pubbliche amministrazioni e tutela dei lavoratori dipendenti da appaltatori e sub-appaltatori*, in U. CARABELLI, M.T. CARINCI (a cura di), *Il lavoro pubblico in Italia*, Bari, 2009, p. 282.

[27] V. D. IZZI, *Lavoro negli appalti*…, cit., p. 105 ss.

[28] Menziona esempi di precedenti clausole sociali, le quali già prevedevano un'analoga struttura normativa, E. GHERA, *Le c.d. clausole sociali*…, cit., p. 139.

[29] I. ALVINO, *Clausole sociali, appalti e disgregazione della contrattazione collettiva nel 50° anniversario dello Statuto dei lavoratori*, in *Lav. dir. Eu.*, 2020.

[30] Cass. civ., sez. un., 26 marzo 1997, n. 2665, in *Notiz. giur. lav.*, 1997, p. 163; *Mass. giur. lav.*, 1997, p. 537; *Orient. giur. lav.*, 1997, I, p. 281; *Giust. civ.*, 1997, I, p. 1199, con nota di PERA.

[31] Cass. civ., sez. un., 26 marzo 1997, n. 2665, cit. Cfr. M. GRANDI, *Normatività privata e contratto collettivo*, in *Il sistema delle fonti nel diritto del lavoro. Atti delle giornate di studiodi diritto del lavoro Foggia-Baia delle zagare, 25-26 maggio 2001*, Milano, 2002, p. 218; nonché, dello stesso A., le riflessioni in merito al rapporto tra ordinamento dell'Unione europea e contratto collettivo; *In difesa della rappresentanza sindacale*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2004, p. 646; S. BELLOMO, *Retribuzione sufficiente*…, cit., p. 205 ss.

il libero esplicarsi dell'autonomia collettiva e con l'autonoma definizione dei temi che ne sono oggetto, incluso l'ambito di applicazione dei contratti[32].

Sulla base di queste argomentazioni si è giustificato il rinvio operato dalla giurisprudenza ai contratti collettivi per la definizione del cosiddetto «minimo costituzionale» retributivo, in forza dell'art. 36 Cost, e si sono incluse, tra le altre possibili eccezioni, le clausole sociali indirizzate all'applicazione dei minimi previsti dai contratti collettivi negli appalti e nelle concessioni pubbliche[33].

3. Le clausole sociali per la promozione della stabilità occupazionale nella legislazione sui contratti pubblici

L'art. 50 del d.lgs. n. 50/2016 prevede che per tutti i contratti di concessione e di appalto di lavori e servizi, «diversi da quelli aventi natura intellettuale» e «con particolare riguardo a quelli relativi a contratti ad alta intensità di manodopera», i «bandi di gara, gli avvisi e gli inviti inseriscono, nel rispetto dei principi dell'Unione europea, specifiche clausole sociali volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato, prevedendo l'applicazione da parte dell'aggiudicatario, dei contratti collettivi di settore di cui all'articolo 51 del decreto legislativo 5 giugno 2015, n. 81»[34].

Sulla base del suo tenore letterale, la prescrizione presenta problemi ermeneutici di non poca importanza. In ragione dell'espressione «con particolare riguardo», riferita ai contratti ad alta intensità di manodopera, l'Anac considera la clausola sociale per la conservazione del personale come obbligatoria soltanto per questo tipo di appalti, cosiddetti *labour intensive*, mentre sarebbe esclusa per gli appalti di fornitura, di natura occasionale e per quelli aventi ad oggetto servizi di natura intellettuale, e sarebbe facoltativa in tutti gli altri casi [35].

Per gli affidamenti di natura intellettuale l'inapplicabilità delle clausole sociali per la promozione della stabilità occupazionale è giustificata dall'esplicita previsione dell'art. 50, mentre, per le forniture e per gli appalti di natura occasionale, dalla natura stessa dell'oggetto del contratto.

Non si comprende, invece, la *ratio* dell'obbligatorietà soltanto per gli appalti *labour intensive*, dacché l'occupazione di lavoratori coinvolti in queste tipologie di contratto non è più meritevole di tutela rispetto a quella di altri prestatori di opere impiegati in attività connotate da un più determinante apporto di

[32] I. ALVINO, *Clausole sociali, appalti e disgregazione della contrattazione collettiva nel 50° anniversario dello Statuto dei lavoratori*, in *Lav. dir. Eu.*, 2020.

[33] R. SCOGNAMIGLIO, *Il problema dell'applicabilità dell'art. 2070 c.c.: categoria e contratto collettivo*, in *Mass. Giur. lav.*, 1997, p. 745.

[34] Nella vigente versione la disposizione è il frutto delle modifiche apportate dall'art. 33, comma primo, d.lgs. 19 aprile 2017, n. 57. Il testo precedente prevedeva soltanto una «facoltà» in capo alle stazioni appaltanti, con un impatto di certo più contenuto. V. L. RATTI, *Autonomia collettiva*…, cit., p. 127 ss.

[35] Da ultimo v. ANAC, Bando tipo n. 1/2021, approvato dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 154 del 16 marzo 2022, p. 48.

strumentazioni materiali. D'altra parte, la distinzione non trova conforto nel tenore letterale dell'art. 50, che, con l'espressione «con particolare riguardo», non sembra fare riferimento a una effettiva distinzione rispetto all'efficacia precettiva che la disposizione è in grado di esercitare sulle differenti tipologie di appalti.

