ISSN 1826-3534

federalismi.it

RIVISTA DI DIRITTO PUBBLICO ITALIANO, COMPARATO, EUROPEO

19 APRILE 2023

federalismi.it

Fascicolo n. 9/2023

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

ISSN 1826-3534
Numero 9, 2023
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; dott. Giovanni Boggero; Prof. Tanja Cerruti; dott. Caterina Domenicali; dott. Giovanni Piccirilli; Prof. Massimo Rubechi; Prof. Martina Sinisi; Prof. Alessandro Sterpa.

Segreteria di redazione: dott. Simone Barbareschi; dott. 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

- Vent'anni di *federalismi*. In ricordo del Fondatore, di *Annamaria Poggi*..... iv

SAGGI E ARTICOLI

- La "proiezione esterna" dei testi costituzionali. Spunti dal caso ucraino, di *Giulia Chinaglia*..... 1
- «Giusto in teoria, ma non vale per la pratica»? A proposito del rapporto fra teoria della divisione dei poteri e prassi dei conflitti di attribuzione, di *Paolo Costa* 19
- Disinformazione e Manipolazione del mercato: instabilità e disciplina dei mercati finanziari al tempo della rete, di *Antonio Davola* e *Matteo Monti*..... 37
- La prospettiva del controllo nell'era dell'Intelligenza Artificiale: alcune osservazioni sul modello *Human In The Loop*, di *Iole Pia Di Ciommo*..... 68
- La natura della garanzia provvisoria in materia di contratti pubblici tra Corte costituzionale e Corte di Giustizia dell'Unione europea, di *Lucia Gizzi* 91
- Le procedure per l'esercizio dei poteri sostitutivi e il superamento dei dissensi nell'attuazione del PNRR, di *Alberto Tabacchi* 122

FOCUS LAVORO, PERSONA, TECNOLOGIA

- Tecnofobie nella Missione 5 del PNRR, condizionalità e dovere di lavorare, di *Michele Faioli, Matteo Luccisano, Nicolò Cappellazzo* e *Alessandro Smilari*..... 170
- I *Key Performance Indicators* della certificazione della parità di genere. Una lettura critica, di *Fabiola Lamberti* 212
- Qualificazione del rapporto di lavoro nella proposta di direttiva sul lavoro mediante piattaforme e spunti sul diritto interno, di *Pasquale Passalacqua* 242
- Il regolamento (UE) 2022/868 sulla governance dei dati e le sue possibili ricadute sulle misure di inclusione lavorativa delle persone con disabilità, di *Carla Spinelli*..... 257

Vent'anni di *federalismi*
In ricordo del Fondatore

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

Per festeggiare i vent'anni della Rivista abbiamo pensato a tre momenti di riflessione scientifica.

Il "trittico" si apre oggi, 19 aprile, all'Università La Sapienza. Rileggeremo, insieme ad autorevoli colleghi, il cammino della Rivista, attraverso gli editoriali del suo Fondatore e primo direttore, Beniamino Caravita.

Il 26 maggio saremo a Milano per riflettere sulle Riviste scientifiche di area 12 e il 15 giugno a Napoli per parlare di autonomia e autonomie, temi entrambi fondamentali per Federalismi.

Non è solo per formalità, ma per stima e riconoscenza, che l'Editoriale di oggi ho voluto dedicarlo al Fondatore della Rivista, riproponendo il testo del ricordo presentato il 23 marzo in Corte costituzionale[1].

Beniamino Caravita non è stato solo una delle voci più autorevoli del diritto costituzionale e pubblico degli ultimi decenni; è stato altresì un formidabile ed instancabile "costruttore". Nell'accademia e ovunque sia passato ha lasciato molto di più di quello che ha trovato.

Ci vorrà un pò di tempo per ricomporre tutto quello che ha fatto, pensato, scritto, le relazioni nazionali, europee ed internazionali che ha intessuto, le reti accademiche e scientifiche in cui ha inserito la Rivista, i progetti, i ruoli da civil servant per le istituzioni, l'attività che tanto gli piaceva negli ultimi tempi di editorialista della stampa periodica e tanto altro ancora.

Ne abbiamo avuto già i primi assaggi, portando a termine alcune delle ultime cose che aveva avviato (tra cui la ricerca sui Governi della Repubblica e l'indagine sull'attuazione del Titolo V, entrambi pubblicati lo scorso anno). Ed ancora recentemente lo abbiamo sperimentato con Federica Fabrizzi ordinando i suoi editoriali che sono ora in corso di pubblicazione e che verranno presentati nella giornata dedicata alla sua memoria il 19 aprile p.v. in Sapienza.

Ma, prima di ogni altra cosa, Beniamino era un professore, per lui l'Università è stata sempre e comunque il centro di tutto: di lì partiva per cimentarsi su altri terreni ma li tornava continuamente per riflettere sulle

La Commissione biblioteca della Corte costituzionale, composta da Augusto Barbera, Daria De Pretis e Franco Modugno, su proposta di Augusto Barbera, ha voluto dedicare la prima delle letture in biblioteca, dedicata al principio di ragionevolezza, a Beniamino Caravita con la relazione introduttiva di Franco Modugno e gli interventi di Marta Cartabia e Andrea Morrone.

esperienze: e questo, ne sono profondamente convinta, perché era un uomo libero, di testa e negli studi –come si conviene a un professore di università.

Era un professore molto amato dai suoi studenti che, dopo la sua morte, non solo sono affluiti numerosi alla camera ardente, ma che hanno anche lanciato una raccolta firme indirizzata al Dipartimento per dedicargli un Aula, circostanza abbastanza inedita a mia memoria.

Beniamino ha interpretato il suo ruolo di professore allo stesso tempo in modo antico e moderno.

Antico, perché è stato un Maestro alla vecchia maniera: i ricordi che in questi giorni ho chiesto ad alcuni suoi allievi per confortarmi in quanto avrei detto oggi me lo hanno dimostrato ancora una volta.

Non c'è nessuno che non conservi ricordi di circostanze in cui Egli è stato determinante. Capiva le attitudini, i punti di forza e di debolezza, stimolava, riprendeva, sgridava, leggeva e dibatteva con ognuno di loro. Dava compiti e non se ne dimenticava, li coinvolgeva nei progetti e, soprattutto nella loro realizzazione. Era un continuo dare e avere, un arricchimento permanente. Non so quante volte mi ha chiamato per riferirmi compiaciuto dei progressi di qualcuno dei suoi allievi.

Tirava fuori tutti i talenti, e metteva a nudo anche tutte le debolezze, mai pauroso del confronto e della dialettica anche vivace che questo suo modo di essere poteva provocare. Ma suoi allievi hanno sempre percepito questo come una forma di "amore": l'amore del Maestro per le sue creature e con lo stesso slancio lo hanno ricambiato perché vi vedevano la possibilità di una strada su cui incamminarsi insieme.

Così racconta la nascita del libro sul *La giustizia costituzionale in trasformazione*: "Su questi temi la cattedra di istituzioni di diritto pubblico ha presentato un progetto di ricerca finanziato dall'Ateneo (fatemelo dire, anche per lanciare un messaggio di ottimismo ai giovani: i soldi si trovano se si hanno le idee!). Sulla base di questo progetto, ho chiesto ad alcuni giovani studiosi di preparare un primo paper di inquadramento delle diverse questioni coinvolte. Questi paper sono stati discussi in più riunioni, per poi giungere alla redazione degli schemi di relazione, che sono stati presentati per iscritto e illustrati oralmente per non più di un quarto d'ora nel corso di un seminario svoltosi in facoltà e hanno trovato una prima pubblicazione su Federalismi per poi essere finalmente inseriti nel quinto volume della collana Studi di Federalismi".

Così, nel tempo, ha radunato intorno a se un folto gruppo di persone appassionate ed operose (non tutti allievi diretti, peraltro). Ha creato un cantiere di lavori in corso, in cui tutto è sempre e giustamente in disordine perché arriva continuamente nuovo materiale da analizzare, sistemare, rielaborare.

Ha costruito un "noi" che è la vera forza della Rivista Federalismi: un "noi" cementato dal gusto della ricerca, dell'approfondimento, dell'osservazione della realtà e delle sfide che questa continuamente pone alla nostra intelligenza.

Allo stesso tempo Beniamino è stato uno studioso moderno.

Il lungo ed intenso periodo di studio e formazione nel post laurea ne hanno fatto uno studioso ecclettico, che grazie a ciò ha interpretato il suo ruolo in maniera che credo possa essere di guida a chi intraprende il nostro mestiere.

La sua biografia ci restituisce un giovane laureato (il 13 maggio 1977) che sceglie come relatore un mostro sacro del diritto comparato, Gino Gorla, il cui metodo e la cui eterodossia rimangono sottotraccia in tutta la sua produzione.

Dopo 4 anni diventa ricercatore presso la cattedra di diritto costituzionale di Aldo M. Sandulli a "La Sapienza" e, nel 2014 vince il prestigioso premio "Aldo Sandulli" istituito nel 1987 in base ad un accordo tra Società italiana degli Avvocati amministrativisti e famiglia Sandulli, a testimonianza del profondo e fecondo rapporto che lo lega al grande Maestro del diritto amministrativo. Sandulli sarà il suo primo e autorevolissimo punto di riferimento scientifico: lo guiderà paternamente in quei primi, ma fondamentali anni della sua crescita.

Nel frattempo inizia a viaggiare: tra il 1978 e il 1979 collabora a progetti di ricerca internazionali in Sudan e in Togo; poi i veri e propri periodi di formazione: tra l'agosto dell'1982 e il maggio dell'1983 è all'Università di Giessen in Germania, all'Università di Vienna e Salisburgo tra giugno e settembre del 1984 e poi ancora ad Aix-en-Provence nel 1985-1986 e 1987 per i famosi seminari sulla giustizia costituzionale.

Inizia così a delinearsi quel lato della sua personalità che lo ha reso a tutti gli effetti un "giurista europeo", nella capacità di esprimersi (parlava correntemente il tedesco, l'inglese e il francese) nel modo di pensare e di immaginare scenari. Perciò collocava sempre le questioni italiane di qualunque genere, in qualche più vasto panorama. Perciò una delle sue ultime fatiche in qualità Vice-Presidente AIC con delega alle relazioni internazionali, all'università e alla ricerca, è stata la promozione del progetto, rimasto incompiuto, di una Associazione europea di diritto costituzionale - *Association européenne de droit constitutionnel* (AEDC), alla quale avevano aderito i vertici delle Associazioni costituzionaliste/pubbliciste europee.

Nel 1986 diventa professore associato. Sono anni di grande fermento, da tutti i punti di vista. E' il periodo in cui incontra Antonio Baldassarre che diventa altro importante punto di riferimento scientifico, e a cui lo legano oltrechè un rapporto di grande affetto anche un'affinità di letture e di interessi.

In quegli anni (1985-1988) è anche assistente del giudice costituzionale Aldo Corasaniti.

Arriva a Perugia tra 1987-1988 e li inizia la costruzione della sua scuola. Cominciano anche le sue frequentazioni milanesi - causa l'assegnazione di Iaia al Tribunale di Milano. Qui incontra un altro dei suoi punti di riferimento: Valerio Onida di cui diventa assistente in studio.

Soleva dire: tutto quello che ho imparato nel mestiere di avvocato lo devo a Valerio. Li ha legati da allora un rapporto profondo di affetto e stima che non è mai venuto meno e che non è mai stato scalfito, neppure dalle diverse posizioni sulle questioni politico-istituzionali, di cui più di una volta sono stata testimone diretta.

In quel periodo trova culmine la sua carriera accademica: l'ordinariato nel 1990. Ma non si ferma, perché nel 1992-1993 insegna nel Collegio d'Europa di Bruges.

Infine nel 1997 chiude il cerchio e torna in Sapienza, chiamato a coprire l'insegnamento di Istituzioni di diritto pubblico presso la Facoltà di Scienze Politiche.

Guardando ai suoi scritti emerge fin dall'inizio la volontà di cimentarsi con i grandi temi del diritto costituzionale: è del 1984 il suo primo libro ("*Oltre l'uguaglianza formale. Un'analisi dell'art. 3 comma 2 della Costituzione*") e l'anno successivo pubblica ben altre due altre monografie dello stesso tono costituzionale: *Corte "giudice a quo" e introduzione del giudizio sulle leggi.*, *La Corte costituzionale austriaca*, e *Interessi diffusi e collettivi*. Su entrambe si avverte l'impronta e la guida di Aldo Sandulli.

I lavori successivi, più di venti volumi e oltre trecento articoli in riviste scientifiche nazionali e internazionali e in diverse lingue, affrontano sempre temi cruciali e di grande respiro teorico: la giustizia costituzionale, diritti e interessi, le crisi costituzionali e le riforme, il processo di integrazione europeo. Di taluni temi è stato anche intelligente precursore (come, ad esempio, del diritto dell'ambiente quando, nel diritto costituzionale, non se ne occupava ancora nessuno).

Beniamino amava molto il genere curatele (genere che, come noto, non è ben visto da larga parte dell'accademia e dagli organismi di valutazione, che manco lo considerano). Credeva invece nel lavoro di squadra; era davvero convinto che i progressi nella nostra scienza si alimentano anche attraverso la riflessione corale: vedere lo stesso oggetto da tante prospettive e sensibilità diverse. Così dopo l'ordinariato lo sviluppa con pubblicazioni che certamente non possono considerarsi un insieme casuale di lavori sullo stesso tema Tra i tanti volumi penso a: quello curato insieme ad A. ANZON, M. LUCIANI, M. VOLPI, *La Corte Costituzionale e gli altri poteri dello Stato* del 1993; a *Magistratura, CSM e principi costituzionali*, del 1994; a *Le Regioni in Europa. Esperienze costituzionali a confronto: Austria, Belgio, Francia, Germania, Gran Bretagna, Italia, Polonia, Spagna e Svizzera*, del 2002; al volume con J. KRAMER, H.P. SCHNEIDER, *Judge Made Federalism?* del 2009, sino all'ultima fatica uscita dopo la sua morte, i due volumi curati con F. FABRIZZI, V. LIPPOLIS, G. M. SALERNO, *La nascita dei Governi della Repubblica.* 1946-2021, del 2022.

Percorre la stessa strada "corale" anche nella manualistica. Così il *Diritto pubblico dell'ambiente*, uscito per la prima volta nel 1990 e rieditato nel 2001 e nel 2005 uscirà poi nel 2016 insieme a L. CASSETTI e A.

MORRONE. E poi i *Lineamenti di diritto costituzionale delle Regioni* e degli enti locali, edito da Giappichelli con i suoi due primi allievi romani, Alessandro Sterpa e Federica Fabrizzi.

Beniamino, pur possedendo una solidissima preparazione teorica, non era uno studioso astratto, costruttore di formali architetture slegate dall'attualità della politica e della società civile.

Questa attenzione ai rapporti reali lo portava ad impegnarsi nelle sedi dove il diritto viene prodotto e applicato.

Di qui il suo intenso e costante ruolo di supporto alla politica, per cui aveva un profondo rispetto pur conoscendone i limiti.

Di qui la sua intensa attività forense - condivisa principalmente con i suoi colleghi/amici Sara Fiorucci e Marcello Collevecchio - di cui quella dinanzi alla Corte ha assunto un rilievo decisivo nel suo percorso scientifico. Come ha ricordato Valerio Onida si può ben dire che Beniamino è stato un grande protagonista della nostra Costituzione e della nostra giustizia costituzionale. Ben 159 le pronunce – nel corso di quasi 30 anni, dal 1993 al 2021 (l'ultima udienza cui ha partecipato è del 23 febbraio del 2021) - che lo hanno visto coinvolto nelle relative udienze davanti alla Corte.

Mi piace proprio in questa sede, in conclusione, ricordare alcune delle sue "battaglie" in Corte che hanno coinciso con alcuni snodi istituzionali della vita del nostro Paese.

In primo luogo quella che si è sviluppata in relazione alla tornata referendaria del 1997 che lo ha visto componente del comitato scientifico che affiancava Marco Pannella. A commento di quella vicenda (in cui vennero ritenuti ammissibili solo 5 dei 18 referendum proposti) scrive un articolo che titola*: Chi ha paura dei referendum? Non disturbare il manovratore* (Ideazione, 1997) in cui mette in luce uno dei nodi critici della giurisprudenza costituzionale in tema: la costruzione dell'inammissibilità per "manipolazione". È un Beniamino critico dell'operato della Corte ma non perché avesse perso (in realtà il quesito che difese andò poi a consultazione) ma perché a suo giudizio aver ritenuto inammissibili i referendum elettorali rischiava di bloccare un percorso di trasformazione del sistema politico di cui il Paese aveva invece un gran bisogno, soprattutto dopo Tangentopoli.

Tra il 1999 e il 2001 è protagonista di una delle riforme costituzionali più incisive, quella del Titolo V. A seguito di quella circostanza difende la regione Lombardia, il cui statuto viene impugnato dinanzi alla Corte su una vicenda che poi segnerà il destino del "contenuto" degli statuti con riguardo all'attribuzione della potestà regolamentare. La questione, a suo giudizio, è davvero delicata e decisiva per il destino futuro del Titolo V. Sostiene dunque la necessità di stabilire la consequenzialità tra nuova forma di governo e distribuzione del potere normativo. La Corte, come noto, si orienta in maniera diversa configurando un sistema più articolato.

Questa volta affida le sue critiche ad un Editoriale (*La Corte costituzionale e l'allocazione della potestà regolamentare regionale*, 6 novembre 2003 (fasc. 12/2003) in cui, come nella vicenda precedente, non mostra risentimento ma, al contrario, rilancia le sue motivazioni, suscitando così un vasto dibattito sul punto.

Una delle ultime battaglie che lo ha entusiasmato non poco ha riguardato il conflitto di attribuzione sollevato da un gruppo di senatori del PD contro il Governo, in occasione dell'approvazione della legge di bilancio 2019.

Grazie ad una brillante intuizione di Federica Fabrizzi (ipotizzare come soggetto legittimato a sollevare conflitto 1/10 dei parlamentari sfruttando le potenzialità interpretative degli articoli 72 e 94) Beniamino costituisce un autorevole gruppo di studiosi che lavorano alacremente tra il 23 e 27 dicembre per supportare l'instaurazione del conflitto. La speranza di un accoglimento era davvero minima, connessa ad un *obiter* contenuto nella famosa sentenza Giovanardi in relazione al giusto procedimento legislativo. Per converso vi ostava una consolidata giurisprudenza sull'assoluta insindacabilità degli *interna corporis acta* parlamentari. Ciò non lo scoraggia poiché vi intravede l'occasione di aprire un dibattito scientifico sul tema della legittimazione ai conflitti e sulla sindacabilità dei regolamenti parlamentari. Ed è proprio così. Non solo il ricorso obbliga la Corte a effettuare precisazioni della propria giurisprudenza sia in tema di qualificazione dei parlamentari uti singuli come poteri dello Stato, sia in ordine alla ragionevolezza/razionalità di un procedimento legislativo condizionato da eccessivi voti di fiducia, ma, nel contempo, lo stesso ricorso suscita un vasto e assai articolato dibattito nella dottrina come testimonia il rilevante numero di commenti all'ordinanza che lo decide, la n. 17 del 2019 (ne ho contati 98 pubblicati sul sito della Corte).

Questo ricordo pertanto non può che chiudersi con un ringraziamento non formale alla Corte e in particolare ai giudici del Comitato Biblioteca.

A nome di Iaia e Andrea, di tutti i Suoi allievi ed allieve, della Redazione e della Direzione della Rivista, grazie.

Grazie per aver voluto dedicare a Beniamino questo primo incontro di Letture. Ve ne siamo davvero grati, nella consapevolezza di quanto questo luogo e questa istituzione abbiano significato per Lui.

La "proiezione esterna" dei testi costituzionali. Spunti dal caso ucraino*

di Giulia Chinaglia
Dottoranda di ricerca in Diritti e Istituzioni
Università degli Studi di Torino

Abstract [It]: Il contributo offre spunti di riflessione circa le modalità con cui alcune costituzioni – in particolare nei preamboli e nei limiti assoluti alla revisione – si "proiettano" verso la "dimensione esterna", appellandosi a interlocutori posti al di fuori dei confini nazionali. Il fenomeno riguarda la tendenza alla apposita costituzionalizzazione di istanze, spesso appartenenti al campo della politica, saldamente ancorate alla contemporaneità. La costituzionalizzazione del "corso euro-atlantico dell'Ucraina" risulta particolarmente adatta a questo tipo di analisi.

Title: The "external projection" of constitutional texts. Insights from the Ukrainian case
Abstract [En]: The present contribution provides some insights on the way some constitutions – particularly their preambles and absolute limits to amendment – project themselves towards the "external dimension", by addressing interlocutors outside national borders. This phenomenon concerns the tendency to constitutionalise issues, often belonging to the realm of foreign politics, that are firmly tied to contemporaneity. The constitutionalisation of the "Euro-Atlantic course of Ukraine" seems rather suitable for this analysis.

Parole chiave: costituzione; preamboli costituzionali; revisione costituzionale; politica estera; Ucraina
Keywords: constitution; constitutional preambles; constitutional amendment; foreign policy; Ukraine

Sommario: **1.** Introduzione. **2.** La "proiezione esterna" dei testi costituzionali, tra preamboli e limiti assoluti alla revisione. **3.** Il caso della Costituzione ucraina. **4.** Altre declinazioni della proiezione verso l'esterno delle costituzioni. **5.** Considerazioni conclusive e preliminari.

1. Introduzione

A un anno dall'inizio del conflitto cominciato il 24 febbraio 2022 con l'invasione dell'Ucraina da parte della Federazione russa, emergono diversi quesiti di carattere costituzionale che possono essere oggetto di analisi. In particolare, il testo della Costituzione ucraina presenta uno specifico elemento, riscontrabile, come si vedrà, anche in altre carte fondamentali, ma che sinora non ha goduto di particolare attenzione, ossia la strategica "proiezione" del testo costituzionale verso la "dimensione esterna" mediante la costituzionalizzazione di specifici obiettivi di politica (estera), rispondenti a istanze fortemente ancorate all'attualità.

Se, da una parte, attraverso la lettura di qualsiasi testo costituzionale – specialmente se redatto nel corso delle "ondate" del costituzionalismo seguite al secondo conflitto mondiale – è possibile individuare passaggi frequentemente ricorrenti (e, spesso, formulati in modalità molto simili) relativi all'appartenenza

* Articolo sottoposto a referaggio.

a un determinato modello politico-costituzionale, al modo di intendere lo Stato e il rapporto tra autorità e singolo, talvolta emergono ulteriori elementi caratterizzanti le scelte di costituenti e revisori costituzionali. Alcuni testi si distinguono dagli altri, poiché paiono spingersi oltre le "formule costituzionali" più diffuse, includendo clausole che, più che allo "spirito immutabile della Carta" o al funzionamento degli organi costituzionali, sembrano dedicarsi a questioni concrete, legate a istanze politiche circoscritte nello spazio e nel tempo, riguardanti conflitti, tensioni, scontri propri della contemporaneità. A fronte di ciò, emerge l'esigenza di analizzare il modo in cui il testo costituzionale *viene appositamente fatto reagire*, più o meno efficacemente, a esigenze "politiche" del presente, spesso legate al confronto, dialogico o conflittuale, con fattori e attori "esterni", collocati al di fuori del territorio nazionale, mediante formulazioni che orientino il testo costituzionale – in fase costituente o di revisione – non tanto e non solo verso la comunità politica e l'ordinamento giuridico "interni", quanto piuttosto verso una dimensione "altra", esterna (*infra*, §2). Si tratta, ad esempio, di enunciazioni legate alla politica contingente, in particolar modo quella estera, e agli equilibri internazionali in cui lo Stato è più o meno direttamente coinvolto e verso cui nutre interessi, che spaziano dall'intenzione di avviare rapporti di cooperazione, alla vera e propria integrazione regionale, passando per eventuali rivendicazioni territoriali e giungendo sino all'aperta dichiarazione dell'orientamento assunto a livello di politica internazionale, anche a fronte della condivisione di valori e obiettivi con altri soggetti, considerati alleati.

La Costituzione ucraina offre un buon esempio di quanto illustrato finora: essa, infatti, soprattutto a fronte della più recente revisione costituzionale, risalente al 2019[1], è divenuta portatrice di risposte a specifiche questioni di politica estera, fortemente legate agli obiettivi perseguiti dalla *leadership* negli ultimi anni (a partire dal mandato dell'ex Presidente Poroshenko), al fine, da una parte, di avvicinarsi al "blocco occidentale", dall'altra, di allontanarsi ulteriormente dalla Federazione russa, e, complessivamente, di gestire una situazione assai tesa e caratterizzata da lungo tempo – in particolare in seguito all'aggressione subita nel 2014 – da un forte livello di conflittualità (*infra*, §3). Dalla lettura del testo, emerge la volontà, appositamente costituzionalizzata, di stabilire un dialogo con specifici soggetti "esterni", e cioè con l'Unione Europea e la Nato, al fine di guadagnare accesso non solo a un maggiore livello di cooperazione (e, conseguentemente, protezione) internazionale, ma anche al processo di integrazione europea; altresì, ciò può essere letto anche come un messaggio rivolto alla Federazione russa, un segnale atto a ribadire l'indipendenza e la sovranità dell'Ucraina[2].

[1] C. FILIPPINI, *Rigidità costituzionale e riforme in Ucraina tra diritto interno e diritto internazionale*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, n. 2, 2019, p. 963.
[2] J. KYRYCHENKO, *Constitutionalizing Ukraine's EU-NATO aspirations: genuine conviction or electoral strategy?*, pubblicato su *Constitutionnet* il 29/10/2018.

In questa sede, l'obiettivo è quello di fornire qualche spunto sull'utilizzo dei testi costituzionali – mediante revisione costituzionale, se non già dal momento fondativo – come strumenti proiettati verso l'esterno, funzionali a rispondere a istanze politiche appartenenti al presente.

Non solo il contributo propone una riflessione sul caso ucraino, ma prova a introdurre, in via preliminare, un esame più esteso, che prenda in considerazione altri contesti da cui sia possibile trarre analogie e differenze, a fronte del verificarsi di fenomeni analoghi. La costituzionalizzazione della "politica dell'*hic et nunc*", della ricerca di un confronto con soggetti "altri" – insomma, quella che potrebbe essere denominata la *proiezione esterna*, rivolta al mondo al di fuori dei confini nazionali e agli attori che vi operano – infatti, si manifesta in diversi testi costituzionali (*infra*, §4), e vale la pena di essere approfondita.

Se è pressoché pacifico che ciascuna costituzione presenti delle peculiarità "proprie", anche in termini contenutistici, il fatto che, in alcuni casi, il testo risulti così "malleabile" e adattabile alla specificità del presente pone senz'altro degli interrogativi circa l'idoneità, o meno, delle carte costituzionali come sede di tali istanze, fortemente ancorate ai propositi che la *leadership* si pone in un dato momento, nonché all'effettività giuridica di tali enunciazioni. Le implicazioni di questo disporre del testo costituzionale, finalizzato al soddisfacimento di urgenze della politica contemporanea, pongono tale dinamica in aperta contrapposizione con il respiro potenzialmente "eterno" delle costituzioni e, conseguentemente, possono risultare particolarmente rilevanti, poiché impongono a chi osservi tale fenomeno di interrogarsi circa il senso e il ruolo assunti dalla costituzione con l'evolvere del costituzionalismo.

2. La "proiezione esterna" dei testi costituzionali, tra preamboli e limiti assoluti alla revisione

Risulta opportuno, in primo luogo, introdurre il contesto teorico entro cui la presente analisi si muove, nonché le intuizioni da cui prende le mosse. La prima questione da affrontare riguarda l'utilizzo della costituzione – in modo particolare, come si vedrà, delle sue parti più "solenni", ossia del preambolo e delle clausole contenenti i limiti assoluti alla revisione costituzionale – per veicolare intenzioni e obiettivi propri del tempo presente, inserendoli all'interno di una rinnovata "narrazione costituzionale", rappresentativa di un determinato senso di "identità".

Il testo costituzionale, infatti, oltre che quale punto apicale della gerarchia delle fonti del diritto e come carta fondamentale alla base dell'ordinamento giuridico di uno Stato, ricopre anche una funzione più narrativa, proclamatoria, risultando sede di enunciazioni di norme e princìpi che definiscono e, in un certo senso, "cristallizzano" gli elementi costitutivi di quella che talvolta è denominata identità costituzionale di una comunità politica all'interno di uno Stato. Ciò ha senz'altro un evidente valore simbolico, ma si può comunque riflettere sui possibili effetti di tali esternazioni sul piano giuridico –

come, per esempio, nel caso in cui queste siano garantite mediante la previsione di limiti assoluti alla revisione costituzionale.

È così che si assiste, in diversi casi, al tentativo delle costituzioni di "narrare" l'identità e le scelte del potere costituente, destinate a perdurare potenzialmente in eterno, sorrette da quanto stabilito nel momento fondativo, dal punto di vista giuridico, della comunità[3]. Al contempo, alcuni testi non narrano "solo" le scelte fatte nel momento costituente, ma includono anche quelle del revisore costituzionale, che dispone del testo della costituzione facendolo rispondere a istanze che, in alcuni casi, non solo i costituenti non avrebbero potuto prevedere – motivo per cui è appositamente prevista la possibilità di modificare il testo – ma che, si potrebbe obiettare, non avrebbero quasi motivo di essere inserite tra i presupposti essenziali e potenzialmente immutabili dell'ordinamento giuridico, proprio poiché saldamente incardinate in un presente – al più, un futuro prossimo – "troppo" tangibile, rispetto all'*a-temporalità* lirica (quando non addirittura carica di *lirismo*)[4] spesso emergente dal testo costituzionale, che difficilmente si può accordare alla tensione a una potenziale eternità.

Rileva precisare un ulteriore aspetto: la costituzione non si limita a narrar*si* in maniera autoreferenziale, ma "*narra* qualcosa a qualcuno", mirando, talvolta, a stabilire un canale di comunicazione con una complessa e variegata rete di interlocutori. Il modo in cui il testo costituzionale *viene predisposto* al contatto

[3] Se poi tali scelte siano più o meno rappresentative della comunità politica, di che tipo di rappresentatività si tratti, se l'universalità delle decisioni dei costituenti sia reale o solo presunta, è altra questione che necessiterebbe di un'approfondita analisi. Il dibattito circa l'idea di una "narrazione" costituzionale, infatti, è molto complesso: non c'è consenso su una definizione univoca del concetto, che, di conseguenza, risulta assai sfuggente, così come possono variare le componenti della "identità" costituzionale, le fonti su cui si basa e da cui trae legittimità, gli attori che concorrono alla sua individuazione e formazione. Un aspetto che vale la pena di sottolineare è che, anche in questo frangente, una buona contestualizzazione e un certo grado di prudenza risultano fondamentali per affrontare i temi della c.d. narrazione costituzionale. È vero che le costituzioni rappresentano una comunità politica ("*We, the People*"), i valori che la muovono, i princìpi fondamentali che la definiscono, le regole dell'ordinamento entro cui tale comunità agisce e interagisce, ma è altrettanto vero che qualsiasi "pretesa" narrativa – soprattutto se la narrazione aspira a essere collettiva – va esaminata con cautela, poiché anche il "narratore costituzionale" potrebbe non essere del tutto attendibile, e servirsi dell'autorità che deriva dal detenere il potere – costituente o costituito – di (ri)scrivere la costituzione, al fine di affermare una narrazione potenzialmente basata su diseguaglianze e squilibri di potere. Cfr. A. VON ARNAULD, *Norms and Narrative*, in *German Law Journal*, vol. 18, n. 2, 2017, pp. 309-329.

È forse proprio la "porosità", l'indeterminatezza dei concetti di identità e narrazione costituzionale a renderli così "malleabili" e disponibili alla manipolazione da parte della *leadership* desiderosa di affermare una "propria" narrazione attraverso un uso "personalizzato" (quando non personalistico) del testo costituzionale.

Il tema è molto ampio e meriterebbe un approfondimento dedicato; è parso comunque rilevante ricordarne la complessità anche in questa sede, dove, nel fare uso dei concetti di identità/narrazione costituzionale e di potere costituente, pare opportuno tenere conto del dibattito dottrinale che sta avendo luogo in relazione a essi; v. anche M. ROSENFELD, *Constitutional identity*, in M. ROSENFELD, S. SAJÓ (a cura di), *The Oxford handbook of comparative constitutional law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 756-776; M. ROSENFELD, *The identity of the constitutional subject. Selfhood, citizenship, culture, and community*, Routledge, London, 2010; G. JACOBSOHN, *Constitutional identity*, Harvard University Press, Cambridge – London, 2010.

[4] F. LONGO, *Struttura e funzioni dei preamboli costituzionali. Studio di diritto comparato*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2021, p. 2.; A. DI GIOVINE, *Dallo Stato liberale alla democrazia costituzionale. Riflessioni critiche sul concetto di sovranità popolare*, in C. BERTOLINO, T. CERRUTI, M. OROFINO, A. POGGI (a cura di), *Scritti in onore di Franco Pizzetti*, Memorie del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Torino, n. 16, 2020, p. 113.

con "l'altro" conduce necessariamente a esiti differenti – a seconda delle ragioni che lo muovono, degli obiettivi perseguiti, delle controparti ricercate, del tono impiegato –, al punto che questa proiezione può risultare più incline a una forma di cooperazione costruttiva e finalizzata al raggiungimento di obiettivi condivisi, oppure più conflittuale, lasciando trapelare una situazione di ostilità, che non sempre la costituzione può o "intende" risolvere. C'è da tenere in considerazione, inoltre, che, da un punto di vista più concreto, anche questa potenzialità "dialogica" deve essere analizzata in relazione alla sua efficacia ed effettività: emerge, del resto, che la proiezione verso l'esterno e la ricerca del confronto con l'Altro, talvolta, si "limitano" a ricoprire un ruolo più enunciativo, proclamatorio, tale per cui il testo costituzionale finisce per dichiarare *unilateralmente* dei princìpi, o per illustrare delle prese di posizione che, seppur formalmente possano avere dei destinatari, finiscono per esaurirsi nel silenzio della mancata interazione (effettiva) con l'esterno. Anche quest'ultimo è un aspetto della "qualità" della proiezione delle costituzioni verso la dimensione esterna che è utile valutare, soprattutto in relazione all'effettività – non solo giuridica, ma anche politica – di questi passaggi del dettato costituzionale. Quella che apparentemente potrebbe sembrare un'ambiziosa ricerca di contatto con degli interlocutori al di fuori dei confini nazionali, ad esempio per fare fronte a una situazione conflittuale o, se non altro, caratterizzata da un alto livello di complessità, può rivelarsi, a un esame più attento, una "semplice" dichiarazione dalla portata più limitata e ridimensionata, priva di significative conseguenze e incapace – o, addirittura, disinteressata rispetto a tale prospettiva – di instaurare realmente un rapporto con l'Altro.

Per quanto questa propensione al confronto si concretizzi su due linee direttrici – includendo anche la dimensione "interna", consistente nei soggetti e nelle istanze appartenenti alla comunità politica – la presente analisi propone una riflessione circa l'altra dimensione, quella "esterna", relativa alla pluralità di soggetti, tra cui altri Stati, o organizzazioni internazionali e regionali – con i quali il testo costituzionale cerca di instaurare un rapporto, definendo, costituzionalizzandoli, istanze, obiettivi, interessi di vario genere e, in diversi casi, inerenti al campo della politica estera[5] – relativi al "posizionamento geopolitico" o ideologico dello Stato, alla cooperazione internazionale, alla recezione di princìpi e valori, per citare alcuni esempi, seppur in maniera non esaustiva.

Risulta necessario specificare anche *cosa*, all'interno del testo costituzionale, risulti più rilevante ai fini di questo tipo di indagine, almeno in via preliminare. Questa "proiezione verso l'esterno" delle costituzioni, infatti, emerge da alcuni passaggi del testo che più frequentemente e direttamente tendono a veicolare

[5] Sul tema del rapporto tra costituzioni e politica estera, si vedano anche R. IBRIDO, *I fattori costituzionali condizionanti della politica estera tra diritto e geopolitica*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, n. 2, 2022, pp. 343-378 e, per ulteriori considerazioni Id., *Forma di governo parlamentare ed equilibrio di potenza nel quadro della società internazionale: problemi comparatistici*, Cedam – Wolters Kluwer, Padova – Milano, 2020.

l'idea di una narrazione legata alla "identità" dell'ordinamento[6]. Pertanto, si ritiene opportuno cominciare – pur senza fermarsi qui – dai *preamboli* e dai *limiti assoluti* alla revisione costituzionale[7], proprio poiché trattasi dei "passaggi" dei testi costituzionali in cui più esplicitamente è possibile individuare i presupposti fondativi dell'ordinamento, lo "spirito della costituzione", le scelte relative alle modalità con cui una comunità, nel momento costituente o in altre sedi, "si narra" e si identifica.

Riferimenti alle esperienze del passato che hanno condotto alla redazione del testo, al presente che la generazione costituente intende costruire e al futuro che la costituzione si propone di predisporre sono elementi frequentemente rinvenibili in un preambolo[8], e, per quanto primariamente indirizzati verso l'interno – contesto in cui si definisce, sempre che ce ne possa essere una facilmente circoscrivibile, "l'identità costituzionale" della comunità politica destinataria della Carta –, allo stesso tempo costituiscono un messaggio verso interlocutori esterni[9], da parte di una classe politica che, attraverso il canale costituzionale, cerca di estendere la portata geografica delle proprie enunciazioni anche oltre i confini nazionali. Con riferimento ai preamboli, infatti, non è infrequente trovarsi dinanzi a posizioni assunte in relazione alla condivisione di princìpi e valori indicativi dell'allineamento della costituzione – e dei costituenti – rispetto a questioni di rilevanza anche internazionale, o, più concretamente, in merito

[6] M. POLZIN, *Constitutional identity as a constructed reality and a restless soul*, in *German Law Journal*, vol. 18, n. 7, 2017, pp. 1596-1615. La riflessione ivi proposta circa la "costruzione" dell'identità costituzionale di una comunità politica, derivante dalla stessa costituzione, dalla sua interpretazione e dalla sua applicazione, risulta molto interessante. Altresì, vale la pena di sottolineare il suggerimento dell'A. di *non* considerare, come unico "nucleo" del concetto di identità costituzionale, le c.d. clausole di eternità, poiché un tale assunto risulterebbe in una semplificazione eccessiva, a detrimento della complessità del concetto che si va affrontando. Per quanto, nel presente contributo, si affermi che i limiti assoluti alla revisione costituzionale siano una componente non trascurabile dell'ampia – e stratificata – nozione di "identità costituzionale", pare opportuno accogliere il suggerimento, accettando di trattare *un aspetto* del tema, senza la pretesa di esaurirlo nella sua interezza in questa sede. Sulle complessità e ambiguità del concetto di "identità costituzionale", cfr. anche P. FARAGUNA, *Constitutional identity in the EU – A shield or a sword?*, in *German Law Journal*, vol. 18, n. 7, 2017, pp. 1617-1640.
Queste considerazioni risultano piuttosto utili per comprendere e distinguere meglio, da una parte, l'impiego del concetto di identità in ambito costituzionale, dall'altro, il ricorso a questo "strumento" al fine di raggiungere obiettivi molto più concreti e circoscritti *ratione materiae* e *ratione temporis*.

[7] È parso opportuno inquadrare un punto di partenza più definito e circostanziato, ma è necessario prendere atto del fatto che, per svolgere un'analisi più completa, e magari per comparare più ordinamenti, è comunque fondamentale lo studio non solo delle singole norme, dei singoli istituti, che pure sono alla base dell'osservazione, ma anche del modo in cui gli elementi isolati preliminarmente agiscono in relazione al resto del testo costituzionale e all'interno dell'ordinamento nel suo complesso. Dopo una prima analisi, dunque, sarà necessario prendere in considerazione l'intero sistema – la costituzione, la legge ordinaria, altre fonti del diritto, la giurisprudenza costituzionale – e le dinamiche della politica, in modo tale da ottenere un quadro quanto più completo del fenomeno in esame.

[8] Si sono occupati di preamboli costituzionali, affrontando anche il tema della loro effettività giuridica, *ex multis*, F. LONGO, *Struttura e funzioni*…, *cit.*; J.O. FROSINI, *Constitutional preambles at a crossroads between politics and law*, Maggioli, Sant'Arcangelo di Romagna, 2012; W. VOERMANS, M. STREMLER, P. CLITEUR, *Constitutional preambles. A comparative analysis*, Edward Elgar, Cheltenham-Northampton, 2017; J. TAJADURA TEJADA, *Funzione e valore dei preamboli costituzionali*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 3, 2003, pp. 509- 530; L. ORGAD, *The preamble in constitutional interpretation*, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 8, n. 4, 2010, pp. 714-738; A. ADDIS, *Constitutional preambles as narratives of peoplehood*, in *ICL Journal*, vol. 12, n. 2, 2018, pp. 125-181.

[9] T. GINSBURG, N. FOTI, D. ROCKMORE, *"We the peoples": the global origins of constitutional preambles*, in *George Washington International Law Review*, vol. 46, n. 2, 2014, pp. 305-340.

a specifiche questioni politiche – per esempio riguardanti la territorialità, o la cooperazione a livello regionale, soprattutto con Paesi confinanti o, se non altro, appartenenti alla medesima area geografica[10]. In questi casi, il preambolo tende ad allontanarsi dalla sua usuale "solenne alterità" per farsi portatore di enunciazioni molto più tangibili, relative agli interessi politici dei costituenti, sino ad assumere, talora, persino toni propagandistici, proprio attraverso enunciazioni atte a "promuovere" lo Stato come chiaramente appartenente a una determinata collocazione nel contesto internazionale, oltre che culturale. In maniera simile – facendo le necessarie distinzioni, trattandosi di elementi del testo costituzionale che differiscono per *ratio* e tipo di efficacia giuridica –, è interessante orientare l'analisi anche sui limiti assoluti alla revisione costituzionale (le c.d. "clausole di eternità")[11]: non tutte le costituzioni li prevedono (anche se la dottrina ne riscontra un uso sempre più frequente)[12], alle volte rischiano addirittura di passare "inosservati" per via di una – presunta o dimostrata – scarsa effettività, eppure anch'essi risultano assai rilevanti, nella ricerca di un canale di comunicazione tra la costituzione e il mondo esterno. Le clausole di eternità, poste a garanzia e conservazione delle caratteristiche essenziali del testo costituzionale, illustrano sia agli interlocutori "interni", sia a quelli "esterni", i capisaldi dell'ordinamento, la sua identità[13]. In un certo senso, presentando le componenti fondamentali che definiscono il sistema costituzionale, ne descrivono anche le qualità inalienabili: inalterabili mediante revisione costituzionale, inviolabili da parte della legislazione ordinaria o, per quanto maggiormente rileva in questa sede, non negoziabili in sede

[10] *Ibid.*, p. 327.

[11] La letteratura relativa ai limiti (assoluti) alla revisione costituzionale è notoriamente molto ampia. La dottrina si è sovente occupata della classificazione dei limiti alla revisione costituzionale, analizzandoli e individuando le c.d. "clausole di eternità", al fine di identificare possibili analogie e differenze a livello di contenuti, funzioni, effettività. Diversi dibattiti sono scaturiti dallo studio dei limiti assoluti alla revisione costituzionale, come quello relativo all'individuazione/applicazione di queste clausole nel contesto della giurisprudenza costituzionale, nonché quello concernente la legittimità della previsione di vincoli assoluti in sede di revisione della costituzione. Quest'ultimo tipo di analisi, peraltro, si estende sino al complesso tema del rapporto tra potere costituente e potere costituito, e richiama, almeno in parte, quello dei rapporti intergenerazionali. Si tratta di questioni che necessiterebbero di approfondimenti dedicati; pertanto, in questa sede, ci si limita a indicare alcuni riferimenti essenziali, orientando l'attenzione verso il tema – forse meno dibattuto – del ruolo dei limiti assoluti alla revisione costituzionale nel contesto della "proiezione esterna" che si va affrontando in questo contributo. *Ex multis*, R. ALBERT, *Constitutional amendments. Making, breaking and changing constitutions*, Oxford University Press, New York, 2019; R. ALBERT, X. CONTIADES, A. FOTIADOU (a cura di), *The foundations and traditions of constitutional amendment*, Hart Publishing, Oxford – Portland, 2017; S. GAMBINO, G. D'IGNAZIO (a cura di), *La revisione costituzionale e i suoi limiti*, Giuffrè, Milano, 2007; A. PACE., *Sulle revisioni costituzionali*, in *Diritto Pubblico*, 2, 2013, pp. 465-479; Id., *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, Cedam, Padova, 1997; M.F. RIGAUX, *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante*, Maison F. Larcier, Bruxelles, 1985; Y. ROZNAI, *Unconstitutional constitutional amendments. the limits of amendment powers*, Oxford University Press, Oxford, 2017; G. MARTINICO, *La tensione fra populismo e costituzionalismo post totalitario: il caso italiano in una prospettiva comparata*, in G. DELLEDONNE, G. MARTINICO, M. MONTI, F. PACINI (a cura di), *Populismo e costituzione. Una prospettiva giuridica*, Mondadori Università, Milano-Firenze, 2022, pp. 34-39; S. SUTEU, *Eternity clauses in democratic constitutionalism*, Oxford University Press, Oxford, 2021.

[12] Y. ROZNAI., *Unamendability and the genetic code of the constitution*, in *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*, n. 6, 2015, Paper 514; S. SUTEU, *Eternity clauses in post-conflict and post-authoritarian Constitution-making: Promise and Limits*, in *Global Constitutionalism*, vol. 6, n. 1, 2017, pp. 63 ss.

[13] Y. ROZNAI, S. SUTEU, *The eternal territory? The Crimean crisis and Ukraine's territorial integrity as an unamendable constitutional principle*, in *German Law Journal*, vol. 16, n. 3, 2015, pp. 542-580.

internazionale. Assistiamo, dunque, alla costituzionalizzazione – potenzialmente in eterno – dei limiti alle interazioni tra il sistema costituzionale e i suoi interlocutori, limiti che, nel circoscrivere l'attività del potere "costituito", allo stesso tempo identificano elementi che nemmeno nelle relazioni con l'esterno dovrebbero essere messi in questione e che in nessun caso, almeno in teoria, possono rappresentare oggetto di compromesso, proprio alla luce della loro imprescindibilità, per l'esistenza e la persistenza dell'intero ordinamento.

L'efficacia, l'idoneità, il "successo", a livello concreto, di questo tipo di enunciazioni – che si tratti di clausole preambolari o "di eternità" –, resta da vedere, e dipende da diverse tipologie di fattori. È il caso, ad esempio, delle costituzioni che "fissano" esplicitamente tra i propri presupposti essenziali, costituzionalizzandoli, obiettivi di politica estera, aspirazioni alla cooperazione internazionale, se non addirittura all'integrazione regionale, messaggi, più o meno diretti ed effettivi, indirizzati a *partner* alleati o, talora, a Paesi ostili.

3. Il caso della Costituzione ucraina

Un esempio adatto a dimostrare quanto illustrato finora è fornito dalla Costituzione ucraina del 1996[14], La storia costituzionale[15] dell'Ucraina, anche post-sovietica, è sempre stata piuttosto complessa e travagliata. Sino alla metà degli anni Novanta, infatti, il Paese ha conservato la Costituzione della Repubblica socialista sovietica dell'Ucraina (RSSU) del 1978 (la quarta delle costituzioni che vennero approvate nel corso dell'esperienza della RSSU), risultando l'ultima repubblica ex sovietica ad approvare

[14] Per una trattazione delle principali vicende costituzionali dell'Ucraina, dalla dissoluzione dell'URSS alla revisione costituzionale del 2019, v. C. FILIPPINI, *Rigidità costituzionale*…, *cit*., pp. 923-958.

[15] Per ulteriori cenni sulla storia costituzionale dell'Ucraina contemporanea e del periodo sovietico, v. R.R. LUDWIKOWSKI, *Constitution making in the countries of former Soviet dominance: current development*, in *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 23, n. 2, 1993, pp. 155-26; C. MORTATI, *Le forme di governo*, Cedam, Padova, 1973 (pp. 50-61, pp. 353-425); G. AJANI, *Diritto dell'Europa orientale*, Utet, Torino, 1996; Id., *Il modello post-socialista*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2008, L. GÖNENÇ, *Principles for constitutionalism in post-communist countries*, Kluwer Law International, The Hague, 2002 (pp. 173-178, pp. 291-305); L. MONTANARI, *Le nuove democrazie dell'Europa centro-orientale*, in P. CARROZZA, A. DI GIOVINE, G.F. FERRARI (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, Editori Laterza, Roma—Bari, 2009, pp. 514-553; G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, Cedam, Padova, 2022, pp. 190-196; H.H. COLLINS, *The constitutions of the Soviet Republics*, in *Science and Society*, vol. 15, n. 1, pp. 17-30; R.O.O. REZIE, *The Ukrainian Constitution: interpretation of the citizens' rights provisions*, in *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 31, n. 1, 1999, pp. 169-210; M. COSSUTTA, *Cenni sulle forme di governo nei paesi della C.S.I.*, in *Studi Politici. Numero monografico dedicato all'Europa Centro Orientale*, n. 3, 1999, pp. 37-70; C. FILIPPINI, *Evoluzione costituzionale delle Repubbliche dell'ex URSS*, in S. BARTOLE, P. GRILLI DI CORTONA (a cura di), *Transizione e consolidamento democratico nell'Europa Centro-Orientale*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1998, pp. 93-120; Id., *Le riforme costituzionali nelle repubbliche della CSI successive all'adozione delle prime costituzioni postsovietiche: unna democratizzazione impossibile?*, in A. DI GIOVINE, S. SICARDI (a cura di), *Democrazie imperfette*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2005; F. LANCHESTER, *Introduzione. I successori dell'Impero: una eredità difficile e una democratizzazione dagli incerti risultati*, in F. LANCHESTER, M.P. RAGIORNIERI (a cura di), *I successori dell'Impero. Le costituzioni degli ordinamenti ex-Urss*, Giuffrè, Milano, 1998; I. SCHVEDA, *L'Ukraine*, in J.P. MASSIAS (a cura di), *Droit constitutionnel des États de l'Europe de l'Est*, Presses Universitaires de France, Paris, 1999, pp. 651-701.

un nuovo testo costituzionale[16]. A partire dalla dissoluzione dell'URSS, bisognerà attendere sino al 1995 prima di assistere all'approvazione di una *Piccola costituzione*, il cui contenuto è confluito, nello stesso anno, in un *Accordo costituzionale* preparativo rispetto alla Costituzione nella sua formulazione definitiva, approvata il 28 giugno 1996 dalla Verkhovna Rada – in quello che la Corte costituzionale ucraina definì, a tutti gli effetti, in una sua sentenza del 3 ottobre 1997, esercizio di *pouvoir constituant*[17]– e in un contesto non privo di tensioni interne tra gli organi costituzionali del Paese, in particolare l'Assemblea parlamentare e il Presidente della Repubblica. Dal 1996 ai giorni nostri, il testo della Costituzione ucraina è stato oggetto del contendere in molteplici occasioni, dal momento che tutti i Capi di Stato che si sono susseguiti hanno tentato di introdurre emendamenti alla Costituzione – talvolta riuscendoci, fatto salvo per le modifiche dichiarate poi incostituzionali dalla Corte costituzionale –, quasi sempre senza seguire[18] (o almeno non del tutto) le procedure[19] di revisione costituzionale sancite dal Capitolo XIII – aspetto che fa peraltro riflettere sia in merito al grado di reale resistenza della Carta – nel suo complesso e, soprattutto in relazione alle norme che ne regolano (o dovrebbero regolarne) la revisione, garantendo la rigidità concordata nel momento costituente –, sia al rischio di "involuzione" dell'istituto della revisione costituzionale, da strumento di *manutenzione* a potenziale mezzo di *manomissione* del testo in chiave personalistica. Ultima – e riuscita – revisione costituzionale[20] è stata, infine, quella del 2019[21].

---

16 Per un riepilogo del processo che ha portato all'approvazione della Costituzione del 1996, cfr. V. SHAPOVAL, A. KORNEYEV, *To the 15th anniversary of the Ukrainian constitution. History of constitutional organization of modern Ukrainian State*, in *Law of Ukraine*, n. 9-10, 2011, pp. 385-432; C. FILIPPINI, *La Repubblica di Ucraina: la reintroduzione della Costituzione arancione e la secessione della Crimea*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 2, 2014, pp. 439-443.

17 Decisione No. 4-зп della Corte costituzionale dell'Ucraina del 03/10/1997; si veda anche C. FILIPPINI, *Rigidità costituzionale*…, *cit.*, pp. 930-931.

18 Si segnala altresì la tendenza alla creazione di apposite Commissioni costituzionali, o di Consigli costituzionali *ad hoc*, direttamente legati alla figura del Presidente, con l'obiettivo di elaborare proposte di modifica della Costituzione, ricorrendo, almeno in parte, a un potere di revisione costituzionale esercitato da un attore diverso dalla Verkhovna Rada; v. C. FILIPPINI, *Rigidità costituzionale*…, *cit.*, pp. 934-958.

19 La Costituzione ucraina è a c.d. "rigidità variabile", come si evince dalle due distinte procedure *ex* artt. 155 e 156 e dai limiti *ex* art. 157 (Capitolo XIII). Cfr. anche R. ALBERT, *The expressive function of constitutional amendment rules*, in *McGill Law Journal / Revue de droit de McGill*, vol. 59, n. 2, pp. 255-256; Č. PIŠTAN, *Tra democrazia e autoritarismo. Esperienze di giustizia costituzionale nell'Europa centro-orientale e nell'area post-sovietica*, Bononia University Press, Bologna, 2015, p. 264; N. DANELCIUC-COLODROVSCHI, *Retour sur la question de limites aux révisions constitutionnelles. De la portée de leur contrôle durant la période de reconstruction étatique (l'exemple de la Moldavie et de l'Ukraine)*, in *Revue Française de Droit Constitutionnel*, vol 4, n. 92, 2012, pp. 757-784.

20 Una traduzione in inglese del testo della Costituzione ucraina aggiornata al 2019 è disponibile qui.

21 Legge di revisione costituzionale No. 2680-VIII del 07/02/2019. Per alcune osservazioni relative al parere positivo della Corte Costituzionale in merito alla proposta di revisione costituzionale n. 9037 (Parere No. 3-v/2018 del 22/11/2018), e alle opinioni presentate da sei giudici circa le modifiche proposte, nonché sulla possibilità, o meno, di modificare il Preambolo – del resto, tema ricorrente in dottrina – si vedano I.I. ZABOKRYTSKYY, *European integration of Ukraine in the context of transnationalization of modern constitutionalism*, in *Право І Суспільство*, n. 1, 2020, pp. 44-45; J. FROSINI, V. LAPA *Mere aspirazioni di un Paese in guerra? Le disposizioni euroatlantiche nella Costituzione dell'Ucraina*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 3, 2022, pp. 614-617; V. LAPA, J. FROSINI, *Would Ukraine breach its own Constitution if it dropped its NATO bid?,* pubblicato su *Verfassungsblog* il 18/02/2022; J. KYRYCHENKO, *Constitutionalizing*…, *cit.*; R. IBRIDO, *I fattori costituzionali*…, *cit.*, pp. 343-378.

Si è trattato, sinora – diverso è il discorso sul presente, e incerto quello sul futuro dell'Ucraina e della sua Costituzione –, di una transizione verso una democrazia costituzionale "stabilizzata" che ha incontrato numerosi ostacoli che, per quanto non l'abbiano fermato, o non abbiano portato alla sua "degenerazione", hanno comunque rallentato il processo di democratizzazione di un Paese che, storicamente, è sempre stato immerso in un contesto – geografico, politico e giuridico – segnato da fortissima tensione e conflittualità[22]. Peraltro, questo difficile clima di contrapposizione è sempre stato riscontrabile sia internamente – per diverse ragioni, dallo scontro tra organi costituzionali, al continuo tentativo di contrastare la corruzione nel Paese, a questioni più assimilabili al tema della definizione dell'identità costituzionale[23] –, sia rispetto all'esterno. In particolare, quest'ultimo si proietta su più fronti: da una parte, quello della necessità di gestire il rapporto, sempre difficile e teso, con la Federazione russa; dall'altra, quello delle ambizioni euro-atlantiche dell'Ucraina, confermate soprattutto con la recente costituzionalizzazione dell'obiettivo di accelerare il percorso di adesione alla Nato e all'Unione europea.

Come anticipato, la Costituzione ucraina, nella formulazione risultante dalla più recente revisione, offre un'interessante dimostrazione di questa "tensione" alla proiezione verso la dimensione esterna: il Preambolo e l'articolo 157 – che pone limiti assoluti all'attività di revisione costituzionale –, infatti, risultano particolarmente indicativi del modo in cui la situazione di tensione e conflittualità in cui è coinvolta l'Ucraina si traduce nella Costituzione stessa. È poi utile prendere in considerazione altre disposizioni del testo costituzionale, al fine di osservare se e come quanto enunciato in queste sedi più "solenni" abbia un riscontro anche altrove.

A partire dal Preambolo[24], emerge una chiara intenzione del "popolo ucraino" – concetto, peraltro, a sua volta più complesso e stratificato di quanto il testo costituzionale lasci emergere, e che, per essere definito, richiederebbe un'analisi ulteriore, che tenesse conto del modo in cui il pluralismo etnico e sociale è affrontato nell'ordinamento giuridico e nel sistema costituzionale dell'Ucraina[25] – nonché della *leadership*

[22] C. FILIPPINI, *Rigidità costituzionale*…, *cit.*, pp. 958 ss.; K.V. KOROSTELINA, *Ukraine twenty years after independence: concept models of the society*, in *Communist and Post-Communist Studies*, vol. 13, n. 1, 2013, pp. 53-64; A. NEKOLIAK, *Ukraine's Presidents and the Judiciary: an uneasy relationship*, pubblicato su *Verfassungsblog* il 24/03/2020; Id., *A damaged Court causing a constitutional crisis*, pubblicato su *Verfassungsblog* il 05/12/2020; M. HARTWIG, *Strengthening the President – Betraying Maidan?*, pubblicato su *Verfassungsblog* il 24/07/2019; Parliamentary Assembly of the Council of Europe, Resolution 2145/2017, *The functioning of democratic institutions in Ukraine*; S. CHOUDHRY, T. SEDELIUS, J. KYRYCHENKO, *Semi-presidentialism and inclusive governance in Ukraine. Reflections for constitutional reform*, International Institute for Democracy and Electoral Assistance – Centre of Policy and Legal Reform, 2018.

[23] K.V. KOROSTELINA, *Ukraine twenty years after*…, cit., pp. 55-57.

[24] Per quanto concerne la presente analisi, è utile osservare la parte del Preambolo in cui si attesta che «The Verkhovna Rada of Ukraine, on behalf of the Ukrainian people - citizens of Ukraine of all nationalities, […] caring for the strengthening of civil harmony on Ukrainian soil, and confirming the European identity of the Ukrainian people and the irreversibility of the European and Euro-Atlantic course of Ukraine».

[25] Per dei cenni sullo *status* delle minoranze nazionali ed etniche in Ucraina, v. C. FILIPPINI, *Le minoranze in Ucraina: processo di State-building e tutela dei gruppi minoritari*, pubblicato su *Diritti Comparati* l'11/04/2022 e C. FILIPPINI, *Le minoranze in Ucraina: gruppi minoritari e separatismi*, pubblicato su *Diritti Comparati* il 14/04/2022; Council of Europe –

detentrice del potere (in questo caso) costituito di revisione costituzionale, di allinearsi con il "blocco" dell'Europa occidentale. Ciò emerge dall'apposita menzione del senso di appartenenza del Paese a un'identità "europea" e dell'intenzione di avvicinarsi *irreversibilmente* al blocco euro-atlantico, puntando, pertanto, alla cooperazione con la Nato[26] in ambito militare, anche in risposta alla minaccia russa – percepita da anni e subita già con l'occupazione della Crimea nel 2014 –, e a intraprendere un percorso di integrazione nell'ambito dell'Unione europea[27].

Come già osservato, è stato utile isolare dei punti di partenza necessari per definire l'oggetto dell'indagine in via preliminare, ma, per capire la portata di quanto trattato finora, risulta opportuno fare un passo in avanti, oltre il Preambolo della Costituzione, e focalizzare l'attenzione su quelle norme che, all'interno del testo costituzionale, danno applicazione a quanto affermato, in via di principio, nella formula introduttiva. A tal fine, la revisione del 2019 ha introdotto tre articoli che attribuiscono a tre organi costituzionali diversi – rispettivamente, la Verkhovna Rada, il Gabinetto dei Ministri e il Presidente della Repubblica – il compito di predisporre e realizzare l'avvicinamento dell'Ucraina all'Unione europea e alla Nato. In primo luogo, l'articolo 85(1)(5)[28] attribuisce alla Verkhovna Rada la responsabilità di determinare i princìpi di politica interna ed estera e strategici necessari alla piena acquisizione, per l'Ucraina, dello *status* di membro dell'Unione europea e della Nato. In secondo luogo, anche il Gabinetto dei Ministri è coinvolto in questo processo, risultando incaricato, *ex* articolo 116(1)(1)[29], di eseguire le disposizioni necessarie a realizzare l'avvicinamento all'Occidente. Infine, a raccordare queste disposizioni, l'articolo

Advisory committee on the framework convention for the protection of national minorities, *Fifth report submitted by Ukraine*, 2022.

[26] Il dialogo tra Ucraina e Nato è stato avviato dopo lo scioglimento dell'URSS, nei primi anni '90, e si è intensificato nel corso dei due decenni successivi. In particolare, tra i principali passaggi della relazione tra Nato e Ucraina, si segnalano la *Charter on a Distinctive Partnership* del 1997, la *Declaration to Complement the Nato-Ukraine Charter* del 2009 (in conformità con le decisioni adottate nel corso del Summit di Bucharest del 2008), e il riconoscimento dell'Ucraina come "*enhanced opportunities partner*" (nel contesto della *Partnership Interoperability Initiative* – *PII*) della Nato, nel giugno 2020. Il 30 settembre 2022, peraltro in seguito ai referendum relativi all'annessione di Luhansk, Donetsk, Kherson e Zaporizhzhia alla Federazione russa, l'Ucraina ha presentato richiesta formale di ingresso nella Nato. Cfr. V. LAPA, J. FROSINI, *Would Ukraine*…, *cit.*; J. FROSINI, V. LAPA *Mere aspirazioni*…, cit, pp. 616-617.

[27] L'Unione europea, i suoi Stati Membri, e l'Ucraina hanno stretto un Accordo di associazione nel 2014. Il 28 febbraio 2022, quattro giorni dopo l'inizio dell'invasione russa, l'Ucraina ha presentato ufficialmente la propria domanda di adesione all'Unione europea, cui è seguito successivamente il riconoscimento dello *status* di "paese candidato" all'adesione (cfr. Parere della Commissione circa la candidatura dell'Ucraina all'adesione all'Unione europea del 17/06/2022, accolto dal Consiglio il 23 giugno 2022). Vedasi anche A. LIGUSTRO, F. FERRARO, P. DE PASQUALE, *Il futuro del mondo e dell'Europa passa per Kiev*, in *DPCE online*, vol. 52, n. 2, 2022, pp. XXIX ss., (pubblicato l'8 luglio 2022); A. NATO, *L'adesione dell'Ucraina all'Unione Europea: il processo di integrazione europea nel contesto bellico*, pubblicato su *Diritti Comparati* il 19/12/2022); N. VON ONDARZA, *Getting ready*, pubblicato su *Verfassungsblog* il 22/12/2022.

[28] Costituzione ucraina, Art. 85(1)(5): «The authority of the Verkhovna Rada of Ukraine include: […] 5) determining the principles of internal and foreign policy, realization of the strategic course of the state on acquiring full-fledged membership of Ukraine in the European Union and in the North Atlantic Treaty Organization».

[29] Costituzione ucraina, Art. 116(1)(1): «The Cabinet of Ministers of Ukraine: […] provides the implementation of the strategic course of the state for gaining full-fledged membership of Ukraine in the European Union and the North Atlantic Treaty Organization».

102(3)[30], relativo alle attribuzioni del Presidente della Repubblica, sancisce che il suo ruolo deve intendersi come di garante dell'esecuzione degli indirizzi elaborati ed eseguiti rispettivamente dalla Verkhovna Rada e dal Governo, al fine di assicurare all'Ucraina l'ingresso nell'Unione europea e nella Nato.

Oltre a quanto sancito nel Preambolo e nelle disposizioni costituzionali che vi fanno richiamo, c'è un ulteriore elemento della Costituzione ucraina che risulta opportuno osservare al fine di comprendere le modalità con cui il testo costituzionale interagisce con l'esterno, e cioè i limiti assoluti alla revisione costituzionale. L'articolo 157(1)[31], infatti, contiene un chiaro messaggio rivolto anche, e soprattutto, a soggetti posti al di fuori dei confini nazionali, sancendo, tra le clausole di eternità incluse nella disposizione, anche l'indipendenza e l'indivisibilità del territorio dell'Ucraina. Si tratta di una limitazione senz'altro rivolta anche all'interno, come ostacolo posto al potere del legislatore in sede di revisione costituzionale, ma che può essere letta anche come segnale proiettato al di fuori dei confini nazionali – in particolar modo verso la Federazione Russa –, per ribadire lo *status* di elemento non negoziabile dell'integrità territoriale del Paese. In seguito all'invasione subìta nel 2014 e alla luce del conflitto attualmente in corso, risulta tuttavia difficile pensare che questa disposizione goda di particolare efficacia, sia giuridica che politica[32] – come del resto già qualcuno, in dottrina, sospettava: le clausole relative alla "eternità territoriale"[33] sembrerebbero avere, se mai, valore dichiarativo, simbolico, più che giuridico.

In entrambi i casi – quello del Preambolo e delle norme da esso richiamate, nonché quello dei limiti assoluti alla revisione costituzionale – risulta evidente che la Costituzione ucraina abbia assunto, specialmente dal 2019, un particolare orientamento nei confronti dell'esterno: da una parte – il Preambolo e le norme dell'articolato costituzionale che predispongono l'esecuzione delle aspirazioni euro-atlantiche dell'Ucraina – emerge la ricerca di un confronto, in virtù della e al fine di consolidare ulteriormente "l'identità europea" del Paese e del suo popolo. Dall'altra – il limite assoluto alla revisione costituzionale relativo all'integrità e indivisibilità territoriale – si constata l'intenzione di affermare dei princìpi e di "cristallizzare" degli elementi che in nessun modo possono essere messi in questione o negoziati, e

[30] Costituzione ucraina, Art. 102(3): «The President of Ukraine is a guarantor of the implementation of the strategic course of the state for gaining full-fledged membership of Ukraine in the European Union and the North Atlantic Treaty Organization».

[31] Costituzione ucraina, Art. 157(1): «The Constitution of Ukraine shall not be amended, if the amendments foresee the abolition or restriction of human and citizen's rights and freedoms, or if they are oriented toward the liquidation of the independence or violation of the territorial indivisibility of Ukraine».

[32] Tra il 23 e il 27 settembre 2022 – con modalità che non hanno assicurato il regolare svolgimento delle operazioni di voto che, pertanto, non sono state riconosciute come legittime dalla gran parte della comunità internazionale – si sono tenute le consultazioni referendarie relative all'annessione alla Federazione Russa delle regioni occupate di Luhansk, Donetsk, Kherson e Zaporizhzhia. In seguito all'annuncio dei risultati dei *referendum* – favorevoli all'annessione con maggioranze prevedibilmente ampie –, i territori sono stati annessi alla Federazione russa, per quanto la comunità internazionale non abbia riconosciuto l'annessione; v. I. GALIMOVA, *L'inglobamento dei nuovi territori nella Federazione Russa e il ricorso alla mobilitazione "parziale": verso una nuova fase dell'"operazione militare"?*, in Nomos. Le attualità nel diritto, n. 3, 2022, pp. 1-13.

[33] Y. ROZNAI, S. SUTEU, *The eternal territory?*…, *cit.*; S. SUTEU, *Eternity clause*…, *cit.*, pp. 30-31.

questo, per quanto la sua efficacia si sia dimostrata dubbia, rappresenta comunque un significativo segnale rivolto anche (soprattutto?) al nemico russo.

Risulta difficile determinare quale valore abbiano, e avranno, queste enunciazioni e assunzioni di impegni rispetto ad attori esterni – se si tratti di "mere" *dichiarazioni* di intenti, costituzionalizzazioni di obiettivi e interessi prettamente politici, indirizzate all'autopromozione nei confronti degli alleati occidentali e alla dissuasione nel nemico russo, oppure se quanto enunciato tra preamboli, clausole di eternità e altri passaggi del dettato costituzionale sia in grado di produrre concreti e ben individuabili effetti giuridici. La questione relativa all'effettività (o meno) di questi passaggi della Costituzione, del resto, solleva diversi interrogativi, soprattutto dinanzi a eventi, come la guerra, in grado di sconvolgere l'ordine costituito e sottoporlo a una propria, difficilmente controllabile, forma di effettività, trascendente rispetto alle clausole costituzionali. Sapremo solo col tempo se la Costituzione ucraina riuscirà a riemergere dalla guerra "illesa", senza subire modifiche, e senza la necessità di rimettere in discussione i passaggi del Preambolo e dei limiti assoluti alla revisione analizzati in questa sede, oppure se un eventuale negoziato, alla fine del conflitto, ne renderà necessaria la rinuncia, con le conseguenze – sia sul piano internazionale, sia a livello costituzionale – che ciò comporterebbe. In questi casi, infatti, notiamo come vacilli, di fronte al *caos* portato dalla guerra, anche quel nucleo costituzionale considerato più solenne (come le enunciazioni del Preambolo) e resistente, addirittura in eterno (come l'integrità territoriale di cui all'articolo 157), al punto che, viene suggerito in dottrina, qualsiasi "ripensamento" del rapporto tra Ucraina e, rispettivamente, Unione europea e Nato potrebbe esigere anche una revisione costituzionale[34], mentre, per alcuni commentatori, si potrebbe addirittura configurare l'ipotesi di una violazione della costituzione[35]. Da una parte, infatti, è vero che, tecnicamente, le disposizioni della Costituzione ucraina, che, richiamando il Preambolo, affrontano il tema dell'integrazione euro-atlantica – gli articoli 85, 102 e 116 – non andrebbero intese come "mere" dichiarazioni di princìpi, incapaci di produrre effetti giuridici: esse, infatti, impegnando il Paese a realizzare definitivamente la "svolta a Occidente", a maggior ragione a fronte della presentazione ufficiale, da parte dell'Ucraina, della domanda di adesione all'Unione europea e alla Nato, *vincolano giuridicamente* lo Stato a rispettare gli obblighi assunti[36]. Dall'altra parte, tuttavia, l'incertezza che contraddistingue questa situazione è tale per cui non è improbabile immaginare nemmeno uno scenario post-bellico in cui vengano rimessi in discussione, almeno in parte, anche questi enunciati, e con essi gli impegni presi, a livello costituzionale, sia sul piano della politica interna, sia su quello internazionale degli obblighi assunti dall'Ucraina rispetto a Unione europea e Nato.

[34] R. IBRIDO, *I fattori costituzionali*…, *cit.*, p. 355.
[35] V. LAPA, J. FROSINI, *Would Ukraine*…, *cit.*; J. FROSINI, V. LAPA *Mere aspirazioni*…, *cit.*, p. 614.
[36] J. FROSINI, V. LAPA *Mere aspirazioni*…, *cit.*, p. 614; p. 617.

In ogni caso, come già discusso, un altro importante aspetto da tenere in considerazione è anche la decisione, di *servirsi* del testo della costituzione quale strumento funzionale a cristallizzare, nell'eternità costituzionale e nella "solennità preambolare" (a sua volta teorizzata come potenzialmente eterna)[37] le scelte di politica estera della *leadership* ucraina di questi ultimi anni. È forse opportuno domandarsi, dunque, se si tratti della scelta più opportuna, se ciò non possa comportare uno slittamento, se non una vera e propria distorsione, del ruolo della Costituzione, resa portatrice non più solo di valori essenziali e princìpi "supremi", ma anche di una agenda politica assai concreta. Sarebbe forse rilevante approfondire tale fenomeno e la sua ricorrenza nel tempo e nello spazio, proprio al fine di svolgere una riflessione sui ruoli, eventualmente anche "nuovi", assunti dai testi costituzionali.

4. Altre declinazioni della proiezione verso l'esterno delle costituzioni

Il caso ucraino non è isolato: ci sono altri ordinamenti le cui costituzioni si proiettano al confronto con l'esterno, ricercando un dialogo con attori al di fuori dei confini nazionali – o, quanto meno, proclamando enunciazioni rivolte a interlocutori "terzi" rispetto alla comunità politica interna – e costituzionalizzando specifiche priorità politiche. Gli elementi analizzati sinora, infatti, risultano ricorrere in altri testi costituzionali: nell'ipotesi di uno studio più ampio e approfondito, sarebbe necessario impostare la ricerca sulla base di definiti orizzonti temporali e spaziali, che, prima, permettano di circoscrivere l'analisi tra ordinamenti più simili (che condividano, almeno in parte, tradizioni giuridiche, storia, cultura), e, successivamente, di passare a un ulteriore livello dell'osservazione, in cui sia possibile individuare modelli e *pattern* trasversali. Lungi dall'ambire a una comparazione completa ed esaustiva, il presente contributo suggerisce che quanto osservato nella Costituzione ucraina possa essere riscontrato – con le proprie peculiarità – anche in altri ordinamenti. In questa sede si è scelto di menzionare le costituzioni di due Paesi – Kosovo e Serbia – caratterizzati da una loro storia comune e dal il vissuto conflittuale che li ha coinvolti. Inoltre, entrambi i Paesi condividono con l'Ucraina – seppur in modalità differenti – un lungo passato comunista, al termine del quale ciascun Paese ha intrapreso un percorso di transizione non semplice. Infine, espandendo notevolmente l'orizzonte geografico dell'analisi, un apposito cenno anche a un contesto "lontano" e molto diverso da quelli illustrati sino a questo punto, ossia quello del Niger – anch'esso reduce di lunghi periodi di conflitto e instabilità. La selezione è mirata a segnalare la possibilità di espandere il raggio d'azione della ricerca su questo tema, includendo anche sistemi tra di loro eterogenei[38], poiché questa tendenza potrebbe esistere anche oltre il piano della vicinanza storico-geografica e culturale.

[37] F. LONGO, *Struttura e funzioni*…, *cit.*, pp. 47-50; W. VOERMANS, M. STREMLER, P. CLITEUR, *Constitutional preambles*…, *cit.*, pp. 99-103.
[38] G. DE VERGOTTINI, *Diritto*…, cit., pp. 27-48.

In tutti questi casi, il potere costituente, o gli estensori delle revisioni costituzionali che hanno introdotto queste clausole, hanno ritenuto necessaria, o strategica, la costituzionalizzazione di determinati obiettivi politici prioritari, per gestire o risolvere delle crisi, oppure al fine di avviare un dialogo, in ogni caso coinvolgendo, più o meno direttamente, attori e circostanze esterni. Come visto nei paragrafi precedenti, questi propositi si proiettano anche verso la dimensione esterna, relativa ai rapporti bilaterali o multilaterali, con altri Stati o organizzazioni internazionali o regionali.

Per quanto concerne la Costituzione del Kosovo[39], essa menziona nel Preambolo non solo un auspicio relativo al mantenimento della pace con i Paesi circostanti e nel contesto della più ampia regione europea, ma anche l'intenzione di partecipare pienamente al processo di integrazione euro-atlantica; c'è comunque da sottolineare la singolare genesi della Costituzione kosovara, considerata, almeno in parte, un possibile esempio di costituzione "eterodiretta" e pertanto *non* adottata in seguito a un autentico esercizio di potere costituente da parte della popolazione, in totale autonomia: ci troveremmo, si potrebbe ipotizzare, dinanzi al tentativo di *mantenere* il legame con l'esterno, più che di stabilirlo. Diversamente, la Costituzione della Serbia[40] rileva ai fini della presente analisi in quanto il suo preambolo contiene una clausola che pare una enunciazione unilaterale, molto esplicita ed evidentemente conflittuale, diversa da quanto visto sinora, in cui si afferma che il Kosovo è parte integrante della Serbia[41]: è un approccio che si riscontra meno frequentemente, ma che dimostra come "il tipo" di proiezione verso l'esterno e la "qualità" dei rapporti con tale dimensione, non siano *predeterminati*, ma, al contrario, si prestino sia a enunciazioni "pacifiche", sia a proclamazioni che lasciano trasparire una più o meno esplicita ostilità nei confronti dei loro destinatari – il testo costituzionale può, dunque, costituire anche la sede dell'*inasprimento* dello scontro.

Infine, la Costituzione del Niger[42], all'articolo 175, sancisce diversi limiti assoluti alla revisione costituzionale, garantendo "l'eternità" di princìpi e norme, tra cui quella contenuta nell'articolo 185,

[39] Preambolo della Costituzione del Kosovo del 2008: «Convinced that the state of Kosovo will contribute to the stability of the region and entire Europe by creating relations of good neighborliness and cooperation with all neighboring countries; […]; With the intention of having the state of Kosovo fully participating in the processes of Euro-Atlantic integration».
Sulla costituzione del Kosovo, v. J. BALAJ, *Explicit and implicit unamendable constitutional provisions from the perspective of the Kosovo Constitution*, in *Perspectives of Law and Public Administration*, vol. 9, n. 1, 2020, pp. 45-47; Z. OKLOPCIC, *Constitutional (re)vision: sovereign peoples, new constituent powers, and the formation of constitutional orders in the Balkans*, in *Constellations*, vol. 19, n. 1, 2012, pp. 82-85; F. LONGO, *Struttura e funzioni*…, *cit.*, p. 67.

[40] Preambolo della Costituzione della Serbia.

[41] A. SAMPAIO DE MORAES GODOY, *Global constitutionalism. An introduction to the comparative study of Constitutional preambles: Europe*, in *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, vol. 10, n. 3, 2018, pp. 238-250; D. STOJANOVIĆ, *Basic characteristics and contents of the 2006 Serbian Constitution*, in *Facta Universitatis. Series: Law and Politics*, vol. 2, n. 1, 2004, pp. 67-85; R. MARKOVIĆ, *Republic of Serbia Constitution of 2006 – A critical review*, in *Annals of the Faculty of Law in Belgrade International Edition*, 2007, pp. 4-49.

[42] Costituzione del Niger; si veda anche M. ABDELAAL, *Entrenchment illusion: the curious case of Egypt's constitutional entrenchment clause*, in *Chicago-Kent Journal of Comparative Law*, vol. 1, n. 2, 2016, p. 13; S. SUTEU, *Eternity clauses in post-conflict*…, *cit.*, pp. 90 ss.

inerente alla concessione dell'amnistia ai responsabili del colpo di Stato del 18 febbraio 2010[43]. La Carta offre un ottimo esempio per chiarire concretamente l'idea per cui il testo costituzionale sarebbe indirizzato – spesso – sia verso una "platea" interna, che verso interlocutori esterni. Da un lato, tutti gli elementi che l'articolo 175 sottrae al processo di revisione costituzionale – natura repubblicana dello Stato, pluralismo, caratteristiche del suffragio… – riguardano principalmente la proiezione *interna* della Costituzione, rivolta verso la comunità politica destinataria della nuova Carta fondamentale: si tratta di caratteristiche che connotano la forma di Stato e di governo del Niger, così come di garanzie che dovrebbero assicurare la tenuta della democrazia. Dall'altro lato, nonostante si possa leggere l'articolo 185 come proiettato anch'esso verso l'interno, intendendo la costituzionalizzazione "in eterno" della concessione di un'amnistia come volta alla promozione della riconciliazione sul piano nazionale – così come lo stesso dettato costituzionale afferma nell'articolo in questione –, esso può essere interpretato anche come un "segnale" lanciato verso l'esterno, potenzialmente finalizzato a comunicare l'immagine di un ordinamento rinnovato e legittimo, interessato a garantire stabilità e pacificazione (o a trasmettere tale immagine agli interlocutori al di fuori nel Paese).

Si tratta, dunque, di casi differenti tra di loro: dalle costituzioni più esplicitamente alla ricerca di un avvicinamento, sotto forma di cooperazione-integrazione (Ucraina e Kosovo), si passa al caso in cui il testo rappresenta la sede del rinnovato riconoscimento di una situazione di conflittualità (Serbia), per approdare alla fattispecie in cui la carta costituzionale diviene strumento promozionale, "testimone" di una avvenuta pacificazione, necessaria per l'equilibrio interno, ma significativa anche nel campo delle relazioni internazionali (Niger). La principale analogia, il filo conduttore che lega ciascuno di questi casi, risulta essere "l'inseguimento" dell'attualità politica da parte del testo costituzionale: emerge, infatti, quanto illustrato nei paragrafi precedenti, e cioè che non è infrequente imbattersi in costituzioni che ricorrono a clausole dal chiaro valore enunciativo, talvolta addirittura proiettate alla ricerca di qualche forma di dialogo, soprattutto in presenza di crisi e tensioni affrontate in passato, correnti, oppure anche temute, al fine di fare fronte, seppur con modalità diverse, a tali situazioni. Altresì, notiamo come queste clausole costituzionalizzino, almeno tendenzialmente, priorità e obiettivi di portata non tanto generica e astratta, quanto, piuttosto, specifica e circoscritta, sia a livello di contenuto, sia in relazione all'orizzonte temporale – limitato, rispetto alla potenziale "eternità costituzionale" – entro cui la rilevanza di tali clausole è destinata a esaurirsi, a fronte della mutevolezza degli equilibri e delle priorità politiche nel corso del tempo.

[43] A dire il vero, una disposizione pressoché identica è prevista anche dalla precedente Costituzione del Niger, approvata nel 1999, cosa che mette ulteriormente in evidenza l'uso del testo costituzionale per "fissare" obiettivi relativi alla politica del "presente". Si veda anche il *Report* di Amnesty International del 07/09/1999, *Niger. Impunity enshrined in the Constitution*.

A fronte di instabilità molteplici e diffuse, pare emergere, pertanto, la tendenza a costituzionalizzare le priorità e le istanze dell'*hic et nunc*, mediante strumenti – quali il preambolo e i limiti assoluti alla revisione costituzionale – che, solitamente, tendono (o hanno teso) all'eternità forse proprio in virtù della loro "alterità", genericità, e relativa astrattezza: è usuale trovare, ad esempio, il principio democratico, tra le clausole "intangibili" del testo costituzionale, mentre lo è molto meno rinvenire la concessione di un'amnistia, specifica nel suo contenuto e strettamente legata a fatti e tempi circoscritti. È una contraddizione – o, forse, una potenziale evoluzione, nell'ambito dei processi costituzionali –, quella tra la solenne e astratta alterità che solitamente si attribuisce a preamboli e limiti alla revisione, da una parte, e, dall'altra, la concretezza cui, invece, si testimonia nei casi proposti (e non solo), che merita di essere osservata attentamente. Resta da vedere, quindi, se rappresenterà una tendenza riscontrabile sempre più frequentemente nei testi costituzionali, rendendo la costituzione uno strumento maggiormente disponibile alle istanze dell'attualità, una sede utile per "cristallizzare" priorità e obiettivi ritenuti necessari a gestire una particolare situazione di tensione, che spesso coinvolge anche attori appartenenti alla dimensione esterna.

5. Considerazioni conclusive e preliminari

È utile, a questo punto, svolgere qualche considerazione, conclusiva alla luce di quanto emerso in questa sede, e, al contempo, preliminare rispetto a potenziali ulteriori approfondimenti.

A fronte del conferimento del rango costituzionale a priorità politiche strettamente legate alla contemporaneità e alle conflittualità che essa porta con sé, pare opportuno interrogarsi sulle evoluzioni del costituzionalismo che hanno condotto sino a questo punto. Le costituzioni non sono carte interamente immutabili, ed è senz'altro auspicabile che vengano modificate per accogliere istanze che – soprattutto nel caso di testi piuttosto risalenti – non potevano essere immaginate dal costituente[44]; tuttavia, pare legittimo fermarsi a riflettere circa l'opportunità, o meno, di questo tipo di "manipolazione" del testo costituzionale, soprattutto qualora quest'ultimo finisca per fungere più come "mero strumento" a disposizione delle *leadership* che si avvicendano al potere, che come manifestazione delle scelte, più generali e astratte (e, forse, proprio per questo idonee a una sorta di "eternità costituzionale"), del potere costituente. La costituzione, solitamente, non "immortala" un orientamento momentaneo delle intenzioni della comunità politica, ma, mantenendo una certa generalità, traccia le principali linee entro le quali realizzare, nel corso del tempo – rispondendo, di volta in volta, a esigenze *rinnovate*, ma non

[44] Si pensi, ad esempio, alle costituzioni che, poiché più recenti o più recentemente modificate, includono la tutela dell'ambiente e la sostenibilità, anche nell'ottica del rapporto, almeno ideale, con le generazioni future. Anche la Costituzione italiana ha recentemente conosciuto una svolta in questo senso, con la modifica degli articoli 9 e 41 mediante la Legge costituzionale 11 febbraio 2022 n. 1, "*Modifiche agli articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente*", in Gazzetta ufficiale n. 44 del 22 febbraio 2022.

estemporanee –, i propri obiettivi. La costituzionalizzazione di propositi molto più strettamente legati alla contemporaneità mette in questione questo assunto, presentandoci – forse – un nuovo modo di intendere le funzioni del testo costituzionale[45].

Si tratta, del resto, di una tendenza ambigua, posta potenzialmente in un fragile equilibrio tra il legittimo e necessario adattamento della costituzione a istanze contemporanee e la manipolazione della carta fondamentale finalizzata al raggiungimento di obiettivi destinati, ad ogni modo, a mutare o addirittura esaurirsi in tempi relativamente brevi – più brevi, senz'altro, della "aspettativa di vita" di una clausola di eternità. Le conseguenze di questo tipo di costituzionalizzazione non si realizzano solo su un piano "meramente" teorico, ma possono prestare il fianco a strumentalizzazioni del testo costituzionale che non è il caso di ignorare[46]. In tale contesto, infatti, la costituzione corre il rischio di divenire sede di controverse enunciazioni, espressione di interessi "esclusivi" e istanze di "pochi" – se non, in alcuni casi, addirittura di "singoli" – contraddittorie rispetto al consueto ruolo contromaggioritario del testo costituzionale, il quale, in breve, rischia di vedere indebolito il suo *status* di Carta al di sopra di tutte le fonti del diritto nazionale, finalizzata alla limitazione del potere, a favore della strumentalizzazione da parte di chi invece, il potere, lo detiene. Altresì, nell'analisi di quanto viene costituzionalizzato, non va ignorata nemmeno la qualità dei rapporti che le costituzioni ricercano con il mondo esterno, fondamentale al fine di comprendere anche il tipo di narrazione che il testo costituzionale tenta di proporre ai propri interlocutori.

Pare dunque interessante continuare a rivolgere l'attenzione a questo "uso" della costituzione a disposizione della politica, in particolare nel momento in cui, dinanzi all'instabilità, il testo costituzionale viene fatto coincidere con un *programma politico*, e non viceversa, come ci si potrebbe (dovrebbe?) aspettare.

In ultimo, un quesito che, almeno per il momento, non può che rimanere insoluto: questo tipo di dinamica porterà, presto o tardi, a un mutamento almeno parziale del modo in cui vengono intesi il significato e il ruolo dei testi costituzionali?

[45] I casi riportati *supra*, sono accomunati dal fatto di risultare da processi di *constitution-making* relativamente recenti: nell'ipotesi di un esame più approfondito che prenda le mosse dagli spunti qui proposti, sarebbe interessante cercare di valutare se la costituzionalizzazione di istanze legate alla politica contemporanea ai costituenti/revisori, peraltro mediante clausole che si proiettano, seppur secondo modalità diverse, verso l'interazione con il mondo esterno, possa o meno costituire effettivamente una tendenza in via di affermazione o già consolidata. In tal caso, si presenterebbe l'occasione per una più profonda riflessione sulla potenziale evoluzione del *ruolo* e delle *funzioni* del testo costituzionale, in risposta a nuove esigenze e nuovi attori coinvolti nei processi di redazione e revisione delle costituzioni.

[46] J. FROSINI, V. LAPA, *NATO's aspirations in the constitutional preamble of Ukraine: distorting historical roots of the constitution or reflecting societal changes?*, pubblicato su *IACL-IADC Blog* il 30/06/2020.

«Giusto in teoria, ma non vale per la pratica»? A proposito del rapporto fra teoria della divisione dei poteri e prassi dei conflitti di attribuzione*

di Paolo Costa
Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico
Università degli Studi di Padova

Abstract [It]: In modo più o meno esplicito, la teoria della divisione dei poteri emerge quale premessa della prassi dei conflitti di attribuzione. Tale rapporto è spesso trascurato per la debole efficacia ermeneutica riconosciuta alla prima. Il saggio intende soffermarsi su di esso, nella convinzione che in questo ambito del diritto costituzionale dovrebbe valere sommamente la massima «ciò che vale in teoria in virtù di certi principi della ragione, vale anche nella pratica».