Di conseguenza, appare più corretto intendere l'obbligo di previsione della cosiddetta clausola sociale come riferito a tutti i contratti stipulati dalle pubbliche amministrazioni per l'esecuzione di lavori, opere o servizi, senza restrizioni agli appalti *labour intensive*.

D'altra parte, la questione ermeneutica più rilevante, tra quelle sollevate dall'art. 50, d.lgs. 50/2016, attiene alla definizione del contenuto delle clausole che le pubbliche amministrazioni sono obbligate a inserire nei bandi, proprio perché, su tale profilo, il legislatore non dà indicazioni specifiche.

Infatti, l'art. 50, a differenza dell'art. 30, comma quarto, conserva tutti i limiti strutturali delle tradizionali clausole sociali, perché è indirizzato soltanto all'amministrazione appaltante e non coinvolge, in modo diretto, le posizioni giuridiche dei lavoratori. Senza l'identificazione del contenuto della specifica clausola da parte delle stazioni appaltanti, non può ritenersi che la disposizione imponga alcun obbligo all'appaltatore, limitandosi a obbligare le pubbliche amministrazioni a inserire clausole sociali per la conservazione dell'occupazione negli appalti stipulati, senza indicazioni più precise e con una notevole discrezionalità in capo alle stesse stazioni appaltanti.

Il riferimento testuale è a «clausole sociali volte a promuovere la stabilità occupazionale». Quindi, non vi sono imposizioni rispetto alla natura e al contenuto delle posizioni giuridiche da garantire ai prestatori di opere, nel limite in cui si prevedano meccanismi idonei ad agevolare la conferma dei lavoratori nella propria posizione lavorativa o, comunque, a favorirne la «stabilità occupazionale».

Più specifiche sono, però, le indicazioni della giurisprudenza europea, costituzionale e amministrativa.

Rispetto alle clausole sulla conservazione dell'occupazione la Corte di giustizia è stata chiamata a pronunciarsi in merito a misure contenute nelle normative di attuazione delle direttive per la liberalizzazione di specifici settori economici[36]. In tali circostanze i giudici si sono concentrati sulle restrizioni imposte dai legislatori nazionali all'autonomia organizzativa delle imprese e hanno censurato le disposizioni di diritto interno che imponevano obblighi di conservazione dei lavoratori addetti ai servizi privatizzati[37].

[36] Ad esempio, la Direttiva 96/67/CE del Consiglio, del 15 ottobre 1996, relativa all'accesso al mercato dei servizi di assistenza a terra negli aeroporti della Comunità; v. V. BRINO, *Le clausole sociali a tutela*…, cit., p. 331 ss.

[37] Secondo la Corte di giustizia, «l'obbligo (…) di riassumere il personale del precedente prestatore di servizi svantaggia i nuovi concorrenti potenziali rispetto alle imprese già operanti e compromette l'apertura dei mercati dell'assistenza a terra, con la conseguenza di nuocere all'effetto utile della direttiva 96/67»; Corte giust., 9 dicembre 2004, C-460/02, *Commissione* c. *Italia*, pr. 34, in *Giust. civ.*, 2005, I, p. 2585, con nota di V. BRINO; in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, II, p. 271, con nota di MUTARELLI; in *Mass. giur. lav.*, 2005, p. 377, con nota di Inglese; posizioni ribadite in Corte giust., 14 luglio 2005, C-386/03, *Commissione* c. *Germania*, pr. 27 ss., in *Riv. giur. lav.*, 2006, II, p. 21 ss., con nota di M. PALLINI. V. M.

Secondo la Corte costituzionale[38], i limiti posti all'autonomia organizzativa dell'impresa per la tutela dell'occupazione devono consentire un'adeguata realizzazione anche degli altri interessi di rilievo costituzionale coinvolti. Sicché, il sacrificio imposto non deve comportare un'eccessiva restrizione della autonomia strategica sul mercato, che possa intaccare le ricadute benefiche della competizione economica sulla qualità dei servizi.

Gli orientamenti del Consiglio di Stato e dei Tribunali amministrativi si collocano in una linea di continuità rispetto alle decisioni della Consulta e della Corte di giustizia, al fine di garantire un'applicazione delle clausole sociali coerente con le indicazioni provenienti dal diritto dell'Unione europea e dalla Carta costituzionale.

I giudici amministrativi[39] affermano in modo costante il principio per il quale la clausola sociale deve essere interpretata in conformità ai «principi nazionali e comunitari in materia di iniziativa imprenditoriale»[40], «risultando altrimenti essa lesiva della concorrenza, scoraggiando la partecipazione alla gara e limitando ultroneamente la platea dei partecipanti»[41]. Essa è compatibile con le previsioni costituzionali e del diritto eurounitario solo «se si contempera con l'organigramma dell'appaltatore subentrante e con le sue strategie aziendali»[42]. Quindi, non sono consentiti «automatismi o rigidità»[43] che comportino «l'obbligo per l'impresa aggiudicataria di assumere a tempo indeterminato ed in forma automatica e generalizzata tutto il personale già utilizzato dalla precedente impresa»[44]. La clausola sociale

AIMO, *Stabilità del lavoro e tutela della concorrenza. Le vicende circolatorie dell'impresa alla luce del diritto comunitario*, in *Lav. dir.*, 2007, p. 426.

[38] Corte cost. 19 giugno 1998, n. 226, in *Foro it.*, I, c. 6, con nota di G. PONZANELLI.

[39] V. Cons. Stato, sez. V, 21 luglio 2021, n. 5483 e Cons. Stato, sez. V, 2 novembre 2020, n. 6761

[40] Cons. Stato, sez. V, 7 giugno 2016, n. 2433, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[41] Cons. Stato, sez. III, 22 giugno 2018, n. 3861, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. V, 19 dicembre 2018, n, 272, in *Urb. e app.*, 2018, p. 339, con nota di BEVILACQUA; in *Riv. trim. app.*, 2018, p. 513, con nota di BIASUTTI; Cons. Stato, sez. III, 27 settembre 2018, n. 5551, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. III, 18 settembre 2018, n. 5544, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. III, 5 maggio 2017, n. 2078, in *www.giustizia-amministrativa.it*; TAR Campania – Napoli, sez. I, 26 ottobre 2018, n. 6822, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[42] Cons. Stato, sez. V, 28 agosto 2017, n. 4079, in *Giur. it.*, 2017, p. 2715, con nota di Proietti; Cons. Stato, sez. V, 2 luglio 2018, n. 4040. Cfr. Cons. Stato, sez. III, 30 marzo 2016, n. 1255, in *Foro amm.*, 2016, p. 561 ss. (m); Cons. Stato, sez. III, 9 dicembre 2015, n. 5598, in *Foro amm.*, 2015, p. 3061; TAR Puglia – Bari, sez. II, 11 gennaio 2019, n. 48, in *Contratti dello Stato e degli Enti pubblici*, 2019, 2, p. 39, con nota di Botteon; TAR Campania – Napoli, sez. IV, 12 aprile 2016, n. 1773, in *www.giustizia-amministrativa.it*; TAR Piemonte, sez. I, 15 maggio 2015, n. 779, in *www.giustizia-amministrativa.it*; TAR Abruzzo – Pescara, sez. I, 2 gennaio 2015, n. 6, in *www.giustizia-amministrativa.it*; TAR Lazio – Roma, sez. II, 26 settembre 2016, n. 9927, cit.; in senso contrario v. TAR Liguria, sez. II, 27 gennaio 2017, n. 55, cit. Sul punto vedi, anche, ANAC, Linee Guida n. 13, recanti "La disciplina delle clausole sociali", Approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 114 del 13.2.2019, pr. 3.2.

[43] Cons. Stato, sez. V, 26 maggio 2015, n. 2637, in *I Contratti dello Stato e degli Enti pubblici*, 2015, 3, p. 48, con nota di Botteon; TAR Toscana, sez. I, 2 gennaio 2018, n. 18, in *www.giustizia-amministrativa.it*; TAR Emilia Romagna – Parma, sez. I, 16 ottobre 2017, n. 316, in *www.giustizia-amministrativa.it*; TAR Puglia – Lecce, sez. I, 22 settembre 2017, n. 1494, in *www.giustizia-amministrativa.it*; TAR Toscana, sez. III, 13 febbraio 2017, n. 231, in *Nuovo not. giur.*, 2017, p.; TAR Piemonte, sez. I, 15 maggio 2015, n. 779, *cit.*; TAR Abruzzo – Pescara, sez. I, 2 gennaio 2015, n. 6, in *www.giustizia-amministrativa.it*; TAR Lazio – Roma, sez. II, 26 settembre 2016, n. 9927, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[44] T.A.R. Abruzzo – Pescara, sez. I, 2 gennaio 2015, n. 6, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Ribadisce, in modo esplicito, che il subentrante non è tenuto ad assumere a tempo indeterminato i lavoratori adibiti all'appalto, ma soltanto per una

può soltanto impedire che si riduca «*ad libitum* il numero di unità da impiegare nell'appalto»[45], ma il suo contenuto non può andare al di là di un obbligo ad assumere in via prioritaria i lavoratori già coinvolti nella realizzazione dell'opera o del servizio[46]. Questi ultimi, comunque, non possono pretendere il mantenimento delle mansioni già svolte, né di essere adibiti alla stessa attività, restando immutato il potere del datore di lavoro di utilizzarli presso altri stabilimenti[47].

4. Clausole sociali e Piano nazionale di ripresa e resilienza: il contenuto degli obblighi imposti alle imprese

Di recente, con il d.l. n. 77/2021, l'iniziativa legislativa si è concentrata sull'elaborazione di nuove clausole sociali in relazione ai contratti pubblici finanziati, in tutto o in parte, dal Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR), attuato con i regolamenti (UE) 2021/240 e (UE) 2021/2041, e dal Piano nazionale per gli investimenti complementari (PNC). Gli interventi del legislatore individuano in modo specifico gli interessi oggetto di tutela. L'art. 47 del decreto prevede misure volte a favorire le pari opportunità di genere e generazionali, nonché l'inclusione lavorativa delle persone con disabilità, attraverso i meccanismi di condizionalità propri delle clausole sociali, per i quali la realizzazione degli interessi menzionati comporta l'acquisizione di un vantaggio competitivo per le imprese partecipanti alle gare.

I commi 2, 3 e 3 *bis* dell'art. 47 impongono in capo alle imprese concorrenti obblighi di rendicontazione relativi allo stato di realizzazione, nell'ambito dell'azienda, degli interessi protetti e all'applicazione delle norme previste a loro tutela. Tali obblighi non necessitano di essere richiamati dai bandi, ma operano in via automatica in quanto già previsti dalla legge[48].