Title: 'Right in theory, but not right in practice'? On the relationship between the theory of the division of powers and the practice of conflicts of attribution
Abstract [En]: More or less explicitly, the theory of the division of powers emerges as a premise of the practice of conflicts of attribution. This relationship is often neglected due to the weak hermeneutical effectiveness recognized in the first. The essay intends to focus on it, in the belief that in this area of constitutional law should be worth the maxim «what is valid in theory by virtue of certain principles of reason, is also valid in practice».

Parole chiave: Conflitti di attribuzione; divisione dei poteri; giurisdizione costituzionale; costituzionalismo; teoria del diritto pubblico
Keywords: Conflicts of attribution, division of powers, constitutional jurisdiction, constitutionalism, theory of public law

Sommario: 1. Il principio della divisione dei poteri quale premessa dei conflitti di attribuzione. **2.** Lo sviluppo storico del conflitto di attribuzione e il suo flebile rapporto con il principio di divisione dei poteri. **3.** Il conflitto di attribuzione in rapporto alle diverse teorie della divisione dei poteri. **3.1.** Se si dia ancora un'attualità della teoria della divisione dei poteri e come la si debba intendere. **3.1.1.** Un fraintendimento storico. **3.1.2.** Una nebbia teorica. **3.2.** Quale senso teorico abbia, nel sistema costituzionale, la previsione della competenza della Corte costituzionale a giudicare dei conflitti di attribuzione. **3.2.1.** *Political constitutionalism*…**3.2.2.** …o *legal constitutionalism*? **4.** Il problema della Corte costituzionale come potere dello Stato. **5.** La Corte costituzionale nel sistema di *check and balance*. **6.** Alcune conclusioni in ordine al rapporto fra teoria della divisione dei poteri e prassi dei conflitti di attribuzione.

«Per scoprire la libertà politica nella costituzione non occorre un grande sforzo. Se si può vederla dove essa è, se la si è trovata, perché cercarla?»

(Montesquieu)

* Articolo sottoposto a referaggio.

1. Il principio della divisione dei poteri quale premessa dei conflitti di attribuzione

In modo più o meno esplicito, il principio della divisione dei poteri emerge quale premessa (la principale, unitamente alla rigidità della costituzione) dei conflitti di attribuzione[1].

Dal punto di vista strettamente logico, si tratta di un'affermazione ovvia. Un conflitto può nascere solo se si danno più poteri in posizione di alterità gli uni rispetto agli altri: è l'alterità la precondizione di potenziali prassi confliggenti. L'affermazione è però meno ovvia se la si considera dal punto di vista storico; e si fa addirittura complessa se la si considera dal punto di vista della teoria costituzionale.

La competenza della Corte costituzionale in materia di conflitti di attribuzione è stata studiata in profondità, ma quasi sempre nell'orizzonte dogmatico delle costituzioni novecentesche, debitrici a loro volta verso la concettualità sviluppata dalla dottrina dello Stato (si pensi alla larga attenzione dedicata ai problemi implicati dalla teoria dell'organo[2]). È stata studiata assai meno, invece, nel più ampio orizzonte del costituzionalismo moderno: l'alveo naturale del principio della divisione dei poteri.

«Se mi dovessi mettere a studiare questi temi [*i conflitti di attribuzione*]», osservava ancora nel 2003 Giovanni Grottanelli de' Santi, « […] credo che il fine rimarrebbe, nonostante tutte le mutazioni del tempo e della storia e quindi attualizzato quanto si vuole per il nostro millennio, quello della separazione dei poteri in chiave di libertà e di democrazia»[3].

È anche il fine di questo contributo.

2. Lo sviluppo storico del conflitto di attribuzione e il suo flebile rapporto con il principio di divisione dei poteri

Difficilmente la storia sociale risponde alla logica formale. La celeberrima massima hegeliana che afferma la coincidenza tra realtà e razionalità non si riferisce ad una dialettica formale. La storia del diritto non fa eccezione: non è infrequente che le realizzazioni del diritto non siano coerenti con le premesse teoriche e di principio a cui si richiamano.

La divisione dei poteri, figlia del costituzionalismo illuminista, viene ben presto definita a livello di principio e sancita finanche quale *prius* prescrittivo di ogni costituzione che voglia definirsi tale. L'articolo 16 della *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* del 1789 è stato letto come «la manifestation la plus

[1] G. Grottanelli de' Santi, *I conflitti di attribuzione tra lo Stato e le regioni e tra le regioni, Giuffrè*, Milano 1961, p. 12; R. Bin, *L'ultima fortezza*, Giuffrè, Milano 1996, p. 9, 10.

[2] Tra la molta letteratura, si segnalano almeno i contributi di M. Mazziotti, *I conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato*, Giuffrè, Milano 1972, p. 153 e ss.; A. Pisaneschi, *I conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato*, Giuffrè, Milano 1992, p. 9 e ss.;

[3] G. Grottanelli de' Santi, *Cenni introduttivi*, in E. Bindi – M. Perini (a cura di), *Recenti tendenze in materia di conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato*, Atti del seminario tenutosi a Siena il 24 maggio 2002, Giuffrè, Milano 2003, p. 4

éclatante du dogmatisme de l'Assemblée»[4]. Ma testi e prassi costituzionali certo non vi si sono adeguati con zelo né con coerenza.

Limitiamo lo sguardo alla sola storia costituzionale italiana. Il testo dello Statuto albertino non sanciva formalmente il principio. Dalla sua lettura emerge piuttosto, com'è prevedibile per una costituzione *octroyée par le roi*, quasi una convergenza di tutti i poteri in capo al monarca, in continuità con la tradizione assolutistica. Impressiona, in particolare, la lettura sinottica degli articoli 3, 5 e 68: «Il potere legislativo sarà collettivamente esercitato dal Re e da due Camere»; «Al Re solo appartiene il potere esecutivo»; «La Giustizia emana dal Re, ed è amministrata in suo Nome dai Giudici ch'Egli istituisce». Non è fortuito, dunque, che i conflitti costituzionali non fossero contemplati dall'ordinamento del tempo. E non è neppure fortuito che il primo vero conflitto, quello tra re e parlamento (del quale fu emblema il "proclama di Moncalieri" del 1849), porterà il sistema costituzionale finanche ad una transizione (quella che lo condurrà alla forma di governo parlamentare)[5].

Non è tale conflitto, tuttavia, a farsi paradigma degli sviluppi normativi, giurisprudenziali e dottrinali che contribuiranno a configurare i conflitti di attribuzione nominati dall'articolo 134 della Costituzione. Quello tra re e parlamento fu un conflitto istituzionale che trovò soluzione per via politica; la competenza prevista dall'articolo 134 della Costituzione intende invece essere un rimedio giurisdizionale a simili conflitti. La sua protostoria non va dunque ricercata nell'originaria teoria della divisione dei poteri (se non, come si diceva, sul piano meramente logico).

La si rinviene piuttosto nei rimedi ordinamentali istituiti in epoca statutaria per dirimere i conflitti tra autorità giudiziaria e autorità amministrativa[6], il cui riverbero si è avvertito nel dibattito costituente[7]. È in essi che in qualche modo può scorgersi lo schema che ispirerà la relativa competenza della Corte costituzionale: un organo di natura giurisdizionale chiamato a pronunciarsi sull'osservanza di una competenza sancita da una fonte alla quale tutte le parti in conflitto sono ugualmente subordinate. La differenza con l'attuale fisionomia dei conflitti di attribuzione sembra ridursi essenzialmente al «tono costituzionale» di questi ultimi (ciò che li differenzia dai conflitti di competenza e dai conflitti di giurisdizione), discendente – in estrema sintesi – dall'evoluzione dello Stato di diritto in Stato costituzionale di diritto (e alla conseguente logica della doppia legalità).

Non si registra invece un'immediata e coerente derivazione del conflitto di attribuzione dalle teorie fondative del principio di divisione dei poteri. Ne è principale conferma lo scarno dibattito costituente

[4] Sul relativo dibattito, M. Troper, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionelle français*, L.G.D.J., Parigi 1980, pp. 158 e ss.

[5] L. Paladin, *Diritto costituzionale*, Cedam. Padova 1998, p. 75 e ss.

[6] Il riferimento è alla disciplina dei conflitti di attribuzione di cui alla legge n. 3780 del 1859, alla riforma del 1865 e alla legge n. 3761 del 1877.

[7] A. Pisanechi, *I conflitti di attribuzione*, cit., pp. 12 e ss.

che ha interessato le prime. Tra le poche certezze dei costituenti al riguardo, vi era proprio quella (discutibile, come si tenterà di mostrare) dell'inservibilità ermeneutica del principio della divisione dei poteri classicamente inteso, ritenuto ormai superato dalla complessità delle forme di Stato novecentesche[8].

3. Il conflitto di attribuzione in rapporto alle diverse teorie della divisione dei poteri

Nel rapporto tra divisione dei poteri e conflitti di attribuzione, la massima complessità emerge tuttavia a livello teorico.

È a questo livello, infatti, che sorgono due questioni decisive: se si dia ancora un'attualità della teoria della divisione dei poteri e come la si debba intendere; e – conseguentemente – quale senso teorico abbia, nel sistema costituzionale, la competenza della Corte costituzionale a giudicare dei conflitti di attribuzione.

3.1. Se si dia ancora un'attualità della teoria della divisione dei poteri e come la si debba intendere

Nonostante l'avviso contrario emerso fin dal dibattito costituente, argomenti non secondari suggeriscono di ritenere che la teoria della divisione dei poteri abbia una sua attualità nel sistema costituzionale; ma che, nondimeno, necessiti di una maggiore esplicitazione concettuale. Altrimenti detto: il principio della divisione dei poteri conserva una propria cogenza, ma il suo agire è carsico.

Che una teoria della divisione dei poteri operi almeno implicitamente nel sistema costituzionale è un'affermazione difficilmente confutabile. I poteri dello Stato previsti dalla Costituzione sono più d'uno (ancorché non sempre riducibili ai tre poteri classici) e in posizione di vicendevole alterità; e la Costituzione stessa contempla la possibilità di un loro conflitto, istituendo finanche un giudice all'uopo competente. Ora, se è vero che ogni prassi razionale presuppone (almeno tendenzialmente) un pensiero razionale, si deve concludere che quantomeno lo schema formale della divisione dei poteri fosse presente nella mente del costituente (riecheggia, peraltro, in disposizioni quali gli articoli 70 e 104 della Costituzione).

L'idea, diffusa anche tra gli stessi costituenti[9], che la divisione dei poteri classicamente intesa sia un principio obsolescente è stata forse causata da un fraintendimento storico, prima; e della nebbia teorica innalzata da una sovrapposizione dottrinale, poi.

Sono questioni che vanno illustrate distintamente.

[8] Ibidem, p. 27 e ss..

[9] L'on. Preti, nella seduta del 28 novembre 1947, rifiutava addirittura di parlare di poteri dello Stato, «tanto più che i famosi tre poteri dello Stato sono superati» (cfr, *Pisaneschi*, cit., p 28).

3.1.1. Un fraintendimento storico

Quando si tratta di divisione dei poteri, non è infrequente imbattersi in un fraintendimento di storia della teoria costituzionale. La divisione dei poteri considerata classica è fatta risalire a Montesquieu. Viene sovente stilizzata (secondo una «arcinota vulgata montesquieuiana»[10]) in un modello statico caratterizzato da confini rigidi tra i poteri e da specializzazione delle relative funzioni; queste vengono ricondotte ai tre classici poteri. Di qui, la differenziazione rispetto alla concezione dinamica della divisione dei poteri, propria delle esperienze costituzionali anglosassoni, sintetizzata nell'immagine del *check and balance*. Il primo modello viene anche definito di «separazione specializzata»; il secondo di «separazione non specializzata» [11].

Ma, a ben vedere, la logica del *check and balance* è già presente proprio nella teoria di Montesquieu. Il filosofo francese, e il costituzionalismo moderno da lui ispirato, intendono rimediare a quell'«esperienza eterna» per cui ogni uomo che detenga il potere è portato ad abusarne, e «va avanti fino a quando non trova limiti». Il rimedio, si evince dalle parole di Montesquieu, si ritrova nella limitazione reciproca dei poteri, indotta dalla naturale inclinazione all'abuso dei suoi titolari. Quasi a dire: la reciproca *hybris* costringerà ogni potere a non invadere la sfera funzionale dell'altro. E in effetti, per Montesquieu, «perché non si possa abusare del potere, bisogna che, per la disposizione delle cose, il potere arresti il potere»[12].

È difficile non scorgere in queste parole l'idea di una reciproca limitazione dei poteri per via politica, e non già una limitazione per via di rigorose attribuzioni costituzionali. Appare in effetti «lontana dal pensiero di Montesquieu l'idea di una specializzazione funzionale assoluta»[13].

È noto che una distinzione pura tra i due modelli non si dia, anche perché la sfera dei poteri e la sfera delle funzioni non sono necessariamente coincidenti. La separazione specializzata per funzioni comporta comunque possibili interferenze tra poteri (è evidentissimo nel caso della menomazione di attribuzioni); una divisione per *check and balance* non elimina invece del tutto la specializzazione funzionale (anche quando si iscrivano nel medesimo potere, le funzioni conservano comunque la loro natura e la loro finalità: il rinvio presidenziale delle leggi, ad esempio, insiste sull'esercizio del potere legislativo ma non si risolve in modo alcuno in una funzione *stricto sensu* legislativa).

Una distinzione pura tra modelli non si dava neppure nella primigenia esperienza costituzionale francese. Già nella costituzione del 1791 erano presenti tanto il principio della separazione quanto quello del bilanciamento, in un coerente modello di governo misto, volto a mitigare, sempre in nome della divisione dei poteri, il possibile dispotismo dell'assemblea[14].

---

[10] A. Vignudelli, *Sulla separazione dei poteri nel diritto vigente,* in *Diritto & Questioni pubbliche*, n. 7, 2002, p. 204.
[11] Ibidem, pp. 206 e ss.
[12] *Lo spirito delle leggi*, libro XI, capitolo IV.
[13] G. Silvestri, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, ad vocem, in *Enciclopedia del diritto*, XXXIV, Giuffrè, Milano 1985, p. 671.
[14] M. Troper, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionelle français*, cit., pp. 157 e ss.

L'idea pura di una separazione specializzata per funzioni, prive di interferenze se non per prassi patologiche rispetto al modello, e centuriate da confini competenziali costituzionalmente definiti, è più il precipitato di una sorta di mitologia novecentesca che di una teoria della divisione dei poteri rispondente in qualche misura alla storia del costituzionalismo, delle sue dottrine, delle sue realizzazioni. È probabilmente un riflesso dei noti dibattiti sulla giustiziabilità della costituzione rigida. Lo suggerisce, peraltro, la fortuna non secondaria che ha avuto anche nella dottrina italiana la concezione oggettivistica del conflitto di attribuzione, ispirata al concetto tedesco di «conflitto costituzionale» e alla relativa funzione di *Staatsgerichtbarkeit*[15].

3.1.2. Una nebbia teorica

A questo fraintendimento storico, si aggiunge l'opacità teorica generata da una sovrapposizione dottrinale.

Con molta probabilità, la divisione dei poteri non ha trovato un ambiente teoreticamente accogliente nel nostro ordinamento per via della pesante interferenza che su di essa ha esercitato la dottrina della funzione di indirizzo politico. L'idea che ai tre classici poteri dello Stato se ne aggiunga un quarto – che, per titolarità e natura, risulti infine appannaggio esclusivo del sistema politico-partitico e operi trasversalmente ad ogni altro potere – non poteva che relativizzare non solo il modello della separazione specializzata, ma il principio stesso della divisione dei poteri. La dottrina della funzione di indirizzo politico, in diversi dei suoi teorici, è stata concepita proprio in reazione (o almeno in "correzione") a quest'ultimo[16]. Di qui, si è autorizzati a pensare, la risalente convinzione che la teoria classica della divisione dei poteri fosse scientificamente inconferente; e dunque il suo disorbitare dal nucleo dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale.

Per meglio illustrare la questione, può essere utile sostituire alla distinzione (storicamente imprecisa) tra divisione montesquieuiana dei poteri e sistema di *check and balance* la distinzione (assai più recente) tra *legal constitutionalism* e *political constitutionalism*. È questa una distinzione che probabilmente esplicita meglio le vere differenze di fondo tra i due modelli, con esiti di maggior chiarezza concettuale.

[15] È un modello che emerge chiaramente in A. Pensovecchio li Bassi, *Conflitti costituzionali*, ad vocem, in *Enciclopedia del diritto*, vol. VIII, Milano 1961, in particolare pp. 1000 e ss. Per assonanze e dissonanze tra modello tedesco e modello italiano, può vedersi J. Luther, *Cenni di diritto comparato sui conflitti di attribuzioni tra i poteri dello Stato*, in A. Anzon - B. Caravita - M. Luciani - M. Volpi, *La Corte costituzionale e gli altri poteri dello Stato*, Torino 1993; S. Baldin, *Le "altre" funzioni delle corti costituzionali*, Trieste 2000, pp. 62 e ss.

[16] C. Tripodina, *L'"indirizzo politico" nella dottrina costituzionale al tempo del fascismo*, in *Rivista AIC*, n. 1, 2018, pp. 19 e ss.

In estrema sintesi, rinviando in questa sede al relativo dibattito consumatosi tra i costituzionalisti d'oltremanica[17], il *legal constitutionalism* rivendica il primato della legge sull'azione dei poteri pubblici; si presenta dunque come una teoria che predilige una concezione quasi continentale (se comparata a quella della tradizione costituzionale inglese) dello Stato di diritto, con una conseguente centralità del *judicial review*. Il *political constitutionalism* predilige invece la ricerca di equilibri politici spontanei all'interno delle dinamiche della forma di governo, con conseguente marginalizzazione del problema della giustiziabilità dei rapporti inter-istituzionali.

La storia costituzionale italiana denota un certo sbilanciamento in favore del *political constitutionalism*, ma unitamente ad una propensione debole a prendere seriamente il pluralismo istituzionale. La pervasiva dottrina della funzione di indirizzo politico, in effetti, ha attraversato quasi indenne la transizione dal regime fascista alla repubblica democratica, trovando pacifico accoglimento sia in sede costituente sia in sede di sviluppo dogmatico del nuovo ordinamento costituzionale. Ciò ha determinato la forte caratura politica e finanche partitica di quest'ultimo. Si è così stagliata, al di sopra del pluralismo istituzionale, l'ingombrante sagoma del «potere governante», che ha delineato la «nuova divisione dei poteri»[18].

Una volta indebolito l'*ubi consistam* di una solida (e conflittuale) teoria della divisione dei poteri in favore dell'uniformante dottrina della funzione di indirizzo politico, non c'è da stupirsi – ed è anzi perfettamente conseguente – se l'istituto del confitto di attribuzione sia apparso scarsamente suscettibile di teorizzazione: tanto che se ne sono sottolineate, e a ragione, la natura residuale e la resistenza alla definizione dogmatica e normativa[19].

Ma se si scruta oltre la nebbia della dottrina dell'indirizzo politico, la divisione dei poteri torna visibile quale principio irrinunciabile, anche per la costituzione di un complesso Stato novecentesco.

Quest'ultimo, nell'epoca in cui si svolgeva il dibattito costituente, altro non era che il modello continentale di Stato sociale, ossia la forma di Stato in cui il «potere governante» ha potuto prendere forma e consistenza[20]. A quest'altezza, torna in rilievo una questione risalente ma in fondo mai del tutto superata: quella della conciliabilità tra Stato di diritto e Stato sociale (che in ambito costituzionale trova la sua emblematica formulazione nel problema della legittimità della legge-provvedimento). O si dà ragione alla tesi che ne sostiene l'inconciliabilità; o si accetta che lo Stato di diritto originato dalla tradizione del costituzionalismo prescrittivo non possa relativizzare, in nome di un più efficace governo della società e dell'economia, la logica dell'alterità conflittuale tra poteri.

---

[17] Per una panoramica sul relativo dibattito, possono consultarsi M. Goldoni, *Il ritorno del costituzionalismo alla politica: il «Political» e il «Popular» Constitutionalism*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4, 2010; P. Craig, *Political constitutionalism and the judicial role. A response*, in *International Journal of Constitutional Law*, n. 9, 2011.

[18] G. Bognetti, *La divisione dei poteri. Saggio di diritto comparato*, Giuffrè, Milano 2001, p. 55 e ss.

[19] R. Bin, *L'ultima fortezza*, cit., pp. 113 e ss.

[20] G. Bognetti, cit., p. 55 e ss.

Occorre attenzione, insomma, affinché l'inclinazione dell'ordinamento costituzionale per il *political constitutionalism* non oscuri la dimensione del conflitto: a quel punto il *political* conoscerebbe la sua apoteosi; ma il *constitutionalism* il suo oblio. Usando note categorie costituzionali, può affermarsi che un certo grado di (leale) collaborazione tra poteri sia necessario per il fisiologico funzionamento di un sistema che comunque contempla la divisione degli stessi[21]. L'idea che il conflitto tra poteri sia, *in thesi*, patologico, è invece indicativa di un ordinamento che ha abbandonato il principio della loro divisione e dunque un tratto essenziale del costituzionalismo[22]. In una costituzione pluralista, sempre «l'unità e l'intesa vanno conciliate con la frammentazione e l'antagonismo»[23].

Da ciò si possono trarre conseguenze in ordine all'interpretazione della funzione della Corte costituzionale a giudicare dei conflitti di attribuzione.

3.2. Quale senso teorico abbia, nel sistema costituzionale, la competenza della Corte costituzionale a giudicare dei conflitti di attribuàzione

La distinzione tra *legal* e *political consititutionalism* comporta altresì ben differenti (e ben note) conclusioni in ordine allo spazio che il *judicial review* può vedersi riconosciuto all'interno del sistema costituzionale. Un sistema ispirato al *legal constitutionalism* gliene riconosce uno ampio, privilegiando il controllo giurisdizionale. Un sistema ispirato al *political constitutionalism* gliene riconosce uno limitato, privilegiando la ricerca di spontanei equilibri inter-istituzionali. Il primo predilige dunque l'interpretazione giurisprudenziale dell'ordinamento costituzionale; il secondo le sue concretizzazione per via prasseologica.

La distinzione e le conseguenti implicazioni in punto di funzioni del giudice costituzionale sono utili per rendere visibili alcune contraddizioni proprie del rimedio ai conflitti di attribuzione adottato dalla Costituzione.

3.2.1. *Political constitutionalism…*

Se si conclude nel senso che il sistema costituzionale prediliga il *political constitutionalism*, allora appare più difficile giustificare la competenza della Corte costituzionale a giudicare dei conflitti di attribuzione. Tale

[21] R. Bin, *Il principio di leale cooperazione tra i poteri dello Stato*, in *Rivista di Diritto Costituzionale*, n.1, 2001, 3 e ss.

[22] Conflitti tra poteri dello Stato vanno messi in conto come prassi fisiologiche; vanno considerati patologici solo i conflitti paralizzanti, in grado di generare uno stallo istituzionale (ciò che nella dottrina tedesca viene chiamato *Verfassungsstörung)*. Questi ultimi, pur in altro modo, impedirebbero il funzionamento del sistema di *check and balance*, esponendo l'ordinamento costituzionale ad imprevedibili transizioni verso altre forme di Stato.

[23] P. Pinna, *I conflitti di attribuzione*, in R. Pinardi (a cura di), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sui conflitti di attribuzione e sull'ammissibilità del referendum abrogativo*, Atti del seminario di Modena svoltosi 13 ottobre 2006, Giappichelli, Torino 2007, p. 13.

competenza, finalizzata ad assicurare la giustiziabilità dei rapporti inter-istituzionali, risponde essenzialmente allo schema del *legal constitutionalism*.

È una contraddizione che si annida nella prevalente tendenza a destrutturare la teoria della divisione dei poteri. È inevitabile che tale tendenza giunga, coerentemente alle sue premesse, a destrutturare lo stesso giudizio per conflitto di attribuzione. Se la divisione dei poteri è da considerarsi superata o quantomeno bisognosa di profondo ripensamento, e al contempo il testo costituzionale e la relativa legislazione di attuazione non offrono dati testuali stringenti, giocoforza emerge una sagoma processuale sfumata, da ridefinire *ex novo*, a questo punto, intorno all'empiria dell'attualità politico-istituzionale. Di qui le molte e note questioni, affrontate dalla dottrina e dalla giurisprudenza costituzionale, sull'identificazione dei poteri dello Stato, sul rapporto tra potere ed organo, sull'integrazione del parametro costituzionale da parte di altre fonti.

La laconicità delle disposizioni costituzionali e di attuazione costituzionale viene così interpretata, fin dal dibattito costituente, come un ampio rinvio alla successiva attività del giudice costituzionale[24], chiamato a questo punto ad integrarle con criteri endogeni alla sua stessa giurisprudenza. Ma in questo modo la competenza della Corte costituzionale viene sospinta ai limiti della *political question* (sempre che non si liquidino il problema di principio, e l'articolo 28 della legge n. 87 del 1953, come velleitari[25]). Altro, infatti, è rinviare l'attuazione della Costituzione alla legge, atto espressione per eccellenza del potere politico: ciò è conforme al principio della divisione dei poteri e al sistema delle fonti dello Stato costituzionale di diritto. Altro è rinviare ad una sorta di «giurisprudenza di attuazione».

È nella natura della giurisdizione di attuare i testi normativi, ma ciò accade per via della necessità di far reagire la loro astrattezza con la concretezza dei casi particolari. Non si tratta di attuazione in senso tecnico, bensì della fisiologica «messa in opera» delle disposizioni. Ogni disposizione, si potrebbe dire proprio in virtù del principio della divisione dei poteri, contiene un rinvio implicito alla sua attuazione da parte della successiva attività del giudice. «Anche la legislazione più completa non può da sola perfezionare l'ordinamento […] La legge deve lasciare molti aspetti importanti all'attività dell'altra realtà giuridica, alla giurisdizione, all'attività autonoma che penetra nei singoli casi con maggiori determinazione e precisione. Spetta, difatti, alla legislazione provvedere a un futuro incerto: la legge è un frammento di profezia terrena destinato a fare abbondante esperienza della propria limitatezza, debolezza e fallacia». Così osservava Oskar von Bülow già nel 1885[26].

[24] R. Bin, *L'ultima fortezza*, cit., p. 7, 8.
[25] G. Grottanelli de' Santi, *Cenni introduttivi*, cit., , p. 2.
[26] O. von Bülow, *Gesetz und Richeramt*, Leipzig 1885, tr. it., O. von Bülow - P. Zorn, *Legge e giurisdizione*, Herrenhaus, Seregno 2012, p. 32.

Non è invece conforme al principio della divisione dei poteri e al sistema delle fonti dello Stato costituzionale di diritto, oltre che al concetto stesso di giurisdizione, l'assunto per il quale l'ordinamento costituzionale contemplerebbe lacune volontarie per favorire la libera attuazione del testo della Costituzione da parte della giurisprudenza. È palmare la caratura politica che assumerebbe, in questo caso, la funzione della Corte costituzionale (circostanza di cui la Corte stessa ha peraltro piena consapevolezza[27]). La coerenza con un sistema di giustiziabilità dei conflitti costituzionali tenderebbe ad affievolirsi. La Corte diverrebbe, in ultima analisi, essa stessa un potere parte del sistema di *check and balance*, ma nel quale svolgerebbe altresì una funzione *super partes* (che tale resterebbe anche laddove se ne depotenziasse il tratto giurisdizionale riqualificandolo come "arbitrale").

3.2.2. …o *legal constitutionalim*?

Se invece si conclude nel senso che il sistema costituzionale prediliga il *legal constitutionalism*, allora la competenza della Corte risulta pienamente legittimata. E tuttavia un modello davvero rispondente ai principi di una giurisdizione costituzionale esigerebbe parametri normativi senz'altro più stringenti. La Costituzione e la relativa normativa di attuazione dovrebbero essere maggiormente esaustive. In questo modo la Corte non assumerebbe un ossimorico profilo da «parte imparziale», ma uno, coerente, da giudice *super partes* chiamato a pronunciarsi in ordine a competenze definite secondo il modello della separazione specializzata.

Attraverso il prisma della distinzione tra *legal* e *political constitutionalism*, è dunque facile riscontrare potenziali contraddizioni di principio fra modelli dei conflitti di attribuzione, da un lato, e teorie della divisione dei poteri a cui tali modelli aderiscono in premessa, dall'altro.

Queste contraddizioni sono legate tra loro da un filo rosso: il problema della natura di «potere dello Stato» della Corte costituzionale e le sue conseguenze di principio in ordine di conflitti di attribuzione.

4. Il problema della Corte costituzionale come potere dello Stato

La questione del numero dei poteri dello Stato è, in sé, poco significativa.

[27] Come emerge dalla nota decisione n. 116 del 2003: «Il legislatore del 1953 ha dunque conferito alla Corte costituzionale, in sede di delibazione sull'esistenza della "materia di un conflitto", un potere molto ampio di individuazione dei profili soggettivi e di qualificazione del thema decidendum del conflitto, tale addirittura da rischiare talvolta di investire gli aspetti di merito della questione, come potrebbe anche lasciare supporre la reiezione - nel corso dei lavori parlamentari sulla legge n. 87 del 1953- dell'emendamento dei senatori Mastino e Oggiano diretto appunto a limitare l'esame della Corte, in sede di ammissibilità, alle sole condizioni e forme del ricorso (I legislatura, Atti Senato 12 marzo 1949). Si tratta quindi di un potere di conformazione del giudizio sul conflitto di attribuzione, che si esprime attraverso la fissazione di regole che necessariamente definiscono la "materia" del conflitto, stabilendo inderogabilmente soggetti e termini per lo svolgimento del processo».

Montesquieu pensa alla divisione dei poteri come ad un'organizzazione istituzionale funzionale alla conservazione della libertà politica. È dunque una separazione prescrittiva: ciò che rileva non è l'identificazione di un potere in più o di uno in meno, ma piuttosto che la costituzione, «per la disposizione delle cose», e dunque per le dinamiche della sua forma di governo, abbia come esito che «il potere arresti il potere».

Prima di Montesquieu, già Locke aveva identificato più poteri dello Stato. Si tratta, notoriamente, di poteri in parte diversi da quelli identificati dal filosofo francese. Ma non è questo a fare la differenza tra le due teorizzazioni. La vera differenza consiste nel fatto che l'enucleazione dei poteri operata da Locke è più descrittiva che prescrittiva[28], quasi al limite dello scetticismo[29]. È per questo che non ha avuto analoga rilevanza per il costituzionalismo.

Ciò che assegna alla teoria della divisione dei poteri una funzione fondamentale all'interno delle costituzioni moderne non è la rigida identificazione del novero dei poteri, quanto l'affermazione della necessaria presenza di più poteri in posizione di alterità e caratterizzati da rapporti costituzionali tali da indurli alla reciproca limitazione. L'unica condizione imprescindibile affinché essa non manchi il proprio obiettivo libertario sono i requisiti essenziali del moderno potere legislativo: un potere che deve essere rappresentativo e che deve produrre norme generali ed astratte. In mancanza di questa condizione, ossia in mancanza del minino essenziale dello Stato di diritto, la divisione potrebbe limitare i diversi poteri ma non necessariamente assicurare la libertà politica (un ordinamento totalitario può ben contemplare poteri formalmente distinti, ma se non vi è altresì conformità ai principi dello Stato di diritto ciò solo non gli impedirà l'involuzione in «Stato discrezionale»[30]). Al netto di tale condizione minima, il numero dei poteri, definito ergendo i tre classici poteri enucleati da Montesquieu a ideale termine di comparazione, appare effettivamente una questione secondaria.

In sede costituente e di attuazione costituzionale si discusse sul punto. Non sorsero particolari dubbi sul fatto che i poteri dello Stato non fossero riducibili ai classici tre. I poteri a cui si accennò furono diversi,

[28] Sulla distinzione tra profili descrittivo e profilo prescrittivo della tripartizione dei poteri, G. Rivosecchi, *Il parlamento nei conflitti di attribuzione*, Cedam, Padova 2003, pp. 27 e ss.

[29] «Sebbene, come ho detto, il potere esecutivo e il potere federativo di ogni comunità siano realmente distinti in se stessi, tuttavia essi possono difficilmente essere separati, e collocati, nello stesso tempo, nelle mani di persone distinte. Infatti entrambi, nel loro esercizio, richiedono la forza della società, ed è quasi praticamente impossibile collocare la forza della comunità politica in mani distinte e non subordinate l'una all'altra, o collocare il potere esecutivo e quello federativo in persone che possono agire separatamente, sicché la forza del pubblico sarebbe collocata sotto comandi diversi; il che potrebbe condurre un giorno o l'altro a causare disordine e rovina», J. Locke, *Two Treatises of Government*, London, 1821, pp. 313 e ss..

[30] La possibile coabitazione, nel medesimo ordinamento, di un doppio Stato, uno «di diritto» e uno «discrezionale», è stata notoriamente dimostrata E. Fraenkel, *Il doppio Stato*, ed. it. Einaudi, Torino 2003.

e tra questi anche la stessa Corte costituzionale (definita il «potere di supremo controllo giuridico costituzionale»[31]).

Non si vedono ragioni per negarle tale qualifica.

La Corte è un organo di garanzia che, almeno *in thesi*, non esprime indirizzo politico[32]. Tanto si può dire anche per la magistratura. Se quest'ultima è pacificamente considerata un potere dello Stato, non vi sono allora molti argomenti per negare che lo sia anche la Corte costituzionale. Essa, unitamente al capo dello Stato (secondo il profilo istituzionale che tale figura ha assunto a partire dell'avvento delle monarchie parlamentari), è espressione della doppia legalità dello Stato costituzionale di diritto. Si colloca quale potere di garanzia all'interno di un più articolato sistema delle fonti.

Ora, se la Corte costituzionale è pacificamente un potere dello Stato, si pone la non secondaria questione di stabilire in quale modo e in quale misura essa trovi limitazione negli altri poteri.

5. La Corte costituzionale nel sistema di *check and balance*

È utile muovere dal problema della legittimazione della Corte costituzionale ad essere essa stessa parte di un conflitto di attribuzione.

I due principi processuali che si oppongono alla soluzione affermativa (*nemo iudex in causa propria* e *ne procedat iudex ex officio*) sono invero più che sufficienti per evidenziare le gravi questioni che un'eventuale legittimazione della Corte porrebbe. Risulterebbe, in estrema sintesi, gravemente compromessa la terzietà e l'imparzialità del giudice. E ciò non solo per i conflitti in cui la Corte fosse parte, ma anche per ogni altro giudizio, dacché i diversi poteri si troverebbero a quel punto al cospetto di un organo che potrebbe muovere dalle questioni prospettategli per "trasformarsi" – *ex officio* – da giudice a loro controparte, per poi decidere la controversia indossando nuovamente la veste di giudice (potrebbe accadere, esemplificativamente, ogniqualvolta la Corte ritenesse violato un giudicato costituzionale). Non fortuitamente la stessa Corte è stata sempre molto prudente in proposito[33], ed è immaginabile che difficilmente avvierà una prassi in questo senso.

[31] In questo senso la relazione Tesauro (come riporta M. Mazziotti, *I conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato*, cit., p. 111).

[32] Ancorché sia una tesi divenuta presto un'ipotesi, già a partire dal contributo di P. Barile, *La Corte costituzionale organo sovrano: implicazioni pratiche*, in *Studi in onore di Emilio Crosa*, I, Giuffrè, Milano 1960, pp. 39 e ss.

[33] Pisaneschi, cit., pp. 218 e ss..; S. Bartole, *La Corte, la sua storia e le tentazioni della justice retenue*, in Id., *Scritti scelti*, Jovene, Napoli 2013, pp. 837 e ss. È emblematica di tale atteggiamento prudente l'ordinanza n. 77 del 1981, in cui la Corte, convenuta in un giudizio per conflitto di attribuzione, ne ha dichiarato l'inammissibilità, pur affermando che essa stessa rientra «potenzialmente fra gli organi legittimati ad essere parti in conflitti di attribuzione fra poteri dello Stato».

La conclusione opposta si basa su di un argomento pragmatico più che di principio. Se la Corte non è legittimata quale parte del conflitto, allora non avrebbe una sede in cui difendere a sua volta le proprie attribuzioni costituzionali[34].

Tale argomento lascia intravedere, sullo sfondo, una questione forse ancor più significativa e di sistema. Se la Corte deve potersi difendere dagli altri poteri, allora anche questi devono potersi difendere dalla Corte. Se è improbabile che verrà inaugurata una stagione di conflitti in cui la Corte stessa sia parte, è invece un fatto che essa si colloca pienamente nelle dinamiche della forma di governo. Ci si deve allora domandare se tali dinamiche la contemplino quale soggetto sia attivo sia passivo di un sistema di pesi e contrappesi, secondo il modello del *political constitutionalism*; o se, all'inverso, essa mantenga il suo isolamento istituzionale, quale giudice terzo di un modello di *legal constitutionalism*.

Nella seconda ipotesi, difficilmente si uscirebbe dai dilemmi di principio che pone un giudizio per conflitto di attribuzione in cui la Corte stessa sia anche parte.

Nella prima ipotesi, la Corte troverebbe invece una tutela per la propria funzione su un piano di parità rispetto agli altri poteri, senza frizioni con principi fondamentali dell'ordinamento e, anzi, in sintonia con la *ratio* originaria della divisione dei poteri. Si diceva: la Corte deve potersi difendere dagli altri poteri; e gli altri poteri devono potersi difendere dalla Corte. È utile considerare sulla base di quali principi e con quali prassi tale vicendevole "difesa" possa prendere forma in una logica di *check and balance*.

La Corte costituzionale, quale garante dell'osservanza della Costituzione da parte di tutti gli altri poteri, si trova fisiologicamente nella posizione di potere limitante rispetto a questi ultimi. Tale posizione è conforme alla logica dello Stato costituzionale di diritto e non pone dunque problemi di principio. Ma possono configurarsi anche limitazioni patologiche: il principale rischio si annida proprio nel possibile sconfinamento nella *political question*.

Ma anche gli altri poteri posso essere limitanti verso di essa. Vi possono essere limitazioni fisiologiche (quali le revisioni costituzionali volute dal parlamento o l'interpretazione conforme dei giudici comuni). Vi possono però essere anche limitazioni patologiche. Non è difficile immaginarne. La magistratura potrebbe violare le guarentigie poste a tutela della libertà della funzione dei giudici costituzionali. Il governo, unico organo titolato all'iniziativa legislativa in materia di bilancio, potrebbe non prevedere, nel relativo disegno di legge, finanziamenti adeguati per il buon funzionamento della Corte. Il parlamento, il capo dello Stato o la magistratura potrebbero menomare l'organo non nominando i giudici di propria competenza, lasciando che il collegio scenda al di sotto del numero minimo per il proprio funzionamento.

[34] A. Ruggeri, *«La Corte costituzionale: un potere dello stato solo… a metà» (nota minima sulla Corte giudice e parte dei conflitti di attribuzione)*, in AA. VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano 1988, p. 661.

Innanzi a simili atti, è difficile immaginare che la legittimazione della Corte quale parte del giudizio per conflitto di attribuzione possa essere la soluzione: come rimedierebbe la Corte al suo mancato finanziamento? E come potrebbe instaurare il giudizio, una volta venuto meno il numero minimo di giudici costituzionali?

Questo suggerisce che, anche a prescindere dai rimedi giurisdizionali, i poteri si trovano comunque in una condizione che li induce a temere l'uno la possibile *hybris* dell'altro, e dunque ad evitare la conflittualità estrema. E ciò altro non significa se non che, affinché non vi sia abuso di potere, «bisogna che, per la disposizione delle cose, il potere arresti il potere».

Una simile conclusione, osservata con gli occhi del *legal constitutionalist*, esibisce indubbie lacune nel sistema dei rimedi. Ma è proprio questa incompiutezza che permette la *hybris*; ed è proprio la *hybris*, secondo la lezione di Montesquieu, ad essere all'origine della meccanica della reciproca limitazione dei poteri. Rispetto a queste coordinate teoriche, l'immagine della Corte costituzionale quale «organo di chiusura» dell'ordinamento si fa decisamente eccentrica, proprio perché si giungerebbe ad affermare l'esistenza di un potere sottratto al sistema dei pesi e contrappesi, e dunque infallibilmente destinato ad essere abusato. Invero la chiusura dell'ordinamento andrebbe ricercata non nella Corte costituzionale, ma nella Costituzione stessa; non nel decisionismo giurisprudenziale (al limite del «suprematismo giudiziario»[35]), ma nell'orizzonte comune dei principi costituzionali: ai quali proprio il pluralismo istituzionale, secondo la visione dei costituenti[36], è chiamato a dare realizzazione. La Corte costituzionale, al pari degli altri organi di garanzia, è parte e non vertice di tale pluralismo. «Posto che è la Costituzione a tracciare la mappa e ad apprestare la garanzia per il pluralismo sociale e istituzionale», è stato osservato in dottrina, «la Corte opera a protezione della sfera dell'"indecidibile che" e dell'"indecidibile che non", ma anche della pluralità dei livelli in cui si esprime il pluralismo politico-istituzionale (decidibile da chi?)»[37]. Quest'ultimo interrogativo lascia intravedere la rima obbligata tra pluralismo istituzionale (soggettivo o organico, in questo caso è piuttosto indifferente) e incompiutezza, almeno potenziale, del sistema dei rimedi costituzionali[38].

È questa, peraltro, una conclusione coerente con la condizione di operatività in senso libertario dell'originaria teoria della divisione dei poteri. Per quest'ultima non rileva quali e quanti siano i poteri

[35] A. Morrone, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2, 2019.

[36] Sul punto, F. Pizzolato, *Culture costituenti e Corte costituzionale: il nodo del pluralismo*, in *Diritto e società*, n. 4, 2019, pp. 551 e ss.. A proposito del rapporto tra costituzione pluralista e conflitti di attribuzione, P. Pinna, *I conflitti di attribuzione*, pp. 13 e ss., L. D'Andrea, *Principio pluralistico e conflitti di attribuzione*, pp. 187 e ss., S. Pajno, *Quattro notazioni sui conflitti costituzionali*, pp. 193 e ss., tutti raccolti in R. Pinardi (a cura di), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sui conflitti di attribuzione e sull'ammissibilità del referendum abrogativo*, cit.

[37] F. Pizzolato, op. cit., p. 577.

[38] Rinvio a P. Costa, *Separazione verticale dei poteri e libertà. A proposito di una relazione trascurata nel regionalismo italiano*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2022, pp. 108 e s.

dello Stato, ma, più di altro, che essi si limitino vicendevolmente; è però imprescindibile – come si è detto poc'anzi – il dispositivo minimo dello Stato di diritto. Analogamente, osservando l'ordinamento costituzionale, si può concludere che non rileva quali e quanti siano i poteri dello Stato, ma che essi si limitino vicendevolmente nell'orizzonte del comune *nomos* costituzionale.

Dalla consapevolezza di tali premesse teoriche e da una prassi coerente dipende, in ultima analisi, l'effettività del sistema costituzionale. Innanzi a patologie estreme nei rapporti tra poteri neppure il *legal constitutionalism* sarebbe infatti una soluzione. Nel caso di conflitti simili, si passerebbe da un problema di sistema costituzionale ad un problema, appunto, di effettività del sistema stesso; e dunque, in definitiva, ad un problema di mutamento costituzionale[39].

6. Alcune conclusioni in ordine al rapporto tra teoria della divisione dei poteri e prassi dei conflitti di attribuzione

La laconicità e, se si svuole, finanche la lacunosità delle diposizioni costituzionali e ordinarie in materia di conflitti di attribuzione è in fondo coerente con il modello di *political constitutionalism* che è dato scorgere nell'ordinamento costituzionale fin dai suoi momenti costituenti. Ma sarebbe stato ancor più coerente, a questo punto, e forse anche più pragmatico, non prevedere affatto tale competenza del giudice costituzionale.

Il ricorso al conflitto di attribuzione si è rivelato piuttosto limitato, concentrandosi la più parte del relativo contenzioso in una stagione di straordinarie tensioni politico-istituzionali[40]. La stessa giurisprudenza costituzionale ha osservato una certa autolimitazione. Si è esplicitamente dichiarata per il «principio di equilibrio e di reciproco controllo fra i poteri»[41] e si è – con una certa coerenza teorica – quasi sempre

[39] Rinvio ancora a P. Costa, *Gli istituti di difesa della costituzione*, Giuffrè, Milano 2012, pp. 61 e ss.

[40] Circa la recente prassi giurisprudenziale, è stato osservato che «sul piano quantitativo, il giudizio sui conflitti vive, ormai da anni, una fase di drastica recessione, soprattutto se si utilizzano come parametro gli anni a cavallo del Duemila, quelli in cui, non a caso, si parlò di vera e propria "stagione dei conflitti"; sul piano qualitativo, è possibile osservare due fenomeni distinti ma non distanti tra loro: per un verso, e il trend è recentissimo, la conflittualità non è più così marcatamente segnata, come in passato, dallo scontro tra potere politico e potere giudiziario, ma quella che prova a bussare ripetutamente alla Corte è una tensione che attraversa i rapporti tra poteri tutti politici (si vedano ex multis i diversi tentativi compiuti dal singolo parlamentare); per un altro, il conflitto che più di altri è stato la cartina di tornasole dello scontro tra politica e magistratura, quello in tema di insindacabilità dei parlamentari, oltre ad essersi stabilizzatosi nei suoi tratti tipici, non è più così "dominante"», G. Laneve, *La funzione parlamentare al cospetto della funzione giurisdizionale nel prisma della giurisprudenza costituzionale sui conflitti tra poteri: uno studio sugli ultimi trent'anni*, in *Consulta Online*, n. 1, 2022, pp. 140, 141. Sul punto, più ampiamente, sempre G. Laneve, *Potere politico e potere giurisdizionale nel prisma della giurisprudenza costituzionale sui conflitti di attribuzione*, Giappichelli, 2022.

[41] La Corte costituzionale ha apertamente ritenuta superato il principio della divisione dei poteri secondo una concezione rigida (imputandola, un po' approssimativamente, alle dottrine illuministiche): «conseguenza della innegabile realtà degli ordinamenti degli Stati democratici contemporanei che non hanno mai attuato in modo letterale e meccanico il principio illuministico della divisione dei poteri. Ne deriva che ciascuno dei poteri non esercita in modo esclusivo e rigoroso l'attività da cui prende il nome, ma partecipa – in via eccezionale – a qualche manifestazione delle funzioni degli altri: il che, del resto, corrisponde anche a quel principio di equilibrio e di reciproco controllo fra i poteri che contraddistingue la nostra Costituzione» (sent. n. 283 del 1986, punto 4 del Considerato in diritto). In questo modo, si è dichiarata, in una

astenuta da pronunce dirompenti rispetto agli assetti inter-istituzionali scaturiti da prassi, convenzioni o consuetudini costituzionali (è emblematico in questo senso l'atteggiamento tenuto dalla Corte nei casi che hanno interessato il capo dello Stato[42]). In breve, ha sovente lasciato che fossero la fattualità politica, e in una certa misura le fonti-fatto, ad integrare la lacunosità delle fonti-atto. Ciò è conferma di una sorta di operatività implicita del principio della divisione dei poteri, in una declinazione, appunto, di *political constitutionalism*. Sicché proprio la residualità dei conflitti di attribuzione, prospettata da tempo in dottrina[43], appare in fondo l'unica lettura possibile dell'istituto, se non si vuole smarrire ogni coerenza teoretica e di sistema.

È però necessario – e questo è il modesto contributo che tale scritto tenta di offrire al dibattito sull'argomento – non trascurare la funzione che la teoria della divisione dei poteri svolge, e deve svolgere, in un ordinamento che intenda collocarsi nell'alveo del costituzionalismo prescrittivo occidentale.

Le implicazioni del rapporto tra teoria della divisione dei poteri e giudizio per conflitto di attribuzione richiedono attenzione, poiché ne va della coerenza, appunto, tra Costituzione e costituzionalismo. Un eccesso di formalismo legalista, refrattario ad ammettere il senso storico quale strumento di ermeneutica costituzionale[44], ha colorito il giudizio per conflitto di attribuzione con le tinte del *legal constitutionalism*, e generato il rischio di confondere le garanzie discendenti dal principio della divisione dei poteri con la semplice giustiziabilità del testo costituzionale (è ciò che ha portato la giurisprudenza e la dottrina a tratteggiare l'immagine delle «zone franche» e delle «zone d'ombra»). Si tratta di una prospettiva in cui a rilevare sono infine solo il dato intra-testuale (non fortuitamente la divisione dei poteri è stata considerata quasi un principio pregiuridico[45]) e la ricerca di un sistema conchiuso di rimedi avverso ogni sua possibile violazione.

Ma il principio della divisione dei poteri in questo modo smarrisce il suo *proprium*, non diversamente da ogni altro principio: tutti ugualmente grigi, nella notte scura del legalismo costituzionale[46]. Questo non è

---

certa misura, giudice della forma di governo, come ha rilevato, anche alla luce della più recente giurisprudenza, F. Fabrizzi, *La Corte costituzionale giudice dell'equilibrio tra i poteri. Dinamiche istituzionali e conflitti di attribuzione nella più recente giurisprudenza*, Giappichelli, Torino 2019.

[42] La Corte ne ha preservato con decisione la natura – pur non esplicita dalla Costituzione – di organo neutrale. Il riferimento è alle pronunce n. 200 del 2006 e n. 1 del 2013.

[43] R. Bin, *L'ultima fortezza*, cit., pp. 113 e ss.

[44] Su tale vasto tema di teoria dell'interpretazione, si segnalano le recenti riflessione di A. Lucarelli, *Costituzionalismo e storia. Riflessioni sulle dimensioni epistemologiche del senso della tradizione*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2022.

[45] F. Sorrentino, *I conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato*, Giuffrè, Milano, p. 697.

[46] Nicola Matteucci sottolineava la negazione della validità del principio della divisione dei poteri da parte di quel «panteismo giuridico dove tutto è norma», laddove il pensiero politico liberale ne ribadisce invece l'imprescindibilità, «contro i regimi totalitari che, ieri come oggi, lo avevano negato» (N. Matteucci, *Positivismo giuridico e costituzionalismo*, in N. Matteucci – N. Bobbio, *Positivismo giuridico e costituzionalismo*, Morcelliana, Brescia 2021, p. 33, nota 6). Si ritrovano chiare tracce dell'approccio criticato da Matteucci nella nota giurisprudenza costituzionale in materia di legge-provvedimento, la quale ha negato l'esistenza di una riserva di amministrazione (e in questo modo, implicitamente, il principio di divisione dei poteri) sulla base di argomenti meramente testuali (così la sent. n. 243 del 1989: «nessuna

certo un esito conforme allo spirito del costituzionalismo. Rimuovendo la storia di quest'ultimo, la costituzione rischia di divenire un testo giuridico senza qualità, disponibile ad ogni soluzione. Una costituzione senza costituzionalismo sarebbe *Verfassung* ma non necessariamente *Konstitution*[47]. Il principio della divisione dei poteri appartiene alla seconda concezione di costituzione. Laddove se ne smarrisse il significato originario, nessuna teoria del conflitto tra poteri dello Stato avrebbe più molto senso; e la relativa prassi, anche giurisprudenziale, risulterebbe fatalmente occasionale[48].

Nel suo saggio del 1793 *Sopra il detto comune: «questo può essere giusto in teoria, ma non vale per la pratica»*, Immanuel Kant ammoniva circa il rischio che un'irenica accettazione della prassi costituzionale portasse alla perdita della forza normativa dei principi del costituzionalismo: «In nessun altro campo una pratica, noncurante dei principi della ragion pura, giudica con tanta presunzione della teoria, quanto nella questione relativa alle esigenze di una buona costituzione politica. E ciò perché una costituzione legittima da lungo tempo vigente abitua gradatamente il popolo a giudicare tanto della sua felicità quanto del suo diritto secondo la condizione di cose in cui tutto è avvenuto fino allora […] »[49].

Proprio in considerazione di tale rischio, Kant richiamava il ruolo fondamentale della teoria del diritto pubblico: «Ma se nella ragione si trova qualche cosa che si lascia esprimere con le parole "diritto pubblico" e se questa idea ha per gli uomini, le cui libertà sono in contrasto, una forza obbligatoria e quindi una realtà oggettiva (pratica), indipendentemente da ogni considerazione del bene o del male fisico che ne deriva (la cui conoscenza si fonda solo sull'esperienza), allora tale idea deve riconoscersi fondata su principi *a priori* (poiché non può l'esperienza far conoscere quello che il diritto è in sé), e allora si dà anche una teoria del diritto pubblico tale che la pratica è senza valore se non si accorda con essa»[50].

Ciò che si è tentato di suggerire, senz'altro in modo incompleto e suscettibile di molti altri approfondimenti, è che i conflitti di attribuzione appaiono in larga misura come il principio della divisione

disposizione costituzionale o statutaria comporta una riserva agli organi amministrativi o esecutivi degli atti a contenuto particolare e concreto»).

[47] O. Brunner, *Il concetto moderno di costituzione e la storia costituzionale del medioevo*, in O. Brunner, O. Brunner, *Per una nuova storia costituzionale e sociale*, Vita e Pensiero, Milano 2000, pp. 6-8.

[48] «Non siamo solo di fronte all'ennesimo ritorno dell'antico problema sintetizzato nella massima di Giovenale: *Sed, quis custodiet et ipsos custodes*?», osserva Andrea Morrone, «È in gioco la tenuta del sistema. Il principio di divisione dei poteri è il più forte pilastro nell'organizzazione dello stato costituzionale: usurarne la struttura non conduce solo al suo sfarinamento, ma all'instaurazione di fatto di un diverso ordinamento. I costituzionalisti si sono a lungo accapigliati sul confine che dovrebbe separare il parlamento e il governo, ma hanno finito per mettere nell'ombra il fatto che il principio di divisione attiene soprattutto al rapporto tra istituzioni di governo e giurisdizione. Anche se la giurisdizione in questione è quella della Corte costituzionale. In questo ambito la separazione dei poteri è un bene assoluto: il costituzionalismo – ce ne siamo forse dimenticati? – aveva eretto formidabili steccati per separare *gubernaculum* e *iurisdictio*. Tutto ciò non vale a creare sfere di intollerabile immunità, come sento ripetere anche nei dibattiti dei giuristi, ma è la migliore garanzia per assicurare l'autonomia e l'indipendenza (in sé e nei rapporti reciproci) degli organi di governo e dei giudici, anche costituzionali» (*Suprematismo giudiziario*, cit., pp. 284, 285).

[49] I. Kant, *Sopra il detto comune: «questo può essere giusto in teoria, ma non vale per la pratica»,* in Id., *Scritti politici*, Einaudi, Torino 2010, p. 272.

[50] Ibidem, p. 273.

dei poteri in azione. Per tale ragione, dovrebbero essere orientati da un continuo richiamo alla coerenza con la teoria e la *ratio* (libertaria) di quest'ultimo.

In questo ambito del diritto costituzionale, dovrebbe valere sommamente la massima «ciò che vale in teoria in virtù di certi principi della ragione, vale anche nella pratica»[51].

[51] Ibidem, p. 281.

Disinformazione e Manipolazione del mercato: instabilità e disciplina dei mercati finanziari al tempo della rete*

di Antonio Davola
Ricercatore in Diritto dell'economia
Università degli Studi di Bari Aldo Moro

e Matteo Monti
Assegnista in Diritto pubblico comparato
Università Luiss Guido Carli

Abstract [It]: Le modalità di creazione e diffusione di contenuti *online* ha radicalmente cambiato il modo in cui la cultura e l'informazione sono prodotte e consumate: in via di principio, chiunque può creare un contenuto e diffonderlo. Se, in questo senso, la disintermediazione tra creazione e distribuzione di contenuti è può senz'altro leggersi nell'ottica di una sorta di democratizzazione, la quale prescinde dal filtro e dal ruolo dei *gatekeeper* e degli esperti, occorre però anche rilevare come tale sviluppo tecnologico-culturale comporta altresì problematiche connesse all'aumento della disinformazione e ad una generale crisi di fiducia fra comunità epistemiche e individui, idonea a comportare secondo alcuni autori una vera e propria *death of expertise*. L'avvento dell'informazione (e disinformazione) digitale ha coinvolto anche i mercati finanziari sotto (almeno) due profili: da un lato, nuovi soggetti digitali possono creare informazioni economico-finanziare e diffonderle online; dall'altro, gli investitori *retail* hanno accesso a tali informazioni al di fuori delle forme di comunicazione formalizzate tipiche del mercato finanziario. In questo senso, il contrasto alla disinformazione online in ambito finanziario appare ad oggi un tema di spiccata rilevanza, anche considerandosi come la viralità che i contenuti online possono assumere determini problematiche sia in termini di stabilità complessiva del sistema, sia in termini di manipolazione del mercato (e conseguente responsabilità). Alla luce di queste considerazioni, il presente saggio si evidenzierà la necessità di un approccio sistemico alla gestione delle informazioni finanziarie false ovvero inesatte, il quale mutui ove opportuno strumenti e modelli dalla disciplina di settore delineata dal t.u.f., ma che al contempo incorpori la flessibilità di una valutazione "per effetti", costituzionalmente orientata, al fine di apprezzare la concreta rilevanza del fenomeno. In tal senso, ad una prima parte descrittiva focalizzata sui parametri costituzionali di valutazione delle forme di espressione e sulla normativa delle stesse segue una parte prescrittiva, tesa a proporre alcune possibili soluzioni al problema della disinformazione online in ambito finanziario; ciò, guardando contestualmente alle nuove regole in materia di *governance* delle piattaforme digitali (*in primis* il *Digital Services Act*) e alle forme alternative di gestione del contenzioso quali gli *Online Dispute Resolution systems*.

Title: Disinformation and Market Manipulation: Instability and Regulation of Financial Markets in the Network Age

Abstract [En]: The production and consumption of culture and knowledge have been fundamentally altered by the way information is produced and distributed online: anyone can, in theory, produce and distribute content for everyone to access. Such technological-cultural development entails issues major related to the rise in disinformation and, more in general, to a general crisis of trust between epistemic communities and individuals which could even lead to phenomena of s.c. "death of expertise". The emergence of digital information (and misinformation) also affects the financial markets in (at least) two ways: first, new digital actors are now able to produce economic-financial information and to distribute it online; second, retail investors have access to this information outside of the formalized forms of communication that are typical of the financial market.

* Articolo sottoposto a referaggio. Il presente lavoro costituisce l'esito di una riflessione comune degli Autori. Nondimeno, sono attribuibili in particolare a M. Monti i par. 2 e 3 e ad A. Davola i par. 4 e 5, laddove i par. e 6 sono attribuibili ad entrambi gli Autori. Un ringraziamento da parte degli Autori va ai partecipanti al convegno ICON-S Italia (Bologna, 16-17 settembre 2022) nonché alla Professoressa M. Pellegrini, alla Dott.ssa V. Aragona e al dott. M. Bassini per osservazioni critiche e commenti su iterazioni precedenti del presente lavoro.

Considering the virality that online content can acquire, these developments raise concerns both with regard to the overall stability of the system and in terms of market manipulation. In light of these factors, this article emphasizes the need for a systemic and interdisciplinary approach to the governance of false or inaccurate financial information; the discussed strategy, where appropriate, borrows tools and models from the sector discipline outlined by the TUF, but that also incorporates the flexibility of a constitutionally oriented "by effects" assessment. Accordingly, the first part of the research examines the constitutional criteria for evaluating expression forms and their regulation; the subsequent analysis, then, encompasses a prescriptive investigation for potential solutions against online misinformation in the financial sector. This operation is conducted, in particular, by taking into consideration newly approved regulations for the governance of digital platforms, (and most notably the *Digital Services Act*) as well operational mechanisms such as Online Dispute Resolution systems.

Parole chiave: Disinformazione online; mercati finanziari; manipolazione di mercato; Digital Services Act; Online Dispute Resolution; ODR
Keywords: Online misinformation; fake news; financial markets; market manipulation; Digital Services Act; Online Dispute Resolution systems; ODR

Sommario: 1. Introduzione: la disinformazione economico-finanziaria online. **2.** I parametri costituzionali di riferimento nell'ordinamento multilivello europeo e le evoluzioni delle normative in tema di notizie false online. **3.** (segue) La disinformazione online e la nuova *governance* digitale. **4.** Le disposizioni in materia di contrasto alle manipolazioni informative nel mercato finanziario e alcune possibili soluzioni per rispondere alle nuove sfide della sfera pubblica digitale. **4.1.** La disciplina di settore nel Testo Unico della Finanza. **4.2.** Criticità applicative della disciplina del Testo Unico nell'ambito delle condotte online. **4.3.** La responsabilità civile e la diffusione di informazioni inesatte. **5.** Possibili soluzioni alla luce della nuova governance digitale europea. **5.1.** Il DSA e l'estensione della vigilanza ai c.d. *fin-fluencer*. **5.2.** Prospettive di gestione della (dis)informazione finanziaria online e ruolo degli ADR alla luce del DSA. **6.** Conclusioni: la lotta alla disinformazione finanziaria online e gli scenari aperti dal DSA.

1. Introduzione: la disinformazione economico-finanziaria online

Il presente saggio si propone di analizzare in ottica regolatoria il tema della disinformazione online in ambito economico-finanziario, ponendo a sistema una pluralità di dimensioni tradizionalmente oggetto di separata attenzione da parte della dottrina che del tema si è occupata, ossia la dimensione costituzional-democratica, quella dei diritti fondamentali, e quella della gestione e protezione del mercato.

Muovendo dalle varie esperienze normative nell'ordinamento multilivello europeo, il saggio analizza il fenomeno delle false notizie online partendo dalla disciplina dei mercati finanziari (ivi compresi gli attuali rimedi volti a prevenire le manipolazioni di mercato e le correlate ipotesi di responsabilità civile) evidenziando come, a fronte della liquefazione dei canali informativi caratterizzante la società digitale, nonché della *financialization* dei mercati, risulti estremamente complesso tracciare una netta linea di confine tra informazione giornalistica e specialistica, *commercial speech* e libertà di espressione *sui generis*.

Nel mondo contemporaneo, infatti, l'avvento della Rete e la digitalizzazione della società hanno causato un cambio di paradigma nella produzione della cultura, favorendo la «transformation of audiences (…) into practicioners»[1] e determinando la fine del monopolio dei c.d. *gatekeepers* (giornalisti, media tradizionali, esperti, intellettuali) nella diffusione della stessa.

[1] P.L. Sacco, *Culture 3.0: A new perspective for the EU 2014-2020 structural funds programming*, in *EENC Paper*, 2011, 7.

Tale cambio di paradigma si è ulteriormente accresciuto grazie alla concentrazione degli internauti su un numero limitato di piattaforme digitali, la quale ha dato luogo, insieme alla sempre maggiore centralità dei social network per il dibattito pubblico, alla c.d. *"piattaformizzazione della sfera pubblica*"[2]. La concentrazione di una preponderante parte degli internauti su un numero ridotto di social network e la capacità di diffusione dei contenuti non prodotti dai *gatekeepers* tradizionali sugli stessi hanno, difatti, reso possibile una completa disintermediazione rispetto a giornalisti, esperti e istituzioni.

La modalità di produzione e diffusione di contenuti sulla Rete ha infatti cambiato il modo in cui la cultura e l'informazione sono prodotte e consumate: chiunque può creare un contenuto e diffonderlo e questa diffusione non è (era) mediata sulle piattaforme digitali da nessun filtro. Sui social network, il fenomeno della viralità permette di raggiungere un pubblico enorme a prescindere dalla fonte originaria del contenuto; sebbene tale fenomeno non sia proprio solo delle piattaforme digitali di condivisione di contenuti (estendendosi, ad esempio, anche alle app di messaggistica), sui social network esso trova sicuramente una consacrazione importante.

Se questa disintermediazione è emersa quale cifra caratterizzante l'ambiente digitale contemporaneo, a ben vedere si tratta però di una disintermediazione apparente: le piattaforme digitali - come sta già avvenendo con la c.d. censura privata[3] - sono attori posti in una posizione ottimale per ristabilire nuove forme di intermediazione mediante quelle operazioni di *content moderation* che sempre più svolgono[4].

Inoltre, sebbene tale trasformazione di paradigma nella produzione della cultura possa senz'altro leggersi nell'ottica di una sorta di "democratizzazione" della produzione di contenuti, che prescinde dal filtro e dal ruolo dei *gatekeeper* e degli esperti, occorre però anche rilevare che tale sviluppo tecnologico-culturale comporta altresì conseguenze negative. Fra queste, rilevano indubbiamente l'aumento della disinformazione e una generale crisi di fiducia fra comunità epistemiche e individui, idonea a comportare secondo alcuni autori una vera e propria «death of expertise»[5].

In questo contesto tecnologico, l'avvento dell'informazione (e disinformazione) digitale ha coinvolto anche i mercati finanziari sotto (almeno) due profili, uno attivo e uno passivo.

In primo luogo, dal punto di vista attivo, nuovi soggetti digitali possono creare informazioni economico-finanziare e diffonderle online, senza alcun controllo da parte di quei *gatekeeper* che nel mondo analogico svolgevano un ruolo di "filtro" e vaglio critico (giornalisti economici, consulenti, agenzie di rating).

---

[2] M. Sorice, *La «piattaformizzazione» della sfera pubblica*, in *Comunicazione politica*, vol. 3, 2020.

[3] M. Monti, *Privatizzazione della censura e Internet platforms: la libertà d'espressione e i nuovi censori dell'agorà digitale*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, vol. 1, 2019; M. Bassini, *Fundamental Rights and Private Enforcement in the Digital Age*, in *European Law Journal*, 25(2), 2019.

[4] Rispetto al loro primo "periodo di vita" nel quale incorporavano un modello più statunitense, senza porre in essere particolari attovità di moderazione dei contenuti: K. Klonick, *The New Governors*, in *Harvard Law Review*, 131, 2018.

[5] T. Nichols, *The Death of Expertise. The Campaign Against Established Knowledge and Why It Matters,* Oxford, 2017.

In secondo luogo, dal punto di vista "passivo" gli investitori hanno oggi accesso a queste informazioni attraverso canali che non si collocano più nelle forme di comunicazione formalizzate tipiche del mercato finanziario. In questa dimensione, occorre anche sottolineare come si sia concretizzata la possibilità dei *retail investors* di bypassare il tradizionale ruolo di intermediazione dei consulenti finanziari, informandosi autonomamente; tale dinamica appare ancora più evidente alla luce della possibilità di investire direttamente attraverso *smart banks* e piattaforme di investimento.

In questo senso, la diffusione di disinformazione in merito (*ex multis*) alla tenuta economica di un'azienda, ai conti pubblici di uno stato ovvero ancora alla situazione di un settore economico, possono diffondersi più facilmente ed essere "recepite" dall'investitore concorrendo potenzialmente a bolle speculative o crisi finanziarie[6]. L'avvento della sfera pubblica "piattaformizzata", la digitalizzazione della società e la concentrazione degli internauti su poche infrastrutture *social* concorrono dunque ad ampliare la vulnerabilità informativa degli investitori e i rischi sistemici per il mercato[7].

In questo senso, il contrasto alla disinformazione online in ambito finanziario, sia attraverso il controllo delle autorità di vigilanza sia mediante lo strumentario privatistico proprio della responsabilità civile, non appare del tutto soddisfacente come si rileverà nel corso del paper. Il vaglio di quelle esternazioni online di internauti e operatori dell'informazione che possano avere un impatto sulla stabilità dei mercati appare difatti una nuova sfida: invero, la viralità che i contenuti online possono assumere amplifica problematiche di manipolazione del mercato (e conseguente responsabilità) che nell'epoca pre-digitale potevano dirsi irrilevanti.

Alla luce di queste considerazioni, ritenendosi di non potersi più affrontare il tema della corretta informazione e del suo impatto sul mercato finanziario attraverso un approccio "per compartimenti stagni", nel presente saggio si evidenzierà la necessità di un approccio sistemico alla gestione delle informazioni false ovvero inesatte, il quale mutui ove opportuno strumenti e modelli dalla disciplina di settore ma che al contempo incorpori la flessibilità di una valutazione "per effetti" al fine di apprezzare la concreta rilevanza del fenomeno. In tal senso, ad una prima parte descrittiva della presente indagine (focalizzata sui parametri costituzionali di valutazione delle forme di espressione e sulla normativa di matrice generalista) seguirà una parte prescrittiva, che cercherà di proporre alcune possibili soluzioni al problema della disinformazione online in ambito finanziario; ciò, guardando contestualmente alle nuove regole in materia di *governance* delle piattaforme digitali e alle forme alternative di gestione del contenzioso.

[6] Si pensi alla possibilità di produrre e pubblicare online una serie di articoli contenenti informazioni false o iperboliche su stock options, come avvenuto nel caso della Lidingo Holdings nel 2010. B. Petcu, *Fake News and Financial Markets: A 21st Century Twist on Market Manipulation*, in *American University Business Law Review*, Vol. 7, No. 2, 2018.

[7] Si veda nell'*Investor Alerts and Bulletins della Securities and Exchange* Commission statunitense, la comunicazione "Social Media and Investment Fraud – Investor Alert", del Aug. 29, 2022 <https://www.sec.gov/oiea/investor-alerts-and-bulletins/social-media-and-investment-fraud-investor-alert>.

Coerentemente, nella seguente sezione si analizzerà la cornice costituzionale di riferimento per quanto riguarda la disinformazione e in particolare quella economico-finanziaria; successivamente (par. 3), si darà conto delle più recenti evoluzioni in tema di contrasto alla disinformazione online e alla governance digitale. Si passerà, poi (par. 4), ad offrire una panoramica in merito alle caratteristiche della disciplina nazionale in materia manipolazione del mercato, evidenziandone le limitate possibilità applicative nel modo digitale; in tal senso, si prenderà succintamente in considerazione anche il ruolo che in tale contesto potrebbe giocare la disciplina privatistica in materia di responsabilità civile. Il paragrafo quindi, alla luce dei rilievi sollevati, esplorerà in chiave prescrittiva possibili strumenti di contrasto alla disinformazione commerciale che potrebbero essere implementati nel quadro del *Digital Services Act*, individuando altresì le modalità per rendere tali ipotesi compatibili con la disciplina del mercato finanziario e con i principi della *rule of law*; da ultimo (par. 6) si valorizzeranno in chiave critica le soluzioni prospettate nelle sezioni precedenti, offrendo un quadro di sintesi funzionale alla ridefinizione delle forme di tutela degli investitori e del mercato avverso la disinformazione *online*.

2. I parametri costituzionali di riferimento nell'ordinamento multilivello europeo e le evoluzioni delle normative in tema di notizie false online

La disinformazione e la *misinformation*[8] hanno vieppiù caratterizzato il discorso pubblico nelle società occidentali a partire dalla campagna presidenziale statunitense del 2016 e dal referendum sulla Brexit. Si tratta di fenomeni che sono stati analizzati soprattutto dal punto di vista della loro dimensione politico-informativa, ponendo ad analisi due aspetti strettamente attinenti al c.d. discorso pubblico[9]: la libertà di espressione e informazione e il diritto a essere informati correttamente dei cittadini/gli interessi della democrazia a un elettorato informato.

Se si concentra l'attenzione sulla disinformazione/*misinformation* in quell'ambito peculiare di espressioni che è il discorso economico-finanziario, è possibile tuttavia riscontrare una diversificazione degli interessi e diritti da bilanciare oltre che la presenza di soluzioni legislative, volte a contrastare le c.d. manipolazioni di mercato, che impattano sugli stessi.

In questo senso, una ricognizione dei limiti alla libertà di espressione e informazione (anche) in ambito economico-finanziario appare allora il giusto punto di partenza per identificare gli spazi di azione del legislatore nel contrastare la disinformazione nell'ordinamento multilivello europeo. Al fine di sviluppare

[8] C. Wardle, *Fake News: It's Complicated*, in *First Draft*, 2017, < https://medium.com/1st-draft/fake-news-its-complicated-d0f773766c79>

[9] Sul vasto dibattito creatosi e i primi contributi si può vedere il monografico della rivista Media Laws, 1/2017; sia permesso anche un richiamo un ulteriore monografico: M. Monti (a cura di), *La disinformazione online e il ruolo degli esperti nell'agorà digitale: una prospettiva transdisciplinare*, numero monografico *federalismi.it*, 1, 2020.

questa analisi è dunque d'uopo individuare le coordinate teoriche di matrice costituzionale che delineano l'ambito di questa indagine.

Rispetto alla natura del discorso economico-finanziario la prima considerazione da svolgere riguarda la pluralità di interessi e diritti in gioco nell'informazione economico-finanziaria.

Fra questi, si possono rilevare interessi giuridici precisi, individuali e statali, e diritti fondamentali. In particolare, dal lato della ricezione delle informazioni finanziarie, il diritto ad essere informati dei cittadini si arricchisce di ulteriori profili: l'interesse dello Stato alla stabilità e al corretto funzionamento del mercato (a maggior ragione nell'ambito delle obbligazioni statali), la protezione del risparmio e dei consumatori e la tutela della buona reputazione delle aziende. Dal lato della produzione di informazioni in ambito economico-finanziario si può individuare innanzitutto la libertà di espressione e informazione, ma anche interessi economici come la promozione delle proprie attività commerciali.

Nel quadro ivi tracciato, è evidente che gli interessi ad una corretta informazione in ambito economico-finanziario sono *in primis* quelli delle aziende/stati che subiscono una campagna di disinformazione che possa causare manipolazioni del mercato e un investimento/disinvestimento pilotato da informazione false create *ad hoc* (disinformazione) e diffuse anche da internauti in buona fede (*misinformation*). Tuttavia, l'interesse alla circolazione di un'informazione corretta e veritiera è *in secundis* anche quello degli investitori stessi, che possono essere fraudolentemente incentivati a "investire" in bolle speculative, rischiando di perdere i propri capitali: questo secondo aspetto è certamente più rilevante nell'ambito dei *retail investors*, che spesso si trovano in posizioni di asimmetria informativa[10], e può certamente concretizzarsi in un nocumento per la tutela del risparmio, valore che nelle società europee è considerato degno di protezione (financo) costituzionale.

In questo quadro si può osservare che una tutela del corretto funzionamento del mercato sia presente sia in Unione Europa che in Italia, come si avrà modo di sviscerare in questo saggio.

Partendo da un'analisi dei parametri costituzionali di riferimento, si può innanzitutto rilevare come in Italia e in Unione Europea la regolamentaziome del mercato finanziario[11] sia correlata alle limitazioni che regolano, in base ad interessi (anche statali e collettivi), la libertà di iniziativa economica, come richiamato dalla formula dei commi II e III dell'art. 41 della Costituzione e dalla più generica formula dell'art. 16 della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea. A questa dimensione regolatoria se ne associa però una legata ad interessi prettamente individuali: quelli dei singoli investitori. In Italia, per esempio, la

[10] M. Fratini, *Diritto dei mercati finanziari*, Bari, 2013, 22 ss.

[11] A. Zito, *Mercati (regolazione dei)*, in *Enciclopedia del diritto*, *Annali*, III, Milano, 2010; G. Guizzi, *Mercato finanziario* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, Agg. V, Milano, 2001

tutela del risparmio ha trovato una sua consacrazione costituzionale nell'art. 47 Cost.[12], mentre a livello europeo nella c.d. Carta di Nizza si riviene un articolo che più genericamente protegge i consumatori nell'ambito delle attività commerciali (art. 38 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea)[13].

L'esigenza costituzionale di un mercato finanziario correttamente funzionante impone dunque di esplorare le dimensioni del contrasto alle sue manipolazioni. Si può dunque partire dal rilevare che, come portato degli interessi individuali e collettivi sopra enunciati, nell'ambito dell'ordinamento multilivello europeo sorga la necessità di avere una informazione economico-finanziaria affidabile e corretta, o meglio non distorta *ad hoc* mediante la creazione di notizie false.

Rispetto a tale questione, è opportuno innanzitutto distinguere – impiegando una categoria sviluppata dalla dottrina statunitense[14] – due macrocategorie di libertà di espressione: il *free speech*, ossia quelle manifestazioni espressive volte ad esporre pensieri, notizie ed idee di natura potremmo dire politico-filosofica, e il *commercial speech*[15], ossia quel discorso orientato alla commercializzazione e pubblicizzazione di prodotti e servizi.

Per quanto concerne la macro-categoria libertà di espressione politico-informativa (*free speech*), si può registrare come l'esigenza costituzionale della circolazione di un'informazione affidabile e corretta trovi una sua legittimazione chiara nel diritto a essere informati dei cittadini italiani, come aspetto passivo di quella libertà di informazione di cui parla la Corte costituzionale italiana[16]. Questo diritto ad essere informati *correttamente* appare essere stato certificato dalla Corte costituzionale italiana in più occasioni: la Corte ha, di conseguenza, sostanzialmente escluso che la disinformazione, le false notizie create con dolo,

[12] *Ex multis*: R. Costi, *Tutela del risparmio e Costituzione: storia e attualità dell'art. 47*, in *Banca Impresa Società*, 3, 2018; M. Giampieretti, *Commento all'art.47 della Costituzione*, in S. Bartole, R. Bin (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Padova, 2008.

[13] E. Poillot, La protezione dei consumatori nei lavori preparatori e nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, in O. Pollicino, R. Mastroianni, F. Pappalardo, S. Allegrezza, O. Razzolini (a cura di), *Carta Dei Diritti Fondamentali Dell'unione Europea*, Milano, 2017; si veda anche A. Lucarelli, *Art. 38: Protezione dei consumatori*, in R. Bifulco, M. Cartabia, A. Celotto (a cura di), *L'Europa dei diritti: commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, 2011.

[14] Per una ricostruzione: C. E. Baker, *The First Amendment and Commercial Speech*, in *Indiana Law Journal*, vol. 84, 2009.

[15] Questa particolare categoria, come rilevato da Stradella (E. Stradella, *L'inserzione tra discorso commerciale e discorso politico*, in *dirittifondamentali.it*, 1, 2016, 1 e ss.), non sembra esistere nel paradigma italiano e la Corte costituzionale con le sentenze nn. 68/1965 e n. 231/1985 sembra aver ricondotto il discorso commerciale all'art. 41 della Costituzione invece che al 21.

[16] *Ex pluribus* Corte Cost. sent. n. 348/1990: «L'informazione, nei suoi risvolti attivi e passivi (libertà di informare e diritto ad essere informati) esprime, infatti, - al di là delle singole sfere di attribuzioni rispettivamente assegnate allo Stato ed alle Regioni -una condizione preliminare (o, se vogliamo, un presupposto insopprimibile) per l'attuazione ad ogni livello, centrale o locale, della forma propria dello Stato democratico». E ancora «l'esistenza di una vera e propria libertà di cronaca dei giornalisti (comprensiva dell'acquisizione delle notizie) e di un comune interesse all'informazione, quale risvolto passivo della libertà di manifestazione del pensiero (sul che v. già implicitamente le decisioni di questa Corte n. 105 del 1972; 225 del 1974; 94 del 1977), né il ruolo (anch'esso già posto in luce: nelle sentenze n. 172 del 1972 e 122 del 1970) svolto dalla stampa come strumento essenziale di quella libertà; che è, a sua volta, cardine del regime di democrazia garantito dalla Costituzione». Corte Cost. sent. n. 1/1981. Diffusamente, sulla rilevanza costituzionale del tema nella sua dimensione contemporanea v. S. Sassi, *Disinformazione contro Costituzionalismo*, Editoriale Scientifica, 2021.

possa dirsi espressione protetta dall'art. 21 Costituzione[17]. Il giudice delle leggi in materia ha anche dichiarato la legittimità costituzionale del reato di false notizie di cui all'art. 656 c.p. ove le stesse risultino idonee concretamente a turbare l'ordine pubblico[18].

Nella categoria "diritto di cronaca" (libertà di informazione) la diffusione di notizie sembra dunque dover essere correlata alla loro veridicità o perlomeno al controllo delle fonti, mentre per quanto concerne il "diritto di critica" – quella categoria che può usare fatti ma contestualmente a giudizi di valore – il margine di rilevanza fattuale appare assai meno stringente[19].

La non protezione nel discorso pubblico delle notizie false può essere rilevata anche in ambito sovranazionale. Data la limitata portata della giurisprudenza della Corte di Giustizia in tema di libertà di espressione e dato il richiamo dell'art. 52 co. 3 della Carta di Nizza alla Convenzione europea dei diritti dell'Uomo (Cedu)[20], si può partire dall'osservare quanto statuito dalla giurisprudenza convenzionale e rilevare come la Corte EDU abbia ritenuto esistere in Europa una sorta di diritto a essere informati correttamente, ritenendo coerenti con l'art. 10 Cedu i limiti alla diffusione delle false notizie[21]. Il corollario di questo diritto a essere informati è infatti riscontrabile nelle responsabilità attribuite alla stampa dalla Corte e nel portato che le informazioni false create con dolo non sono una categoria protetta dall'art. 10 Cedu[22]. In questo panorama, è possibile anche registrare la prima decisione in quest'ambito nell'ordinamento dell'Unione: la decisione del Tribunale dell'Unione sulla censura dei media radiotelevisivi russi sembra infatti confermare tale non protezione della disinformazione. Il Tribunale, in occasione del respingimento del ricorso da parte di Russia Today France contro la sospensione delle sue trasmissioni disposta dal Regolamento (UE) 2022/350, appare invero aver certificato come nel paradigma euro-unitario la disinformazione, da intendersi come creazione di notizie false, non trovi protezione in

[17] In un *obiter dictum*, dopo aver richiamato le dichiarazioni del Congresso internazionale dei giornalisti di Bordeaux del maggio 1954, la Corte costituzionale ha evidenziato che «il diritto di attingere notizie, pubblicarle e sottoporle al vaglio della critica deve essere conforme alla verità sostanziale dei fatti». Corte Cost. sent. n. 16/1981.

[18] Corte Cost. sent. n. 19/1962, sent. n. 199/1972 e sent. n. 210/1976.

[19] Soprattutto ove «non si concreta nella narrazione di fatti bensì si esprime in un giudizio o più genericamente nella manifestazione di una opinione che sarebbe contraddittorio pretendere rigorosamente obiettiva ovvero assolutamente oggettiva». Cass. pen. sent. del 16/4/1993. Si veda anche: Cass. pen. sent. no.15236/2005

[20] B. Nascimbene, F. Rossi Dal Pozzo, *L'evoluzione dei diritti e delle libertà fondamentali nel settore dei media. Diritto dell'Unione europea e orientamenti giurisprudenziali*, in *eurojus.it*, 4, 2019, 136 e ss. O. Pollicino, *Freedom of Expression and the European Approach to Disinformation and Hate Speech: The Implication of the Technological Factor*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, <http://www.giurcost.org/LIBERAMICORUM/INDICEliber.html>, 2020, 9.

[21] *Ex pluribus:* Cedu, *Observer and Guardian v. the United Kingdom*, 26 Novembre 1991, § 59; *Guerra and Others v. Italy*, 19 Febbraio 1998, § 53.

[22] Da ultimo: Cedu, *GRA Stiftung gegen Rassismus und Antisemitismus v Switzerland*, 9 Gennaio 2018, § 68. Nell'ambito del diritto di critica e dei giudizi di valore le responsabilità dei sul controllo dei fatti si fanno meno stringenti, soprattutto ove lo speaker si basi su fonti giornalistiche, ponendo in essere quindi una fattispecie di *misinformation*: Cedu, *Salov v. Ukraine*, 6 Dicembre 2005, § 113.

base alle clausole sulla libertà di espressione[23]. Naturalmente la non protezione della disinformazione nell'ambito della libertà di espressione politico-informativa non significa che la stessa possa essere censurata in maniera sproporzionata: «[t]he real challenge in Europe is not then – as in the US – *if* the issue of fake news can be tackled legally, but rather *how* this can be done in order to avoid a disproportionate restriction on the fundamental rights at stake, above all the freedom of speech»[24]. Inoltre, occorre anche osservare che quando si ha a che fare con la *misinformation* la china pare farsi ancora più scivolosa, mancando l'elemento del dolo nella diffusione di notizie false.

Analizzati i limiti alla circolazione della disinformazione nell'ambito della libertà di espressione politica-informativa (*free speech*), è possibile svolgere ulteriori considerazioni in relazione alla categoria "*commercial speech"*. Rispetto al discorso commerciale, si può partire dal rilevare che persino in un ordinamento come quello statunitense, paradigma di democrazia aperta e non militante che non riconosce alcun diritto a essere informati dei cittadini (con la conseguenza che la disinformazione politico-informativa è ivi protetta), le notizie economico-finanziarie false non possono dirsi manifestazioni del pensiero tutelate dalla Costituzione[25]. A maggior ragione in un ordinamento orientato al riconoscimento di un diritto a essere informati anche in ambito politico-informativo, come è quello multilivello europeo, le notizie economico-finanziarie false trovano quindi ancora minori limiti a una loro regolazione contenutistica. In Italia e in Unione Europea il "discorso commerciale" è infatti meno tutelato di quello politico-informativo e può "subire", nell'ambito delle operazioni di bilanciamento fra diritti, maggiori limitazioni a tutela di quegli interessi contrapposti alla libertà di manifestare il proprio pensiero. Nel nostro ordinamento in particolare, anche nel voler ricondurre all'alveo della libertà di espressione il discorso commerciale - cosa per niente pacifica in dottrina[26]-, occorre rilevare che le possibilità di limitare la libertà di informazione (commerciale), si rinforza in materia di *commercial speech*, o meglio di pubblicità commerciale: ancora più agevole risulta dunque approntare strumenti a tutela del consumatore contro informazioni false o

[23] In riferimento all'operato dei giornalisti il Tribunale, richiamando la giurisprudenza Cedu, ha certificato che ha infatti chiarito, citando la Cedu, la connessione fra libertà della stampa e diritto a essere informati correttamente: Tribunale dell'Unione, *RT France v Conseil*, sentenza T-125/22, paragrafo 53.

[24]O. Pollicino, *Fundamental Rights as Bycatch – Russia's Anti-Fake News Legislation*, in *Verfassungsblog*, 2019 consultabile al sito: <https://verfassungsblog.de/fundamental-rights-as-bycatch-russias-anti-fake-news-legislation/>.

[25] Esplicativa la formula della Corte suprema: "that 'commercial speech [enjoys] a limited measure of protection, commensurate with its subordinate position in the scale of First Amendment values,' and is subject to 'modes of regulation that might be impermissible in the realm of noncommercial expression". *Bd. of Trs. v. Fox*, 492 U.S. 469, 477 (1989).

[26] A. Pace, *La ridotta tutela della propaganda in materia economica. La pubblicità commerciale radiotelevisiva*, in A. Pace, M. Manetti, sub *Art. 21*, Bologna-Roma, 2006, spec. 59 ss.; G.E. Vigevani, *La pubblicità commerciale*, in M. Cuniberti, E. Lamarque, B. Tonoletti, G.E. Vigevani, M.P. Viviani Schlein, *Percorsi di diritto dell'informazione*, Torino, 2006, spec. 403 ss.; L. Principato, *Il fondamento costituzionale della libertà di comunicazione pubblicitaria*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2003, 550.

pubblicità che possano urtare la sensibilità dell'audience[27]. Questo aspetto è ancora più rilevante in ambito eurounitario dove la Corte Edu ha enunciato che anche la pubblicità veritiera può essere sottoposta a censure[28].

Nel quadro sistemico ivi tracciato, occorre tuttavia rilevare che la dimensione dei mercati finanziari interseca sempre maggiormente la dimensione democratico-politica[29]: informazioni in ambito economico-finanziario possono infatti portare alla crescita dello spread, condizionare le scelte politiche di un governo o influenzare l'elettorato. Tali tipologie di espressioni sono state descritte come appartenenti a una categoria, quella del *enriched commercial speech*[30], che vorrebbe racchiudere quel discorso commerciale caratterizzato *anche* da aspetti politico-culturali ascrivibili al *free speech* (alla libertà di espressione politica-informativa): d'altronde «sometimes advertising is deemed to be public discourse rather than commercial speech»[31]. In tal senso, si può infatti rilevare come, per esempio, negli Stati Uniti si sia giunti (molto discutibilmente) all'inquadramento delle agenzie di ratings come *publishers*[32], il ché conduce a qualificare il loro *speech* come *free speech* e non *commercial speech*.

Se appare chiaramente riduttivo in questa prospettiva pensare che ogni informazione in ambito economico-finanziario sia racchiudibile nella dimensione del *commercial speech* e che quindi la disinformazione economico-finanziaria possa subire limitazioni senza particolari ostacoli costituzionali, occorre però anche rilevare che tale *tertium genus* fra *free speech* e *commercial speech* non appare aver trovato terreno fertile nell'ordinamento multilivello europeo. Sicuramente però, perlomeno a livello teorico, la qualificazione di un'espressione come *free speech* comporta anche nell'ordinamento multilivello europeo un cambio di regime giuridico alla (dis)informazione prodotta in ambito economico-finanziario: la sua

---

[27] Cfr. E. Apa, *La pubblicità commerciale. Struttura, natura e referenti costituzionali*, Napoli, 2011; L. Fiori, *Product placement e libertà di espressione*, in G. Collura (a cura di), *Coordinamento dei dottorati di ricerca in diritto privato, Atti del X incontro nazionale*, Milano, 2009.

[28]Cedu, *Casado Coca v. Spain*, App. No. 15450/89 (1994); *Hertel v Switzerland* (1998), 28 EHRR 534; A. Sardo, *Categories, Balancing, and Fake News: The Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, 33(2), 2020. M. Orofino, *La libertà di espressione tra Costituzione e carte europee dei diritti. Il dinamismo dei diritti in una società in continua trasformazione*, Torino, 2014.

[29] In questo senso, rischia in parte di venire meno quella distinzione fra discorso pubblico e discorso commerciale o meglio venire meno il fatto che il discorso commerciale non fornisca elementi di valore democratico per il discorso pubblico: «Commercial speech differs from public discourse because it is constitutionally valued merely for the information it disseminates, rather than for being itself a valuable way of participating in democratic self-determination». R. Post, *The Constitutional Status of Commercial Speech*, in 48 *Ucla L. Rev.* 1, 2000, 4; J.H. Adler, *Compelled Commercial Speech and the Consumer "Right to Know"*, in 58 *Ariz. L. Rev. 421*, 2016, 429.

[30] V. Brudney, *The First Amendment and Commercial Speech*, in *Boston College Law Review*, vol. 53, 2012, 1152 ss. Cfr. Anche la *dissenting opinion* Justice Kennedy in *Nike, Inc. v. Kasky*, 539 U.S. 676-78 (2003) e T. C. Goldstein, *Nike v. Kasky and the Definition of "Commercial Speech"*, in *Cato Supreme Court Review*, 2003, 63 ss.

[31] R. Post, *The Constitutional*, cit,, 5.

[32] D.K. Bailey, *The New York Times and Credit Rating Agencies: Indistinguishable under First Amendment Jurisprudence*, in *Denv. L. Rev.* 93, 2016; T. Nagy, *Credit Rating Agencies and the First Amendment: Applying Constitutional Journalistic Protections to Subprime Mortgage Litigation*, in *Minnesota Law Review*, 2009.

censura in tal senso incontra sicuramente maggiori limiti in termini di proporzionalità e legittimità delle azioni censorie.

In definitiva, l'identificazione di tale *tertium genus* è una sfida che rende più complesso il bilanciamento fra interessi e diritti in presenza di informazioni economico-politiche false.

3. (segue) La disinformazione online e la nuova *governance* digitale

Nel contesto costituzionale descritto nel paragrafo precedente e come detto nell'introduzione, la questione della disinformazione economico-finanziaria appare ulteriormente complicata dall'avvento del mondo di Internet e dalla piattaformizzazione della sfera pubblica. Nell'ordinamento multilivello europeo, il legislatore dell'UE ha infatti originariamente implementato una normativa per la regolazione dei contenuti online di chiara ispirazione statunitense[33], la direttiva *e-commerce* (2000/31/CE), che non ha tenuto in considerazione la dimensione democratico-informativa delle piattaforme e il diritto a essere informati dei cittadini europei, anche in materia di *commercial speech*. Le piattaforme digitali sono state, difatti, libere di sviluppare termini di servizio e condizioni che di fatto hanno regolamentato in autonomia la diffusione di contenuti online sia nell'ambito dell'informazione commerciale che in quello politico-informativo. Il sistema della direttiva e-commerce[34] (oggi innovata e superata dall'approvazione del *Digital Services Act* (DSA)) prevedeva però anche un meccanismo di *notice and take down* (art. 14) che consentiva la rimozione di contenuti illegali dopo la loro segnalazione alle piattaforme digitali. Questa fattispecie si adattava sia ad ordini giudiziali/di autorità indipendenti che a segnalazioni degli utenti, delegando nel primo caso alle piattaforme la mera esecuzione della rimozione del contenuto mentre nel secondo affidando alle medesime anche la valutazione della sussistenza di un contenuto illegale o di uno in contrasto con i termini di servizio della piattaforma stessa.

Tale impostazione è stata altresì la base concettuale per lo sviluppo di varie normative statali che sono state implementate negli spazi di azione concessi ai legislatori nazionali dalla Direttiva e-commerce. Un esempio di tali normative, è la *Netzwerkdurchsetzungsgesetz* (NetzDG) tedesca, che delegava ai social network la rimozione dei contenuti che integravano reati connessi alla disinformazione, all'*hate speech* e ad altre fattispecie[35].

---

[33] M. Bassini, *Internet e libertà di espressione*, Roma, 2019.

[34] Direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000 relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno («Direttiva sul commercio elettronico»).

[35] *Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken* (Netzwerkdurchsetzungsgesetz - NetzDG), 2017, § 2 e 3. V. CLAUSSEN, *Fighting hate speech and fake news. The Network Enforcement Act (NetzDG) in Germany in the context of European legislation*, in *MediaLaws*, n. 3, 2018.

In relazione alla Direttiva *e-commerce*, se è opportuno segnalare che l'attivazione del meccanismo di *notice and take down* su richiesta di autorità pubbliche o indipendenti permetteva dunque una rimozione delle informazioni false in materia finanziaria, si deve al contempo registrare la complessità e la lentezza di attivazione di queste misure di rimozione dei contenuti online. Come si vedrà specificatamente nel prossimo paragrafo, la richiesta della rimozione del contenuto online doveva infatti passare per l'attivazione di normative pensate per il mondo analogico, che richiedevano il vaglio della potenzialità manipolativa del mercato da parte di un giudice o della Consob *(*185 e 187 ter Tuf; articolo 2637 c.c.). In questo contesto, la lentezza della attivazione dell'art. 14 Direttiva *e-commerce* risultava problematica soprattutto in ragione dei "danni" provocabili da informazioni false sui social nelle more della richiesta di *notice and take down*. La rimozione da parte dei social networks su segnalazione degli utenti o dei diretti interessati (aziende lese da notizie false, per esempio) rischiava invece di ledere la libertà di manifestazione del pensiero dei singoli internauti, essendo l'accertamento della falsità della notizia rimesso a soggetti privati privi di quei crismi di indipendenza e imparzialità che caratterizzano l'operato, per esempio, delle autorità indipendenti. Le decisioni di *content moderation* sconta(va)no inoltre meccanismi opachi in relazione al loro modo di funzionamento e consentivano ricorso ad autorità giudiziaria solo nel caso di mancata censura di un contenuto illegale.

In materia di false notizie online, anche il principale strumento di contrasto alla disinformazione di matrice unionale, ossia il *Code of Practice on disinformation* (2018), ha "incentivato" il contrasto alla disinformazione delegando direttamente alle piattaforme la valutazione della falsità di una notizia, talvolta in collaborazione con agenzie di fact-checking[36]. La versione 2.0 del Codice (2022) ha infine rafforzato il ruolo di collaborazione con le agenzie di fact-checking esterne (sezione VII, *Empowering the Fact-Checking Community*) e quello degli utenti (sezione V, *Empowering Users*). Questo strumento di soft-law, che assume oggi un ruolo pregnante in ragione dell'approvazione del DSA e delle responsabilità ivi previste per le *very large platforms*, inaugura interessanti forme di collaborazione con soggetti esterni alle piattaforme. Queste procedure spesso scontano, tuttavia, il problema di "privatizzare" la censura, delegando la valutazione di cosa sia disinformazione e cosa no, spesso senza alcun controllo di soggetti terzi e imparziali, direttamente alle piattaforme stesse. In tal senso, sembra da una parte assistersi a un cambiamento eterodiretto del modello di business delle piattaforme, che le sovraccarica di oneri aggiuntivi, ma dall'altra parte non si può non notare che data l'importanza di questi canali mediali nel dibattito pubblico e commerciale la delega in bianco del bilanciamento fra libertà di espressione e altri interessi a questi soggetti privati rischia di portare a censure sproporzionate o, al contrario, a non censure

[36] M. Monti, *The EU Code of Practice on Disinformation and the Risk of the Privatisation of Censorship*, in S. Giusti, E. Piras (a cura di), *Democracy and Fake News - Information Manipulation and Post-Truth Politics*, Londra, 2020.

che provochino nocumento alla democrazia o all'economia. In questa prospettiva, se certamente per quanto riguarda le informazioni commerciali il rischio "democratico" è minore, occorre rilevare, da una parte, che questi rischi possono essere presenti nei casi di *enriched commercial speech* o in quelli di informazioni "politiche" con risvolti economici (si pensi ai dibattiti sulla tenuta del debito pubblico di un paese), e, dall'altra parte, che non bisogna sottovalutare anche il nocumento economico che potrebbe derivare nella censura di campagne di promozione di un'attività economica o nella mancata censura di informazioni false di natura commerciale.

In questo quadro tecnologico-regolatorio, l'ultima tappa del percorso di normazione europeo, è il DSA che ha introdotto una serie di meccanismi di regolazione dei contenuti online che concernono anche la disinformazione. Il sistema si fonda sul meccanismo di *notice and take down* dell'art. 16 DSA, che prevede una notifica alle piattaforme digitali, a cui si affianca lo "Statement of reasons" di cui all'art. 17 DSA, che dovrebbe garantire al soggetto colpito da eventuale censura dei social la ricezione delle "motivazioni" dietro tale provvedimento (sia che il provvedimento sia preso a seguito di *notice ex* art. 16 DSA o su propria iniziativa da parte della piattaforma). L'art. 22 DSA prevede, inoltre, la presenza di *Trusted flaggers* che possano segnalare contenuti illegali: si tratta di soggetti designati dal *Digital Services Coordinator* e dotati di una certa *expertise* nella materia delle segnalazioni a cui vengono deputati. Dal lato della contestazione delle decisioni censorie o non censorie da parte dei social newtork, si può segnalare che l'art. 20 DSA formalizza la necessità di un sistema di contestazione delle decisioni prese dalla piattaforma, sia contro la rimozione che contro la non rimozione di contenuti/profili/etc. A questo meccanismo si affianca l'art. 21 DSA che dà la possibilità di accedere a "certified out-of-court dispute settlement body" certificati dal *Digital Services Coordinator* per la risoluzione delle controversie. Per le *very large platforms*, ossia i principali social newtork, inoltre, la collaborazione con i *Trusted flaggers* e con i *certified out-of-court dispute settlement body* viene incentivata dall'art. 35 DSA: occorre a tal proposito rilevare che fra i rischi sistemici che queste piattaforme devono cercare di arginare è segnalata la disinformazione (*considerando* 84). Oltre a queste previsioni occorre infine ricordare che l'art. 45 del DSA rafforza e centralizza la posizione dei codici di condotta: il *considerando 104* in tal senso esplica il ruolo centrale dei codici nella gestione dei rischi sistemici. In tal senso appare evidente che in tema di disinformazione – quando questa non assuma il carattere di contenuto illegale – sussistano una serie di risorse potenzialmente utili a contrastare il fenomeno in diverse fasi: i codici di condotta, che possono incentivare lo sviluppo di termini di servizio anti-disinformazione; i protocolli di collaborazione con i *Trusted flaggers*, che possono "segnalare" utenti e contenuti illeciti; i *certified out-of-court dispute settlement body*, che possono vagliare le decisioni prese. Naturalmente come il sistema si strutturerà nella pratica appare ancora tutto da verificare: problemi di privatizzazione della censura potrebbero riscontrarsi, ma essere attenuati dalla presenza di meccanismi di

alternative dispute resolution - ADR (o già menzionati *certified out-of-court dispute settlement body*) che appaiono in grado di assicurare – in potenza - quei crismi di imparzialità e terzietà idonei a garantire un più attento bilanciamento fra libertà di espressione e altri interessi. In questo senso, in mancanza di una esplicita applicazione della portata orizzontale dei diritti fondamentali sulle piattaforme – libertà di espressione *in primis* – che non sembra direttamente desumibile dall'impostazione del DSA (malgrado il *considerando* 3 e la prima sezione dell'art. 1 come emendato dal PE), l'impiego di ADR va salutato con favore: in attesa della possibilità di inserire nel meccanismo di *content-moderation* soggetti pubblici – giudici o autorità indipendenti – che possano – magari in "grado di appello"[37] – intervenire nella valutazione del corretto bilanciamento fra interessi in gioco, l'impiego di meccanismi arbitrali dotati dei crismi di imparzialità e terzietà appare una soluzione sulla carta idonea a tutelare anche le libertà degli utenti.

L'attuale strutturazione potrebbe, inoltre, trovare anche felici applicazioni in ambito di informazioni false economico-finanziare, come avremmo modo di esplorare nei prossimi paragrafi. Il punto di partenza di queste considerazioni, naturalmente, è che in questo scenario tecnologico la tutela del mercato contro le manipolazioni legate a false notizie è divenuta più complessa e molti strumenti pensati per il mondo analogico risultano inapplicabili a quello online.

4. Le disposizioni in materia di contrasto alle manipolazioni informative nel mercato finanziario e alcune possibili soluzioni per rispondere alle nuove sfide della sfera pubblica digitale

4.1. La disciplina di settore nel Testo Unico della Finanza

Nel solco del contesto costituzionale descritto nel paragrafo precedente si inseriscono le vigenti normative in tema di contrasto alla disinformazione in ambito finanziario le quali, tuttavia - pensate e sviluppate per il mondo analogico - determinano sovente problematicità in caso di estensione *sic et simpliciter* a quello digitale.

In questa prospettiva, lasciandosi a margine della presente indagine le disposizioni previste a carico di soggetti vigilati i quali, in virtù del proprio ruolo – si pensi al caso degli intermediari – ovvero alla propria posizione nell'ambito dei mercati finanziari, (operatori bancari, portatori di conflitti di interesse, etc.) risultano destinatari di norme specifiche disciplinanti i diversi obblighi di condotta e trasparenza su costoro incombenti[38], appare evidente come il tema della disinformazione all'interno dei mercati

[37] Secondo la ben nota proposta Pitruzzella: G. Pitruzzella, *La libertà di informazione nell'era di Internet*, in *MediaLaws*, 1, 2018, 46.

[38] In generale sul tema v. M. Pellegrini, *Le regole di condotta degli intermediari finanziari nella prestazione dei servizi di investimento*, in F. Capriglione (a cura di), *L'ordinamento finanziario italiano*, II, Padova, 2010, p. 809 e ss.; Id., *Regole di comportamento e responsabilità degli intermediari*, in *F. Capriglione* (a cura di), *I contratti dei risparmiatori*, cit., p. 187 e ss. A. Perrone, Ser*vizi d'investimento e regole di comportamento dalla trasparenza alla fiducia*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2015, 1; E. Capobianco, F. Longobucco, *La nuova disciplina sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari*, in *Contratto e impresa*, 2011, 4-

finanziari assuma peculiarità e problematicità laddove si prenda in considerazione il potenziale divulgativo e orientativo che la rete attribuisce oggi a soggetti tradizionalmente operanti al di fuori delle categorie regolate (come i c.d. *fin-fluencer*)[39] ovvero financo al *quivis de populo* il quale diffonda la propria opinione attraverso *social media platform*.

In tal senso, il quadro normativo nazionale potenzialmente rilevante ai fini del contrasto alle pratiche di disinformazione condotte da soggetti non qualificati (determinatosi altresì alla luce del recepimento della normativa comunitaria in materia[40]) si mostra eterogeneo per fattispecie e binari di tutela predisposti dall'ordinamento, in quanto astrattamente idoneo a seconda dei casi a determinare l'insorgere di fenomeni aventi rilevanza penale, amministrativa, ovvero civilistica.

Nella normativa di settore particolare rilievo assumono, con riferimento al tema in oggetto, le disposizioni volte a contrastare le manipolazioni di mercato di tipo *informativo* previste agli artt. 185 comma 1 e 187 *ter* del t.u.f., alle quali si affianca la disciplina generale prevista dall'art. 2637 c.c. in materia di aggiotaggio societario e bancario.

La prima disposizione, volta a normare il reato di manipolazione del mercato, prevede – a seguito dell'adeguamento del t.u.f. a quanto previsto dalla direttiva MAD II - la possibile reclusione da uno a sei anni e la multa da euro ventimila a euro cinque milioni a carico di chiunque diffonda notizie false o ponga in essere altri artifizi concretamente idonei a provocare una sensibile alterazione del prezzo di strumenti finanziari (viceversa, lo svolgimento di operazioni simulate va ad identificare pacificamente una manipolazione *operativa* del mercato)[41]. Si osservi come la disposizione trovi applicazione soltanto qualora l'informazione riguardi esclusivamente gli strumenti finanziari quotati, trovando viceversa applicazione per la disciplina degli strumenti finanziari non quotati la disciplina *ex* art. 2637 c.c.

Con riferimento alla fattispecie, giova anzitutto evidenziare come la dottrina penalistica si sia interrogata sull'individuazione del bene giuridico tutelato dalla disposizione: a ben vedere, tra le diverse visioni proposte, convincente appare la ricostruzione che rinviene la *ratio* della norma nella protezione del patrimonio degli investitori in virtù della rilevanza costituzionale che tale interesse tale interesse assume

5; P. Lucantoni, *Le regole di condotta degli intermediari finanziari*, in R. Lener, E. Gabrielli (a cura di), *I contratti del mercato finanziario (dopo la Direttiva MiFID II)*, Torino, 2011; F. Sartori, *Le regole di condotta degli intermediari finanziari*, Milano, 2004.

[39] V. diffusamente A. Canepa, *Social media e fin-influencers come nuove fonti di vulnerabilità digitale nell'assunzione delle decisioni di investimento*, *in Rivista Trimestrale di Diritto dell'Economia*, suppl. 1, 2022, 307 ss.

[40] Si fa riferimento, in particolare, al Regolamento (UE) n. 596/2014 del 16 aprile 2014, relativo agli abusi di mercato (MAR) e alla Direttiva 2014/57/UE del 16 aprile 2014, relativa alle sanzioni penali in caso di abusi di mercato (MAD II).

[41] In merito alla manipolazione informativa v. A. Galanti, *La manipolazione del mercato*, Milano, 2015; P. Sfameni e F. Saccone, *Informazione al pubblico e abusi di mercato*, in P. Sfameni e A. Giannelli (a cura di), *Diritto degli intermediari e dei mercati finanziari*, Milano, 2013, p. 271 ss.; S. Galli, *La disciplina italiana in tema di abusi di mercato*, Milano, 2010.

alla luce degli artt. 41 e 42 cost.[42]; la tutela della stabilità del mercato intesa quale bene pubblico di interesse collettivo, viceversa, sarebbe da apprezzarsi esclusivamente in qualità di bene giuridico strumentale alla realizzazione di un mercato orientato alla correttezza dei meccanismi di formazione del prezzo dei prodotti finanziari[43].

Al di là dell'opzione interpretativa ritenuta preferibile, assodata è invece la natura di reato di pericolo della fattispecie – richiedendosi, di conseguenza, la mera idoneità delle condotte in esame a determinare l'effetto di alterazione di prezzo, senza la necessità del verificarsi dell'evento lesivo[44].

Al fine di verificare la sussistenza dei presupposti del reato sarà dunque da operarsi un giudizio di prognosi postuma e che, tuttavia, si caratterizza per operare una valutazione *ex ante* in merito alla situazione di mercato al momento storico nel quale la condotta si è verificata, dovendosi viceversa escludere la rilevanza dell'indagine circa il successivo evolversi degli avvenimenti storici[45].

Parimenti pacifiche appaiono la natura comune del reato e la necessità dell'elemento soggettivo del dolo generico, financo *sub specie* di dolo eventuale[46].

Con riferimento alle condotte penalmente rilevanti, il reato di manipolazione del mercato viene dunque identificato nella diffusione di notizie false idonee a provocare una sensibile alterazione del prezzo di strumenti finanziari. Si osservi, innanzitutto, come siano espressamente richieste ai fini della realizzazione della condotta illecita la falsità delle notizie riportate e la destinazione ad un pubblico indistinto di soggetti[47]; in merito al primo aspetto, se il ricorso al termine "notizia" sembra idoneo ad escludere la rilevanza penale delle mere voci, risulta tuttavia incerto se tale locuzione possa applicarsi nel caso di opinioni provviste di carattere soggettivo[48].

---

[42] In questi termini S. Preziosi, *Nuova disciplina della manipolazione di mercato e bene giuridico tutelato,* in *Archivio Penale*, 1, 2021, 19.

[43] S. Giavazzi, *La manipolazione del mercato [dir. pen.]*, in *Treccani Diritto Online*, 3. Diversa, in tal senso, la ricostruzione offerta dagli studiosi del diritto dell'economia i quali, muovendo da un'interpretazione teleologica dell'evoluzione dei doveri di tutela dell'investitore nella prestazione dei servizi di investimento e dell'attività di vigilanza, sovente individuano nell'integrità del mercato un valore oggettivo che legittima l'irrogarsi di provvedimenti sulla base della mera compromissione del funzionamento dello stesso. V. A. Perrone, *Servizi di investimento e tutela dell'investitor*e, in *Banca borsa tit. cred.*, 2019, I, 1 ss.; M. Rabitti, Prodotti finanziari tra regole di condotta e di organizzazione. I limiti di MiFID II, in *Diritto Bancario*, 2020, suppl. fasc. 1, 145 ss.; V. Troiano e R. Motroni (a cura di), *La Mifid 2: rapporti con la clientela, regole di governance*, Cedam, 2016, 213 ss.

[44] F. Consulich, *Manipolazione del mercato e disorientamenti dogmatici: tra eventi di pericolo e pericolo di eventi*, in *Le Società*, 2011, 827.

[45] Cass., 20 giugno 2012, n. 40393; Trib. Milano, 28 maggio 2011, consultabili in www.penalecontemporaneo.it.

[46] In tal senso Trib. Milano, 11 novembre 2002, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2003, 747.

[47] A. Gargani, *sub. Art. 9 comma 2 lett. a,* in *Legge pen.,* 2006, 106.

[48] In tal senso, laddove taluni ritengono che la presenza di una considerazione soggettiva sia sufficiente ad escludere *in nuce* la natura della notizia (dovendo questa operare esclusivamente un'affermazione descrittiva di fatti storicamente accaduti: v. già A. Alessandri, *Osservazioni sulle notizie false esagerate o tendenziose*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1973, 720), altra parte della dottrina ritiene di contro che anche le informazioni filtrate da profili di soggettività possano qualificarsi come notizie, allorché constino in rappresentazioni di fatti esistenti (L. Orsi, *La manipolazione del mercato mediante la diffusione di false notizie*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2009, I, 83 ss).

Certo è, invece, che il requisito della falsità integri un elemento di difformità dalla realtà, il quale può riguardare qualsiasi aspetto ritenuto significativo ai fini dell'alterazione del prezzo degli strumenti finanziari negoziati il quale deve potenzialmente risultare sensibilmente diverso da quello che si determinerebbe in presenza delle naturali dinamiche di mercato[49].

Laddove l'art. 185 identifica una fattispecie di reato, l'art. 187-*ter* dispone che, nei casi nei quali non si siano riscontrabili tutti gli elementi della manipolazione mercato così come definita ai sensi del t.u.f. – e, in particolare, non siano presenti la valenza frodatoria caratterizzante l'elemento soggettivo ovvero l'idoneità astratta ad alterare significativamente i prezzi dello strumento oggetto di notizia – la condotta potrà nondimeno qualificarsi come illecito amministrativo laddove violi il disposto dell'art. 15 della MAR, ai sensi della quale «non è consentito effettuare manipolazioni di mercato o tentare di effettuare manipolazioni di mercato»[50]. A differenza della disposizione di cui all'art. 185 t.u.f. (pur trattandosi di un confine, invero labile da tracciare, come la dottrina non ha mancato ad osservare[51]) l'illecito amministrativo consente di perseguire altresì la diffusione di voci – non richiedendosi di conseguenza la caratterizzazione in termini di notizia dell'informazione tramessa al pubblico – a condizione che queste siano idonee a danneggiare il mercato fornendo indicazioni false o fuorvianti, a prescindere dal fatto che queste impattino significativamente sul prezzo dello strumento finanziario considerato (essendo richiesta viceversa la mera probabilità di incidere sullo stesso)[52]. Ulteriore distonia significativa rispetto alla fattispecie penale si riscontra nell'elemento soggettivo, potendo l'illecito amministrativo realizzarsi con dolo ovvero con colpa del soggetto che diffonde le informazioni.

Il quadro delle disposizioni di rilievo si completa, da ultimo, con il summenzionato art. 2637 c.c. il quale (esprimendo una formula simile a quella contemplata dall'art. 185 t.u.f.) punisce "chiunque diffonde notizie false […] concretamente idonee a provocare una sensibile alterazione del prezzo di strumenti

[49] Cass. 13 settembre 2016 n. 3836, con nota di G. Mentasti, *Sulla non configurabilità del reato di manipolazione del mercato nella fase di Initial Public Offering (IPO): la Cassazione e il caso SEA*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2017, 4, 289.

[50] La previsione è, invero, integrata da un elenco di condotte tipizzate ed enucleate dall'art. 12 del Regolamento stesso: ai fini della manipolazione informativa, in particolare, rileva "la diffusione di informazioni tramite i mezzi di informazione, compreso Internet, o tramite ogni altro mezzo, che forniscano, o siano idonee a fornire, indicazioni false o fuorvianti in merito all'offerta, alla domanda o al prezzo di uno strumento finanziario, di un contratto a pronti su merci collegato o di un prodotto oggetto d'asta sulla base di quote di emissioni o che fissino, o che è probabile che fissino, il prezzo di mercato di uno o più strumenti finanziari o di contratti a pronti su merci collegati o di un prodotto oggetto d'asta sulla base di quote di emissioni a un livello anormale o artificiale, compresa la diffusione di voci, quando la persona che ha proceduto alla diffusione sapeva, o avrebbe dovuto sapere, che le informazioni erano false o fuorvianti".

51 S. Seminara, *Crisi finanziaria e disorientamenti etici e giuridici*, in *Dir. Pen. Proc.,* 2009, p. 272, evidenzia come la (fino al momento scarsa) prassi giudiziaria in materia sia, invero, l'unico strumento per definire in maniera univoca i criteri distintivi della fattispecie.

[52] Cass. pen., sent. Del 28 novembre 2018, n. 53437, con nota di C. Santoriello, *Market abuse: non occorre l'effettiva alterazione del valore dei corsi azionari*, in www.altalex.com.

finanziari non quotati […] ovvero ad incidere in modo significativo sull´affidamento che il pubblico ripone nella stabilità patrimoniale di banche o di gruppi bancari" con la reclusione da uno a cinque anni. *A latere* di tali disposizioni si pongono, naturalmente, le previsioni generali in materia di responsabilità civile le quali, tuttavia, si trovano ad occupare tradizionalmente uno spazio residuale all'interno del diritto dei mercati finanziari, dovuto – come sovente evidenziato dalla dottrina – nella preponderanza assunta dalla supervisione ed esecuzione pubblica identificata quale strumento maggiormente rispondente al perseguimento degli interessi generali connessi alla tutela dell'investitore[53]; motivo, questo, alla luce del quale non sorprende l'assenza di disposizione dedicate alla responsabilità civile altresì all'interno della *Market Abuse Regulation*.

La panoramica delle suddette disposizioni sembra dunque proporre, a primo acchito, un apparato sanzionatorio astrattamente applicabile alle ipotesi di manipolazione informativa a mezzo di strumenti digitali articolato e (specialmente nel caso della fattispecie di reato di cui all'art. 185 t.u.f.) caratterizzato altresì da un elevato livello di afflittività potenziale.

4.2. Criticità applicative della disciplina del Testo Unico nell'ambito delle condotte online

Se, da un lato, il quadro finora delineato predispone un ampio novero di risorse potenzialmente funzionali a reprimere possibili manipolazioni informative poste in essere da soggetti non vigilati, dall'altro un'indagine maggiormente accorta disvela come all'ampiezza dello strumentario elaborato dal legislatore – comunitario e nazionale – corrisponda di contro una difficoltà operativa nell'opporsi alle nuove forme di disinformazione finanziaria, come del resto osservato dalle stesse istituzioni dell'Unione[54]. Ciò, si noti, in aperto contrasto con le aspirazioni dell'intervento promosso dalla MAR e dalla MAD II[55], le quali opportunamente sottolineano come sia prioritario predisporre un regime di prevenzione della manipolazione di mercato che possa applicarsi efficacemente alle condotte tenute al di fuori delle sedi tradizionali di negoziazione e, in particolare, attraverso internet, i social network ovvero i blog[56].

Con riferimento alle disposizioni del t.u.f., le prime criticità in merito ad un'efficace applicazione della tutela approntata dall'art. 185 nel caso di opinioni diffuse da soggetti sui social network emergono innanzitutto in considerazione dell'evidente difficoltà del dimostrare, da parte del soggetto agente, la consapevolezza e la volontà di determinare (o, qualora si accolga, coerentemente con la giurisprudenza

[53] Cfr. F. Sartori, *Informazione economica e responsabilità civile*, Giuffré, 2012; P. Giudici, *La responsabilità civile nel diritto dei mercati finanziari*, Giuffrè, 2008. Più nello specifico sul tema, S. Bruno, *L' azione di risarcimento per danni da informazione non corretta sul mercato finanziario*, ESI, 2000, nonché V. Caridi, Danno e responsabilità da informazione al mercato finanziario, Giuffré, 2012;

[54] Cfr. ESMA, *Statement: Episodes of very high volatility in trading of certain stock*, 17 febbraio 2021, in www.esma.europa.eu.

[55] Direttiva 2014/57/UE del 16 aprile 2014relativa alle sanzioni penali in caso di abusi di mercato.

[56] Cfr. i *considerando* nn. 46 e 48 della MAR.

in materia, la tesi favorevole all'ammissibilità del dolo eventuale, la capacità di prevedere con elevato tasso di probabilità) una significativa destabilizzazione del prezzo degli strumenti finanziari ad esito della diffusione di segnali fuorvianti al mercato.

Certamente questa scelta appare coerente, da un lato, con l'impianto complessivamente disegnato dalla MAD II che, nel tipizzare *ex ante* le ipotesi nelle quali la manipolazione del mercato deve essere qualificata in termini di reato all'interno degli Stati Membri, evidenzia come tale modello debba attenere esclusivamente alle ipotesi di grave manipolazione, caratterizzati dall'integrazione dolosa della condotta[57]. Dall'altro, ed in senso più ampio, il modello trova giustificazione nel significativo potenziale afflittivo della pena disposta dall'art. 185, nonché dal rispetto dei principi generali del diritto penale e della prevedibilità della condanna: in tal senso, ben si comprende la scelta di richiedere – ai fini della realizzazione del delitto – sia l'esistenza di un'attitudine ingannatoria, sia il fatto che questa sia nota e abbracciata da colui che diffonde le notizie.

Si tratta di una scelta che, del resto, nasce altresì dalla necessità (e dalla difficoltà) insita nell'operare un corretto bilanciamento della supervisione pubblica con i valori sottesi alla libertà di espressione – dei quale si è già avuto modo di dire ampiamente[58] – oggetto di tutela costituzionale.

Ciò anche in considerazione del fatto che ipotizzare l'astratta applicabilità della disposizione in esame alle opinioni diffuse a mezzo *social*, senza vincolare la realizzazione dell'illecito ad una connotazione soggettiva o a un effettivo pericolo per il mercato, rischierebbe di risolversi – *in primis* e soprattutto - in un non proporzionato uso del diritto penale e in una non giustificabile limitazione della libertà di espressione, specialmente in quei casi in cui la stessa sia ascrivibile alla categoria dell'*enriched commercial speech* o *free speech*.

Questo aspetto appare particolarmente problematico anche alla luce delle summenzionate difficoltà, da un lato, di delimitare con chiarezza la distinzione fra discorso commerciale e discorso politico-informativo e, dall'altro, in presenza di quest'ultimo, l'ascrivibilità dell'espressione alla categoria "libertà di critica" o "libertà di cronaca".

In ragione di queste considerazioni, risulta evidente come una soluzione che estenda *sic et simpliciter* l'applicabilità dell'art. 185 t.u.f. possa risultare problematica altresì dal punto di vista della certezza del diritto[59].

[57] Si osservi come non valga ad escludere tale aspetto il fatto che la gravità possa ricondursi altresì ad altri indici attinenti al disvalore dell'evento quali l'impatto sull'integrità del mercato, il profitto effettivo o potenziale ritratto ovvero la perdita evitata dall'informatore, la misura del danno cagionato al mercato o dell'alterazione di valore dello strumento finanziario manipolato. Cfr. In merito F. Consulich, *Manipolazione dei mercati e diritto eurounitario*, in *Le Società*, 2, 2016, 210.

[58] V. *supra* paragrafo 2.

[59] Cfr. in merito L. Scipione, *Il caso Gamestop: chiare evidenze di un fallimento regolamentare e di supervisione dei mercati finanziari*, in *Rivista di Diritto Amministrativo*, 2022, 2, 191.

In linea con tali considerazioni, anche la disposizione di cui all'art. 187-*ter* rivela significativi *vulnera*: se, infatti, la scelta di prevedere la necessaria sussistenza di un elemento soggettivo altresì per l'illecito amministrativo appare comprensibile in ottica di politica del diritto – e si ritiene che in tal senso la ricomprensione dell'elemento della colpa possa raggiungere un efficace contemperamento degli interessi in gioco – viceversa la necessaria presenza dell'"artificiosità" quale elemento atto a connotare il disvalore della condotta, nonché della "anormalità" della stessa è stata da tempo identificata dalla dottrina quale elemento idoneo a porsi quale «dato intangibile in punto di ricostruzione della causalità e della responsabilità del soggetto agente»[60].

Certamente lodevole invece, seppur non risolutiva, la scelta di ampliare lo spettro dell'oggetto della manipolazione non solo alle informazioni ma altresì alle "voci" che forniscano o siano suscettibili di fornire segnali falsi o fuorvianti al mercato, pur rimarcando l'esigenza di ravvisare un determinato grado di tendenziosità nell'informazione fornita al mercato.

L'indagine della (parca) giurisprudenza in materia sembra confermare tali difficoltà applicative: in occasione delle pronunce occorse sul tema con riferimento alla pubblicazione di articoli di informazione[61], il potenziale manipolativo della notizia - necessario ai fini dell'integrazione della fattispecie - è stato storicamente valutato tenendo in considerazione una pluralità di elementi (attendibilità della fonte; tenore più o meno assertivo del testo riportante l'informazione; attenzione dedicata da altri *media* all'argomento; variazioni nell'andamento del titolo) i quali, pur certamente significativi, risultano nondimeno complessi da valutare univocamente con riferimento alle opinioni espresse *online* da *influencer* e utenti[62].

4.3. La responsabilità civile e la diffusione di informazioni inesatte

A fronte di queste criticità, nemmeno le disposizioni in materia di responsabilità civile sembrano destinate ad offrire soluzioni efficaci a contrastare il fenomeno.

In merito, giova anzitutto osservare come la dottrina civilistica, indagando il tema della responsabilità da informazione inesatta, abbia da tempo avuto modo di evidenziare che il campo di indagine si caratterizza per una profonda eterogeneità nelle sue possibili manifestazioni (derivante dalle diverse peculiarità riscontrabili *inter alia* in merito alla soggettività dell'informatore, ai modi di trasmissione della conoscenza

60 Così F. Consulich, *La giustizia e il mercato. Miti e realtà di una tutela penale dell'investimento mobiliare*, Giuffré, 2010, cit. p. 125. Critico in merito a tale scelta in sede di riformulazione della disposizione altresì F. Mucciarelli, *Gli abusi di mercati riformati e le persistenti criticità di una tormentata disciplina*, in *Dir. Pen. Cont.,* 2018, 17; nonché E. Basile, *Una nuova occasione (mancata per riformare il comparto penalistico degli abusi di mercato*, *ibidem*, 2017,271 ss.

61 Su tutti Tar Lazio, 7 marzo 2012, n. 957.

62 Anche considerandosi, come si avrà modo di dire (v. *infra* par. 5) l'assenza di una definizione univoca delle caratteristiche di tali soggetti.

presi in considerazione, al contenuto delle informazioni e al rapporto intercorrente tra le parti[63]) tali da incidere sulla stessa configurabilità in astratto di un'ipotesi generale e destinate a frantumare la fattispecie in una pluralità di ipotesi casistiche.

Non solo: a ben vedere, l'identificazione dei caratteri della responsabilità civile da informazione inesatta nel mercato finanziario è stata a lungo ancorata al presupposto secondo il quale l'informazione dovesse essere sempre ricondotta – in tale settore – all'interno di due categorie: la prima (c.d. informazione primaria) destinata a ricomprendere le ipotesi nelle quali le informazioni provenissero dalla società emittente gli strumenti finanziari oggetto di manipolazione ovvero da soggetti a questa connessi da vincoli economici; la seconda, (c.d. informazione secondaria o derivata), invece, relativa a quei casi nei quali il flusso informativo fosse originato da *gatekeeper* ovvero intermediari informativi[64], facenti comunque parte del circuito finanziario. Solo rispetto a tali soggetti, infatti, sarebbe stata riconoscibile quella peculiare rilevanza pubblicistica che fonda il peculiare regime protettivo dell'informazione al mercato (posta la non illiceità della speculatività *per se*), comune in tale settore sia alle disposizioni del Testo Unico sia al regime generale della responsabilità civile[65]. Nessuna di queste due ipotesi, tuttavia, sembra riscontrabile nel caso di opinioni diffuse da soggetti non qualificati attraverso social network o altri mezzi di divulgazione digitale.

In tal senso, tuttavia, appare corretto evidenziare come ciò non costituisca l'unico ostacolo all'applicazione del regime dell'illecito civile nei casi qui considerati: il sistema della responsabilità civile ha, infatti, già in passato mostrato difficoltà nel tutelare gli investitori che si affidassero a informazioni inesatte o incautamente rese al mercato anche qualora queste provenissero da soggetti tradizionalmente deputati alla circolazione di informazione primaria e secondaria.

Significativa è, in quest'ottica, l'esperienza giurisprudenziale maturata con riferimento alla responsabilità delle agenzie di rating per valutazioni (*solicited* e *unsolicited*) inesatte fornite al mercato: come noto, con riferimento a tali soggetti, gli interventi normativi operati a livello comunitario a valle della crisi finanziaria – e, in particolare, i Regolamenti nn. 513/2011 e 462/2013 – hanno espressamente previsto l'istituzione di un regime di responsabilità civile in caso di errori nelle procedure di formulazione del rating[66], il quale avrebbe dovuto promuovere una maggiore *accountability* in capo a questi soggetti, e tutelare gli investitori

[63] V. già G. Alpa, *Il problema della atipicità dell'illecito*, Napoli, 1979; F. Ranieri, *La responsabilità da false informazioni*, in *Giur. Comm.*, 1976, I, 630 ss.; con riferimento al settore bancario e finanziario, A. Luminoso, *Responsabilità civile della banca per false o inesatte informazioni*, in *Riv. dir. Comm.*, 1984, I, 197 ss.; A. Di Amato, *Il danno da informazione economica*, ESI, 2003, 43 ss.

[64] In merito v. C. Rabitti Bedogni, *L'informazione derivata. Le previsioni degli analisti e i giudizi delle agenzie di rating*, in http://w3.uniroma1.it/dirittomercatifinanziari/Rating.pdf., 1.

[65] Si veda in questo senso la ricostruzione proposta in V. Caridi, *Danno e responsabilità da informazione al mercato finanziario*, Giuffré, 2012, 69 ss. in part. 98.

[66] Artt. 35-*bis* ss. del Regolamento 462/2013.

che su tali valutazioni avessero riposto un ragionevole affidamento. Nondimeno, un'indagine degli arresti giurisprudenziali in materia consente di evidenziare come, nella pratica, le decisioni nelle quali sia stata riconosciuta la responsabilità civile delle agenzie di rating nei confronti del mercato siano pressoché inesistenti[67], principalmente alla luce delle difficoltà incontrate dai danneggiati nel dimostrare in giudizio la sussistenza di un nesso di causalità tra l'informazione diffusa al mercato e il compimento dell'azione di investimento da parte di costoro[68]. Se ciò è avvenuto per un soggetto *lato sensu* qualificato come le agenzie di rating, risulta ad oggi improbabile ipotizzare un'inversione di rotta da parte della giurisprudenza e l'accoglimento di un paradigma più severo di valutazione in merito alle condotte poste in essere da *influencer* o, più in generale, circolanti su canali digitali non rivolti ad una platea professionale.

Del resto, la maggiore criticità in merito all'idoneità delle regole di responsabilità civile a fornire risposte alle problematiche connesse alla diffusione di informazioni inesatte in tale ambito si rinviene nella persistente dualità – già osservata dalla dottrina[69] - tra soggetti informati e danneggiati; due figure che, nel mercato finanziario, non sono infatti perfettamente coincidenti. Se, infatti, i destinatari di un'informazione resa al mercato debbono genericamente identificarsi nella categoria degli investitori, unitamente e complessivamente considerata, viceversa dovranno considerarsi danneggiati soltanto coloro che abbiano posto un legittimo (e dimostrabile) affidamento sulla notizia fornita e, dunque, l'abbiano posta a fondamento della propria attività economia.

In tal senso, si è evidenziato come la lesione degli interessi individuali degli investitori – necessaria a legittimarli alla pretesa risarcitoria – rileverebbe, nel caso di informazione falsa ovvero inesatta indirizzata al sistema finanziario, esclusivamente in quanto mediata dal meccanismo di formazione del prezzo (fenomeno che, dunque, si realizza a livello impersonale sul mercato), il quale risulta alterato rispetto a quello che si sarebbe determinato ove il mercato fosse stato correttamente informato. Si tratta, invero, di un problema difficilmente superabile mediante il ricorso ai meccanismi di tutela attualmente presenti: non sorprende, di conseguenza, come da più parti sia emersa la proposta di introdurre a carico dei soggetti che diffondano informazioni false o fuorvianti nel mercato finanziario un regime di responsabilità oggettiva (declinato in vari modi a seconda della ricostruzione considerata), che prescinda dalla dimostrazione del nesso causale e dell'elemento soggettivo della condotta.[70]

---

[67] Per un'analisi del tema si consenta un rinvio a A. Davola, La *responsabilità civile delle agenzie di Credit Rating: giurisprudenza italiana e prospettive di evoluzione dopo il Regolamento 462/2013*, in M. Gagliardi (a cura di), *Diritto privato dei mercati finanziari. Profili di qualificazione e di responsabilità*, Pacini, 2017; nonché C. Picciau, *Diffusione di giudizi inesatti nel mercato finanziario e responsabilità delle agenzie di rating*, EGEA, 2018. Per una prospettiva antecedente l'entrata in vigore della riforma si veda L. Di Donna, *La responsabilità civile delle agenzie di rating. Mercato finanziario, allocazione dei rischi e tutela dell'investitore*, Giuffré, 2012; A. Sacco Ginevri, Le *società di rating nel Regolamento CE n. 1060/2009: profili organizzativi dell'attività*, in *Leggi civ. comm.,* 2010.

[68] V. Caridi, *op. ult. cit.*, 99.

[69] C. Angelici, *Su mercato finanziario, amministratori e responsabilità*, in *Riv. Dir. Comm.,* 2010, 1, 1, 39.

[70] A. Troisi, *Le agenzie di rating. Regime Disciplinare e Profili Evolutivi*, Cedam, 2013, *passim.*

5. Possibili soluzioni alla luce della nuova governance digitale europea

5.1. Il DSA e l'estensione della vigilanza ai c.d. fin-fluencer

L'indagine fin qui condotta evidenzia, in ultima analisi, la necessità di un ripensamento – interpretativo ovvero in termini di diritto positivo – delle regole predisposte per contrastare possibili condotte da parte di soggetti che, in linea di principio, non possano ritenersi in via di principio depositari di oneri di diligenza nei confronti degli investitori (come avviene, ad esempio, nel caso degli intermediari) in quanto estranei al tradizionale parametro di interesse della normativa.

Guardando al di fuori del diritto dei mercati finanziari, sicuramente un primo elemento di interesse si rinviene in quel complesso di interventi condotti dall'Unione in tempi recenti al fine di migliorare il controllo esercitato dalle piattaforme sui contenuti digitali postati dagli utenti: in particolare, le disposizioni presenti nel DSA[71] in materia di *notice and take down* dei contenuti illegali postati dagli utenti[72], quelle atte a garantire la tracciabilità di tali operatori commerciali[73] da parte delle piattaforme, ovvero funzionali a predisporre modelli di controllo sinergico insieme alla Commissione europea,[74] possono certamente rappresentare un primo avanzamento della tutela nei confronti degli investitori.

Rimanendo, viceversa, nel parametro delle disposizioni in materia di mercati finanziari, meritevole di indagine appare altresì la possibilità di ipotizzare l'espansione – ad oggi, limitata a quelle ipotesi in cui sia presente il rischio di manipolazioni gravi e dolosamente preordinate – del sistema di prevenzione dei tentativi di abusi di mercato previsto dall'art. 16 comma 2 della MAR in capo a chiunque predisponga o esegua a titolo professionale operazioni finanziarie[75].

In particolare, sebbene tale obbligo – sostanziantesi in un dovere di segnalazione all'autorità competente delle attività sospette che potrebbero costituire manipolazioni di mercato – sia ad oggi rivolto esclusivamente ai gestori e le imprese di gestione di sedi di negoziazione, un potenziale ampliamento del novero dei soggetti passivi (da declinarsi nel rispetto del divieto di imporre un monitoraggio generale previsto dalle legislazioni europee in materia di *hosting providers* alle piattaforme digitali[76]) anche ai gestori di piattaforme digitali e ai gestori di *social network* ove sia possibile rinvenire la circolazione di informazioni suscettibili di incidere sulla stabilità del mercato finanziario segnalate potrebbe favorire un maggior grado di tutela per il mercato.

---

[71] 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. Il *Digital Services Act* è stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale dell'UE nell'ottobre 2022, e troverà piena applicazione a partire dal gennaio 2024.

[72] Art. 16 DSA.

[73] Art. 30 DSA.

[74] Art. 40 DSA.

[75] Tale ipotesi è prospettata in F. Consulich, *Manipolazione dei mercati e diritto eurounitario*, in *Le Società*, 2, 2016, 214.

[76] Art. 8 DSA.

Un diverso approccio regolatorio, invece, potrebbe sostanziarsi nell'individuazione di una serie di doveri di condotta ad ampio spettro, destinati ad applicarsi ai soggetti *online* ovvero soltanto ad alcune categorie di costoro, al di fuori di quelli tradizionalmente individuati dal Testo Unico. In tal senso, la stessa MAR, le raccomandazioni formulate dall'ESMA e – per quanto riguarda il diritto interno – quelle emanate dalla Consob in seguito all'espansione del fenomeno delle *fake news* in materia di mercati finanziari sui *social media*[77] evidenziano la possibilità di imporre ulteriori obblighi in capo ai c.d. esperti, ossia coloro che pur non rientrando nello spettro dei soggetti vigilati si presentino quali depositari di «competenza o esperienza finanziaria» tali da indurre «gli altri a ritenere ragionevolmente di possedere competenza o esperienza finanziaria»; particolarmente significativo, inoltre, il fatto che tra gli indicatori funzionali all'individuazione degli esperti sia espressamente indicato altresì il numero di *follower* di cui questi dispongono sui *social network*.[78] Del resto, logica non dissimile sembrava ispirare l'originaria formulazione art. 187-*ter* t.u.f., nella parte in cui prevedeva che "per i giornalisti che operano nello svolgimento della loro attività professionale la diffusione delle informazioni va valutata tenendo conto delle norme di autoregolamentazione proprie di detta professione"[79], riconoscendo una sorta di responsabilità qualificata a carico di soggetti dotati di una marcata credibilità presso il pubblico.

Un più ampio ricorso alla categoria dell'esperto per sanzionare la circolazione di notizie false ovvero fuorvianti – specialmente ove affiancato da un irrobustimento dei modelli di controllo ad opera delle piattaforme e coadiuvato da un flusso informativo costante tra queste ultime e le autorità di supervisione – potrebbe, di conseguenza, rivelarsi auspicabile per contrastare l'attività di quei soggetti che, operando sulle piattaforme digitali, siano in grado di raccogliere un ampio seguito e, di conseguenza, presentino un'elevata capacità di orientamento del mercato. In questo senso, dunque un'estensione del perimetro operativo delle autorità di vigilanza agli *influencer* potrebbe aumentare il grado di controllo sulla diffusione di informazioni false, con possibilità per l'authority designata di richiedere la rimozione del contenuto attraverso il sistema di *notice and take down*[80].

Si tratta, tuttavia, di una soluzione che presenta luci ed ombre: non può negarsi, infatti, come il riferimento al termine "esperto" sembri sottendere la necessaria presenza di una financo millantata competenza specifica in materia: una *ratio*, questa, che difficilmente sembra potersi applicare alle dichiarazioni formulate da qualsiasi soggetto – magari un *influencer* attivo in un settore completamente diverso – che abbia un numero significativo di utenti e che diffonda (magari in un contesto non implicante la prestazione di raccomandazioni di investimento, e dunque anche in via indiretta) la propria opinione

77 Cfr. ESMA, 28 ottobre 2021, *Statement on Investment Recommendations on Social Media* 28 ottobre 2021, consultabile su www.esma.europa.eu; Consob, *Linee Guida, Raccomandazioni di investimento*, 13 ottobre 2017, 2.
78 Consob, *Linee Guida,* 2017, 9.
79 Art. 187-*ter* comma 2 t.u.f., successivamente modificato dal D. Lgs. 10 agosto 2018, n. 107.
80 Cfr. Art. 16 DSA.

rispetto ad un fenomeno astrattamente idoneo ad incidere sull'andamento di uno strumento finanziario[81]. A conferma di ciò, giova osservare come l'elemento dell'*expertise* non si riscontri nemmeno nell'ambito della definizione di *influencer* di recente elaborazione presso il Parlamento europeo[82].

Se, dunque, sembra ragionevole che la soluzione qui proposta possa estendersi in via di principio ai *finfluencers* o ai c.d. "guru della *web finance*", più complesso appare ipotizzarne l'applicazione a chiunque detenga un numero significativo di *follower* online (ciò, si osservi, sebbene la giurisprudenza abbia ritenuto irrilevante ai fini dell'integrazione dell'art. 187-*ter* il fatto che i recettori della notizia manipolatoria fossero o meno soggetti potenzialmente interessati ad attività di investimento[83]).

Certamente, in questo modo, rimarrebbero escluse dal perimetro della normativa soltanto quelle informazioni diffuse da soggetti che, sulla base della ridotta esposizione di cui questi godono sui *social media*, sembrano potersi collocare al di sotto della soglia opportunità dell'azione di vigilanza. Una scelta, questa, che, da un lato, appare coerente con la necessità di garantire un bilanciamento con la libertà di espressione del cittadino e che, dall'altro, valorizza la costatazione – già formulata dall'autorità per la supervisione finanziaria norvegese[84] - per la quale un parziale grado di disomogeneità (e di erroneità) negli *statement* presenti sui *social network* dovrebbe ritenersi fisiologico a tale area, e che in tali casi la migliore strategia di contrasto dovrebbe individuarsi preferibilmente nell'attività di informazione e di educazione condotta dalle autorità di settore.

Quest'ultima constatazione evidenzia, ancora una volta, la persistente attualità di due aspetti fortemente evidenziati dalle *authorities* nel corso degli ultimi anni – e che hanno acquisito ulteriore vitalità alla luce della decentralizzazione e digitalizzazione dei processi finanziari: da un lato, la perdurante centralità dell'educazione finanziaria nello sviluppo di una generazione di utenti accorta ed in grado di valorizzare adeguatamente le proprie preferenze d'investimento; dall'altra, la persistente importanza del ruolo rivestito dagli intermediari (e, più in generale, dai soggetti vigilati) quali punto di contatto tra l'investitore *retail* e il mercato finanziario, necessari non solo in termini di supporto alla valutazione del cliente e di valorizzazione delle sue preferenze ma, altresì e soprattutto in termini di responsabilità di vaglio critico

---

[81] Cfr. in tal senso – le considerazioni formulate in C. Melzi Deril, *Diffusione di notizie false tramite internet e manipolazione del mercato*, in Dir. Inf. 2012, 4, 224.

82 Parlamento UE, The impact of influencers on advertising and consumer protection in the Single Market Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies, The *impact of influencers on advertising and consumer protection in the Single Market*, febbraio 2022, PE 703.350, cit.. 9: "An influencer is a content creator with a commercial intent, who builds trust and authenticity-based relationships with their audience (mainly on social media platforms) and engages online with commercial actors through different business models for monetisation purposes".

83 Tar Lazio 20 marzo 2012. Critico in merito C. Melzi D'Eril, *Diffusione di notizie false tramite internet*, 228; che si ricollega alle considerazioni formulate in G. Lunghini, *La manipolazione del mercato*, in *Dir. Pen. Proc.,* 2005, 1477, il quale ritiene che la valutazione debba necessariamente tenere in considerazione la "destinazione d'uso" della notizia e la sua finalizzazione ad orientare le valutazioni degli investitori finanziari.

[84] J. Gjedrem, *Finfluencers and consumer protection,* 13 gennaio 2022, in *Finanstilsynet.*

di queste ultime, funzionale a porre in luce eventuali lacune o convinzioni erronee che possano derivare dalla diffusione di informazioni inesatte ovvero fuorvianti sui canali della società digitale.

5.2. Prospettive di gestione della (dis)informazione finanziaria online e ruolo degli ADR alla luce del DSA

Accogliendo, a questo punto, una prospettiva prescrittiva finalizzata ad elaborare modelli di controllo efficaci nei confronti di coloro che non risultino strutturalmente ricompresi nell'ambito della vigilanza finanziaria, appare possibile svolgere ulteriori considerazioni alla luce delle precedentemente indagate prescrizioni delineate dal DSA.

Innanzitutto, opportuna appare l'individuazione di soggetti – i quali non necessariamente dovranno identificarsi in *authorities* – che possano agire in veste di *trusted flagger* in posizione di terzietà rispetto alle parti in causa (utenti e piattaforme) e che dispongano di uno specifico *expertise* in materia bancaria e finanziaria. L'attività di tali soggetti, operata sulla base delle disposizioni del DSA sarebbe, dunque, complementare a quella condotta dall'autorità pubblica ed essenzialmente volta ad integrare le segnalazioni direttamente operate dagli utenti in materia di disinformazione economica (in base al già operante *Code of Practice on disinformation*).

Non può negarsi, tuttavia, come una simile innovazione renda certamente più complesso operare il bilanciamento fra libertà di espressione – soprattutto nei casi di *enriched commercial speech* – e interessi di mercato, in quanto affidare la decisione in merito alla natura delle informazioni diffuse online a soggetti privati quali i social networks potrebbe favorire fenomeni di *collateral censorship*[85], sostanziantesi nella rimozione di tutti i contenuti segnalati dai *trusted flagger* o dagli utenti.

Al fine di mitigare questo rischio, favorendo altresì una maggiore democraticità nella gestione delle segnalazioni in materia di disinformazione, appare allora possibile ipotizzare il ricorso a meccanismi di risoluzione della contestazione della decisione di rimozione (ovvero non rimozione di un contenuto) affidando la stessa a meccanismi di *Online Dispute Resolution* (*ODR)* i quali troverebbero la loro legittimazione operativa nell'obbligo di istituzione di *certified out-of-court dispute settlement body* previsto dal DSA[86].

In ambito economico-commerciale, l'opportunità di favorire l'utilizzo di sistemi ADR (*Alternative Dispute Resolution)* è ormai emersa quale elemento di primaria rilevanza nel territorio dell'Unione: sin

[85] Cfr. F.T. Wu, *Collateral Censorship and the Limits of Intermediary Immunity*, in *Notre Dame L. Rev.* 87, 2013.

[86] Art. 21 DSA. Per un'indagine in merito alle caratteristiche – e alle criticità – di tale strumento v. P. Ortolani, *The resolution of content moderation disputes under the Digital Services Act,* in *Giustizia consensuale*, 5, 2022, 533 ss.; in precedenza C. Goanta, P. Ortolani, *Unpacking content moderation: The rise of social media platforms as online civil courts*, in X. Kramer, J. Hoevenaars, B. Kas, E. Themeli (a cura di), *Frontiers in Civil Justice*, Elgar, 2022, 192–216.

dall'approvazione della Direttiva 2008/52/CE in materia di mediazione in materia civile e commerciale[87], la realizzazione di un sistema stragiudiziale funzionale al raggiungimento di accordi conciliativi, riconosciuti ed eseguibili nell'ambito di tutti i Paesi membri era stata identificata quale strumento essenziale per assicurare, da un lato, la celerità dell'accesso alla giustizia e, dall'altro, preservare le garanzie minime connesse all'esercizio della stessa, con riferimento *in primis* ai valori di indipendenza, competenza e professionalità degli organi giudicanti[88].

L'importanza di tali strumenti è, poi, ulteriormente accresciuta con il riconoscimento della capacità degli ODR di uniformare e adeguare la gestione del contenzioso alle esigenze del mercato digitale e immateriale, valorizzata altresì da alcuni significativi interventi legislativi nell'Unione[89]: ciononostante, ad oggi, il ricorso a tali strumenti nell'ambito del commercio elettronico si apprezza finora soltanto in alcune aree limitate (e.g. nella risoluzione delle controversie sui nomi a dominio uniformi[90] ovvero con riferimento ad alcune specifiche imprese che si avvalgono di tale strumento (e.g. *Paypal* per i servizi di pagamento ed *Ebay* per la vendita al dettaglio).

Di contro, la valorizzazione dell'istituto dell'ODR nell'ambito del contrasto alla disinformazione prodotta da soggetti non vigilati appare una promettente soluzione da implementare nell'ottica del DSA il quale, pur non scendendo nel dettaglio in merito al modello di funzionamento dei modelli di gestione extragiudiziale del contenzioso in materia di contenuti *online*, fornisce alcuni criteri interpretativi essenziali per asseverare la legittimità di tali organismi[91] e individuandone il ruolo, al fianco dei tradizionali sistemi

87 Direttiva 2008/52/CE del 21 maggio 2008 relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale. La Direttiva sviluppava i riferimenti alla risoluzione extragiudiziale delle controversie già espressi nel Libro Verde sull'accesso dei consumatori alla giustizia del 1993, nella Direttiva 97/7CE in materia di tutela del consumatore nei contratti a distanza nonché nella Raccomandazione della Commissione 98/257/CE in materia di risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo.

88 G. Bernini, *Report on neutrality, impartiality, and independence*, in T. Varady, J. Barcelò, A.T. von Mehren (a cura di) *International Commercial Arbitration. A Transnational Perspective*, Thomson West, 2006.

89 Il Regolamento 524/2013 prima e la Direttiva 2013/11/UE dopo hanno evidenziato come l'ODR offra in astratto una soluzione extragiudiziale facile, efficace, rapida e a basso costo per le controversie derivanti da operazioni online e che tuttavia, in assenza di meccanismi che consentano ai consumatori e ai professionisti di risolvere tali controversie con mezzi elettronici; l'effettiva incapacità di ricorrere con continuità a tale strumento comporti significativi svantaggi per i consumatori, ostacolando in particolare le operazioni transfrontaliere online e frena lo sviluppo generale del mercato online, cercando di conseguenza di stimolarne l'utilizzo in presenza di controversie concernenti obbligazioni contrattuali derivanti da contratti di vendita o di servizi *online*. Cfr. C. Maresca, *La sfida della trasposizione delle online dispute resolution sul suolo europeo: strumento realmente efficace o una chimera?* In *www.giustiziacivile.com,* 4. Per un'indagine critica del c.d. "pacchetto ADR" v. altresì V. Vigoriti, *Superabili ambiguità. Le proposte europee in materia di ADR e ODR*, in *Rass. Forense,* 2011, 2, 319; G. Gioia, *Il nuovo "pacchetto" della Commissione europea sull'ADR,* in *Nuova giur. Comm.,* 2012, 697 ss.

90 Cfr. *Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy*, in www.icann.org.

91 Cfr. il già menzionato Art. 21 DSA: *ivi* si prevede, innanzitutto, che l'organismo deputato alla risoluzione extragiudiziale delle controversie sia imparziale e indipendente, anche sul piano finanziario, dai fornitori di piattaforme online e dai destinatari del servizio prestato dai fornitori di piattaforme online, ivi compresi le persone o gli enti che hanno presentato segnalazioni, nonché che questo disponga delle competenze necessarie per contribuire efficacemente alla risoluzione di una controversia in materia di contenuti illegali o in relazione all'applicazione e all'esecuzione delle condizioni generali di uno o più tipi di piattaforme online. È altresì richiesto i membri dell'ADR siano retribuiti secondo modalità non legate all'esito della procedura, e che la risoluzione extragiudiziale delle controversie risulti facilmente

di risoluzione giudiziale e ai modelli interni di gestione dei reclami, di componenti essenziali della tutela degli utenti nello spazio digitale.

La natura di organi giustiziali – *id est* di istituzioni davanti ai quali si svolge una procedura la cui soluzione è orientata dalla riferibilità ad interessi pubblici di carattere generale[92] – propria di tali soggetti appare, in questo senso, particolarmente adeguata ad operare la contemperazione propria del bilanciamento tra l'interesse individuale alla liberta di espressione e quello della tutela del mercato e della fiducia degli investitori[93], la quale rappresenta il tratto caratteristico della moderazione dei *financial content* diffusi a mezzo digitale[94].

6. Conclusioni: la lotta alla disinformazione finanziaria online e gli scenari aperti dal DSA

Nel condurre un'analisi circa l'impatto della disinformazione *online* in ambito finanziario, la presente indagine si è proposta di coniugare un impianto descrittivo integrato (esplorando i limiti costituzionali alla regolamentazione del discorso commerciale di tipo finanziario e coniugandoli con la normativa in materia di contrasto alle manipolazioni di mercato) ed uno prescrittivo, volto a promuovere soluzioni che nell'ambito del DSA possano garantire la tutela del mercato finanziario nella sfera pubblica digitale.

Si è avuto modo di osservare come le problematiche legate alla fine del monopolio dei canali tradizionali della produzione della cultura abbiano avuto significativi effetti altresì nell'ambito dei mercati finanziari, determinando l'esponenziale emersione della disinformazione *online* in tale settore.

In questo senso, lo sviluppo di soluzioni che estendano indirettamente il perimetro della vigilanza ad *influencer* ed esperti operanti sulle piattaforme digitali è sicuramente un primo passo che si pone nella scia degli strumenti già vigenti in materia di circolazione di contenuti illegali, ponendosi il meccanismo di *notice and take down* in linea di continuità con le facoltà attribuite alle autorità di settore.

In questo contesto, non sembrano rilevarsi particolari criticità in tema di libertà di espressione, essendo il bilanciamento tra quest'ultima (commerciale o non) e i diversi interessi contrapposti (tutela del

accessibile attraverso le tecnologie di comunicazione elettronica (*ivi* compresa la possibilità di avviare la risoluzione delle controversie e di presentare i necessari documenti giustificativi online), sia idonea a risolvere le controversie in modo rapido, efficiente ed efficace sotto il profilo dei costi e in almeno una delle lingue ufficiali delle istituzioni dell'Unione nonché operata secondo regole procedurali chiare ed eque.

[92] Tale lettura, prospettata dalla dottrina (con particolare riferimento alle riflessioni già formulate da M. Pellegrini, *Sistemi di ADR in ambito bancario e finanziario e dinamiche di mercato*, in Capriglione e Pellegrini (a cura di), *ABF e supervisione bancaria*, Padova, 2011, 23; e poi riprese dall'Autrice nel più recente scritto *La soluzione delle controversie bancarie*, in *Riv. Trim. Dir. Econ.,* 2022, suppl. n.1, 150) appare ulteriormente asseverata alla luce delle conclusioni prospettata in Corte Cost. ordinanza 21 luglio 2011, n. 218, consultabile su https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2011&numero=218 ed oggetto di indagine in A. Antonucci, ABF e accesso al giudizio di legittimità costituzionale, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2011, parte terza, 117 ss.

[93] Sottolinea il ruolo degli ABF nello scongiurare rischi (non solo legali, ma altresì) reputazionali G. Fauceglia, *L'esperienza dell'ABF: manifestazione di una "pedagogia"*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2021, 857 ss.

[94] Sul tema, pur declinato nell'ottica estensiva del perseguimento, da parte delle ADR, di istanze di giustizia sostanziale, cfr. F. Capriglione, *La giustizia nei rapporti bancari e finanziari. La prospettiva dell'Adr*, *in Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, I, 272 ss.

risparmio, stabilità del mercato, etc.) rimessi a un'autorità indipendente deputata dall'ordinamento a svolgere questo tipo di operazioni in conformità con i principi della *rule of law*.

Per quanto concerne, invece, i casi di disinformazione operati dal *quivis de populo* – particolarmente difficoltosi nella loro riconduzione alla disciplina prevista dal t.u.f. - appare possibile valorizzare, come si è detto, soluzioni nella cornice del DSA: la designazione di *trusted flaggers* che operino segnalazioni di contenuti falsi di natura economica, contestualmente a quelle degli utenti, potrebbe infatti compartecipare al contrasto della disinformazione economico-finanziaria. In concomitanza, lo sviluppo di un sistema di contestazione della rimozione o mancata rimozione basato sulle ADR potrebbe rendere il sistema più efficace e aderente ai principi della *rule of law*, garantendo un controllo da parte di un soggetto terzo ed imparziale.

Certamente si tratta di un'ipotesi che, allo stato, non si presenta priva di incertezze nella sua messa in atto: il DSA, ad esempio, non tocca il tema – già ampiamente indagato dalla dottrina con riferimento agli ADR tradizionali[95] - della vincolatività delle decisioni rese dal sistema di risoluzione, nonché di come queste vadano coordinate con gli altri strumenti che il DSA prevede ai fini del controllo sui contenuti presenti sulle – o rimossi dalle – piattaforme (i.e. sistema di reclamo interno e tutela giurisdizionale)[96]. A ciò si aggiunga come, allo stato, i sistemi ADR presenti in Europa si rivelino fortemente frammentati in termini di disciplina, caratteristiche, poteri istruttori e decisori[97].

Sebbene, dunque, difficilmente sembra possibile negare il potenziale dei sistemi ADR (e ODR) nella gestione dei problemi connessi alla moderazione dei contenuti online, attualmente bisogna giocoforza evidenziare come l'assenza di modelli di operatività armonizzati, l'incertezza in merito al valore giuridico delle decisioni da questi organi rese, nonché la – sovente – assenza di conoscenza in capo ai consumatori circa la possibilità ed i vantaggi (in termini di costi e tempi) derivanti dal ricorrere a tali strumenti richiedano ulteriori sviluppi prima di potersi qualificare tale soluzione come praticabile. A ciò si aggiunga come con specifico riferimento al ricorso a tale strumento per la gestione e il controllo sui contenuti *online* suscettibili di incidere sull'andamento dei mercati, alle caratteristiche già normativamente individuate gli ADR designati dovrebbero affiancare altresì uno specifico *expertise* in merito alla potenzialità, da parte di

[95] Ex multis M. Francesca, *Dalle ADR offline alle procedure di online dispute resolution*, in *Judicium,* 2015; N.R. Clift, *The Phenomenon of mediation: judicial perspectives and an eye on the future*, in *Jour. Intern. Maritime Law*, 2009, 508; V. Vigoriti, Europa e Mediazione. Problemi e soluzioni, in Contratto Impresa/Europa, 2011, p. 85; O. Pollicino, M. Bassini, The Law of Internet between globalization and localization, in M. Maduro, K. Tuori e S. Sankari (a cura di), Transnational Law. Rethinking European Law and Legal Thinking, Cambridge University Press, 2014.

[96] In merito si consenta un rinvio a A. Davola, *The Digital Services Act, Published: A Good Start And – Yet – Just A Start,* in http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/.

[97] V. Mirra, *Il Financial Ombudsman Service e gli altri rimedi stragiudiziali per le controversie europee in materia di intermediazione finanziaria: alcuni segnali di maturità del sistema*, in *Rivista dell'Arbitrato*, 2019, 4, 827 ss.; P. Cortés, *The new regulatory framework for consumer dispute resolution*, in *Oxford Scholarship Online*, 2017; A. Merone, *Online Dispute Resolution, intermediari digitali e il nuovo paradigma della composizione preventiva e self-executing*, in *Rivista dell' arbitrato*, 2022, 1, 269 ss.

un contenuto, di determinare l'effettivo danno che un contenuto online possa avere nel mercato finanziario, nonché di "scremare" i casi di *enriched commercial speech*, discorso puramente economico e discorso politico.

Ciò, tuttavia, non appare *in nuce* inverosimile: a fronte, infatti, dell'ancora embrionale diffusione degli ADR di matrice "generalista", il settore bancario e finanziario mostra viceversa un grado di sviluppo di tali soluzioni decisamente più avanzato, il quale ben può prestarsi a costituire un *benchmark* per l'implementazione di modelli ODR per la gestione dei contenuti online, in particolare laddove si consideri l'idoneità di questi ultimi a determinare alterazioni nel corretto funzionamento del mercato finanziario[98].

Pur non essendo possibile in questa sede procedere ad un'indagine esaustiva delle peculiarità dei diversi sistemi ADR in ambito bancario e finanziario, giova quindi evidenziare come in presenza di sufficienti incentivi i modelli di risoluzione extra-giudiziale delle controversie rappresentino, invero, una soluzione di interesse.

Alla luce di queste considerazioni assume dunque concreto interesse la possibilità di ipotizzare l'istituzione, a livello europeo, di una serie di organismi di ODR deputati alla risoluzione del contenzioso in materia di gestione dei contenuti *online* ad opera delle piattaforme digitali, i quali presentino le caratteristiche struttural-procedurali attualmente rinvenibili nei modelli di ADR "virtuosi" presenti nel settore bancario e finanziario e, al contempo, presentino nei propri collegi una composizione rappresentativa e di comprovata esperienza in merito ai diversi aspetti coinvolti nel monitoraggio dei contenuti (segnatamente tutela della libertà di espressione, protezione del consumatore, e disciplina della manipolazione di mercato).

Tali organi, soggetti ad un processo di selezione ed identificazione ad opera delle istituzioni – nel rispetto dei parametri già tracciati dal DSA - potrebbero di fatto coniugare, nella loro formazione collegiale, una sensibilità integrata rispetto ai diversi aspetti suesposti, i quali consentirebbero di raggiungere in maniera ottimale quel complesso bilanciamento di interessi che, come si è detto, costituisce il principale profilo di complessità nell'individuare limiti e confini dell'attività degli utenti nel mercato digitale.

98 Tra gli esempi più sviluppati presenti sul territorio europeo, particolare rilievo assume l'esperienza del *Financial Ombudsman Service* (FOS) inglese ovvero quella dell'*Autorité des Marchés Financiers* francese. Cfr. G. Carriero, *ABF e principali ADR in materia finanziaria: profili comparatistici*, in *Contratto e Impresa*, 2018, 35; D. Bevilacqua, *Le riforme della vigilanza finanziaria in una prospettiva comparatistica*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2005, 2, 20 ss.; G. Boccuzzi (a cura di), *I sistemi alternativi di risoluzione delle controversie nel settore bancario e finanziario: un'analisi comparata*, in *Quaderni di ricerca giuridica della consulenza legale della Banca d'Italia*, n. 68, 2010. Sebbene meno risalente, parimenti significativa è naturalmente l'esperienza maturata nel nostro Paese a seguito dell'istituzione dell'Arbitro Bancario e Finanziario e dell'Arbitro per le Controversie Finanziarie attraverso la legge di tutela del risparmio: per un'analisi del ruolo dei due organi, v. G. Lener, *L'Arbitro per le Controversie Finanziarie presso la Consob: genesi, struttura e funzione. Differenze rispetto al modello dell'ABF*, in Aa.Vv., *Le controversie bancarie e finanziarie*, in *Trattato di diritto dell'arbitrato*, diretto da Mantucci, vol. XV, Napoli, 2019, p. 281. Con riferimento ai modelli extra-europei, utile può risultare un riferimento a A. Antonucci, *The Mandatory ADR in the Financial Services*, in *Rivista Trimestrale di Diritto dell'Economia*, 2011, 4.

La costituzione di un sistema ODR nei termini delineati sembra dunque idonea a costituire uno sviluppo che – ponendosi in linea di continuità con le indicazioni fornite dal nuovo Regolamento sui servizi digitali – da un lato, consentirebbe di valorizzare i principali elementi di solidità mostrati dall'esperienza in materia di meccanismi di ADR nel settore finanziario[99] e le fruttuose prospettive di interazione con i meccanismi di vigilanza tradizionale[100], dall'altro, consentirebbe di proiettare tali soluzioni (attraverso un modello di gestione *online* e la predisposizione di composizioni integrate) all'interno delle specificità che caratterizzano i modelli dell'interazione digitale, tutelando gli individui in quanto tali, nonché nella loro dimensione di consumatori e utenti e, al contempo, valorizzando nel proprio scrutinio le implicazioni di mercato e di interesse generale sottese alla gestione dei contenuti.

[99] Ad integrazione di quanto già evidenziato, significative le riflessioni sul tema operate in P. Sirena, *I sistemi di ADR nel settore bancario e finanziario*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2018, 1373;

[100] In generale sul rapporto tra vigilanza e supervisione, anche alla luce delle complessità derivanti dall'interazione tra dimensione domestica ed eurounitaria v. V. Troiano, Sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in ambito bancario e finanziario e funzioni di vigilanza, in Capriglione e Pellegrini (a cura di), ABF e supervisione bancaria, Padova, 2011; nonché, più di recente, F. Capriglione, La supervisione finanziaria dopo due crisi. Quali prospettive, in *Riv. Trim. Dir. Econ.,* 2022, suppl. n.1, 3.

La prospettiva del controllo nell'era dell'Intelligenza Artificiale: alcune osservazioni sul modello *Human In The Loop*[*]

di Iole Pia Di Ciommo
Dottoranda di ricerca in Diritto pubblico, comparato e internazionale
Sapienza – Università di Roma

Abstract [It]: Lo scritto analizza alcuni aspetti etici e giuridici dell'Intelligenza Artificiale, evidenziando l'esigenza prioritaria di garantire un controllo umano effettivo sugli algoritmi (Human In The Loop). A questo riguardo, la recente Proposta di Regolamento europeo sull'IA declina la prospettiva del controllo in un approccio normativo basato sul rischio. Tale strategia regolatoria solleva tuttavia alcune perplessità e sembra privilegiare una visione incentrata sul mercato piuttosto che sull'utente.

Title: Control perspective in the age of Artificial Intelligence: few reflections upon the model *Human In The Loop*
Abstract [En]: The paper aims to analyze some ethical and legal aspects of the Artificial Intelligence systems, stressing the importance to ensure an effective human control over the algorithms (*Human In The Loop*). In the recent Proposal for a European AI Regulation, this kind of human control is premised on a risk-based approach. Despite its advantages, this regulatory strategy raises some concerns and seems to privilege a market-centered view rather than a user-centered one.

Parole chiave: Intelligenza Artificiale; governance; controllo umano; diritti; rischio; regolazione
Keywords: Artificial Intelligence; governance; human control; rights; risk; regulation

Sommario: 1. Intelligenza artificiale: *governance without government*? **2.** Le dimensioni del controllo tra etica e diritto: *human in the loop of AI*? **3.** La conoscibilità tra legge ed algoritmo: *Code is Law*? **4.** La Proposta di Regolamento dell'Unione europea: il controllo del rischio. **4.1.** Uno sguardo d'insieme: quale spazio per lo *human in the loop* nell'*AI Act*? **5.** Alcune riflessioni conclusive: aspettando Godot?

1. Intelligenza artificiale: *governance without government*?

Uno dei temi che oggi maggiormente interessa gli studiosi delle nuove tecnologie attiene all'elaborazione di una *governance* dell'Intelligenza Artificiale. Il termine «*governance*» sta ad indicare un metodo di analisi e comprensione delle dinamiche decisorie interne e sovranazionali ed è ormai invalso nel campo pubblicistico, sebbene difetti di una definizione univoca e condivisa[1]. L'attenzione che la tematica suscita è in realtà connaturata all'esigenza – avvertita sin dai primi studi sull'informatica – di governare quelle

[*] Articolo sottoposto a referaggio.
[1] Sulla *governance* e sui profili etici dell'Intelligenza Artificiale, cfr. L. Floridi, *Soft Ethics and the Governance of the Digital*, 2018. L'Autore rileva che "the real challenge is no longer digital innovation, but the *governance* of the digital" (p.3) e definisce la «governance digitale» come "the practice of establishing and implementing policies, procedures, and standards for the proper development, use and management of the infosphere". Egli precisa, inoltre, che spesso il termine «governance» viene adoperato come sineddoche, per far riferimento anche all'etica e alla regolazione digitale.

nuove forme di potere che la postmodernità ci consegna ad un ritmo spaventoso, impedendo che queste prendano il sopravvento e segnino il definitivo trionfo di una deriva antiumanista.

La necessità di regolamentare l'emersione dei nuovi domini digitali giustifica le riflessioni contenute nel presente scritto, incentrate sulla valorizzazione delle possibilità del controllo umano nell'era dell'Intelligenza Artificiale.

Di fronte alla realtà aumentata che scaturisce dall'IA, la visione antropocentrica dominante sin dai tempi dell'Illuminismo sembra cedere il passo ad un dominio dispotico ed insindacabile, che mette a repentaglio l'autonomia dell'individuo ed incrina la tradizionale tassonomia delle libertà individuali. L'idea stessa della democrazia, intesa come "governo del potere visibile"[2] vede sfumare i propri tratti caratterizzanti per assumere piuttosto le sembianze di un potere opaco, che agisce nella penombra. In questa dialettica tra visibile e invisibile, tra trasparenza e opacità[3], anche il principio personalista radicato nei moderni assetti costituzionali sembra progressivamente incrinarsi, sotto la spinta di sistemi assai pervasivi che marginalizzano la centralità dell'individuo. Nella Dichiarazione europea sui diritti e i principi digitali per il decennio digitale COM (2022)28, approvata nel gennaio 2022, viene chiaramente manifestato l'intento di elevare le aspirazioni delle persone e la loro libertà di scelta a criterio fondante il modello europeo per la transizione digitale[4].

L'obiettivo di rileggere la dicotomia umano/digitale non più in chiave distopica bensì collaborativa (*human-centric* and *trustworthy AI*) ha da sempre ispirato gli studi sull'informatica. Nel 1948 Norbert Wiener parla per la prima volta di «cibernetica», disciplina intesa a studiare i processi di controllo sulle macchine[5]. Un'esigenza analoga, quella del controllo, ispira tutt'oggi il dibattito pubblico sui sistemi di IA; non è un

[2] La visione della democrazia come "governo del potere visibile", contrapposta all'autocrazia e alle varie forme di potere eterogeneo, è il frutto di una celebre riflessione di Norberto Bobbio, comparsa per la prima volta in un articolo pubblicato su "La Stampa" il 23 novembre 1980.

[3] Di una opacità multiforme parla F. Faini, *Intelligenza artificiale e regolazione giuridica: il ruolo del diritto nel rapporto tra uomo e macchina*, in *Federalismi.it*, 2/2023, p. 1 e ss. Sottolinea brillantemente l'Autrice che l'approccio statistico e probabilistico su cui si basa l'IA è connotato da "una sorta di congenita opacità che caratterizza gli algoritmi, che si declina in un'opacità strutturale, derivante dal funzionamento degli stessi e dal fatto che resta non comprensibile persino ai programmatori l'iter logico seguito dalla macchina per giungere al risultato partendo dai dati a disposizione, cui si sommano un'opacità linguistica, dal momento che il linguaggio è informatico e non è quello naturale delle norme giuridiche, e una possibile opacità giuridica, nel caso in cui gli algoritmi e le soluzioni di intelligenza artificiale siano oggetto di diritti di proprietà intellettuale o industriale riconosciuti agli ideatori".

[4] Alla salvaguardia della libertà di autodeterminazione del soggetto è dedicato l'intero Capitolo III della Dichiarazione europea sui diritti e i principi digitali per il decennio digitale COM (2002)208, ove si evidenzia che "l'intelligenza artificiale dovrebbe fungere da strumento per le persone, con l'obiettivo ultimo di aumentare il benessere umano".

[5] N. Wiener, *Cybernetics or Control and Communication in the Animal and the Machine,* Cambridge, 1948. Sulla relazione tra cibernetica e diritto cfr. le illuminanti riflessioni di V. Frosini, *Cibernetica, diritto e società*, Milano, 1973. Cfr. anche A. Simoncini, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in A. D'Aloia (a cura di*), Intelligenza artificiale e diritto. Come regolare un mondo nuovo*, Franco Angeli, Milano, 2020, p. 66, il quale ripropone l'affinità tra le due discipline, poiché entrambe "mirano a studiare e a rendere prevedibili i modelli di comunicazione e controllo dei comportamenti collettivi".

caso che il termine *governance*, di derivazione anglosassone, condivida la matrice etimologica di cibernetica, da *kybernao*, "dirigere una nave".

Nel dibattito politico e accademico degli ultimi venti anni, il lemma *governance* viene spesso adoperato come sinonimo di *government* inteso quale istituzione, organizzazione, apparato[6]. Questa assimilazione, tuttavia, non può valere nel campo dell'Intelligenza Artificiale e, più in generale, delle nuove tecnologie, settori nei quali l'idea stessa dello Stato-apparato subisce un radicale ridimensionamento ed anche il principio di separazione dei poteri conosce una significativa rimodulazione. È allora più opportuno che la necessità di regolamentare l'evoluzione tecnologica in atto sia descritta come una forma di «*governance without government*»[7], una strategia antropocentrica di governo della complessità tecnica.

L'universalità e la singolarità dell'Intelligenza Artificiale involgono ogni sfera del pensiero umano, senza risparmiare neanche il diritto, da sempre chiamato a conformarsi alla realtà concreta, pur con l'innegabile difficoltà di dover regolare entità sempre più mutevoli, che evolvono ad una velocità incontrollabile[8]. Come ha rilevato il Garante nazionale per la protezione dei dati personali nel Parere reso sulla Proposta di Regolamento UE sull'Intelligenza Artificiale COM 2021 (206), sia l'IA che la riservatezza sono materie trasversali, "accomunate dal rappresentare la sfida, attuale e futura, lanciata dalla tecnica al diritto e alla sua possibilità di regolamentare anche ciò che appare, nella sua evoluzione incessante, più refrattario alla norma"[9].

Una tale ritrosia potrebbe condurre a pensare che si stia affermando una nuova concezione del diritto, non più in grado di regolare i fenomeni sociali dall'esterno, ma connaturato ai medesimi e connotato da un approccio essenzialmente proattivo[10]. Il giurista si trova inevitabilmente a dover affrontare domande nuove: quali aspetti regolare dell'IA e quali tralasciare, consentendo al "disordine ordinato"[11] di fare il suo

---

[6] Su questo tema cfr. le considerazioni di P. Benanti, *Human in the loop. Decisioni umane e intelligenze artificiali*, Mondadori, Milano, 2022, p. 135. L'Autore sottolinea che il termine *governance* è privo di un sostantivo corrispondente nella lingua italiana ed è generalmente utilizzato da economisti, politologi ed esperti di relazioni internazionali per marcare una distinzione ed una contrapposizione con il *government*. La nozione di *governance* si è diffusa anche a seguito dell'utilizzo del termine in alcuni documenti europei ufficiali, tra cui meritano di essere segnalati: *La governance, Un libro bianco*, COM (2001), 25 luglio 2001 e *OECD Economic Glossary. English-France*, OECD, Paris, 2006. Su questi ed altri aspetti, cfr. F. Scamardella, *La governance: genesi, diffusione e disavventure di un lemma fortunato*, in *Riv. Filosofia del Diritto*, 1/ 2021, p.11 e ss.

[7] L'espressione è mutuata dal titolo del volume di J. Rosenau e E. Czempiel, *Governance without Government: Order and Change in World Politics* (Cambridge Studies in International Relations), Cambridge University Press, 1992, DOI https://doi.org/10.1017/CBO9780511521775.

[8] Sul complesso rapporto tra IA e diritto si rinvia alla vasta letteratura di riferimento tra cui, *ex plurimis*, A. D'Aloia (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto*, *cit.*; G. Alpa, *Diritto e intelligenza artificiale. Profili generali, soggetti, contratti, responsabilità civile, diritto bancario e finanziario, processo civile*, Pacini Giuridica, Pisa, 2020; G. Cerrina Feroni, C. Fontana, E.C. Raffiotta (a cura di), *AI Anthology. Profili giuridici, economici e sociali dell'intelligenza artificiale*, Il Mulino, Bologna, 2022, G. Sartor, *L'intelligenza artificiale e il diritto*, Giappichelli, Torino, 2022.

[9] Il testo del Parere è liberamente consultabile sul sito del Garante.

[10] Su queste riflessioni, cfr. A. Santosuosso, *Intelligenza artificiale e diritto. Perché le tecnologie di IA sono una grande opportunità per il diritto*, Mondadori Università, Città di Castello, 2020, p. 26.

[11] L'eloquente espressione, riferita al mondo virtuale e all'*Internet of Things*, si deve a T.E. Frosini, *Il costituzionalismo nella società tecnologica*, *cit.*, reperibile online.

corso? Che tipo di regole adottare, soltanto giuridiche o anche etiche e tecniche e quale grado di vincolatività imporre?

Le riflessioni che seguono si focalizzano su alcuni aspetti etici e giuridici dell'IA, osservati attraverso la lente del controllo. Nella prima parte dello scritto, la prospettiva del controllo si dipana nelle trame dell'etica, traducendosi nella garanzia «*to keep human in the loop of AI*», che trova i suoi corollari nei principi di trasparenza, conoscibilità e non esclusività, valorizzati anche dai recenti orientamenti della giurisprudenza amministrativa sul cd. provvedimento algoritmico.

Nella seconda parte, il testo si concentra su alcuni profili regolatori dell'Intelligenza Artificiale, declinando la prospettiva del controllo nel contesto normativo europeo, fondato sul modello della gestione del rischio. La citata Proposta di Regolamento sull'IA mostra invero di condividere la prospettiva antropocentrica di governo della tecnica, rendendo però arduo circoscrivere i margini dell'intervento umano sui sistemi algoritmici. Seguono alcune riflessioni conclusive sulle reali modalità di valorizzazione del controllo in un'epoca caratterizzata da una nuova morfologia del potere di fronte all'emersione della sovranità digitale.

2. Le dimensioni del controllo tra etica e diritto: *human in the loop of AI*?

Nel 1958 Isaac Asimov, noto per l'elaborazione delle Leggi sulla robotica, scrive un racconto dal titolo "*Feeling of Power*", tradotto in italiano con "Nove volte sette". È la storia di un piccolo ometto dalle abilità intellettive sovraumane che risolve operazioni matematiche alla velocità di un calcolatore elettronico. Il racconto non ha un lieto fine perché il piccolo tecnico si determina al suicidio, schiacciato dal timore di perdere il controllo su tutto ciò che di potente è in grado di realizzare. La paura del robot che sovrasta l'umano è da sempre connaturata all'affermazione della tecnologia, come dimostra il fatto che le prime due leggi della robotica (comparse per la prima volta in un altro racconto scritto nel 1942, dal titolo "Circolo vizioso" contenuto nella medesima raccolta "Io, robot") siano finalizzate, direttamente o indirettamente, a garantire il primato dell'uomo.

Prima Legge (Non malvagità): Un robot non può recar danno a un essere umano né può permettere che, a causa del suo mancato intervento, un essere umano riceva danno;

Seconda Legge (Controllo umano): Un robot deve obbedire agli ordini impartiti dagli esseri umani, purché tali ordini non vadano in contrasto alla Prima Legge;

Terza Legge (Giustizia): Un robot deve proteggere la propria esistenza, purché la salvaguardia di essa non contrasti con la Prima o con la Seconda Legge.

L'età postmoderna è caratterizzata da un pervasivo bisogno di controllabilità, inteso come il potere di rendere la realtà "visibile, accessibile, gestibile e utile"[12], in una parola governabile. Lo sviluppo dell'Intelligenza Artificiale incrina la prospettiva del controllo, sia sul versante pubblicistico che su quello privatistico.

Dal primo punto di vista, entra in crisi la dimensione tradizionale del costituzionalismo, quale dottrina del limite al potere, e si afferma un nuovo costituzionalismo (cd. costituzionalismo post-moderno o digitale[13]), la cui funzione risulta inevitabilmente conformata dall'esigenza di limitare il potere algoritmico, per definizione non più concentrato in un luogo, ma naturalmente de-spazializzato e quindi difficile da limitare. L'impossibilità di definire i confini del mondo nuovo rende ardua l'individuazione di una qualche forma di regolazione giuridica, atteso che il diritto è per definizione legato ad uno spazio, al «dove»[14]. In questo contesto, l'Unione Europea interviene con discipline stratificate, improntate alla co-regolazione, nella consapevolezza che solamente un approccio normativo condiviso e partecipativo possa consentire una regolazione efficace nell'era della complessità[15].

Dal punto di vista privatistico, l'avvento dell'IA, dei Big Data e delle nuove tecnologie viene seriamente ad impattare sull'autonomia dell'individuo, tanto da rendere imprescindibile l'esigenza "*to keep the human in the loop of AI*", ossia di garantire che gli individui siano attori informati delle scelte che li riguardano[16].