Si tratta, per le imprese con più di 50 dipendenti, dell'obbligo di produrre il rapporto sulla situazione del personale, alla cui redazione sono tenute a norma dell'art. 46, d. lgs. n. 198/2006. Le imprese che

durata corrispondente a quella del contratto stipulato con la pubblica amministrazione C. Stato, sez. III, 22 giugno 2018, n. 3861, cit. V., anche, Cons. Stato, sez. III, 5 maggio 2017, n. 2078, cit.; Cons. Stato, sez. III, 25 febbraio 2016, n. 1255, cit.; Cons. Stato, sez. III, 5 aprile 2013, n. 1896, in *www.giustizia-amministrativa.it*.; Cons. Stato, sez. III, 5 aprile 2013, n. 1896, cit.; Cons. Stato, sez. V, 26 maggio 2015, n. 2637, cit.; TAR Toscana, sez. I, 2 gennaio 2018, n. 18, cit.; TAR Emilia Romagna – Parma, sez. I, 16 ottobre 2017, n. 316, cit.; TAR Toscana, sez. III, 9 ottobre 2017, n. 1196, in in *www.giustizia-amministrativa.it*; TAR Puglia – Lecce, sez. I, 22 settembre 2017, n. 1494, cit.; TAR Campania – Napoli, sez. V, 8 settembre 2017, n. 4325, cit.; TAR Calabria – Reggio Calabria, sez. I, 15 marzo 2017, n. 209, cit.; TAR Toscana, sez. III, 13 febbraio 2017, n. 231, cit.; TAR Campania – Napoli, sez. IV, 12 aprile 2016, n. 1773, cit.; TAR Piemonte, sez. I, 18 dicembre 2015, n. 1769, in *www.giustizia-amministrativa.it*; TAR Piemonte, sez. I, 15 maggio 2015, n. 779, cit.; TAR Lazio – Roma, sez. III, 5 dicembre 2011, n. 9570, in *www.giustizia-amministrativa.it*. In altri casi, la giurisprudenza ammette il passaggio con conservazione del contratto a tempo indeterminato, per i lavoratori che già fossero assunti tramite questa forma contrattuale dall'impresa cedente; TAR Puglia – Lecce, sez. II, 1° dicembre 2014, n. 2986, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[45] Così Cons. Stato, sez. V, 26 maggio 2015, n. 2637, cit.

[46] Cons. Stato, sez. III, 25 febbraio 2016, n. 1255, cit.; Cons. Stato, sez. V, 26 maggio 2015, n. 2637, cit.

[47] Cons. Stato, sez. III, 9 dicembre 2015, n. 5598, cit.

[48] V. *Linee guida per favorire le pari opportunità di genere e relazionali, nonché l'inclusione lavorativa delle persone con disabilità nei contratti pubblici finanziati con le risorse del PNRR e del PNC*, adottate dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri, Decreto 7 dicembre 2021, in *Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana*, Serie generale, n. 309, 30 dicembre 2021, p. 129.

occupano un numero non inferiore a 15 e non superiore a 50 lavoratori devono comunque consegnare, entro sei mesi dalla conclusione del contratto, una relazione di genere sulla situazione del personale maschile e femminile. In ogni caso, tutti i concorrenti sono anche tenuti, entro lo stesso termine previsto dal comma 3, a consegnare la dichiarazione di regolarità sul diritto al lavoro delle persone con disabilità, prevista dall'art. 17, l. n. 68/99.

Il comma 4 dello stesso art. 47 impone alle stazioni appaltanti di prevedere nei bandi, negli avvisi e negli inviti, «come requisiti necessari e come ulteriori requisiti premiali dell'offerta», «criteri orientati a promuovere l'imprenditoria giovanile, l'inclusione lavorativa delle persone disabili, la parità di genere e l'assunzione di giovani, con età inferiore a trentasei anni, e donne». In questo caso, il contenuto concreto degli obblighi imposti alle imprese concorrenti è rimesso alla discrezionalità delle stazioni appaltanti, che sono libere di definire le forme di realizzazione degli interessi enucleati dal legislatore alla luce delle specifiche esigenze del territorio e del settore produttivo.

Secondo il tenore letterale della disposizione, le amministrazioni sono comunque tenute all'introduzione dei requisiti indicati dalla prima parte del comma 4, sia quelli «necessari», sia quelli «ulteriori» e «premiali»[49]. Non è chiaro il rapporto tra queste previsioni e quelle del comma 5 dello stesso art. 47, laddove si prevede che «ulteriori misure premiali possono prevedere l'assegnazione di un punteggio aggiuntivo all'offerente o al candidato» che abbia posto in essere alcuni comportamenti o adempimenti menzionati nella stessa disposizione. Si tratta di un'elencazione che accomuna condotte di diversa natura, che vanno dall'aver adempiuto a obblighi già previsti dalla legge (come l'aver applicato la l. n. 68/99 per gli ultimi 3 anni o non essere stati oggetto di accertamenti relativi ad atti o comportamenti discriminatori), alla realizzazione di misure in favore degli interessi protetti adottate in via autonoma dalle imprese (come l'aver utilizzato o l'essersi impegnato a realizzare «specifici strumenti di conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro per i propri dipendenti, nonché modalità innovative di organizzazione del lavoro», ovvero «specifiche misure per promuovere le pari opportunità generazionali e di genere»). Si deve ritenere che l'elencazione e le previsioni del comma 5 svolgano una funzione soltanto esplicativa di quelle più generali contenute nel comma precedente. Di conseguenza, non si tratta di requisiti e criteri aggiuntivi, ma di un'esemplificazione, per altro non esaustiva.

Infine, il comma 4 dell'art. 47 prevede una norma di chiusura per la quale, in via indipendente dalle determinazioni discrezionali delle singole stazioni appaltanti rispetto ai requisiti previsti dalla prima parte della disposizione, le imprese concorrenti devono in ogni caso aver assolto, al momento dell'offerta, agli obblighi previsti dalla l. n. 68/1999 e devono assicurare, in caso di aggiudicazione, che il 30% delle

[49] Proprio per via dell'aggettivo «ulteriori».