In verità, la scissione tra prospettiva pubblicistica e privatistica è probabilmente il frutto di una concezione separatista e tralatizia del diritto, non più attuale di fronte a fenomeni nuovi che richiedono un approccio unitario ed interdisciplinare, in grado di coniugare ambiti diversi della scienza, inclusa quella giuridica. Controllo del potere (*rectius* dei poteri) e autonomia dell'individuo sono infatti due facce della medesima medaglia, destinate a interferire nel campo dell'IA, ove è ineluttabile il coinvolgimento delle libertà individuali, connotato insopprimibile della persona umana e valore fondante dello Stato di diritto.

Gli effetti pervasivi degli algoritmi sulla società sono alla base della dimensione etica sottesa allo sviluppo dei sistemi di IA, una dimensione difficile da perimetrare, alla luce dei rischi inevitabili ed imprevedibili

[12] La citazione è tratta da H. Rosa, *Unverfügbarkeit* (Indisponibilità), Salisburgo-Vienna, Residenza, 2018, richiamato in G. Lo Storto – D. Manca, Prefazione a F. Pasquale, *Le nuove leggi della robotica. Difendere la competenza umana nell'era dell'Intelligenza Artificiale*, Luiss University Press, Roma, 2021, p.9.

[13] Cfr. G. Di Gregorio, *Digital Constitutionalism in Europe*, Cambridge University Press, Cambridge, 2022.

[14] Cfr. N. Irti e E. Severino, *Dialoghi su diritto e tecnica*, Roma-Bari, Edizioni Laterza, 2001.

[15] In particolare, la Proposta di Regolamento sull'IA, di cui si dirà *infra*, si inscrive in un quadro di regolamenti che delineano la cd. strada europea per l'IA: il *Data Governance Act* (Regolamento UE 2022/869), il *Digital Services Act* (Regolamento UE 2022/2065), il *Digital Markets Act* (Regolamento UE 2022/1925) e il *Data Act* (proposto il 23 febbraio 2022). Sugli approcci regolatori in questo settore si veda il recente scritto di A. Simoncini, *La co-regolazione delle piattaforme digitali*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 4/2022, pp. 1031-1050.

[16] Cfr. A. Pajno, M. Bassini, G. De Gregorio, M. Macchia, F.P. Patti, O. Pollicino, S. Quattrocolo, D. Simeoli, P. Sirena, *Intelligenza Artificiale: criticità emergenti e sfide per il giurista*, in *BioLaw Journal*, 3/2019, p. 205 ss.

per i diritti umani. Questi aspetti sono oggetto di studio da parte dell'«algoretica»[17], neologismo utilizzato per indicare quella branca dell'etica - comunemente nota come «etica applicata» - che analizza le implicazioni economiche, sociali e culturali di un certo fenomeno ed i modelli comportamentali di gestione[18]. Nel campo dell'IA, la letteratura suole spesso riferirsi anche all'«etica digitale», dedicata allo studio ed alla valutazione delle questioni morali relative a dati, informazioni, algoritmi e alle pratiche corrispondenti, al fine di formulare soluzioni moralmente valide[19].

Nel 2018, un Gruppo di Esperti di alto livello sull'IA, nominato dalla Commissione europea, ha redatto un catalogo dei principi etici per promuovere un'IA affidabile durante l'intero ciclo di vita del sistema, basato essenzialmente su tre componenti: legalità; eticità e robustezza[20]. Nello specifico, tra gli imperativi etici che devono guidare lo sviluppo ed il funzionamento di qualsiasi sistema di IA figurano quello di prevenzione dei danni (*Do Not Significant Harm*, DNSH), di equità, di esplicabilità e del rispetto dell'autonomia umana[21].

L'IA antropocentrica si fonda quindi su principi che hanno già un precipuo riconoscimento giuridico in altri atti e documenti europei (si pensi *in primis* alle norme in materia di protezione dei dati personali o a tutela dei consumatori) e tuttavia, come espressamente chiarito dal Gruppo di esperti, "l'adesione ai principi etici va oltre il rispetto formale del diritto vigente"[22].

Una delle prime accezioni in cui si declina lo *human in the loop* (HITL) è dunque connessa al rispetto dell'autonomia umana, che si traduce nell'esigenza di "garantire la sorveglianza ed il controllo dei processi operativi nei sistemi di IA da parte di esseri umani"[23]. Lo HITL opera come principio «a geometria

[17] Il lemma «algoretica» è stato coniato dal teologo Paolo Benanti per indicare una disciplina nata in risposta all'«algocrazia», cioè al dominio degli algoritmi, e volta ad indagare i risvolti etici derivanti dall'uso massiccio delle tecnologie informatiche. Su questi aspetti cfr. l'opera di P. Benanti, *Oracoli. Tra algoretica e algocrazia*, Luca Sossella editore, Roma, 2018.

[18] Su questi ed altri profili di carattere etico cfr. U. Pagallo, *Etica e diritto dell'Intelligenza Artificiale nella governance del digitale: il Middle-out Approach,* in U. Ruffolo (a cura di), *Intelligenza artificiale - Il diritto, i diritti, l'etica*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2020. Anche secondo le Linee Guida elaborate dall'High-Level Expert Group on AI (*Ethics guidelines for trustworthy AI*, disponibili online), l'etica applicata rappresenta una delle partizioni dell'etica accanto a metaetica, etica normativa ed etica descrittiva.

[19] L. Floridi, *op. cit*., p. 3. L'Autore ricostruisce il rapporto tra etica e *governance* secondo una relazione di complementarietà, per cui l'una conforma l'altra ma entrambe restano diverse e non totalmente sovrapponibili.

[20] High-Level Expert Group on AI, *Ethics guidelines for trustworthy AI*, *cit*., consultabili online.

[21] I quattro principi etici si ricollegano ad analoghi diritti fondamentali riconosciuti dalla Carta di Nizza. In particolare, la prevenzione dei danni è strettamente connessa alla protezione dell'integrità fisica e psichica (sancita dall'art.3). L'equità è strettamente connessa ai diritti alla non discriminazione, alla solidarietà e alla giustizia (artt.21 e ss.). L'esplicabilità e la responsabilità sono strettamente connesse ai diritti relativi alla giustizia (art.47). Infine, il rispetto dell'autonomia umana è strettamente connesso al diritto alla dignità umana e alla libertà (sanciti dagli artt. 1 e 6 della Carta).

[22] High-Level Expert Group on AI, *Ethics guidelines for trustworthy AI, cit.,* p.13.

[23] Secondo il Gruppo di Esperti, *ibidem*, "gli esseri umani che interagiscono con i sistemi di IA devono poter mantenere la propria piena ed effettiva autodeterminazione e devono poter essere partecipi del processo democratico. I sistemi di IA non devono subordinare, costringere, ingannare, manipolare, condizionare o aggregare in modo ingiustificato gli esseri umani. Al contrario, devono essere progettati per aumentare, integrare e potenziare le abilità cognitive, sociali e

variabile» e trova differenti declinazioni a seconda del settore di incidenza del sistema di IA. L'esigenza di assicurare la sorveglianza umana risulta invero maggiormente avvertita quanto maggiore è il grado di autonomia delle macchine[24].

Secondo la definizione contenuta nella Risoluzione del Parlamento Europeo del 2017, l'autonomia si sostanzia nella capacità della macchina "di prendere decisioni e metterle in atto nel mondo esterno, indipendentemente da un controllo o un'influenza esterna"[25]. La prospettiva del controllo rappresenta dunque la chiave di volta per arginare l'autonomia decisionale ed operativa delle macchine, considerata dall'UE la vera rivoluzione indotta dall'Intelligenza Artificiale[26].

In particolare, l'apporto del supervisore umano sulla macchina può tradursi in prima battuta nell'«approccio con intervento umano» (*Human In The Loop in senso proprio*), che è il modello più garantista e prevede una costante interazione uomo/macchina. Questo approccio è tipico di settori ad alto rischio, quali la diffusione di auto a guida autonoma, in cui all'uomo deve essere riconosciuto un controllo costante, che gli consenta anche di arrestare il sistema qualora non lo ritenga sicuro.

Diverso è l'«approccio con supervisione umana» (*Human On The Loop*) che assicura un controllo minimo, solo *ab estrinseco*, in fase di progettazione o di monitoraggio del sistema. È diffuso, ad esempio, in ambito medico, per consentire all'operatore sanitario di intervenire a valle di una radiografia eseguita dalla macchina.

Da ultimo, l'«approccio con controllo umano» (*Human In Command*) consente un monitoraggio costante sul sistema e sui suoi effetti, lasciando ampia discrezionalità al supervisore che potrebbe finanche decidere di non servirsene in una certa situazione o di ignorare la decisione assunta mediante l'IA[27].

La letteratura in materia e la recente legislazione europea riferiscono la garanzia della sorveglianza umana unicamente ai processi decisionali che adoperano sistemi di *machine learning* e, in particolare, di *deep learning*[28], contesti cioè nei quali la decisione algoritmica assume la fisionomia di una "*black box*"[29]. Il

culturali umane. La distribuzione delle funzioni tra esseri umani e sistemi di IA dovrebbe seguire i principi di progettazione antropocentrica e lasciare ampie opportunità di scelta all'essere umano".

[24] Cfr. L. Rinaldi, *Intelligenza artificiale, diritti e doveri nella Costituzione italiana*, in *DPCE online*, 1/2022, p. 201 ss.

[25] Parlamento europeo, Risoluzione del 16 febbraio 2017, 2015/2103(INL). Il documento, recante "Raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica", riveste un'importanza prioritaria nel quadro normativo europeo sul digitale, atteso che per la prima volta si dà atto delle implicazioni di carattere etico e giuridico derivanti dalla diffusione dell'IA e dei rischi sottesi in punto di prevedibilità e trasparenza di questi sistemi.

[26] Cfr. A. Amidei, *La* governance *dell'Intelligenza Artificiale: profili e prospettive di diritto dell'Unione Europea*, in U. Ruffolo (a cura di), *Intelligenza artificiale - Il diritto, i diritti, l'etica, cit.,* p. 571 ss.

[27] Per un'analoga classificazione cfr. Commissione europea, *Libro Bianco sull'intelligenza artificiale. Un approccio europeo all'eccellenza e alla fiducia* (COM 2020/65 final), 19 febbraio 2020, pp. 21-23.

[28] Per un inquadramento sugli aspetti tecnici v. P. Traverso, *Breve introduzione tecnica all'Intelligenza Artificiale*, in *DPCE online*, 1/2022, pp. 155-168. Cfr. anche F. Lagioia – G. Sartor, *Profilazione e decisione algoritmica: dal mercato alla sfera pubblica,* in *Federalismi.it,* 11/2020, p. 88 e ss., i quali distinguono tre principali approcci di apprendimento automatico: apprendimento supervisionato, apprendimento per rinforzo e apprendimento non supervisionato.

[29] La fortunata espressione si deve all'opera di F. Pasquale, *The black box society: the secret algorithms that control money and society*, Harvard University Press, 2016.

pensiero va in primo luogo alle reti neurali artificiali, costruite per imitare, mediante l'autoapprendimento, un'operazione tipica della mente umana e compierla ad una velocità assai superiore. Tali sistemi si autodeterminano in base a regole interne non conoscibili né *ex ante* né *ex post*, rendendo così difficile governare la macchina ed eventualmente correggerne *output* errati o comunque indesiderati.

Uno scenario, quello attuale, non troppo lontano da quello che immaginava il padre dell'Intelligenza Artificiale, Alan Turing, il quale negli anni Cinquanta osservava: "Una macchina capace di apprendere realizza gli obiettivi che le sono affidati, senza che l'uomo abbia indicato alla macchina come procedere, e anzi senza che egli abbia consapevolezza di ciò che accade all'interno della macchina"[30].

3. La conoscibilità tra legge ed algoritmo: *Code is Law*?

Alla luce del quadro tracciato, appare evidente il rischio che dinamiche decisorie sorrette da tecnologie di IA possano facilmente infrangere il principio di legalità e quei corollari che rappresentano il cardine dello Stato di diritto: trasparenza, conoscibilità e non esclusività della decisione algoritmica.

In questo contesto, il modello di Stato tradizionale vede dissolversi i suoi elementi costitutivi: "la produzione, diffusione, circolazione, elaborazione dei dati per definizione non incontra limiti territoriali, non conosce un popolo di riferimento (…) e, soprattutto, non accetta, non riconosce, non subisce l'autorità dello Stato che non è più in grado di esercitare la sua sovranità su un territorio e su un popolo"[31]. Ne deriva una "sensazione diffusa di anomia, che diventa pervasiva e lascia le nostre società attonite"[32].

L'esigenza di regolare e di orientare finalisticamente i comportamenti umani sembra l'aspetto che accomuna il formante legislativo ("*ubi societas ibi ius*") ed il fenomeno algoritmico ("*ubi data society ibi ius*"[33]). Come afferma Paolo Benanti in una recente intervista, questa affinità è in verità più apparente che reale: sia l'algoritmo che la legge condividono forse le finalità, ma divergono significativamente nella fisionomia, atteso che la legittimità della legge proviene dalla sua conoscibilità, universalità e generalità e nessuno di questi aspetti trova riscontro nell'algoritmo[34].

---

[30] L'osservazione è riportata da G. Sartor e F. Lagioia, *Le decisioni algoritmiche tra etica e diritto*, in U. Ruffolo (a cura di), *Intelligenza artificiale - Il diritto, i diritti, l'etica, cit.,* p. 69.

[31] B. Caravita, *Letture di diritto costituzionale*, Giappichelli Editore, Torino, 2021, p. 64.

[32] *Ibidem*.

[33] La locuzione, assai eloquente, è di F. Faini, *Data society. Governo dei dati e tutela dei diritti nell'era digitale*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2019.

[34] Il testo dell'intervista è reperibile online. Secondo il teologo, "tra i principi formali dello Stato di diritto ci sono le leggi. Gli algoritmi hanno una funzione molto simile a quella delle leggi, che sono fatte per orientare i comportamenti dei cittadini. Ma una legge è legittima se conoscibile, se è universale e se è generale (…). Gli algoritmi sono universali e conoscibili? Il codice non è conoscibile, perché è protetto da *copyright*, ma anche se fosse *open source* nel momento in cui viene compilato da una macchina il compilatore può iniettare qualsiasi cosa nel codice e renderlo non più conoscibile. È universale? No, perché profila e sceglie lui a chi rivolgersi. È generale? No, perché obbedisce solo al soggetto che rimane in quel *server*. Allora ecco che questa nuova disposizione degli algoritmi, nati per motivi commerciali e ora capaci di orientare l'opinione pubblica, generano una tensione a un livello molto profondo tra loro e lo Stato di diritto. La questione è perciò questa: oggi ci troviamo di fronte a un bisogno di dare alla democrazia dei nuovi anticorpi di fronte

La questione della conoscibilità non rappresenta un problema soltanto etico ma ha la sua rilevanza anche sul piano giuridico, come conferma la circostanza che questi principi - oltre ad avere un esplicito riconoscimento normativo nella disciplina europea sulla protezione dei dati personali - hanno di recente rappresentato anche l'oggetto di alcune importanti pronunce del giudice amministrativo nazionale. In quella occasione, il Consiglio di Stato – dopo aver superato le obiezioni mosse in punto di conformità del provvedimento algoritmico al principio di legalità dell'azione amministrativa e al rispetto degli *hearing rights*[35] - mostra di ritenere fondamentale la garanzia dell'interazione uomo-macchina anche nell'ambito dei rapporti amministrativi, verificando in che misura sia ipotizzabile un controllo umano sul procedimento. Invero, richiamando la disciplina europea a tutela della privacy, il giudice amministrativo declina il principio *human in the loop* in una duplice prospettiva volta ad assicurare, da un lato, la piena conoscibilità dei criteri applicati e del modello adoperato (principio di trasparenza) e, dall'altro, l'imputabilità della decisione all'organo titolare del potere, il quale deve essere in grado di verificare la logicità e la legittimità della scelta e degli esiti, intervenendo per validare ovvero smentire la decisione automatizzata[36].

Sul piano normativo, come accennato, l'esigenza di conoscibilità ispira in primo luogo la disciplina europea sulla protezione dei dati personali (Regolamento UE 2016/679, *General Data Protection Regulation* - GDPR) ed implica la comprensibilità (artt. 13 - 14) e la non esclusività della decisione automatizzata (art. 22)[37], in un contesto di *legal protection by design and by default*.

queste nuove sfide". Per considerazioni analoghe cfr. A. Nuzzo, *Algoritmi e regole*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 1/2019, p. 39, il quale sottolinea che la "legge algoritmica si trova priva di punti di incontro con la legge statuale" e "l'algoritmo – figlio dell'autonomia privata – s'impone oggi come nuovo potere in grado di esercitare una forza uguale e contraria, comunque autonoma rispetto a quella della norma statuale".

[35] Questi profili hanno inizialmente determinato un atteggiamento di chiusura della giurisprudenza amministrativa (soprattutto di merito) rispetto al ricorso a procedure informatiche, che avrebbe comportato "la deleteria prospettiva orwelliana di dismissione delle redini della funzione istruttoria e di abdicazione a quella procedimentale" (Tar Lazio, Sez. III *bis*, sentenza n. 9224 del 10 settembre 2018). La svolta si è avuta con alcune sentenze del Consiglio di Stato rese nella nota vicenda della "buona scuola". Cfr., da ultimo, Cons. Stato, Sez. VI, sentenza n. 881 del 4 febbraio 2020, che richiama i precedenti in termini di Sez. VI, n.2270 dell'8 aprile 2019 e n.8472 del 13 dicembre 2019. Di recente, sulla distinzione tra impiego di un algoritmo e utilizzo di sistemi di Intelligenza Artificiale, v. Cons. Stato, Sez. III, sentenza n. 7891 del 25 novembre 2021.

[36] Per un'analisi della giurisprudenza amministrativa e del principio di trasparenza nelle procedure automatizzate cfr. N. Muciaccia, *Algoritmi e procedimento decisionale: alcuni recenti arresti della giustizia amministrativa*, in *Federalismi.it,* 10/2020. Cfr. anche G: Lo Sapio, *La trasparenza sul banco di prova dei modelli algoritmici*, in *Federalismi.it*, 11/2021, p. 242 ss. e I.A. Nicotra e V. Varona, *L'algoritmo, intelligente ma non troppo*, in *Rivista AIC*, 4/2019. Cfr. anche M. Luciani, *La decisione giudiziaria robotica*, in A. Carleo (a cura di), *Decisione robotica*, Il Mulino, Bologna, 2020, p. 63 e ss.

[37] Su questi aspetti, si vedano i contributi contenuti in F. Pizzetti (a cura di), *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Giappichelli, Torino, 2018. Si veda anche G. Finocchiaro, *Intelligenza Artificiale e protezione dei dati*, in *Giurisprudenza italiana,* 7/2019, p. 1657 ss. e M. Palmirani, *Interpretabilità, conoscibilità, spiegabilità dei processi decisionali automatizzati*, in U. Ruffolo (a cura di), *XXVI lezioni di Diritto dell'Intelligenza artificiale*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 66 ss.

Risulta tuttavia evidente che il «diritto alla spiegabilità»[38] dell'algoritmo spesso trascende il campo della protezione dei dati personali per intersecare quello più generale della tutela della persona umana nella sua complessità[39]. La comprensibilità (o *explainability*) si traduce nella pretesa del soggetto destinatario alla conoscenza dell'esistenza di decisioni algoritmiche che lo riguardano e, al contempo, nel dovere in capo al responsabile del trattamento dei dati di informare l'interessato: si traduce, in una parola, nella trasparenza del sistema di IA[40]. È tuttavia dibattuto se la trasparenza operi soltanto *ex ante*, ossia in un momento antecedente al trattamento automatizzato, ovvero sia tale da imporre al titolare del trattamento di fornire una specifica giustificazione sulla decisione finale assunta dal sistema, in funzione di garanzia *ex post*[41].

Nella realtà dei fatti, tuttavia, è ingenuo pensare che, inseriti determinati *input*, l'algoritmo generi sempre esiti comprensibili o che sia sempre conoscibile l'iter in base al quale determinati *output* sono stati generati: il rischio è dunque quello di produrre un risultato sostanzialmente opaco che incrina la fiducia degli individui verso la decisione algoritmica, impattando anche sulle libertà e sui diritti fondamentali delle persone[42]. Per questo motivo, in funzione compensativa, opera il principio di non esclusività della decisione. L'art. 22 del GDPR prevede infatti che, nel caso in cui una decisione automatizzata «produca effetti giuridici che riguardano o che incidano significativamente su una persona», questa ha diritto a che tale decisione non sia basata unicamente su tale processo automatizzato.

Deve cioè comunque esistere nel processo decisionale un contributo umano capace di controllare, validare ovvero smentire la decisione automatica. Questa affermazione, chiara declinazione dello HITL,

[38] V. L. Floridi, J. Cowls, M. Beltrametti, R. Chatila, P. Chazerand, V. Dignum, C. Luetge, R. Madelin, U. Pagallo, F. Rossi, B. Schafer, P. Valcke, e E. Vayena, *AI4People – An Ethical Framework for a Good AI Society: Opportunities, Risks, Principles, and Recommendations*, in *Minds and Machines,* 2018, 28 (4), pp. 689-707.

[39] Cfr. U. Pagallo, *Algoritmi e conoscibilità*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 1/2020, p. 93 ss.

[40] Il tema della trasparenza può essere indagato da molteplici profili che attengono, in via esemplificativa, alla tracciabilità dei dati, all'accesso al codice sorgente posto a fondamento dell'algoritmo e alla connessa protezione della proprietà intellettuale. Su questi aspetti si veda M. Palmirani, *Big Data e conoscenza*, in *Riv. Filosofia del Diritto*, 1/2020, p. 74 e ss. e V. Zeno-Zencovich, *Dati, grandi dati, dati granulari e la nuova epistemologia del giurista*, in *Rivista di diritto dei media*, 2/2018, pp. 32-38.

[41] Sui termini del dibattito cfr. S. Wachter, B. Mittelstadt e L.Floridi, *Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation*, in *International Data Privacy Law* 2017, 7 (2), pp. 76-99. V. anche E. Longo, *I processi decisionali automatizzati e il diritto alla spiegazione*, in A. Pajno, F. Donati, A. Perrucci (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto: una rivoluzione?,* Vol. I, Il Mulino, Bologna, 2022, p. 349 ss. L'Autore evidenzia come "un mero diritto alla spiegazione che si basi solo sul rendere trasparente la logica utilizzata dagli algoritmi di intelligenza artificiale potrebbe non bastare. Per realizzarsi nella sua pienezza, in molte circostanze l'informazione fornita dovrebbe includere anche la conoscibilità dei dati che hanno dato vita alla decisione automatizzata e soprattutto si dovrebbe consentire a chi gestisce la macchina di agire verso il sistema in ogni momento. Un intervento umano senza che siano noti il set di dati e i fattori che possono comportare le loro inesattezze sarebbe inutile".

[42] Su questi aspetti cfr. l'interessante scritto di M. Ebers, *Regulating AI and Robotics: Ethical and Legal Challenges*, in M. Ebers, S. Navas Navarro (eds.), *Algorithms and Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019, disponibile in *open access*.

rischia tuttavia di tradursi in una mera enunciazione di principio, per due ordini di ragioni[43]: da un lato, perché lo stesso articolo contempla una serie di eccezioni di ampissima portata che, di fatto, finiscono per svuotare di contenuto la regola (si pensi per esempio al consenso esplicito dell'interessato, paradigma oggi decisamente inadatto a fornire un livello adeguato di protezione all'utente in rete). Dall'altro lato, il principio di *accountability* impone di non sottoporre i privati a decisioni basate *unicamente*[44] sul trattamento automatizzato, non operando perciò ogniqualvolta vi sia una cooperazione (anche minima) tra paradigma decisorio umano e algoritmico[45]. Tutti i principi evocati rispondono, in ultima istanza, alla necessità di garantire all'essere umano la possibilità di capire e tenere traccia delle decisioni prese dal sistema: una tale aspirazione rischia tuttavia di rimanere meramente ideale laddove sia destinata ad operare in un contesto che evolve ad una velocità strabiliante[46].

Alla luce del quadro tratteggiato, l'attuazione della garanzia di conoscibilità sembra lasciare irrisolti numerosi nodi problematici. Il diritto all'intervento umano potrebbe infatti non essere effettivo, in un ambito, come quello dell'IA, che si nutre continuamente di dati, per definizione non intellegibili all'uomo[47]. Anche qualora venisse consentito l'accesso al dataset di *input* del sistema, permane il dubbio che questo non sia sufficiente ad assicurare la dimensione costituzionale nell'ecosistema virtuale[48]. Ci sono infatti alcuni settori in cui il paradigma dello HITL appare difficilmente attuabile, stante il rischio paventato in dottrina del cd. *effetto moutunnier*[49], e cioè la tendenza del decisore umano ad appiattirsi sul

[43] Cfr. E. Falletti, *Decisioni automatizzate e diritto alla spiegazione: alcune riflessioni comparatistiche*, in *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2/2019, in cui l'Autore parla di questa norma in termini di "barriera difensiva simbolica". V. anche B. Marchetti, *La garanzia* dello human in the loop *alla prova della decisione algoritmica amministrativa*, in *BioLaw Journal*, 2/2021, p. 367 ss.

[44] In merito all'utilizzo dell'avverbio «unicamente» è emerso un dibattito tutt'oggi non sopito, i cui termini sono riassunti da E. Pellecchia, *Profilazione e decisioni automatizzate al tempo della black box society: qualità dei dati e leggibilità dell'algoritmo nella cornice della responsible research and innovation*, in *Leggi civili commentate*, 2018, 5, p. 1224.

[45] Cfr. D. Martire, *Intelligenza artificiale e Stato costituzionale*, in *Diritto Pubblico*, 2/2022, p. 397 ss.

[46] Si pensi alla recente diffusione di sistemi di IA generativa sul modello di chatGPT, che mettono a dura prova la tenuta del sistema.

[47] Eloquente è la definizione di *Big Data* che troviamo sul sito dello *European Data Protection Supervisor* (EDPS): "Big Data means large amounts of different types of data produced at high speed from multiple sources, whose handling and analysis require new and more powerful processors and algorithms. Not all these data are personal, but many players in the digital economy increasingly rely on the large-scale collection of and trade in personal information. As well as benefits, these growing markets pose specific risks to individual's rights to privacy and to data protection". Sui *Big Data* e sul dibattito definitorio v. G. De Minico, *Big Data e la debole resistenza delle categorie giuridiche. Privacy e lex mercatoria*, in *Diritto Pubblico* 1/2019, p. 89 e ss.

[48] Sul tema della conoscibilità e sulla rilevanza anche delle cd. ontologie informatiche, cfr. M. Palmirani, *Big Data e conoscenza*, *cit.*

[49] L'espressione, invocata con riguardo al settore della giustizia, si deve a A. Garapon, J. Lassègue, *Justice digitale. Révolution graphique et rupture anthropologique*, Paris, PUF, 2018, p. 239.
Il rischio di un *anchoring effect* è messo in luce anche da D.U. Galetta, *Human-stupidity-in-the-loop? Riflessioni (di un giurista) sulle potenzialità e i rischi dell'Intelligenza Artificiale*, Editoriale del 22 febbraio 2023, in *Federalismi.it*, 5/2023. Con specifico riferimento all'assunzione di decisioni amministrative, l'Autrice sottolinea che una delle limitazioni più note della mente umana attiene ai cd. pregiudizi cognitivi, cioè "errori sistematici che influenzano il nostro giudizio e il nostro processo decisionale", e tra cui rientrano i cd. *bias* di conferma, in base ai quali "gli esseri umani tendono cioè a cercare e validare

ragionamento algoritmico e a non discostarsene reputandolo tendenzialmente infallibile. Per queste ragioni, non è isolata la tesi di dar vita ad un *nuovo* diritto alla spiegabilità nel contesto algoritmico[50], che prenda atto dell'assunto per cui oggi, nella dimensione digitale, anche il codice informatico detta legge ("*code is law*"[51]).

Lo scenario che si prospetta è compendiato in un *framework* normativo in cui coesistono fonti assai eterogenee, dal diritto positivo - nazionale e sovranazionale - alle norme sociali e consuetudinarie, con un ruolo di spicco riconosciuto alle forze di mercato e ai poteri privati. La complessità del quadro normativo e la carenza di conoscibilità dei dati che compongono il processo decisionale automatizzato necessitano di essere "bilanciate" da adeguati meccanismi di responsabilità, al fine di predisporre una regolazione sostanzialmente uniforme che non risenta delle diverse impostazioni giuridiche nazionali[52].

4. La Proposta di Regolamento dell'Unione europea: il controllo del rischio

La garanzia di un controllo umano sul dominio algoritmico è stata presa in considerazione anche nell'ambito della recente Proposta di Regolamento sull'IA (COM/2021/206 *final*, noto come *AI Act*), presentata dalla Commissione il 21 aprile 2021. In un'ottica antropocentrica, il legislatore europeo sembra compiere un importante passo in avanti e, nel solco delle indicazioni contenute nel Libro Bianco sull'intelligenza artificiale[53], decide di condividere la declinazione più rigorosa del principio *human in the loop*. Il principio del controllo, insieme a quello di prevenzione (*Do Not Significant Harm*) e cooperazione istituzionale, rappresenta uno dei cardini su cui si fondano le diverse tecniche di protezione adoperate dal legislatore europeo[54].

Consapevole della insopprimibilità dei rischi insiti nelle nuove tecnologie per la salute, la sicurezza e i diritti fondamentali, l'art.14 dell'*AI Act* prevede che l'essere umano debba essere posto nella condizione di comprendere le potenzialità ed i limiti del sistema, in modo da rilevare ed affrontare tempestivamente possibili anomalie, potendo giungere finanche ad interrompere il funzionamento della macchina mediante uno *stop button*. Si adotta dunque un modello di sorveglianza del tipo *human in command*, ritenuto il più adeguato al fine di impedire la temuta deriva antiumanista. Tale modello risulta però riferito unicamente

quelle informazioni che supportano le loro convinzioni; e ad ignorare invece le informazioni che le contraddicono". Sulla base di ciò, difficilmente il funzionario umano si discosterà dalle risultanze dell'algoritmo.

[50] V. M. Fasan, I *principi costituzionali nella disciplina dell'Intelligenza Artificiale. Nuove prospettive interpretative*, in *DPCE online*, 1/2022, p.181 ss.

[51] Il tema è approfondito nel celebre libro di L. Lessig, *Code and Other Laws of Cyberspace*, New York, Basic Book, 1999.

[52] Sui vari modelli di responsabilità prospettabili cfr. F. Faini, *Intelligenza artificiale e regolazione giuridica, cit.,* pp. 13-14.

[53] Commissione europea, *Libro Bianco sull'intelligenza artificiale. Un approccio europeo all'eccellenza e alla fiducia* (COM 2020/65 final), 19 febbraio 2020, p. 23.

[54] G. Alpa, *Quale modello normativo per l'intelligenza artificiale*? *cit.*, p. 1011.

ai «sistemi ad alto rischio», potenzialmente idonei ad avere un impatto notevole sugli individui e perciò soggetti a regole specifiche e più stringenti rispetto alle restanti applicazioni di IA.

Come noto, il legislatore europeo ha infatti prescelto un modello di regolazione duttile, prevedendo obblighi la cui rigidità viene parametrata al maggiore o minore livello di rischio del sistema di IA[55], desumibile dalla funzione svolta e dalle «finalità e modalità specifiche di utilizzo»[56]. Una classificazione di questo tipo risponde all'esigenza di tutelare i diritti fondamentali dell'individuo, evitando che il grado di rischio diventi intollerabile ed identificando, a tal fine, un punto di equilibrio tra sviluppo economico e protezione della sfera individuale.

In particolare, il Regolamento individua quattro livelli di rischio[57]. In primo luogo, si distinguono sistemi «a rischio inaccettabile» (quali quelli che utilizzano tecniche subliminali al fine di distorcere il comportamento umano, come i sistemi di *social scoring*) vietati perché in contrasto con i valori dell'Unione, salvo che sussistano alcune situazioni eccezionali che ne giustifichino l'utilizzo (art. 5). Queste deroghe, perlopiù rispondenti a ragioni di ordine pubblico, lasciano in realtà un ampio margine di discrezionalità in capo allo Stato[58]. Ciò, se da un lato favorisce la naturale flessibilità di una disciplina volta a regolamentare sistemi in continua evoluzione[59], dall'altro apre al rischio di un'eccessiva frammentazione

[55] Per «rischio» si intende, in senso ampio, la possibilità che si verifichino impatti negativi di qualsiasi genere su un individuo o sulla società. Una regolazione fondata sul *risk-based approach* comporta l'individuazione di differenti classi di rischio e, specularmente, l'individuazione di regimi normativi differenziati. Cfr. punto 26.1 delle *Policy and investiment reccomendations for thrusty AI,* pubblicate il 29 giugno 2019 e disponibili qui. Lo stesso approccio era stato condiviso dal Libro Bianco della Commissione sull'Intelligenza Artificiale del 19 febbraio 2020, che impone il modello *risk-based* unicamente per i sistemi ad alto rischio, destinatari di una regolazione di carattere prescrittivo, a differenza delle altre applicazioni, per cui si ritiene sufficiente un sistema di etichettatura su base volontaria (cfr. p. 27).
Nella Relazione della Commissione che illustra la Proposta di Regolamento, la delimitazione del concetto di rischio viene operata in connessione ai possibili pregiudizi per la sfera individuale e collettiva, specificando che «the same elements and tecniques that power the socio-economic benefits of AI can also bring about new risks or negative consequences for individuals or the society».
Analogamente cfr. Considerando 4, ove si ribadisce che «artificial intelligence may generate risks and cause harm to public interests and rights that are protected by Union law».
La dottrina censura il fatto che la nozione di rischio non sia direttamente desumibile dalla lettura della bozza di Regolamento, ove vi è soltanto il collegamento con "una scala di criticità identificata dalla Commissione sulla base delle tecnologie di AI e a seconda degli ambiti nei quali esse vengono utilizzate" (così O. Pollicino, G. De Gregorio, F. Paolucci, F. Bavetta, *Regolamento AI, la "terza via" lascia troppi nodi irrisolti: ecco quali*, 21 maggio 2021).

[56] Relazione illustrativa alla Proposta, p. 14.

[57] Per un'analisi approfondita e per applicazioni esemplificative dei vari sistemi di IA suddivisi in base al livello di rischio, cfr. D. Messina, *La proposta di regolamento europeo in materia di Intelligenza Artificiale: verso una "discutibile" tutela individuale di tipo consumer-centric nella società dominata dal "pensiero artificiale",* in *Rivista di diritto dei media*, 2/2022, pp. 196 e ss.

[58] Una deroga si lega, per esempio. alla possibilità di utilizzo di sistemi di identificazione biometrica remota "in tempo reale" in spazi accessibili al pubblico a fini di attività di contrasto, per individuare potenziali vittime specifiche di reato. In generale, sulla derogabilità del divieto di utilizzare sistemi «a rischio inaccettabile» e, in particolare, sui meccanismi di riconoscimento facciale, cfr. T. Madiega e H. Mildebrath, *Regulating facial recognition in the EU,* 2021, reperibile online.

[59] Cfr. S. Ranchordas, *Constitutional Sunsets and Experimental Legislation: A Comparative Perspective*, Edward Elgar, Cheltenham, 2014. L'Autrice sottolinea che "the rapid social and technological acceleration of society (…) does not interact well with slow-going legislators, resistance to legal change, obsolete laws, excessive administrative burdens and a perception of the rule of law as a law of permanent rules".

normativa a livello nazionale che vanifichi la finalità di armonizzazione perseguita dalla regolazione europea[60].

Il fatto che la Commissione europea abbia deciso di imporre un divieto assoluto per determinate tecnologie - una sorta di "*red line*" basata su concetti giuridici indeterminati[61] - rappresenta un'innovazione significativa nella regolazione del digitale, considerando che questo approccio diverge significativamente da quello del documento redatto dal Gruppo di Esperti, il quale si limita a segnalare le criticità insite in alcuni sistemi, senza addivenire ad un definitivo divieto[62].

Il Titolo III del Regolamento è invece dedicato ai richiamati sistemi di IA «ad alto rischio» (art. 6), che «hanno un impatto nocivo significativo sulla salute, la sicurezza e i diritti fondamentali delle persone nell'Unione»[63] e che rappresentano l'asse portante della disciplina[64]. Questi sistemi sono elencati nell'Allegato III e concernono otto settori tassativi, tra i quali la «identificazione e categorizzazione biometrica delle persone fisiche», la «gestione della migrazione, dell'asilo e del controllo delle frontiere», la «amministrazione della giustizia e processi democratici».

Una tale tecnica normativa – che rinvia ad un atto annesso per la definizione dell'ambito di applicazione oggettivo del divieto – è funzionale all'esigenza di consentire un rapido aggiornamento di uno schema regolatorio che rischia altrimenti di andare incontro ad una fisiologica obsolescenza[65]. Per questa ragione, alla Commissione è consentito aggiornare l'elenco mediante atti delegati non legislativi, senza però poter incidere su settori diversi da quelli espressamente indicati[66].

---

[60] Su questo aspetto v. A. Mantelero, *Beyond Data: Human Rights, Ethical and Social Impact Assessment in AI*, Springer, 2022, p.167, il quale sottolinea la difficoltà di elaborare una disciplina europea di armonizzazione in assenza di discipline nazionali: "The typical harmonisation goal of EU regulations – not applicable here in the absence of national laws on AI – is therefore replaced by a clear industrial strategy objective embodying a stronger and more centralised regulatory approach by the Commission which is reflected in the AIA Proposal".

[61] Lo sottolinea T. E. Frosini, *L'orizzonte giuridico dell'intelligenza artificiale*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, in *BioLaw Journal*, 1/2022, p. 14, il quale rileva la presenza nel documento di "regole discrezionali, che sfruttano le potenzialità della IA quale potere coercitivo non solo e non tanto per reprimere reati e crimini, piuttosto per imporre la gestione della IA in capo allo Stato e ai suoi orfani di controllo. La discrezionalità del potere esercitato tramite IA potrebbe degenerare in arbitrio".

[62] Su questi aspetti cfr. il brillante commento di C. Casonato, B. Marchetti, *Prime osservazioni sulla proposta di regolamento dell'Unione europea in materia di intelligenza artificiale*, in *BioLaw Journal*, 3/2021, p.415 ss.

[63] Proposta di Regolamento, Considerando 27.

[64] I sistemi ad alto rischio vengono distinti in due categorie: i) quelli destinati ad essere utilizzati come componenti di sicurezza di prodotti soggetti a valutazione di conformità da parte di terzi; ii) sistemi specificamente elencati nell'Allegato III, che presentano implicazioni principalmente in relazione ai diritti fondamentali.

[65] Il rischio dell'obsolescenza che connota la dimensione regolatoria dell'infosfera è stato messo in luce anche dal documento della Commissione, *Tutela dei diritti fondamentali nell'era digitale – Relazione annuale 2021 sull'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 10 dicembre 2021*, COM(2021) 819 final, p. 19: "Uno specifico sottoinsieme di applicazioni di IA può subire un continuo adattamento, anche durante l'utilizzo, e cambiare ed evolvere in modo imprevisto senza poter essere facilmente monitorato. Ciò comporta un certo grado di imprevedibilità che può incidere sulla sicurezza o sui diritti fondamentali".

[66] Questo meccanismo di modifica, previsto dagli art. 7 e 73 del Regolamento, solleva qualche perplessità in relazione al potere rimesso alla Commissione. Invero, la rilevanza che i diritti fondamentali assumono nelle decisioni relative all'integrazione dell'elenco presuppone una delimitazione di questo potere di revisione, che dovrebbe essere limitato ad

I sistemi «ad alto rischio», come accennato, sono soggetti a regole uniformi volte ad evitare che arrechino pregiudizi agli interessi pubblici riconosciuti e tutelati dal diritto dell'Ue: si prevede così che l'immissione sul mercato dell'Unione e la messa in servizio avvenga solo previa verifica circa la sussistenza di determinati requisiti obbligatori e dopo aver svolto con esito positivo una valutazione di conformità[67]. Inoltre, la Proposta richiede che venga attuato un sistema di monitoraggio e dei meccanismi di vigilanza successivi all'immissione sul mercato, per garantire il rispetto degli oneri previsti dal regolamento (artt. 61 e 63). Queste previsioni risultano funzionali a limitare eventuali violazioni dei diritti umani, predeterminando "una sorta di «proceduralizzazione» del rischio che, mediante requisiti, certificazioni e controlli, dovrebbe essere ridotto entro un livello ritenuto accettabile"[68].

Da ultimo, i sistemi di IA possono essere presentare un «rischio limitato» (es. chatbot) o un «rischio minimo» (es. servizi di traduzione automatica, filtri antispam nelle mail): nel primo caso, il loro utilizzo è libero, salvi gli obblighi di trasparenza sanciti dall'art. 52, finalizzati a rendere l'utente consapevole dell'interazione con una macchina algoritmica. I sistemi di IA classificabili «a rischio minimo» rappresentano invece una categoria residuale, cui non si applica l'*AI Act* e le regole ivi contenute. Di conseguenza, possono essere utilizzati e sviluppati senza sottostare a particolari oneri, ferma restando l'opportunità dell'adozione volontaria di codici di condotta (cfr. art. 69).

Come anticipato, la garanzia dello *human oversight* è riferita unicamente ai sistemi ad alto rischio, per i quali deve essere assicurata un'interfaccia uomo-macchina che sia non solo adeguata ma anche costante, operante cioè per tutto il periodo in cui il sistema di IA è in uso (art. 14, par. 1). Un primo profilo problematico attiene alla concreta individuazione di questi strumenti di interfaccia, individuazione resa ancor più problematica dalla necessità di predisporre dei meccanismi idonei a monitorare la relazione utente-macchina durante l'intero ciclo di vita del sistema, dalla progettazione al funzionamento. In questo senso, il paragrafo 3 dell'art. 14 sembra offrire una risposta "a maglie larghe", chiarendo che la sorveglianza umana può concretizzarsi, alternativamente, in misure individuate dal fornitore prima della immissione sul mercato o messa in servizio, ove possibile, ovvero in misure individuate sempre *ex ante* dal fornitore ma adatte ad essere attuate dall'utente.

Si instaura così una sinergia - per ora più ideale che reale - tra fornitori e utenti, che rischia tuttavia di pregiudicare l'attuazione del principio *human in the loop*, considerando che non sempre l'utente è in

un accertamento di carattere tecnico. La valutazione rimessa alla Commissione presuppone, invece, una verifica di compatibilità dei sistemi ad alto rischio con i diritti fondamentali, e ciò probabilmente imporrebbe la partecipazione democratica del Parlamento. Su questo aspetto, cfr. A. Adinolfi, *L'intelligenza artificiale tra rischi di violazione dei diritti fondamentali e sostegno alla loro promozione: considerazioni sulla (difficile) costruzione di un quadro normativo dell'Unione*, in A. Pajno, F. Donati, A. Perrucci (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto: una rivoluzione?, cit.,*Vol. I, p. 127 ss.

[67] Su questi profili v. L. Tosoni, *Intelligenza artificiale, i punti chiave del regolamento europeo*, 21 aprile 2021.

[68] A. Adinolfi, *L'intelligenza artificiale tra rischi di violazione dei diritti fondamentali e sostegno alla loro promozione: cit.,* p.157.

possesso di un bagaglio di conoscenze e competenze sufficiente ad interagire con la macchina. Da ultimo, il paragrafo 4 della disposizione in commento predispone una sorta di "manuale di istruzioni" per il soggetto che si relaziona con un sistema di IA ad alto rischio, elencando le azioni che l'utente deve poter compiere nell'ottica di un approccio antropocentrico[69].

In questa cornice regolatoria, la strategia normativa europea intende la garanzia del controllo umano come strumento precauzionale, volto a prevenire o ridurre al minimo i rischi per i diritti fondamentali; rischi che ben possono permanere anche dopo che il sistema di IA ha esaurito la procedura di verifica della conformità imposta dalla legge. In questo senso l'art.14, sebbene costituisca – come è stato notato[70] – il tentativo più avanzato, sul piano normativo, di contenere i limiti insiti nell'inarrestabile processo di autonomizzazione delle macchine, lascia permanere un alone di scetticismo circa le concrete modalità con cui l'interazione uomo-macchina possa essere effettivamente realizzata.

4.1. Uno sguardo d'insieme: quale spazio per lo *human in the loop* nell'*AI Act*?

Da una lettura complessiva della Proposta presentata dalla Commissione, sembra che il legislatore europeo abbia ben presente la necessità di assicurare la governabilità dei sistemi di IA. L'obiettivo di realizzare una *governance* efficace per un'intelligenza artificiale affidabile paga tuttavia un duplice scotto, legato a due ordini di considerazioni.

In primo luogo, la regolazione basata sul *risk approach* incide inevitabilmente sulla garanzia del controllo, poiché la riferisce unicamente ai sistemi classificati ad alto rischio.

Lo schema della gestione del rischio non rappresenta una novità nel panorama normativo europeo, anzi costituisce il modello prescelto nell'ambito della Strategia per il Mercato Unico Digitale in Europa. Sia il Regolamento sulla protezione dei dati personali[71] sia il *Digital Services Act*[72] condividono l'approccio basato

[69] Tra le azioni contemplate dall'art. 14, par. 4, compaiono, tra le altre, quelle finalizzate a comprendere appieno le capacità e i limiti del sistema di IA ad alto rischio ed essere in grado di monitorarne debitamente il funzionamento (lett. a), ovvero misure che consentano di non fare eccessivo affidamento sull'output prodotto da un sistema di IA ad alto rischio ("distorsione dell'automazione" (lett. b) e, ancora, le azioni che mettano il soggetto nella condizione di decidere, in qualsiasi situazione particolare, di non usare il sistema di IA ad alto rischio o altrimenti di ignorare, annullare o ribaltare l'output del sistema di IA ad alto rischio (lett. d).

[70] D. Martire, *Intelligenza artificiale e Stato costituzionale, cit.,* p. 434.

[71] Sugli aspetti di comunanza e differenziazione tra GDPR e *Ai Act* cfr. G. Finocchiaro, L. Greco, *Il ruolo di titolare, responsabile e contitolare del trattamento nei trattamenti di dati personali mediante intelligenza artificiale*, in A. Pajno, F. Donati, A. Perrucci (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto: una rivoluzione?, cit.,*Vol. I, p. 313 ss. Anche O. Pollicino, G. De Gregorio, F. Paolucci, F. Bavetta, *Regolamento AI, la "terza via" europea lascia troppi nodi irrisolti: ecco quali, cit*., rilevano che "a parte la scelta dalla Commissione di usare un regolamento come già fatto nel 2016 in materia di dati personali, la proposta adotta un sistema di *risk-based* statico che, a differenza del GDPR, non prevede una definizione flessibile di accountability rispetto al contesto in cui opera il titolare del trattamento" e che un tale atteggiamento "non sembra essere attuale e performante in una società dove il consenso costituisce sempre più una base poco affidabile".

[72] Il recente Regolamento sui Servizi Digitali, noto come *Digital Services Act* (DSA) ed approvato il 5 luglio 2022, fonda la sua disciplina sul rischio e prevede obblighi appositamente conformati in base ai destinatari della regolazione. Su questi aspetti v. G. De Gregorio, P. Dunn, O. Pollicino, *A partire dalla Strategia per il Mercato Unico Digitale, l'approccio basato sul*

sul rischio, quale strumento finalizzato ad incentivare una maggiore assunzione di responsabilità da parte dei soggetti pubblici e privati operanti sul mercato digitale. Ci si può ragionevolmente chiedere se la strada intrapresa dall'Unione fosse l'unica in astratto perseguibile ovvero se fossero immaginabili modelli di regolazione alternativi, non graduati in base al livello di rischio della tecnologia. Una parte della dottrina rileva che l'approccio basato sul rischio, seppure validamente perseguito in altri settori affini, sconta una sorta di "incompiutezza inevitabile" laddove sia riferito all'ambito dell'IA e propende piuttosto per un modello fondato sul più restrittivo principio di precauzione[73].

La scelta di graduare il meccanismo regolatorio sul livello di rischio atteso risponde presumibilmente all'obiettivo perseguito dall'Unione di agire da *first mover* nella regolazione dell'IA: questo fenomeno, noto come *Brussels effect*[74], produce effetti sia all'interno dei confini europei, sollecitando i Paesi membri ad allinearsi allo schema predisposto dall'Unione, sia all'esterno, influenzando le strategie regolatorie dei *competitors* internazionali[75].

Inoltre, sebbene altre iniziative normative adottate nell'ambito della Strategia Digitale europea condividano l'impostazione basata sul rischio, l'approccio fatto proprio dalla Proposta di Regolamento della Commissione presenta comunque alcune peculiarità. Infatti, al fine di sottrarre un significativo margine di discrezionalità in capo agli operatori, viene adottato un modello cd. *top-down*, in cui la qualificazione del livello di rischio del sistema è fatta dalla Commissione in sede legislativa, "sulla base di un automatismo imposto dall'alto"[76].

Diversa è invece la logica *bottom-up* che connota il GDPR e il DSA, in cui sono gli operatori del settore a definire il margine di rischio in concreto rilevante. Una predeterminazione del rischio rigidamente operata *ex ante* rischia di essere smentita dalla realtà dei fatti, ragion per cui potrebbe essere più opportuno

rischio è stato applicato in tutte le principali normative UE: analizziamo le analogie e le differenze tra GDPR, DSA e AI Act, 15 Settembre 2022.

[73] A. Oddenino, *Intelligenza artificiale e tutela dei diritti fondamentali: alcune notazioni critiche sulla recente proposta di regolamento della IA con particolare riferimento all'approccio basato sul rischio e al pericolo di discriminazione algoritmica*, in A. Pajno, F. Donati, A. Perrucci (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto: una rivoluzione?, cit.,*Vol. I, p.196. Sottolinea l'Autore che una tale incompiutezza, dovuta alla mobilità del sostrato tecnologico su cui la valutazione del rischio si innesta, suggerisce allora soluzioni differenti, fondate sul principio di precauzione, "tipicamente evocato in ambiti caratterizzati dalla impossibilità di una piena conoscibilità e conseguente gestione del rischio: tuttavia il richiamo è stato evitato, presumibilmente perché percepito come portatore di un impatto eccessivo sulle prospettive di mercato".

[74] L'espressione è stata coniata nel 2020 da una professoressa della Columbia Law School, Anu Bradford, *The Brussels Effect. How the European Union Rules The World*, Oxford University Press, 2020.

[75] Sulla strategia europea e sulle differenti iniziative adottate da Usa e Cina, cfr. A. Moreschini, *La proposta di Regolamento sull'intelligenza artificiale nel contesto globale*, in A. Lalli (a cura di), *L'amministrazione pubblica nell'era digitale*, Giappichelli, Torino, 2022, p. 145 ss. Sulla regolazione del rischio in prospettiva comparata cfr. M. Graziadei, *La regolazione del rischio e il principio di precauzione: Stati Uniti ed Europa a confronto*, in *Sistemi intelligenti*, 2017, p. 499 e ss.

[76] G. De Gregorio, P. Dunn, O. Pollicino, *A partire dalla Strategia per il Mercato Unico Digitale, l'approccio basato sul rischio è stato applicato in tutte le principali normative UE: analizziamo le analogie e le differenze tra GDPR, DSA e AI Act*, *cit.* Come già notato, la determinazione della Commissione è comunque "mobile", poiché idonea ad essere modificata tramite la revisione degli Allegati.

richiedere valutazioni in concreto, caso per caso. L'approccio prescelto dal legislatore europeo, meritevole di apprezzamento nell'ottica del principio di legalità, rischia tuttavia di innalzare le soglie di rischio e tradurle in una rigidità che non lascia margini di valutazione agli operatori su come adoperarsi nella pratica[77].

La seconda considerazione riguarda l'assetto complessivo che traspare dalla scelta regolatoria compiuta dall'Ue. Tralasciando in questa sede le due questioni preliminari relative all'opportunità di regolare un settore in continua evoluzione e alla scelta del livello di regolazione (se sovranazionale, nazionale o addirittura locale)[78], si può affermare con ragionevole convinzione che la strategia seguita dall'Ue si innesti su un impianto regolatorio tendenzialmente flessibile[79].

Quanto alla flessibilità, tale caratteristica sembrerebbe smentita dalla scelta dello strumento del Regolamento in luogo della Direttiva: la base giuridica dell'intervento normativo in commento si rinviene nell'art. 114 TFUE[80], che attribuisce alle istituzioni la competenza ad adottare misure di ravvicinamento delle discipline interne aventi incidenza sul funzionamento o sulla instaurazione del mercato comune[81].

---

[77] O. Pollicino, G. De Gregorio, F. Paolucci, F. Bavetta, *Regolamento AI, la "terza via" europea lascia troppi nodi irrisolti: ecco quali*, *cit.* In senso critico anche F. Donati, *Diritti fondamentali e algoritmi nella proposta di Regolamento sull'intelligenza artificiale*, in A. Pajno, F. Donati, A. Perrucci (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto: una rivoluzione?,* Vol. I, *cit.*, p. 119. L'Autore critica il fatto che il Regolamento si basi "su una identificazione del grado di rischio effettuata in astratto e in via preventiva, che potrebbe in certi casi rivelarsi inadeguata alla prova dei fatti". Il rischio sotteso all'adozione del modello *top-down* è tuttavia destinato ad essere ridimensionato grazie alla collaborazione tra attori pubblici e privati, che trova piena realizzazione nelle norme armonizzate (*harmonized standard*). Sul tema cfr. C. Marenghi, *La proposta di regolamento UE sull'intelligenza artificiale e la regolazione privata: spunti critici in tema di norme tecniche armonizzate*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 3-4/2021, pp. 563-583.

[78] Sulla opportunità di astenersi da tentativi regolatori per non intaccare il "disordine ordinato" della rete, v. T.E. Frosini, *Il costituzionalismo nella società tecnologica*, *cit.*, reperibile online. Un dibattito analogo, polarizzato sull'opportunità di adattare le normative vigenti al contesto dell'IA piuttosto che sulla creazione di un nuovo quadro regolatorio, ha preceduto anche l'intervento del legislatore europeo.

[79] Secondo G. De Gregorio, F. Paolucci, O. Pollicino, *L'intelligenza artificiale made in Ue è davvero "umano-centrica"? I conflitti della proposta*, 22 luglio 2021, il modello normativo europeo si colloca in una terza via tra il *laissez-faire* che ha contraddistinto la prima decade tecnologica degli anni duemila e quell'approccio di stampo autoritaristico, volto alla salvaguardia dei valori fondamentali alla base del costituzionalismo digitale. Anche A. Adinolfi, *L'intelligenza artificiale tra rischi di violazione dei diritti fondamentali*, *cit.*, p. 130, mette in luce che "le peculiari caratteristiche dell'intelligenza artificiale richiedono, in ogni caso, che qualsiasi schema normativo generale presenti un sufficiente grado di flessibilità, giacché la continua evoluzione delle applicazioni tecnologiche – sia mediante soluzioni innovative sia a motivo di adattamenti nel corso del loro utilizzo – rischia di rendere rapidamente obsoleta una disciplina che detti regole puntuali".

[80] La norma attribuisce all'Unione il potere di adottare misure relative al ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri che hanno per oggetto l'instaurazione e il funzionamento del mercato interno. La Proposta di Regolamento si inserisce infatti nell'ambito della Strategia dell'Unione per il mercato unico digitale e mira a regolare lo sviluppo, l'immissione sul mercato e l'utilizzo dei sistemi di IA nell'Unione, in linea con quanto annunciato da Ursula von der Leyen, durante il discorso che ha seguito la sua elezione come primo presidente donna della Commissione europea (Discorso sullo stato dell'Unione 2020, "Un'Europa all'altezza del digitale" disponibile online). Tra le linee politiche della Presidente vi è quella di presentare nei primi cento giorni del suo mandato una proposta legislativa per un approccio europeo coordinato alle implicazioni etiche e umane dell'IA.

[81] Cfr. A. Adinolfi, *L'Unione europea dinanzi allo sviluppo dell'intelligenza artificiale: la costruzione di uno schema di regolamentazione europea tra mercato unico digitale e tutela dei diritti fondamentali*, in S. Dorigo (a cura di), *Il ragionamento giuridico nell'era dell'intelligenza artificiale*, Pacini Giuridica, Pisa, 2020, p. 13 e ss. Critico rispetto all'utilizzo dell'art. 114 TFUE come fondamento giuridico della proposta è Van Cleynenbreugel, *EU By-Design Regulation in the Algorithmic Society*, in H.W. Micklitz, O. Pollicino, A. Reichman, A. Simoncini, G. Sartor e G. De Gregorio (a cura di), *Constitutional Challenges in the*

Infatti, come chiarisce l'*Explanatory memorandum* (par. 2.4), la scelta di un regolamento è strumentale all'esigenza di ridurre la frammentazione giuridica, evitando normative nazionali divergenti che ostacolino lo sviluppo di un mercato unico per sistemi di IA leciti, sicuri e affidabili[82].

Si potrebbe tuttavia dissentire sulla opportunità di una tale scelta normativa, volta a costruire una dimensione europea dell'IA conforme ai valori costituzionali e ai diritti fondamentali dell'Unione sposando, però, una logica di mercato. In altre parole, lo scopo di fondare la fiducia nell'IA sull'antropocentrismo come volano di protezione dei diritti umani sembra cozzare con l'obiettivo inconciliabile di accrescere la competitività del mercato europeo.

In verità, a dispetto della forma, la Proposta di Regolamento sull'IA non solo adopera volutamente concetti ampi, generici ed indeterminati – basti considerare la definizione indubbiamente ampia di Intelligenza Artificiale contenuta nell'art. 3 n.1[83] –, ma prevede altresì diversi meccanismi di riesame della disciplina: si pensi alla modificabilità degli Allegati – cui si è accennato *supra* - , al generale obbligo di revisione del regolamento con cadenza quinquennale (cfr. Relazione illustrativa, punto 5.1) e all'innovativo strumento della *regulatory sandbox*, una metodologia di verifica del prodotto in condizioni di sicurezza rafforzata[84]. Ne risulta un assetto tutt'altro che rigido, che traspare anche da ulteriori elementi[85]: in primo luogo, il fatto che ai sistemi «a rischio basso o minimo» non si applichi il Regolamento è una scelta coraggiosa, soprattutto considerando che questi rappresentano la maggior parte delle applicazioni

Algorithmic Society, secondo il quale l'art. 114 avrebbe un ambito limitato, poiché "essentially aims at harmonising Member States regulatory provisions rather than imposing specific design obligations on algorithmic designers".

[82] Questa strategia sta diventando sempre più nota ed è conosciuta come *acti-fication*. Sul tema, cfr. Papakonstantinou e P. De Hert, *EU lawmaking in the Artificial Intelligence Age: Actification*, *GDPR mimesis, and regulation*, in *European Law Blog*, 8 luglio 2021, disponibile online.

[83] A tenore della disposizione citata, per "sistema di intelligenza artificiale" (sistema di IA) si intende «un software sviluppato con una o più delle tecniche e degli approcci elencati nell'allegato I, che può, per una determinata serie di obiettivi definiti dall'uomo, generare output quali contenuti, previsioni, raccomandazioni o decisioni che influenzano gli ambienti con cui interagiscono». Si tratta dunque di una nozione *mobile*, per circoscrivere la quale occorre far riferimento all'Allegato I, il quale richiama tre categorie di approcci: quello automatico (cd. *deep learning*), quello basato sulla logica *(logic based)* e sulla conoscenza (*knowledge based*) e, infine, gli approcci statistici, la stima baynesiana, i metodi di ricerca e l'ottimizzazione.

In senso critico rispetto all'ampiezza della definizione, cfr. M. U. Scherer, *Regulating Artificial Intelligence Systems: risks, challenges, competencies, and strategies*, in *Harward Journal of Law and Technology*, Vol. 29, Number 2, 2016, p. 354 ss. L'Autore sottolinea la profonda difficoltà di regolare ciò che non è chiaramente definito.

[84] Per questi aspetti cfr. C. Casonato, B. Marchetti, *Prime osservazioni sulla proposta di regolamento dell'Unione europea in materia di intelligenza artificiale, cit.*

Sulle *regulatory sandboxes* v. anche L. Tosoni, *Intelligenza artificiale, i punti chiave del regolamento europeo, cit.,* e A. Merlino, *Regulatory Sandbox. Una nuova prospettiva ordinamentale*, Napoli, ESI, 2022. Stando allo studio elaborato dal Parlamento europeo e pubblicato online a settembre 2020, *Regulatory Sandboxes and Innovation Hubs for FinTech: impact on innovation, financial stability and supervisory convergence*, «regulatory sandboxes can be seen as a way of regulatory experimentation, which allows the supervisor to test a certain customized regulatory approach to an innovative service, product or business model, instead of regulating, potentially prematurely or inadequately».

[85] È la stessa Commissione che, al Considerando 63 della Proposta, pur ritenendo espressamente «necessaria una risposta normativa specifica», sottolinea l'intenzione di intervenire solo laddove strettamente necessario, nell'ottica della proporzionalità e rifuggendo da qualsiasi eccesso di regolamentazione.

di IA diffuse nella pratica (es. sistemi di raccomandazione). Una scelta di questo tipo sembra rispondere all'esigenza di conciliare una regolazione sufficiente con la necessità di evitare oneri eccessivamente gravosi in capo agli attori del processo tecnologico[86].

In secondo luogo, anche l'ambito territoriale di applicazione della normativa viene delimitato utilizzando come parametro il criterio della localizzazione del destinatario dell'offerta produttiva: il Regolamento si applica a condizione che il sistema di IA venga messo in servizio nell'Unione, a prescindere dal luogo in cui il fornitore è stabilito (quindi anche se ha la sua sede all'estero[87]).

Queste due considerazioni finali rappresentano un'arma a doppio taglio. Sia la scelta di lasciare fuori dall'ambito di applicazione del Regolamento i sistemi a rischio minimo, sia quella di delimitarne in senso ampio i confini territoriali potrebbero invero agevolare i produttori nel sottrarsi all'applicazione della normativa vigente, mediante semplici accortezze tecniche, così vanificando la prospettiva di un effettivo diritto allo "*human in the loop*".

In realtà, la garanzia di un approccio antropocentrico rimane centrale nelle intenzioni del legislatore europeo, come si desume analizzando il piano della *governance* a livello nazionale[88]: il Titolo VI della Proposta riconosce alle autorità nazionali di vigilanza del mercato il potere di monitorare il rispetto dei requisiti essenziali per tutti i sistemi di IA ad alto rischio immessi sul mercato (e solo per questi!).

A tal fine, l'art. 64 consente alle anzidette autorità «pieno accesso ai set di dati di addestramento, convalida e prova utilizzati dal fornitore». Diversamente, l'accesso al codice sorgente è garantito solo previa richiesta motivata e ove necessario per valutare la conformità del sistema di IA ad alto rischio ai requisiti prescritti dal Regolamento. Accanto ai poteri di vigilanza, le suddette autorità possono altresì intervenire con misure appropriate laddove i sistemi non fossero conformi alla disciplina o, seppure conformi, presentino

---

[86] Questo aspetto è evidenziato da O. Pollicino, G. De Gregorio, F. Paolucci, F. Bavetta, *Regolamento AI, la "terza via" europea lascia troppi nodi irrisolti: ecco quali*, *cit*., i quali rilevano che "tale approccio comporta la totale esclusione d'intere categorie di sistemi di AI – quelle considerate a basso rischio – da qualsiasi tipologia di controllo, comportando un vacuum normativo non indifferente. Infatti, laddove si riconosca l'esistenza di possibili rischi per i diritti fondamentali e data l'imprevedibilità del funzionamento di tali tecnologie, una simile esclusione potrebbe risultare quantomeno discutibile sul piano della protezione dei diritti dell'individuo, soprattutto in quanto non vi è alcuna analisi ex ante del singolo caso concreto".

[87] Sull'ambito di applicazione oggettivo cfr. in generale l'art. 2.1 della Proposta, a tenore del quale «il presente regolamento si applica: a) ai fornitori che immettono sul mercato o mettono in servizio sistemi di IA nell'Unione, indipendentemente dal fatto che siano stabiliti nell'Unione o in un paese terzo; b) agli utenti dei sistemi di IA situati nell'Unione; c) ai fornitori e agli utenti di sistemi di IA situati in un paese terzo, laddove l'output prodotto dal sistema sia utilizzato nell'Unione.

Parla espressamente di «*aterritoriality*» L. Floridi, *The European Legislation on AI: a brief Analysis of its Philosophical Approach, cit.,* p.220.

[88] Il Regolamento istituisce un sistema di governance multilivello (titolo VI): accanto al ruolo rimesso alle autorità nazionali dall'art. 59 - secondo il modello dell'amministrazione comunitaria indiretta -, viene infatti prevista (art. 56) la creazione di un apposito Comitato europeo (*European Artificial Intelligence Board*, EAIB), con il compito di sorvegliare la corretta applicazione del Regolamento nei vari Stati membri e di elaborare linee-guida in materia. Sulla *governance* dell'IA v. A. Amidei, *La governance dell'intelligenza artificiale: profili e prospettive di diritto dell'Unione europea*, in U. Ruffolo (a cura di*), Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica, cit*., pp. 571-588.

un rischio per la salute o la sicurezza delle persone, per i diritti fondamentali o per altri aspetti della tutela dell'interesse pubblico.

Il ruolo delle Autorità specializzate quale garanti del rispetto del principio dell'"*under-user control*" rappresenta, nell'ottica del legislatore europeo, un chiaro indice della preminenza della visione antropocentrica su quella mercantilista. Tuttavia, l'ampia discrezionalità rimessa agli Stati circa l'individuazione del soggetto concretamente deputato a tutelare i diritti fondamentali a livello nazionale può seriamente mettere a repentaglio gli obiettivi della *governance* europea, facendo paventare un duplice rischio: da un lato, quello di alimentare "sacche di impunità" e, dall'altro, di dar luogo a pericolose duplicazioni procedimentali e sanzionatorie, in violazione del principio di matrice convenzionale del *ne bis in idem*[89].

5. Alcune riflessioni conclusive: aspettando Godot?

Lo scenario così delineato consente di tracciare alcune, per quanto sommarie, riflessioni conclusive. La dialettica tra la pervasiva diffusione dell'Intelligenza Artificiale ed i connaturati limiti etici e giuridici influenza in modo inevitabile la strategia normativa europea ed alimenta la tensione tra tecnocentrismo e antropocentrismo che da sempre caratterizza lo studio di queste tematiche.

La Proposta di Regolamento varata dall'Unione europea persegue due obiettivi innegabilmente ambiziosi, quello di tutelare i diritti fondamentali dell'individuo e, al contempo, quello di difendere i valori fondanti dell'Unione europea in una logica di mercato[90]. Queste due componenti rappresentano i *twin objectives* della strategia digitale globalmente intesa[91] e, almeno nell'intento del legislatore europeo, dovrebbero trovare un punto di incontro nell'approccio antropocentrico all'intelligenza artificiale.

Il modello regolatorio prescelto, graduato secondo il livello di rischio, mira espressamente a ridurre i pericoli per la sfera individuale e per la collettività, paralizzando i potenziali effetti negativi dell'Intelligenza artificiale su diritti umani, democrazia e Stato di diritto. Ciononostante, a dispetto delle intenzioni della Proposta di essere al contempo "efficace rispetto ai diritti fondamentali ed efficiente rispetto al mercato"[92], la sensazione che traspare è che difficilmente si possa riuscire a realizzare un equilibrio tra due anime tanto diverse.

[89] Su questo aspetto cfr. le riflessioni contenute nell'articolo di E. Raffiotta, *Quale autorità governerà l'Intelligenza Artificiale?*, pubblicato su *Il Sole 24Ore* il 27 marzo 2023 e reperibile qui.

[90] Un esplicito richiamo agli *European values* figura, ad esempio, nei Considerando 1 e 15 della Proposta.

[91] Nella Relazione Illustrativa all'*AI Act*, la Commissione collega esplicitamente il rischio tanto alla sfera individuale quanto a quella collettiva, rilevando che «the same elements and techniques that power the socio-economic benefits of AI can also bring about new risks or negative consequences for individuals or the society».

[92] A. Oddenino, *Intelligenza artificiale e tutela dei diritti fondamentali, cit*., p. 196.

La strategia normativa europea è degna di plauso nella parte in cui, superando il modello statunitense e quello cinese, cerca di realizzare una sintesi equilibrata tra la tutela dei diritti fondamentali e l'efficienza del mercato comune. Tuttavia, la scelta di livellare diritti e obblighi in base al parametro del rischio risponde primariamente all'esigenza di uniformare e salvaguardare il mercato unico digitale e riesce decisamente meno a tutelare i singoli utenti che operano in quel mercato[93].

Il *Risk Management system* previsto dall'art. 9 del Regolamento delinea un meccanismo di sorveglianza volto a realizzare un controllo costante e sistematico sulle diverse applicazioni di IA, di cui apparentemente sono garanti tutti i soggetti coinvolti nella "catena", dal fornitore al distributore, dall'importatore all'utente. Proprio il ruolo dell'utente risulta, tuttavia, di difficile comprensione. Egli è il destinatario finale del sistema di IA e, sempre più spesso, risulta coinvolto in complesse dinamiche algoritmiche di cui difficilmente riesce a comprendere il funzionamento.

Diversamente dal consumatore che si trova a maneggiare un prodotto difettoso (artt. 114-127 del D.lgs. 206/2005, cd. codice del consumo), il fruitore di applicazioni di IA non solo non riesce a percepire immediatamente il "difetto" del sistema con cui entra in contatto (ed anzi non è neanche detto che se ne avveda), ma nemmeno dispone di forme di tutela paragonabili a quelle che il codice del consumo prevede per i prodotti difettosi [94].

In definitiva, la prefissata svolta antropocentrica non sembra trovare un effettivo recepimento nel testo della Proposta, da cui risulta obiettivamente non facile individuare chi è l'umano dietro la "*Humancentric*

[93] Evidenziano questa criticità G. De Gregorio, F. Paolucci, O. Pollicino, *L'intelligenza artificiale made in Ue è davvero "umano-centrica"? I conflitti della proposta*, 22 luglio 2021, e A. Mantelero, *Beyond Data: Human Rights, Ethical and Social Impact Assessment in AI, cit.*, p. 189. Quest'ultimo rileva come "the AIA Proposal marginalises the role of the AI users. They play no part in the risk management process and have no obligations in this regard, even though AI providers market solutions that are customisable by users. AI users may independently increase or alter the risks of harm to health and safety by their particular use of the systems, especially in terms of impact on individual and collective rights, given their variety and context dependence". Anche L. Floridi, *The European Legislation on AI: a brief Analysis of its Philosophical Approach*, *Philos. Technol.* 34/2021, p. 219, evidenzia che "this risk-based approach seems convincing (it is a common approach for internal market-based legislation) and aligned with the view that ethics benefits the market, not vice versa. But precisely for this reason, one may argue that the AIA could do much more to protect consumers' rights and be much more incisive about providing measures to redress the possible harms or losses that AI systems may cause. This is the part where one may expect and welcome more improvements in the proposal".

[94] La disciplina oggi contenuta nel Codice del consumo è frutto del recepimento della Direttiva 85/374/CEE in materia di "responsabilità sul prodotto". Gli artt. 114 e ss. del D.lgs. 206/2005 delineano un sistema di responsabilità presunta del produttore di prodotti difettosi, che prescinde dall'accertamento della colpevolezza e presuppone unicamente la prova del difetto e del nesso eziologico tra il difetto e il danno arrecato al consumatore.

AI"[95] e di quali strumenti egli dispone, attesa anche la mancanza di meccanismi rimediali in caso di danno direttamente arrecato all'utente[96].

L'individuazione di un adeguato regime di responsabilità in caso di danni cagionati dai sistemi artificiali potrebbe in tal senso rappresentare il primo tassello nell'elaborazione di una *governance* algoritmica globale dell'IA[97]. L'intervento regolatorio europeo sconta inevitabilmente il prezzo di una radicata disomogeneità e di una naturale frammentazione, dovuta ad una pluralità di fattori: da un lato, vi è la difficoltà di definire l'oggetto stesso della normazione - sembra essere proprio questa la ragione per cui l'iter normativo sta incontrando numerosi differimenti, alla luce della diffusione di sistemi sempre più complessi, come l'IA generativa di ChatGPT -; dall'altro, la pluralità di attori che operano nell'ecosistema digitale comporta una naturale stratificazione di discipline settoriali ed eterogenee, spesso tra loro incompatibili[98].

Tutti questi elementi non sono comunque idonei a smentire la validità di un approccio regolatorio trasversale e multilivello, basato sulla considerazione per cui "*technology that is not human-centered will not be a solution*"[99].

---

[95] Secondo L. Floridi, *op.ult.cit.,* p.219 "unfortunately, the AIA uses an anachronistic terminology to define this approach as «human-centric», that is, as an approach that places humanity at the centre of technological development. Yet this is both trivially true and dangerously ambiguous. On the one hand, it is obvious that any technology, AI included, must be at the service of humanity, its values, and needs. On the other hand, one must also consider the environment as crucially important, yet «humancentric» seems to be synonymous with «anthropocentric», and we know how much the planet has suffered from humanity's obsession with its importance and centrality, as if everything must always be at its service, including every aspect of the natural world, no matter at what costs and losses".

[96] Evidenziano la mancanza di meccanismi cd. di *redress* G. Di Gregorio, F. Paolucci, O. Pollicino, *L'intelligenza artificiale made in Ue è davvero "umano-centrica"? I conflitti della proposta*, 22 luglio 2021. Secondo gli Autori, tale vuoto normativo "riflette una generale mancanza di messa a fuoco sull'individuo, il quale, dalle dichiarazioni di indirizzo, avrebbe dovuto essere il principale perno di tutto l'assetto normativo. In mezzo a un certo affastellamento di articoli riferiti a obblighi, limiti e contro limiti per le imprese è davvero difficile scorgere l'approccio che, per lo meno nelle intenzioni, aspirava a porre la persona umana al centro della proposta. La scelta di fondo sembra essere quella di voler sposare il sistema del rischio per frenare l'espansione incontrollata del settore, senza però sforzarsi di rendere concreta la spinta costituzionalistica che viene promessa negli intenti della proposta". Analogamente anche D. Messina, *IA umanocentrica: cosa manca al nuovo regolamento europeo*, 14 gennaio 2022.

[97] Sui profili legati alla responsabilità, cfr. la Proposta di Direttiva sulla responsabilità per i danni da IA. Il testo della Proposta, adottata dalla Commissione europea a settembre 2022, e l'iter legislativo possono essere consultati sul sito web della Commissione. La tematica della responsabilità dei sistemi di IA è al centro dell'attenzione del legislatore europeo da tempo: si veda la Risoluzione del Parlamento europeo recante «Raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica» del 16 febbraio 2017 e la successiva Risoluzione «Raccomandazioni alla Commissione su un regime di responsabilità civile per l'Intelligenza Artificiale» del 20 ottobre 2020.

[98] Questo aspetto è ben evidenziato da W. Wallach e G. Marchant, *Toward the Agile and Comprehensive International Governance of AI and Robotics*, *in Proceedings of the IEEE*, Vo. 107, no. 3, 2019, nel passo seguente: "Rapidly emerging technologies, such as AI and robotics, present a serious challenge to traditional models of government regulation. These technologies are advancing so quickly that in many sectors, traditional regulation cannot keep up, given the cumbersome procedural and bureaucratic procedures and safeguards that modern legislative and rulemaking processes require. Consequently, regulatory systems will predictively fail to put in place appropriately tailored regulatory measures by the time new applications of fast-moving technologies begin to affect society. Perhaps even worse, if a regulatory system does somehow manage to rush into place new regulations for an emerging technology, they will likely be obsolete by the time the ink dries on the enactment. Given this socalled "pacing problem," traditional regulatory approaches will either produce no regulation or bad regulation".

[99] S. Dangel, M. Hagan, J.B. Williams, *Designing Today's Legal Education for Tomorrow's Lawyers: The Role of Legal Design, Technology and Innovation*, September 2018, disponibile qui.

La natura della garanzia provvisoria in materia di contratti pubblici tra Corte costituzionale e Corte di Giustizia dell'Unione europea*

di Lucia Gizzi
Magistrato del T.A.R. Lazio

Abstract [It]: Con la sentenza n. 198 del 2022, la Corte costituzionale ha preso posizione sulla natura non "punitiva" agli effetti della CEDU e della CDFUE della garanzia provvisoria disciplinata dall'art. 75 del d.lgs. n. 163 del 2006 e, poi, dall'art. 93 del d.lgs. n. 50 del 2016, escludendo così l'applicabilità del principio di retroattività della lex mitior. Tuttavia, successivamente, il Consiglio di Stato, sull'opposto presupposto della natura "punitiva" di detta garanzia, ha disposto rinvio pregiudiziale, ai sensi dell'art. 267 TFUE, chiedendo alla Corte di giustizia dell'Unione europea di accertare la compatibilità dell'automatica escussione della garanzia provvisoria in caso di esclusione del concorrente non aggiudicatario da una procedura di gara, benché sia stato già destinatario, in relazione alla medesima condotta, di altra sanzione, con i principi di proporzionalità e ne bis in idem (art. 49, par. 3, e 50 CDFUE).

Title: The nature of the interim guarantee in public contracts between the Constitutional Court and the Court of Justice of the European Union
Abstract [En]: In Judgment No. 198 of 2022, the Constitutional Court took a position on the non-"punitive" nature for the purposes of the ECHR and the CFEU of the provisional guarantee governed by Article 75 of Legislative Decree No. 163 of 2006 and, subsequently, by Article 93 of Legislative Decree No. 50 of 2016, thus excluding the applicability of the principle of retroactivity of the lex mitior. However, subsequently, the Council of State, on the opposite assumption of the "punitive" nature of that guarantee, made a preliminary reference, pursuant to Art. 267 TFEU, asking the Court of Justice of the European Union to ascertain the compatibility of the automatic enforcement of the provisional guarantee in the event of the exclusion of the unsuccessful bidder from a tender procedure, even though it has already been the recipient, in relation to the same conduct, of another sanction, with the principles of proportionality and ne bis in idem (Articles 49(3) and 50 CDFUE).

Parole chiave: Corte di giustizia dell'Unione europea, Corte costituzionale, garanzia provvisoria, contratti pubblici
Keywords: Court of Justice of the European Union, Constitutional Court, interim guarantee, public contracts

Sommario: 1. Le questioni di legittimità costituzionale sollevate dal Consiglio di Stato (ordinanza n. 3299 del 2021). **2.** Il principio di retroattività della *lex mitior*. **3.** L'applicabilità del principio di retroattività della *lex mitior* alle sanzioni amministrative. **4.** I criteri per la qualificazione della sanzione come sostanzialmente penale agli effetti della CEDU. **5.** La garanzia provvisoria nel codice dei contratti pubblici del 2006 (d.lgs. n. 163 del 2006). **6.** La garanzia provvisoria nel codice dei contratti pubblici del 2016 (d.lgs. n. 50 del 2016) e in quello del 2023 (d.lgs. n. 36 del 2023). **7.** Le conclusioni della sentenza della corte costituzionale n. 198 del 2022. **8.** L'ordinanza di rinvio pregiudiziale del Consiglio di Stato (n. 2033 del 2023). **9.** Il principio del *ne bis in idem* nel diritto europeo. **10.** Il divieto di sproporzione nei trattamenti sanzionatori (art. 49, par. 3, CDFUE). **11.** Conclusioni.

* Articolo sottoposto a referaggio.

1. Le questioni di legittimità costituzionale sollevate dal Consiglio di Stato (ordinanza n. 3299 del 2021)

Le questioni di legittimità costituzionale decise dalla sentenza n. 198 del 2022 hanno ad oggetto il combinato disposto degli artt. 93, comma 6, e 216, comma 1, del codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 50 del 2016 e sono state sollevate dal Consiglio di Stato, in riferimento sia a parametri interni (art. 3 Cost.) sia, per il tramite dell'art. 117, primo comma, Cost., a parametri interposti convenzionali e del diritto dell'Unione europea (art. 7 CEDU e art. 49 CDFUE).

Ad avviso del Consiglio di Stato, la disciplina dettata dal codice dei contrati pubblici in tema di garanzia provvisoria (art. 93, comma 6, del d.lgs. n. 50 del 2016) sarebbe più favorevole rispetto a quella prevista dall'art. 48, comma 1, del previgente codice (d.lgs. n. 163 del 2006).

Quest'ultimo, infatti, consentiva l'escussione della garanzia stessa anche nei confronti dei concorrenti non aggiudicatari in caso di esito negato del c.d. controllo a campione sul possesso dei requisiti di partecipazione (i requisiti economico-finanziari e tecnico-professionali).

Invece, la nuova disciplina ne consente l'incameramento nei confronti del solo concorrente aggiudicatario.

Essa, però, nonostante sia più favorevole, non si applica retroattivamente a causa dell'art. 216, comma 1, del medesimo codice, ai sensi del quale la nuova disciplina si applica appunto solamente «alle procedure e ai contratti per i quali i bandi o avvisi con cui si indice la procedura di scelta del contraente siano pubblicati successivamente alla data della sua entrata in vigore».

Poiché l'istituto dell'escussione della garanzia provvisoria disciplinato dal codice dei contratti pubblici del 2006, ad avviso del Consiglio di Stato, rientrerebbe tra le «sanzioni di carattere amministrativa che hanno natura "punitiva"», ad esso dovrebbe applicarsi il principio di retroattività della *lex mitior*.

Nel giudizio *a quo*, però, la gara era stata bandita prima dell'entrata in vigore del codice del 2016, con la conseguenza che l'applicazione della più favorevole disciplina dettata dall'art. 93, comma 6 – che limita come detto «l'escussione della garanzia provvisoria solo a valle dell'aggiudicazione (definitiva) e, dunque, solo nei confronti dell'aggiudicatario» – era impedita dall'art. 216, comma 1.

Il Consiglio di Stato ha, quindi, sollevato le questioni di legittimità costituzionale di queste due norma (artt. 93 e 216 del d.lgs. n. 50 del 2016) per contrasto con gli artt. 3 e 117 Cost.

2. Il principio di retroattività della *lex mitior*

La sentenza n. 198 del 2022 della Corte costituzionale, per esaminare il merito delle questioni ad essa sottoposte, ha ricostruito la propria giurisprudenza in tema retroattività della *lex mitior* in materia penale[1], ribadendo che esso trova fondamento nell'ordinamento costituzionale, sia direttamente, sia per effetto dell'azione degli artt. 49 CDFUE e 7 CEDU, in forza degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost.

Come è noto, secondo la costante giurisprudenza della Corte[2], il principio di retroattività della *lex mitior* in materia penale non è riconducibile alla sfera di tutela dell'art. 25, secondo comma, Cost., secondo cui «[n]essuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso».

Il principio sancito da questa disposizione costituzionale «deve essere interpretato nel senso di vietare l'applicazione retroattiva delle sole leggi penali che stabiliscano nuove incriminazioni, ovvero che aggravino il trattamento sanzionatorio già previsto per un reato, non ostando così a una possibile applicazione retroattiva di leggi che, all'opposto, aboliscano precedenti incriminazioni ovvero attenuino il trattamento sanzionatorio già previsto per un reato»[3].

L'applicazione retroattiva della legge favorevole – ha chiarito la Corte costituzionale – non è imposta dall'art. 25, secondo comma, Cost., «la cui *ratio* immediata è – in parte *qua* – quella di tutelare la libertà di autodeterminazione individuale, garantendo al singolo di non essere sorpreso dall'inflizione di una sanzione penale per lui non prevedibile al momento della commissione del fatto. Una simile garanzia non è posta in discussione dall'applicazione di una norma penale, pur più gravosa di quelle entrate in vigore successivamente, che era comunque in vigore al momento del fatto: e ciò «per l'ovvia ragione che, nel caso considerato, la *lex mitior* sopravviene alla commissione del fatto, al quale l'autore si era liberamente autodeterminato sulla base del pregresso (e per lui meno favorevole) panorama normativo» (sentenza n. 394 del 2006)»[4].

Tuttavia, il principio di retroattività *in mitior,* sancito dall'art. 2, commi secondo, terzo e quarto, cod. pen., ha comunque un «duplice, e concorrente, fondamento [costituzione]. L'uno – di matrice domestica –

---

[1] Sul tema, si veda: E. Aprile, *"Ieri, oggi e domani" nel rapporto tra il diritto penale italiano e le norme sovranazionali di fonte europea*, in *Giust. Pen.,* 2013, 6, parte I, p. 182; Id., *Osservazioni a Corte cost. 238/2020*, in *Cass. pen.,* 2021, 2, p. 534; D. Bianchi, *Irretroattività e retroattività nella recente giurisprudenza costituzionale in materia penale*, in *Dir. Proc. Pen.,* 2018, 2, p. 259; E. Cacace, *Fra deroghe alla retroattività della lex mitior e collocazione delle norme Cedu: ribadendo principi consolidati, aperture non irrilevanti della Corte Costituzionale. Nota a margine della sentenza 236/2011*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2011, p. 236; A. Mari, *Retroattività della lex mitior e Convenzione europea dei diritti dell'uomo,* in *Cass. pen.,* 2011, 12, p. 4152; E. Molinaro, *Recenti novità in materia di retroattività della legge penale più favorevole*, in *www.treccani.it*, 2014, p. 236; M. Oggiano, *La Consulta ribadisce la derogabilità del principio di retroattività della lex mitior*, in *Giust. Pen.,* 2011, I, p. 244; F. Palazzo, *Correnti superficiali e correnti profonde nel mare delle attualità penalistiche (a proposito della retroattività favorevole)*, in *Dir. Pen. Proc.,* 2012, 10, p. 1173; F. Poli, *Il principio di retroattività della legge penale più favorevole nella giurisprudenza costituzionale ed europea*, in *www.rivistaaic.it*, 2012, 3, p. 236;

[2] C. cost. n. 238 del 2020, n. 63 del 2019, n. 236 del 2011, n. 215 del 2008 e n. 393 del 2006.

[3] C. cost. n. 63 del 2019.

[4] C. cost. n. 238 del 2020 e n. 63 del 2019.

riconducibile allo spettro di tutela del principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost.»[5], che «impone, in linea di massima, di equiparare il trattamento sanzionatorio dei medesimi fatti, a prescindere dalla circostanza che essi siano stati commessi prima o dopo l'entrata in vigore della norma che ha disposto l'*abolitio criminis* o la modifica mitigatrice» (sentenza n. 394 del 2006)»[6]. Ciò in quanto, in via generale, «[n]on sarebbe ragionevole punire (o continuare a punire più gravemente) una persona per un fatto che, secondo la legge posteriore, chiunque altro può impunemente commettere (o per il quale è prevista una pena più lieve)»[7].

L'altro fondamento – di origine internazionale e avente ingresso nel nostro ordinamento attraverso l'art. 117, primo comma, Cost., secondo la lettura delle sentenze "gemelle" n. 348 e n. 349 del 2007 – è «riconducibile all'art. 7 CEDU, nella lettura offertane dalla giurisprudenza di Strasburgo (oltre alla sentenza Scoppola, Corte europea dei diritti dell'uomo, decisione 27 aprile 2010, Morabito contro Italia; sentenza 24 gennaio 2012, Mihai Toma contro Romania; sentenza 12 gennaio 2016, Gouarré Patte contro Andorra; sentenza 12 luglio 2016, Ruban contro Ucraina), nonché alle altre norme del diritto internazionale dei diritti umani vincolanti per l'Italia che enunciano il medesimo principio, tra cui gli stessi artt. 15, comma 1, del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici e 49, par. 1, CDFUE, quest'ultimo rilevante nel nostro ordinamento anche ai sensi dell'art. 11 Cost.»[8].

Peraltro, già la sentenza n. 393 del 2006 aveva fatto confluire nell'alveo dell'art. 3 Cost. «gli obblighi internazionali derivanti dall'art. 15, comma 1, del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici e dall'art. 49, par. 1, CDFUE, considerati in quell'occasione come criteri interpretativi […] delle stesse garanzie costituzionali»[9].

La Corte ha da ultimo chiarito che, nonostante la pluralità di basi normative nel testo costituzionale del principio di retroattività della *lex mitior,* la *ratio* della garanzia ad esso connessa è pur sempre «identificabile in sostanza nel diritto dell'autore del reato a essere giudicato, e se del caso punito, in base all'apprezzamento attuale dell'ordinamento relativo al disvalore del fatto da lui realizzato, anziché in base all'apprezzamento sotteso alla legge in vigore al momento della sua commissione»[10].

Inoltre, la tutela assicurata al principio in questione dalla Costituzione e dalle carte internazionali presenta il medesimo limite; «mentre, infatti, l'irretroattività *in peius* della legge penale costituisce un «valore assoluto e inderogabile», la regola della retroattività *in mitius* della legge penale medesima «è suscettibile di

[5] C. cost. n. 63 del 2019.
[6] C. cost. n. 238 del 2020 e n. 63 del 2019.
[7] C. cost. n. 236 del 2011.
[8] C. cost. n. 63 del 2019; in tal senso C. cost. n. 238 del 2020 e n. 236 del 2011.
[9] C. cost. n. 63 del 2019.
[10] C. cost. n. 63 del 2019. Sul punto, C. Pinelli, *Retroattività della legge penale più favorevole tra CEDU e diritto nazionale*, in *Giur. Cost.,* 4, 2011, p. 3047.

limitazioni e deroghe legittime sul piano costituzionale, ove sorrette da giustificazioni oggettivamente ragionevoli»[11].