«assunzioni» necessarie» «per l'esecuzione del contratto o per la realizzazione di attività ad esso connesse o strumentali» siano riservate «sia all'occupazione giovanile sia all'occupazione femminile».

L'espressione «assunzioni» non specifica se i contratti stipulati dall'appaltatore subentrante debbano essere a tempo determinato o indeterminato. Ciò nondimeno, si deve ritenere che gli *standard* occupazionali richiesti dalla clausola sociale siano realizzati in via indipendente dalla durata del rapporto, in ragione sia della natura temporanea della relazione contrattuale con l'amministrazione, sia della giurisprudenza restrittiva rispetto all'obbligo di imporre assunzioni a tempo indeterminato,.

Peraltro, la soddisfazione delle esigenze di organico dovute alla realizzazione delle attività oggetto di un appalto pubblico sembra adattarsi in modo piano alle causali definite dall'art. 19, comma primo, lett. b. d.lgs. n. 81/2015, che fanno riferimento a «esigenze connesse a incrementi temporanei, significativi e non programmabili, dell'attività ordinaria».

Le Linee guida adottate dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri prevedono che il computo delle quote di occupazione riservate debba essere operato considerando in modo disgiunto le due categorie protette. Sicché l'imprenditore è tenuto a garantire il 30% di nuove assunzioni di giovani sotto i 36 anni e il 30% di donne[50].

Tuttavia, sempre secondo le linee guida, l'assunzione di lavoratrici che rispondano a entrambi i requisiti contribuisce al raggiungimento di entrambi i *target*[51]. Sicché, «l'aggiudicatario che assume 20 persone rispetterà le quote previste non solo nel caso in cui assuma 6 uomini con meno di 36 anni e 6 donne con almeno 36 anni, ma anche qualora assuma 6 donne con meno di 36 anni oppure 4 donne e 2 uomini con meno di 36 anni e 2 donne con almeno 36». Tale interpretazione desta perplessità, perché rischia di ridurre surrettiziamente l'entità degli obblighi incombenti sulle imprese e di diminuire il loro impatto complessivo sui livelli occupazionali. Inoltre, potrebbe rilevarsi discriminatoria nei confronti dei lavoratori uomini, giovani e meno giovani, in quanto l'impresa potrebbe essere più propensa ad assumere giovani donne, piuttosto che giovani uomini. Appare più conforme alla *ratio* protettiva della disposizione, e delle politiche europee cui essa si ispira, una lettura più restrittiva nei confronti dell'appaltatore, che gli imponga di coprire per intero le percentuali indicate dal legislatore. Si intende, cioè, che, facendo riferimento allo stesso esempio menzionato dalle Linee guida, l'impresa dovrà assumere comunque 6 donne, in via indipendente dalla loro età, e, altri 6 lavoratori di età inferiore ai 36 anni, uomini o donne.

Le stesse linee guida chiariscono, inoltre, che, per individuare rispetto a quali tra i contratti coinvolti nella realizzazione dell'appalto o della concessione si applichino gli obblighi di assunzione, occorra fare riferimento all'ambito di applicazione delle clausole sociali definite dall'art. 47, d.l. n. 77/2021, che

[50] V. *Linee guida per favorire le pari opportunità*…, cit., p. 132.
[51] V. *Linee guida per favorire le pari opportunità*…, cit., p. 133.

riguarda soltanto i contratti finanziati dal PNRR o dal PNC. Quindi, i datori di lavoro coinvolti sono quelli che contribuiscono in modo diretto alla realizzazione dell'opera o servizio oggetto del finanziamento pubblico, con attività funzionali o strumentali rispetto all'obbligazione principale[52]. In sostanza, l'obbligo si estende ai subappaltatori, secondo un principio di ripartizione, per il quale le quote di occupazione protetta devono essere considerate in modo cumulativo, rispetto a tutti i dipendenti coinvolti, in via indipendente dalla soggettività giuridica dell'impresa[53].

Nel complesso, l'art. 47 del d.l. n. 77/2021 configura un sistema strutturato e incisivo di clausole sociali. Un apparato così articolato di imposizioni alle imprese concorrenti, per quanto coerente con gli obiettivi sociali connessi alle così dette «priorità trasversali» del PNRR, rischia di costituire oneri organizzativi eccessivi, soprattutto per la sovrapposizione con le ulteriori previsioni adottate a norma dell'art. 50, d.lgs. n. 50/2016, o con quelle previste dai contratti collettivi.

Di tali profili si rivela consapevole lo stesso legislatore. Infatti, l'art. 47, comma 4, d.l. n. 77/2021 impone alle pubbliche amministrazioni appaltanti, nella definizione delle clausole sociali rimesse alla loro discrezionalità, di tenere «tra l'altro, conto dei principi di libera concorrenza, proporzionalità e non discriminazione, nonché dell'oggetto del contratto, della tipologia e della natura del singolo progetto in relazione ai profili occupazionali richiesti, dei principi dell'Unione europea».

Inoltre, il comma 7 della stessa disposizione attribuisce alle stazioni appaltanti un'esplicita possibilità di derogare alle previsioni del comma 4. Laddove optino per quest'opzione, le stesse amministrazioni sono sottoposte a un obbligo di motivazione stringente. Esse devono attestare, in modo credibile, che l'inserimento nei bandi di requisiti relativi alla tutela del lavoro, ovvero l'adempimento degli obblighi di acquisizione di manodopera "protetta" siano impossibili o si pongano in contrasto con gli «obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche», in ragione dell'«oggetto del contratto», della «tipologia» o della «natura del progetto», o di «altri elementi puntualmente indicati»[54].

Tale facoltà deve essere oggetto di un utilizzo attento e ragionevole da parte delle stazioni appaltanti. Queste ultime sono tenute ad un accertamento effettivo della compatibilità degli obblighi e dei requisiti previsti dalla legge con le esigenze organizzative delle imprese aggiudicatarie, in relazione alla concreta natura dell'opera o del servizio a esse richiesti. Di conseguenza, la mancanza di una seria valutazione su questo profilo, con l'imposizione di vincoli eccessivi, deve essere considerata fonte di invalidità delle clausole sociali introdotte nel bando e della eventuale esclusione di un'impresa concorrente che non le abbia rispettate, così come dell'esclusione dell'impresa che non sia in grado di rispettare gli adempimenti

[52] V. *Linee guida per favorire le pari opportunità*…, cit., p. 133.
[53] V. *Linee guida per favorire le pari opportunità*…, cit., p. 134.
[54] V. *Linee guida per favorire le pari opportunità*…, cit., p. 135.

previsti dalla seconda parte dell'art. 47, comma 4, d.l. n. 77/2021, laddove questi non siano stati opportunamente rimodulati.

5 (Segue) Il sistema sanzionatorio

L'articolazione e organicità del sistema di clausole sociali previsto nella disciplina degli appalti legati alla realizzazione del PNRR si accompagna a sanzioni rigide e puntuali per il mancato rispetto degli obblighi condizionali imposti alle imprese. In alcuni casi, le specifiche disposizioni che prevedono le clausole sociali dispongono la sanzione dell'esclusione per le imprese inadempienti.

In generale, a tali sanzioni il comma 6 dell'art. 47, d.l. n. 77/2021 affianca l'obbligatoria previsione, all'interno dei contratti stipulati dalle pubbliche amministrazioni, di «penali» per il mancato rispetto degli obblighi previsti dai commi 3, 3 *bis* e 4. Le penali devono essere «commisurate alla gravità della violazione e proporzionali rispetto all'importo del contratto o alle prestazioni» che esso prevede, implicando, quindi, un sindacato giurisdizionale di ragionevolezza rispetto al loro contenuto.

Per gli obblighi di rendicontazione previsti dal comma 2, la mancata ottemperanza degli adempimenti previsti comporta l'esclusione dalla gara[55]. La stessa sanzione non è menzionata dall'art. 47 per la violazione del comma 3 e del comma 3 *bis*.

Per quanto riguarda il comma 3, le linee guida adottate dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri rilevano che l'esclusione non è applicabile in quanto la mancata presentazione della relazione di genere deve avvenire «a valle della stipulazione del contratto»[56], dacché le imprese concorrenti sono tenute a presentarla entro sei mesi dalla sottoscrizione. Un analogo ragionamento è applicabile rispetto alla relazione sull'adempimento degli obblighi relativi alla l. n. 68/1999 e alle eventuali sanzioni o provvedimenti adottati, in merito, nei confronti dell'impresa durante i tre anni precedenti alla scadenza della presentazione delle offerte. Quindi, il mancato adempimento di tali obblighi comporta per l'operatore economico soltanto l'applicazione delle penali previste dai bandi a norma del comma 6 dell'art. 47, d.l. n. 77/2021.

Tuttavia, per le attestazioni sull'applicazione della legislazione in materia di lavoro dei disabili la sanzione dell'esclusione è prevista dall'art. 17, l. n. 68/1999, per la mancata presentazione della relazione al momento della partecipazione al bando. Mentre, per la mancata consegna della relazione di genere di cui al comma 3, la stessa disposizione prevede l'esclusione dalla partecipazione, «in forma singola ovvero in raggruppamento temporaneo, per un periodo di dodici mesi da ulteriori procedure di affidamento afferenti agli investimenti pubblici finanziati, in tutto o in parte, con le risorse» legate al PNRR.

[55] V. *Linee guida per favorire le pari opportunità*…, cit., p. 129.
[56] V. *Linee guida per favorire le pari opportunità*…, cit., p. 129.

Per quanto riguarda le previsioni del comma 4, il mancato possesso dei requisiti che le stazioni appaltanti sono tenute a inserire nei bandi provoca conseguenze diverse a seconda che essi siano previsti come «necessari» o «premiali». Nel primo caso, l'esclusione è una conseguenza automatica del loro mancato possesso. Invece, per quelli «premiali», lo svantaggio incombente sull'impresa partecipante deriva dal mancato ottenimento del punteggio ad essi discrezionalmente correlato nell'ambito delle singole procedure. Invece, il mancato rispetto degli obblighi sul lavoro dei disabili, al momento di effettuazione dell'offerta, e di quelli relativi alla quota di occupazione femminile e giovanile per le nuove assunzioni determina l'esclusione dell'impresa inadempiente, in ragione della esplicita qualificazione di tali requisiti come "necessari" da parte dal legislatore.

Rispetto alla ragionevolezza dell'impianto sanzionatorio considerato nella sua organicità, desta qualche perplessità che il mancato rispetto di obblighi di mera rendicontazione, il cui contenuto non è la concreta realizzazione di comportamenti protettivi nei confronti degli interessi tutelati, ma la loro mera certificazione, sia sanzionata in maniera altrettanto incisiva, o ancora più intensa, che la violazione di previsioni di contenuto sostanziale, quali quelle relative ai requisiti necessari o al rispetto delle quote di assunzioni a favore dell'occupazione femminile e giovanile.