La tutela costituzionale del principio di retroattività della legge favorevole, quindi, non è assoluta, «ma aperta a possibili deroghe, purché giustificabili al metro di quel "vaglio positivo di ragionevolezza" […], in relazione alla necessità di tutelare interessi di rango costituzionale prevalenti rispetto all'interesse individuale in gioco»[12].

3. L'applicabilità del principio di retroattività della *lex mitior* alle sanzioni amministrative

Già prima della sentenza n. 198 del 2022, la Corte costituzionale, in molteplici occasioni, ha esteso alle sanzioni amministrative di carattere sostanzialmente "punitivo", ossia rientranti nella "materia penale" ai sensi della CEDU, le garanzie prescritte dall'art. 7 della Convenzione stessa, tra cui in particolare il divieto di retroattività delle modifiche sanzionatorie *in peius*[13] e, a partire dalla sentenza Scoppola[14], il principio di retroattività *in mitius*[15].

L'attrazione di una sanzione amministrativa nella materia penale in virtù dei cosiddetti "criteri Engel", infatti, trascina con sé le garanzie previste dalla CEDU, come elaborate dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo[16].

Peraltro, la sentenza n. 193 del 2016 aveva chiarito come la giurisprudenza di Strasburgo non abbia «mai avuto ad oggetto il sistema delle sanzioni amministrative complessivamente considerato, bensì singole e specifiche discipline sanzionatorie, ed in particolare quelle che, pur qualificandosi come amministrative ai sensi dell'ordinamento interno, siano idonee ad acquisire caratteristiche "punitive" alla luce dell'ordinamento convenzionale». È infatti necessaria una «preventiva valutazione della singola sanzione (qualificata "amministrativa" dal diritto interno) come "convenzionalmente penale", alla luce dei cosiddetti criteri Engel», che il giudice comune dovrà compiere a prescindere da eventuali pronunce della

[11] C. cost. n. 236 del 2011.
[12] C. cost. n. 63 del 2019.
[13] C. cost. n. 223 del 2018, n. 68 del 2017, n. 276 del 2016, n. 104 del 2014.
[14] Si tratta, come è noto, della sentenza della Grande Camera del 17 settembre 2009, resa nella causa Scoppola contro Italia.
[15] C. cost. n. 63 del 2019. In tal senso, anche C. cost. n. 68 del 2021, n. 223 del 2018 e n. 68 del 2017.
[16] Più di recente, la Corte costituzionale ha rilevato che «il processo di assimilazione delle sanzioni amministrative "punitive" alle sanzioni penali, quanto a garanzie costituzionali, ha […] conosciuto nuovi e rilevanti sviluppi». La Corte «ha ormai esteso alle sanzioni amministrative a carattere punitivo – in quanto tali (indipendentemente, cioè, dalla caratura dei beni incisi) – larga parte dello "statuto costituzionale" sostanziale delle sanzioni penali: sia quello basato sull'art. 25 Cost. – irretroattività della norma sfavorevole (sentenze n. 96 del 2020, n. 223 del 2018 e n. 68 del 2017; nonché, a livello argomentativo, sentenze n. 112 del 2019 e n. 121 del 2018; ordinanza n. 117 del 2019), determinatezza dell'illecito e delle sanzioni (sentenze n. 134 del 2019 e n. 121 del 2018) – sia quello basato su altri parametri, e in particolare sull'art. 3 Cost. – retroattività della *lex mitior* (sentenza n. 63 del 2019), proporzionalità della sanzione alla gravità del fatto (sentenza n. 112 del 2019)» (sentenza n. 68 del 2021). In dottrina, T. Guarnier, *Un ulteriore passo verso l'integrazione CEDU: il giudice nazionale come giudice comune della Convenzione?*, in *www.giurcost.org*, p. 80.

Corte Edu, almeno ai fini di adire la Corte costituzionale con una questione di legittimità costituzionale il cui presupposto sia la natura penale ai sensi della CEDU.

Come da ultimo ricordato dalla Corte, infatti, all'applicazione delle garanzie convenzioni a singole sanzioni amministrative che abbiano natura e finalità "punitiva" «non osta l'assenza, sino a questo momento, di precedenti specifici nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo»[17]. È «da respingere l'idea che l'interprete non possa applicare la CEDU, se non con riferimento ai casi che siano già stati oggetto di puntuali pronunce da parte della Corte di Strasburgo»[18].

Tanto premesso, la sentenza n. 198 del 2022 ha richiamato i suoi più recenti precedenti, che hanno approfondito, risolvendola positivamente, la questione dell'applicabilità del principio di retroattività della *lex mitior* anche alle sanzioni amministrative[19].

La Corte ha ribadito che, «rispetto a singole sanzioni amministrative che abbiano natura e finalità "punitiva", il complesso dei principi enucleati dalla Corte di Strasburgo a proposito della "materia penale" – ivi compreso, dunque, il principio di retroattività della *lex mitior* [...] – non potrà che estendersi anche a tali sanzioni»[20].

Peraltro, «[l]'estensione del principio di retroattività della *lex mitior* in materia di sanzioni amministrative aventi natura e funzione "punitiva" è conforme [anche] alla logica sottesa alla giurisprudenza costituzionale sviluppatasi, sulla base dell'art. 3 Cost., in ordine alle sanzioni propriamente penali. Laddove, infatti, la sanzione amministrativa abbia natura "punitiva", di regola non vi sarà ragione per continuare ad applicare nei confronti [dell'autore dell'illecito] tale sanzione, qualora il fatto sia successivamente considerato non più illecito; né per continuare ad applicarla in una misura considerata ormai eccessiva (e per ciò stesso sproporzionata) rispetto al mutato apprezzamento della gravità dell'illecito da parte dell'ordinamento. E ciò salvo che sussistano ragioni cogenti di tutela di controinteressi di rango costituzionale, tali da resistere al medesimo "vaglio positivo di ragionevolezza",

[17] C. cost. n. 63 del 2019.

[18] C. cost. n. 68 del 2017. Sul punto, A. Guazzarotti, *Precedente CEDU e mutamenti culturali nella prassi giurisprudenziali italiana,* in *Giur. Cost.,* 5, 2011, p. 3779.

[19] C. cost., n. 63 del 2019 e n. 68 del 2021. Sul tema, in dottrina: E. Bindi-A. Pisaneschi, *La retroattività in mitius delle sanzioni amministrative sostanzialmente afflittive tra Corte Edu, Corte di Giustizia e Corte costituzionale,* cit.; C. Paonessa*, Il fine giustifica i mezzi? Osservazioni a margine della possibile retroattività favorevole delle sanzioni amministrative c.d. punitive*, in *Gius. Cost.*, 2019, 2, p. 819; M. Scoletta, *Retroattività favorevole e sanzioni amministrative punitive: la svolta, finalmente, della corte costituzionale,* in *www.dirittopenalecontemporaneo.it,* 2019; *M.* Branca, *Anche per le sanzioni amministrative punitive vale il beneficio della 'lex mitior'. Nulla di nuovo per la "doppia pregiudizialità"*, in *Giur. Cost.*, 2019, p. 841; V. Nardi, *Retroattività favorevole e sanzioni amministrative "sostanzialmente" penali: un primo passo verso il generale riconoscimento?,* in *www.archiviopenale.it*, 2019, n. 3; G. Vitale, *I recenti approdi della Consulta sui rapporti tra Carte e Corti. Brevi considerazioni sulle sentenze nn. 20 e 63 del 2019 della Corte costituzionale*, *in www.federalismi.it,* 2019, n. 10; P. Provenzano, *La retroattività in mitius delle norme sulle sanzioni amministrative*, in *Riv. It., dir. Pubbl. comun.,* 5, 2012, p. 877.

[20] C. cost. sentenza n. 63 del 2019.

al cui metro debbono essere in linea generale valutate le deroghe al principio di retroattività *in mitius* nella materia penale»[21].

Qualora poi si verta nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione europea, opera anche la garanzia di cui all'art. 49, par. 1, CDFUE[22].

Secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia, «il principio dell'applicazione retroattiva della pena più mite – che rientra nelle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e fa parte dei principi generali del diritto dell'Unione di cui la Corte garantisce il rispetto (sentenze del 3 maggio 2005, Berlusconi e a., C-387/02, C-391/02 e C-403/02, Racc. pag. I-3565, punti 67 e 68; dell'11 marzo 2008, Jager, C-420/06, Racc. pag. I-1315, punto 59, nonché del 28 aprile 2011, El Dridi, C-61/11 PPU, Racc. pag. I-3015, punto 61) – è menzionato anche all'articolo 49, par. 1, terza frase, della Carta»[23].

Quando applica il diritto nazionale adottato per attuare l'ordinamento eurounitario, nella specie le direttive in materia di concessioni e appalti pubblici, il giudice nazionale deve quindi osservare il principio della retroattività *in mitius* (sentenze del 28 aprile 2011, El Dridi, C-61/11; dell'11 marzo 2008, Jager, C-420/06; dell'8 marzo 2007, Campina Gmbh, C-45/06).

4. I criteri per la qualificazione della sanzione come sostanzialmente penale agli effetti della CEDU

Come si è detto, l'estensione ad una sanzione amministrativa delle garanzie prescritte dall'art. 7 CEDU presuppone che la si possa qualificare "sostanzialmente penale" agli effetti della Convenzione stessa.

Secondo la giurisprudenza costante della Corte di Strasburgo, «l'esistenza o meno di una "accusa in materia penale" deve essere valutata sulla base di tre criteri, indicati comunemente con il nome di "criteri Engel" (Engel e altri c. Paesi Bassi, 8 giugno 1976, § 82, serie A n. 22, A e B c. Norvegia [GC], nn. 24130/11 e 29758/11, § 107, 15 novembre 2016, e Ramos Nunes de Carvalho e Sá c. Portogallo [GC], nn. 55391/13 e altri 2, § 122, 6 novembre 2018). Il primo è la qualificazione giuridica del reato nel diritto interno, il secondo è la natura stessa del reato e il terzo è il grado di severità della sanzione in cui incorre l'interessato. Il secondo e il terzo criterio sono alternativi e non necessariamente cumulativi» (sentenza della Grande Camera, 8 luglio 2019, Mihalache contro Romania), anche se «ciò non impedisce di adottare un approccio cumulativo se l'analisi separata di ciascun criterio non permette di giungere a una conclusione chiara circa l'esistenza di una accusa in materia penale»[24].

[21] C. cost. n. 63 del 2019. Nello stesso senso, C. cost. n. 68 del 2021.
[22] F. Gallo, *La concorrenza fra il diritto nazionale e il diritto europeo (UE e CEDU) nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Giur. Comm.,* 2, 2015, p. 255.
[23] C. giust. UE, 14 febbraio 2012, Toshiba Corporation e altri, C-17/10.
[24] Corte EDU, sentenza 4 marzo 2014, Grande Stevens contro Italia.

La qualificazione giuridica formalmente attribuita a una sanzione dall'ordinamento nazionale, quindi, «è, per la Corte europea, solo uno degli indicatori di cui tener conto per stabilire l'ambito e il confine della materia penale. Ciò che per il diritto interno non è pena, può invece esserlo per la giurisprudenza sovranazionale»[25]. Si tratta, peraltro, di un criterio normalmente recessivo rispetto agli altri.

Al di là dalla qualificazione giuridica della misura nel diritto interno, quindi, la sua natura penale va apprezzata sulla base dei due criteri sostanziali di cui si è detto: da un lato, la natura della violazione, desunta dal suo ambito applicativo, in quanto deve essere rivolta alla «generalità dei consociati» e non agli appartenenti ad un ordinamento particolare, e, soprattutto, dallo scopo perseguito, che deve essere «non meramente risarcitorio, ma repressivo e preventivo»; dall'altro, la natura e la gravità della sanzione cui l'interessato si trova esposto, che deve presentare «una connotazione afflittiva, potendo raggiungere un rilevante grado di severità»[26].

Sulla base di queste premesse, la sentenza n. 198 del 2022 ha evidenziato come l'esame delle questioni di legittimità costituzionale ad essa sottoposte imponesse necessariamente di verificare la correttezza del presupposto interpretativo da cui muoveva l'ordinanza di rimessione, ossia se l'escussione della garanzia provvisoria, nell'ipotesi di esito negativo del controllo a campione sul possesso dei requisiti speciali a carico dei partecipanti alla procedura di gara diversi dall'aggiudicatario (art. 48, comma 1, del d.lgs. n. 163 del 2006), potesse avere natura di sanzione "punitiva" agli effetti della CDFUE e della CEDU e, quindi, soggiacere alle garanzie dalle stesse previste, tra cui il principio di retroattività della *lex mitior*.

A tal fine, la Corte costituzionale ha necessariamente dovuto ricostruire il quadro normativo di riferimento.

5. La garanzia provvisoria nel codice dei contratti pubblici del 2006 (d.lgs. n. 163 del 2006)

Nella vigenza del d.lgs. n. 163 del 2006, l'art. 75, comma 1, disponeva che l'offerta presentata dall'operatore economico in una procedura di affidamento di contrattati pubblici dovesse essere corredata da una garanzia, pari al due per cento del prezzo base indicato nel bando o nell'invito, sotto forma di "cauzione" o di "fideiussione", a scelta dell'offerente. Si tratta della cosiddetta garanzia provvisoria[27], che

[25] C. cost. n. 43 del 2017.

[26] C. cost. n. 43 del 2017. Sul tema, per tutti: F. Viganò, *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2020, 4, p. 1775.

[27] L'istituto della cauzione provvisoria è stato introdotto dall'art. 332 della legge n. 2248 del 1865, all. F, il quale prevedeva che «Qualora il deliberatario non fosse in misura di stipulare il contratto definitivo entro il termine fissato nell'atto di deliberamento, sarà l'Amministrazione in facoltà di procedere ad un nuovo incanto a spese del medesimo, il quale perderà la somma che avrà depositata per sicurezza dell'asta». La cauzione provvisoria è stata poi soppressa dall'art. 5 della legge n. 687 del 1984. Con l'art. 30 della legge n. 109 del 1994, l'istituto della cauzione provvisoria è stato reintrodotto nel settore dei lavori pubblici, sempre come garanzia della mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'aggiudicatario. Fino agli anni novanti, la cauzione provvisoria aveva infatti, quale unica funzione, quella di garantire l'amministrazione per i danni derivanti dalla mancata stipula del contratto da parte dell'aggiudicatario. La legge n. 415

si distingueva da quella definitiva destinata, invece, a coprire il mancato o inesatto adempimento del contratto (art. 113).

L'escussione della garanzia provvisoria ad opera della stazione appaltante poteva avvenire in due differenti ipotesi.

La prima era prevista dall'art. 48 del d.lgs. n. 163 del 2006, che dettava una specifica disciplina dell'*iter* che le stazioni appaltanti dovevano seguire per verificare il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa (i cosiddetti requisiti speciali) dichiarati dai concorrenti in sede di gara, delineando l'istituto del controllo a campione.

Ai sensi dell'art. 48, comma 1, infatti, le stazioni appaltanti, prima di procedere all'apertura delle buste delle offerte presentate, dovevano richiedere, ad un numero di offerenti non inferiore al 10 per cento scelti con sorteggio pubblico, di dimostrare, entro i successivi dieci giorni, il possesso dei requisiti speciali richiesti nel bando di gara, mediante apposita documentazione.

Qualora questa prova non fosse fornita o non confermasse le dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione o nell'offerta, le stazioni appaltanti procedevano «all'esclusione del concorrente dalla gara, all'escussione della relativa cauzione provvisoria e alla segnalazione del fatto all'Autorità di vigilanza dei contratti pubblici [le cui funzioni sono oggi assegnate all'Autorità nazionale anticorruzione] per i provvedimenti di cui all'articolo 6 comma 11. L'Autorità dispone[va] altresì la sospensione da uno a dodici mesi dalla partecipazione alle procedure di affidamento».

del 1998 ha introdotto, nell'art. 10 della legge n. 109 del 1994, la previsione dell'escussione della cauzione provvisoria anche nel caso di esito negativo del controllo a campione dei requisiti speciali delle imprese partecipanti alla procedura di gara, ma non aggiudicatarie. Il comma 1-*quater* del citato art. 10, come modificato nel 1998, prevedeva che le stazioni appaltanti, «prima di procedere all'apertura delle buste delle offerte presentate, richiedono ad un numero di offerenti non inferiore al 10 per cento delle offerte presentate, arrotondato all'unità superiore, scelti con sorteggio pubblico, di comprovare, entro dieci giorni dalla data della richiesta medesima, il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, eventualmente richiesti nel bando di gara, presentando la documentazione indicata in detto bando o nella lettera di invito. Quando tale prova non sia fornita, ovvero non confermi le dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione o nell'offerta, i soggetti aggiudicatori procedono all'esclusione del concorrente dalla gara, alla escussione della relativa cauzione provvisoria e alla segnalazione del fatto all'Autorità per i provvedimenti di cui all'articolo 4, comma 7, nonché per l'applicazione delle misure sanzionatorie di cui all'articolo 8, comma 7. La suddetta richiesta è, altresì, inoltrata, entro dieci giorni dalla conclusione delle operazioni di gara, anche all'aggiudicatario e al concorrente che segue in graduatoria, qualora gli stessi non siano compresi fra i concorrenti sorteggiati, e nel caso in cui essi non forniscano la prova o non confermino le loro dichiarazioni si applicano le suddette sanzioni e si procede alla determinazione della nuova soglia di anomalia dell'offerta ed alla conseguente eventuale nuova aggiudicazione». Con l'art. 75 del d.lgs. n. 163 del 2006, infine, l'istituto della cauzione provvisoria è stato esteso a tutti i contratti di appalto, prevedendone l'escussione in entrambe le ipotesi già introdotte nell'ordinamento, quella dell'esito negativo del controllo a campione dei requisiti speciali dei concorrenti (art. 48) e quella della mancata stipula del contratto per fatto dell'aggiudicatario.

L'escussione della garanzia provvisoria prestata dal concorrente, secondo l'unanime opinione dottrinale[28] e giurisprudenziale[29], conseguiva automaticamente all'esito negativo della verifica a campione dei requisiti speciali, indipendentemente dalla natura meramente formale o sostanziale della violazione, ossia dalla circostanza che il concorrente possedesse il requisito e non l'avesse dimostrato o non lo possedesse affatto.

Si trattava insomma di atto dovuto, rispetto al quale non residuava alcuna discrezionalità in capo alla stazione appaltante.

L'escussione della garanzia provvisoria era inoltre prevista, sempre dall'art. 48 del d.lgs. n. 163 del 2006, al secondo comma, nei confronti dell'aggiudicatario e del concorrente che seguiva in graduatoria, che non fossero compresi fra i concorrenti sorteggiati, qualora non fornissero la prova o non confermassero le loro dichiarazioni, entro dieci giorni dalla conclusione delle operazioni di gara.

L'incameramento della cauzione provvisoria, insomma, costituiva una delle conseguenze (insieme all'esclusione e alla segnalazione all'ANAC) della mancata dimostrazione del possesso dei requisiti speciali di partecipazione in capo al concorrente, anche non aggiudicatario.

La seconda ipotesi di escussione della garanzia provvisoria era prevista dall'art. 75, comma 6, del d.lgs. n. 163 del 2006, il quale disponeva che «la garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario, ed è svincolata automaticamente al momento della sottoscrizione del contratto medesimo». In tal caso, la cauzione provvisoria copriva il rischio della mancata sottoscrizione del contratto da parte dell'aggiudicatario e il relativo incameramento era prevista solamente a carico di questi.

In ogni caso, la cauzione è stata ritenuta, dalla giurisprudenza amministrativa, parte integrante dell'offerta e non mero elemento di corredo della stessa, che la stazione appaltante potesse liberamente richiedere e quantificare[30].

Particolarmente discusse erano la funzione e la natura giuridica della garanzia provvisoria.

Ad essa è stata attribuita la natura di clausola penale ai sensi dell'art. 1382 cod. civ., sul presupposto che possa essere escussa per intero senza bisogno di provare il danno subito[31]. Si è, tuttavia, osservato che questo inquadramento non terrebbe conto della circostanza che l'incameramento della cauzione non

[28] S. Baccarini-G. Chinè-R. Proietti, *Codice dell'appalto pubblico*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 590; R. Garofoli-G. Ferrari, *Codice degli appalti pubblici e nuova direttiva ricorsi*, Neldirittoeditore, 2009, p. 413; Renzi, *Il controllo sul possesso dei requisiti*, in *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, a cura di F. Saitta, Cedam, Padova, 2008, p. 426.

[29] Cons. Stato, Sez. III, 21 luglio 2021, n. 5517; Cons. Stato, Ad. plen., 10 dicembre 2014, n. 34; Cons. Stato, Sez. V, 27 giugno 2017, n. 3701; Cons. Stato, sez. IV, 19 novembre 2015, n. 5280; Cons. Stato, Sez. IV, 28 dicembre 2016, n. 5501; Cons. Stato, Sez. V, 10 settembre 2012, n. 4778. In tal senso anche C. cost., ordinanza n. 211 del 2011. Nello stesso senso, si veda anche la Determinazione 21 maggio 2009, n. 5, recante linee guida sull'applicazione dell'art. 48 del d.lgs. n. 163 del 2006.

[30] Per tutte, Cons. Stato, Ad. plen., 10 dicembre 2014, n. 34.

[31] In tal senso, Renzi, *Il controllo sul possesso dei requisiti*, cit., p. 426. In giurisprudenza, TAR Lazio, Roma, Sez. III, 29 marzo 2000, n. 2443.

esclude la possibilità per la stazione appaltante di chiedere il maggior danno subito a causa della condotta del concorrente o dell'aggiudicatario escluso e che non sarebbe legittima una clausola che limiti all'importo della cauzione stessa il danno risarcibile. Inoltre, l'ammontare della garanzia provvisoria è fissato *ex lege* secondo una valutazione preventiva del legislatore, con la conseguenza che non è configurabile un potere di riduzione del giudice per ragioni equitative, come quello previsto dall'art. 1384 cod. civ.[32]

Secondo altra opinione, la cauzione provvisoria avrebbe natura di caparra confirmatoria ai sensi dell'art. 1385 cod. civ.[33] Il suo incameramento infatti, come si è visto, non escluderebbe la possibilità, per la stazione appaltante, di chiedere il risarcimento del maggior danno subito. Tuttavia – si è contestato – la garanzia provvisoria è prestata al momento della presentazione dell'offerta e non della conclusione del contratto e non è previsto il diritto del concorrente di esigere il doppio della cauzione prestata in caso di inadempimento della stazione appaltante[34].

Si è poi sostenuto che la garanzia provvisoria integri la caparra penitenziale ai sensi dell'art. 1386 cod. civ., avendo la funzione di corrispettivo per il recesso dell'aggiudicatario dall'impegno a contrarre derivante dall'aggiudicazione. Quest'inquadramento, però, non terrebbe conto che si è in fase precontrattuale, non essendovi ancora un contratto da cui recedere, e soprattutto che l'ambito di applicazione della garanzia provvisoria è stato ampiamente esteso sino a comprendere l'ipotesi di carenza, o di mancata dimostrazione, dei requisiti speciali dichiarati dai concorrenti, verificati a campione, in sede di offerta[35].

---

[32] Minnei, *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, a cura di R. Villata-M. Bertolissi-V. Dominichelli-G. Sala, vol. I, Cedam, Padova, 2014, p. 1030.

[33] In giurisprudenza, Cass. Civ., Sez. un., 4 febbraio 2009, n. 2634, ai sensi della quale «[l]a cauzione provvisoria prevista dalla L. n. 109 del 1994, art. 30, (al pari della garanzia fideiussoria che ad essa può essere sostituita) svolge senza dubbio la funzione di garantire la serietà dell'offerta, nel senso che l'aggiudicatario, ove non si presenti per la stipulazione del contratto, decade dall'aggiudicazione e la cauzione viene incamerata dall'organo preposto all'esecuzione del contratto, sulla base della mera constatazione dell'inadempienza. Ma, per il modo stesso della sua prestazione, appare chiaro che essa si configura come una vera e propria caparra confirmatoria e non già come semplice clausola penale o come un pegno irregolare. Diversamente da tali fattispecie, (…), la caparra confirmatoria consente al contraente beneficiario non solo di rivalersi immediatamente sulle somme oggetto di cauzione, che vengono incamerate, ma altresì di richiedere che venga risarcito il maggior danno da inadempimento (…)». Cons. Stato, Sez. V, 10 aprile 2018, n. 2181; Cons. Stato, Ad. plen., 10 dicembre 2014, n. 34, secondo cui «l'istituto della cauzione provvisoria è da ricondursi alla caparra confirmatoria, sia perché è finalizzata a confermare la serietà di un impegno da assumere in futuro, sia perché tale qualificazione risulta la più coerente con l'esigenza, rilevante contabilmente, di non vulnerare l'amministrazione costringendola a pretendere il maggior danno; si tratta di una misura di indole patrimoniale, priva di carattere sanzionatorio amministrativo nel senso proprio, che costituisce l'automatica conseguenza della violazione di regole e doveri contrattuali espressamente accettati». Nello stesso senso, deliberazione n. 138 del 21 luglio 2004 dell'ANAC, la quale desume dalla natura di caparra confirmatoria della cauzione provvisoria la possibilità, per la stazione appaltante, di agire per il risarcimento del maggior danno.

[34] Minnei, *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, cit., p. 1031; Delfino, *Art. 75*, in *Codice degli appalti pubblici e nuova direttiva ricorsi*, a cura di R. Garofoli-G. Ferrari, Neldirittoeditore, 2009, p. 575.

[35] Minnei, *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, cit., p. 1031.

La giurisprudenza amministrativa ha, in diverse occasioni, affrontato il tema della funzione della cauzione provvisoria e del suo incameramento, nonché della sua natura giuridica.

Già la sentenza n. 8 del 2005 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato – che in realtà ha affrontato il diverso problema di stabilire se, in caso di raggruppamento temporaneo di imprese, la garanzia rilasciata tramite fideiussione dovesse essere intestata non solo alla capogruppo, ma anche alle mandanti – aveva ritenuto, in un *obiter dictum,* che «la cauzione provvisoria, con la possibilità del suo incameramento da parte della stazione appaltante, [potesse] assolvere una duplice funzione: da un lato, una funzione indennitaria in caso di mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'aggiudicatario, dall'altro una funzione più strettamente sanzionatoria in caso di altri inadempimenti procedimentali del concorrente», distinguendone così finalità e natura in relazione alle due differenti ipotesi di cui, rispettivamente, all'art. 48 e all'art. 75 del d.lgs. n. 163 del 2006.

La sentenza ha poi chiarito che la cauzione provvisoria svolge, comunque, una «funzione di garanzia per l'amministrazione appaltante, a tutela della serietà e della correttezza del procedimento di gara, sia per il caso in cui l'affidatario non si presti a stipulare il relativo contratto sia per la veridicità delle dichiarazioni fornite dalle imprese in sede di partecipazione alla gara in ordine al possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa prescritti dal bando o dalla lettera di invito».

La natura sanzionatoria di «altri comportamenti dell'offerente […] quale quelli delineati dall'art. 48 del d.lgs. n. 163 del 2006, relativi alla mancata o insufficiente dimostrazione dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa» della garanzia provvisoria è stata ribadita da una parte della giurisprudenza successiva[36].

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato è tornata sulla questione della natura e della funzione della garanzia provvisoria con la sentenza n. 34 del 2014, che ha affrontato il tema della legittimità della clausola del bando di gara che ammette «l'incameramento della cauzione provvisoria nei confronti dei concorrenti anche in caso di non corrispondenza al vero di dichiarazioni riguardanti i requisiti generali di cui all'art. 38 del codice dei contratti pubblici» e non solo quelli speciali, soffermandosi ampiamente sulla natura di detta cauzione.

In questa occasione, l'Adunanza Plenaria ha riconosciuto alla garanzia provvisoria «la funzione di garanzia del mantenimento dell'offerta in un duplice senso, giacché, per un verso, essa presidia la serietà dell'offerta e il mantenimento di questa da parte di tutti partecipanti alla gara fino al momento dell'aggiudicazione; per altro verso, essa garantisce la stipula del contratto da parte della offerente che risulti, all'esito della procedura, aggiudicataria».

[36] *Ex multis,* Cons. Stato, Sez. V, 20 febbraio 2017, n. 755; Cons. Stato, sez. IV, 19 novembre 2015, n. 5280. Prima dell'Adunanza Plenaria, Cons. Stato, Sez. V, 4 maggio 2004, n. 2722.

L'escussione della cauzione provvisoria, in entrambe le ipotesi contemplate dal d.lgs. n. 163 del 2006 (art. 48, comma 1, e art. 75, comma 6), «si profila come garanzia del rispetto dell'ampio patto di integrità cui si vincola chi partecipa ad una gara pubblica. La sua finalità è quella di responsabilizzare i partecipanti in ordine alle dichiarazioni rese, di garantire la serietà e l'affidabilità dell'offerta, nonché di escludere da subito i soggetti privi delle richieste qualità volute dal bando»[37].

Questo perché la presenza di dichiarazioni non corrispondenti al vero «altera di per sé la gara quantomeno per un aggravio di lavoro della stazione appaltante, chiamata a vagliare anche concorrenti inidonei o offerte prive di tutte le qualità promesse».

Sotto il profilo della natura giuridica, la sentenza del 2014 ha ricondotto l'istituto in esame alla caparra confirmatoria, proprio perché finalizzata a confermare la serietà di un impegno da assumere in futuro. Questa qualificazione, inoltre, sarebbe rispondente all'esigenza di non precludere alla stazione appaltante la possibilità di chiedere il maggior danno subito.

L'Adunanza Plenaria ha, quindi, ritenuto che l'escussione della garanzia provvisoria integri «una misura di indole patrimoniale, priva di carattere sanzionatorio amministrativo nel senso proprio», che costituisce l'automatica conseguenza della violazione del dovere di diligenza gravante sull'offerente[38]. Essa realizza così un'anticipata liquidazione dei danni subiti dalla stazione appaltante[39].

Esclusivamente in tal senso, si può ritenere che l'istituto in esame svolga, oltre ad una funzione di garanzia della serietà e dell'affidabilità dell'offerta e una funzione indennitaria della stazione appaltante, anche una «funzione sanzionatoria verso altri possibili inadempimenti contrattuali dei concorrenti».

Successivamente, la giurisprudenza amministrativa ha chiarito che l'incameramento della cauzione provvisoria non è una sanzione amministrativa in senso stretto, non avendo «né carattere reintegrativo o ripristinatorio di un ordine violato», né punitivo di «un illecito amministrativo previsto a tutela di un interesse generale». Essa ha, piuttosto, «il suo titolo e la sua causa nella violazione di regole e doveri contrattuali già espressamente accettati negli stretti confronti dell'amministrazione appaltante» con la domanda di partecipazione alla gara. La funzione sanzionatoria dell'escussione della garanzia provvisoria, pertanto, può al più riferirsi «all'interesse pubblico della stazione appaltante e non all'interesse generale»[40].

La distinzione tra garanzia provvisoria escussa ai sensi dell'art. 48, comma 1, del d.lgs. n. 163 del 2006 e garanzia provvisoria escussa ai sensi dell'art. 75, comma 6, del medesimo decreto, invece, è stata da ultimo

[37] Nello stesso senso, Cons. Stato, Sez. V, 10 aprile 2018, n. 2181; Cons. Stato, Sez. V, 19 aprile 2017, n. 1818; Cons. Stato, Sez. IV, 22 dicembre 2014, n. 6302.

[38] In tal senso anche, Cons. Stato, Sez. V, 27 luglio 2017, n. 3701, che parla di «misura a carattere latamente sanzionatorio»; Cons. Stato, Sez. IV, 28 dicembre 2016, n. 5501. Parla di misura latamente sanzionatoria per ogni condotta riconducibile agli offerenti anche nella fase precedente rispetto all'aggiudicazione della procedura, F. Caringella, *Codice dei contratti pubblici,* Milano, 2021, p. 882.

[39] Cons. Stato, Sez. V, 27 giugno 2017, n. 3701; Cons. Stato, Sez. V, 10 aprile 2018, n. 2181.

[40] Cons. Stato, Sez. V, 27 giugno 2017, n. 3701; Cons. Stato, Sez. V, 13 giugno 2016, n.2531.

affermata dalla sentenza n. 7 del 2022 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, la quale ha ritenuto che, sotto la vigenza del pregresso codice dei contratti pubblici, alla prima «si assegna[sse] natura sanzionatoria, con funzione punitiva»[41]. Ciò perché l'amministrazione poteva escutere la garanzia, incamerando la somma predeterminata, nei confronti di tutti gli offerenti sorteggiati che non fossero in possesso dei requisiti di partecipazione, «con conseguenze economiche sovra-compensative».

Ad avviso dell'Adunanza Plenaria ciò comporterebbe la «necessità – in conformità con le regole convenzionali (art. 7 Cedu) – di assicurare il rispetto del principio di legalità e dei suoi corollari della prevedibilità, accessibilità e limiti di applicabilità delle norme nel tempo».

Alla seconda ipotesi di garanzia provvisoria, invece, «si assegnava natura non sanzionatoria», qualificandola «quale garanzia avente una valenza analoga a quella della caparra confirmatoria», con la funzione di garantire la serietà ed affidabilità dell'offerta e compensativa dei danni subiti dalla stazione appaltante[42].

Anche la Corte costituzionale, infine, ha avuto modo di esprimersi sulla *ratio* dell'istituto della garanzia provvisoria e della sua escussione, con riferimento all'ipotesi di esito negativo del controllo a campione sul possesso dei requisiti speciali (art. 48, comma 1, del d.lgs. n. 163 del 2006).

L'ordinanza n. 211 del 2011 ha ritenuto che l'incameramento della cauzione provvisoria, in questa ipotesi, «si profila come garanzia del rispetto dell'ampio patto d'integrità cui si vincola chi partecipa a gare pubbliche». Esso avrebbe, inoltre, una funzione di garantire serietà ed affidabilità dell'offerta, sanzionando la violazione dell'obbligo di diligenza gravante sull'offerente, mediante l'anticipata liquidazione dei danni subiti dalla stazione appaltante, tenuto conto che l'operatore economico, con la domanda di partecipazione, sottoscrive e si impegna ad osservare le regole della relativa procedura, delle quali ha, dunque, contezza».

Diversamente dall'escussione della garanzia provvisoria, i provvedimenti dell'AVCP (oggi, ANAC) previsti dal menzionato art. 48, ad avviso della Corte, «mirano a garantire che nel settore operino soggetti rispettosi delle regole che lo disciplinano e, quindi, sono diretti a sanzionare la condotta dell'offerente per finalità ulteriori e diverse rispetto a quelle cui è preordinato l'incameramento della cauzione provvisoria, caratterizzato da una funzione differente da quella che connota detti provvedimenti».

Infine, l'incameramento della cauzione provvisoria, in caso di esito negativo del controllo a campione, «è preordinato ad assicurare il regolare e rapido espletamento della procedura e la tempestiva liquidazione dei danni prodotti dalla alterazione della stessa a causa della mancanza dei requisiti da parte dell'offerente

[41] In senso adesivo, Cons. Stato, Sez. III, 21 luglio 2021, n. 5517.

[42] Nel senso che la garanzia provvisoria, nell'ipotesi di cui all'art. 75, comma 6, avesse lo scopo di assicurare la serietà dell'offerta e costituisse una liquidazione preventiva e forfettaria del danno, anche deliberazione n. 1 del 2015 dell'ANAC.

e, quindi, la norma è strumentale rispetto all'esigenza di garantire imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa».

In dottrina, non è mancato chi ha attribuito all'escussione della cauzione provvisoria, nell'ipotesi di cui all'art. 48, comma 1, del d.lgs. n. 163 del 2006, la natura di sanzione sostanzialmente penale agli effetti della CEDU, con conseguente applicazione delle relative garanzie[43], o comunque la natura di misura afflittiva e di strumento *lato sensu* sanzionatorio[44].

6. La garanzia provvisoria nel codice dei contratti pubblici del 2016 (d.lgs. n. 50 del 2016) e in quello del 2023 (d.lgs. n. 36 del 2023)

L'art. 93 del d.lgs. n. 50 del 2016 ha sostituito l'art. 75 dell'abrogato codice dei contratti pubblici, prevedendo anch'esso che «[l']offerta è corredata da una garanzia fideiussoria, denominata "garanzia provvisoria" pari al 2 per cento del prezzo base indicato nel bando o nell'invito, sotto forma di cauzione o di fideiussione, a scelta dell'offerente», importo che la stazione appaltante può motivatamente ridurre sino all'1 per cento ovvero incrementare sino al 4 per cento.

Il comma 6 stabilisce, come il previgente art. 75, che «la garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione dovuta ad ogni fatto riconducibile all'affidatario», aggiungendo la previsione dell'escussione anche in ipotesi di informazione antimafia interdittiva[45].

Il codice dei contratti pubblici del 2016, invece, ha eliminato la fattispecie di cui al previgente art. 48, ossia di escussione della garanzia provvisoria a carico del concorrente non aggiudicatario per esito negativo del controllo sul possesso dei requisiti speciali[46].

Nell'attuale decreto adottato in attuazione della legge delega n. 78 del 2022, recante il nuovo codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 36 del 2023), la garanzia provvisoria è disciplinata all'art. 106, ai sensi del quale «[l]'offerta è corredata da una garanzia provvisoria pari al 2 per cento del valore complessivo della

[43] G. Manfredi, *L'evoluzione della cauzione provvisoria, tra patti di integrità e sanzioni*, in *Urb. App.*, 2015, p. 179.

[44] S. Vinti, *La funzione di controllo sulla qualificazione delle imprese nelle procedure di evidenza pubblica,* in *I contratti di appalto pubblico,* Torino, 2010, p. 563, secondo cui la cauzione provvisoria e la sua escussione garantiscono molteplici rischi e non solamente quelli relativi alla mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'aggiudicatario.

[45] Il sesto comma dell'art. 93 stabiliva, nella versione originaria, che «la garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione, per fatto dell'affidatario riconducibile ad una condotta connotata da dolo o colpa grave, ed è svincolata automaticamente al momento della sottoscrizione del contratto medesimo». L'art. 59, comma 1, lett. d), del decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56, ha modificato tale ultimo comma, disponendo che «la garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione dovuta ad ogni fatto riconducibile all'affidatario o all'adozione di informazione antimafia interdittiva emessa ai sensi degli articoli 84 e 91 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159; la garanzia è svincolata automaticamente al momento della sottoscrizione del contratto». A seguito dell'eliminazione del riferimento al dolo e alla colpa grave da parte del decreto legislativo n. 56 del 2017, la garanzia provvisoria presuppone solamente un "fatto" riconducibile all'aggiudicatario, che impedisca la stipula del contratto, configurando così «un modello di responsabilità oggettiva, con conseguente esclusione di responsabilità nei soli casi di dimostrata assenza di un rapporto di causalità» (Cons. Stato, Ad. Plen., n. 7 del 2022).

[46] La possibilità di escussione della "garanzia provvisoria" per il concorrente è prevista, nel codice del 2016, soltanto nel caso di dichiarazioni false rese dall'operatore economico nell'ambito della procedura di avvalimento (art. 89, comma 1).

procedura indicato nel bando o nell'invito». La nuova norma, nel ribadire il potere di riduzione della garanzia attribuito alla stazione appaltante, chiarisce che tale potere può essere esercitato per rendere l'importo «proporzionato e adeguato alla natura delle prestazioni oggetto dell'affidamento e al grado di rischio a esso connesso».

Con riferimento all'aspetto che qui interessa, ossia l'eventuale escussione della garanzia provvisoria, il comma 6 dell'art. 103 ribadisce che essa copre la mancata aggiudicazione e la mancata sottoscrizione del contratto imputabili a ogni fatto riconducibile all'affidatario o conseguenti all'adozione di informazione antimafia interdittiva.

La norma aggiunge però, rispetto alla precedente formulazione, che il rischio garantito è solamente quello della mancata aggiudicazione successiva alla proposta di aggiudicazione, chiarendo un dubbio interpretativo che si era posto sotto la vigenza del codice del 2016 e che era stato risolto dalla sentenza n. 7 del 2022 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato. Quest'ultima aveva infatti ritenuto che «il comma 6 dell'art. 93 del decreto legislativo n. 50 del 2016 - nel prevedere che la "garanzia provvisoria" a corredo dell'offerta "copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione dovuta ad ogni fatto riconducibile all'affidatario (...)" - delinea un sistema di garanzie che si riferisce al solo periodo compreso tra l'aggiudicazione ed il contratto e non anche al periodo compreso tra la "proposta di aggiudicazione" e l'aggiudicazione».

È importante evidenziare che la garanzia provvisoria non è espressamente disciplinata dalla direttiva 2014/24/UE, la quale, come la precedente disciplina eurounitaria in materia di appalti, ha lasciato gli Stati liberi di adottare una propria disciplina in materia. Il d.lgs. n. 50 del 2016, in attuazione della legge delega, ha istituito sia la garanzia provvisoria qui in esame, sia quella definitiva di cui all'art. 103 che garantisce l'esatta esecuzione del contratto.

In ordine alla funzione della garanzia provvisoria prevista dal citato art. 93, la dottrina[47] e la giurisprudenza[48] condividono quanto già ritenuto in ordine al previgente art. 75, ossia che essa ha lo scopo di assicurare la serietà dell'offerta e di costituire una liquidazione preventiva e forfettaria del danno, nel caso non si addivenga alla stipula del contratto per causa imputabile all'aggiudicatario.

Sul punto è intervenuta, come si è visto, l'Adunanza Plenaria che, con la sentenza n. 7 del 2022, ha condiviso «l'orientamento prevalente della giurisprudenza amministrativa che […] ha attribuito alla "garanzia provvisoria" natura esclusivamente non sanzionatoria».

[47] Ioannides, *Le garanzie per la partecipazione alla procedura di gara*, in *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, 2019, p. 681; Torelli, *Art. 93*, in *Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati*, Padova, 2018, p. 800; F. Caringella, *Codice dei contratti pubblici,* cit., p. 882.

[48] Cons. stato, Sez. V, 6 aprile 2020, n. 2264; Cons. Stato, Sez. V, 15 maggio 2019, n. 3151.

In particolare, nella fase fisiologica, sia la "cauzione" che la "fideiussione" assolvono alla funzione di garantire la serietà e l'affidabilità dell'offerta, con obbligo dell'amministrazione, al momento della sottoscrizione del contratto, di restituire la prestazione nel primo caso e di svincolare la garanzia nel secondo. Nella fase patologica, invece, «la "cauzione" ha natura di rimedio di autotutela, con funzione compensativa, potendo l'amministrazione incamerare il bene consegnato a titolo di liquidazione forfettaria dei danni relativi alla fase procedimentale»[49]; «la "fideiussione" consente all'amministrazione di azionare il rimedio di adempimento dell'obbligo di pagamento della somma predeterminata dalla legge con funzione compensativa dei danni relativi alla fase procedimentale».

Anche la Corte costituzionale, con la sentenza n. 23 del 2022, ha ritenuto che la funzione della garanzia provvisoria sia «quella di responsabilizzare i partecipanti in ordine alle dichiarazioni rese e al dovere di diligenza, allo scopo di garantire la serietà e l'affidabilità dell'offerta e prevenire l'inutile e non proficuo svolgimento di complesse attività selettive».

Le stesse considerazioni possono estendersi all'istituto della garanzia provvisoria previsto dal decreto delegato del 2023, attesa, sotto il profilo interessato, l'identità con la disciplina del 2016.

È importante sottolineare che la disciplina dettata dal codice dei contratti pubblici del 2016 in tema di escussione della garanzia provvisoria – che, come si è detto, è stata limitata all'ipotesi di mancata stipulazione del contratto per fatto dell'aggiudicatario – consegue alle modifiche da esso introdotte in tema di controllo sul possesso dei requisiti di partecipazione.

Il d.lgs. n. 50 del 2016, infatti, non prevede specifiche indicazioni sui tempi e sulle modalità delle verifiche svolte dalla stazione appaltante sulle dichiarazioni sostitutive rese dai concorrenti diversi dall'aggiudicatario, per dimostrare il possesso dei requisiti di partecipazione. In particolare, non è stato reintrodotto il meccanismo del controllo a campione di cui all'art. 48 del previgente codice.

L'unico controllo sul possesso dei requisiti previsto come obbligatorio nel codice dei contratti pubblici del 2016 è quello che la stazione appaltante deve effettuare a carico dell'aggiudicatario. L'art. 32, comma 7, infatti, condiziona l'efficacia dell'aggiudicazione al positivo esito di questa verifica[50].

[49] Ad avviso dell'Adunanza Plenaria, non è invece conferente il richiamo alla caparra confirmatoria di cui all'art. 1385 cod. civ., in quanto la stessa, nella configurazione del codice civile, presuppone la stipulazione di un contratto – che, nella specie, manca – con l'inserimento della clausola che consente, in caso di inadempimento, di recedere dal contratto stesso trattenendo la caparra.

[50] Sul punto, si veda la sentenza n. 23 del 2022 della Core costituzionale, che attribuisce al controllo dei requisiti carattere condizionante l'efficacia dell'aggiudicazione, in un'ottica di tutela della concorrenza. «Da un lato, si vuole evitare di aggiudicare la gara, in violazione del principio di *par condicio*, a un soggetto che non avrebbe dovuto neppure partecipare ad essa. Da un altro lato – in una prospettiva dinamica – si intende impedire la conclusione di un contratto prima che siano verificati i requisiti di ammissione e di esclusione. Solo così possono evitarsi i ritardi e i costi nella realizzazione dell'opera, conseguenti alla risoluzione del contratto, e alle relative azioni giudiziarie che non sono certo escluse dal vincolo a prevedere – in base a quanto stabilisce la disposizione provinciale – la clausola risolutiva espressa».

La verifica dei requisiti è dunque «una fase che concettualmente si situa a valle dell'aggiudicazione, in quanto "fatte salve diverse previsioni della *lex specialis* e fatto comunque salvo l'esercizio delle facoltà riconosciute alla stazione appaltante dall'art. 85, comma 5, d.lgs. n. 50 del 2016[51], soltanto all'esito della gara, dopo l'approvazione della proposta di aggiudicazione ed il provvedimento di aggiudicazione, si procede alla verifica del possesso dei prescritti requisiti, non da parte della commissione di gara, ma da parte della stazione appaltante mediante richiesta all'aggiudicatario di presentare i documenti all'uopo necessari, in conformità a quanto prescritto dagli artt. 86 e 87 d.lg. n. 50 del 2016»[52].

Nelle precedenti fasi della procedura, per esigenze di semplificazione amministrativa, la stazione appaltante è tenuta a verificare i requisiti generali e speciali di partecipazione solamente sulla base delle autodichiarazioni rese dai concorrenti, poiché «quanto dichiarato dagli operatori economici nella domanda di partecipazione alla gara e nel DGUE [Documento di gara unico europeo] costituisce prova documentale sufficiente del possesso dei requisiti dichiarati, dovendo essere basata su tali dichiarazioni la relativa valutazione ai fini dell'ammissione e della partecipazione alla gara»[53].

L'art. 93, comma 6, quindi, nel collocare l'escussione della garanzia provvisoria nella fase successiva all'aggiudicazione, e prima della stipula del contratto, deve essere letto in combinato disposto con gli artt. 32, comma 7, e 85, comma 5, del d. lgs. n. 50 del 2016 che, come si è detto, prevedono come obbligatoria la verifica dei requisiti nei confronti del solo aggiudicatario[54]. «È, pertanto, in questa fase che opera la

[51] Ai sensi dell'art. 85, comma 5, del d.lgs. n. 50 del 2016 «[l]a stazione appaltante può, altresì, chiedere agli offerenti e ai candidati, in qualsiasi momento nel corso della procedura, di presentare tutti i documenti complementari o parte di essi, qualora questo sia necessario per assicurare il corretto svolgimento della procedura. Prima dell'aggiudicazione dell'appalto, la stazione appaltante richiede all'offerente cui ha deciso di aggiudicare l'appalto, (…), di presentare documenti complementari aggiornati conformemente all'articolo 86 e, se del caso, all'articolo 87. La stazione appaltante può invitare gli operatori economici a integrare i certificati richiesti ai sensi degli articoli 86 e 87».

[52] In tal senso, *ex multis*: Cons. Stato, Sez. III, 26 ottobre 2020, n. 6530; T.A.R. Campania, Salerno, 23 aprile 2021, n. 1037; T.A.R. Puglia, Lecce, 14 maggio 2019, n. 773.

[53] Cons. Stato, V, 5 giugno 2017, n. 2675; Cons. giust. amm. Sicilia, 12 gennaio 2022, n. 32. Ad avviso della sentenza n. 23 del 2022 della Corte costituzionale, il Documento di gara unico europeo (DGUE), disciplinato dall'art. 85, «costituisce una forma di auto-dichiarazione aggiornata in cui l'operatore economico, al momento della presentazione delle domande o delle offerte, attesta, in sostituzione dei certificati rilasciati da autorità pubbliche o da terzi, che il motivo di esclusione non si applica o che un dato criterio di selezione è soddisfatto e fornisce le informazioni rilevanti richieste dall'amministrazione». In dottrina, *ex multis,* A. Cianfalone-G. Giovanni-V. Lopilato, *L'appalto di opere pubbliche*, Vol. I, Milano, 2018, p. 1288.

[54] La verifica dei requisiti generali e speciali differita dopo l'aggiudicazione non va confusa con l'istituto dell'inversione procedimentale nell'esame della documentazione amministrativa e di quella relativa all'offerta. Quest'ultimo consiste nell'accantonamento della documentazione attestante, tramite il DGUE e le altre autodichiarazioni, il possesso dei requisiti e nell'immediato esame delle offerte. L'inversione procedimentale è prevista, come facoltà della stazione appaltante, dall'art. 133, comma 8, del d.lgs. n. 50 del 2016, solo nei settori speciali e per le procedure aperte. La previsione è stata poi estesa dall'art. 1, comma 3, del decreto legge 18 aprile 2019, n. 32, convertito, con modificazioni, nella legge 14 giugno 2019, n. 55, anche ai settori ordinari, ma solamente fino al 31 dicembre 2020 (termine poi differito al 30 giugno 2023) e, quindi, in via sperimentale e a tempo.
In entrambi i casi, la disposizione stabilisce «la possibilità di invertire l'esame delle offerte rispetto alla verifica della idoneità degli offerenti solo relativamente alle procedure aperte, alle quali normalmente partecipano numerosi operatori,

garanzia provvisoria la quale, nella previsione legislativa, sanziona le ipotesi in cui, anche per la mancanza dei requisiti dichiarati e negativamente verificati, non sia possibile, "dopo l'aggiudicazione" (inciso espressamente previsto dall'art. 93 d. lgs. n. 50/16 e mancante nel previgente art. 75 d. lgs. n. 163/06), pervenire alla sottoscrizione del contratto»[55].

Ne consegue che l'istituto non si applica alle ipotesi in cui non è ancora intervenuta l'aggiudicazione ovvero a quelle in cui la stazione appaltante procede discrezionalmente, nel corso della gara, alla verifica dei requisiti di uno o più concorrenti.

Analoga conclusione vale per la disciplina della garanzia provvisoria dettata dall'art. 106 del nuovo codice dei contratti pubblici, il quale, come si è detto, ne prevede la possibilità di escussione solamente dopo che sia intervenuta la proposta di aggiudicazione, coprendo la stessa il rischio della mancata aggiudicazione e della mancata sottoscrizione del contratto per fatti imputabili all'aggiudicatario.

7. Le conclusioni della sentenza della Corte costituzionale n. 198 del 2022

La Corte costituzionale non ha condiviso la lettura del Consiglio di Stato in ordine alla natura di sanzione "punitiva" dell'escussione della garanzia provvisoria in caso di esito negativo del controllo a campione di cui all'art. 48 del d.lgs. n. 163 del 2006, ritenendo in particolare che essa non riflette il quadro giurisprudenziale costituzionale e amministrativo, che, come si è visto, è sempre stato prevalentemente orientato in senso opposto.

Richiamati i c.d. criteri "Engel", la sentenza n. 198 ha in primo luogo osservato che l'escussione della garanzia provvisoria non è formalmente qualificata dall'ordinamento nazionale come sanzione penale.

Il suo eventuale carattere sanzionatorio "punitivo" va allora apprezzato sulla base dei due criteri sostanziali di cui si è detto: da un lato, la natura della violazione, desunta dal suo ambito applicativo, in quanto, per essere "penale", essa deve essere rivolta alla «generalità dei consociati» e non agli appartenenti ad un ordinamento particolare, e, soprattutto, dallo scopo perseguito, che deve essere «non meramente risarcitorio, ma repressivo e preventivo»; dall'altro, la natura e la gravità della sanzione cui l'interessato si

e unicamente in termini di facoltà concessa alle stazioni appaltanti, previa indicazione della stessa nel bando di gara o nell'avviso con cui si indice la gara» (sentenza n. 23 del 2022).

In proposito, la Corte ha ritenuto che «[l]a scelta di consentire o meno l'inversione procedimentale implica un delicato bilanciamento fra le esigenze di semplificazione e snellimento delle procedure di gara e quelle, fondamentali, di tutela della concorrenza, della trasparenza e della legalità delle medesime procedure, bilanciamento che non può che essere affidato al legislatore nazionale nell'esercizio della sua competenza esclusiva in materia, quale garanzia di uniformità della disciplina su tutto il territorio nazionale» (sentenze n. 23 del 2022 e n. 39 del 2020).

La Corte ha quindi ritenuto non potersi trarre dal codice dei contratti pubblici del 2016, quale criterio generale, «quello del controllo sui requisiti solo rispetto all'aggiudicatario e all'eventuale impresa ausiliaria, introduce una normativa difforme dall'art. 80 cod. contratti pubblici e un'automatica inversione dell'esame delle offerte prima della verifica dell'idoneità degli offerenti» (sentenza n. 23 del 2022).

[55] T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 23 gennaio 2019, n. 900; T.A.R. Puglia, Lecce, 14 maggio 2019, n. 773.

trova esposto, che deve presentare «una connotazione afflittiva, potendo raggiungere un rilevante grado di severità»[56].

Con riferimento al primo di questi criteri, la sentenza in esame ha sottolineato che «l'escussione della garanzia provvisoria ha un ambito applicativo limitato agli operatori economici che partecipano alle procedure di gara per l'affidamento di contratti pubblici e non è rivolta alla generalità dei consociati. Detta escussione mira, infatti, a garantire l'ordinato svolgersi di una specifica procedura amministrativa, al punto che il relativo importo non viene assicurato al bilancio pubblico in generale, ma incamerato dalla stazione appaltante».

Inoltre, ha evidenziato che lo scopo da essa perseguito non è repressivo e punitivo, essendo volta, da un lato, a «garantire serietà ed affidabilità dell'offerta», dall'altro, a consentire «l'anticipata liquidazione dei danni subiti dalla stazione appaltante», in caso di omessa dimostrazione dei requisiti speciali di partecipazione dichiarati dal concorrente in sede di presentazione dell'offerta.

La sentenza n. 198 ha poi richiamato l'ordinanza n. 211 del 2011 della Corte costituzionale che, nel delineare la differenza e l'incomparabilità tra l'escussione della cauzione provvisoria e le ulteriori sanzioni applicate dall'AVCP (oggi, ANAC), nell'ipotesi di cui al menzionato art. 48, comma 1, aveva proprio rilevato che i provvedimenti della menzionata Autorità, «previsti dalla norma censurata, mirano a garantire che nel settore operino soggetti rispettosi delle regole che lo disciplinano e, quindi, sono diretti a sanzionare la condotta dell'offerente per finalità ulteriori e diverse rispetto a quelle cui è preordinato l'incameramento della cauzione provvisoria, caratterizzato da una funzione differente da quella che connota detti provvedimenti», una funzione appunto di tipo riparatorio.

Più che punire la condotta del concorrente che ha partecipato alla procedura di gara dichiarando il possesso di requisiti che non ha poi confermato, la cauzione provvisoria risponde quindi all'esigenza di garantire il rispetto delle regole procedurali e, quindi, l'affidabilità di tutti i concorrenti e dell'offerta da essi presentata. Non può non considerarsi, nell'ottica del buon andamento dell'azione amministrativa, che la non veridicità delle dichiarazioni presentate dagli operatori economici, anche non aggiudicatari, crea comunque un aggravio di lavoro della stazione appaltante e un dispendio di energie inutili[57].

In questa stessa ottica – ha ribadito la Corte richiamando ancora una volta il suo precedente del 2011 – l'incameramento della garanzia provvisoria "sanziona" «la violazione dell'obbligo di diligenza gravante sull'offerente», nel senso che costituisce il rimedio apprestato dall'ordinamento a tutela dell'interesse della stazione appaltante alla serietà e affidabilità dell'offerente stesso e al rispetto, da parte sua, delle regole di gara.

[56] C. cost., sentenza n. 43 del 2017

[57] Valletti, *La cauzione provvisoria negli appalti di lavori pubblici: limiti all'escussione*, in *Urb. App.*, 2004, p. 1186. Nello stesso senso, Ad. plen. n. 34 del 2014.

Per sostenere questa argomentazione, la sentenza in esame ha sottolineato come l'attività contrattuale dell'amministrazione, «sebbene svolta con i moduli autoritativi e impersonali dell'evidenza pubblica», sia inquadrabile «nello schema delle trattative prenegoziali», da cui deriva «l'assoggettamento al generale dovere di comportarsi secondo buona fede enunciato dall'art. 1337 cod. civ.»[58]. Quest'obbligo grava, ovviamente, su entrambe le parti "della trattativa" e, quindi, non solamente sulla stazione appaltante, ma anche sui partecipanti alla procedura di gara e la sua violazione dà vita a responsabilità precontrattuale, che è posta appunto «a presidio dell'interesse di ordine economico a che sia assicurata la serietà dei contraenti nelle attività preparatorie e prodromiche al perfezionamento del vincolo contrattuale»[59].

La Consulta ha concluso allora che l'escussione della garanzia provvisoria risponde «alla funzione tipica dei rimedi apprestati dall'ordinamento a fronte di condotte contrarie a buona fede fondanti la responsabilità precontrattuale, che, anche quando "sanzionano" comportamenti scorretti imputabili alla parte, non sono "punitivi" perché sono tesi a salvaguardare posizioni giuridiche soggettive contro la violazione ingiustificata del dovere di correttezza». E proprio l'ormai riconosciuta natura polifunzionale della responsabilità civile porta ad escludere che «il carattere sanzionatorio che assumono, in taluni casi, i rimedi civilistici» implica che essi siano conseguentemente qualificabili come sanzioni "punitive" agli effetti della CEDU e della CDFUE.

Come accade in altri istituti previsti dal nostro ordinamento, inoltre, alla funzione di tutela dell'interesse dell'amministrazione ad evitare l'inutile e non proficuo svolgimento di complesse attività selettive, si aggiunge quella di liquidare, preventivamente e forfettariamente, il danno da essa eventualmente subito.

Da qui la funzione complessa della garanzia provvisoria e della sua escussione, volte a rafforzare complessivamente la posizione giuridica dell'amministrazione a tutela dell'interesse pubblico alla concorrenza, trasparenza e legalità delle procedure di affidamento dei contratti pubblici di cui essa è portatrice.

Una volta escluso che la misura in oggetto persegua le finalità afflittive proprie della pena, poste nell'interesse generale dell'ordinamento, anziché in quello settoriale della pubblica amministrazione coinvolta nella gara, la Corte costituzionale ha evidenziato che «neppure il suo grado di severità conforta le premesse ermeneutiche del rimettente». L'entità della garanzia provvisoria, ai sensi dell'art. 75 del previgente codice dei contratti pubblici, era pari al «due per cento del prezzo base indicato nel bando o nell'invito» e, quindi, ad una percentuale non particolarmente elevata di esso. Peraltro, il comma 7 del medesimo art. 75 prevedeva una serie di ipotesi, cumulabili tra loro, in cui l'importo di questa garanzia

[58] Da ultimo, Cons. Stato, Ad. plen., n. 21 del 2021 e, prima, n. 5 del 2018.
[59] Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, sentenza n. 21 del 2021

era ridotto da un minimo del quindici a un massimo del cinquanta per cento, giustificate dal possesso, da parte degli operatori economici, di determinate certificazioni.

L'art. 93 del codice del 2016 e l'art. 106 di quello del 2023 prevedono, peraltro, il potere stazione appaltante di ridurre la garanzia al fine, appunto, di renderne l'importo «proporzionato e adeguato alla natura delle prestazioni oggetto dell'affidamento e al grado di rischio a esso connesso».

Insomma, ad avviso della Corte, «dall'importo della garanzia provvisoria, dalla previsione di forme alternative di costituzione (la cauzione o la fideiussione) e dal regime delle riduzioni previste dal legislatore, dunque, può ben desumersi l'assenza di quel connotato di speciale gravità, necessario affinché la misura pregiudizievole possa essere assimilata a una sanzione sostanzialmente penale».

Esclusa la natura di sanzione "punitiva" dell'incameramento della garanzia provvisoria in caso di esito negativo del controllo a campione ai sensi dell'art. 48 del d.lgs. n. 163 del 2006, la Corte costituzionale ha escluso l'applicabilità alla stessa del principio, interno ed eurounitario, di retroattività della *lex mitior*.

8. L'ordinanza di rinvio pregiudiziale del Consiglio di Stato (n. 2033 del 2023)

La normativa in materia di appalti pubblici dettata dal d.lgs. n. 163 del 2006 era attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, mentre quella dettata dal d.lgs. n. 50 del 2016 (e dal decreto attuativo della delega del 2022) attua le direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/15/UE, che hanno abrogato le precedenti.

Vertendosi nell'ambito applicativo del diritto dell'Unione europea operano, quindi, anche le garanzie della CDFUE, che sono direttamente applicabili nel nostro ordinamento.

Tuttavia, la sentenza n. 198 del 2022 ha ribadito che non può ritenersi precluso alla Corte costituzionale «l'esame nel merito delle questioni di legittimità costituzionale sollevate con riferimento sia a parametri interni, anche mediati dalla normativa interposta convenzionale, sia – per il tramite degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost. – alle norme corrispondenti della Carta che tutelano, nella sostanza, i medesimi diritti; e ciò fermo restando il potere del giudice comune di procedere egli stesso al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE, anche dopo il giudizio incidentale di legittimità costituzionale, e – ricorrendone i presupposti – di non applicare, nella fattispecie concreta sottoposta al suo esame, la disposizione nazionale in contrasto con i diritti sanciti dalla Carta»[60].

Qualora lo stesso giudice comune sollevi una questione di legittimità costituzionale che coinvolga anche le norme della Carta, la «Corte non potrà esimersi, eventualmente previo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE, dal fornire una risposta a tale questione con gli strumenti che le sono propri: strumenti

[60] C. cost., n. 63 del 2019, proprio con riferimento alla diretta applicabilità del principio di retroattività della *lex mitior* sancito dall'art. 49, par. 1, CDFUE.

tra i quali si annovera anche la dichiarazione di illegittimità costituzionale della disposizione ritenuta in contrasto con la Carta (e pertanto con gli artt. 11 e 117, primo comma, Cost.), con conseguente eliminazione dall'ordinamento, con effetti *erga omnes*, di tale disposizione»[61].

Ciò sulla scia della sua ormai consolidata giurisprudenza sulla c.d. doppia pregiudizialità, "inaugurata" dalla sentenza n. 269 del 2017[62].

Il Consiglio di Stato, con l'ordinanza (ordinanza n. 3299 del 2021) che ha portato alla sentenza n. 198 del 2002 della Corte costituzionale, aveva optato, come si è visto, per la pregiudiziale costituzionale, contestando dinnanzi alla Consulta la mancata applicazione del principio di retroattività *in mitius*, sancito non solo dal diritto interno (art. 3 Cost.), ma altresì dall'art. 49, par. 1, CDFUE.

Successivamente, lo stesso Consiglio di Stato, in un altro procedimento giurisdizionale relativo pur sempre ad una procedura di gara bandita dalla Consip, per l'affidamento di servizi di pulizia e sanificazione degli Enti del servizio sanitario nazionale, ha optato per la pregiudiziale europea.

Anche in tal caso, la società ricorrente aveva partecipato alla procedura (bandita prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 50 del 2016 e, quindi, soggetta, ai sensi dell'art. 216 del medesimo decreto, alla disciplina del d.lgs. n. 163 del 2006) ed era stata esclusa, questa volta, per essere stata colpita da sanzione pecuniaria da parte dell'AGCM per accertata intesa restrittiva della concorrente. Ottenuta la sentenza definitiva del giudice amministrativo in ordine alla legittimità dell'esclusione, la Consip ha escusso la garanzia provvisoria presentata dalla società stessa, in virtù dell'allora vigente art. 48 del d.lgs. n. 163 del 2006, ancorché, anche in tal caso, essa non fosse risultata aggiudicataria dell'appalto.

Il Consiglio di Stato, con la nuova ordinanza del 2023, non ha condiviso le conclusioni cui è giunta la Corte costituzionale con la sentenza n. 198, in ordine alla natura "non punitiva" della garanzia provvisoria disciplinata dall'abrogato art. 48 del d.lgs. n. 163 del 2006. Ha, invece, ribadito alcune considerazioni svolte dalla sua precedente ordinanza, rilevando nuovamente che, nella fattispecie di cui al citato art. 48, sarebbe assente la «causa tipica dell'incameramento della cauzione», ossia la funzione risarcitoria, non essendovi alcun danno della stazione appaltante da ristorare, in quanto la società esclusa non era aggiudicataria, ma mera concorrente.

Inoltre, sottolinea il Consiglio di Stato, l'escussione della cauzione provvisoria avrebbe, nel caso sottoposto al suo esame, natura fortemente afflittiva e sproporzionata: si tratterebbe, infatti, di una

[61] C. cost. n. 63 del 2019. Nello stesso senso, sentenze n. 149 e n. 13 del 2022; n. 182 del 2021; n. 20 del 2019; ordinanza n. 117 del 2019. Sul tema, in dottrina: E. Bindi-A. Pisaneschi, *La retroattività in mitius delle sanzioni amministrative sostanzialmente afflittive tra Corte Edu, Corte di Giustizia e Corte costituzionale,* in *www.federalismi.it,* n. 22/2019; I. Pinto, *Il giudizio di incostituzionalità delle leggi in caso di doppio parametro (interno ed europeo): il conflitto sulle regole di ingaggio,* in *Riv. gruppo Pisa,* 2019, p. 72.

[62] Sul tema, A. Barbera, *La Carta dei Diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di Giustizia,* in *Quad. cost.*, 1, 2018, p. 149; M. Cartabia, *I diritti in Europa: la prospettiva della giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.,* 1, 2015, p. 29.

sanzione, irrogata peraltro in aggiunta a quella della AGCM per l'«illecito antitrust», dell'importo di circa 12 milioni di euro. Da ciò il carattere indubbiamente penale della stessa e la conseguente applicazione dei principi di proporzionalità di cui all'art. 49, par. 3, e del *ne bis in idem* di cui all'art. 50 CDFUE: principi violati, da un lato, dall'afflittività dell'escussione della garanzia, atteso il suo rilevante importo e l'automatismo nella sua applicazione, dall'altro, dal cumulo con la sanzione irrogata per l'illecito antitrust, nonostante la comune finalità dissuasiva e repressiva della medesima condotta lesiva dell'interesse pubblico al corretto svolgimento delle procedure di gara.

Sulla base di questo presupposto interpretativo, il Consiglio di Stato ha disposto rinvio pregiudiziale, ai sensi dell'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), chiedendo alla Corte di giustizia dell'Unione europea di accertare la compatibilità dell'art. 48 del d.lgs. n. 163 del 2006, laddove prevede l'automatica escussione della garanzia provvisoria in caso di esclusione del concorrente non aggiudicatario da una procedura di gara, benché sia stato già destinatario, in relazione alla medesima condotta, di altra sanzione, con gli «artt. 16, 49, 50 e 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, l'art. 4, Protocollo 7, della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo – CEDU, l'art. 6 del TUE, i principi di proporzionalità, concorrenza, libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi di cui agli articoli gli artt. 49, 50, 54 e 56 del TFUE».

Nonostante il riferimento contenuto nell'ordinanza del Consiglio di Stato alla CEDU, è evidente che la Corte di giustizia è chiamata a pronunciarsi unicamente sulla compatibilità del diritto interno con il diritto europeo e, in particolare, con i principi di proporzionalità e *ne bis in idem* sanciti dalla CDFUE.

9. Il principio del *ne bis in idem* nel diritto europeo

Nell'ordinamento dell'Unione europea, il principio del *ne bis in idem* è sancito dall'art. 50 CDFUE, che vieta di perseguire o condannare alcuno per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge. Il divieto è considerato dalla Corte di giustizia provvisto di efficacia diretta e perciò idoneo a determinare la disapplicazione del diritto interno contrastante da parte del giudice comune[63].

L'art. 50 CDFUE si applica sia all'interno dello stesso Stato membro, in termini analoghi a quanto previsto dall'art. 4 Prot. n. 7 alla CEDU (*ne bis in idem* interno), sia tra giurisdizioni di più Stati membri (*ne bis in idem* internazionale[64]).

[63] Corte giust., 26 febbraio 2013, in causa C-617/10, Fransson, par. 45; 20 marzo 2018, in causa C-537/16, Garlsson Real Estate SA e a.

[64] Principio già enunciato dall'art. 54 della CAAS (Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen del 14 giugno 1985 tra i governi degli Stati dell'Unione economica Benelux, della Repubblica federale di Germania e della Repubblica francese relativo all'eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni, firmata a Schengen il 19 giugno 1990 ed entrata in vigore il 26 marzo 1995. Sul *ne bis in idem* internazionale, da ultimo Corte giust., 29 aprile 2021, in causa C-

Anche il divieto di *bis in idem,* come il principio di retroattività della *lex mitior,* si applica a procedimenti e sanzioni di natura "penale" secondo i criteri Enghel, di cui si è già detto[65].

L'applicazione del divieto di *bis in idem* presuppone, in particolare, sia la definitività della prima decisione, che deve essere stata adottata previa valutazione di merito del caso[66]; sia l'identità dei fatti[67] e del soggetto sanzionato[68]. Si tratta dei medesimi criteri di valutazione dell'*idem* e del *bis* adottati dalla Corte EDU.

La Corte di giustizia si è espressa sulla conformità all'art. 50 CDFUE dei doppi binari sanzionatori in materia tributaria e di abusi di mercato, adottando un approccio ispirato alla sentenza A e B c. Norvegia della CEDU (anche se formalmente costruito intorno alla verifica della conformità ai requisiti dell'art. 52, par. 1, CDFUE[69] della limitazione al *ne bis idem* provocata dalla presenza di un doppio binario sanzionatorio).

In tema di reati tributari sull'IVA – materia rientrante nell'ambito applicativo del diritto dell'Unione – la Corte di giustizia ha dapprima affermato nella sentenza Fransson (26 febbraio 2013, in causa C-617/10) che il principio del *ne bis in idem* di cui all'art. 50 CDFUE non osta a che uno Stato membro imponga, per le medesime violazioni di obblighi dichiarativi, una sanzione tributaria (sovrattassa) e successivamente una sanzione penale, purché però la prima non sia di natura «penale», alla luce dei criteri Enghel, circostanza che spetta al giudice nazionale verificare.

Nella sentenza Menci (20 marzo 2018, in causa C-524/15, Menci), la Corte di giustizia ha escluso l'incompatibilità con l'art. 50 CDFUE del doppio binario sanzionatorio previsto nell'ordinamento italiano per l'illecito omesso versamento dell'IVA, punito sul piano amministrativo dall'art. 13, comma 1 d.lgs. n. 471 del 1997 e sul piano penale dall'art. 10-*ter* del d.lgs. n. 74 del 2000, pur ritenendo entrambe le sanzioni di natura punitiva.

Sul piano generale, la Corte ha ritenuto che non si produca violazione dell'art. 50 CDFUE *a*) allorché le due sanzioni perseguano scopi differenti e complementari, sempre che *b*) il sistema normativo garantisca

665/20, X (Mandato d'arresto europeo – *ne bis in idem*); 12 maggio 2021, in causa C-505/19, WS; 16 dicembre 2021, in causa C-203/20, AB e altri, nonché, in materia di concorrenza, 22 marzo 2022, in causa C-151/20, Bundeswettbewerbsbehörde c. Nordzucker AG e altri.

[65] Sentenze 5 giugno 2012, in causa C-489/10, Bonda, par. 37; 22 marzo 2022, in causa C-117/20, bpost SA, par. 25.

[66] *Ex multis* 22 marzo 2022, in causa C-117/20, bpost SA, par. 34.

[67] In materia di concorrenza, la Corte di giustizia ha solo recentemente, nelle sentenze del 22 marzo 2022 (in causa C-117/20, bpost SA e in causa C-151/20, Bundeswettbewerbsbehörde c. Nordzucker AG e altri) accolto la nozione di *idem factum* in senso naturalistico fatta propria dalla giurisprudenza della Corte EDU (Corte EDU, GC, sentenza 10 febbraio 2009, Zolotukhine c. Russia), avendo prima fatto riferimento, per l'identificazione dell'*idem*, anche alla natura dell'interesse tutelato (che invece rileva per la verifica circa la complementarietà degli scopi delle sanzioni).

[68] Quest'ultima va esclusa ove i procedimenti sanzionatori riguardino l'uno la persona fisica, in qualità di legale rappresentante di una società, l'altro la persona giuridica in quanto tale: Corte giust., 5 aprile 2017, in cause riunite C-217/15 e C-350/15, Orsi e Baldetti.

[69] Disposizione secondo cui «[e]ventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui».

una coordinazione tra i due procedimenti sì da evitare eccessivi oneri per l'interessato, e *c*) assicuri comunque che il complessivo risultato sanzionatorio non risulti sproporzionato rispetto alla gravità della violazione. La Corte di giustizia ha sottolineato la sostanziale coincidenza di tali criteri rispetto a quelli enunciati dalla Corte di Strasburgo, richiamando il principio generale, posto dall'art. 52, par. 1, CDFUE, dell'equivalenza delle tutele assicurate dalla Carta rispetto a quelle approntate dalla CEDU e dei suoi protocolli.

Nel caso di specie, la Corte ha concluso nel senso che la disciplina italiana in materia di omesso versamento di IVA, riservando la perseguibilità in sede penale alle sole violazioni superiori a determinate soglie di imposta evasa e attribuendo tra l'altro rilevanza, in sede penale, al volontario pagamento del debito tributario e delle sanzioni amministrative, garantisce in linea di principio che «il cumulo di procedimenti e di sanzioni che essa autorizza non eccede quanto è strettamente necessario ai fini della realizzazione dell'obiettivo» di assicurare l'integrale riscossione dell'IVA; con riserva per il giudice nazionale di verificare che, nel caso concreto, «l'onere risultante concretamente per l'interessato dall'applicazione della normativa nazionale in discussione nel procedimento principale e dal cumulo dei procedimenti e delle sanzioni che la medesima autorizza non sia eccessivo rispetto alla gravità del reato commesso».

A diverso esito – ma sulla base dello stesso *iter* argomentativo[70] – è pervenuta la Corte di giustizia nelle coeve sentenze Garlsson Real Estate e Di Puma e Zecca (20 marzo 2018, rispettivamente in cause C-537/16 e in cause riunite C-596/16 e C-597/16) con riferimento al doppio binario sanzionatorio previsto dall'ordinamento italiano in materia di *market abuse*.

La Corte ha, infatti, giudicato sproporzionata – e, pertanto, contraria all'art. 50 CDFUE – la persistente pendenza di un procedimento amministrativo per l'irrogazione della sanzione ex art. 187-*ter* T.U.F. nei confronti di persona già definitivamente condannata in sede penale per il reato di aggiotaggio di cui all'art. 185 T.U.F. (sentenza Garlsson e a.).

Viceversa, la Corte ha ritenuto conforme al diritto Ue la preclusione, derivante dall'art. 654 c.p.p., all'instaurazione del procedimento d'irrogazione della sanzione amministrativa per *insider trading* (art. 187-*bis* T.U.F.), a seguito di una sentenza penale definitiva di assoluzione dal reato di cui all'art. 184 T.U.F. (sentenza Di Puma e Zecca).

In alcune recenti pronunce in tema di concorrenza, la Corte di giustizia ha poi escluso la violazione del *ne bis in idem* in caso di applicazione, da parte della stessa autorità nazionale, di due sanzioni di cui una per

[70] Secondo cui il «doppio binario», pur concretando una limitazione del divieto di *bis in idem*, è compatibile con l'art. 50 CDFUE, a condizione che: il cumulo di procedimenti e sanzioni sia giustificato da obiettivi di interesse generale; procedimenti e sanzioni (penali e amministrativi) perseguano scopi complementari; le norme nazionali garantiscano un coordinamento tra procedimenti, minimizzando l'onere supplementare del secondo processo; la severità del complesso delle sanzioni imposte sia limitata a quanto strettamente necessario rispetto alla gravità del reato.

violazione del diritto nazionale e l'altro per violazione del diritto UE (3 aprile 2019, in causa C-617/17, Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie S.A.). E' stato, altresì, ritenuto che il *ne bis in idem* si applica a violazioni del diritto della concorrenza come l'abuso di posizione dominante (art. 102 TFUE) e vieti che un'impresa sia condannata o perseguita nuovamente a causa di un comportamento anticoncorrenziale per il quale è stata sanzionata o per il quale è stata dichiarata non responsabile da una precedente decisione non più impugnabile; mentre il principio non trova applicazione quando un'impresa è perseguita e sanzionata separatamente e in modo indipendente da un'autorità garante della concorrenza di uno Stato membro e dalla Commissione europea per violazioni dell'art. 102 TFUE relative a mercati di prodotto o mercati geografici distinti o quando un'autorità garante della concorrenza di uno Stato membro è privata della sua competenza in applicazione dell'articolo 11, par.o 6, prima frase, del regolamento n. 1/2003 (25 febbraio 2021, in causa C-857/19, Slovak Telecom a.s.).

Un'applicazione del principio del *ne bis in idem*, anche se con riferimento all'art. 4 Prot. n. 7 alla CEDU, è stata fatta dalla sentenza n. 149 del 2022 della Corte costituzionale, che ha scrutinato la disciplina della legge n. 633 del 1941 in materia di tutela del diritto d'autore. Detta disciplina è interamente costruita attorno a un sistema di "doppio binario" sanzionatorio, in cui le medesime condotte illecite costituiscono, al tempo stesso, delitti e illeciti amministrativi: l'art. 171-ter prevede, ai commi 1 e 2, una vasta gamma di fattispecie delittuose, punite con la pena della reclusione congiunta con la multa e l'art. 174-bis dispone che, «[f]erme le sanzioni penali applicabili, la violazione delle disposizioni previste nella presente sezione» – incluse, dunque, quelle di cui al precedente art. 171-ter – «è punita con la sanzione amministrativa pecuniaria pari al doppio del prezzo di mercato dell'opera o del supporto oggetto della violazione, in misura comunque non inferiore a euro 103,00. Se il prezzo non è facilmente determinabile, la violazione è punita con la sanzione amministrativa da euro 103,00 a euro 1032,00. La sanzione amministrativa si applica nella misura stabilita per ogni violazione e per ogni esemplare abusivamente duplicato o riprodotto».

Le due disposizioni – l'art. 171-ter e l'art. 174-bis della legge n. 633 del 1941 – sanzionano dunque esattamente le medesime condotte materiali; e l'art. 174-bis stabilisce espressamente, a scanso di ogni equivoco interpretativo, che le sanzioni amministrative da esso previste si applichino «[f]erme le sanzioni penali», indicando così l'inequivoca volontà del legislatore di cumulare in capo al medesimo trasgressore le due tipologie di sanzioni[71].

Peraltro, osserva la Corte, «la previsione di due distinte classi di sanzioni (l'una penale, l'altra amministrativa) per le medesime condotte comporta più procedimenti sanzionatori che si sviluppano parallelamente o consecutivamente nei confronti del loro autore: l'uno condotto dal pubblico ministero,

[71] Corte cost., sentenza n. 149 del 2022.

l'altro dal prefetto. Sicché, non appena uno di tali procedimenti giunga a conclusione attraverso l'adozione di una decisione definitiva sulla responsabilità (penale o amministrativa) dell'interessato, è fisiologico che il procedimento ancora aperto – o ancora da iniziarsi – divenga un *bis* rispetto al procedimento già concluso ai fini della garanzia all'esame».

Riconosciuta natura punitiva alla sanzione amministrativa ed escluso che il sistema di "doppio binario" sia «normativamente congegnato in modo da assicurare che i due procedimenti sanzionatori previsti apprestino una risposta coerente e sostanzialmente unitaria agli illeciti in materia di violazioni del diritto d'autore, già penalmente sanzionati dall'art. 171-ter della legge n. 633 del 1941», la Corte ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 649 c.p.p. «nella parte in cui non prevede che il giudice pronunci sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere nei confronti di un imputato per uno dei delitti previsti dall'art. 171-ter della legge n. 633 del 1941 che, in relazione al medesimo fatto, sia già stato sottoposto a procedimento, definitivamente conclusosi, per l'illecito amministrativo di cui all'art. 174-bis della medesima legge».

10. Il divieto di sproporzione nei trattamenti sanzionatori (art. 49, par. 3, CDFUE)

Il principio di proporzionalità delle sanzioni è, invece, contemplato dall'art. 49, par. 3, CDFUE e, anch'esso, secondo la Corte di giustizia, ha effetto diretto[72]. Ad avviso della Corte, il principio di proporzionalità, che costituisce un principio generale del diritto dell'Unione, «si impone agli Stati membri nell'attuazione di tale diritto, anche in assenza di armonizzazione della normativa dell'Unione nel settore delle sanzioni applicabili», sicché «[q]ualora, nell'ambito di una siffatta attuazione, gli Stati membri adottino sanzioni aventi carattere più specificamente penale, essi sono tenuti ad osservare l'articolo 49, par. 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea […], a norma del quale le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato».

La Corte ne ha tratto che, al fine di garantire la piena efficacia del requisito di proporzionalità delle sanzioni, spetta al giudice nazionale disapplicare la parte della normativa nazionale, sulla cui base è stata adottata la sanzione e che rientra nell'ambito applicativo del diritto europeo, da cui deriva il carattere sproporzionato della sanzione stessa.

[72] Corte giust., 8 marzo 2022, in causa C- C-205/20, NE. La pronuncia ribalta il precedente della Corte di giustizia che, con la sentenza della Quinta Sezione del 4 ottobre 2018, Link Logistic, C-384/17, aveva ritenuto che l'art. 49, par. 3, CDFUE conferisce un ampio potere discrezionale agli Stati quanto alla configurazione di tali sanzioni, e non stabilisce alcun criterio per valutare la loro proporzionalità. Conseguentemente essa non può essere considerata incondizionata e sufficientemente precisa: il che esclude una sua efficacia diretta. Anche perché la contraria interpretazione «condurrebbe, in pratica, all'eliminazione del potere discrezionale conferito ai soli legislatori nazionali, ai quali spetta predisporre un adeguato regime sanzionatorio. Sul punto, si veda: F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena tra diritto costituzionale italiano e diritto dell'Unione europea: sull'effetto diretto dell'art. 49, paragrafo 3, della Carta alla luce di una recentissima sentenza della Corte di giustizia,* in *www.sistemapenale.it,* aprile 2022.

Secondo la Corte di giustizia, tale soluzione non infrange i principi della certezza del diritto, della legalità dei reati e delle pene e della parità di trattamento.

Il principio della certezza del diritto esige, infatti, «che la normativa sia chiara e precisa, affinché i singoli possano conoscere senza ambiguità i propri diritti ed obblighi e regolarsi di conseguenza»; il che non è affatto posto in discussione dall'obbligo di adeguare la sanzione al principio di proporzionalità.

Quanto al principio di legalità dei reati e delle pene, esso «osta in particolare a che un giudice possa, nel corso di un procedimento penale, aggravare il regime di responsabilità penale di coloro che sono oggetto di un procedimento siffatto», ma non a che possano essere applicate pene più lievi all'interessato, come dovrebbe accadere nel caso oggetto del procedimento principale, secondo i principi ora enunciati dalla Corte.

Infine, «anche a voler supporre che la circostanza che un'autorità nazionale debba disapplicare una parte della medesima normativa nazionale sia tale da generare una certa ambiguità quanto alle norme giuridiche applicabili a detti illeciti, tale circostanza non lede i principi della certezza del diritto», dal momento che il requisito di proporzionalità delle sanzioni implica una limitazione del potere sanzionatorio «che deve essere rispettata da tutte le autorità nazionali incaricate di applicare tale requisito nell'ambito delle loro competenze, consentendo nel contempo a dette autorità di irrogare sanzioni diverse in funzione della gravità dell'illecito sulla base della normativa nazionale applicabile»: ciò che appare conforme anche a una retta visione del principio di parità di trattamento, «il quale esige che situazioni comparabili non siano trattate in modo diverso e che situazioni diverse non siano trattate allo stesso modo, a meno che una differenziazione non sia obiettivamente giustificata»[73].

In conclusione, i principi da ultimo affermati dalla Corte di giustizia sono i seguenti: a) il requisito di proporzionalità delle sanzioni ha natura chiara e incondizionata, essendo riformulabile quale divieto a carico dello Stato membro di prevedere ed applicare sanzioni sproporzionate rispetto alla gravità dell'infrazione, tenendo conto di tutte le circostanze di fatto rilevanti; b) le norme che prevedono tale requisito sono pertanto dotate di effetto diretto, potendo essere invocate dal singolo di fronte ai giudici nazionali, i quali saranno tenuti a disapplicare il diritto nazionale nella misura in cui esso imponga l'irrogazione di sanzioni sproporzionate; c) tale obbligo di disapplicazione deve, peraltro, essere contenuto nella misura minima necessaria ad assicurare il rispetto del divieto di applicare pene sproporzionate, non estendendosi in particolare all'intera disposizione che prevede l'infrazione, per la quale lo stesso diritto dell'Unione richiede normalmente che siano previste sanzioni «efficaci e dissuasive»

[73] Sempre, Corte giust., 8 marzo 2022, in causa C- C-205/20, NE.

oltre che proporzionate; d) un tale obiettivo può ottenersi semplicemente riconducendo le sanzioni previste dalla legge nazionale entro il limite della proporzionalità[74].

Anche la Corte costituzionale ha confermato, con riferimento alle sanzioni amministrative che presentano carattere "punitivo", che il principio di proporzionalità trova fondamento, oltre che nel diritto interno (art. 3 Cost., «in combinato disposto con le norme costituzionali che tutelano i diritti di volta in volta incisi dalla sanzione»), anche nell'art. 49, par. 3, CDFUE, ovviamente nelle materie rientranti nell'ambito del diritto europeo.

La Consulta ha infatti rilevato che, «ancorché il testo di tale disposizione faccia riferimento alle «pene» e al «reato», la Corte di giustizia dell'Unione europea ha recentemente considerato applicabile tale principio all'insieme delle sanzioni – penali e amministrative, queste ultime anch'esse di carattere "punitivo" – irrogate in seguito alla commissione di un fatto di manipolazione del mercato, ai fini della verifica del rispetto del diverso principio del *ne bis in idem* (Corte di giustizia, sentenza 20 marzo 2018, Garlsson Real Estate SA e altri, in causa C-537/16, par. 56)»[75].

11. Conclusioni

Come detto, i principi enunciati dalla Corte di giustizia e dalla Corte costituzionale in tema di proporzionalità delle sanzioni e di divieto di *bis in idem* sono suscettibili di essere applicati all'intera materia "punitiva", così come definita dalla stessa giurisprudenza di Lussemburgo, sulla scia degli insegnamenti della Corte EDU (i c.d. criteri Enghel). Si tratta di principi suscettibili di essere applicati, cioè, alla generalità delle sanzioni di carattere "punitivo", secondo la menzionata nozione estensiva della materia penale fatta propria, all'unisono, dalle due Corti europee.

Bisogna, infine, rammentare che i principi enunciati dalla Corte di giustizia e da quella costituzionale valgono soltanto all'interno dell'ambito di applicazione del diritto dell'UE in forza del principio generale di cui all'art. 51 CDFUE. Sicuramente rientra in quest'ambito, come si è evidenziato, la materia dei contratti pubblici.

Appare evidente, pertanto, che, per risolvere il quesito interpretativo sottopostole dal Consiglio di Stato con l'ordinanza di rinvio del 2023 e valutare la compatibilità con il diritto europeo e, in particolare, con i principi di proporzionalità e *ne bis in idem* dell'istituto dell'escussione della garanzia provvisoria prevista dall'art. 48 del d.lgs. n. 163 del 2006, la Corte di giustizia dovrà preventivamente affrontare il problema della sua natura giuridica, verificando se si tratti di misura sanzionatoria in senso stretto e, soprattutto, se abbia natura "punitiva" alla luce dei criteri Enghel.

[74] Sempre, Corte giust., 8 marzo 2022, in causa C-205/20, NE.
[75] Corte cost., sentenza n. 112 del 2019.

Una valutazione in tal senso da parte della Corte di giustizia potrebbe porsi in contrasto con quanto stabilito dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 198 del 2022, che tale natura ha espressamente escluso, ancorché in riferimento all'applicabilità del principio della retroattività della *lex mitior*.

Nel caso in cui la Corte di giustizia riconoscesse carattere punitivo all'escussione della garanzia provvisoria nei confronti del partecipante alla procedura di gara non aggiudicatario (art. 48 del d.lgs. n. 163 del 2006), il Consiglio di Stato, e in generale il giudice nazionale, potrebbero disapplicare questa norma interna se la ritenessero in contrasto con i principi invocati dall'ordinanza di rinvio pregiudiziale del Consiglio di Stato del 2023 (proporzionalità e *ne bis in idem),* ma altresì con quello di retroattività della *lex mitior* . Ciò nonostante la Corte costituzionale ne abbia espressamente escluso l'applicabilità proprio sull'opposto presupposto della natura non punitiva dell'incameramento della garanzia provvisoria.

È evidente, pertanto, il "conflitto" che potrebbe venire a crearsi tra le due Corti.

Le procedure per l'esercizio dei poteri sostitutivi e il superamento dei dissensi nell'attuazione del PNRR*

di Alberto Tabacchi
Consigliere parlamentare della Camera dei deputati

Abstract [It]: L'articolo esamina le procedure introdotte, nel contesto della definizione della *governance* del PNRR, dal decreto-legge n. 77 del 2021, per l'attivazione di poteri sostitutivi e il superamento di dissensi, dinieghi, opposizioni o altri atti equivalenti al fine di far fronte a possibili criticità nell'attuazione del Piano. Le procedure, che allo stato non sono state mai attivate, sono analizzate alla luce delle disposizioni vigenti in materia di poteri sostitutivi ordinari e straordinari e di superamento dei dissensi nei procedimenti amministrativi e ne sono valutate le possibili implicazioni rispetto alle dinamiche dei rapporti interistituzionali e interorganici, con particolare riferimento alle autonomie territoriali.

Title: Exercise of substitutive powers and conflicts resolution in the implementation of Italy's National Recovery and Resilience Plan (NRRP)
Abstract [En]: The article examines the procedures introduced, in the framework of the governance of Italy's National Recovery and Resilience Plan, by the decree– law n. 77 of 2021, for the activation of substitutive powers and the overcoming of dissents, denials, oppositions or other equivalent acts to deal with possible critical issues in the implementation of the Plan. The procedures, which have never been activated, are analysed in relation to the provisions regarding ordinary and extraordinary substitutive powers and conflicts resolution in administrative proceedings. The article evaluates their implications on the dynamics of inter– institutional and inter– organic relations, especially on local authorities.

Parole chiave: PNRR, poteri sostitutivi, superamento dei dissensi, Governo. enti territoriali
Keywords: NRRP, substitutive powers, conflicts resolution, Government, local authorities

Sommario: 1. Poteri sostitutivi e superamento dei dissensi nel contesto degli strumenti di supporto all'attuazione del PNRR. **2.** L'ambito di applicazione delle procedure per l'attivazione dei poteri sostitutivi e il superamento dei dissensi. **3.** I poteri sostitutivi per l'attuazione del PNRR. **3.1.** I procedimenti per l'esercizio dei poteri sostitutivi. **3.2.** Le modalità di esercizio dei poteri sostitutivi. **4.** Il superamento dei dissensi nell'attuazione del PNRR. **4.1.** I procedimenti per il superamento dei dissensi. **5.** Attivazione dei poteri sostitutivi e superamento dei dissensi per le opere pubbliche di cui all'articolo 44 del decreto-legge n. 77 del 2021. **6.** Conclusioni.

1. Poteri sostitutivi e superamento dei dissensi nel contesto degli strumenti di supporto all'attuazione del PNRR

Il percorso per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR), in aderenza alle previsioni del Regolamento che ha istituito il Dispositivo europeo per la ripresa e la resilienza (RRF)[1], è segnato dal

* Articolo sottoposto a referaggio. Le opinioni espresse sono personali e non impegnano in alcun modo l'Istituzione di appartenenza.
[1] Regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021 che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza.

raggiungimento di un insieme di traguardi, prevalentemente di carattere procedurale e qualitativo, e obiettivi, prevalentemente di carattere quantitativo. Dal raggiungimento dei risultati connessi ai traguardi e agli obiettivi in scadenza in ciascun semestre dipende l'erogazione delle diverse rate di erogazione dei contributi a fondo perduto e dei prestiti riconosciuti in favore del nostro Paese.

Diversamente da quanto avviene per altri programmi di spesa finanziati dell'Unione europea, quindi, l'erogazione delle risorse non è direttamente connessa allo stato di avanzamento fisico di investimenti o di interventi da realizzare, ma dipende essenzialmente dal conseguimento dei risultati previsti nell'allegato alla decisione di esecuzione del Consiglio dell'Unione europea che ha approvato il PNRR[2].

Come evidenziato anche nella prima relazione del Governo sullo stato di attuazione del PNRR, la previsione, nell'ambito del Piano, di obiettivi e traguardi ben definiti, da realizzare in tempi certi, «impone di mettere la cultura della programmazione al centro dei processi della pubblica amministrazione»[3]. La tensione al raggiungimento effettivo dei risultati previsti è richiamata esplicitamente dallo stesso Legislatore, che, nel dettare la disciplina della *governance* del Piano, indica che nell'attuazione delle previsioni normative «assume preminente valore l'interesse nazionale alla sollecita e puntuale realizzazione degli interventi»[4].

---

[2] Decisione di esecuzione del Consiglio dell'Unione europea del 13 luglio 2021, relativa all'approvazione della valutazione del Piano per la ripresa e la resilienza dell'Italia.

[3] Relazione sullo stato di attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (23 dicembre 2021), p. 6. La Relazione è pubblicata *on line* nel portale www.italiadomani.gov.it.

[4] La disposizione, che si riferisce al PNRR, al Piano nazionale degli investimenti complementari al PNRR (PNC) e al Piano nazionale integrato per l'energia e il clima (PNIEC), è contenuta nell'articolo 1, comma 2, del decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 luglio 2021, n. 108. Con riferimento alla valorizzazione del risultato amministrativo nell'ambito dell'attuazione del Piano si veda F. CINTIOLI, *Risultato amministrativo, discrezionalità e PNRR: una proposta per il Giudice*, in *La magistratura* n. 2, 2022, p. 79 e ss. (nonché, più ampiamente, F. CINTIOLI, *Risultato amministrativo, PNRR e contratti pubblici,* in *Diritto e processo amministrativo,* n. 3, 2022, p. 522 e ss.). Per una valorizzazione della "logica di risultato" e del rilievo del fattore tempo nell'attuazione del Piano si veda M. MIDIRI, *Il tempo delle funzioni pubbliche (a proposito del Piano nazionale di ripresa e resilienza* in *Federalismi.it*, n. 18, 2022, pp. 150 e ss., disponibile *on line* nel sito www.federalismi.it. Su questi temi si veda anche C. LAURICELLA NINOTTA, *Il PNRR ed il raggiungimento degli obiettivi in Pubblica amministrazione* in B.G. MATTARELLA, L. FIORENTINO, M. CARDONE (a cura di), *L'attuazione del PNRR. Uno sguardo al futuro.* Quaderni della rivista Amministrazione in cammino (ottobre 2022), disponibile *on line* nel sito www.amministrazioneincammino.luiss.it, pp. 70 e ss. La particolare estensione del Piano, che si applica all'intero territorio nazionale e abbraccia le principali politiche pubbliche, con riforme e investimenti significativi in un orizzonte temporale che supera il ciclo politico di una legislatura, ha sollecitato un'amplia riflessione sulle implicazioni del percorso di attuazione del Piano sui processi di formazione delle decisioni politiche e sulla stessa forma di governo. Al riguardo, senza pretesa di completezza, si segnalano in particolare: la lettera di E. CATELANI, *Profili costituzionali del PNRR*, pubblicata nel sito www.associazionedeicostituzionalisti.it e i numerosi contributi pubblicati nel fascicolo n. 3 del 2022 della Rivista AIC (disponibile *on line* nel sito www.rivistaaic.it); N. LUPO, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) e alcune prospettive di ricerca per i costituzionalisti* in *Federalismi.it* n. 1, 2022, p. IV e ss. e *I poteri dello Stato italiano alla luce del PNRR: prime indicazioni in Federalismi.it*, n. 23, 2022*, paper,* entrambi disponibili *on line* nel sito www.federalismi.it; L. BARTOLUCCI, *Le modifiche del PNRR tra cambi di indirizzo e nuove "circostanze oggettive"*, in *Rassegna parlamentare*, n. 2, 2022, p. 325 e ss.; A. MANZELLA, *L'indirizzo politico, dopo Covid e PNRR*, in *Federalismi.it*, n. 19, 2022, p. 148 e ss., disponibile *on line* nel sito www.federalismi.it; E. CAVASINO, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e le sue fonti. Dinamiche dei processi normativi in tempo di crisi*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022, specialmente pp. 58 e ss.; F. BILANCIA, *Indirizzo politico e nuove forme di intervento pubblico nell'economia in attuazione del Recovery and Resilience Facility, tra concorrenza e nuove politiche pubbliche*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1, 2022, p. 1 e ss., disponibile *on line* nel sito www.costituzionalismo.it; F. POLACCHINI, *I riflessi del Pnrr sulla forma di governo e sui processi di indirizzo politico*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, n. 4, 2022, p. 234 e ss., disponibile *on line* nel sito www.forumcostituzionale.it; A. VERNATA, *La Costituzione e l'Europa alla prova del Recovery Plan*, in *Politica del diritto*, n. 2, 2022, p. 235 e ss.; M. CLARICH, *Il PNRR tra diritto europeo e nazionale: un tentativo di inquadramento giuridico*, in *Astrid Rassegna*, n.

Per queste ragioni, è lo stesso PNRR a richiedere l'adozione di norme di rango primario volte a supportare la sua attuazione, in linea con la filosofia del Piano, secondo cui «le riforme sono in parte un risultato da conseguire, in parte lo strumento per conseguire il risultato»[5]: nell'ambito della Riforma del PNRR relativa alla Pubblica amministrazione[6], quindi, due traguardi[7], da raggiungere entrambi entro il 30 giugno 2021, hanno ad oggetto l'entrata in vigore, da un lato, della legislazione primaria sulla *governance* del Piano e, dall'altro, della legislazione primaria volta a semplificare le procedure amministrative per la sua attuazione, mentre un ulteriore traguardo, nell'ambito dell'Investimento correlato alla stessa riforma[8], anch'esso da raggiungere entro il 30 giugno 2021, è riferito all'entrata in vigore della legislazione primaria necessaria per fornire assistenza tecnica e rafforzare la creazione di capacità per l'attuazione del PNRR.

Più specificamente, con le misure richiamate si richiede in primo luogo di creare strutture adeguate ad assicurare il coordinamento e il monitoraggio a livello centrale del Piano[9] e di realizzare un rafforzamento

12, 2021, p. 8 e ss.; A. SCIORTINO, *PNRR e riflessi sulla forma di governo italiana. Un riorno all'indirizzo politico «normativo»*, in *Federalismi.it*, n. 18, 2021, p. 235 e ss., disponibile *on line* nel sito www.federalismi.it.; D. DE LUNGO, *Contributo allo studio dei rapporti fra Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e sistema delle fonti statali: dinamiche, condizionamenti e prospettive*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3, 2022, p. 34 e ss., disponibile *on line* nel sito www.osservatoriosullefonti.it. Con particolare riferimento al ruolo, anche legislativo, delle Regioni si veda anche G.M. SALERNO, A.G. ARABIA e A. IACOVIELLO, *Il contributo delle Assemblee legislative regionali per la programmazione e l'attuazione del PNRR*, in *Italian Papers on Federalism*, n. 2, 2022, p. 3 e ss., disponibile *on line* nel sito www.ipof.it. Per un'ampia riflessione sui temi relativi alla vincolatività del Piano e ai suoi effetti sulle attività parlamentari si vedano, in particolare: R. DI CESARE e A. ZITO, *Dall'indirizzo al vincolo: le procedure parlamentari nell'esame del PNRR*, in *Federalismi.it*, n. 24, 2022, specialmente p. 117 e ss., disponibile *on line* nel sito www.federalismi.it; C. TOZZI, *Procedure normative per l'attuazione del PNRR: tra vecchie e nuove prospettive di riforma*, in *Federalismi.it*, n. 3, 2023, specialmente pp. 155 e ss., disponibile *on line* nel sito www.federalismi.it.

[5] G. FALCON, *Viaggio al centro del PNRR*, *in Le Regioni* n. 4, 2021, p. 717. Nello stesso senso F. CORTESE, *Gestione dei fondi "RRF" e diritto amministrativo: sguardo di sintesi e di contesto*, in *Istituzioni del federalismo*, n. 2, 2022, p. 367, e F. CINTIOLI, *Risultato amministrativo, PNRR e contratti pubblici*, in *Diritto e processo amministrativo… cit.*, p. 536-537.

[6] M1C1 - Riforma 1.9: Riforma della Pubblica amministrazione.

[7] M1C1-51 e M1C1-52.

[8] M1C1 - Investimento 1.9: Fornire assistenza tecnica e rafforzare la creazione di capacità per l'attuazione del PNRR.

[9] Per una ricostruzione della originaria *governance* del PNRR, anche in relazione alle questioni più direttamente connesse alla sua attuazione e alle sue implicazioni istituzionali, si vedano N. LUPO, *I poteri dello Stato italiano alla luce del PNRR: prime indicazioni … cit.*, specialmente p. 8 e ss.; A. CONZUTTI, *Il PNRR al crocevia tra forma di governo e tendenze in atto nel sistema euro-nazionale*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4, 2022, pp. 732 e ss.; R. PEREZ *L'amministrazione del Piano di ripresa e resilienza*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 5, 2022, p. 595 e ss.; G. PICCIRILLI, *Il PNRR come procedimento euro-nazionale e la "fisarmonica" governativa*, in V. DI PORTO, F. PAMMOLLI, A. PIANA (a cura di), *La fisarmonica parlamentare tra pandemia e PNRR,* Il Mulino, Bologna 2022, p. 143 e ss.; M. MACCHIA, *La* governance *del Piano di ripresa*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 6, 2021, p. 733 e ss.; G. MENEGUS, *La* governance *del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza: la politica alla prova dell'attuazione*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4, 2021, p. 945 e ss.; U. RONGA, *La Cabina di regia nel procedimento di attuazione del PNRR. Quale modello di raccordo tra Stato e Autonomie*, in *Italian Papers on Federalism*, n. 2, 2022, p. 57 e ss., disponibile *on line* nel sito www.ipof.it.; V. BONTEMPI, *L'amministrazione centrale alla prova della* governance *per il PNRR: attualità e prospettive*, in *Diritto costituzionale*, n. 2, 2022, p. 65 e ss.. Le analisi dovranno ora essere aggiornate a seguito dell'intervento del decreto-legge n. 13 del 2023, che ha realizzato un intervento di ampia portata sulla *governance* del Piano e, in particolare: ha riallocato compiti e poteri tra Ragioneria generale e Presidenza del Consiglio, anche alla luce del conferimento della delega all'attuazione del PNRR al Ministro Fitto; ha soppresso il Tavolo permanente per il partenariato economico, sociale e territoriale, rafforzando il ruolo di intermediazione svolto, ora anche rispetto alle categorie produttive e sociali, dalla Cabina di regia per il PNRR; ha previsto la riorganizzazione delle unità di missione costituite presso i Ministeri titolari di interventi del Piano e la Presidenza del Consiglio dei ministri, compreso il Nucleo PNRR Stato-Regioni. Per una ricostruzione della *governance* del PNRR nelle Amministrazioni centrali titolari di interventi, con la segnalazione delle criticità emerse con riferimento all'attuazione del decreto-legge n. 77 del 2021 e dei possibili sviluppi connessi alle misure introdotte dal decreto-legge n. 13 del 2023 si veda anche la seconda relazione sullo stato di attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza, approvata, ai sensi dell'articolo 7, comma 7, del decreto-legge n. 77 del

delle capacità amministrative degli enti coinvolti nella sua attuazione, a partire dagli enti locali, anche attraverso l'attivazione di forme di assistenza tecnica e di supporto tecnico-operativo, avvalendosi a tal fine anche delle società a prevalente partecipazione pubblica[10]. Specialmente in questa fase storica, infatti, nel disegno delle politiche volte a fronteggiare le conseguenze economiche e sociali della pandemia di COVID-19 la costruzione delle capacità di attuazione delle riforme e degli investimenti da realizzare rappresenta una condizione essenziale per garantirne la buona riuscita[11].

In secondo luogo, si è richiesto di accelerare e snellire le procedure funzionali alla realizzazione degli interventi del Piano, con misure che hanno riguardato, tra l'altro: la disciplina delle procedure di valutazione di impatto ambientale, con la costituzione di una specifica Commissione tecnica, competente per l'esame dei progetti compresi nell'ambito del PNRR, del Piano nazionale per gli investimenti complementari (PNC) e del Piano nazionale integrato per l'energia e il clima (PNIEC); la disciplina della valutazione ambientale strategica; le valutazioni finalizzate alla tutela dei beni culturali e paesaggistici, con la costituzione, presso il Ministero della cultura, di una Soprintendenza speciale per il PNRR; l'accelerazione delle procedure per la realizzazione di impianti per la produzione di energia da fonti rinnovabili e per l'effettuazione di interventi volti all'efficientamento energetico; l'affidamento e l'esecuzione dei contratti pubblici, anche con riferimento ad eventuali contenziosi.

In realtà, al di là di quanto espressamente richiesto ai fini del raggiungimento dello specifico traguardo fissato dal Piano, gli interventi di semplificazione e di snellimento delle procedure non si sono esauriti con le disposizioni introdotte dal decreto-legge n. 77 del 2021[12], ma stanno accompagnando il processo di attuazione in esito a un processo di progressivo aggiustamento e messa a fuoco delle esigenze connesse alla realizzazione del Piano[13].

2021, dalle Sezioni riunite della Corte dei conti con la deliberazione n. 15 del 17 marzo 2023 (specialmente pp. 19-24). La relazione è disponibile *on line* nel sito istituzionale della Corte dei conti (www.corteconti.it).

[10] Si vedano, in proposito, soprattutto le previsioni introdotte, in sede di definizione della *governance* del PNRR, dagli articoli 9, 10 e 11 del decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 luglio 2021, n. 108.

[11] Su questi temi v. M. MAZZUCCATO, M. CARRERAS, O. MIKHEVA, *Steering economic recovery in Europe. Lessons for governing the Recovery and Resilience Facility,* studio commissionato dalla Commissione ECON del Parlamento europeo, p. 19 e ss., disponibile *on line* nel sito www.europarl.europa.eu.

[12] Al riguardo si vedano, in particolare, le disposizioni contenute nella Parte II del decreto-legge n. 77 del 2021, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 108 del 2021.

[13] Senza pretesa di esaustività si citano, ad esempio, le disposizioni introdotte dal decreto-legge 10 settembre 2021, n. 121, dal decreto-legge 6 novembre 2021, n. 152, dal decreto-legge 1° marzo 2022, n. 17 (con particolare riferimento al Capo II del Titolo I), dal decreto-legge 30 aprile 2022, n. 36, dal decreto-legge 16 giugno 2022, n. 68, e dal decreto-legge 7 luglio 2022, n. 85. Da ultimo, per un ampio intervento volto a rivedere le procedure per l'attuazione del PNRR, anche con riferimento al funzionamento della Commissione tecnica competente per l'attuazione di PNRR, PNC e PNIEC e della Soprintendenza speciale per il PNRR, si veda il decreto-legge 24 febbraio 2023, n. 13.

Per interessanti spunti sul ruolo dell'amministrazione nell'attuazione del PNRR si veda M.A. SANDULLI, *Problematiche generali dell'attuazione del PNRR*, in *Federalismi.it*, n. 5, 2023, *paper*, disponibile *on line* nel sito www.federalismi.it. Si veda anche A. AVERARDI, *PNRR, investimenti e partecipate pubbliche,* in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 3, 2022, p. 298 e ss., che nota correttamente come nella disciplina relativa all'attuazione del PNRR si sia collegato apertamente il tema dell'accelerazione degli investimenti a quello della *capacity building* amministrativa, in termini di organizzazione e di personale, andando oltre il mero tentativo di alleggerimento trasversale degli oneri e dei termini procedimentali. Sulle previsioni in materia di

Sembra, del resto, significativo che si prefigurino ulteriori, futuri interventi di semplificazione amministrativa e normativa, affidati essenzialmente alle strutture competenti in materia costituite nell'ambito della Presidenza del Consiglio dei ministri[14].

Per gli interventi di semplificazione normativa la competenza è stata attribuita, in prima battuta, all'Unità per la razionalizzazione e il miglioramento della regolazione, costituita, nel contesto della *governance* del PNRR, nell'ambito del Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi della Presidenza del Consiglio. Per quanto attiene all'attuazione del Piano, all'Unità era stato affidato il compito di individuare, sulla base delle segnalazioni trasmesse dalla Cabina di regia per il PNRR eventuali ostacoli all'attuazione corretta e tempestiva delle riforme e degli investimenti previsti nel Piano derivanti dalle disposizioni normative e dalle rispettive misure attuative, nonché di proporre opportuni rimedi. Tale funzione, tuttavia, è stata successivamente scorporata dalle competenze dell'Unità con il decreto-legge n. 13 del 2023[15], che l'ha attribuita alla Struttura di missione PNRR della Presidenza del Consiglio, nell'ambito del suo ruolo di generale supporto all'esercizio, da parte del Ministro delegato al PNRR, delle funzioni di indirizzo e coordinamento dell'azione strategia relativa all'attuazione del Piano.

Su un piano più ampio, l'Unità è stata chiamata ad esercitare anche una serie di funzioni volte a promuovere interventi di semplificazione e razionalizzazione normativa non direttamente collegati all'attuazione del PNRR. In particolare, tali attività riguardano: il coordinamento, anche sulla base delle verifiche di impatto della regolamentazione (VIR) curate dalle amministrazioni competenti, della formulazione di proposte per superare le disfunzioni derivanti dalla normativa vigente; l'elaborazione di un programma di azioni prioritarie ai fini della razionalizzazione e della revisione normativa; la

semplificazioni nell'ambito del PNRR si vedano, in particolare: R. CIFARELLI e G. RIVELLINI, *La semplificazione alla prova del PNRR,* in V. DI PORTO ed E. ESPA (a cura di) *Osservatorio AIR. L'analisi di impatto e gli altri strumenti per la qualità della regolazione. Annuario 2021,* Editoriale scientifica, Napoli, 2022, p. 97 e ss., che riconducono anche i poteri sostitutivi previsti dall'articolo 12 del decreto-legge n. 77 del 2021 alla semplificazione amministrativa, considerandoli una forma di «semplificazione per sostituzione»; P. FANELLI, *Il Recovery Plan: come adeguare la gestione delle amministrazioni pubbliche alle esigenze del programma* in B.G. MATTARELLA, L. FIORENTINO, M. CARDONE (a cura di), *La gestione del Recovery Plan. Le amministrazioni pubbliche tra esigenze di riforma e problemi operativi.* Quaderni della rivista Amministrazione in cammino (agosto 2021), disponibile *on line* nel sito www.amministrazioneincammino.luiss.it, pp. 100 e ss.; A. NATALINI, *La semplificazione non balla da sola*, in *Rassegna trimestrale dell'Osservatorio AIR*, n. 1, 2022, p. 9 e ss.; M. ROVERSI MONACO, *Le semplificazioni ai procedimenti ambientali nelle disposizioni attuative del PNRR*, in *Istituzioni del federalismo*, n. 2, 2022, pp. 419 e ss., disponibile *on line* nel sito www.regione.emilia-romagna.it. Per alcune indicazioni rispetto alle misure relative alla cultura, con particolare riferimento all'istituzione della Soprintendenza speciale per il PNRR si veda L. CASINI, *Il Ministero della cultura di fronte al PNRR*, in *Aedon*, n. 2, 2021, disponibile *on line* nel sito www.aedon.mulino.it. Per le misure in materia ambientale, con particolare riferimento alle procedure di valutazione dell'impatto ambientale, si veda R. ROTA, *Il PNRR e le misure sulle valutazioni di impatto ambientale. Il cambiamento climatico come matrice guida*, in *Astrid Rassegna*, n. 12, 2022, disponibile *on line* nel sito www.astrid-online.it. Per un inquadramento delle misure di semplificazione in materia ambientale nel quadro delle politiche della transizione ecologica si veda A. MOLITERNI, *Transizione ecologica, ordine economico e sistema amministrativo*, in *Rivista di diritti comparati*, n. 2, 2022, p. 433, disponibile *on line* nel sito www.dirittocomparati.it.

[14] Si veda, in particolare, l'articolo 5 del decreto-legge n. 77 del 2021.

[15] Art. 2, comma 2, del decreto-legge 24 febbraio 2023, n. 13, *Disposizioni urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e del Piano nazionale degli investimenti complementari al PNRR (PNC), nonché per l'attuazione delle politiche di coesione e della politica agricola comune.*

promozione di iniziative di sperimentazione normativa; la valutazione di ipotesi e proposte di razionalizzazione e sperimentazione normativa formulate da soggetti pubblici e privati.

A seguito della costituzione del Governo Meloni, con il conferimento delle deleghe in materia di semplificazione normativa al Ministro Casellati[16], gli strumenti e gli organismi preposti alla revisione e alla razionalizzazione della legislazione si sono ulteriormente accresciuti, creando un quadro più articolato e complesso, che richiederà un efficace coordinamento degli interventi.

Con riferimento alle future semplificazioni amministrative, l'individuazione delle misure da realizzare è affidata principalmente all'Ufficio per la semplificazione del Dipartimento della funzione pubblica della Presidenza del Consiglio dei ministri. In particolare, all'Ufficio sono affidati non solo i compiti in materia di promozione e coordinamento degli interventi di semplificazione e reingegnerizzazione delle procedure previsti dal PNRR ma anche la promozione di interventi normativi, organizzativi e tecnologici di semplificazione attraverso una Agenda per la semplificazione condivisa con gli enti territoriali e la pianificazione e la verifica su base annuale dei medesimi interventi[17].

Da ultimo – ed è quanto maggiormente interessa in questa sede – nell'ambito del traguardo relativo alla definizione della *governance* del PNRR è stata richiesta la definizione di un sistema per l'individuazione precoce delle questioni relative all'attuazione del Piano e la definizione *ex ante* di un meccanismo di esecuzione per risolvere le questioni relative all'attuazione ed evitare ritardi, in particolare nei confronti dei diversi livelli dell'amministrazione. Per rispondere a tali obiettivi, il decreto-legge n. 77 del 2021 ha introdotto due distinti procedimenti volti, rispettivamente, all'attivazione di poteri sostitutivi e all'assunzione di determinazioni relative al superamento di dissensi, dinieghi, opposizioni o altri atti equivalenti[18].

---

[16] Articolo 2 del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 12 novembre 2022, recante delega di funzioni al Ministro senza portafoglio sen. Maria Elisabetta Alberti Casellati.

[17] Per i temi relativi alla semplificazione normativa si veda C. DI MARTINO, *La semplificazione normativa secondo il PNRR*, Editoriale scientifica, Napoli, 2021. Con particolare attenzione anche al ruolo delle strutture costituite presso la Presidenza del Consiglio si vedano M. RUBECHI, *PNRR: le nuove sfide per migliorare la qualità della regolazione*, in *Studi urbinati*, n. 3-4, 2021, p. 128 e ss.; R. CARIDÀ, *Il Piano Nazionale di Ripresa e di Resilienza: la semplificazione normativa nella prospettiva della realizzazione degli investimenti previsti nel Piano, le forme di raccordo con le regioni*, in *Italian Papers on Federalism*, n. 2, 2022, p. 52 e ss., disponibile *on line* nel sito www.ipof.it.

[18] Articoli 12 e 13 del decreto-legge n. 77 del 2021, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 108 del 2021. Occorre considerare che nell'ambito del decreto-legge n. 77 del 2021 sono previsti due ulteriori richiami alle procedure di cui all'articolo 12, rispettivamente nell'articolo 44 e nell'articolo 55.

Mentre nel primo caso (per il quale si veda più ampiamente *infra* al paragrafo 5) si è in presenza di una specificazione dell'ambito applicativo della norma in materia di poteri sostitutivi, con una tipizzazione di determinate fattispecie di attivazione dei poteri stessi, nell'articolo 55, invece, i casi indicati sembrano perfettamente riconducibili a quelli previsti, in via generale, dall'articolo 12. L'articolo 55 prevede, infatti, che al fine di accelerare l'esecuzione degli interventi in materia di istruzione ricompresi nel PNRR e garantirne l'organicità, «in caso di inerzia degli enti locali beneficiari nell'espletamento delle procedure per la progettazione e per l'affidamento dei lavori, nonché nelle attività legate all'esecuzione e al collaudo degli interventi, rilevata a seguito di attività di monitoraggio, al fine di rispettare le tempistiche e le condizioni poste dal Regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 febbraio 2021, e di assicurare il diritto allo studio in ambienti sicuri e adeguati, si applica l'articolo 12».

Al fine di una corretta valutazione di tali procedimenti occorre, in primo luogo, considerare che non si tratta di previsioni prive di precedenti, specialmente nell'ambito delle procedure volte ad assicurare l'effettiva realizzazione di interventi finanziati con risorse dell'Unione europea. L'articolo 9, comma 2, del decreto-legge 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 agosto 2013, n. 98, aveva, infatti, previsto che – al fine di non incorrere nelle sanzioni previste nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione europea per i casi di mancata attuazione dei programmi e dei progetti cofinanziati con fondi strutturali europei e di sottoutilizzazione dei relativi finanziamenti – in caso di inerzia o inadempimento delle amministrazioni pubbliche responsabili degli interventi rientranti nella programmazione 2007-2013, il Governo, allo scopo di assicurare la competitività, la coesione e l'unità economica del Paese, potesse esercitare[19] poteri sostitutivi anche attraverso la nomina di commissari straordinari che, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, curassero tutte le attività necessarie per l'autorizzazione e l'effettiva realizzazione degli interventi programmati, nel limite delle risorse allo scopo finalizzate. Tale potere è stato in seguito ribadito, con una norma applicabile a regime, dall'articolo 12 del decreto-legge 12 settembre 2014, n. 133, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 novembre 2014, n. 164, secondo il quale in caso di accertato inadempimento, inerzia o ritardo nell'attuazione di interventi cofinanziati dall'Unione europea o a valere sui fondi nazionali per le politiche di coesione, il Presidente del Consiglio dei ministri o, su sua delega, il Ministro per il Sud e la coesione territoriale, possa esercitare i poteri sostitutivi di cui all'articolo 9, comma 2, del decreto-legge n. 69 del 2013[20].

Occorre altresì considerare che l'inquadramento dei procedimenti per l'attivazione dei poteri sostitutivi e per il superamento dei dissensi nel contesto delle misure volte a supportare l'attuazione del PNRR non risponde solo all'esigenza di una ricostruzione del quadro normativo prefigurato dal Piano stesso per la propria attuazione, ma appare essenziale per apprezzare pienamente i caratteri distintivi dei medesimi procedimenti e la loro interazione con gli altri strumenti finalizzati a promuovere la realizzazione delle riforme e degli investimenti del Piano.

In primo luogo, infatti, attraverso una complessiva valutazione degli strumenti messi in campo per agevolare la realizzazione degli interventi previsti, è possibile cogliere in modo più efficace il carattere di

[19] Il potere sostitutivo è esercitato ai sensi dell'articolo 120 della Costituzione e secondo le modalità procedurali previste dall'articolo 8 della legge 5 giugno 2003, n. 131, e dalle disposizioni vigenti in materia di interventi sostitutivi finalizzati all'esecuzione di opere e di investimenti nel caso di inadempienza di amministrazioni statali ovvero di quanto previsto dai contratti istituzionali di sviluppo e dalle concessioni nel caso di inadempienza dei concessionari di servizi pubblici. La disposizione richiama, altresì, gli articoli 5 e 11 della legge 23 agosto 1988, n. 400, che, tuttavia, non si riferiscono all'esercizio di poteri sostitutivi in senso stretto.

[20] Per effetto delle modifiche introdotte dall'articolo 60 del decreto-legge n. 77 del 2021, la norma precisa che i poteri sostitutivi sono esercitati per il tramite dell'Agenzia per la coesione territoriale, che può assumere le funzioni di soggetto attuatore, avvalendosi di una centrale di committenza ai fini dell'effettiva realizzazione degli interventi. A seguito della soppressione di tale Agenzia, disposta dall'articolo 50 del decreto-legge n. 13 del 2023, la competenza in materia spetterà al Dipartimento per le politiche di coesione della Presidenza del Consiglio.

norme di chiusura delle disposizioni relative al superamento dei dissensi e, ancor più, di quelle concernenti l'esercizio dei poteri sostitutivi. In via generale, infatti, il Piano non ha inteso realizzare una riallocazione delle competenze relative alla effettuazione degli interventi, che rimangono radicate nei soggetti attuatori, spesso identificati negli enti territoriali, i quali possono giovarsi, in prima battuta, tanto delle semplificazioni e delle accelerazioni di carattere procedurale previste dalle riforme abilitanti quanto delle forme di assistenza tecnica e di supporto tecnico-operativo messe a disposizione per l'attuazione del PNRR. Il fatto che i poteri sostitutivi e le procedure di superamento dei dissensi si attivino solo in via residuale, quando gli altri strumenti volti a supportare l'attuazione del Piano non abbiano prodotto risultati, appare rilevante al fine di verificarne l'effettivo impatto sull'assetto delle competenze delle diverse amministrazioni e, in particolare, delle Regioni e degli enti locali. In particolare, sembra che le misure adottate al fine di rafforzare le capacità amministrative degli enti attuatori degli interventi del Piano e le diverse forme di assistenza tecnica messe a disposizione soprattutto degli enti locali possano contribuire, se realmente efficaci, a ridurre in modo consistente gli spazi per l'adozione di interventi di carattere sostitutivo[21].

Per quanto attiene alle procedure previste dall'articolo 13 del decreto-legge n. 77 del 2021 per il superamento dei dissensi, occorre inoltre considerare che esse consentono di far fronte al manifestarsi di posizioni contrastanti tra le amministrazioni pubbliche coinvolte nella realizzazione degli interventi solo qualora il contrasto emerso non sia risolvibile con gli strumenti già previsti dall'ordinamento, anche nell'ambito dei procedimenti specificamente disegnati per l'attuazione del PNRR, e, pertanto, presentano un'area di applicazione piuttosto limitata.

L'eventuale attivazione dei poteri sostitutivi – come accade in via generale per i casi di sostituzione ai sensi dell'articolo 120, secondo comma, della Costituzione – rappresenta, poi, una *extrema ratio* alla quale ricorrere per superare situazioni di criticità che mettano a rischio il raggiungimento degli obiettivi del Piano e, con questi, il pagamento delle rate dei contributi e dei prestiti riconosciuti al nostro Paese.

È anche in ragione di queste caratteristiche delle procedure previste dagli articoli 12 e 13 del decreto-legge n. 77 del 2021 che, nonostante il progressivo avanzamento nell'attuazione del Piano, con la richiesta di pagamento delle prime tre rate dei finanziamenti previsti, fino ad ora non si sono registrati casi di attivazione dei poteri sostitutivi o di avvio delle procedure per il superamento dei dissensi, essendosi evidentemente privilegiate, specialmente per l'attuazione delle riforme, forme di superamento delle criticità fondate innanzitutto sul confronto tra i diversi soggetti che, nell'ambito della *governance* del PNRR, concorrono alla sua realizzazione.

[21] Non casualmente, le due tipologie di intervento sono spesso accostate quando si considerano gli strumenti per far fronte alle possibili difficoltà nell'attuazione del PNRR. Ad esempio, si veda F. FABBRINI, *Italy's National Recovery and Resilience Plan: context, content and challenges,* in *Journal of Modern Italian Studies*, n. 5, 2022, p. 670.

Non va dimenticato, in ogni caso, che alla mancata attivazione ha senz'altro contribuito anche il disegno complessivo del Piano, in quanto nei primi semestri sono concentrati traguardi e obiettivi riferiti principalmente alla definizione dei contenuti degli interventi da realizzare e alla ripartizione delle risorse tra i soggetti attuatori o i beneficiari, mentre le scadenze relative all'aggiudicazione dei contratti e alla concreta realizzazione degli investimenti si concentrano prevalentemente nel periodo che ha inizio con il primo semestre del 2023. Per questa ragione, in molti casi i procedimenti autorizzatori, nei quali più facilmente emergono dissensi o opposizioni, non si sono ancora avviati, mentre per opere di maggiore impatto trova applicazione la disciplina di carattere speciale prevista dall'articolo 44 del decreto-legge n. 77 del 2021, che sarà esaminata nel paragrafo 5.

2. L'ambito di applicazione delle procedure per l'attivazione dei poteri sostitutivi e il superamento dei dissensi

Le procedure previste dal decreto-legge n. 77 del 2021 per l'esercizio di poteri sostitutivi e il superamento di dissensi sono finalizzate in primo luogo all'attuazione del PNRR.

Occorre tuttavia considerare che, ai sensi dell'articolo 14, comma 1, del medesimo decreto-legge n. 77 del 2021, le misure e le procedure di accelerazione e semplificazione per l'efficace e tempestiva attuazione degli interventi di cui al medesimo decreto, incluse quelle relative al rafforzamento della capacità amministrativa delle amministrazioni e delle stazioni appaltanti nonché al meccanismo di superamento del dissenso e ai poteri sostitutivi, si applicano anche agli investimenti contenuti nel Piano nazionale per gli investimenti complementari al PNRR (PNC)[22] di cui all'articolo 1 del decreto-legge 6 maggio 2021, n. 59, e ai contratti istituzionali di sviluppo di cui all'articolo 6 del decreto legislativo 31 maggio 2011, n. 88. Successive disposizioni legislative hanno inoltre previsto l'applicazione delle procedure speciali previste per il PNRR, in quanto compatibili, anche a ulteriori fattispecie. In particolare:

– l'articolo 41 del decreto-legge 6 novembre 2021, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 novembre 2021, n. 233, prevede che il Commissario straordinario del Governo competente per la bonifica ambientale e la rigenerazione urbana del Sito di interesse nazionale Bagnoli-Coroglio possa proporre al Presidente del Consiglio dei ministri le opportune iniziative ai fini dell'esercizio dei poteri sostitutivi qualora, nelle fasi istruttorie riferite all'elaborazione della proposta di programma di rigenerazione urbana ovvero nell'attuazione dello stesso programma, emergano dissensi, dinieghi,

[22] In senso analogo, ma senza un espresso richiamo ai meccanismi di superamento del dissenso e ai poteri sostitutivi, l'articolo 1, comma 6, primo periodo, del decreto-legge 6 maggio 2021, n. 59, convertito, con modificazioni, dalla legge 1° luglio 2021, n. 101, prevede che agli interventi ricompresi nel PNC si applichino, in quanto compatibili, le procedure di semplificazione e accelerazione, nonché le misure di trasparenza e conoscibilità dello stato di avanzamento stabilite per il PNRR. Come è noto, è lo stesso PNRR a prevedere, nell'ambito della riforma della Pubblica amministrazione, uno specifico traguardo (M1C1-55, in scadenza al 31 dicembre 2021) riferito all'estensione al PNC delle metodologie di pianificazione, finanziamento ed esecuzione previste per il PNRR.

opposizioni o altri atti equivalenti provenienti da un organo di un ente territoriale interessato che, secondo la legislazione vigente, siano idonei a precludere, in tutto o in parte, il procedimento e non sia previsto un meccanismo di superamento del dissenso. A tal fine si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni di cui all'articolo 12 del decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 luglio 2021, n. 108;

– l'articolo 42 del decreto-legge 6 novembre 2021, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 novembre 2021, n. 233, prevede che il Commissario straordinario incaricato degli interventi di bonifica, ambientalizzazione e riqualificazione nell'area di Taranto, «in caso di dissensi, dinieghi, opposizioni o altro atto equivalente provenienti da un organo di un ente territoriale interessato che, secondo la legislazione vigente, sia idoneo a precludere, in tutto o in parte il procedimento, e non sia previsto un meccanismo di superamento del dissenso», proponga al Presidente del Consiglio dei ministri le opportune iniziative. Anche in questo caso, si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni di cui all'articolo 12 del decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 luglio 2021, n. 108.

Al riguardo, non può non osservarsi che la procedura prevista dalle due disposizioni sopra richiamate sembra consistere in una singolare commistione delle previsioni di cui agli articoli 12 e 13 del decreto-legge n. 77 del 2021, dal momento che, per un verso, la norma fa riferimento alla presenza di «dissensi, dinieghi, opposizioni o altro atto equivalente» e all'assenza nella legislazione vigente di meccanismi di superamento del dissenso, entrambi elementi che caratterizzano la fattispecie di cui all'articolo 13 del decreto-legge n. 77 del 2021, mentre, per altro verso, viene evocata la possibilità di richiedere al Presidente del Consiglio dei ministri l'attivazione dei poteri sostitutivi secondo il modello procedurale di cui all'articolo 12 del decreto-legge n. 77 del 2021. Il riferimento ai poteri sostitutivi è più esplicito nell'articolo 41 del decreto-legge n. 152 del 2021[23], ma anche per il successivo articolo 42 l'evocazione dell'applicazione delle disposizioni dell'articolo 12 del decreto-legge n. 77 del 2021 consente di concludere che le iniziative attivabili dal Presidente del Consiglio dei ministri riguardino (anche) poteri sostitutivi, oltre – probabilmente – a meccanismi di superamento dei dissensi che potrebbero ricalcare quelli previsti dall'articolo 13 del decreto-legge n. 77 del 2021. Non va, peraltro, trascurato che l'articolo 42 del decreto-legge n. 152 del 2021 prevede che il Commissario, senza ricorrere all'esercizio di poteri sostitutivi, possa già operare «in deroga ad ogni disposizione di legge diversa da quella penale, fatto salvo il rispetto delle disposizioni del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, delle norme in materia ambientale, di cui al decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, del codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42,

[23] Nel testo dell'articolo, infatti, si prevede espressamente che le «opportune iniziative» adottabili dal Consiglio dei ministri riguardino l'esercizio di poteri sostitutivi.

nonché dei vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea», mentre per analoghe deroghe l'articolo 12 richiede una specifica autorizzazione.

In generale, rispetto all'applicazione della normativa speciale prevista per l'attuazione del PNRR a interventi ad esso non riconducibili[24], occorre tenere conto del fatto che le procedure previste dagli articoli 12 e 13 del decreto-legge n. 77 del 2021 non sembrano prestarsi ad una agevole estensione della loro applicazione al di là del loro ambito originario, richiedendosi adattamenti che non sono stati espressamente considerati dalle norme che le hanno richiamate.

In questo senso, merita di essere segnalato che il decreto-legge relativo alla realizzazione del ponte sullo Stretto di Messina[25] ha previsto un rinvio selettivo[26] alle disposizioni dell'articolo 12 del decreto-legge n. 77 del 2021 con riferimento alla possibilità di nominare, con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, un commissario straordinario per lo svolgimento delle attività affidate alla società Stretto di Messina Spa.

Per quanto riguarda l'estensione agli interventi del PNC, prevista dall'articolo 14 del decreto-legge n. 77 del 2021, occorre considerare, ad esempio, che l'articolo 13 del decreto-legge n. 77 del 2021 assegna uno specifico ruolo nell'impulso per l'attivazione del meccanismo di superamento dei dissensi all'Ispettorato generale per il PNRR, costituito nell'ambito del Ministero dell'economia e delle finanze[27], e alla Struttura di missione PNRR costituita presso la Presidenza del Consiglio dei ministri. Occorre, tuttavia, considerare che nell'ambito del Ministero dell'economia e delle finanze, le attività concernenti l'attuazione del PNC non sono di competenza dell'Ispettorato generale per il PNRR, bensì dell'Ispettorato generale per gli affari economici (IGAE) della Ragioneria generale dello Stato, mentre nell'ambito della Presidenza del Consiglio la Struttura di missione PNRR non effettua uno specifico monitoraggio dell'attuazione del

[24] Con riferimento all'estensione prevista dal decreto-legge n. 152 del 2021, il Comitato per la legislazione della Camera dei deputati nel parere approvato il 17 novembre 2021 ha formulato una specifica osservazione, rilevando che: « due disposizioni (l'articolo 41, comma 1, lettera *b)*, ultimo periodo, concernente il comprensorio di Bagnoli-Coroglio e l'articolo 42, comma 1, lettera *b)*, nono periodo, concernente la città di Taranto) consentono per specifiche gestioni commissariali l'applicazione dei poteri sostitutivi di cui all'articolo 12 del decreto-legge n. 77 del 2021 "in quanto compatibili" (espressione quest'ultima che appare peraltro suscettibile di maggiore specificazione); si tratta dei poteri sostitutivi di ampia portata previsti per l'attuazione del PNRR e, peraltro, oggetto di alcuni rilievi critici nel parere del Comitato sul provvedimento sopra richiamato; pur essendo comprensibile che anche con riferimento alle situazioni emergenziali oggetto delle due disposizioni si consenta in via generale il ricorso ai poteri sostitutivi, appare opportuno, per gli equilibri complessivi del sistema delle fonti e del riparto di competenze tra i diversi livelli di governo territoriale, evitare un'espansione al di là del suo ambito proprio della specifica tipologia di poteri sostitutivi previsti per la realizzazione del PNRR». Per una valorizzazione di tale parere come istanza di "buona qualità" della normazione connessa agli adempimenti del PNRR si veda E. GRIGLIO, Il Drafting *normativo nelle torsioni del sistema delle fonti tra emergenza pandemica e interventi per la ripresa,* in V. DI PORTO ed E. ESPA (a cura di) *Osservatorio AIR. L'analisi di impatto e gli altri strumenti per la qualità della regolazione. Annuario 2021… cit.*, p. 86.

[25] Decreto-legge 31 marzo 2023, n. 35, recante disposizioni urgenti per la realizzazione del collegamento stabile tra la Sicilia e la Calabria.

[26] In particolare, si richiama l'applicazione delle disposizioni del comma 1, secondo periodo, del comma 5, primo e quinto periodo, e comma 6, terzo e quarto periodo, dell'articolo 12 del decreto-legge n. 77 del 2021.

[27] Per effetto delle novelle introdotte dall'articolo 1 del decreto-legge n. 13 del 2023, l'Ispettorato generale per il PNRR ha sostituito il Servizio centrale per il PNRR, istituito nell'ambito della Ragioneria generale dello Stato dall'articolo 6 del decreto-legge n. 77 del 2021.

PNC, pur avendo dato conto dello stato di avanzamento di tale ultimo Piano nell'ambito della Relazione sullo stato di attuazione del PNRR predisposta ai sensi dell'articolo 2, comma 2, lettera *e)*, del decreto-legge n. 77 del 2021. Deve, altresì, considerarsi che il monitoraggio del PNC viene effettuato tramite il sistema di cui al decreto legislativo 29 dicembre 2011, n. 229[28], mentre il sistema informatico di monitoraggio del PNRR, il sistema ReGiS, viene utilizzato solo con riferimento agli interventi del Piano complementare cofinanziati dal PNRR. Per queste ragioni, eventuali meccanismi di allerta precoce non potranno essere rimessi esclusivamente al sistema informatico di monitoraggio del PNRR.

Parimenti, la Cabina di regia per il PNRR, alla quale si affidano specifici compiti nell'ambito dei procedimenti previsti per l'attivazione dei poteri sostitutivi dall'articolo 12 del decreto-legge n. 77 del 2021, in linea con i compiti ad essa affidati dall'articolo 2 del medesimo decreto-legge n. 77 non ha svolto (almeno nella sua prima fase di attività) le proprie funzioni di indirizzo, impulso e coordinamento generale rispetto agli interventi del PNC.

Tali considerazioni valgono, a maggior ragione, per i procedimenti previsti dagli articoli 41 e 42 del decreto-legge n. 152 del 2021, per i quali non è configurabile alcuna forma di collegamento con le strutture competenti per l'attuazione del PNRR e i sistemi di monitoraggio del Piano.

3. I poteri sostitutivi per l'attuazione del PNRR

Per l'esercizio dei poteri sostitutivi riferiti all'attuazione del PNRR l'articolo 12 del decreto-legge n. 77 del 2021 identifica sostanzialmente due fattispecie, da applicare, rispettivamente, agli enti territoriali e ai soggetti diversi dagli enti territoriali, potendosi individuare, poi, una terza fattispecie, avente carattere residuale, che opera alla stregua di clausola di chiusura del sistema.

Un ulteriore percorso per l'attivazione di poteri sostitutivi ai sensi dell'articolo 12 del decreto-legge n. 77 del 2021 è, infine, previsto dall'articolo 44 del medesimo decreto nell'ambito della procedura semplificata ivi prevista per la realizzazione di opere pubbliche di particolare complessità o di rilevante impatto (per tale ultima fattispecie si veda *infra* il paragrafo 5).

Su un piano generale, le previsioni del decreto-legge n. 77 del 2021 devono inscriversi nella più ampia categoria giuridica della sostituzione, attraverso la quale, sulla base di presupposti predeterminati in modo tassativo a livello normativo, è consentito a un ente, un organo o un potere (nel caso di specie il Governo o il Ministro competente) di intervenire in ambiti rientranti nelle attribuzioni o nelle competenze di un altro ente, organo o potere[29], superando, con riferimento a specifici atti, il principio che richiede una

[28] Si tratta, in particolare, del sistema «Banca dati delle amministrazioni pubbliche» (BDAP).

[29] Con riferimento alla disciplina dei poteri sostitutivi successiva alla riforma costituzionale del 2001, anche alla luce della giurisprudenza costituzionale in materia, si vedano, tra i molti contributi: C. MAINARDIS, *Poteri sostitutivi statali e autonomia amministrativa regionale*, Giuffrè, Milano, 2007; S. PAJNO, *La sostituzione tra gli enti territoriali nel sistema costituzionale italiano*, :duepunti, Palermo, 2007; V. TAMBURRINI, *I poteri sostitutivi statali. Tra rispetto dell'autonomia regionale e tutela del principio unitario*,

definizione normativa degli ambiti delle attribuzioni e delle competenze, al fine di far fronte all'inerzia o all'inadempimento del soggetto titolare delle funzioni. Gli interventi sostitutivi possono dispiegarsi più ampiamente in caso di rapporti interorganici e, in particolare, in presenza di rapporti di gerarchia, mentre sono sottoposti a particolari limitazioni nei casi di rapporti intersoggettivi, specialmente laddove il soggetto da sostituire sia titolare di una particolare condizione di autonomia, come quella riconosciuta costituzionalmente agli enti territoriali. Proprio al fine di tutelare l'autonomia riconosciuta a tali enti, salvi i casi di sostituzione «ordinaria» già ammessi prima della riforma del Titolo V della Costituzione, i presupposti e le forme dell'esercizio dei poteri sostitutivi sono disciplinati nei loro caratteri essenziali direttamente dalla Costituzione, all'articolo 117, quinto comma, e all'articolo 120, secondo comma. La prima disposizione prevede la possibilità di attivare poteri sostitutivi, di carattere essenzialmente normativo, nei confronti di Regioni e Province autonome nei casi in cui questi enti non adempiano nelle materie di propria competenza agli obblighi connessi all'attuazione e all'esecuzione di accordi internazionali o di atti dell'Unione europea. Sulla base dell'articolo 120, secondo comma, della Costituzione, il Governo può, invece, sostituirsi non solo a organi delle Regioni e delle Province autonome, ma anche delle Città metropolitane, delle Province e dei Comuni, in relazione al mancato rispetto da parte di tali enti di norme e trattati internazionali o della normativa dell'Unione europea oppure in caso di pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica, ovvero quando lo richiedono la tutela dell'unità giuridica o dell'unità economica e in particolare la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, prescindendo dai confini territoriali dei governi locali.

Sotto il profilo procedurale, lo stesso articolo 120 della Costituzione rimette a una legge ordinaria il compito di definire le procedure relative all'esercizio dei poteri sostitutivi in modo che siano rispettati i principi di sussidiarietà e di leale collaborazione, con una disposizione che – come è noto – è stata attuata dall'articolo 8 della cosiddetta «legge La Loggia»[30].

La giurisprudenza costituzionale ha da tempo chiarito che i poteri sostitutivi «straordinari» di cui all'articolo 8 della legge n. 131 del 2003 convivono con le fattispecie di sostituzione «ordinaria» previste

Giuffrè, Milano, 2012, specialmente p. 73 e ss.; G. MARAZZITA, *I poteri sostitutivi fra* emergency clause *e assetto dinamico delle competenze*, in *Le istituzioni del federalismo*, n. 5, 2005, p. 819 e ss., disponibile *on line* nel sito www.regione.emilia-romagna.it; C. MAINARDIS, *Commento all'articolo 120*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Volume III, UTET, Torino, 2006, p. 2379 e ss.; Q. CAMERLENGO, *Potere sostitutivo (dir. cost.)* in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Aggiornamento, UTET, Torino, 2008, pp. 652 e ss.; A. DE MICHELE, *L'art. 120 della Costituzione e il suo ruolo nella riforma del Titolo V*, in *Le istituzioni del federalismo*, n. 5, 2008, p. 523 e ss.; M.G. PUTATURO DONATI, *Note in tema di esercizio del potere sostitutivo nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, n. 21, 2014, disponibile *on line* nel sito www.federalismi.it; R. DICKMANN, *I poteri sostitutivi statali tra Costituzione vigente e costituzione "possibile"*, in *Rassegna parlamentare*, n. 3, 2016, p. 589 e ss.; R. DICKMANN, *L'esercizio del potere sostitutivo con decreto-legge per garantire l'espressione della doppia preferenza di genere in occasione delle elezioni regionali in Puglia del 2020*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, n. 4, 2020, disponibile *on line* nel sito www.forumcostituzionale.it; S. PAJNO, *Un bilancio dei poteri sostitutivi straordinari a vent'anni dalla entrata in vigore della legge cost. n. 3 del 2001, con qualche modesta proposta*, in *Federalismi.it*, n. 20, 2022, disponibile *on line* nel sito www.federalismi.it.

[30] Legge 5 giugno 2003, n. 131, "*Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3*".

dalla legislazione di settore, statale o regionale, in capo ad organi dello Stato o delle Regioni o di altri enti territoriali, che restano consentite ove la legislazione di riferimento ne disciplini espressamente in maniera diversa l'esercizio (sentenze n. 43 del 2004, n. 240 del 2004, n. 254 del 2009, n. 234 del 2012 e n. 56 del 2018). Il modello procedurale indicato nell'articolo 8 della legge n. 131 del 2003 non esaurisce, difatti, le possibilità di esercizio di poteri sostitutivi e lascia impregiudicata la possibilità che il legislatore, con normativa di settore, disciplini altri tipi di intervento sostitutivo, rispettando in ogni caso i principi desumibili dall'articolo 120 della Costituzione ed eventualmente articolandoli in forme diverse rispetto a quelle individuate del legislatore del 2003[31].

Con riferimento al PNRR il fondamento per l'attivazione dei poteri sostitutivi è sostanzialmente coincidente con gli interessi tutelati dall'articolo 120, secondo comma, della Costituzione e può rintracciarsi nell'inquadramento delle disposizioni del decreto-legge n. 77 del 2021 come norme direttamente attuative degli obblighi assunti in esecuzione del Regolamento (UE) 2021/241, e, pertanto, 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[32]. Lo stesso decreto-legge, peraltro, inquadra le proprie disposizioni nell'ambito della materia relativa alla definizione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale, ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettera *m)*, della Costituzione, richiamando in questo modo un altro degli elementi che consentono l'attivazione dei poteri sostitutivi ai sensi dell'articolo 120, secondo comma, della Costituzione[33].

Nel caso di specie, tuttavia, l'attivazione segue un procedimento *ad hoc* individuato dal decreto-legge n. 77 del 2021, che, in ragione del suo carattere di specialità, prevale in primo luogo sulle previsioni di carattere generale contenute nell'articolo 8 della cosiddetta «legge La Loggia».

Sembrerebbe, peraltro, astrattamente possibile ricorrere alla procedura prevista dall'articolo 8 della legge n. 131 del 2003 anche nell'ambito dell'attuazione del PNRR qualora si renda necessario attivare i poteri

[31] In particolare, come riassunto nelle sentenze n. 171 del 2015 e n. 56 del 2018, i poteri sostitutivi: *a)* devono essere previsti e disciplinati dalla legge, che ne deve definire i presupposti sostanziali e procedurali, in ossequio al principio di legalità; *b)* devono essere attivati solo in caso di accertata inerzia della Regione o dell'ente locale sostituito; *c)* devono riguardare solo atti o attività privi di discrezionalità nell'*an*, la cui obbligatorietà sia il riflesso degli interessi unitari alla cui salvaguardia provvede l'intervento sostitutivo; *d)* devono essere affidati a organi di Governo; *e)* devono rispettare il principio di leale collaborazione all'interno di un procedimento nel quale l'ente sostituito possa far valere le proprie ragioni; *f)* devono conformarsi al principio di sussidiarietà.

[32] Articolo 1, comma 3, del decreto-legge n. 77 del 2021, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 108 del 2021.

[33] Per una riconduzione dei poteri sostitutivi di cui al decreto-legge n. 77 del 2021 alle disposizioni dell'articolo 120 della Costituzione si veda C. DI MARTINO, *La semplificazione normativa nel PNRR: il coinvolgimento dei legislatori regionali tra «progetti bandiera» e «poteri sostitutivi»*, in *Consulta on line*, n. 3, 2021, p. 952, disponibile *on line* nel sito www.giurcost.org. Ad analoghe conclusioni giunge L. FERRARO, *Il ruolo del sistema delle Autonomie territoriali e il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR)*, in *I battelli del Reno*, 2022, p. 10, disponibile *on line* nel sito www.ibattellidelreno.it.
In termini più problematici, si veda anche M TUOZZO, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza nei processi di trasformazione della forma di Stato: Asimmetrie regionali e disuguaglianze tra cittadini*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2, 2022, p. 162, disponibile *on line* nel sito www.costituzionalismo.it.

sostitutivi nei casi e per le finalità indicate dalla medesima disposizione, ma non sussistano i requisiti specifici indicati dall'articolo 12 del decreto-legge n. 77 del 2021.

Per altro verso, occorre considerare che, nel quadro delle misure che supportano la realizzazione del Piano, le procedure di cui all'articolo 12 del decreto-legge n. 77 del 2021 coesistono con altre disposizioni, di carattere settoriale, che hanno introdotto specifiche procedure per l'attivazione di poteri sostitutivi.

In primo luogo, l'articolo 2, comma 4-*bis*, del decreto-legge 10 settembre 2021, n. 121, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 novembre 2021, n. 156,[34] reca una specifica procedura riferita all'attuazione di interventi infrastrutturali e per la sicurezza nel settore idrico, prevedendo espressamente che resti fermo quanto previsto, in relazione agli interventi finanziati in tutto o in parte con le risorse del PNRR e del PNC, dall'articolo 12 del decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 luglio 2021, n. 108.

L'articolo 33, comma 4-*bis*, del decreto-legge 30 aprile 2022, n. 36, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 giugno 2022, n. 79, prevede una procedura per l'attivazione di poteri sostitutivi ai sensi dell'articolo 8 della legge n. 131 del 2003 riferita agli interventi riferiti alla costruzione e all'esercizio degli impianti di elettrificazione dei porti, alla modifica, al potenziamento, al rifacimento e alla riattivazione di detti impianti, nonché alle opere e alle infrastrutture ad essi connesse. Anche in questo caso la disposizione prevede espressamente che resti fermo quanto previsto, in relazione agli interventi finanziati in tutto o in parte con le risorse del PNRR e del PNC, dall'articolo 12 del decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 luglio 2021, n. 108.

L'articolo 30, comma 1, del decreto-legge 17 maggio 2022, n. 50, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 luglio 2022, n. 91, prevede una procedura per l'applicazione di poteri sostitutivi nei procedimenti aventi ad oggetto investimenti per il sistema produttivo nazionale di valore superiore ai 25 milioni di euro e con significative ricadute occupazionali. Anche in questo caso si prevede che il procedimento si applichi al di fuori dei casi di cui all'articolo 12 del decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 luglio 2021, n. 108.

L'articolo 14 del decreto-legge 9 agosto 2022, n. 115, convertito, con modificazioni, dalla legge 21 settembre 2022, n. 142, introduce una disciplina speciale per l'esercizio di poteri sostitutivi in relazione all'affidamento del servizio idrico integrato precisando che, ove sia messo a rischio il conseguimento degli obiettivi intermedi e finali del PNRR, si applichi l'articolo 12 del decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 luglio 2021, n. 108.

In via generale, tenendo conto anche della formulazione delle disposizioni sopra richiamate, si può sinteticamente affermare che le procedure previste in tali norme si affiancano a quelle regolate

[34] La disposizione reca, in particolare, una novella all'articolo 1, comma 525, della legge 27 dicembre 2017, n. 205.

dall'articolo 12 del decreto-legge n. 77 del 2021, che, ove ricorrano i requisiti per la loro applicazione, prevalgono sulle altre.

In altri casi, le norme introdotte contestualmente o successivamente all'articolo 12 del decreto-legge n. 77 del 2021 prevedono, invece, procedimenti speciali che si riferiscono anche all'attuazione del PNRR.

In particolare, l'articolo 41 del decreto-legge n. 77 del 2021[35], disciplina i poteri sostitutivi attivabili in caso di violazione degli obblighi di transizione digitale funzionali all'attuazione dell'Agenda digitale italiana ed europea, alla digitalizzazione di cittadini, pubbliche amministrazioni e imprese, con specifico riferimento alla realizzazione degli obiettivi fissati dal PNRR, prevedendo che per l'esercizio dei poteri sostitutivi di cui agli articoli 117, quinto comma, e 120, secondo comma, della Costituzione, si proceda ai sensi dell'articolo 8 della legge 5 giugno 2003, n. 131. Al riguardo, si potrebbe ritenere che per i casi considerati nell'articolo 12 del decreto-legge n. 77 del 2021 rimanga applicabile la disciplina ivi prevista, mentre la diversa procedura introdotta dalla norma si applichi ai casi non direttamente riferibili al PNRR o nei quali, comunque, non sussistano i requisiti di cui al citato articolo 12, anche considerando che si tratta di una normativa applicabile a regime (e quindi oltre l'orizzonte temporale dell'attuazione del Piano), in ragione del suo inserimento nel Codice dell'amministrazione digitale.

L'articolo 22 del decreto-legge 23 settembre 2022, n. 144, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 novembre 2022, n. 175 (cosiddetto «decreto aiuti *ter*») ha, infine, introdotto una procedura speciale per l'esercizio dei poteri sostitutivi nei procedimenti autorizzativi non di competenza statale relativi a opere, impianti e infrastrutture necessari ai fabbisogni impiantistici individuati dal Programma nazionale per la gestione dei rifiuti e dal PNRR. In questo caso, la disposizione sembrerebbe sovrapporsi a quella di cui all'articolo 12 del decreto-legge n. 77 del 2021 e, trattandosi di *lex posterior*, dovrebbe prevalere sulla disciplina già vigente.

3.1. I procedimenti per l'esercizio dei poteri sostitutivi

Esaminando preliminarmente gli aspetti comuni alle fattispecie applicabili, rispettivamente, agli enti territoriali e ai soggetti diversi dagli enti territoriali, si possono identificare almeno due elementi essenziali per l'avvio della procedura di attivazione dei poteri sostitutivi. In particolare, ai fini dell'attivazione, si rende necessario:

- il mancato rispetto di obblighi e impegni finalizzati all'attuazione del PNRR assunti in qualità di soggetti attuatori; gli obblighi e gli impegni non rispettati possono consistere anche nella mancata

[35] La disposizione introduce l'articolo 18-*bis* nel Codice dell'amministrazione digitale di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82.

adozione di atti e provvedimenti necessari all'avvio dei progetti del Piano, ovvero nel ritardo, nell'inerzia o nella difformità nell'esecuzione dei progetti o degli interventi;

- la messa a rischio del conseguimento di obiettivi intermedi e finali del PNRR[36].

Quanto al primo requisito occorre considerare che nel decreto-legge n. 77 del 2021 è prevista una specifica definizione della categoria dei «soggetti attuatori», che sono identificati[37] nei «soggetti pubblici o privati che provvedono alla realizzazione degli interventi previsti dal PNRR». A questo riguardo, sembra che il mancato rispetto di obblighi o impegni da parte dei soggetti attuatori possa anche sostanziarsi in inadempienze o ritardi dei soggetti esecutori[38], coinvolti nella realizzazione degli interventi, in quanto di fatto la loro condotta si riflette su quella dei soggetti attuatori.

Quanto alla possibilità di considerare tra i soggetti attuatori le Amministrazioni centrali titolari degli interventi, anche nei casi in cui non provvedano direttamente all'attuazione degli interventi, sembra che tale opzione interpretativa non sia compatibile con il tenore letterale delle disposizioni del decreto-legge n. 77 del 2021, che prevede una specifica definizione di «amministrazioni centrali titolari di interventi previsti nel PNRR»[39], distinta da quella di «soggetti attuatori». Inoltre, deve considerarsi che il meccanismo di sostituzione riferito a soggetti diversi dagli enti territoriali è attivato dalla stessa Amministrazione centrale titolare della misura e, quindi, non sembra possibile che l'inadempienza o il ritardo possano essere imputabili alla stessa Amministrazione chiamata ad attivare i poteri sostitutivi.

In ogni caso, qualora si rendesse necessario far fronte a ritardi, inerzie o inadempienze rispetto all'attuazione del Piano non riferibili a soggetti attuatori, potrebbe farsi ricorso alla clausola di chiusura del sistema, che consente di attivare i poteri sostitutivi «in tutti i casi in cui situazioni o eventi ostativi alla realizzazione dei progetti rientranti nel PNRR non risultino altrimenti superabili con celerità».

---

[36] Per una valutazione critica, in considerazione della eccessiva generica la previsione legislativa che prevede l'attivazione dei poteri sostitutivi per l'attuazione del PNRR, si vedano, in particolare, M. TRAPANI, *Il sistema delle conferenze e il regionalismo dimezzato: il difficile rapporto tra PNRR e Regioni alla luce delle recenti evoluzioni normative*, in *Rivista AIC*, n. 4, 2021, p. 190, disponibile *on line* nel sito www.rivistaaic.it, e C. DI MARTINO, *La semplificazione normativa nel PNRR: il coinvolgimento dei legislatori regionali tra «progetti bandiera» e «poteri sostitutivi»… cit.*, p. 953, disponibile *on line* nel sito www.giurcost.org.

[37] Articolo 1, comma 4, lettera *o)*. Nelle istruzioni tecniche per la selezione dei progetti PNRR, diffuse con la circolare del Ragioniere generale dello Stato 14 ottobre 2021, n. 21, richiamandosi la definizione contenuta nella norma citata, si identifica il «soggetto attuatore» nel «soggetto responsabile dell'avvio, dell'attuazione e della funzionalità dell'intervento/progetto finanziato dal PNRR». Si richiama, altresì, quanto disposto dall'articolo 9, comma 1, dello stesso decreto-legge n. 77 del 2021, che specifica che «alla realizzazione operativa degli interventi previsti dal PNRR provvedono le Amministrazioni centrali, le Regioni, le provincie autonome di Trento e Bolzano e gli Enti locali (sulla base delle specifiche competenze istituzionali ovvero della diversa titolarità degli interventi definita nel PNRR) attraverso le proprie strutture ovvero avvalendosi di soggetti attuatori esterni individuati nel PNRR ovvero con le modalità previste dalla normativa nazionale ed europea vigente».

[38] Nelle istruzioni tecniche per la selezione dei progetti PNRR, per «soggetto realizzatore o soggetto esecutore» si intende il «Soggetto e/o operatore economico a vario titolo coinvolto nella realizzazione del progetto (es. fornitore beni e servizi/esecutore lavori) e individuato dal Soggetto attuatore nel rispetto della normativa comunitaria e nazionale applicabile (es. in materia di appalti pubblici)».

[39] Articolo 1, comma 4, lettera *l)*.

La norma fa riferimento mancato rispetto di obblighi e impegni finalizzati all'attuazione del PNRR e a all'avvio di progetti del Piano e, per questa ragione, sembra doversi ritenere che essa si applichi tanto agli investimenti quanto alle riforme, anche se il richiamo a progetti potrebbe in astratto far propendere per una limitazione dell'ambito applicativo alla sfera degli investimenti. Forse anche per questa ragione con il decreto-legge n. 13 del 2023[40] si è precisato che il ritardo, l'inerzia o la difformità nell'esecuzione dei progetti possa riferirsi anche a «interventi», oltre che a «progetti»[41]. Al riguardo, si può osservare, tuttavia, che nella circolare del Ragioniere generale dello Stato recante le istruzioni tecniche per la selezione dei progetti PNRR i termini «progetto» e «intervento» sono considerati sinonimi e riferibili a misure che possono sostanziarsi tanto in investimenti che in riforme[42].

Con particolare riferimento all'attuazione delle riforme deve, in ogni caso, tenersi conto di quanto si osserverà in seguito rispetto all'esercizio dei poteri sostitutivi anche mediante atti normativi.

La formulazione letterale della disposizione[43] non sembra limitare gli interventi sostitutivi ai casi di inerzia o di ritardo nell'adozione di atti o provvedimenti, ma dovrebbe consentire un'attivazione di tali interventi anche nei casi di cattivo esercizio dei poteri da parte dei soggetti attuatori[44] e, quindi, potenzialmente anche a fronte di provvedimenti già adottati o di interventi già realizzati.

Quanto al secondo requisito per l'attivazione dei poteri sostitutivi, che si sostanzia nella presenza di un pericolo rispetto all'attuazione del Piano, si richiede in primo luogo una interpretazione dell'espressione «obiettivi intermedi e finali». Si può ritenere che la formula intenda fare riferimento a traguardi/*milestone* e obiettivi/*target*, ancorché utilizzando termini non esattamente corrispondenti a quelli utilizzati a partire dal Regolamento europeo che ha istituito il Dispositivo per la ripresa e la resilienza[45]. Considerato il tenore

[40] Articolo 3, comma 1, lettera *a),* del decreto-legge n. 13 del 2023.

[41] Analoga modifica non è stata invece introdotta, apparentemente senza motivo, nella prima parte della disposizione, che continua a fare riferimento alla mancata adozione di atti e provvedimenti necessari all'avvio dei «progetti» del Piano.

[42] In particolare, la definizione di «progetto o intervento» è la seguente: «Specifico progetto/intervento (anche inteso come insieme di attività e/o procedure) selezionato e finanziato nell'ambito di una Misura del Piano e identificato attraverso un Codice Unico di Progetto (CUP). Il progetto contribuisce alla realizzazione degli obiettivi della Missione e rappresenta la principale entità del monitoraggio quale unità minima di rilevazione delle informazioni di natura anagrafica, finanziaria, procedurale e fisica».

[43] Si fa riferimento, ad esempio, alla presenza di «difformità nell'esecuzione di progetti».

[44] In via generale, la Corte costituzionale (si veda, in particolare, la sentenza n. 236 del 2004 ha, del resto, evidenziato che l'articolo 120, secondo comma, della Costituzione è una disposizione «posta a presidio di fondamentali esigenze di eguaglianza, sicurezza, legalità che *il mancato o l'illegittimo esercizio* delle competenze attribuite, nei precedenti artt. 117 e 118, agli enti sub-statali, potrebbe lasciare insoddisfatte o pregiudicare gravemente» (corsivo dell'autore).

[45] L'articolo 2, numero 4), del Regolamento (UE) 2021/241 identifica come «traguardi e obiettivi» le misure dei progressi compiuti verso la realizzazione di una riforma o di un investimento, intendendo per «traguardi» i risultati qualitativi e per «obiettivi» i risultati quantitativi. Sulla base di questa previsione, nelle definizioni contenute nelle richiamate istruzioni tecniche per la selezione dei progetti PNRR, di cui alla circolare n. 21 del 2021 del Ragioniere generale dello Stato, per *milestone* si deve intendere il «traguardo qualitativo da raggiungere tramite una determinata misura del PNRR (riforma e/o investimento), che rappresenta un impegno concordato con l'Unione europea o a livello nazionale (es. legislazione adottata, piena operatività dei sistemi IT, ecc.)», mentre per *target* si intende il «traguardo quantitativo da raggiungere tramite una determinata misura del PNRR (riforma e/o investimento), che rappresenta un impegno concordato con l'Unione europea o a livello nazionale, misurato tramite un indicatore ben specificato (es. numero di chilometri di rotaia costruiti, numero di metri quadrati di edificio ristrutturato, ecc.)».

della disposizione, sembrerebbe possibile ricondurre al suo interno anche gli ulteriori elementi del cronoprogramma di realizzazione degli interventi, che non rilevano ai fini del pagamento delle rate, ma hanno funzione di monitoraggio dell'attuazione del Piano e sono riportati nel sistema informatico di gestione e rendicontazione del Piano, ReGiS (*step* procedurali, ulteriori *step* e *milestone* italiani). Tale estensione potrebbe apparentemente costituire un ampliamento della formula contenuta nel decreto-legge n. 77 del 2021, ma sembra possibile affermare che ritardi o inadempimenti rispetto a fasi del cronoprogramma rilevanti a sole finalità interne possano, in ogni caso, assumere rilievo quali indicatori di rischio di mancato raggiungimento di obiettivi e traguardi europei, che assumono rilievo ai fini del pagamento delle rate dei finanziamenti europei.

Occorrerà, inoltre, considerare i parametri con cui valutare la messa a rischio degli obiettivi del Piano in presenza di progetti, aventi ad oggetto per lo più investimenti, articolati in una pluralità di adempimenti, in molti casi affidati a un gran numero di soggetti attuatori. Si pensi, ad esempio, all'Investimento 2.2 (Interventi per la resilienza, la valorizzazione del territorio e l'efficienza energetica dei comuni) della Missione 2, Componente 4, che si articola in circa 46.000 interventi che vedono coinvolti pressoché tutti i comuni italiani. Rispetto a questa tipologia di interventi, si deve valutare quale possa essere la soglia che determina la messa a rischio degli obiettivi del PNRR, specialmente qualora l'obiettivo del Piano risulti numericamente inferiore al numero degli interventi attivati (nel caso di specie, a fronte di circa 39.000 piccoli interventi programmati, l'obiettivo è il completamento di 30.000 interventi nonché, a fronte di 7.000 medi interventi programmati, l'obiettivo è il completamento di 5.000 interventi). Tale valutazione non potrà non tenere conto delle previsioni contenute nell'articolo 24 del Regolamento (UE) n. 241 del 2021, ai sensi del quale l'erogazione dei fondi nell'ambito del PNRR è subordinata alla verifica del fatto che i pertinenti traguardi e obiettivi indicati nella decisione di esecuzione del Consiglio siano stati conseguiti «in misura soddisfacente». Sembra, quindi, sussistere un margine di apprezzamento in ordine all'attivazione della procedura per l'esercizio dei poteri sostitutivi. In questo contesto, si potranno altresì valutare altri indici, anche rilevanti ai fini dell'attuazione del Piano, come l'esigenza di assicurare un equilibrio in termini di distribuzione territoriale degli interventi, ovvero l'opportunità di non escludere una Regione o un'area geografica dal concorso all'attuazione di una misura del Piano.

Venendo alle procedure previste per gli enti territoriali, si evidenzia come il modello procedurale delineato dall'articolo 12, comma 1, del decreto-legge n. 77 del 2021 non si allontana in modo significativo da quello concepito in via generale per l'esercizio dei poteri sostitutivi di cui all'articolo 120, secondo comma, della Costituzione, prevedendosi in sostanza solo alcuni adattamenti connessi alle peculiarità della *governance*

del PNRR e alcune differenziazioni e specificazioni rispetto alla conclusione del procedimento e alle modalità di esercizio del potere sostitutivo[46].

Il procedimento, come si è evidenziato, si attiva in presenza di un mancato rispetto da parte delle Regioni, delle Province autonome di Trento e di Bolzano, delle Città metropolitane, delle Province e dei Comuni di obblighi e impegni assunti in qualità di soggetti attuatori ai fini dell'attuazione del PNRR, tale da mettere a rischio il conseguimento degli obiettivi del Piano.

Con il decreto-legge n. 13 del 2023[47] la procedura prevista per gli enti territoriali è stata estesa anche agli ambiti territoriali sociali, ai quali, sulla base di quanto previsto dalla legge quadro in materia di servizi sociali[48], le Regioni affidano le competenze in materia di programmazione, concertazione e coordinamento a livello territoriale degli interventi dei servizi sociali a rete[49]. La precisazione assume rilevanza con riferimento, in particolare, agli investimenti 1.1[50], 1.2[51] e 1.3[52] della Missione 5, Componente 2, del Piano, che prevedono il coinvolgimento in qualità di soggetti attuatori degli ambiti territoriali sociali, per la realizzazione di interventi per complessivi 1,45 miliardi di euro.

Un punto nodale, ai fini dell'attivazione della procedura, tanto nei confronti degli enti territoriali quanto degli altri soggetti attuatori, è rappresentato dalla problematica individuazione dell'inadempimento o del ritardo di attuazione tale da giustificare l'attivazione del potere sostitutivo.

In linea generale, come segnalato sin dalle Istruzioni tecniche per la selezione dei progetti PNRR[53], «tutte le Amministrazioni centrali titolari di interventi dovranno comunicare tempestivamente tutte le informazioni su eventuali criticità nel raggiungimento dei *milestone* e *target* associati alle misure del PNRR di propria competenza, le motivazioni e le tipologie di tali criticità, nonché le possibili azioni correttive intraprese o da avviare». A dover svolgere questo compito sono, in primo luogo, le Unità di missione

[46] Evidenzia che la procedura di cui all'articolo 12, comma 1, del decreto-legge n. 77 del 2021 ricalca sostanzialmente la disciplina prevista dall'articolo 8 della legge n. 131 del 2003 A. LERRO, *Governance del PNRR e rapporti fra centro e autonomie territoriali. Art. 12 d.l. 77/2021 in materia di poteri sostitutivi, quale impatto sul regionalismo italiano?*, in *Italian Papers on Federalism*, n. 2, 2022, p. 142, disponibile *on line* nel sito www.ipof.it. In senso apparentemente difforme si veda C. B. CEFFA, *Il limitato ruolo delle autonomie territoriali nel PNRR: scelta contingente o riflesso di un regionalismo in trasformazione?*, in *Federalismi.it*, n. 24, 2022, disponibile *on line* nel sito www.federalismi.it, p. 65, secondo cui l'articolo 12 del decreto-legge n. 77 del 2021, pur muovendosi concettualmente nel solco tracciato dall'articolo 120, secondo comma, della Costituzione, non lo menzioni mai espressamente, al contrario del successivo articolo 13, relativo al procedimento per il superamento dei dissensi. Per queste ragioni, si ritiene, quindi, che l'articolo 12 rechi una peculiare e più circoscritta applicazione del più ampio potere sostitutivo riconosciuto allo Stato dalla richiamata norma costituzionale. L'articolo conclude evidenziando come l'articolo 12 del decreto-legge n. 77 del 2021 costituisca una norma speciale rispetto alla norma generale contenuta nell'articolo 8 della legge n. 131 del 2003.

[47] Art. 3, comma 1, lettera *a)*, del decreto-legge n. 13 del 2023.

[48] Art. 8, comma 3, lettera *a)*, della legge 8 novembre 2000, n. 328, *Legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali*.

[49] L'elenco dei circa 600 ambiti territoriali sociali individuati dalle Regioni è pubblicato nel sito istituzionale del Ministero del lavoro e delle politiche sociali (www.lavoro.gov.it).

[50] M5C2 - Investimento 1.1 - Sostegno alle persone vulnerabili e prevenzione dell'istituzionalizzazione degli anziani non auto-sufficienti.

[51] M5C2 - Investimento 1.2 - Percorsi di autonomia delle persone con disabilità.

[52] M5C2 - Investimento 1.3 - *Housing* temporaneo e Stazioni di posta per le persone senza fissa dimora.

[53] Si veda la già richiamata circolare del Ragioniere generale dello Stato n. 21 del 2021 e, in particolare, p. 24 e pp. 30-31.

costituite presso ciascuna amministrazione centrale titolare degli interventi del Piano, attraverso il sistema informatico ReGiS[54]. Le rilevazioni del sistema informatico, tuttavia, non sembrano di per sé sufficienti a fornire indicazioni univoche e immediatamente fruibili all'Ispettorato generale per il PNRR e alla Struttura di missione PNRR in ordine alle criticità riscontrate, rendendosi con ogni probabilità necessario accompagnare le rilevazioni con un'attività di segnalazione da parte delle Unità di missione.

A valle di questa fase procedurale, che non è espressamente considerata nelle disposizioni dell'articolo 12 del decreto-legge n. 77 del 2021, si avvia il processo di attivazione dei poteri sostitutivi, che prende le mosse da una proposta del Ministro competente, come nell'articolo 8 della legge n. 131 del 2003, ovvero della Cabina di regia per il PNRR. Questa eventualità sembra, in verità, assumere una valenza residuale, dal momento che si renderebbe necessaria una specifica convocazione dell'organo collegiale al fine di promuovere il semplice avvio della procedura. Si potrebbe ipotizzare un suo utilizzo, specialmente dopo la nomina di un Ministro con delega per l'attuazione del PNRR, a seguito di una convocazione di una riunione tematica della Cabina di regia nella quale fosse riscontrata la presenza di criticità superabili solo con l'attivazione dei poteri sostitutivi.

La Struttura di missione PNRR costituita presso la Presidenza del Consiglio dei ministri può assumere in primo luogo un ruolo di segnalazione rispetto all'attività della Cabina di regia, considerando che alla stessa spetta, tra l'altro, il compito di acquisire dall'Ispettorato generale per il PNRR le informazioni e i dati di attuazione del PNRR a livello di ciascun progetto, ivi compresi quelli relativi al rispetto dei tempi programmati e ad eventuali criticità rilevate nella fase di attuazione degli interventi[55]. In questo senso, il decreto-legge n. 13 del 2023, nel riformulare le disposizioni dell'articolo 4, comma 2, lettera *b)*, del decreto-legge n. 77 del 2021, ha previsto che, nell'ambito delle attività informative svolte dalla Segreteria tecnica nei confronti della Cabina di regia, anche sulla base degli esiti del monitoraggio svolto dalla Ragioneria generale dello Stato, possano essere segnalate situazioni rilevanti ai fini dell'esercizio dei poteri sostitutivi. A tale ruolo, di carattere eventuale, si affianca quello relativo all'istruttoria sulle proposte formulate dai Ministri o dalla Cabina di regia, in esito alla quale, ove ne ricorrano le condizioni, la Struttura

[54] In questo senso si vedano, ad esempio, le Linee guida per lo svolgimento delle attività connesse al monitoraggio del PNRR, adottate con la circolare del Ragioniere generale dello Stato n. 27 del 21 giugno 2022, secondo le quali: «Relativamente agli adempimenti di monitoraggio del PNRR, le Unità di missione delle Amministrazioni centrali sono responsabili dei seguenti adempimenti, da svolgere attraverso l'utilizzo del sistema ReGiS: […] aggiornamento e verifica del rispetto delle tempistiche di realizzazione delle *milestone* e dei *target* per riforme e investimenti con l'eventuale individuazione e segnalazione di ritardi, impedimenti e altre criticità che ostacolino il conseguimento delle *milestone* e dei *target*, degli obiettivi di spesa e di realizzazione delle misure». In questo ambito, con riferimento all'esecuzione procedurale, si danno indicazione alle amministrazioni titolari e ai soggetti attuatori di fornire dati su eventuali contenziosi aperti sugli atti di attivazione delle procedure e sulla loro esecuzione.

[55] Articolo 4, comma 2, lettera *d)*, del decreto-legge n. 77 del 2021, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 108 del 2021.

di missione PNRR segnala al Presidente del Consiglio dei ministri i casi da valutare ai fini dell'eventuale esercizio dei poteri sostitutivi[56].

Una novità significativa rispetto al procedimento di attivazione dei poteri sostitutivi è venuta con la nomina, nell'ambito della compagine governativa costituitasi dopo le elezioni del 25 settembre 2022, di un Ministro senza portafoglio per gli affari europei, il Sud, le politiche di coesione e il PNRR, che è stato delegato, tra l'altro, a esercitare ogni funzione attribuita dalle vigenti disposizioni al Presidente del Consiglio dei ministri relativamente al PNRR e ad assicurare le funzioni della Cabina di Regia per il PNRR, incluse quelle relative alla promozione del coordinamento tra i diversi livelli di governo e alla proposta, ove ne ricorrano le condizioni, dell'attivazione dei poteri sostitutivi di cui all'articolo 12 del decreto-legge n. 77 del 2021[57]. Nel seguito del testo, si continuerà, in ogni caso, per brevità, a fare riferimento al Presidente del Consiglio dei ministri, ancorché al momento le relative funzioni siano delegate al Ministro con delega per il PNRR.

Considerando l'assetto delle competenze all'interno della Presidenza del Consiglio dei ministri, nell'istruttoria appare ragionevole un forte coinvolgimento sotto il profilo tecnico del Dipartimento per il coordinamento amministrativo (DICA), che in via generale svolge l'attività di coordinamento istruttorio relativa all'esercizio del potere sostitutivo del Governo[58].

Qualora, in esito all'istruttoria svolta, la Struttura di missione PNRR ritenga che sussistano i requisiti previsti per l'attivazione dei poteri sostitutivi, formula una segnalazione al Presidente del Consiglio dei ministri, il quale – ove condivida gli esiti dell'istruttoria – formula una diffida assegnando al soggetto attuatore interessato un termine per provvedere non superiore a quindici giorni[59]. Rispetto al procedimento individuato per i poteri sostitutivi straordinari dalla «legge La Loggia», in questo caso viene indicato in modo puntuale il termine massimo di durata della diffida, mentre nella legge n. 131 del 2003, si fa ricorso a una clausola generale, che fa riferimento alla congruità del termine. Come si osserverà nelle conclusioni, occorrerà valutare se il termine di quindici giorni, introdotto dal decreto-legge n. 13 del 2023, possa di per sé costituire in ogni caso un termine adeguato ad assicurare il rispetto del principio di leale collaborazione richiesto dalla giurisprudenza costituzionale.

[56] Articolo 4, comma 2, lettera *e)*, del decreto-legge n. 77 del 2021, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 108 del 2021.
[57] Articolo 3, comma 1 e comma 2, lettera *q)*, del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 12 novembre 2022, *Delega di funzioni al Ministro senza portafoglio on. Raffaele Fitto*, pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* n. 276 del 25 novembre 2022.
[58] In base all'organizzazione interna della Presidenza del Consiglio dei ministri, tali attività sono di competenza del Servizio per la concertazione amministrativa e le attribuzioni amministrative del Consiglio dei ministri, costituito nell'ambito dell'Ufficio per la concertazione amministrativa e l'utilizzazione dell'otto per mille dell'IRPEF del Dipartimento per il coordinamento amministrativo.
[59] Il testo iniziale dell'articolo 12 del decreto-legge n. 77 del 2021 prevedeva un termine di trenta giorni, poi ridotto a quindici dall'articolo 3 del decreto-legge n. 13 del 2023.

Con riferimento al contenuto della diffida, si è rilevato[60] come all'attuazione del PNRR, che richiede l'adozione di sequenze di atti e provvedimenti in un arco di tempo determinato, ben si attaglierebbero le previsioni contenute nel quadro della disciplina generale della partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea[61]. In tale ambito, qualora per far fronte a una violazione della normativa europea accertata con sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea di condanna al pagamento di sanzioni a carico della Repubblica italiana ovvero a una procedura europea di infrazione, si renda necessario procedere all'adozione di una molteplicità di atti anche collegati tra loro, si prevede che il Presidente del Consiglio, su proposta del Ministro competente per materia, possa formulare una diffida agli enti inadempienti stabilendo un cronoprogramma di attuazione, che assicuri tempi congrui per l'adozione di ciascuno dei provvedimenti e degli atti necessari. In caso di mancato rispetto di anche uno solo dei termini del cronoprogramma, il Presidente del Consiglio e il Ministro competente possono proporre al Consiglio dei ministri l'attivazione dei poteri sostitutivi anche attraverso la nomina di un apposito commissario.

Pur essendo la fissazione di un cronoprogramma di attuazione già di fatto prevista ai fini dell'attuazione delle riforme e degli investimenti del Piano, l'integrazione delle previsioni dell'articolo 12 del decreto-legge n. 77 del 2021 nel senso indicato potrebbe comunque essere utile al fine di fissare ulteriori termini per l'avanzamento degli interventi, considerando che, in assenza di una specifica previsione normativa, non sembra possibile inserire un cronoprogramma all'interno della diffida, che dovrebbe limitarsi a richiedere un intervento entro quindici giorni dalla sua adozione.