6. Clausole sociali e relazioni sindacali

Sin dalla loro prima apparizione nell'ordinamento giuridico italiano le clausole sociali hanno evidenziato un'incisiva capacità di interagire con le dinamiche del sistema sindacale, non solo sul piano tecnico-giuridico. Già la dottrina che si era confrontata per prima col tema aveva segnalato come tali disposizioni assolvessero anche a una funzione di riduzione del conflitto, consentendo una più efficace realizzazione dell'interesse pubblico. Si segnalava l'attitudine delle clausole sociali a ridurre la conflittualità tra impresa e organizzazioni sindacali e a favorire la realizzazione di servizi e opere pubbliche di più elevata qualità[57]: l'«equo trattamento», consistente nella garanzia di certe condizioni economiche e normative in favore dei lavoratori, da un lato, avrebbe assicurato un'adeguata qualificazione professionale del personale addetto; dall'altro, avrebbe ridotto il livello di insoddisfazione dei lavoratori per le proprie condizioni e, con esso, il rischio di conflitti collettivi tali da ostacolare una rapida e proficua conclusione delle attività[58].

Con il passaggio dall'ordinamento corporativo a quello post-costituzionale il rapporto tra clausole sociali e fenomeno sindacale è confluito nel paradigma più ampio della legislazione «di sostegno delle strutture

[57] V. F. CARNELUTTI, *Sul contratto di lavoro*… cit., p. 416; D. NAPOLETANO, *Appalto di opere pubbliche*… cit., p. 267 ss.; E. GHERA, *Le c.d. clausole sociali*… cit., p. 134.
[58] F. VINCENTI, *Origine ed attuali*… cit., p. 432.

sindacali»[59] e della loro azione contrattuale[60]. La funzione attribuita alle clausole sociali si è concentrata sull'estensione dell'efficacia soggettiva dei contrati collettivi, a favore dei dipendenti di imprese titolari di appalti, concessioni o altri benefici attribuiti dalle pubbliche amministrazioni[61], con criteri più o meno stringenti per l'individuazione dell'accordo applicabile.

L'emergere delle cosiddette clausole di seconda generazione, volte alla promozione o conservazione dell'occupazione, ha determinato un profondo mutamento nella funzione attribuita a tali previsioni, definendo anche nuovi schemi di influenza sull'azione delle organizzazioni collettive: soprattutto nell'ambito dei passaggi di appalto, la previsione di obblighi, in capo all'appaltatore subentrante, relativi all'acquisizione di tutto o parte del personale coinvolto suscita l'intervento delle rappresentanze sindacali per la definizione concordata del numero dei lavoratori beneficiari della tutela, dei trattamenti a essi riservati nel nuovo impiego, dei criteri di scelta o delle eventuali misure compensative per quelli destinati a perdere l'occupazione. Non a caso, nel settore privato, sono le clausole sociali previste dai contratti collettivi[62] a imporre obblighi di informazione e consultazione, in particolare in presenza di presupposti quali la variazione dell'oggetto dell'appalto o delle condizioni di esecuzione, che rendono necessaria una revisione dell'impianto organizzativo dell'attività e, quindi, dell'organico professionale[63].

L'apertura di vertenze specifiche in occasione di ogni singolo passaggio di appalto contribuisce a una più sicura individuazione delle posizioni giuridiche, soprattutto in presenza di clausole ambigue o il cui contenuto necessiti di essere modulato in ragione dei limiti imposti dall'autonomia organizzativa dell'impresa e degli assetti organizzativi richiesti dalla natura dell'attività svolta[64]. La conclusione di uno specifico accordo sulla singola vicenda di avvicendamento nell'appalto può condurre a esiti accettati da tutti i protagonisti o dalla maggior parte di essi, consentendo un più equilibrato compromesso tra gli interessi coinvolti e contribuendo, al contempo, a ridurre il rischio di insorgenza di controversie giudiziarie, individuali o collettive[65]. Infatti, attraverso il negoziato sindacale, l'appaltatore subentrante è coinvolto in modo diretto nella determinazione delle soluzioni consensuali e non può lamentare

[59] V. S. CENTOFANTI, sub *art. 36*… cit., p. 1203; G.G. BALANDI, *Le clausole a favore dei lavoratori*… cit., p. 713; G.F. MANCINI, sub *art. 36*… cit., p. 546.
[60] F. CARINCI, *Diritto privato e Diritto del lavoro*, Torino, 2007, p. 89; dello stesso A., *Se quarant'anni vi sembran pochi: dallo Statuto dei lavoratori all'accordo di Pomigliano*, in *Arg. dir. lav.*, 2010, p. 584.
[61] V. E.M. MASTINU, *Le clausole sociali nel diritto del lavoro*…, cit., p. 65; E. GHERA, *Le c.d. clausole sociali*…, cit., p. 134; P. TULLINI, *Finanziamenti pubblici alle imprese*… cit., p. 47; G.G. BALANDI, *Le clausole a favore dei lavoratori*… cit., p. 699 ss.; S. CENTOFANTI, sub *art. 36*… cit., p. 1198 ss.; G.F. MANCINI, sub *art. 36*… cit., p. 544.
[62] F. PANTANO, *Le clausole sociali nell'ordinamento giuridico italiano*, cit., p. 29 ss.
[63] V. F. BASENGHI, *Decentramento organizzativo e autonomia collettiva*, Relazione svolta per le Giornate di studio AIDLaSS Cassino, 18-19 maggio 2017, p. 10; P. LAMBERTUCCI, *Contratto collettivo, rappresentanza e rappresentatività sindacale: spunti per il dibattito*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2009, p. 243.
[64] G. ORLANDINI, *Mercato unico dei servizi*…, cit., p.130.
[65] G. ORLANDINI, *Mercato unico dei servizi*…, cit., p. 165.

un'avvenuta lesione della propria libertà di iniziativa economica rispetto a scelte che egli stesso ha condiviso in modo esplicito e diretto[66].

Nella definizione delle clausole sociali per la promozione dell'occupazione, inserite nei singoli bandi in forza dell'art. 50 del d.lgs. n. 50/2016, le stazioni appaltanti dovrebbero tenere in considerazione il ruolo svolto dal coinvolgimento sindacale nella gestione delle controversie relative ai passaggi di appalto[67], prevedendo specifici diritti di informazione e consultazione. Tali disposizioni si inseriscono in un contesto regolativo già complesso e stratificato, nel quale la previsione di meccanismi di conservazione dell'occupazione sollecita, in maniera diretta o indiretta, un ruolo centrale delle organizzazioni collettive nella realizzazione dell'interesse protetto e condiziona in modo incisivo il dipanarsi delle vicende sindacali nei settori economici interessati.

Le clausole sociali relative all'attuazione del PNRR e del PNC, disciplinate dall'art. 47 del d.l. n. 77/2021, non comportano in modo esplicito il coinvolgimento delle organizzazioni sindacali e sembrano destinate ad avere un impatto soltanto eventuale e, comunque, del tutto marginale sulle dinamiche sindacali e sulla gestione delle relazioni collettive nelle imprese coinvolte.

Le scelte del legislatore si concentrano sui vincoli imposti alle amministrazioni appaltanti nella determinazione dei requisiti per la selezione dell'impresa contraente, che siano necessari o premiali, o su meri obblighi di rendicontazione. I meccanismi condizionali destinati a sostenere la parità generazionale e di genere nell'occupazione, o a promuove e tutelare il lavoro delle persone disabili, non prevedono alcun ruolo per le rappresentanze dei lavoratori e non ne sollecitano l'intervento al fine di una gestione concertata delle controversie applicative.

La più marcata attitudine dell'art. 50, d.lgs. n. 50/2016, a valorizzare il ruolo delle organizzazioni sindacali non è il frutto di una precisa presa di posizione del legislatore, il quale si limita ad attribuire un'ampia alle stazioni appaltanti nella definizione dei contenuti delle clausole sociali inserite nei singoli bandi. E' piuttosto la prassi delle controversie inerenti alla gestione dei passaggi di appalto, nei settori pubblico e privato, unita all'ampio spazio riservato dalla contrattazione collettiva al coinvolgimento delle rappresentanze dei lavoratori in tali ambiti, a suggerire una particolare attenzione da parte delle pubbliche amministrazioni alla definizione di obblighi per le imprese concorrenti che sollecitino una continua attivazione del dialogo sociale. La «promozione dell'occupazione» costituisce un tema di tradizionale interesse per le organizzazioni dei lavoratori, che da anni sono coinvolte nel governo delle conseguenze occupazionali legate ai fenomeni di destrutturazione delle imprese e alle crisi aziendali, anche per via delle

[66] M. FAIOLI, *Relazioni industriali e clausole sociali nel sistema autostradale*, in *questa* riv., n. 9/2020, p. 143; F. Di Bono, *Cambio di appalto e mancata assunzione*, in D. Garofalo (a cura di), *Appalti e lavoro*, vol. II, *Disciplina lavoristica*, Torino, 2017, p. 330.
[67] M. MARINELLI, *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, Torino, 2002, p. 214.

previsioni legislative sul coinvolgimento sindacale nel trasferimento di azienda e nei licenziamenti collettivi.

L'art. 47 del d.l. n. 77/2021 non costituisce, per questi profili, un cambiamento di postura da parte del legislatore, in quanto conferma la "neutralità" delle previsioni legislative in materia di clausole sociali rispetto al coinvolgimento sindacale. Anche la partecipazione delle organizzazioni collettive nella realizzazione dei *target* legati alle «priorità trasversali» del PNRR è quindi rimessa alle scelte delle stazioni appaltanti e alla sollecitudine delle stesse rappresentanze dei lavoratori nell'invocare una specifica attenzione della parte pubblica sul coinvolgimento sindacale nella promozione dell'inclusione lavorativa di giovani, donne e persone disabili.

Le pubbliche amministrazioni, a norma del comma 4, possono richiedere alle imprese concorrenti di coinvolgere le organizzazioni sindacali nella realizzazione delle azioni positive imposte dalle clausole sociali, o valorizzare l'attuazione di questo tipo di prassi come criterio premiale per l'aggiudicazione dell'appalto o della concessione. A tal fine, anche su impulso delle stesse parti sociali, è auspicabile l'attivazione di trattative per la predisposizione, a livello locale e nazionale, di protocolli e accordi[68] che predispongano schemi generali e soluzioni specifiche che indirizzino le stazioni appaltanti nella definizione di requisiti e criteri da inserire nei singoli bandi.

[68] Peraltro, la stipulazione di protocolli e accordi per la precisazione dei contenuti delle clausole sociali è già ampiamente praticata da amministrazioni e parti sociali a livello regionale e decentrato. V. F. PANTANO, *Le clausole sociali nell'ordinamento giuridico italiano*, cit., p. 34 ss.

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

Fascicolo numero 25

2022

5 ottobre 2022