A tale esigenza sembrano voler far fronte, per certi versi, le disposizioni recentemente introdotte dal decreto-legge n. 13 del 2023, che estendono l'applicazione delle disposizioni dell'articolo 12 anche ai casi in cui ritardi e inerzie siano riferiti a una pluralità di interventi o all'attuazione di un intero programma di interventi. Anche alla luce di tale modifica, tuttavia appare problematico ritenere che la formulazione delle disposizioni del decreto-legge n. 77 del 2021, le quali, anche successivamente alle modifiche introdotte, fanno riferimento a una diffida con un termine ben determinato, sia compatibile con la previsione della definizione in quella sede di un cronoprogramma di attività.

[60] M. CECCHETTI, *L'incidenza del PNRR sui livelli territoriali di governo e le conseguenze nei sistemi amministrativi*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2022, p. 300, disponibile *on line* nel sito www.rivistaaic.it. Sul punto si veda anche S. PAJNO, *Un bilancio dei poteri sostitutivi straordinari a vent'anni dalla entrata in vigore della legge cost. n. 3 del 2001, con qualche modesta proposta… cit.*, p. 133, nota 68.

[61] Articolo 41, comma 2-*bis*, della legge 24 dicembre 2012, n. 234. Per una valorizzazione delle potenzialità del modello disegnato dalla legge n. 234 del 2021 e dei risultati ottenuti con riferimento a diverse procedure di infrazione, si veda S. PAJNO, *ibidem* pp. 117-118. Per una positiva valutazione delle attività svolte dal Commissario straordinario incaricato della realizzazione degli interventi necessari all'adeguamento alla normativa vigente delle discariche abusive presenti sul territorio nazionale, nominato ai sensi dell'articolo 41, comma 2-*bis*, della legge n. 234 del 2012 si veda anche la relazione sulle analisi effettuate sui progetti del PNRR nel quadro complessivo dei rapporti con l'Unione europea e delle politiche di coesione, approvata dalla Sezione di controllo per gli affari comunitari ed internazionali della Corte dei conti con deliberazione n. 4/2023, disponibile *on line* nel sito istituzionale della Corte dei conti (www.corteconti.it).

Qualora, anche a seguito della diffida, perduri l'inerzia del soggetto attuatore, il Presidente del Consiglio dei ministri o il Ministro competente propongono al Consiglio dei ministri di esercitare i poteri sostitutivi, sentito il soggetto attuatore. Nel corso dell'esame parlamentare del decreto-legge n. 13 del 2023 si è precisato che tale coinvolgimento è finalizzato anche ad individuare tutte le cause dell'inerzia riscontrata, con un'espressione che, con ogni probabilità, intende richiamare anche le altre fattispecie di ritardo o di difformità che danno titolo all'esercizio dei poteri sostitutivi. Pur in assenza di una previsione espressa, al fine di assicurare il rispetto del principio di leale collaborazione, sembrerebbe opportuno che alla riunione del Consiglio dei ministri partecipi il Presidente della Giunta regionale della Regione interessata al provvedimento, in linea con quanto previsto per i casi di sostituzione «straordinaria» dall'articolo 8 della legge n. 131 del 2003.

Occorre ricordare, altresì, che – ferma restando la procedura sopra descritta per l'esercizio dei poteri sostitutivi – nei medesimi casi, al fine di prevenirne l'esercizio, il Ministro per gli affari regionali e le autonomie può promuovere opportune iniziative di impulso e di coordinamento nei confronti di Regioni, Province autonome, città metropolitane, province e comuni. Tali iniziative possono essere promosse sia in via del tutto preventiva, a seguito della semplice emersione delle criticità che possono mettere a rischio il raggiungimento degli obiettivi del PNRR, sia nell'ambito della procedura sopra descritta, anche in pendenza della diffida formulata dal Presidente del Consiglio dei ministri. In relazione alla tipologia delle criticità segnalate, le iniziative di impulso e di coordinamento possono essere attivate anche in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano nonché di Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo n. 281 del 1997[62]. A tale riguardo non può non rilevarsi come un efficace utilizzo di questi strumenti cooperativi, che valorizzano la funzione delle Conferenze quali sedi per la composizione degli interessi dei diversi enti territoriali nel rispetto del principio di leale collaborazione, possa avere effetti di significativa deflazione rispetto al ricorso alle più incisive procedure di esercizio dei poteri sostitutivi.

Per quanto attiene all'attivazione dei poteri sostitutivi nei confronti di soggetti diversi dagli enti territoriali, la procedura delineata dal decreto-legge n. 77 del 2021[63] è meno articolata, non rendendosi necessaria la

[62] A. LERRO, *Governance del PNRR e rapporti fra centro e autonomie territoriali. Art. 12 d.l. 77/2021 in materia di poteri sostitutivi, quale impatto sul regionalismo italiano?... cit.*, p. 154, sottolinea come l'attività di impulso e di coordinamento del Ministro per gli affari regionali e le autonomie può rappresentare un fattore di mitigazione rispetto all'esercizio dei poteri sostitutivi. Sulla necessità di un più forte coinvolgimento del sistema delle Conferenze nell'attuazione del PNRR con un più ampio ricorso alle intese, si veda E. CAVASINO, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e le sue fonti… cit.*, p. 74 e ss. In generale, sul ruolo primario assegnato nel disegno istituzionale al circuito conferenziale e sulla conseguente valorizzazione del ruolo degli esecutivi e dei Presidenti rispetto ai consigli regionali si veda A. CONZUTTI, *Il PNRR al crocevia tra forma di governo e tendenze in atto nel sistema euro-nazionale… cit.*, p. 740. M. TRAPANI, *Il sistema delle conferenze e il regionalismo dimezzato… cit.*, p. 191 e ss., esprime, invece, riserve riguardo alla possibilità per il sistema delle Conferenze di determinare un'effettiva compartecipazione delle Regioni alla *governance* del PNRR.

[63] Art. 12, comma 3, del decreto-legge n. 77 del 2021, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 108 del 2021.

riproposizione di tutti i presidi richiesti per assicurare il rispetto degli ambiti competenziali degli enti territoriali individuati dalla Carta costituzionale.

In questo caso, ferme restando le possibili criticità già evidenziate in ordine all'individuazione dell'inadempimento o del ritardo di attuazione tale da giustificare l'attivazione del potere sostitutivo, la norma prevede espressamente che la richiesta di esercizio dei poteri sostitutivi possa provenire anche direttamente da un soggetto attuatore, ivi compresi le Regioni, le Province autonome di Trento e di Bolzano, le Città metropolitane, le Province e i Comuni. Tale ultima previsione induce a ritenere che il procedimento possa applicarsi anche nei confronti di soggetti diversi da quelli qualificabili come «attuatori» in senso stretto e, in particolare, nei confronti di amministrazioni centrali o altri enti coinvolti nelle procedure riferite all'attuazione di specifici interventi del PNRR.

Tanto in presenza di una richiesta da parte dei soggetti attuatori quanto in caso di attivazione di ufficio, il Ministro competente per l'attuazione dell'intervento provvede direttamente alla diffida assegnando un termine per provvedere non superiore a quindici giorni[64]. Pur trattandosi di un procedimento che si realizza, in questa fase, in ambito ministeriale sembra ineludibile che questo assicuri il coinvolgimento delle strutture competenti nell'ambito del Ministero dell'economia e delle finanze e della Presidenza del Consiglio dei ministri, a partire dalla Struttura di missione PNRR, sia per raccogliere elementi utili ai fini dell'attivazione della procedura sia per svolgere un'istruttoria sulle criticità rilevate, anche in considerazione del possibile successivo coinvolgimento del Consiglio dei ministri.

Qualora all'esito della diffida perduri l'inerzia, il Ministro competente provvede direttamente all'esercizio dei poteri sostitutivi, sentito il soggetto attuatore. Esiste, tuttavia, un elemento di chiusura del sistema, in quanto, ove il Ministro competente non adotti i provvedimenti di propria competenza, su proposta del Presidente del Consiglio dei ministri o della Cabina di regia per il PNRR, il Consiglio dei ministri può esercitare i poteri sostitutivi con le modalità previste per enti territoriali.

L'ultimo procedimento prefigurato dall'articolo 12 del decreto-legge n. 77 del 2021 riguarda, infine, l'ipotesi residuale del superamento di situazioni o eventi ostativi alla realizzazione dei progetti rientranti nel PNRR, che non risultino altrimenti superabili con celerità[65]. Si tratta di una fattispecie potenzialmente più ampia di quelle previste in via generale nei confronti di enti territoriali e altri enti, che richiedono il mancato rispetto di impegni finalizzati all'attuazione del Piano e la messa a rischio di un obiettivo intermedio o finale del Piano stesso, mentre in questo caso l'elemento ostativo è riferito alla realizzazione di un singolo progetto, non riverberandosi necessariamente sul raggiungimento dei risultati del Piano. Trattandosi di una misura residuale, si richiede, tuttavia, la presenza di un ritardo almeno eventuale non

[64] Anche in questo caso, il testo iniziale dell'articolo 12 del decreto-legge n. 77 del 2021 prevedeva un termine di trenta giorni, poi ridotto a quindici dal decreto-legge n. 13 del 2023.

[65] Art. 12, comma 4, del decreto-legge n. 77 del 2021, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 108 del 2021.

evitabile con gli altri strumenti previsti dall'ordinamento, anche con riferimento all'attuazione del PNRR, che incida sulla realizzazione di un progetto rientrante nel PNRR e, quindi, potenzialmente anche nel caso in cui la mancata realizzazione del progetto non ponga immediatamente a rischio il conseguimento di un traguardo o di un obiettivo del Piano.

In questi casi, il procedimento per l'esercizio dei poteri sostitutivi coincide, in sostanza, con quello previsto per gli enti territoriali. In particolare, anche a partire da una segnalazione della Struttura di missione PNRR, il Presidente del Consiglio dei ministri assegna al soggetto interessato – che sulla base della formulazione della norma non sembrerebbe doversi identificare necessariamente in un soggetto attuatore – un termine per provvedere non superiore a quindici giorni. Qualora, decorso tale termine, non si sia provveduto, su proposta del Presidente del Consiglio dei ministri o del Ministro competente, sentito il soggetto interessato, il Consiglio dei ministri esercita i poteri sostitutivi.

3.2. Le modalità di esercizio dei poteri sostitutivi

L'articolo 12 del decreto-legge n. 77 del 2021 opera una sostanziale tipizzazione delle modalità di esercizio del potere sostitutivo, in ciò distinguendosi dal modello individuato dalla legge n. 131 del 2003 per i poteri di carattere straordinario.

Mentre il legislatore del 2003 si limita a prevedere che, in caso di esercizio dei poteri, il Consiglio dei ministri «adotta i provvedimenti necessari, anche normativi, ovvero nomina un apposito commissario», il comma 1 dell'articolo 12 stabilisce che il Consiglio dei ministri individua l'amministrazione, l'ente, l'organo o l'ufficio, ovvero in alternativa nomina uno o più commissari *ad acta*, ai quali attribuisce, in via sostitutiva, il potere di adottare gli atti o provvedimenti necessari ovvero di provvedere all'esecuzione dei progetti, anche avvalendosi di società di cui all'articolo 2 del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, o di altre amministrazioni specificamente indicate»[66].

La sostituzione non implica, peraltro, un mutamento della titolarità dei rapporti giuridici connessi alla realizzazione dei progetti. Il comma 6 dell'articolo 12 del decreto-legge n. 77 del 2021 precisa, infatti che tanto la Presidenza del Consiglio dei ministri quanto le amministrazioni centrali titolari degli interventi restano estranee ad ogni rapporto contrattuale e obbligatorio discendente da atti, provvedimenti o comportamenti dei soggetti individuati o nominati per l'esercizio dei poteri sostitutivi, continuando a rispondere di tutte le obbligazioni nei confronti dei terzi i soggetti attuatori sostituiti, che provvedono con le risorse del Piano o con risorse proprie.

[66] Nell'ambito dell'esame parlamentare del decreto-legge n. 13 del 2023 si è precisato che il potere si riferisce a «tutti» gli atti o i provvedimenti necessari.

Appare meritevole di approfondimento la circostanza che, in base al tenore letterale della norma, non sembra previsto un esercizio diretto del potere sostitutivo da parte del Consiglio dei ministri ma pare necessario che il Consiglio debba in ogni caso individuare un soggetto incaricato di provvedere in via sostitutiva all'adozione degli atti e dei provvedimenti.

In questo contesto, occorre altresì valutare se la formulazione dell'articolo 12 del decreto-legge n. 77 del 2021 consenta di esercitare il potere sostitutivo anche in forma normativa[67].

Tale possibilità (che dovrebbe riferirsi essenzialmente all'adozione in via sostitutiva di provvedimenti normativi da parte delle Regioni) sembra doversi ritenere esclusa[68] innanzitutto in ragione del tenore letterale della norma, che non richiama espressamente tale forma di esercizio dei poteri sostitutivi. Trattandosi di poteri da utilizzare in casi straordinari, le relative norme di autorizzazione sembrano, infatti, doversi considerare alla stregua di norme eccezionali e, pertanto, di stretta interpretazione. Va, peraltro, notato che – come si vedrà subito *infra* – nell'esercizio dei poteri sostitutivi si riconosce al soggetto che opera in via sostitutiva la possibilità di adottare ordinanze che prevedono amplissime

[67] In questa sede, non si intende ripercorrere il dibattito dottrinale sulla possibilità di esercizio in forma legislativa dei poteri sostitutivi di cui all'articolo 120, secondo comma, della Costituzione. Si rimanda, per brevità, ai numerosi commenti al decreto-legge 31 luglio 2020, n. 86, recante disposizioni urgenti in materia di parità di genere nelle consultazioni elettorali delle regioni a statuto ordinario, con il quale è stato esercitato il potere sostitutivo ai sensi dell'articolo 120, secondo comma, della Costituzione, al fine di integrare la legislazione elettorale della Regione Puglia con norme che consentissero di esprimere la doppia preferenza di genere. In particolare, si vedano: S. BISSARO, *Parità di genere, autonomia regionale e potere sostitutivo del governo ex art. 120, secondo comma, Cost.: alcune riflessioni a partire dal caso della Regione Puglia*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 1, 2021, p. 44 e ss., disponibile *on line* nel sito www.gruppodipisa.it; D. CASANOVA, *Riflessioni sulla legittimità della sostituzione legislativa da parte del Governo ex art. 120 Cost. Note critiche a partire dal decreto legge n. 86 del 2020*, in *Nomos*, n. 3, 2020, disponibile *on line* nel sito www.nomos-leattualitaneldiritto.it; P. COLASANTE, *Il Governo 'riscrive' la legge elettorale della Regione Puglia con la doppia preferenza di genere: profili problematici dell'esercizio del potere sostitutivo sulla potestà legislativa regionale*, in *Federalismi.it*, n. 25, 2020, disponibile *on line* nel sito www.federalismi.it; F. CORVAJA, *Preferenze di genere e sostituzione legislativa della regione Puglia: il fine giustifica il mezzo?*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3, 2020, p. 609 e ss.; M. COSULICH, *Ex malo bonum? Ovvero del decreto-legge n. 86 del 2020che introduce la doppia preferenza di genere nelle elezioni regionali pugliesi*, in *Federalismi.it*, n. 25, 2020, disponibile *on line* nel sito www.federalismi.it; F. COVINO, *Potere sostitutivo del Governo e doppia preferenza di genere nelle elezioni pugliesi di fine estate*, in *Osservatorio AIC*, n. 5, 2020, p. 25 e ss., disponibile *on line* nel sito www.osservatorioaic.it; R. DICKMANN, *L'esercizio del potere sostitutivo con decreto-legge per garantire l'espressione della doppia preferenza di genere in occasione delle elezioni regionali in Puglia del 2020… cit.*, p. 14 e ss.; M. DI FOLCO, *Profili problematici dell'intervento sostitutivo del Governo nei confronti della regione Puglia per imporre la doppia preferenza di genere*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3, 2020, p. 1191 e ss., disponibile *on line* nel sito www.osservatoriosullefonti.it; T. GROPPI, *"La Costituzione si è mossa": la precettività dei principi costituzionali sulla parità di genere e l'utilizzo del potere sostitutivo del governo nei confronti della Regione Puglia*, in *Federalismi.it*, n. 25, 2020, disponibile *on line* nel sito www.federalismi.it; G. MARCHETTI, *Riflessioni a margine della prima sostituzione legislativa del Governo. Quali rischi a fronte di una lettura estensiva della formula "tutela dell'unità giuridica" e di un'inosservanza dei principi di ragionevolezza e proporzionalità?*, in *Federalismi.it*, n. 15, 2021, p. 129 e ss., disponibile *on line* nel sito www.federalismi.it; S. PAJNO, *Un bilancio dei poteri sostitutivi straordinari a vent'anni dalla entrata in vigore della legge cost. n. 3 del 2001, con qualche modesta proposta… cit.*, p. 109 e ss.; S. PAJNO, *Abbiamo bisogno della sostituzione legislativa?,* in *Diritti regionali. Rivista di diritto delle autonomie territoriali*, n. 3, 2021, p. 955 e ss., disponibile *on line* nel sito www.dirittiregionali.it; L. TRUCCO, *Dal Mar Ligure allo Ionio: norme elettorali "last minute" e rappresentanze di genere di "mezza estate"* (10 agosto 2020), in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo,* disponibile *on line* nel sito www.giurcost.org. Per un ulteriore caso di un decreto-legge adottato (anche) ai sensi dell'articolo 120, secondo comma, della Costituzione si veda il decreto-legge 27 dicembre 2006, n. 297, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 febbraio 2007, n. 15, e, in particolare, l'articolo 4, che, in esecuzione dell'ordinanza del Presidente della Corte di giustizia delle Comunità europee del 19 dicembre 2006, nella causa C-503/06, ha disposto la sospensione dell'applicazione della legge della regione Liguria 31 ottobre 2006, n. 36, in materia di prelievo venatorio, adottato nella cornice dell'abrogato articolo 10 della legge 4 febbraio 2005, n. 11.

[68] In questo senso si veda C. B. CEFFA, *Il limitato ruolo delle autonomie territoriali nel PNRR: scelta contingente o riflesso di un regionalismo in trasformazione?... cit.*, p. 65.

deroghe alla normativa anche legislativa vigente. Sembrerebbe, altresì, possibile che – ove ne ricorrano i presupposti – nei confronti degli enti territoriali l'esercizio di poteri sostitutivi in forma normativa possa comunque trovare un proprio autonomo fondamento nell'articolo 8 della legge n. 131 del 2003[69].

Al fine di dare concreta attuazione all'esercizio dei poteri da parte delle amministrazioni o dei commissari si prevede espressamente che questi si possano avvalere, oltre che di altre amministrazioni specificamente indicate, di società a partecipazione pubblica, alle quali, come è noto, è affidato un ruolo strategico nell'attuazione del PNRR, tanto con riferimento allo svolgimento di attività di supporto tecnico-operativo quanto in relazione a funzioni di assistenza tecnica[70]. Al riguardo, si è correttamente osservato[71] come le società indicate dall'articolo 12 del decreto-legge n. 77 del 2021 costituiscano un insieme che non coincide con quello indicato dall'articolo 9, comma 2, del medesimo decreto per lo svolgimento di attività di supporto tecnico-operativo nell'attuazione del Piano. Per l'esercizio dei poteri sostitutivi, infatti, è possibile avvalersi di società a partecipazione pubblica come identificate dal testo unico in materia di società a partecipazione pubblica[72], mentre per il supporto tecnico-operativo si fa riferimento alle società a partecipazione pubblica maggioritaria.

Al riguardo, dovrebbe valutarsi se gli eventuali oneri derivanti dal ricorso a società partecipate possano essere imputati direttamente ai costi di realizzazione dell'opera a valere sulle risorse del PNRR ovvero, con soluzione che sembra maggiormente in linea con la cornice finanziaria del Piano[73], debbano trovare copertura a valere su Programmi operativi complementari, a partire da quello di competenza della Ragioneria generale dello Stato o, in ultima istanza, sui bilanci dei soggetti attuatori sostituiti. Per quanto attiene ai Commissari, la norma prevede espressamente che gli eventuali oneri derivanti dalla loro nomina

[69] In senso contrario G. PROVVISIERO, *Le Regioni nella governance del PNRR*, in *Italian Papers on Federalism*, n. 2, 2022, p. 183, disponibile *on line* nel sito www.ipof.it, ritiene che, qualora l'attuazione delle misure del PNRR dovesse richiedere l'adozione di atti normativi da parte delle Regioni dovrebbe trovare applicazione, in virtù del principio di specialità, la procedura disciplinata dal decreto-legge n. 77 del 2021, senza che essa possa restare integrata da quella generale di cui alla legge n. 131 del 2003, ove si discorre espressamente di atti "anche normativi".

[70] Articolo 9, comma 2, e articolo 10, commi 1, 2, 4, 5 e 6-*quater* del decreto-legge n. 77 del 2021, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 108 del 2021. Si veda anche la circolare del Ragioniere generale dello Stato 24 gennaio 2022, n. 6.

[71] G. MOCAVINI, *L'assistenza delle società a partecipazione pubblica nell'attuazione del PNRR*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 6, 2022, p. 728 e ss.

[72] Articolo 2 del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, che richiama, nell'ambito delle definizioni, società (meramente) partecipate da amministrazioni pubbliche o società a controllo pubblico, società controllate e società *in house*. Da un punto di vista testuale, non sembra potersi escludere che la formula consenta anche di avvalersi di società pubbliche quotate (*contra* G. MOCAVINI, *L'assistenza delle società a partecipazione pubblica nell'attuazione del PNRR… cit.*, p. 733).

[73] Si veda ancora la circolare del Ragioniere generale dello Stato 24 gennaio 2022, n. 6. Lo stesso articolo 10, comma 5, del decreto-legge n. 77 del 2021 prevede in via generale che gli oneri per le convenzioni relative alle attività di supporto tecnico-operativo le Amministrazioni provvedono nell'ambito delle risorse disponibili a legislazione vigente. Solo ove ciò sia possibile, tali oneri possono essere posti a carico delle risorse previste per l'attuazione degli interventi del PNRR, ovvero delle risorse per l'assistenza tecnica previste nei programmi dell'Unione europea 2021/2027 per gli interventi di supporto agli stessi riferiti. Il comma 6-*quater* del medesimo articolo 10 specifica che i soggetti attuatori che si avvalgono di una procedura avente ad oggetto accordi quadro con la società Invitalia Spa per servizi tecnici e lavori non sostengono alcun onere per attività di centralizzazione delle committenze in quanto gli stessi sono posti a carico delle convenzioni stipulate per lo svolgimento delle attività di supporto tecnico-operativo.

siano posti a carico dei soggetti attuatori inadempienti sostituiti. In questo senso, in caso di avvalimento di società pubbliche può ritenersi che – qualora la spesa non sia altrimenti imputabile al Piano o a convenzioni stipulate a valere su risorse nazionali o europee – la relativa spesa resti a carico del soggetto sostituito.

Con il decreto-legge n. 13 del 2023 si è inoltre specificato che nell'individuazione del soggetto chiamato a esercitare il potere sostitutivo sia assicurato, ove necessario, il coordinamento operativo tra le varie amministrazioni, enti o organi coinvolti, con una disposizione che intende salvaguardare in modo espresso, pur nel contesto dell'esercizio dei poteri sostitutivi, le competenze delle diverse amministrazioni, garantendo in particolare il rispetto del principio di leale collaborazione.

Quanto ai poteri a disposizione del Commissario o dell'amministrazione chiamata ad operare in via sostitutiva, il comma 5 dell'articolo 12 del decreto-legge n. 77 del 2021 consente, nella misura in cui ciò sia strettamente indispensabile per garantire il rispetto del cronoprogramma del progetto, l'adozione di ordinanze motivate in deroga ad ogni disposizione di legge, restando fermo il rispetto: della legge penale; dei principi generali dell'ordinamento; delle disposizioni del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159; dei vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea.

I poteri riconosciuti corrispondono, in sostanza, a quelli attribuiti direttamente dal Legislatore al Commissario straordinario per la ricostruzione del ponte Morandi di Genova[74].

Rispetto a tale modello, sono tuttavia previsti alcuni correttivi volti ad assicurare una verifica puntuale, in sede politica, del contenuto delle deroghe previste. In particolare, si prevede che, qualora la deroga riguardi norme contenute nella legislazione regionale, l'ordinanza sia adottata previa intesa in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, mentre nei casi in cui la deroga riguardi norme statali relative ad ambiti materiali sostanzialmente analoghi a quelli rispetto ai quali è possibile esprimere in sede di conferenza di servizi un dissenso qualificato (legislazione in materia di tutela della salute, della sicurezza e della incolumità pubblica, dell'ambiente e del patrimonio culturale), l'ordinanza di deroga è adottata previa autorizzazione della Cabina di regia per il PNRR. Il decreto-legge n. 13 del 2023 ha quindi precisato che tale autorizzazione della Cabina di regia si rende necessaria solo qualora essa non sia già stata resa dallo stesso Consiglio dei ministri in sede di attribuzione del potere di sostituzione. Da questo punto di vista, anche considerando

[74] Ai sensi dell'articolo 1, comma 5, del decreto-legge 28 settembre 2018, n. 109, convertito, con modificazioni, dalla legge 16 novembre 2018, n. 130, infatti: «Per la demolizione, la rimozione, lo smaltimento e il conferimento in discarica dei materiali di risulta, nonché per la progettazione, l'affidamento e la ricostruzione dell'infrastruttura e il ripristino del connesso sistema viario, il Commissario straordinario opera in deroga ad ogni disposizione di legge diversa da quella penale, fatto salvo il rispetto delle disposizioni del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, nonché dei vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea».

la circostanza che la Cabina di regia per il PNRR è un organismo a composizione variabile, potrebbe ritenersi preferibile, per garantire una maggior tutela degli interessi qualificati richiamati dalla norma, affidare in ogni caso al Consiglio dei ministri il compito di autorizzare le deroghe ritenute necessarie, assicurando in questo modo anche una più piena collegialità della decisione.

Sempre il decreto-legge n. 13 del 2023 ha arricchito le modalità di esercizio di poteri sostitutivi riferiti all'esecuzione di progetti o interventi di tipo edilizio o infrastrutturale nell'ambito del PNRR, prevedendo che possano trovare applicazione, oltre a quanto previsto dall'articolo 12 del decreto-legge n. 77 del 2021, anche le disposizioni a suo tempo introdotte dall'articolo 4 del cosiddetto decreto-legge "sblocca cantieri", che consentono ai Commissari di avvalersi di significative semplificazioni nell'ambito dell'*iter* di approvazione e di realizzazione degli interventi[75].

Le ordinanze sono immediatamente efficaci, sono comunicate contestualmente alla loro adozione all'Unità per la razionalizzazione e il miglioramento della regolazione costituita nell'ambito della Presidenza del Consiglio dei ministri e sono pubblicate nella *Gazzetta Ufficiale*. Quanto alla comunicazione all'Unità per la razionalizzazione, sembra doversi ritenere che essa non abbia uno scopo notiziale né intenda sollecitare una forma di controllo successivo sulla misura adottata, ma intendesse piuttosto costituire una sorta di segnalazione degli ostacoli che si interpongono all'attuazione corretta e tempestiva delle riforme e degli investimenti previsti nel PNRR per effetto di disposizioni normative che vengono quindi derogate. In questo senso, la comunicazione sembrava funzionale all'esercizio dei compiti attribuiti all'Unità dall'articolo 5, comma 3, lettera *a)*, del decreto-legge n. 77 del 2021, riferiti alla proposta di soluzioni normative per superare gli ostacoli posti all'attuazione del PNRR dalla legislazione vigente. Con il decreto-legge n. 13 del 2023, tuttavia, tali compiti sono stati trasferiti alla Struttura di missione PNRR

[75] Art. 4, commi 2 e 3, terzo periodo, del decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 giugno 2019, n. 55. In particolare, il comma 2 dell'articolo 4 prevede che i Commissari straordinari incaricati della realizzazione delle opere, che possono essere individuati anche nell'ambito delle società a controllo pubblico (una platea, quindi, diversa da quelle individuate tanto dall'articolo 9 quanto dall'articolo 12 del decreto-legge n. 77 del 2021), possano assumere ogni determinazione necessaria all'avvio o alla prosecuzione dei lavori, anche rielaborando e approvando progetti non appaltati, operando in raccordo con i Provveditorati interregionali alle opere pubbliche. L'approvazione dei progetti sostituisce ogni autorizzazione, parere, visto o nulla osta occorrenti, salvi quelli relativi alla tutela ambientale, i cui termini sono dimezzati, e quelli relativi alla tutela dei beni culturali e paesaggistici, per i quali è previsto una procedura di silenzio-assenso in caso di mancata pronuncia entro sessanta giorni dalla ricezione della richiesta. Sono, parimenti, disciplinati i casi di richiesta di chiarimenti o elementi integrativi e di necessità di accertamenti tecnici, al fine di assicurare una celere definizione dell'*iter* autorizzativo. Si prevede, altresì, l'applicazione della disposizione del comma 3, terzo periodo, dell'articolo 4, secondo cui per le occupazioni di urgenza e le espropriazioni delle aree occorrenti per l'esecuzione degli interventi, i Commissari straordinari, con proprio decreto, provvedono alla redazione dello stato di consistenza e del verbale di immissione in possesso dei suoli anche con la sola presenza di due rappresentanti della regione o degli enti territoriali interessati, prescindendo da ogni altro adempimento. Come rilevato dall'ANCI, nell'ambito dell'istruttoria legislativa svolta presso il Senato della Repubblica sul disegno di legge di conversione del decreto-legge n. 13 del 2023 (S. 564), in alternativa alla previsione di un così ampio potere derogatorio rispetto alle regole ordinarie previste in materia di affidamenti di appalti o di acquisizione di pareri, sarebbe stato possibile introdurre ulteriori deroghe alla normativa vigente da applicare in via ordinaria al fine di accelerare le attività connesse all'attuazione del PNRR e del PNC (si veda, in proposito, la memoria depositata con riferimento al provvedimento e pubblicata nel sito istituzionale del Senato, www.senato.it).

costituita presso la Presidenza del Consiglio dei ministri e, pertanto, anche la comunicazione in esame dovrebbe essere più opportunamente indirizzata (anche) alla Struttura di missione PNRR.

Come risulta evidente dalla descrizione dei poteri sostitutivi attivabili, sembra possibile individuare due principali aree per l'esercizio di detti poteri, riferite rispettivamente all'adozione di atti o provvedimenti necessari all'attuazione di una misura del Piano e alla concreta esecuzione di specifici progetti.

Alle due aree dovrebbero corrispondere diverse modalità di esercizio dei poteri stessi, in quanto – con ogni probabilità – qualora i poteri siano attivati in relazione all'adozione di atti o provvedimenti necessari al conseguimento di obiettivi del PNRR, si può ipotizzare, da un lato, la semplice individuazione di un soggetto chiamato a provvedere a fronte dell'inerzia del soggetto attuatore e, dall'altro, l'attivazione, da parte del soggetto incaricato di subentrare nell'attuazione, di ordinanze che deroghino alla normativa vigente in modo da superare gli ostacoli che hanno impedito l'attuazione della misura.

Con riferimento a tale ultima fattispecie, occorre considerare attentamente quale possa essere la corretta tempistica per garantire che l'attivazione dei poteri sostitutivi garantisca l'effettivo superamento delle situazioni di criticità emerse nell'ambito del perseguimento degli obiettivi del Piano. Sembra, infatti, che alcune criticità, quali l'insorgere di contenziosi rispetto alla realizzazione di specifici interventi e la loro eventuale definizione in senso sfavorevole all'amministrazione procedente, non possano essere fronteggiate *ex post* con l'adozione di ordinanze in deroga alla normativa oggetto del contenzioso, per l'esigenza di garantire il rispetto del giudicato eventualmente formatosi. Al contrario, potrebbe ipotizzarsi un ricorso molto anticipato all'attivazione dei poteri sostitutivi al fine di poter derogare eventuali norme che si ritengano ostative al raggiungimento degli obiettivi del PNRR, anche se tale soluzione, proprio per il suo carattere preventivo, potrebbe non garantire il rispetto del requisito della messa a rischio degli obiettivi del Piano.

Per altro verso, le criticità rispetto al raggiungimento degli obiettivi del Piano possono manifestarsi anche nella concreta esecuzione di un progetto e, in questo caso, il potere sostitutivo dovrebbe prevalentemente mirare a creare le condizioni per affidare l'esecuzione a un soggetto che, eventualmente avvalendosi del supporto di società partecipate da amministrazioni pubbliche, sia in possesso della necessaria qualificazione e delle capacità tecniche e amministrative richieste in relazione all'attuazione dell'intervento.

Pur nella loro estrema sommarietà, le considerazioni precedentemente esposte inducono a ritenere particolarmente utile l'avvio di un'opera di classificazione dei possibili esiti delle procedure per l'esercizio dei poteri sostitutivi, al fine di individuare le diverse tipologie di deliberazione di esercizio dei poteri stessi,

che tengano conto delle criticità che si intendono affrontare e degli strumenti utili a superarle, assicurando in ogni caso il rispetto del principio di leale collaborazione con gli enti territoriali interessati[76].

4. Il superamento dei dissensi nell'attuazione del PNRR

Il secondo strumento reso disponibile dal decreto-legge n. 77 del 2021 per far fronte a situazioni di criticità rispetto all'attuazione del PNRR e del PNC è costituito dalla procedura per il superamento dei dissensi, disegnata dall'articolo 13 dello stesso decreto– legge.

Rispetto alle due fattispecie principali che consentono di attivare i poteri sostitutivi riferiti all'attuazione del PNRR, il procedimento per il superamento dei dissensi può essere avviato in presenza di requisiti meno stringenti[77]: se, infatti, per l'esercizio dei poteri sostitutivi si richiede in via generale che sia messo a rischio un obiettivo intermedio o finale del Piano, per attivare la procedura per il superamento dei dissensi è invece sufficiente che l'atto di dissenso sia suscettibile di precludere in tutto o in parte la realizzazione di un intervento. Il *focus*, quindi, non è un obiettivo del Piano nel suo complesso, ma la realizzazione di uno specifico intervento, in linea con quanto previsto, per l'esercizio dei poteri sostitutivi, dalla fattispecie residuale, che si può attivare in vista del superamento di situazioni o eventi ostativi alla realizzazione dei progetti rientranti nel PNRR, che non risultino altrimenti superabili con celerità.

Parimenti, l'ostacolo da superare è individuato con una formula molto ampia, che fa riferimento a casi di «dissenso, diniego, opposizione o altro atto equivalente», che consente di dare copertura a tutte le forme di opposizione da parte di un'Amministrazione rispetto alla realizzazione di un intervento o all'adozione di atti prodromici o necessari ai fini di tale realizzazione. Ai fini dell'attivazione del meccanismo di superamento dei dissensi non sembra, tuttavia, sufficiente la presenza di un parere contrario o condizionato all'interno di una procedura complessa, dovendosi piuttosto valutare se rispetto alla deliberazione conclusiva del procedimento si determini una posizione che possa considerarsi alla stregua di un dissenso, di un diniego o di un'opposizione. Resta inteso che, qualora il dissenso impedisca la conclusione del procedimento, in assenza di altri strumenti nell'ordinamento, dovrebbe ritenersi possibile applicare le disposizioni dell'articolo 13 del decreto-legge n. 77 del 2021.

Al potenziale utilizzo molto vasto della procedura fa riscontro, in senso limitativo, la previsione dell'articolo 13, secondo cui i procedimenti ivi previsti si applicano solo «ove un meccanismo di superamento del dissenso non sia già previsto dalle vigenti disposizioni».

[76] Su quest'ultimo tema, con ampi richiami alla giurisprudenza costituzionale in materia di esercizio dei poteri sostitutivi, si veda, M TUOZZO, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza nei processi di trasformazione della forma di Stato: Asimmetrie regionali e disuguaglianze tra cittadini... cit.*, pp. 162 e ss.

[77] In questo senso si veda C. B. CEFFA, *Il limitato ruolo delle autonomie territoriali nel PNRR: scelta contingente o riflesso di un regionalismo in trasformazione?... cit.*, p. 67.

Al riguardo, occorre considerare che nell'ordinamento sono previsti diversi procedimenti di carattere generale volti al superamento di contrasti e dissensi tra le Amministrazioni coinvolte, il principale dei quali, come si è anticipato, è contenuto nell'articolo 14-*quinquies* della legge n. 241 del 1990, nell'ambito della disciplina della conferenza di servizi, in riferimento all'espressione in quella sede di dissensi "qualificati". La disciplina trova applicazione in tutti i casi in cui rispetto alla determinazione di conclusione di una conferenza di servizi sia proposta un'opposizione al Presidente del Consiglio dei ministri da parte delle amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, dei beni culturali o alla tutela della salute e della pubblica incolumità dei cittadini, nonché delle amministrazioni delle Regioni e delle province autonome di Trento e di Bolzano[78].

In esito a tale opposizione si attiva un procedimento volto a ricercare una soluzione condivisa e a raggiungere un'intesa tra le amministrazioni partecipanti attraverso lo svolgimento di riunioni presso la Presidenza del Consiglio dei ministri, con la partecipazione delle amministrazioni dissenzienti e delle altre amministrazioni partecipanti alla conferenza di servizi. Qualora la soluzione condivisa o l'intesa non siano raggiunte, la questione è rimessa al Consiglio dei ministri, che può accogliere integralmente o parzialmente l'opposizione ovvero rigettarla, rendendo definitivamente efficace la determinazione conclusiva della conferenza di servizi.

Una interpretazione sia letterale sia sistematica del quadro normativo porta a ritenere che in tutti i casi in cui ricorrono le condizioni previste dall'articolo 14-*quinquies* della legge n. 241 del 1990 non possa trovare applicazione l'articolo 13 del decreto-legge n. 77 del 2021, sia in ragione dell'espressa previsione legislativa che qualifica come residuale la procedura ivi prevista sia per la natura qualificata del dissenso considerato dall'articolo 14-*quinquies* della legge n. 241 del 1990, che, in quanto espresso da amministrazioni titolari di

[78] Come evidenziato anche nelle linee guida operative per la presentazione dell'opposizione al Presidente del Consiglio dei ministri da parte dell'amministrazione dissenziente avverso la determinazione conclusiva della conferenza di servizi, pubblicate nel sito della Presidenza del Consiglio dei ministri, i Comuni potranno presentare opposizione solo nel caso in cui la cura dell'interesse di cui si reclama la tutela sia loro affidata in via diretta o prioritaria dalla legge statale o regionale, nei termini, estremamente restrittivi, precisati dal parere del Consiglio di Stato n. 2534 del 30 settembre 2019, secondo il quale «le amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, dei beni culturali o alla tutela della salute e della pubblica incolumità dei cittadini cui è riservata l'opposizione in sede di Consiglio dei ministri ai sensi dell'art. 14-*quinquies* della legge n. 241 del 1990, devono identificarsi […] in quelle amministrazioni alle quali norme speciali attribuiscono una competenza diretta, prevalentemente di natura tecnico-scientifica, e ordinaria ad esprimersi attraverso pareri o atti di assenso comunque denominati a tutela dei suddetti interessi così detti "sensibili", e tale attribuzione non si rinviene, di regola e in linea generale, nelle competenze comunali di cui all'art. 13 del d.lgs. n. 267 del 2000, né tra le competenze in campo sanitario demandate al Sindaco e al Comune dal testo unico delle leggi sanitarie di cui al r.d. n. 1265 del 1934, né tra le altre funzioni fondamentali (proprie o storiche) dei Comuni, fatta salva, comunque, la necessità di una verifica puntuale, da condursi caso per caso, della insussistenza di norme speciali, statali o regionali che, anche in via di delega, attribuiscano siffatte funzioni all'ente comunale».
Diversamente, le Regioni e le Province autonome possono proporre opposizione indipendentemente dalla materia oggetto della conferenza, a condizione che si tratti di materia spettante alla loro competenza e i loro rappresentanti abbiano partecipato alla conferenza di servizi.

interessi sensibili, giustifica l'applicazione di una procedura *ad hoc*, posta a particolare garanzia degli interessi rappresentati da tali amministrazioni.

La sovrapposizione tra gli ambiti di applicazione delle norme riguarda tutti quei casi in cui, ai fini dell'attuazione di interventi rientranti nel PNRR, è necessario svolgere una conferenza di servizi che preveda la partecipazione di amministrazioni titolari di interessi qualificati. Considerando la tipologia di interventi prevista dal Piano, si tratta di una casistica abbastanza estesa, tenendo conto della diffusione del ricorso alla conferenza di servizi, che peraltro è variamente declinata con riferimento a diverse discipline settoriali[79]. Sulla base della formulazione della disposizione, peraltro, la procedura disegnata dal decreto-legge n. 77 del 2021 sembrerebbe applicabile ad ogni genere di dissenso, anche non "qualificato", ma, in presenza di una conferenza di servizi, il procedimento ivi previsto non avrebbe di per sé un effetto acceleratorio rispetto alla disciplina vigente, che consente di superare dissensi non "qualificati" nell'ambito della conferenza stessa.

Anche al fine di mantenere un qualche margine di applicabilità della disciplina di cui all'articolo 13 del decreto-legge n. 77 del 2021, si potrebbe invece ritenere che la disciplina prevista da tale disposizione sia compatibile con quella disciplinata dall'articolo 5, comma 2, lettera *c-bis*), della legge n. 400 del 1988, che consente al Presidente del Consiglio dei ministri di deferire al Consiglio dei ministri, ai fini di una complessiva valutazione ed armonizzazione degli interessi pubblici coinvolti, la decisione di questioni sulle quali siano emerse valutazioni contrastanti tra amministrazioni a diverso titolo competenti in ordine alla definizione di atti e provvedimenti. Sembrerebbe, infatti, che quest'ultima disposizione per il suo carattere generale non possa considerarsi uno specifico meccanismo di superamento del dissenso, ma funga anch'essa da norma di chiusura del sistema.

Come si è detto, allo stato non risulta essere maturata un'esperienza applicativa delle disposizioni del decreto-legge n. 77 del 2021 che consenta di trarre considerazioni univoche sull'efficacia della procedura prevista. Qualora fosse ritenuto utile superare i ristretti margini esistenti per l'applicazione di tale procedura[80], potrebbe considerarsi un intervento normativo che preveda la sua eventuale estensione, in via diretta, all'attuazione degli interventi del PNRR, superando il carattere di residualità che attualmente la connota, anche al fine di assicurare un maggiore controllo dei diversi procedimenti da parte delle strutture della Presidenza del Consiglio dei ministri competenti per l'attuazione del Piano.

4.1. I procedimenti per il superamento dei dissensi

[79] Per un esempio, riferito a un ambito di applicazione del PNRR, si veda l'articolo 5-*bis* del decreto-legge n. 91 del 2017, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 123 del 2017, che prevede una disciplina speciale riferita al superamento di dissensi nelle conferenze di servizi relativi alla realizzazione di progetti infrastrutturali nelle zone economiche speciali (ZES).

[80] M. CECCHETTI, *L'incidenza del PNRR sui livelli territoriali di governo e le conseguenze nei sistemi amministrativi… cit.*, p. 301, osserva che la previsione in esame «sembra poco più che un'"arma spuntata"».

Per il superamento dei dissensi riferiti alla realizzazione di interventi del PNRR l'articolo 13 del decreto-legge n. 77 del 2021 identifica sostanzialmente due procedure, da applicare, rispettivamente, agli enti territoriali e agli organi statali[81].

Un'ulteriore fattispecie di superamento di dissensi è prevista dall'articolo 44 del medesimo decreto-legge n. 77 del 2021 nell'ambito della procedura semplificata ivi prevista per la realizzazione di opere pubbliche di particolare complessità o di rilevante impatto (per quale si veda *infra* il paragrafo 5).

Il procedimento previsto in caso di dissensi, dinieghi o opposizioni provenienti da organi di Regioni, Province autonome ed enti locali, dispone che la Struttura di missione PNRR, anche su impulso dell'Ispettorato generale per il PNRR costituito nell'ambito del Ministero dell'economia e delle finanze, formuli una proposta al Presidente del Consiglio dei ministri o al Ministro per gli affari regionali e le autonomie entro un termine di cinque giorni.

La norma definisce i presupposti per l'attivazione della procedura per il superamento dei dissensi in modo particolarmente scarno e, ancor più di quanto già segnalato con riferimento all'attivazione dei poteri sostitutivi, appare cruciale la definizione dei meccanismi di segnalazione dei dissensi emersi con riferimento alla realizzazione di interventi del PNRR, che integrino le previsioni già contenute nella circolare del Ragioniere generale dello Stato n. 27 del 21 giugno 2022.

In particolare, potrebbe risultare opportuna una modifica normativa al fine di prevedere in via generale un onere di segnalazione dei dissensi in prima battuta da parte dei soggetti attuatori, che dovrebbero informare tempestivamente le Amministrazioni centrali titolari degli interventi, le quali, a loro volta, valutata l'impossibilità di utilizzare ulteriori meccanismi di superamento dei dissensi già previsti a legislazione vigente, dovrebbero segnalare la criticità alla Struttura di missione PNRR della Presidenza del Consiglio dei ministri e all'Ispettorato generale per il PNRR della Ragioneria generale dello Stato. Sembrerebbe, peraltro, opportuno che la segnalazione sia il quanto più possibile circostanziata e che la mera notizia del dissenso sia accompagnata da un'indicazione in ordine alla sua attitudine a precludere in tutto o in parte la realizzazione di un intervento del Piano. Solo in presenza di una tale segnalazione potrebbe trovare applicazione efficace il termine di cinque giorni previsto per la formulazione della proposta di attivazione della procedura di superamento dei dissensi. Allo stato, infatti, tale termine potrebbe in astratto decorrere dall'espressione del dissenso, che, tuttavia, non sembra un dato facilmente

[81] Si tratta di una soluzione che si discosta da quella prevista dall'articolo 14-*quinquies* della legge n. 241 del 1990, riprendendo in sostanza l'impostazione del previgente articolo 14-*quater* della medesima legge nel testo introdotto dalla legge n. 15 del 2005, ai sensi del quale in presenza di un dissenso "qualificato" nell'ambito di una conferenza di servizi la decisione era rimessa dall'amministrazione procedente, in alternativa, al Consiglio dei Ministri, in caso di dissenso tra amministrazioni statali, alla Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, in caso di dissenso tra un'amministrazione statale e una regionale o tra più amministrazioni regionali oppure alla Conferenza unificata, di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, in caso di dissenso tra un'amministrazione statale o regionale e un ente locale o tra più enti locali.

conoscibile da parte delle strutture centrali della *governance* del Piano, specialmente in presenza di misure che prevedono un numero particolarmente elevato di interventi. In assenza di un intervento normativo, non essendo riscontrabile nella disciplina vigente un obbligo di segnalazione dei dissensi, sembrerebbe necessario dover considerare come *dies a quo* quello dell'effettiva conoscenza dei dissensi stessi da parte della Presidenza del Consiglio dei ministri.

Quanto al meccanismo di attivazione della procedura, può osservarsi come ci si discosti dal modello introdotto nella legge n. 241 del 1990 dal decreto legislativo n. 127 del 2016 per il superamento di dissensi "qualificati" nell'ambito delle conferenze di servizi, secondo il quale la devoluzione della questione al Consiglio dei ministri si determina a seguito dell'opposizione dell'amministrazione dissenziente, mentre si recuperano alcuni aspetti della procedura a suo tempo introdotta dalla legge n. 15 del 2005, in base alla quale la rimessione della decisione avveniva su richiesta dell'amministrazione procedente.

A seguito della proposta della Struttura di missione PNRR, il Presidente del Consiglio dei ministri o il Ministro per gli affari regionali sottopongono la questione alla Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano per concordare le iniziative da assumere. Al riguardo, considerando che i dissensi da superare possono provenire anche da enti locali, sembrerebbe opportuno che, in tale ultimo caso, la questione sia esaminata da parte della Conferenza unificata, se necessario modificando la formulazione dell'articolo 13 del decreto-legge n. 77 del 2021[82].

Qualora entro quindici giorni dalla data di convocazione della Conferenza non siano state definite soluzioni condivise che consentano la sollecita realizzazione dell'intervento, il Presidente del Consiglio dei ministri, ovvero il Ministro per gli affari regionali e le autonomie nei pertinenti casi, propone al Consiglio dei ministri le opportune iniziative ai fini dell'esercizio dei poteri sostitutivi di cui agli articoli 117, quinto comma, e 120, secondo comma, della Costituzione, ai sensi delle disposizioni vigenti in materia. La norma fa quindi riferimento ai poteri sostitutivi previsti dalla Carta costituzionale e non a quelli "speciali" previsti per l'attuazione del PNRR, probabilmente in considerazione della circostanza, già segnalata, che i presupposti per l'esercizio dei poteri di cui all'articolo 12 del decreto-legge n. 77 del 2021 in quanto riferiti alla messa a rischio di obiettivi del Piano, possono rivelarsi per alcuni versi più restrittivi di quelli disciplinati in via generale dall'articolo 8 della legge n. 131 del 2003.

Per quanto attiene, invece, al procedimento per il superamento di dissensi espressi da organi statali, la formulazione originaria dell'articolo 13 del decreto-legge n. 77 del 2021 prevedeva che fosse la Segreteria

[82] Come si è segnalato, il testo previgente dell'articolo 14-*quater* della legge n. 241 del 1990, nel testo introdotto dalla legge n. 205 del 2005, prevedeva che, in caso di dissensi, l'amministrazione procedente rimettesse la questione alla Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, in caso di dissenso tra un'amministrazione statale e una regionale o tra più amministrazioni regionali, oppure alla Conferenza unificata, di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, in caso di dissenso tra un'amministrazione statale o regionale e un ente locale o tra più enti locali.

tecnica del PNRR, anche su impulso del Servizio centrale per il PNRR, a formulare una proposta al Presidente del Consiglio dei ministri, sempre nel termine di cinque giorni, al fine di sottoporre la questione all'esame del Consiglio dei ministri per le conseguenti determinazioni. Con il decreto-legge n. 13 del 2023 il potere di proposta viene rimesso a livello politico, analogamente a quanto previsto dall'articolo 12 per l'esercizio dei poteri sostitutivi, prevedendosi un'iniziativa del Ministro titolare della delega per l'attuazione del PNRR o del Ministro competente, limitando le attività di competenza della Struttura di missione costituita presso la Presidenza del Consiglio dei ministri a funzioni di impulso. Anche in relazione alla nuova configurazione del ruolo dell'Ispettorato generale per il PNRR, ora competente esclusivamente per il coordinamento operativo sull'attuazione, la gestione finanziaria e il monitoraggio del Piano, viene invece meno il ruolo di impulso precedentemente riconosciuto alla struttura costituita presso la Ragioneria generale dello Stato. Come si è visto, un'analoga modifica non è stata introdotta nella procedura riferita agli enti territoriali, che continua a prevedere un potere di proposta in capo alla Struttura di missione PNRR costituita presso la Presidenza del Consiglio dei ministri. Non sembra, tuttavia, che tra le due fattispecie si manifestino differenze tali da giustificare discipline differenziate.

Non è espressamente regolata una fase preliminare di interlocuzione tra le amministrazioni interessate volta all'individuazione di una soluzione condivisa, che, ove sia compatibile con le tempistiche di attuazione del PNRR, potrebbe favorire un appianamento in via conciliativa delle opposizioni manifestate, rafforzando in questo modo la tutela dei principi di leale collaborazione e sussidiarietà.

In via generale, deve ritenersi che le determinazioni del Consiglio dei ministri assunte in questa sede, alla stregua delle decisioni adottate a fronte delle opposizioni emerse nell'ambito delle conferenze di servizi[83], abbiano natura di atto di alta amministrazione. Diversamente da quanto previsto nell'articolo 44 (v. subito *infra*) non si prevede espressamente che le determinazioni del Consiglio dei ministri siano immediatamente efficaci, non siano sottoposte al controllo preventivo di legittimità della Corte dei conti e siano pubblicate, per estratto, entro cinque giorni dalla data di adozione, nella *Gazzetta ufficiale*. In proposito, dovrebbe valutarsi se le norme sopra richiamate possano applicarsi, in ragione delle loro caratteristiche, anche alle determinazioni conclusive di questi procedimenti, ancorché tale soluzione potrebbe rivelarsi problematica in considerazione della diversa formulazione delle disposizioni.

5. Attivazione dei poteri sostitutivi e superamento dei dissensi per le opere pubbliche di cui all'articolo 44 del decreto-legge n. 77 del 2021

[83] Si veda, per tutti, il già richiamato parere del Consiglio di Stato n. 2534 del 30 settembre 2019 e la giurisprudenza ivi richiamata.

L'articolo 44 del decreto-legge n. 77 del 2021 reca norme di semplificazione procedurale in materia di opere pubbliche di particolare complessità o di rilevante impatto identificate nell'allegato IV del medesimo decreto[84], non tutte ricomprese nell'ambito del PNRR. Con il decreto-legge n. 13 del 2023[85] l'ambito di applicazione del procedimento è stato sensibilmente ampliato, prevedendosi la sua estensione anche agli interventi di competenza del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti finanziati in tutto o in parte con le risorse previste dal PNRR, dal PNC e dai programmi cofinanziati dai fondi strutturali dell'Unione europea, ivi comprese le infrastrutture di supporto ad essi connesse, anche se non finanziate con dette risorse. Per tali opere si prevede una procedura accelerata nella quale si attribuisce un ruolo significativo al Comitato speciale del Consiglio superiore dei lavori pubblici istituito dall'articolo 45 dello stesso decreto-legge n. 77 del 2021, che interviene, in un primo momento, nella fase ascendente del procedimento, attraverso il proprio parere e, successivamente, adotta una determinazione a valle della conferenza di servizi per l'approvazione del progetto.

Con riferimento a questa seconda fase, l'articolo 44 prevede che, entro cinque giorni dalla conclusione della conferenza di servizi, il progetto sia trasmesso, unitamente alla determinazione conclusiva della conferenza e alla relativa documentazione, al Comitato speciale del Consiglio superiore dei lavori pubblici, la cui composizione è eventualmente integrata con la partecipazione dei rappresentanti delle amministrazioni che in sede di conferenza hanno espresso un dissenso qualificato e delle altre amministrazioni che hanno partecipato alla conferenza.

Qualora l'approvazione da parte della conferenza di servizi sia stata unanime o il progetto sia stato approvato sulla base delle posizioni prevalenti[86], entro i quindici giorni successivi, il Comitato speciale, nel prendere atto dell'approvazione, adotta una determinazione motivata con la quale individua le eventuali integrazioni e modifiche al progetto di fattibilità tecnica ed economica rese necessarie dalle prescrizioni e dai pareri acquisiti in sede di conferenza di servizi, ivi incluse le prescrizioni richieste dallo stesso Comitato speciale.

Qualora siano stati espressi dissensi qualificati ai sensi dell'articolo 14-*quinquies*, commi 1 e 2, della legge 7 agosto 1990, n. 241[87], la determinazione motivata del Comitato speciale individua altresì le integrazioni

[84] Si tratta, in particolare, delle seguenti opere: 1) Realizzazione asse ferroviario Palermo-Catania-Messina; 2) Potenziamento linea ferroviaria Verona. Brennero (opere di adduzione); 3) Realizzazione della linea ferroviaria Salerno-Reggio Calabria; 4) Realizzazione della linea ferroviaria Battipaglia-Potenza-Taranto; 5) Realizzazione della linea ferroviaria Roma-Pescara; 6) Potenziamento della linea ferroviaria Orte-Falconara; 7) Realizzazione delle opere di derivazione della Diga di Campolattaro (Campania); 8) Messa in sicurezza e ammodernamento del sistema idrico del Peschiera (Lazio); 9) Interventi di potenziamento delle infrastrutture del Porto di Trieste (progetto Adriagateway); 10) Realizzazione della Diga foranea di Genova.

[85] Art. 33, comma 1, lettera *a)*, del decreto-legge n. 13 del 2023.

[86] Prima del decreto-legge n. 13 del 2023 tale procedura si applicava ai soli casi di approvazione unanime nell'ambito della conferenza di servizi.

[87] Si tratta dei dissensi delle amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, dei beni culturali o alla tutela della salute e della pubblica incolumità dei cittadini, nonché delle amministrazioni delle Regioni o delle Province autonome di Trento e di Bolzano, che nei casi di conferenza di servizi, possono proporre opposizione al Presidente del

e modifiche occorrenti per pervenire, in attuazione del principio di leale collaborazione, ad una soluzione condivisa e sostituisce, con i medesimi effetti, quella adottata dalla conferenza di servizi. In relazione alle eventuali integrazioni ovvero modifiche richieste dal Comitato speciale è acquisito, ove necessario, il parere dell'autorità che ha rilasciato il provvedimento di VIA, che si esprime entro venti giorni dalla richiesta. In tal caso, il Comitato speciale adotta la determinazione motivata entro i successivi dieci giorni.
In caso di mancato superamento dei dissensi qualificati, si prevede l'attivazione di una ulteriore fase procedimentale che prevede il coinvolgimento, in prima battuta, della Struttura di missione PNRR costituita nell'ambito della Presidenza del Consiglio dei ministri, che ha ereditato le funzioni attribuite dal decreto-legge n. 77 del 2021 alla Segreteria tecnica del PNRR.
In particolare, nel caso di mancato superamento di uno o più dissensi qualificati, entro tre giorni dalla scadenza del termine per la propria deliberazione, il Comitato speciale trasmette alla Struttura di missione PNRR una relazione recante l'illustrazione degli esiti della conferenza di servizi, delle ragioni del dissenso (o dei dissensi) e delle proposte formulate dal Comitato stesso per il superamento del dissenso, compatibilmente con le preminenti esigenze di appaltabilità dell'opera e della sua realizzazione entro i termini previsti dal PNRR o dal PNC.
Entro 15 giorni dalla ricezione della relazione trasmessa dal Comitato speciale del Consiglio superiore dei lavori pubblici, la Struttura di missione PNRR propone al Presidente del Consiglio dei ministri (ora, al Ministro delegato per il PNRR) di sottoporre la questione all'esame del Consiglio dei ministri per le conseguenti determinazioni.
Qualora il Presidente del Consiglio dei ministri accolga la proposta, la sottopone al Consiglio dei ministri, che si pronuncia, entro i successivi dieci giorni, se del caso adottando una nuova determinazione conclusiva del procedimento secondo quanto previsto dall'articolo 14-*quinquies*, comma 6, della legge n. 241 del 1990, con i medesimi effetti della deliberazione conclusiva del procedimento. Conformemente a quanto previsto dalla norma da ultimo richiamata, i Presidenti delle Regioni o delle Province autonome interessate possono partecipare senza diritto di voto alle riunioni del Consiglio dei ministri. Si prevede anche una clausola di salvaguardia delle competenze delle autonomie speciali, precisando che restano ferme le attribuzioni e le prerogative riconosciute alle Regioni a statuto speciale e alle Province autonome di Trento e di Bolzano dagli statuti speciali di autonomia e dalle relative norme di attuazione.
Le decisioni del Consiglio dei ministri, che sono immediatamente efficaci, hanno carattere amministrativo, non sono sottoposte al controllo preventivo di legittimità della Corte dei conti e sono pubblicate, per estratto, entro cinque giorni dalla data di adozione, nella *Gazzetta ufficiale*.

Consiglio dei ministri. Prima delle modifiche introdotte dal decreto-legge n. 13 del 2023, tale procedura si applicava anche ai casi di approvazione del progetto da parte della conferenza di servizi sulla base delle posizioni prevalenti.

Il procedimento di cui all'articolo 44 si conclude con l'avvio della procedura di aggiudicazione dell'intervento. A tale riguardo, il comma 8 dell'articolo 44 prevede che la stazione appaltante sia tenuta a indire la procedura di aggiudicazione entro novanta giorni dalla data di comunicazione della determinazione motivata del Comitato speciale del Consiglio superiore dei lavori pubblici che conclude l'*iter* di approvazione del progetto ovvero dalla data di pubblicazione nella *Gazzetta Ufficiale* della decisione del Consiglio dei ministri adottata per superare i dissensi qualificati non superati nell'ambito del Comitato speciale. La stazione appaltante dà comunicazione dell'indizione della procedura di aggiudicazione alla Cabina di regia per il PNRR, per il tramite della Struttura di missione PNRR, e al Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili (ora del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti). Al fine di facilitare questa comunicazione, a seguito di un'interlocuzione tra il Comitato speciale e la Segreteria tecnica del PNRR, a partire dalla determinazione motivata n. 4 del 2022 si è proceduto all'inserimento nelle determinazioni motivate del Comitato di un richiamo all'obbligo di comunicazione previsto dall'articolo 44 del decreto-legge n. 77 del 2021[88].

In caso di inosservanza del termine previsto per l'aggiudicazione, si prevede la possibilità di attivare un potere sostitutivo, da attuare nelle forme e secondo le modalità di cui all'articolo 12 del decreto-legge n. 77 del 2021.

Ai sensi del comma 1-*bis* dello stesso articolo 44, tanto le disposizioni relative al superamento dei dissensi qualificati quanto quelle concernenti l'attivazione dei poteri sostitutivi al fine di assicurare l'aggiudicazione dei lavori si applicano anche in relazione agli interventi per i quali alla data di entrata in vigore del decreto-legge n. 77 del 2021 fosse già stato richiesto ovvero acquisito il parere del Consiglio superiore dei lavori pubblici ai sensi dell'articolo 215 del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50. Qualora tale parere sia stato espresso sul progetto definitivo, le disposizioni relative al superamento dei dissensi si applicano in relazione a quest'ultimo, in quanto compatibili. In relazione all'esercizio dei poteri sostitutivi, la stazione appaltante comunica alla Cabina di regia per il PNRR, per il tramite della Segreteria tecnica del PNRR (ora Struttura di missione PNRR), e al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti l'avvenuta approvazione del livello progettuale da mettere a gara e da tale comunicazione decorre il termine di 90 giorni per l'indizione della procedura di aggiudicazione dei lavori.

[88] La formula utilizzata è la seguente: «Si ricorda che, ai sensi dell'articolo 44, comma 8, del decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 luglio 2021, n. 108, la stazione appaltante dovrà provvedere ad indire la procedura di aggiudicazione non oltre novanta giorni dalla data di comunicazione della presente determinazione, dandone contestuale comunicazione alla Cabina di regia del PNRR, per il tramite della Segreteria tecnica costituita presso la Presidenza del Consiglio dei ministri, e al Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili. In caso di inosservanza del predetto termine, è prevista l'attivazione dei poteri sostitutivi nelle forme e secondo le modalità stabilite dall'articolo 12 del medesimo decreto-legge n. 77 del 2021». Tale formula dovrà, ovviamente, essere aggiornata al fine di fare riferimento alla Struttura di missione PNRR, che, secondo quanto stabilito dal decreto-legge n. 13 del 2023, ha assorbito le competenze della Segreteria tecnica del PNRR.

6. Conclusioni

Le indicazioni che possono trarsi a valle dall'esame del quadro normativo delineato dal decreto-legge n. 77 del 2021 sono necessariamente parziali, non potendo che riferirsi a valutazioni prospettiche circa il ruolo che gli istituti volti a consentire l'esercizio di poteri sostitutivi e il superamento di dissensi nei procedimenti amministrativi potranno assumere nell'ambito dell'attuazione del PNRR. Come si è segnalato, infatti, nonostante siano trascorsi quasi due anni dall'adozione del decreto-legge n. 77 del 2021 e sia stato richiesto il pagamento di tre delle dieci rate delle risorse spettanti all'Italia nell'ambito del Dispositivo europeo per la ripresa e la resilienza, allo stato non si è mai fatto ricorso ai poteri, potenzialmente molto incisivi, conferiti al Governo per il superamento delle situazioni di criticità connesse all'attuazione del Piano.

Le ragioni di tale mancata attivazione possono essere molteplici.

In primo luogo, come è stato giustamente rilevato con riferimento alla disciplina di carattere generale in materia di esercizio di poteri sostitutivi[89], nel complesso si riscontra una tendenza a un utilizzo di tali poteri in misura minore rispetto alle potenzialità riconosciute dal legislatore e, probabilmente, alle effettive necessità di superare inerzie o inadempimenti, specialmente quando sia in gioco la garanzia nell'intero territorio nazionale dei livelli essenziali delle prestazioni. Da questo punto di vista, appare paradigmatica la vicenda dell'affidamento del servizio idrico integrato, oggetto delle disposizioni di cui all'articolo 172 del decreto legislativo n. 152 del 2006[90], che, pur prevedendo uno specifico potere sostitutivo "ordinario", sono rimaste largamente disattese sia per quanto attiene alla costituzione degli enti di governo degli ambiti territoriali ottimali sia per quanto riguarda l'affidamento della gestione del servizio idrico integrato[91]. Anche a fronte di tale situazione, da un lato, una specifica riforma del PNRR è stata dedicata al miglioramento delle capacità gestionali dei servizi idrici[92], a partire dalla stipula di protocolli di intesa tra l'allora Ministero della transizione ecologica e le Regioni del Sud che presentavano le maggiori criticità, e, dall'altro, il Legislatore è intervenuto per introdurre un nuovo potere sostitutivo "ordinario" da attivare in caso di mancato affidamento, da parte degli enti di governo dell'ambito, del

[89] Si veda, ad esempio, S. PAJNO, *Un bilancio dei poteri sostitutivi straordinari a vent'anni dalla entrata in vigore della legge cost. n. 3 del 2001, con qualche modesta proposta… cit.*, p. 127 e ss.

[90] Come modificato dall'articolo 7 del decreto-legge 12 settembre 2014, n. 133, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 novembre 2014, n. 164.

[91] Per una puntuale lettura delle criticità riscontrate e della situazione nelle diverse regioni si vedano le relazioni semestrali presentate dall'Autorità di regolazione per energia reti e ambiente ai sensi dell'articolo 172, comma 3-*bis*, del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, disponibili nel sito istituzionale dell'Autorità (www.arera.it). Sul punto, si veda anche la prima relazione sullo stato di attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR), approvata il 29 marzo 2022 dalle Sezioni riunite in sede di controllo della Corte dei conti che, nel ricostruire il contesto degli interventi del PNRR in materia di servizio idrico sottolinea (p. 221 della Relazione, disponibile *on line* nel sito www.corteconti.it) come il decreto "Sblocca Italia" avesse al riguardo previsto termini perentori, con possibilità di esercitare poteri sostitutivi, raramente attivati.

[92] M2C4 Riforma 4.2 - Misure per garantire la piena capacità gestionale per i servizi idrici integrati.

servizio idrico integrato[93]. Di per sé, quindi, la previsione del potere sostitutivo non rappresenta un indice certo della sua futura attivazione, anche considerando che l'esercizio effettivo del potere costituisce un intervento politicamente significativo, potendo rappresentare una sanzione reputazionale per l'ente sostituito, e che la semplice previsione normativa può avere effetti di deterrenza rispetto agli enti interessati[94].

Per queste ragioni, appare ragionevole ritenere che sia finora prevalso un approccio che ha perseguito il concreto raggiungimento dei traguardi e degli obiettivi del PNRR principalmente attraverso il confronto tra gli enti attuatori, da un lato, e le Unità di missione delle Amministrazioni titolari degli interventi e le strutture centrali della *governance* del Piano, a partire dal Servizio centrale per il PNRR (ora Ispettorato generale per il PNRR) costituto nell'ambito della Ragioneria generale dello Stato, dall'altro.

Con particolare riferimento, poi, alle procedure per il superamento dei dissensi, non vanno inoltre trascurati i profili connessi allo stato di avanzamento del Piano e alle caratteristiche dei traguardi e degli obiettivi da raggiungere nei primi tre semestri. Come si è segnalato, infatti, la fase di assegnazione dei contratti pubblici per la realizzazione degli investimenti e di autorizzazione dei relativi interventi si sta in moltissimi casi avviando solo nei primi mesi del 2023 e, pertanto, sono finora state minori le possibilità di emersione di dissensi o opposizioni nell'ambito delle procedure di attuazione del Piano.

Le nuove disposizioni introdotte in materia dal decreto-legge n. 13 del 2023 sembrano potersi interpretare come un indice dell'intenzione del Governo di confermare e, in qualche modo, rafforzare la disciplina dei poteri sostitutivi per l'attuazione del PNRR, quantomeno nell'ambito della loro funzione di persuasione e deterrenza nei confronti degli enti attuatori. Per altro verso, l'assenza di modifiche sostanziali alla disciplina del superamento dei dissensi di cui all'articolo 13 del decreto-legge n. 77 del 2021 sembra potersi leggere come una conferma del carattere residuale della procedura ivi prevista. Con ogni probabilità, quindi, l'attivazione di tale procedura avrà carattere eccezionale – e questo potrebbe spiegare la scelta di prevedere che il suo innesco, almeno per i dissensi espressi da organi statali, sia rimesso a un livello politico e non amministrativo – e dovrebbe rimanere confinata in ambiti di intervento limitati, valorizzando piuttosto le norme di carattere generale previste per il superamento dei dissensi "qualificati" espressi in sede di conferenza di servizi.

Per entrambe le procedure, poi, occorrerà verificare quale potrà essere il concreto impatto del complessivo riorientamento della *governance* del PNRR previsto dal decreto-legge n. 13 del 2023, che ha decisamente irrobustito le funzioni di indirizzo e coordinamento strategico dell'attuazione del Piano

[93] Si tratta del già richiamato articolo 14 del decreto-legge n. 115 del 2022, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 142 del 2022.

[94] In proposito, si veda, ad esempio, S. PAJNO, *I poteri sostitutivi in materia di acqua e rifiuti nella recente esperienza. Un primo bilancio,* in *Federalismi.it*, n. 9, 2018, specialmente p. 59, disponibile *on line* nel sito www.federalismi.it.

attribuite alla Presidenza del Consiglio, ampliando conseguentemente le strutture di supporto costituite in tale ambito, e ha rafforzato l'orientamento dell'attività del Ministero dell'economia e delle finanze nella direzione del coordinamento operativo e del monitoraggio dell'attuazione del Piano, nonché del controllo e della rendicontazione della relativa gestione finanziaria. In particolare, anche ai fini dell'esercizio dei poteri sostitutivi appare rilevante il ruolo assunto dalla Struttura di missione costituita presso la Presidenza del Consiglio dei ministri nella verifica della coerenza dei risultati raggiunti in sede di attuazione rispetto agli obiettivi e ai traguardi del Piano, anche ai fini della successiva interlocuzione con la Commissione europea. Sulla base di tale attività, infatti, la Struttura di missione è chiamata a definire le eventuali misure correttive ritenute necessarie[95], eventualmente anche proponendo rimedi per superare gli ostacoli all'attuazione del Piano derivanti dalla normativa vigente[96]. In questo ambito, è sicuramente possibile ipotizzare un maggiore impulso all'attivazione delle procedure per il superamento dei dissensi e l'esercizio dei poteri sostitutivi rispetto alla prima fase di attuazione del Piano. Per contro, va osservato che anche il decreto-legge n. 13 del 2023[97] ha valorizzato l'attività di prevenzione di possibili criticità nell'attuazione del Piano, prevedendo, da un lato, che la Struttura di missione PNRR vigili sull'osservanza, da parte delle Amministrazioni titolari degli interventi, di indirizzi e linee guida elaborati dalla Cabina di regia per l'attuazione del Piano e precisando, dall'altro, che eventuali azioni correttive possano essere segnalate da parte della medesima Struttura di missione solo qualora le criticità riscontrate non siano risolvibili nell'ambito dell'azione di supporto prestata alle Amministrazioni titolari.

Pur in assenza di indicazioni desumibili dalla prassi, le caratteristiche delle procedure previste dal decreto-legge n. 77 del 2021 per l'esercizio di poteri sostitutivi e il superamento dei dissensi nell'ambito dell'attuazione del PNRR meritano di essere valutate in chiave prospettica non solo in relazione al loro possibile utilizzo futuro nell'ambito del Piano, ma anche (o soprattutto) perché il PNRR rappresenta per molti versi un «cantiere» nell'ambito del quale sono sperimentate soluzioni procedimentali e normative da utilizzare nel quadro di altre politiche. In particolare, le soluzioni individuate nell'ambito dell'attuazione del PNRR potrebbero assumere stabilmente un valore centrale, anche oltre l'orizzonte temporale del Piano e la sua pur ampia portata materiale, qualora – come prospettato nella più recente comunicazione della Commissione europea sulla riforma della *governance* economica dell'Unione europea[98] – le novità

[95] Art. 2, comma 1, lettera *c)*, del decreto-legge n. 13 del 2023.

[96] Art. 2, comma 2, del decreto-legge n. 13 del 2023, che prevede il trasferimento alla Struttura di missione delle competenze attribuite all'Unità per la razionalizzazione e il miglioramento della regolazione dall'articolo 5, comma 3, lettera *a)*, del decreto-legge n. 77 del 2021.

[97] Art. 1, comma 4, lettera *d)*, numeri 2.3 e 2.4, del decreto-legge n. 13 del 2023.

[98] Comunicazione della Commissione europea al Parlamento europeo, al Consiglio, alla Banca centrale europea, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni sugli orientamenti per una riforma del quadro di *governance* economica dell'UE (COM (2022) 583 final) del 9 novembre 2022. Per una lettura delle proposte della Commissione europea, anche con riferimento a possibili profili critici si vedano, in particolare: F. SALMONI, *Commissione UE e "nuovo" Patto di stabilità e crescita: quali altri vincoli?,* in *Federalismi.it*, n. 33, 2022, specialmente p. 10 e ss., disponibile *on line* nel sito www.federalismi.it; A.

procedurali introdotte con il PNRR venissero effettivamente estese al coordinamento delle politiche economiche degli Stati membri, con la definizione, unitamente al percorso di bilancio a medio termine, e di precisi impegni in materia di riforme e investimenti.

Per quanto attiene alle modalità di esercizio dei poteri sostitutivi, può osservarsi che le disposizioni dell'articolo 12 del decreto-legge n. 77 del 2021 sembrano affrontare due delle principali criticità che si sono riscontrate nell'esperienza applicativa delle disposizioni in materia di sostituzione "ordinaria" o "straordinaria", che attengono, in sostanza ai limiti normativi e amministrativi dell'azione del soggetto chiamato a operare in via sostitutiva[99].

A tale riguardo, per un verso il legislatore del 2021 non si è limitato a prevedere la possibilità di derogare, attraverso il potere sostitutivo, alle norme relative al riparto delle competenze, ma ha anche previsto che, nei casi in cui ciò sia strettamente indispensabile per garantire i risultati attesi, si possa ricorrere ad ordinanze che prevedano ampissime deroghe alla legislazione vigente. Tale facoltà è stata, peraltro, ulteriormente rafforzata dal decreto-legge n. 13 del 2023, che ha previsto che tali deroghe possano essere già autorizzate nella deliberazione del Consiglio dei ministri relativa all'esercizio dei poteri sostitutivi.

Per altro verso, per quanto attiene ai limiti amministrativi, la consapevolezza del fatto che il soggetto chiamato ad operare in via sostitutiva debba disporre di risorse umane e strumentali adeguate a consentirgli di espletare al meglio i compiti affidati[100] si è tradotta nella previsione che consente di avvalersi sia delle società a partecipazione pubblica, che svolgono un ruolo essenziale nell'attuazione di numerosi investimenti del Piano, sia di altre amministrazioni specificamente indicate nella delibera del Consiglio dei ministri. Per quanto attiene alle risorse finanziarie, che pure rappresentano un fattore di rilevante criticità nell'effettivo esercizio dei poteri sostitutivi, sembra che nel caso di specie non si pongano particolari profili problematici, posto che si tratta di interventi a contenuto predeterminato e i necessari finanziamento dovrebbero trovare adeguata copertura nell'ambito del quadro finanziario previsto dallo stesso PNRR.

Volendo, invece, svolgere una prima verifica in ordine all'incidenza delle disposizioni del decreto-legge n. 77 del 2021 sugli equilibri istituzionali[101], si può ritenere che, per quanto riguarda le amministrazioni statali, non si rilevino deviazioni significative rispetto all'ordinario assetto delle competenze all'interno dell'Esecutivo, essendo i poteri decisionali rimessi in sostanza ai Ministri competenti e alla sede collegiale

GUAZZAROTTI, *La riforma delle regole fiscali in Europa: nessun "Hamiltonian moment"*, in *Rivista AIC*, n. 1, 2023, specialmente p. 15 e ss., disponibile *on line* nel sito www.rivistaaic.it.

[99] Per una convincente ricostruzione di tali criticità si veda S. PAJNO, *Un bilancio dei poteri sostitutivi straordinari a vent'anni dalla entrata in vigore della legge cost. n. 3 del 2001, con qualche modesta proposta… cit.*, p. 131 e ss.

[100] In tal senso, con riferimento ai poteri sostitutivi in materia ambientale si veda M. NARDINI, *L'esercizio del potere sostitutivo statale in materia ambientale: i Commissari unici*, in *Federalismi.it*, n. 15, 2021, p. 198, disponibile *on line* nel sito www.federalismi.it.

[101] Per un richiamo a questi temi si veda E. CATELANI, *L'accentramento del potere decisionale nel Governo e le fonti di gestione dell'emergenza sanitaria*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3, 2022, p. 259, disponibile *on line* nel sito www.osservatoriosullefonti.it.

del Consiglio dei ministri, mentre alle sedi caratterizzate da una «collegialità ristretta», come la Cabina di Regia per il PNRR e alle strutture amministrative che le supportano, che così tanta rilevanza hanno nella *governance* del Piano[102], sono affidati essenzialmente compiti di impulso e di istruttoria[103], che non dovrebbero, pertanto, determinare disallineamenti significativi rispetto alla disciplina organica del Governo contenuta nella legge n. 400 del 1988[104]. Parimenti, non sembra riscontrarsi nel caso di specie l'accentuazione del ruolo affidato al Presidente del Consiglio dei ministri che pure caratterizza il disegno del Piano[105]. Tale accentuazione potrebbe, al più, manifestarsi sotto il profilo dell'ampiezza dell'ambito di applicazione dei poteri riconosciuti, non discostandosi invece la disciplina prevista dalle disposizioni di carattere generale vigenti in materia di poteri sostitutivi e di superamento dei dissensi. Una potenziale compressione del ruolo dei diversi ministeri potrebbe, in ogni caso, prodursi solo in caso di un intenso esercizio dei poteri sostitutivi attivabili in via residuale ai sensi dell'articolo 12, comma 4, del decreto-legge n. 77 del 2021, che, almeno allo stato, non si è verificato.

Per quanto attiene agli enti territoriali, è indubbio che la disciplina si inserisca in un contesto che ha visto un debole coinvolgimento delle Autonomie e, in particolare, delle Regioni, tanto nella fase di elaborazione del Piano quanto nella concreta programmazione di alcuni degli interventi[106]. Nel complesso, la normativa

---

[102] Al riguardo, si veda, per tutti, A. MANZELLA, *L'indirizzo politico, dopo Covid e PNRR… cit.*, p. 148 e ss.

[103] Tale caratteristica è confermata anche dalle innovazioni introdotte con il decreto-legge n. 13 del 2023 e, in particolare, dalle modifiche apportate all'articolo 13 del decreto-legge n. 77 del 2021, relative all'attivazione del procedimento per il superamento dei dissensi.

[104] Sui potenziali rischi di sovrapposizione tra i diversi organi operanti in seno alla Presidenza del Consiglio dei ministri si veda F. BILANCIA, *Indirizzo politico e nuove forme di intervento pubblico nell'economia in attuazione del Recovery and Resilience Facility, tra concorrenza e nuove politiche pubbliche… cit.*, p. 23 e ss.

[105] Per una giusta notazione in ordine all'accentuazione della centralità del Presidente del Consiglio e alle potenziali conseguenze sul principio di collegialità delle decisioni del Consiglio dei ministri si veda, ad esempio, C. COLAPIETRO, *La forma di stato e di governo italiana alla "prova" del Piano nazionale di ripresa e resilienza*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2022, p. 328, disponibile *on line* nel sito www.rivistaaic.it.

[106] Lo stesso regolamento istitutivo del Dispositivo europeo per la ripresa e la resilienza, del resto, non richiede forme strutturate di partecipazione degli enti territoriali al disegno e alla realizzazione dei piani nazionali, limitandosi ad affermare che «Le autorità regionali e locali possono essere *partner* importanti nell'attuazione delle riforme e degli investimenti. A tale riguardo, esse dovrebbero essere adeguatamente consultate e coinvolte conformemente al quadro giuridico nazionale» (Considerando n. 34 del Regolamento (UE) 2021/241. Sullo scarso rilievo riconosciuto ai governi subnazionali dal Dispositivo europeo per la ripresa e la resilienza si veda A.M. PORRAS-GÓMEZ, *The EU Recovery Instrument and the Constitutional Implication of the Expenditure*, in *European Constitutional Law Review*, 2023, n. 1, pp. 17 e ss.. È opinione largamente condivisa che nell'ambito del PNRR vi sa stato uno scarso coinvolgimento delle Regioni, specialmente nell'elaborazione e nella programmazione degli interventi. In proposito, si vedano, in particolare: M. CECCHETTI, *L'incidenza del PNRR sui livelli territoriali di governo e le conseguenze nei sistemi amministrativi… cit.*, p. 289 e ss.; C. B. CEFFA, *Il limitato ruolo delle autonomie territoriali nel PNRR: scelta contingente o riflesso di un regionalismo in trasformazione?... cit.*, p. 51 e ss.; F. POLACCHINI, *I riflessi del Pnrr sulla forma di governo e sui processi di indirizzo politico… cit.*, p. 243 e ss.; S. PROFETI e B. BALDI, *Le regioni italiane e il PNRR: la (vana) ricerca di canali d'accesso all'agenda,* in *Rivista italiana di politiche pubbliche*, n. 3, 2021, p. 432 e ss.; G. PROVVISIERO, *Le Regioni nella governance del PNRR… cit.*, p. 173 e ss.; G.M. SALERNO, A.G. ARABIA e A. IACOVIELLO, *Il contributo delle Assemblee legislative regionali per la programmazione e l'attuazione del PNRR… cit.* p. 4 e ss.; M. TRAPANI, *Il sistema delle conferenze e il regionalismo dimezzato: il difficile rapporto tra PNRR e Regioni alla luce delle recenti evoluzioni normative… cit.,* p. 181 e ss.; M TUOZZO, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza nei processi di trasformazione della forma di Stato: Asimmetrie regionali e disuguaglianze tra cittadini… cit.*, p. 152 e ss.; E. CAVASINO, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e le sue fonti. Dinamiche dei processi normativi in tempo di crisi…cit.*, p. 72 e ss.; E. RINALDI, *L'accentramento del potere amministrativo nel PNRR tra esigenze di uniformità e istanze di differenziazione*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3, 2022, p. 268 e ss., disponibile *on line* nel sito www.osservatoriosullefonti.it; A. FORMISANO, *Ripensare al ruolo delle autonomie e del Mezzogiorno per la buona riuscita del PNRR*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 2, 2023, p. 56 e ss.

relativa all'esercizio dei poteri sostitutivi e al superamento dei dissensi riflette le forze centripete connaturate a un Piano la cui concreta esecuzione, se non può riferirsi in modo diretto all'attuazione di norme adottate nell'ordinamento unionale – come pure potrebbe sembrare leggendo l'articolo 1, comma 3, del decreto-legge n. 77 del 2021 – rappresenta tuttavia oggetto di un vincolo di carattere eminentemente politico[107] assunto dal nostro Paese nell'ambito di un procedimento euro-nazionale, dal cui rispetto dipendono rilevanti costi economici e politici[108]. Per queste ragioni, da un punto di vista sistematico, le disposizioni dell'articolo 12 del decreto-legge n. 77 del 2021 appaiono più propriamente accostabili a quelle riferite alla realizzazione di programmi di spesa finanziati con risorse del bilancio dell'Unione europea[109] che a quelle adottate nel quadro della disciplina della partecipazione dell'Italia all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione. In questo contesto, che sicuramente determina spinte di carattere centralistico, connesse alla responsabilità dello Stato per l'attuazione del Piano, la disciplina prevista appare nella sua formulazione sostanzialmente rispettosa dei canoni individuati dalla giurisprudenza costituzionale per la legittimità dei poteri sostitutivi "ordinari", assicurando il perseguimento di interessi unitari con modalità cha appaiono potenzialmente in grado di garantire il rispetto dei principi di leale collaborazione e sussidiarietà, pur dispiegandosi i potenziali interventi su ambiti materiali particolarmente ampi e differenziati, ancorché predeterminati dal contenuto del Piano. Su questo delicato equilibrio potrebbero incidere le disposizioni introdotte dal decreto-legge n. 13 del 2023, che, riducendo da trenta a quindici giorni il termine massimo per ottemperare alla diffida, potrebbero in astratto venire in contrasto con il principio di leale collaborazione, specialmente nei casi in

[107] Come è noto, è ampiamente dibattuto se il PNRR costituisca un vincolo di natura giuridica ovvero un vincolo di carattere politico e istituzionale. Le alternative e le relative implicazioni sono ben evidenziate da E. CATELANI, *P.N.R.R. e ordinamento costituzionale: un'introduzione*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2022, p. 219 e ss. Per una ricostruzione delle diverse posizioni si veda, per tutti, N. LUPO, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza: un nuovo procedimento euro-nazionale,* in *Federalismi.it*, n. 5, 2023, *paper*, p. 4 e ss., disponibile *on line* nel sito www.federalismi.it.

[108] In particolare, i procedimenti di attuazione del PNRR sembrano presentare i due caratteri distintivi delle procedure euro-nazionali, essendo disciplinati tanto da fonti dell'Unione europea quanto da fonti nazionali e coinvolgendo sia Istituzioni nazionali che unionali. In tal senso, si vedano: N. LUPO, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza: un nuovo procedimento euro-nazionale… cit.*; N. LUPO, *Next Generation EU e sviluppi costituzionali dell'integrazione europea: verso un nuovo metodo di governo*, in *Diritto pubblico*, n. 3, 2022, p. 739; N. LUPO, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) e alcune prospettive di ricerca per i costituzionalisti... cit.*, p. VI e ss.; L. BARTOLUCCI, *Le modifiche del PNRR tra cambi di indirizzo e nuove "circostanze oggettive"… cit.*, p. 326 e ss.; L. BARTOLUCCI, *Riforma dei regolamenti parlamentari e Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza* in *Consulta online* n. 2, 2022, p. 522 e ss.; G. PICCIRILLI, *Il PNRR come procedimento euro-nazionale e la "fisarmonica" governativa… cit.*, p. 138 e ss.; C. COLAPIETRO, *La forma di stato e di governo italiana alla "prova" del Piano nazionale di ripresa e resilienza… cit.*, p. 329 e ss.; V. DEI GIUDICI, *Il PNRR, i contratti pubblici e la discrezionalità*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 6, 2022, p. 750-751. Usando una formula felice, si è detto che il Piano «sta a metà tra l'Unione europea e l'Italia, sia per le norme di base che per la fase attuativa» (M. D'ALBERTI, *Il PNRR nel contesto delle pianificazioni,* in *Federalismi.it,* n. 5, 2023, *paper*, p. 3., disponibile *on line* nel sito www.federalismi.it). Sui rischi che deriverebbero da un fallimento nell'attuazione del Piano si veda anche F. BILANCIA, *Indirizzo politico e nuove forme di intervento pubblico nell'economia in attuazione del Recovery and Resilience Facility, tra concorrenza e nuove politiche pubbliche… cit.*, p. 42.

[109] Come il già citato articolo 9, comma 2, del decreto-legge 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 agosto 2013, n. 98 (v. *supra* paragrafo 1).

cui le attività da svolgere o i provvedimenti da adottare da parte degli enti territoriali siano particolarmente complessi.

Diversamente, sembra potersi ritenere che la disciplina speciale prevista, in via residuale, per il superamento dei dissensi e delle opposizioni presenti caratteri che, in qualche modo, rafforzano le garanzie per gli enti territoriali prevedendo un coinvolgimento nel processo decisionale della Conferenza Stato-Regioni che non è più richiesto nell'ambito della disciplina applicata in via generale per la gestione dei dissensi emersi nell'ambito di conferenze di servizi.

Ancora una volta, tuttavia, sarà l'esperienza applicativa delle norme che si svilupperà nei prossimi mesi a fornire indicazioni più precise sulla loro adeguatezza a fronteggiare le criticità relative all'attuazione del PNRR e sui loro effetti sugli equilibri tanto all'interno dell'Esecutivo quanto nel rapporto tra Stato e autonomie territoriali.

Focus Lavoro, Persona, Tecnologia

Tecnofobie nella Missione 5 del PNRR, condizionalità e dovere di lavorare*

di Michele Faioli
Professore associato di Diritto del lavoro
Università Cattolica del Sacro Cuore

Matteo Luccisano
Dottorando di Diritto del lavoro
Università di Modena e Reggio Emilia

Nicolò Cappellazzo
Dottorando di Diritto del lavoro
Università Cattolica del Sacro Cuore

e Alessandro Smilari
Dottorando di Diritto del lavoro
Università Cattolica del Sacro Cuore

Abstract [It]: Il saggio muove dall'analisi di un punto dirimente delle politiche attive attuate a livello regionale mediante le risorse PNRR e il Programma GOL: ci si chiede quale sia il livello di compatibilità tra i meccanismi di condizionalità, nell'ambito del PNRR, il dovere di lavorare ex art. 4, co. 2, Cost. e la prevenzione del rischio di disoccupazione di cui all'art. 38 Cost. Il saggio è frutto di una ricerca sul campo durata circa 14 mesi, mediante la quale sono stati monitorati anche i lavori delle cd. cabine di regia regionali di coinvolgimento delle parti sociali nell'attuazione regionale del PNRR/Missione 5. Il risultato della ricerca dimostra, da una parte, che esiste ancora oggi una certa perdurante tecnofobia regionale rispetto a un sistema unitario-nazionale digitale di facilitazione del *matchmaking* nel mercato del lavoro, non avendo il PNRR devoluto alcuna risorsa sul punto, e, dall'altra, che persiste un'ineffettività del coinvolgimento dei datori di lavoro, con la conseguenza di rendere i PAR meri strumenti burocratici-amministrativi, del tutto scollegati con i bisogni del mercato del lavoro.

Title: Technophobes in PNRR Mission 5, conditionality and duty to work
Abstract [En]: The essay is based on a significant query concerning the Italian labor market activation policies, reshaped with Italian Recovery and Resilience Plan/NGEU: is or is not suitable such Plan for fully aligning the willingness to work condition with the duty to work stated by Section 4 of the Italian Constitution? Further, is or is not such Plan in compliance with Section 38 of the Italian Constitution that also defines the measure to prevent the unemployment risks with efficient labor market activation measures? The research allowed to check for about 14 months the preliminary implementation at regional level of the Italian Recovery and Resilience Plan/NGEU. The mains results are the following. On one side, it is still very strong the resistance of the Italian Regions to adopt a National Digital System for facilitating the labor market matchmaking. The Italian Recovery and Resilience Plan/NGEU did not finance at all such possibility. On the other side, the Italian Recovery and Resilience Plan/NGEU did not fully encompass employers, becoming step by step more a procedural-administrative mechanism than a real tool to facilitate unemployed persons in searching new jobs or in being involved in training activities.

Parole chiave: PNRR, PAR e politiche attive, funzione delle parti sociali, condizionalità e dovere al lavoro

* Articolo sottoposto a referaggio. La presente ricerca è stata elaborata sulla base di una indagine condotta per 14 mesi con i responsabili nazionali e territoriali di Confcommercio. Mediante tale ricerca sono stati monitorati i PAR, avendo a riguardo ciò che veniva svolto dalle Regioni/Province autonome e ciò che veniva richiesto ai responsabili delle organizzazioni di rappresentanza. Si v. di seguito la descrizione del metodo di indagine. I paragrafi 1 e 2 sono stati scritti da Michele Faioli, il quale ha altresì coordinato la ricerca scientifica. Il paragrafo 3 è stato scritto da Matteo Luccisano e Nicolò Cappellazzo. Il paragrafo 4 è stato scritto da Matteo Luccisano e Alessandro Smilari. Nel paragrafo 5 la Tabella 1 è frutto dell'elaborazione congiunta del tema di ricerca tra Università Cattolica del Sacro Cuore (Faioli, Luccisano, Cappellazzo e Smilari) e Confcommercio. La Tabella 2 è una rielaborazione dei dati forniti dai responsabili nazionali e territoriali di Confcommercio, anche sulla base di interviste e indagini svolte con dirigenti di Regioni e Province autonome.

Keywords: NGEU, Labor Market Activation Measures, Regional Activities, Social Partners Functions, Willingness to Work, Duty to Work

Sommario: 1. Dovere di lavorare e condizionalità nel PNRR. Da dove muove la ricerca. Domande, metodo e finalità, anche alla luce delle linee dettate dalla recente giurisprudenza (Cost. 27 gennaio 2023, n. 8 e Corte dei Conti, Sez. II centr. giurisd. d'appello, 28 ottobre 2022, n. 468). **2.** Lavoro, PNRR e Piani di attuazione regionale (PAR). Dinamiche Stato/Regioni. Differenze e disuguaglianze territoriali. Il perché di una tecnologia unitaria. **3.** Il funzionamento operativo di avvisi regionali, cabine di regia trilaterali e forme di riattivazione professionale. **4.** Il funzionamento operativo della condizionalità anche per i lavoratori in CIGS e applicazione delle sanzioni a livello regionale. **5.** Tabelle.

1. Dovere di lavorare e condizionalità nel PNRR. Da dove muove la ricerca. Domande, metodo e finalità, anche alla luce delle linee dettate dalla recente giurisprudenza (Cost. 27 gennaio 2023, n. 8 e Corte dei Conti, Sez. II centr. giurisd. d'appello, 28 ottobre 2022, n. 468)

I numeri sono noti perché impressionano. Si tratta di numeri collegati alla sperimentazione in corso sulla promozione dell'occupabilità e della mobilità al lavoro che è la più imponente degli ultimi decenni per quantità di risorse impiegate, per l'impostazione di controllo euro-unitario (Regioni che rendicontano alla Stato, il quale rendiconta alle istituzioni europee, sula base degli obiettivi raggiunti)[1] nonché per gli obiettivi socio-economici da realizzare, tra cui il superamento del grave *mismatch* nel mercato del lavoro, l'inclusione professionale e formativa di donne e giovani, la promozione occupazionale di chi vive nel Centro-Sud[2].

Si tratta di una sperimentazione assai peculiare, forse unica e irripetibile per il nostro ordinamento. È una sperimentazione che avviene sulla base di percorsi regionali già esistenti e in assenza di qualsiasi forma di coordinamento tecnologico-digitale tra i vari *dataset* regionali concernenti l'incrocio domanda/offerta di lavoro. Tale sperimentazione, riguardando la capacità del sistema nazionale-regionale delle politiche del lavoro di condizionare le persone al rientro del mercato del lavoro, in ragione del sistema riformato in base agli obiettivi del PNRR, permette una verifica della tenuta giuridica di alcune norme nazionali e regionali rispetto al dovere al lavoro di cui all'art. 4, co. 2, Cost.[3], per come si può intendere oggi, e,

[1] Sui temi del governo del PNRR si v. N. LUPO, *Il piano nazionale di ripresa e resilienza (Pnrr) e alcune prospettive di ricerca per i costituzionalisti*, in *q. Rivista*, 2022, n. 1, pp. 4 ss. e E. TATI, *I controlli amministrativi alla luce del piano nazionale di ripresa e resilienza: problemi e prospettive tra efficienza e condizionalità*, in q. *Rivista*, 2022, n. 33, pp. 86 ss.

[2] Sul *mismatch* tra domanda e offerta di lavoro si v. le analisi del Tavolo CNEL con la relativa raccolta documentale in www.cnel.it e i dati pubblicati da Unioncamere e CNEL nel *XXIV Rapporto del mercato del lavoro e della contrattazione collettiva*, 2022, *online* in www.cnel.it

[3] Si v. sul tema, per gli aspetti di diritto costituzionale, il recente studio di M. CAVINO, *Il diritto-dovere al lavoro*, 2018 in https://www.gruppodipisa.it/8-rivista/320-massimo-cavino-il-diritto-dovere-al-lavoro e, per gli aspetti di diritto del lavoro, F. MANCINI, *Dovere e libertà di lavorare*, in *Politica del diritto*, 1974, n. 5, pag. 565 ss.; F. LISO, *Il diritto al lavoro*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2009, n. 121, pp. 139 ss. e M. D'ANTONA, *Il diritto al lavoro nella Costituzione e nell'ordinamento comunitario*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 1999, n. 3/supplemento, pp. 15 ss.. In una prospettiva più vicina agli obiettivi e al metodo di questa ricerca, si v. la ricostruzione teorica offerta da M. NAPOLI, *Politiche del lavoro, occupazione, diritto. Idee ed esperienze (1983-1986)*, Franco Angeli, Milano, 1988. E ancora di M. NAPOLI, *Riflessioni sul sistema della "dote lavoro" in Lombardia*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 2012, n. 1, pp. 63 ss. e del medesimo A., *Povertà vecchie e nuove e diritto del lavoro*, in *Jus*, 2006, n. 1, pp. 61 ss. Sulla relazione tra lavoro

contestualmente, alla capacità prevenzionistica del rischio disoccupazione degli schemi previdenziali di cui all'art. 38 Cost.[4]. Cioè, per porre da subito la domanda centrale della nostra ricerca[5], ci si chiede se il sistema ideato nell'ambito del PNRR, attuato mediante i piani regionali (PAR), realizzi o meno le condizioni, individuali e collettive, per rendere possibile l'adempimento del dovere ex art. 4, co. 2, Cost. a svolgere un'attività che concorra al progresso della società e, ancora, se quel sistema realizzi o meno un servizio alla promozione occupazionale che, prevenendo il rischio disoccupazione, che diventa parte integrante della nozione di adeguatezza di cui all'art. 38 Cost.

Qualora ciò non fosse, saremmo costretti a prendere atto ahinoi che si è di fronte all'ennesimo strumento volto alla realizzazione della mera ripartizione delle competenze Stato/Regioni di cui all'art. 117 Cost. e delle relative risorse economiche in materia di lavoro e formazione.

Quelle due domande muovono da una rilettura della nozione di condizionalità. La condizionalità è qui intesa, anche in ragione della costruzione normativa recente che è venuta a consolidarsi in questi ultimi anni[6] e della spinta riformatrice che il PNRR ha dato alla materia[7], secondo una triplice impostazione. La condizionalità è innanzitutto un procedimento amministrativo volto a verificare e, eventualmente altresì conformare, la volontà individuale in relazione a offerte di lavoro e/o di formazione professionale in caso di disoccupazione. La condizionalità è altresì intesa alla stregua di una modalità operativa per facilitare l'attuazione del dovere di cui all'art. 4, co. 2, Cost., avendo un contenuto giuridico che oggi coincide con le varie forme rinnovate di patto di servizio, per il lavoro e per l'inclusione sociale e le relative declinazioni amministrative-procedimentali[8], anche nella logica delle sanzioni per eventuale

discontinuo, laboriosità e dovere di lavorare si v. anche lo studio di P. BOZZAO, *La tutela previdenziale del lavoro discontinuo. Problemi e prospettive del sistema di protezione sociale*, Giappichelli, Torino, 2005.

[4] Su tale capacità prevenzionistica dei sistemi previdenziali in caso di disoccupazione si v. le riflessioni pioneristiche di G. GIUGNI, E. MASSACESI, L. MENGONI, R. MORESE, R. RAVENNA, L. VENTURA, *La disciplina della mobilità nelle leggi sulla riconversione industriale e l'evoluzione del diritto del lavoro*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 1978, n. 4, pp. 527 ss. e di P. SANDULLI, *Spunti su crisi dell'impresa e interessi dei lavoratori*, in *Rivista di diritto civile*, 1973, n. 6, pp. 521 ss.

[5] Si v. anche gli esiti del seminario di studi tenutosi presso il CNEL, organizzato da q. Rivista con LabChain, il 2 marzo 2023, con interventi di T. Treu, S. Ciucciovino, R. Bifulco, M. Cavino, M. D'Onghia, A. Viscomi, I. Alvino, P. Bozzao, F. Fabrizzi, P. Sandulli, A. Maresca e A. Poggi – in www.cnel.it

[6] Sulla condizionalità si v. anche i recenti studi di A. SARTORI, *La condizionalità tra coercizione ed empowerment*, in *Variazioni su temi di diritto del lavoro*, 2022, n. 4, pp. 735 ss.; E. ALES, *La garanzia dei mezzi adeguati alle esigenze di vita dei disoccupati ovvero dell'adeguatezza sistemica*, in *Variazioni su temi di diritto del lavoro*, 2022, n. 1, pp. 277 ss.; P. ICHINO, *Appunti per un rilancio delle politiche attive del lavoro in Italia*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2022, n. 1, pp. 161 ss.; L. CORAZZA, *La condizionalità "relazionale": reddito di cittadinanza, mercato del lavoro, esclusione sociale*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2022, n. 1, pp. 174 ss. Si v. anche la posizione critica che viene espressa sulla condizionalità da parte di E. GRAGNOLI, *Gli strumenti di tutela del reddito di fronte alla crisi finanziaria*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2012, n.136, pp. 573 ss.

[7] P.A. VARESI, *Le politiche attive del lavoro nella prima fase di attuazione del PNRR*, in CNEL, *XXIV Rapporto del mercato del lavoro e della contrattazione collettiva*, 2022, p. 70 – *online* in www.cnel.it

[8] M. D'ANTONA, *cit*., 1999, spiega che il dovere di lavorare riguarda "ogni attività utile alla società, prescinde da ogni qualificazione dei caratteri e dei fini dell'attività, e, soprattutto, non implica un nesso con la sfera dell'economia". Tale impostazione di D'Antona va certamente riletta alla luce dell'elaborazione di alcuni studiosi sulla nozione di dovere nella Costituzione tra cui G. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1967; P. BARILE, *Le*

inadempimento della riattivazione formativa o professionale nel mercato del lavoro. E, infine, la condizionalità diventa un elemento della nozione di adeguatezza di cui all'art. 38 Cost., essendo essa certamente costitutiva del rapporto previdenziale della misura di sostegno al reddito, in chiave di prevenzione del rischio inoccupazione/disoccupazione[9]. È una triplice dimensione che non permette più di scindere uno dei tre aspetti dall'altro. La condizionalità, con gli interventi del PNRR sulle politiche attive e le relative attuazioni regionali, almeno dal 2022 in poi, dovrà essere intesa unitariamente nelle tre dimensioni del procedimento amministrativo volto a verificare e conformare la volontà individuale, del patto per il servizio di politiche attive e del requisito previdenziale per accedere alla prestazione di sostegno al reddito. Cambia la prospettiva a cui si era abituati che, in qualche modo, si limitava a osservare l'istituto della condizionalità in una serie di frammenti normativi e di relativi regimi da applicare volta per volta. Con il PNRR e le relative attuazioni regionali (PAR) lo scenario è stato modificato così tanto da poter permettere di affermare che il contenuto giuridico della misura della condizionalità, oggi, a maggior ragione, potrebbe persino coincidere con quella diligenza richiesta al lavoratore nella ricerca di nuova occupazione di cui al co. 4 dell'art. 18, l. 20 maggio 1970, n. 300 che permette di calcolare l'*aliunde percipiendum*. Il che è confermato da quelle norme introdotte in relazione al PNRR che hanno inciso sul sistema delle integrazioni salariali e sulla condizionalità a cui sono tenuti anche i percettori di CIGS (v. paragrafo 4 che segue). Si osservi, in particolare, il regime che deriva dalla combinazione tra art. 22-*ter* e 25-*ter* del d.lgs. 14 settembre 2015, n. 148, modificato con la l. 30 dicembre 2021, n. 234, il quale sanziona la mancata partecipazione da parte dei percettori di integrazioni salariali straordinarie a iniziative di formazione e riqualificazione[10]. Tutto ciò è comprensibile solo se si accetta quella triplice contestuale dimensione della condizionalità nella prospettiva moderna che il PNRR pone: le risorse economiche che abbiamo a disposizione sulla Missione 5 del PNRR sono frutto di una rinnovata idea di Europa, la quale diviene una comunità che, condividendo rischi e debito[11], chiede anche una re-impostazione delle misure e delle procedure di riattivazione nel mercato del lavoro dei disoccupati[12], al fine di limitare il più possibile il ricorso al sostegno al reddito.

libertà nella Costituzione. Lezioni, CEDAM, Padova, 1966, C. MORTATI, *Il diritto al lavoro secondo la Costituzione della Repubblica*, in Camera dei Deputati, Commissione parlamentare di inchiesta sulla disoccupazione, Vol. IV, Roma, 1953.

[9] In questo senso v. anche M. D'ONGHIA, *Il rafforzamento dei meccanismi di condizionalità*, in F. CARINCI (a cura di), *Jobs Act: un primo bilancio. Atti del XI seminario di Bertinoro-Bologna, 22-23 ottobre 2015*, Adapt University Press, Modena, 2016, pp. 397 ss. Di questo aspetto avevo già trattato in M. FAIOLI, *Pre-occupazione e in-occupazione giovanile. Risposte del diritto "riflessivo" al mercato del lavoro*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2012, n. 2, pp. 376 ss.

[10] Per un approfondimento sulle integrazioni salariali riformate, si rinvia a mio studio in corso di pubblicazione su *DLM*, 2023.

[11] Si v. A. CONZUTTI, *Il PNRR al crocevia tra forma di governo e tendenze in atto nel sistema euro-nazionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2022, n. 4, pp. 725 – 752. Si v. anche N. LUPO, *cit*., 2022; E. TATI', *cit*., 2022.

[12] Molti di questi spunti derivano dal dibattito del seminario del 3 marzo 2023 di cui alla nota 6. In particolare, si v. gli interventi di S. Ciucciovino, M. Cavino, I. Alvino, F. Fabrizzi, P. Sandulli.

Con tale schema teorico si assume che la funzionalità della condizionalità, almeno dal PNRR in poi, non debba essere più valutata a livello regionale/locale, essendo l'obiettivo sociale primario del PNRR la mobilità nel mercato del lavoro di rilievo nazionale di giovani, donne e altre categorie vulnerabili. Si tratta, dunque, di un fenomeno che dovrebbe essere esaminato al di là della municipalità geografica in cui appare reclusa l'attuale vicissitudine delle politiche attive. Il che comporta osservare la condizionalità rispetto ai tentativi mal riusciti, non riusciti o, peggio ancora, bloccati a livello di coordinamento Stato/Regioni, di realizzare le politiche attive del lavoro mediante un sistema unitario nazionale, tecnologico e digitale, efficace contro il *mismatch* tra domanda e offerta di lavoro.

Anche per tale ragione si ritiene che non sia più sufficiente ripetere l'idea, già elaborata e oggetto di importanti studi[13], secondo cui il problema delle politiche attive coincide con la vicenda giuridica che legherebbe il diritto alla promozione occupazionale con l'obbligo della struttura amministrativa, sia CPI che soggetti accreditati, di accompagnare il lavoratore nella fase di disoccupazione con una serie di servizi. Pur essendo una tesi affascinante, essa non appare più adatta ai nostri tempi e all'impianto che le risorse del PNRR hanno determinato. Almeno oggi, guardando al futuro, sapere della sussistenza di un obbligo del CPI a garantire al lavoratore disoccupato servizi per l'impiego, in linea con alcuni parametri definiti (livelli essenziali) e con responsabilità per il CPI inadempiente, non si risolve il problema che sta alla base delle politiche attive. Non basta fissare un certo obbligo e una certa sanzione per inadempimento per conformare le condotte degli operatori dei CPI rispetto a ciò che si dovrebbe fare. È un'illusione ottica che ha ingannato anche il recente legislatore, il quale ha introdotto una serie di misure sanzionatorie e premiali per i CPI[14], con risultati che denotano, ahinoi, la solita differenziazione regionale e le relative disuguaglianze tra lavoratori che operano in alcuni territori e non in altri.

Di conseguenza, di fronte a un sistema Stato/Regioni che appare deflagrato perché non unitario e non intenzionalmente collegato a livello nazionale con sistemi digitali avanzati, la nostra ricerca propone un metodo per comprendere se e in che misura esista una compatibilità tra il dovere di lavorare ex art. 4 Cost., riletto alla luce della natura anche prevenzionale della disoccupazione di cui all'art. 38 Cost., e la

[13] M. RUSCIANO, *Il lavoro come diritto: servizi per l'impiego e decentramento amministrativo*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 1999, n. 3/supplemento, pp. 37 ss. e M. D'ANTONA, *cit*., 1999., che insiste sul punto affermando che l'inattività dei pubblici poteri si configurerebbe come un vero e proprio inadempimento da far dipendere la pretesa del singolo a chiedere i danni allo Stato.

[14] Già dal 2015, l'inerzia del CPI, ex art. 20, co. 4, d.lgs. 14 settembre 2015, n. 2150, permette al lavoratore di effettuare direttamente sul portale di ANPAL la profilazione per l'ADR, assegno di ricollocazione. L'ANPAL avrebbe il compito di monitorare i CPI e i privati accreditati, con il potere in sussidiarietà nell'erogazione dei servizi (art. 9, comma 1, lett. l), d.lgs. n. 150/2015). La recente rideterminazione dei LEP nell'ambito di GOL e il cronoprogramma con obiettivi e traguardi dovrebbe condizionare l'attività amministrativa. Sebbene tali meccanismi siano stati posti dal PNRR/PAR, la nostra ricerca continua a registrare inefficienze varie in molte Regioni del Centro e del Sud. Pare che nel mese di gennaio 2023 solo 11 Regioni abbiano presentato il piano di avanzamento correlato alla Missione 5/PNRR.

condizionalità, la quale, in ragione delle riforme introdotte o introducibili con PNRR/PAR, è intesa secondo quella triplice dimensione menzionata sopra (i.e. procedimento amministrativo di verifica e eventuale conformazione della volontà di lavorare/formarsi, modalità operativa dell'art. 4 Cost, avendo il patto tra lavoratore e CPI uno specifico contenuto giuridico di obbligo, elemento costitutivo del rapporto previdenziale di sostegno al reddito).

A tal proposito, si noti che la recente giurisprudenza della Corte dei Conti non ha alcuna titubanza nel qualificare come rapporto di servizio e sinallagmatico quello esistente tra beneficiario del reddito di cittadinanza (RDC) e pubblica amministrazione[15], sottolineando che "il fine pubblico, individuato quale obiettivo primario della norma istitutiva del reddito di cittadinanza […]" è "costituito dall'incremento occupazionale dei soggetti in condizioni di disagio socio economico e dalla finalità consistente nel favorirne l'inserimento nel mondo del lavoro; rispetto a tale precipua finalità pubblica il beneficio economico che si accompagna alla misura si sostanzia in una integrazione al reddito del soggetto percipiente e del relativo nucleo familiare per il tempo necessario affinché lo stesso si attivi nella ricerca di una occupazione, aderendo ai corsi di formazione ed accettando una delle offerte di lavoro che l'amministrazione propone al soggetto percettore del contributo" (Corte dei Conti, Sez. II centr. giurisd. d'appello, 28 ottobre 2022, n. 468). Si tratterebbe, in quel caso specifico, a parere della Corte dei Conti, di un rapporto tra il privato e l'amministrazione, a cui sono collegati alcuni obblighi individuali di riattivazione nel mercato del lavoro, la cui violazione determinerebbe, da una parte, l'indebito previdenziale e, dall'altra, una specifica responsabilità erariale per il beneficiario del reddito di cittadinanza[16]. Di qui muoverebbe il radicamento della giurisdizione della Corte dei Conti nei confronti del beneficiario del reddito di cittadinanza che decida di far uso della "risorsa in modo diverso da quello preventivato o ponendo in essere i presupposti per la sua illegittima percezione, o anche semplicemente sottraendo, con la propria condotta, ad altri possibili beneficiari il contributo che avrebbe potuto portare alla realizzazione della finalità prefigurata dal legislatore". Tale giurisprudenza dovrà, però, misurarsi con la sentenza della Corte costituzionale, la quale, in un tentativo assai sofisticato, ma probabilmente sproporzionato[17], ha inquadrato l'indebito previdenziale in un quadro regolatorio molto più ampio di ciò

[15] Il che sarebbe più complicato per il rapporto previdenziale da cui derivano le prestazioni di NASPI e integrazioni salariali, data la vicenda contributiva che precede l'accesso alla prestazione di sostegno al reddito.

[16] La Corte dei Conti, nella sentenza citata, segnala alcuni principi giurisprudenziali (v. Cass. 5 maggio 2021, n. 9846) secondo cui esisterebbe una "netta distinzione fra i sussidi destinati ad esclusivo scopo di solidarietà, in relazione ai quali la giurisdizione spetta al giudice ordinario, e quelli diretti, invece, ad attuare programmi predisposti dalla pubblica amministrazione. In quest'ultimo caso, il costante orientamento della Cassazione ritiene che spetti alla Corte dei conti conoscere degli eventuali danni causati dall'indebita percezione o dalla cattiva gestione delle risorse pubbliche, in quanto fra l'amministrazione erogante e i soggetti privati destinatari dei contributi si instaura un rapporto di servizio che, invece, manca nel caso di erogazioni a scopo meramente solidale".

[17] Appare sproporzionato lo sforzo della Corte costituzionale perché riduce il diritto civile e le relative categorie a una specie di repertorio di ultima istanza in cui cercare, quando serve, quelle tutele giudiziarie difficilmente rinvenibili

che, di volta in volta, il legislatore ha disposto rispetto a alcuni istituti di sostegno al reddito[18]. In particolare, il giudice costituzionale ha ritenuto che dall'applicazione delle norme di cui all'art. 2033 c.c., all'art. 1175 c.c. e all'art. 1337 c.c. si possa evincere, in via generale, per gli istituti previdenziali e assistenziali, l'irripetibilità della prestazione erogata qualora si accerti un legittimo affidamento da parte del beneficiario (Cost. 27 gennaio 2023, n. 8). Il che potrebbe comportare, provando a combinare il ragionamento della Corte dei Conti con le argomentazioni della Corte costituzionale, che, qualora si intendesse procedere anche con un'azione erariale nei confronti del beneficiario del reddito di cittadinanza, il quale risultasse inadempiente rispetto agli obblighi di riattivazione, il punto più nevralgico della prova coinciderebbe con la sussistenza o meno del legittimo affidamento da verificare alla luce della buona fede in senso oggettivo di cui agli artt. 2033, 1175 e 1337 c.c., tenendo in considerazione che non sarebbe complicato provare che, soprattutto in alcune aeree del paese e per alcuni soggetti, c'è una più che ragionevole convinzione sulla difficoltà di rientrare nel mercato del lavoro, al di là degli sforzi individuali che possono coincidere con la partecipazione a corsi di formazione e l'accettazione di possibili offerte di lavoro provenienti dai CPI. Cioè, la Corte costituzionale, con tale ragionamento, connota la buona fede, almeno nel caso di specie, con riferimento al sistema previdenziale, nella relativa funzione correttiva[19], la quale è assai complessa da definire e, di conseguenza, da attuare perché va ben oltre l'integrazione (funzione integratrice della buona fede) o la caducazione (funzione limitativa della buona fede) di un atto giuridico. Anzi, per alcuni versi, la funzione correttiva della buona fede apre scenari che potrebbero non essere assolutamente gestibili nell'ambito del diritto della sicurezza sociale, il quale combina l'obbligazione contributiva con quella prestazionale in una dinamica che è peculiare perché basata sul bisogno collettivo posto in relazione al rischio individuale.

oooOooo

altrimenti. La Corte costituzionale, in questa prospettiva, segnala, infatti, che "si deve ritenere che la consonanza fra gli elementi evidenziati dalla giurisprudenza della Corte EDU e la tipologia di criteri cui può dare rilevanza la buona fede oggettiva a fondamento di un affidamento legittimo, ove riferito al contesto della spettanza di una prestazione indebita, confermi che l'interesse protetto dalla CEDU, come ricostruito dalla Corte EDU, può trovare riconoscimento, nel nostro ordinamento, dentro la cornice generale della buona fede oggettiva". Sarebbe stata più adatta, invece, una rielaborazione del concetto di rischio/bisogno nella previdenza da cui far discendere l'estensione della regolazione già esistente dell'indebito previdenziale, tenendo in considerazione che i principi generali di rischio/bisogno appartengono all'art. 38 Cost.. Si v., in particolare, sul tema l'efficace dibattito accademico di metà degli anni '90 in AA.VV., *Rischio e bisogno nella crisi della previdenza sociale*, Milano, 1985.

[18] In materia di indebito previdenziale si v. gli studi si P. BOER, *L'indebito previdenziale nella giurisprudenza della cassazione*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2000, n. 3, pp. 580 ss. e A. SGROI, *Note in materia di indebito assistenziale*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2005, n. 1, pp. 173 ss.

[19] Per la distinzione tra le tre funzioni della buona fede si v. gli studi di P. GALLO, *Buona fede in senso oggettivo e trasformazioni del contratto*, in *Rivista di diritto civile*, 2002, n. 2, pp. 239 ss. Si v. anche gli studi di L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, in Digesto, sez. civ., vol. II, Torino, 1988; S. RODOTA', *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969; U. BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968.

Sul metodo si può segnalare che la ricerca ha preso spunto dall'analisi comparativa a livello regionale dei temi riportati nella Tabella 1 che segue, i quali sono stato oggetto di una serie di interviste, *workshop* e confronti a livello tecnico tra coloro che, nell'ambito delle organizzazioni di rappresentanza, sono stati coinvolti dalle Regioni nella definizione dei PAR. Il che ha permesso di rilevare, da una parte, le prime applicazioni del PNRR in relazione alle politiche attive dal punto di vista degli attori del mercato, e, dall'altra, di verificare ciò che qui chiamiamo sperimentazione a livello regionale, cioè il dovere al lavoro declinato in termini di condizionalità. Di qui muove l'elaborazione della tesi giuridica che si propone sul rinnovato assetto della condizionalità, re-impostato in ragione del PNRR nel d.lgs. 14 settembre 2015, n. 150 and d.lgs. 14 settembre 150, n. 148, e sulla relativa conformità agli artt. 4 e 38 Cost. A tal fine, il saggio si compone di 5 paragrafi. Qui, nel paragrafo 1, si spiega il fine della ricerca, evidenziando il punto di partenza metodologico sul dovere al lavoro e sulla condizionalità nel PNRR. Si osservano alcune linee dettate dalla recente giurisprudenza (Cost. 27 gennaio 2023, n. 8 e Corte dei Conti, Sez. II centr. giurisd. d'appello, 28 ottobre 2022, n. 468). Nel paragrafo 2 si analizza la connessione tra lavoro, PNRR e Piani di attuazione regionale (PAR), nelle relative dinamiche tra Stato e Regioni, con riferimento alle possibili differenze e disuguaglianze territoriali. Si evidenzia anche quanto utile sarebbe disporre di una tecnologia unitaria per facilitare i processi di matchmaking. Il paragrafo 3 analizza il funzionamento operativo di avvisi regionali, cabine di regia trilaterali e forme di riattivazione professionale. Il paragrafo 4 svolge una disamina sul funzionamento operativo di condizionalità e sanzioni a livello regionale. Nel paragrafo 5 sono riportate alcune tabelle sinottiche.

2. Lavoro, PNRR e piani di attuazione regionale (PAR). Dinamiche Stato/Regioni. Differenze e disuguaglianze territoriali. Il perché di una tecnologia unitaria

Ritorniamo ai numeri. Ci sono circa 5 miliardi di euro ripartiti a livello regionale, 3 milioni di beneficiari di servizi per l'occupabilità da raggiungere entro il 2025, il cui 75% deve coincidere con persone vulnerabili nel mercato del lavoro, cioè donne, disoccupati di lunga durata, persone con disabilità, giovani sotto i 30 e lavoratori sopra i 55 anni; e poi tra questi vulnerabili, 800 mila persone dovrebbero essere coinvolte in attività di formazione, di cui 300 mila per il rafforzamento delle competenze digitali. Nel 2022 e nei primi mesi del 2023 sono state avviate le prime fasi di attuazione misure che compongono il Pilastro 4, Missione 5, Coesione e Inclusione, Componente 1, Politiche per il lavoro, del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR). Si tratta di una serie di o provvedimenti amministrativi che attuano tale sezione del PNRR e, in alcuni casi, persino di ulteriori provvedimenti legislativi con cui si cerca di rafforzare l'indirizzo politico intrapreso. In particolare, con il d.m. 17 febbraio 2022, n. 28 il ministero del lavoro ha segnalato le strategie operative, rinviando alle Regioni la definizione dei piani regionali di

attuazione (PAR) del Programma GOL. Il rafforzamento delle politiche attive del lavoro, il rafforzamento delle competenze professionali e la promozione dell'occupabilità di donne e dei giovani sono tre macro-obiettivi del PNRR attuabile mediante PAR. I primi due macro-obiettivi dovrebbero essere realizzati mediante il Programma per la Garanzia di Occupabilità dei Lavoratori (GOL), mediante cui si realizza la cd. presa in carico dei disoccupati e delle persone in transizione occupazionale (beneficiari di Reddito di Cittadinanza, NASPI e trattamento CIGS). Ciò viene affiancato dal Piano di potenziamento dei centri per l'impiego (CPI) e dal Piano strategico Nazionale Nuove Competenze (PNC), con il quale si intende ridefinire l'assetto della formazione per i disoccupati profilati dai CPI e il sistema di formazione professionale[20]. Il terzo macro-obiettivo è principalmente collegato a una clausola sociale inserita nelle gare a evidenza pubblica riferibili ai fondi PNRR. C'è, infatti, un regime che obbliga l'introduzione di una quota di riserva sulle assunzioni *in fieri*, pari almeno al 30%, in favore di giovani e donne. Sono assunzioni che si rendono necessarie per l'esecuzione del contratto o per la realizzazione di attività ad esso connesse o strumentali[21].

Nel corso del 2022, dalla primavera all'estate circa, le Regioni e le Province autonome hanno elaborato i PAR tenendo in considerazione le scadenze del PNRR. Il coordinamento tra Ministero, ANPAL e Regioni/Province è stato svolto dal comitato direttivo del programma GOL. Successivamente, a seguito di un'istruttoria svolta a livello nazionale, ma con interlocuzioni con ciascuna Regione/Provincia, l'ANPAL ha emesso il parere di coerenza, avendo ottenuto, in alcuni casi, modifiche dei progetti di PAR. Le Regioni, all'esito di questo procedimento, hanno adottato definitivamente i PAR, i quali costituiscono, anche nella sostanza, una macchinosa dinamica del dialogo istituzionale pluri-livello ex art. 117 Cost. Da una parte, c'è lo Stato che si sforza, con esiti deludenti, di mantenere un tendenziale piano unitario delle politiche attive del lavoro, e, dall'altro, ci sono le Regioni/Province, ciascuna con le proprie caratteristiche e tradizioni nella materia, che persistono, formalmente e sostanzialmente, nel mantenere un sovranismo locale nella materia delle politiche attive del lavoro.

Assistiamo a questa dinamica da almeno due decenni[22]. La pandemia ci ha insegnato che tali differenziazioni, derivanti dal riparto Stato/Regioni nella materia delle politiche attive del lavoro, creano

[20] Il quadro è descritto da L. VALENTE, *Gli attori del mercato del lavoro in rapporto diretto con imprese e lavoratori,* in *Variazioni su temi di diritto del lavoro*, 2022, n. 4, pp. 633 ss.; P.A. VARESI, *Le politiche attive del lavoro nella prima fase di attuazione del PNRR*, *cit*., 2022.

[21] Si v. l'art. 47 del d.l. 31 maggio 2021, n. 77, l conv. 29 luglio 2021, n. 108, e le Linee guida di cui al d.m. 7 dicembre 2021. Per un primo studio si v. T. TREU, *Patto per il lavoro, contrattazione collettiva e Pnrr*, in *Diritti lavori mercati*, 2022, n. 1, pp. 19 ss., e V. CARDINALI, *PNRR. La clausola di condizionalità all'occupazione di giovani e donne: azione positiva o azione mancata?*, in CNEL, *XXIV Rapporto del mercato del lavoro e della contrattazione collettiva*, 2022, p. 91 – *online* in www.cnel.it

[22] P. A. VARESI, U*na nuova stagione per le politiche attive del lavoro. Le prospettive tra azioni dell'unione europea e riforme nazionali*, in *Diritto delle relazioni industriali*, n. 1, 2022, p. 75 ss.; S. CIUCCIOVINO, *Contrattazione collettiva e politiche attive del lavoro*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, n. 172, 4, 2021, p. 641 ss.

significative disuguaglianze nell'esercizio del diritto alla promozione occupazionale[23]. Ogni Regione fa ciò che già sa fare. Le Regioni più efficienti continuano a essere efficienti. Quelle meno efficienti, prevalentemente quelle del Centro-Sud, continuano a non essere efficienti, con un ritorno negativo dei medesimi obiettivi del PNRR perché il cittadino che vive nel Centro-Sud resta nelle condizioni di non poter esercitare il diritto alla mobilità occupazionale, così come accadeva nel periodo pre-pandemico. Cioè, non siamo riusciti a fare ciò che andava fatto necessariamente. Sappiamo che, anche in base all'esperienza di qualche anno fa relativa al programma Garanzia Giovani[24], il sistema unitario non si costruisce con mere dinamiche formali Stato/Regioni, fondate su piani da progettare e da approvare, iter burocratici, istruttorie, riunioni, etc.. Il sistema unitario si costruisce mettendo risorse economiche e realizzando un sistema digitale unitario, il libretto elettronico del lavoratore, modellato secondo le tecniche de registri distribuiti[25], in vista di un equilibrio istituzionale che l'art. 117 Cost. impone. Ogni Regione, pur mantenendo un proprio *dataset* sulle politiche attive, fa confluire in un registro distribuito (*social blockchain*), gestito in modo partecipato tra Stato e Regioni, i dati relativi a ciascun lavoratore per costituire un libretto digitale che utilizzabile ovunque e per la mobilità territoriale. Il che ci permette di ritenere che né il PNRR né i relativi PAR hanno inteso realizzare un quadro unitario di politiche attive del lavoro. Essi hanno, invece, definito alcuni tratti comuni di una politica nazionale che, nel bene e nel male, consoliderà ciò che già esisteva a livello locale. Anzi, per essere più precisi, PNRR/PAR hanno permesso una definizione di *standard* dei servizi, nell'ambito del programma GOL, e le connesse unità di costo *standard*. Il che dovrebbe permettere, secondo chi ha elaborato GOL, di avere *standard* di servizio garantiti in modo unitario sul territorio nazionale in materia di politiche attive del lavoro, in riferimento ai livelli essenziale delle prestazioni (LEP) di cui all'art. 117, c. 2, lett. m, Cost. Ma ciò, come è ormai noto, non è sempre così consequenziale, sia in questo caso delle politiche attive del lavoro che in altri regolati dall'art. 117 Cost.[26].

Il punto sulle criticità appena delineate è rilevabile dalla dinamica Stato/Regioni che si osserva nella Delibera ANPAL 9 maggio 2022, n. 5 e nella Circolare ANPAL 5 agosto 2022, n. 1, mediante le quali è stato aggiornato l'assetto che sta alla base dell'erogazione dei servizi per l'impiego e di politica attiva del lavoro. Con altre parole, se volessimo svolgere la verifica sulla tenuta giuridica del sistema PNRR/PAR

[23] A. GARNERO e M. TADDEI, *Domanda e offerta di lavoro: un incontro difficile*, in *www.lavoce.info*, 2021 e l'*OECD Employment Outlook del 2022* che riguarda l'Italia.

[24] Per i risultati si v. I. BRUNETTI; A. RICCI, *La valutazione delle politiche attive e il comportamento delle imprese: il caso del programma Garanzia Giovani e del contratto di apprendistato*, 2021, in www.inapp.it

[25] Si v. il caso di MetApprendo studiato da S. CIUCCIOVINO, A. TOSCANO, M. FAIOLI, *MetApprendo. Il primo caso di social blockchain su larga scala. Formazione continua, contrattazione collettiva e aspetti di innovazione digitale*, in q. Rivista, n. 4, 2023, pp. 182 ss.

[26] Per esemplificare, si v. i dati sui LEP in materia sanitaria negli studi condotti dalla Fondazione GIMBE, *Livelli essenziali di assistenza e le disuguaglianze regionali in sanità*, 2022, in https://www.gimbe.org/osservatorio/Report_Osservatorio_GIMBE_2022.02_Adempimenti_LEA_2010-2019.pdf

che incide sulla condizionalità alla luce dell'art. 4, co. 2, Cost e dell'art. 38 Cost. dovremmo necessariamente distinguere le fasi che Delibera ANPAL 9 maggio 2022, n. 5 e Circolare ANPAL 5 agosto 2022, n. 1 hanno delineato e poi comprendere se, nella sostanza, oltre che nella forma, vengono a realizzarsi le situazioni che rendono possibile una condizionalità che è conforme al dovere al lavoro (art. 4, co. 2, Cost.) e alla prevenzione del rischio disoccupazione di cui all'art. 38 Cost.

Nella prima fase c'è la profilazione del lavoratore. È stato ridefinito il modello di profilazione qualitativa e quantitativa del lavoratore, il cd. servizio di *assessment*. Per la parte quantitativa, si intende facilitare gli operatori dei CPI nell'accesso ai (tanti e non/mai collegati) archivi amministrativi che raccolgono i dati del lavoratore al fine di meglio ponderare la presa in carico. Per la parte qualitativa si cerca di promuovere una valorizzazione della persona del lavoratore, tenendo in considerazione anche le eventuali aspirazioni, esperienze e competenze. Di qui, almeno teoricamente, dovrebbe discendere una certa capacità discrezionale degli operatori dei CPI di prendere in carico il lavoratore per accompagnarlo nella ricerca di lavoro, con un orientamento formativo e professionale volto a superare gli eventuali ostacoli di re-ingresso nel mercato del lavoro. A quel punto, il lavoratore dovrebbe essere invitato a sottoscrivere il patto di servizio e, poi, indirizzato nel percorso più vicino alla profilazione effettuata.

Qui scatta la seconda fase. Il lavoratore profilato che ha sottoscritto il patto[27] dovrebbe essere avviato verso uno dei percorsi individuati a livello nazionale. Tra questi percorsi abbiamo il reinserimento occupazionale che dipende in larga parte dal fatto che il lavoratore, già in possesso delle necessarie competenze, non sia a conoscenza di quelle informazioni che gli permettono di rientrare nel mercato del lavoro (percorso 1). Nei percorsi 2 e 3 si realizzano alcune attività di rafforzamento o mutamento delle competenze mediante l'attivazione di fasi di formazione. Nel percorso 4 si dovrebbe realizzare una certa inclusione del lavoratore, il quale presenta debolezze formative e professionali consistenti. Dovrebbero esserci iniziative di accompagnamento al lavoro molto mirate. Il percorso 5 è quello più interessante, ma probabilmente il meno realizzabile perché la disciplina GOL è mal coordinata[28] con il regime delle

[27] Il patto di servizio riporta gli obblighi di attivazione e il *tutor* di riferimento (art. 20, co. 2, d.lgs. 14 settembre 2015, n. 150). Vengono spiegate le iniziative di ricerca attiva, le funzioni del tutor e il cronoprogramma tra persona assistita e *tutor*. Viene disciplina la disponibilità a partecipare a iniziative di attivazione e a accettare offerte di lavoro. Non c'è alcun elemento negoziabile tra CPI e assistititi. La profilazione qualitativa e quantitativa dispone il programma delle attività da svolgere. In caso di beneficiario di RDC (patto per il lavoro) o per chi è in RDC con situazioni di maggiore vulnerabilità sociale, valutati tali anche da servizi comunali (patto per l'inclusione), gli obblighi appena menzionati sono rafforzati da una serie di ulteriori procedure di riattivazione personale e del nucleo di famiglia (si v. l'art. 4, d. l. 28 gennaio 2019, n. 4, conv. in l. 28 marzo 2019, n. 26, modificato nel 2021 e nel 2022). Nella pratica, secondo la nostra ricerca, tutto ciò viene svolto con gradi di efficienza variegata, a seconda dei CPI, dei territori, del *management* del CPI e delle persone da assistere.

[28] I problemi che pone il percorso 5 sono molteplici. Riguardano il collegamento tra il percorso 5 e la CIGS. Ci si chiede come sia possibile realizzare il coinvolgimento di lavoratori beneficiari di integrazioni salariali in percorsi di ricollocazione collettiva, data la nota oggettiva difficoltà di proporre a costoro di formarsi per avviarsi in percorsi professionali nuovi. Ci si chiede altresì quale sia l'ambito soggettivo di tale regime (solo i lavoratori in CIGS? Se sì, perché? O, anche, i lavoratori coinvolti nei percorsi di transizione di cui all'art. 22 ter d.lgs. 14 settembre 2015, n. 148?

integrazioni salariali riformato nel 2022 di cui al d.lgs. 14 settembre 2015, n. 148. Si tratta della ricollocazione collettiva di gruppi di lavoratori coinvolti in processi complessi di crisi aziendali e transizione[29].

La terza fase riguarda l'attuazione del regime giuridico della condizionalità, la quale, almeno al momento (gennaio 2023), è ancora regolata da una serie di norme affastellate[30]. Abbiamo l'art. 21, co. 7 del d. lgs. 15 settembre 2015, n. 150 per i beneficiari di NASPI e DISCOLL, l'art. 25 *ter* d del d. lgs. 15 settembre 2015, n. 148, introdotto nel 2021, che sostituisce il precedente regime di cui all'art. 22 del d. lgs. 15 settembre 2015, n. 150, introducendo per i beneficiari di integrazioni salariali straordinarie l'obbligo di formazione e le eventuali sanzioni per inadempimento[31]; l'art. 7, co. 5, d. l. 28 gennaio 2019, n. 4, conv. in l. 28 marzo 2019, n. 26 per i beneficiari del RDC[32]. Chi non ha lavoro, perché inoccupato e privo di qualsiasi forma di sostegno al reddito, ma interessato a ricevere i servizi di promozione all'occupazione da parte dei CPI o soggetti privati, è vincolato al regime di cui all'art. 19, d.lgs. 14 settembre 2015, n. 150. Sarà tenuto a presentare la dichiarazione di immediata disponibilità, DID *online*, per vedersi riconosciuto lo *status* di disoccupato. Non c'è modo, almeno dato l'attuale sistema, di rendere esigibile in questo caso

O, forse, tutti i lavoratori che nella l. bilancio 2022 – l. 30 dicembre 2021, n. 234 sono segnalati come destinatari del programma GOL?). Sulle integrazioni salariali riformate nel 2022 si v. M. T. SALIMBENI, *La nuova cassa integrazione guadagni: l'approdo dopo la tempesta*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2022, n. 2, pp. 273 ss.

[29] Si noti che Fondimpresa ha già realizzato alcune sperimentazioni di ricollocazione collettiva che vanno al di là del sistema PNRR/PAR. Si v. in particolare l'Avviso 3/2022. Sono stati stanziati circa 10 milioni di euro, permettendo di mettere in formazione 1232 persone, con successiva assunzione di 1109 lavoratori. Il che fa comprendere il potenziale inespresso dei fondi interprofessionali per la formazione continua in aree come quella della ricollocazione collettiva.

[30] Una sintesi del regime giuridico della condizionalità dal 1919 a oggi è stata svolta da A. SARTORI, *cit*., 2022, la quale sottolinea che un prima impostazione razionale si ha con la legislazione del 2014/2015 per "aver affrontato in modo organico i tre pilastri del mercato del lavoro: sostegno al reddito (d.lgs. 4 marzo 2015, n. 22 sulla NASpI e la DIS-COLL; d.lgs. 14 settembre 2015, n. 148 sugli ammortizzatori sociali in costanza di rapporto), SPI e politiche attive (d.lgs. 14 settembre 2015, n. 150). In questo impianto, la condizionalità attraversa e collega ognuna delle componenti, assurgendo a perno del nuovo sistema".

[31] Per i beneficiari di integrazioni salariali straordinarie, il nuovo regime introdotto con il citato art. 25 *ter*, non prevede il patto di servizio. Si tratta di una condizionalità alla formazione ("allo scopo di mantenere e sviluppare le competenze […] e in connessione con la domanda di lavoro espressa dal territorio»", i lavoratori sono tenuti a partecipare alle iniziative di carattere formativo o di riqualificazione, offerte dalle Regioni o dai fondi interprofessionali). Il che non dovrebbe escludere la convocazione del lavoratore da parte del CPI. La nostra ricerca dimostra che i CPI, almeno a momento, non sanno come procedere in questi casi. Posta la riforma del 2022, non si ritiene più applicabile l'art. 4, co. 4, d.m. 11 gennaio 2018 (i.e. 120 giorni per la comunicazione da parte del datore di lavoro al CPI dei nominativi dei lavoratori sospesi, e quello successivo di 30 giorni da detta comunicazione per le convocazioni da parte dei CPI). Si v. anche il paragrafo 4 che segue.

[32] I beneficiari di RDC confermano la propria disponibilità al lavoro, sono convocati presso i CPI entro 30 giorni successivi, date alcune condizioni di cui all'art. 4, co. 5, d. l. 28 gennaio 2019, n. 4, conv. in l. 28 marzo 2019, n. 26 (tra cui quella di non se sono non hanno lavoro da più di due anni o l'essere maggiorenni, ma di età pari o inferiore a 29 anni). Ci sono due categorie di soggetti che sono esclusi o possono essere esonerati dagli obblighi di attivazione. Il CPI dovrebbe comprendere la situazione, distinguendo tra coloro che possono stipulare il patto per il lavoro ai fini dell'inserimento e coloro che non possono perché appartengono a nuclei nei quali siano «presenti particolari criticità». In tal caso il richiedente del RDC viene orientato a recarsi presso i servizi comunali che dovrebbero svolgere una valutazione cd. multidimensionale (art. 4, co. 5-quater, citato). Il patto per il lavoro con chi beneficia di RDC può essere stipulato presso i CPI o, in alternativa, presso i soggetti accreditati ex art. 12, d.lgs. 14 settembre 2015, n. 150, solo se le leggi regionali abbiano disposto ciò.

la condizionalità, non potendo applicare sanzioni in relazione a prestazioni di sostegno al reddito. Sappiamo che ogni Regione/Provincia e ogni relativa unità amministrativa adotta prassi proprie sul punto[33]. ANPAL ha tentato nel 2022 di imporre una certa uniformità di comportamenti per i CPI e i soggetti privati accreditati, ai quali viene chiesto di comunicare entro tre giorni al CPI la condotta inadempiente degli obblighi formativi[34] per poi avviare la fase sanzionatoria che ha riflessi sulle prestazioni di sostegno al reddito di cui gode il lavoratore e sul relativo stato di disoccupazione[35].

È evidente che nell'attuazione di tali tre fasi il modo con cui le parti sociali hanno partecipato, nelle cabine di regia regionali, ha indirizzato una certa attuazione, più o meno, efficiente del programma GOL, tenendo conto che i datori di lavoro conoscono meglio di chiunque altro il fabbisogno che proviene dal mercato e le organizzazioni sindacali possono mediare sulle ricadute del sistema di condizionalità. Sappiamo, infatti, che il coinvolgimento delle parti sociali a livello regionale è, da una parte, la proiezione di un disegno politico sulla partecipazione istituzionale e sociale nel PNRR[36], la quale si attua con tavoli di partenariato o cabine di regia, volte a definire l'architettura dei PAR e a verificare l'attuazione di essi, e, dall'altra, è un metodo più diretto per rilevare i reali fabbisogni dei territori e dei relativi attori economici.

La ricerca condotta in questi mesi rileva che i tavoli di partenariato e/o le cabine di regia hanno funzionato e stanno funzionando in alcune Regioni del Centro-Nord (Emilia-Romagna, Veneto, Lombardia, Umbria e Toscana) e in pochissime Regioni del Sud (si pensi al caso pugliese). Spesso il coinvolgimento delle parti sociali è stato non appropriato rispetto ai fini del PAR perché meramente formale o di facciata, cioè non rilevante per le vicende più importanti. Le conseguenze di ciò sono almeno due. La ricerca ci segnala che non appare del tutto efficiente il modello adottato per le cabine di regia e la relativa partecipazione istituzionale delle parti sociali. Per riportare alcuni dati della ricerca, nelle cabine di regia si sarebbe potuto rilevare che la profilazione, qualitativa e quantitativa di cui sopra, è risultata piuttosto burocratica, con la conseguenza che diviene bassa la probabilità di inserimento/reinserimento al lavoro del lavoratore. Da ciò è derivato lo spostamento del rischio del mancato inserimento/re-inserimento occupazionale sui datori di lavoro (*mismatch*) e sugli operatori privati che cooperano con il sistema pubblico. Abbiamo notato

[33] I dati nazionali sull'applicazione effettiva del regime di condizionalità non sono noti al momento (gennaio 2023).
[34] La partecipazione senza giustificato motivo alle iniziative di carattere formativo o di riqualificazione si verifichi in caso di assenza per almeno due giornate in ciascun mese di attività.
[35] I beneficiari di integrazione salariale non hanno l'obbligo di dichiarazione di immediata disponibilità (DID) già dal 2012 in ragione dell'abrogazione dell'art. 19, co. 10, d.l. 19 novembre 2008, n. 185, l. conv. 28 gennaio 2009, n. 2, per indicazione dell'art. 4, co. 47, l. 12 giugno 2012, n. 92. L'art. 22, co.1, d.lgs. 14 settembre 2015, n. 150 aveva confermato questa impostazione. La legge di bilancio per il 2022 ha ridefinito le regole della condizionalità abrogando l'art. 22 d.lgs. 14 settembre 2015, n. 150 per chi beneficia di integrazioni salariali, per i quali non c'è riferimento né alla DID, né al patto di servizio. C'è, dal 2022 in poi, il nuovo regime degli obblighi di attivazione, anche formativi, e le relative sanzioni (art. 25-ter, d.lgs. 14 settembre 2015, n. 148, introdotto nel 2021 – v. paragrafo 4 che segue).
[36] Si v. T. TREU, *cit.*, 2022. Si v. anche il d.l. 24 febbraio 2023, n. 13 che ha modificato l'assetto della *governance* del PNRR.

che le parti sociali in nessuna Regione/Provincia sono riusciti a intervenire sul punto. Le prime applicazioni dei PAR dimostrano che neanche nelle realtà regionali in cui si possono osservare con una certa completezza tali prime attuazioni si stia pienamente realizzando il regime della condizionalità. In questa prospettiva, la nostra ricerca ha dimostrato che l'avere scelto come punto focale di tutta la strategia GOL i servizi ai lavoratori, in assenza di un vero rapporto con i datori di lavoro determina, ha determinato uno slittamento delle funzioni dei servizi pubblici per l'impiego da ciò che chiederebbe il mercato del lavoro (domanda dei datori di lavoro e fabbisogni di competenze effettivi) a ciò che, da un punto meramente burocratico-amministrativo, appare utile per completare una certa pratica o una profilazione. Cioè, l'incontro tra domanda ed offerta di lavoro non avviene. Avviene, però, il mero meccanismo burocratico di registrazione del disoccupato (in questo caso profilazione o avvio di procedimenti amministrativi che conducono verso la formazione). Non si riesce, di conseguenza, a creare né una rilevazione seria dei bisogni del mercato del lavoro né il *matchmaking* di cui il mercato del lavoro necessita.

3. Il funzionamento operativo degli avvisi regionali, cabine di regia trilaterali e forme di riattivazione professionale

Il programma GOL ha lo scopo di rinnovare la rete dei servizi per il lavoro, migliorare l'integrazione dei sistemi informativi e in generale, aumentare la prossimità ai cittadini e l'erogazione di interventi personalizzati. In questo paragrafo, anche alla luce della Tabella 2, verranno decritti gli stati di avanzamento dei PAR realizzati in Lombardia, Emilia-Romagna, Umbria e Calabria (aggiornati a dicembre 2022).

In data 23 maggio 2022, con Delibera n. 6427, è stato approvato dalla giunta regionale lombarda il piano attuativo regionale del Programma GOL. La gestione e l'elaborazione dei diversi piani operativi attuativi del Programma GOL, in Lombardia, compete, da un lato, al "Patto per lo Sviluppo dell'economia, del lavoro, della qualità e della coesione sociale" nell'ambito del quale vengono condivise le linee strategiche sui temi fondamentali per l'economia regionale e, dall'altro, alla "Commissione regionale per le politiche del lavoro e della formazione" che costituisce la sede concertativa, con funzioni di proposta, progettazione, valutazione e verifica, rispetto alle linee programmatiche e alle politiche attive del lavoro, dell'istruzione e della formazione. La strategia regionale per l'attuazione del programma GOL si sviluppa in quattro principali ambiti rilancio dell'occupazione, contrasto della disoccupazione, riforma delle politiche attive del lavoro, potenziamento dei servizi per l'impiego. La prima fase è stata avviata a giugno 2022. Dal 6 giugno 2022 i soggetti beneficiari hanno iniziato ad accedere al Programma GOL e ad essere sottoposti alle attività di *profiling,* quell'insieme di tecniche adottate dagli uffici regionali per definire il profilo personale e professionale della persona in cerca di occupazione e di offrire, quindi, interventi

mirati e personalizzati di accompagnamento, inserimento e/o reinserimento nel mercato del lavoro. Destinatari delle attività dei PAR sono stati i disoccupati, anche in sostegno al reddito (crisi aziendali/lunga durata) e gli inoccupati, anche in RDC. In termini numerici, nel 2022, i soggetti destinatari sono stati 69.060. Di questi ultimi, 51.795 individui rientrano nelle categorie vulnerabili, 18.416 sono destinatari di percorsi di formazione e 6.906, invece, sono beneficiari di attività di rafforzamento delle competenze digitali. Dal 20 giugno 2022 le persone sono state messe nella condizione di usufruire dei servizi al lavoro e alla formazione funzionali al loro inserimento lavorativo. Si è proceduto, poi, alla predisposizione, integrazione e all'adeguamento dei sistemi informatici. Questi sono stati ideati in modo tale da permettere una stretta cooperazione applicativa con ANPAL. Alla data del 7 settembre 2022 risulta un numero complessivo di beneficiari pari a 36.562. Le domande prese in carico, all'interno del suddetto novero di soggetti, è pari a 35.681. Di queste ultime, 19.146 sono relative al percorso 1 (reinserimento occupazionale), 9.476 sono relative al percorso 2 (*upskilling*), 5.287 sono relative al percorso 3 (*reskilling*) e 2.653 sono relative al percorso 4 (lavoro e inclusione). Alla data del 7 settembre 2022 sono stati resi disponibili a catalogo 1829 corsi formativi così suddivisi: 1.175 corsi mirati all'inserimento formativo, 246 corsi formativi per la riattivazione, 195 corsi per le competenze digitali, 123 corsi per sicurezza nei luoghi di lavoro, 90 corsi per i profili professionali regolamentati/abilitanti. Il primo avviso pubblico per l'attuazione in regione Lombardia del PAR-GOL è stato pubblicato il 27 maggio 2022. Quest'ultimo interviene nell'ambito dei primi 4 percorsi del Programma GOL vale a dirsi: n.1. Inserimento-Occupazione, n. 2 *Up-skilling*, n. 3 *Re-Skilling,* n. 4 Lavoro e Inclusione. Il percorso n. 5, quello relativo alla ricollocazione collettiva di lavoratori coinvolti in crisi aziendali, sarà oggetto di un successivo avviso. L'attività di intermediazione dei CPI rimane centrale nei piani di attuazione regionale del programma GOL. Per tale ragione la formazione degli operatori CPI da parte di ANPAL-Servizi è considerata un momento di fondamentale importanza per il raggiungimento degli obiettivi prefissati[37]. Per la seconda fase di attuazione del PAR, la Regione Lombardia mira a definire delle nuove modalità per regolare il rapporto tra gli operatori pubblici e privati nelle fasi di presa in carico ed erogazione dei servizi e a creare una maggiore capillarità dei servizi offerti ai cittadini, attraverso il potenziamento della rete sul territorio. A tal fine la Regione Lombardia ha approvato, in data 5 agosto 2022, con Delibera della Giunta Regionale n. 6849 le "Linee guida per il potenziamento della rete dei servizi delle politiche attive" che definiscono

[37] La formazione, è stata svolta da parte degli uffici regionali Lombardia e della società di servizi informatici Aria Spa in collaborazione, per alcuni moduli, con ANPAL Servizi. Con riferimento alle quattro edizioni susseguitesi nei giorni 16, 17, 29, 30 giugno 2022 hanno avuto accesso ai contenuti formativi 1035 operatori. I corsi vertevano sui seguenti argomenti: introduzione al PAR regionale; presentazione 1° Avviso GOL; sistemi informati a supporto del programma GOL e sistema di skill intelligence. Nelle date del 29 e 30 giugno 2022 hanno partecipato 846 operatori hanno ai webinar su agenda condivisa e introduzione al PSP unico. Gli operatori che non hanno partecipato ai webinar hanno a disposizione i contenuti sulla piattaforma da 8 luglio.
Con riferimento alle edizioni del 1 e 4 luglio 2022 si attesta l'iscrizione di 1021 operatori al corso assessment GOL.

l'ambito d'azione del nuovo patto con gli operatori. Nell'ottobre 2022 sono state definite, infine, misure di sostegno alle assunzioni collegate alle politiche attive finanziate dalle risorse Fondo Sociale Europeo + (FSE+). La Regione Lombarda si è impegnata a predisporre delle misure che intercettino anche i *target* esclusi da Programma GOL.

Il PAR in Emilia-Romagna è stato adottato con Delibera n. 81/2022, il 10 maggio 2022, su proposta della Giunta regionale. La strategia regionale per l'attuazione del programma GOL si sviluppa in quattro principali ambiti rilancio dell'occupazione, contrasto della disoccupazione, riforma delle politiche attive del lavoro, potenziamento dei servizi per l'impiego. Destinatari delle attività dei PAR sono i disoccupati, anche in sostegno al reddito (crisi aziendali/lunga durata) e gli inoccupati, anche in RDC. In termini numerici, nel 2022 i soggetti destinatari sono stati 43.144. Di questi, 12.912 soggetti sono destinatari di misure formative (6.086 nell'ambito del percorso 2 di *up-skilling*, 5.326 nell'ambito del percorso 4 "lavoro e inclusione" e 1.500 in quello relativo alla ricollocazione collettiva di lavoratori coinvolti in crisi aziendali). Sono state erogate, inoltre, misure formative specifiche per il rafforzamento delle competenze digitali a 5.500 soggetti di cui 4.000 del cluster 2 (*up-skilling*) e 1.500 del cluster 4 (lavoro e inclusione). Le prese in carico dei beneficiari hanno avuto inizio il 20 luglio 2022. Nel settembre dello stesso anno 8.000 soggetti hanno sottoscritto un Patto di Servizio con i CPI, raggiungendo, a tale data, il 21% del *target* prefissato a quota 38.000 beneficiari. Contestualmente alla sottoscrizione del Patto di Servizio, i beneficiari hanno scelto il CPI o il soggetto privato accreditato presso cui seguire il percorso di politica attiva designato, dallo stesso CPI, in seguito alla loro attività di *profiling*. L'approvazione del primo avviso in attuazione del PAR-GOL è avvenuta con DGR 4 luglio 2022, n. 1133. L'avviso è finalizzato, in particolare, a costituire un elenco, aggiornabile e integrabile, di soggetti privati accreditati al lavoro con la finalità di rendere disponibili le prestazioni per il lavoro ricomprese nel Percorso 1, nel Percorso 2, nel Percorso 3. Le prestazioni che dovranno essere erogate sono l'orientamento specialistico, l'accompagnamento al lavoro, l'attivazione del tirocinio, l'incontro domanda offerta, il supporto all'autoimpiego. La Regione Emilia-Romagna, con la determina n.14192 del 21 luglio 2022 e con determina n. 16554 del 2 settembre 2022, ha approvato i primi due elenchi di soggetti privati accreditati assegnando rispettivamente € 4.273.452,00 ai primi e € 2.848.968,00 ai secondi soggetti accreditati[38]. La formazione degli operatori CPI è stata erogata sotto la coordinazione di ANPAL Servizi. I costi *standa*rd sostenuti per l'attuazione di questi percorsi formativi sono stati sostenibili dal punto di vista economico/finanziario e hanno permesso l'erogazione di servizi di qualità. A oggi (gennaio 2023) non

[38] I primi dati pubblicati dalla Regione Emilia-Romagna indicano 58 mila persone disoccupate prese in carico dal Programma GOL e quasi 16 mila i contratti di lavoro già attivati nei primi mesi del 2023 (si v. https://notizie.regione.emilia-romagna.it/comunicati/2023/febbraio/lavoro-2018gol2019-il-programma-nazionale-di-occupabilita-dei-lavoratori-in-emilia-romagna-ha-gia-raggiunto-e-superato-gli-obiettivi-58mila-le-persone-senza-occupazione-prese-in-carico-sei-su-dieci-sono-donne-bonaccini-201cpolitiche-condivise)

sono ancora stati pubblicati i bandi per i cataloghi formativi. Le norme di gestione e *governance* delle misure determinate dall'Emilia-Romagna per l'attuazione del PAR sono ancora in via di definizione. Tuttavia, la Regione Emilia-Romagna ha individuato gli organismi ai quali spetta la definizione delle iniziative attuative del Programma GOL. A tal proposito, nel contesto del "Patto per il lavoro e per il clima" verranno delineate e condivise le linee strategiche per l'attuazione del programma GOL e saranno organizzate riunioni periodiche e tavoli specifici tra i firmatari del Patto appena menzionato vale a dirsi associazioni d'impresa, organizzazioni sindacali, professionisti, enti del Terzo Settore, ABI, Unioncamere e alcuni atenei. All'interno della "Commissione Regionale Tripartita" (Tavolo specifico di confronto PNRR) vengono, invece, discussi gli atti deliberatori sulle politiche del lavoro e della formazione. Quest'ultima è presieduta dall'assessore regionale competente, da sei componenti effettivi e sei supplenti, designati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori più rappresentative a livello regionale, da sei componenti effettivi e sei supplenti, designati dalle organizzazioni dei datori di lavoro più rappresentative a livello regionale e dalla consigliera di parità.

In data 25 febbraio 2022, con Delibera n. 149, è stato approvato dalla giunta regionale umbra il piano attuativo regionale del Programma GOL. La gestione e l'elaborazione dei diversi piani operativi attuativi del Programma GOL, in Umbria, competono all'Osservatorio regionale sul mercato del lavoro, istituito deliberazione della giunta regionale n. 1240 seduta del 10/12/2021[39]. Fa parte dell'Osservatorio sul Mercato del Lavoro anche il Comitato Tecnico Scientifico ovvero un comitato in cui si riuniscono i soggetti tecnici che analizzano ed elaborano i documenti e producono annualmente un rapporto di analisi e valutazione delle politiche regionali anche in termini previsionali e suggerimenti di *policy*. La strategia regionale per l'attuazione del programma GOL si sviluppa in quattro principali ambiti: rilancio dell'occupazione, contrasto della disoccupazione, riforma delle politiche attive del lavoro, potenziamento dei servizi per l'impiego. Destinatari delle attività dei PAR sono stati i disoccupati, anche quelli sottoposti a misure di sostegno al reddito (crisi aziendali/lunga durata) e gli inoccupati, anche in RDC. In termini numerici, nel 2022, i beneficiari del *target* 1 (donne, disoccupati di lunga durata, persone con disabilità, giovani under 30, lavoratori over 55) sono stati 7.680 di cui di cui 5760 vulnerabili, mentre i beneficiari del *target* 2, coloro che sono stati coinvolti in attività di formazione, sono stati 2.048 di cui n. 768 in competenze digitali. La prima fase del PAR è stata avviata a luglio 2022. Dal 18 luglio 2022 i beneficiari sono stati presi in carico e sono iniziate le relative attività di *assessment*. Il primo avviso pubblico per

[39] L'Osservatorio regionale sul mercato del lavoro è composto dall' Assessore regionale con delega alle politiche del lavoro e della formazione; dal Presidente dell'Agenzia regionale Politiche attive del Lavoro ARPAL Umbria; dal Direttore dell'Agenzia regionale Politiche attive del Lavoro ARPAL Umbria; dal Direttore regionale Sviluppo economico, Agricoltura, Lavoro, Istruzione, Agenda Digitale; dal Direttore regionale Risorse, Programmazione, Cultura, Turismo; dal Consigliera regionale di parità; dal Presidenti delle associazioni datoriali e dai Segretari regionali delle Organizzazioni sindacali dei lavoratori.

l'attuazione in regione Umbria del PAR-GOL è stato pubblicato il 29 giugno 2022. Quest'ultimo è stato approvato con delibera della giunta regionale n. 627 del 22 giugno 2022. L'avviso aveva per oggetto l'acquisizione di manifestazioni di interesse finalizzate alla realizzazione dei corsi di formazione relativi al Percorso 2 - Aggiornamento (*Upskilling*) e al Percorso 3 - Riqualificazione (*Reskilling*) previsti dal Programma GOL. In data 6 luglio 2022 è stata, poi, pubblicata la delibera della Giunta Regionale n. 689, con la quale si è proceduto all'approvazione dello schema di convenzione per la realizzazione del servizio di *assessment* nell'ambito di tutti i percorsi previsti nel Programma GOL. La bozza del secondo Avviso, invece, è stata inviata all'unità di missione del Ministero per il parere di competenza e verrà pubblicata solo dopo il relativo riscontro. La bozza del secondo avviso predispone interventi nell'ambito del Percorso 1 - Reinserimento occupazionale, del Percorso 2 - Aggiornamento (*Upskilling*) e del Percorso 3 – Riqualificazione (*Reskilling*). Con Determinazione Direttoriale n. 1018 del 12 agosto 2022 è stato, infine, approvato l'elenco delle agenzie formative ammesse e selezionate alla realizzazione delle misure di formazione di cui al Percorso 2 - Aggiornamento (*Upskilling*) e al Percorso 3 - Riqualificazione (*Reskilling*) del PAR GOL dell'Umbria. La Formazione degli operatori dei CPI, ritenuta dalla Regione Umbria quale momento di fondamentale importanza per la riuscita del Programma GOL, è affidata ad ANPAL Servizi ed è iniziata il 7 luglio 2022 ed è tutt'ora in corso di realizzazione.

Il PAR-GOL della Regione Calabria è stato adottato in via definitiva con delibera di giunta n. 169 del 30 aprile 2022. Con lo scopo di analizzare in modo puntuale le dinamiche territoriali, le politiche di sviluppo e l'impatto che esse hanno sul territorio e sulla popolazione calabrese è stato istituito, con DDG del 28 gennaio 2020, n. 578, l'Osservatorio Economico Territoriale delle politiche del Lavoro, denominato, in sigla, "OSL.Cal". Quest'ultimo persegue l'obiettivo strategico di disporre dei dati e degli indicatori territoriali (su base comunale) per osservare i risultati raggiunti dalle *policy* di sviluppo e del lavoro, nei territori e nei diversi sistemi locali di riferimento. Tale attività vuole supportare eventuali riprogrammazioni delle risorse e promuovere un dibattito pubblico informato e socialmente responsabile. La strategia regionale per l'attuazione del programma GOL si sviluppa in quattro principali ambiti rilancio dell'occupazione, contrasto della disoccupazione, riforma delle politiche attive del lavoro, potenziamento dei servizi per l'impiego. Destinatari delle attività dei PAR saranno i disoccupati, anche in sostegno al reddito (crisi aziendali/lunga durata) e gli inoccupati, anche in RDC. Per l'anno 2022, si è registrato il raggiungimento del *target* di 27.120 beneficiari, di cui almeno 20.340 rientranti nella categoria delle persone vulnerabili. La profilazione qualitativa è stata avviata dai CPI in data 15 giugno 2022. Alla data del 8 luglio 2022 gli *assesment* e i patti di servizio GOL sono stati pari a 2.583. Questi ultimi dovranno essere riversati, all'avvio a sistema della profilazione qualitativa, sul Sistema Informativo Lavoro regionale (SIL). Il 31 luglio 2022 sono stati pubblicati altri due avvisi trasmessi, per averne un preventivo riscontro, anche alla

"Unità di Missione per l'attuazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza" istituita presso il Segretariato Generale. I suddetti avvisi costituiscono due bandi per la selezione dei soggetti attuatori accreditati. La Regione Calabria ha richiesto, inoltre, un incontro bilaterale con la "Unità di Missione del PNRR" e ANPAL al fine di esaminare congiuntamente gli stati di avanzamento del Piano Attuativi del Programma GOL.

Anche alla luce di questi fatti, ci siamo posti l'obiettivo di provare a comprendere in modo concreto le difficoltà che gli operatori pubblici regionali stanno riscontrando quotidianamente nella gestione del Programma GOL. Abbiamo deciso di analizzare in modo specifico le procedure che attengono alla ricollocazione collettiva, provando a individuare alcune possibili soluzioni. Sappiamo che le politiche attive debbono agire in modo concreto, predisponendo pacchetti formativi efficienti, orientando le scelte individuali al meglio all'interno del mercato del lavoro. Il che significa organizzare laboratori seminariali che insegnino attività concrete, come la redazione di un curriculum vitae attraente, la realizzazione di video di presentazione, la simulazione di colloqui di lavoro, oppure ancora la comprensione delle diverse tutele tra lavoro autonomo e subordinato, in modo che destinatari dell'offerta formativa possano scegliere con maggiore consapevolezza le proprie preferenze. Tutti questi sforzi, tuttavia, rischiano di essere vanificati dalla mancata disponibilità dei dati sui lavoratori, o, quantomeno, dal fatto che i dati a disposizione delle varie pubbliche amministrazioni coinvolte non sono univoci.

Su questo tema abbiamo notato che esiste una specie di tecnofobia delle Regioni/Province autonome nel realizzare il sistema informativo unitario delle politiche del lavoro di cui all'art. 13 d.lgs. 15 settembre 2015, n. 150. C'è anche una certa ritrosia nel rendere pubblici i fabbisogni specifici di personale da parte dei datori di lavoro, nell'idea che il passaparola ha sempre funzionato meglio rispetto agli annunci di lavoro. A ciò si aggiunga che non funziona adeguatamente la profilazione dei soggetti coinvolti, poiché tale attività non è conforme ai reali fabbisogni dei datori di lavoro. Se non si profila adeguatamente un soggetto, risulterà impossibile calibrare il percorso formativo per inserire le persone nel mercato del lavoro. Come si può, dunque, tentare di ancorare la formazione rispetto alle reali esigenze dei datori di lavoro? Di sicuro, analizzando i recenti dati del *mismatch* nel mercato del lavoro[40], insistere con una formazione di tipo generalista serve a ben poco, ma occorre piuttosto una virtuosa collaborazione tra pubblico e privato. Sul punto ci sono alcune sperimentazioni interessanti a livello regionale (v. il caso umbro o quello emiliano-romagnolo) che muovono da un programma analitico di percorso formativo, maggiormente focalizzato sulle reali esigenze del mercato del lavoro, anche alla luce dell'implementazione degli indirizzi nazionali per la valorizzazione e il rafforzamento dei percorsi formativi degli istituti

[40] Si v. C. GAGLIARDI, R.A. MARONI, S. SCACCABAROZZI, C. LUCIFORA, *Occupazione e PNRR: cambiamenti e mismatch nella struttura dell'occupazione* in CNEL, *XXIV Rapporto del mercato del lavoro e della contrattazione collettiva*, 2022, p. 325 ss. – *online* in www.cnel.it

tecnologici superiori e caratterizzato dalla selezione degli enti di formazione e delle agenzie per il lavoro più efficienti.

4. Il funzionamento operativo della condizionalità anche per i lavoratori in CIGS e applicazione delle sanzioni a livello regionale. Inefficienze

Nell'ultimo decennio il legislatore ha cercato di garantire, sulla base dei concetti della strategia europea della *flexicurity*, meccanismi di condizionalità che garantissero un forte legame fra politiche attive e politiche passive del lavoro. Sono due i principali meccanismi di condizionalità previsti, che si differenziano per molti aspetti, fra cui soprattutto i destinatari coinvolti, la disciplina sanzionatoria e gli enti assegnati ad irrogare tali sanzioni. Qui concentreremo l'attenzione sul primo meccanismo il quale riguarda i lavoratori in integrazione salariale straordinaria[41]. Mediante i due decreti ministeriali di agosto 2022 sono state definite le modalità di formazione e di riqualificazione e la conseguente disciplina sanzionatoria, in seguito all'art. 1, co. 202, l. 30 dicembre 2021, n. 234, che ha revisionato il d.lgs. 14 settembre 2015, n. 148, introducendo il nuovo art. 25-*ter*. Nel co. 2 viene specificato che le attività formative possono essere cofinanziate dalle Regioni nell'ambito delle rispettive misure di formazione e politica attiva del lavoro e nel co. 3 viene assegnata al Ministero del lavoro delle politiche sociali la competenza a adottare un decreto nel quale siano definite le modalità sanzionatorie in caso di mancata partecipazione alle attività formative. I destinatari di questi percorsi formativi e delle relative modalità sanzionatorie sono quelli indicati dal d.m. 2 agosto 2022, n. 142. Nell'art.1 di tale decreto ministeriale si specifica che il regime si applica ai lavoratori beneficiari di integrazione salariale straordinaria previsti dal Titolo I, capo III, e dal Titolo II del d.lgs. 14 settembre 2015, n. 148, tra cui anche i beneficiari delle prestazioni dei fondi di solidarietà bilaterali (art. 26), dai fondi di solidarietà bilaterali alternativi (art. 27), dal fondo d'integrazione salariale (art. 29) e dai fondi di solidarietà territoriali e intersettoriali (art. 40). Nell'art. 3, co. 3, viene inoltre specificato che i progetti formativi o di riqualificazione devono contemplare le esigenze formative collegate al programma di intervento dell'integrazione salariale straordinaria ai fini

[41] Sappiamo che con riferimento al secondo meccanismo l'art. 21 del d.lgs. 14 settembre 2015, n. 150 disciplina il regime della condizionalità di cui alla nuova assicurazione sociale per l'impiego (NASPI) e per l'indennità di disoccupazione per i lavoratori con rapporto di collaborazione coordinata (DIS-COLL). I beneficiari di tali prestazioni devono contattare i CPI per stipulare un patto di servizio personalizzato come specificato dall'art. 20. Attraverso tale patto, i lavoratori disoccupati negoziano con i CPI una condizionalità che lega da una parte l'impegno del lavoratore a partecipare a corsi di formazione per aumentare la sua appetibilità sul mercato del lavoro e facilitare l'occupabilità e, dall'altra, l'ottenimento delle prestazioni previdenziali. L'art. 21, co. 7, ha introdotto una serie di sanzioni da applicarsi in base alla gravità dell'inadempimento alle iniziative di attività formative rispetto ai beneficiari delle indennità NASPI e DIS-COLL. In caso di mancata presenza agli appuntamenti può verificarsi la decurtazione della prestazione previdenziale secondo alcuni criteri predeterminati. Le stesse sanzioni sono ugualmente previste nel caso di mancata presentazione, in assenza di giustificato motivo, alle convocazioni per la conferma dello stato di disoccupazione e per la profilazione e la stipula del patto di servizio personalizzato, come pure per la frequenza ordinaria di contatti con il responsabile delle attività. In caso di mancata accettazione di un'offerta di lavoro congrua il beneficiario decade della prestazione.

della ripresa a regime dell'attività lavorativa in azienda, le modalità di valorizzazione del patrimonio delle competenze possedute dal lavoratore e le modalità di personalizzazione dei percorsi di apprendimento, in base alla valutazione in ingresso. Sulla base di tali premesse, con il d.m. del 2 agosto 2022, n. 140 vengono dettati i *"Criteri e modalità per l'accertamento sanzionatorio di mancata attuazione dell'obbligo formativo da parte del lavoratore in costanza delle integrazioni salariali straordinarie"*, in ragione dei quali il lavoratore in integrazione salariale straordinaria dovrà partecipare a iniziative di formazione o di riqualificazione professionale allo scopo di rendere il profilo lavorativo più appetibile sul mercato del lavoro. L'obiettivo dei percorsi formativi è quello di favorire il riassorbimento occupazionale in quel contesto aziendale o, in alternativa, dove sia possibile. Il termine del percorso formativo è previsto il rilascio di una certificazione dei risultati di apprendimento raggiunti. Viene specificato che la formazione può essere finanziata anche da fondi interprofessionali, che in questo capo possono recuperare le risorse economiche rispetto al taglio del montante contributivo (art. 1, co. 242, l. 30 dicembre 2021, n. 234). La mancata partecipazione in tutto o in parte, senza giustificato motivo, alle iniziative di formazione prevede l'irrogazione di diverse sanzioni: tra il 25% ed il 50% delle ore complessive previste, comporta l'irrogazione della sanzione corrispondente alla decurtazione di un terzo delle mensilità del trattamento di integrazione salariale straordinario, ferma restando la sanzione minima della decurtazione di una mensilità di trattamento di integrazione salariale; tra il 50% ed l'80% delle ore complessive previste, comporta l'irrogazione della sanzione corrispondente alla decurtazione della metà delle mensilità del trattamento di integrazione salariale straordinario, ferma restando la sanzione minima della decurtazione di una mensilità di trattamento di integrazione salariale; in misura superiore all'80% delle ore complessive previste, comporta la decadenza del trattamento di integrazione salariale. Il decreto ministeriale stabilisce una serie di valide giustificazioni nel caso in cui il lavoratore non riesca a partecipare alle attività formative, tra cui malattia o di infortunio, servizio civile o di leva, gravidanza, citazioni in tribunale, motivi familiari documentati e/o certificati, etc. Ad accertare l'inadempimento è il servizio ispettivo territorialmente competente. Nel caso in cui l'organo ispettivo individui delle assenze nei registri dell'ente che eroga l'attività formativa, esso provvederà alla contestazione della sanzione in base al numero delle assenze non giustificate. Ai fini dell'applicazione della sanzione, l'organo ispettivo darà comunicazione alla sede territorialmente competente dell'INPS. Per i lavoratori destinatari del trattamento di integrazione salariale a carico dei fondi di solidarietà, le modalità per procedere alla decurtazione delle mensilità sono individuate dai fondi di solidarietà.

Le interviste e i *workshop* ci hanno permesso di rilevare a tal proposito quanto segue sulla funzionalità della condizionalità soprattutto per i lavoratori in integrazione salariale. Sono stati riscontrati diversi problemi. L'ambigua distinzione tra percettori di NASPI (cui si applica ancora l'art. 21, d.lgs. 14 settembre

2015, n. 150) e percettori di RDC (che, invece, seguono la disciplina di cui al d. l. 28 gennaio 2019, n. 4, conv. in l. 28 marzo 2019, n. 26, in combinato disposto col d.lgs. n. 150/2015) si moltiplica se comparata a ciò che bisognerebbe fare per i beneficiari di integrazioni salariali straordinarie. Concentrandosi sul momento della convocazione del percettore della misura di politica attiva si nota che, mentre i soggetti in RDC godono di modalità più snelle per quanto attiene la fase di convocazione, dal momento che possono essere convocati con un semplice sms o tramite posta elettronica, i beneficiari di NASPI (e probabilmente quelli di CIGS/integrazioni salariali) sottostanno ancora a metodi che qui definiamo arcaici e, in ogni caso, poco efficienti, come la posta raccomandata. Il che provoca molti problemi alle Regioni a cominciare dai costi elevati da sostenere per l'invio delle raccomandate. I problemi riguardano, poi, anche la lentezza dell'utilizzo della posta ordinaria. Mentre, i metodi digitali di invio di comunicazioni sono immediati, durante il percorso temporale della raccomandata può capitare che il soggetto destinatario della convocazione trovi un lavoro, che lo porta a rinunciare all'incontro formativo. In tali casi può capitare che le Regioni, alla luce della giustificata assenza del lavoratore, applichino le sanzioni previste dalla disciplina di legge.

Le Regioni, inoltre, non hanno l'accesso ai dati sui lavoratori al pari degli operatori dell'INPS, e tale fattore influenza negativamente il lavoro dei tecnici regionali. Il che costituisce un grave limite al meccanismo della condizionalità. Ci sono altissime percentuali di defezioni alle convocazioni. Si arriva addirittura a circa il 50% in alcune Regioni in relazione alla presa in carico dei beneficiari del programma GOL. Anzi, alcuni segnalano che esiste una sorta di staticità o blocco da parte dei percettori di sostegno al reddito che li porta a rinunciare in molti casi ai programmi formativi, anche spinti da un senso di impunità rispetto al meccanismo di condizionalità.

Le Regioni auspicano la semplificazione delle procedure. Imporre meccanismi farraginosi per assicurare senza grandi risultati la condizionalità nell'attuazione delle misure di politica attiva del lavoro, da un lato, non aiuta il lavoro dei centri per l'impiego, costretti a redigere piani formativi senza dati precisi e aggiornati sui beneficiati dei sussidi, dall'altro, spingono i cittadini a non partecipare ai piani formativi predisposti, spesso anche per un senso di scarsa fiducia verso l'azione pubblica. È proprio sugli aspetti culturali che bisognerebbe lavorare, rivedendo l'impianto normativo della condizionalità. Esso non va inteso come uno strumento punitivo, mediante il quale si risparmia spesa pubblica nel caso in cui i più solerti funzionari dei CPI individuino soggetti negligenti rispetto alle convocazioni. Servirebbe, inoltre, un maggiore coinvolgimento tra pubblico e privato nell'attuazione delle condizionalità. Si dovrebbe procedere con l'assegnazione ai datori di lavoro della funzione di segnalazione delle assenze dei beneficiari dei sussidi alle convocazioni. Cioè, anziché imporre tale onere esclusivamente ai funzionari dei CPI, sarebbe ancora più utile coinvolgere i datori di lavoro in tal senso, così da responsabilizzare sia i cittadini

che i datori di lavoro, creando un solido patto civico per l'attuazione delle misure di politica attiva al fine di rendere più dinamico – e, pertanto, più efficiente – il mercato del lavoro.

5. Tabelle

La Tabella 1 riporta il nostro modello di indagine scientifica. Tale Tabella ci ha permesso di rilevare dati e informazioni da Regioni, Province autonome e parti sociali. In particolare, i temi della Tabella 1 comprendono l'analisi delle forme di coinvolgimento delle parti sociali a livello regionale in cabine di regia, più o meno formalizzato, e la relativa efficacia nell'adattamento del PNRR alle situazioni locali, l'utilizzo delle risorse destinate a una serie di obiettivi del PNRR/PAR mediante avvisi e bandi, la disamina delle singole misure definite nel PAR in relazione al gruppo di destinatari individuati dal PNRR/PAR.

Tabella 1

A. Cabina Regionale di Regia	Descrizione del funzionamento	Struttura Composizione Regole Istituzione formalizzata mediante atti regionali Altro	
B. Strategia locale	Descrizione dei seguenti ambiti	Rilancio dell'occupazione Contrasto della disoccupazione Riforma delle politiche attive del lavoro	

		Potenziamento dei servizi per l'impiego	
C. Risorse	Individuazione delle risorse	GOL Fondo per il potenziamento delle competenze e la riqualificazione professionale (FPCRP) Altro	
D. Destinatari delle misure/attività PAR	Distinzione per (i) disoccupati, anche in sostegno al reddito (crisi aziendali/lunga durata), e (ii) inoccupati, anche in RDC (in particolare, giovani, over55, donne, disabili)	2022 2023 2024 2025	
E. Descrizione degli obiettivi indicati dal PAR e delle misure/attività	Descrizione dei percorsi GOL	reinserimento lavorativo aggiornamento (upskilling) riqualificazione (reskilling): lavoro ed inclusione	

		ricollocazione collettiva	
F. Modalità attuative	Descrizione delle modalità attuative (exp. assegno per il lavoro, unità di crisi, etc.)		
G. Coinvolgimento eventuale da parte della Regione nelle modalità operative delle organizzazioni sindacali/datoriali, patronati, bilateralità, APL, etc.	Descrizione e verifica eventuali bandi regionali		

La Tabella 2 riporta l'attuazione dei PAR a livello regionale. È una Tabella sinottica che è stata aggiornata con i dati disponibili al 30 dicembre 2022.

Ricognizione sullo stato di attuazione del Programma GOL

Aggiornamento al 30 dicembre 2022

REGIONI	Approvazione definitiva del PAR	Avvio della presa in carico dei beneficiari	Pubblicazione degli avvisi pubblici GOL	Formazione operatori CPI da parte di ANPAL Servizi	Note integrative/questioni aperte
ABRUZZO	Con DGR n. 167/2022 è stato approvato il PAR GOL. Con Nota ANPAL n.4699 del 7 aprile 2022, con la quale è stato comunicato l'esito positivo della	La presa in carico sarà avviata a decorrere dal **25 luglio 2022**	Data di pubblicazione dell'avviso: In attesa di approvazione da parte dell'Unità di Missione il primo Avviso, che sarà pubblicato **entro il mese di luglio 2022**. È prevista la pubblicazione di ulteriori due avvisi all'esito della definizione del Catalogo dei Soggetti realizzatori, quindi orientativamente **entro il mese di settembre 2022.**	Sì	

	valutazione della bozza del PAR del programma GOL e nota ANPAL n.6320 del 12 maggio 2022 per approvazione definitiva a seguito di integrazioni.		Ambiti di riferimento nell'ambito dei 5 percorsi del Programma GOL: L'avviso attualmente sottoposto all'approvazione di ANPAL è una **manifestazione di interesse rivolta ai soggetti realizzatori** che si candidano all'erogazione delle misure previste nei cinque percorsi di GOL. Successivamente sarà pubblicato specifico Avviso rivolto agli organismi di formazione accreditati per l'erogazione dei percorsi di upskilling e reskilling. In parallelo sarà pubblicato apposito Avviso rivolto esclusivamente agli IITS, con il quale sarà costituito il catalogo dei percorsi di upskilling e reskilling erogati dagli stessi IITS. Caratteristiche dell'Avviso: Il primo Avviso è finalizzato alla costituzione del Catalogo dei Soggetti Realizzatori delle misure dei vari percorsi. Lo **sportello è sempre aperto** ed è possibile candidarsi in ogni momento ed anche progressivamente per ulteriori misure. Il Secondo e il terzo Avviso sono multimisura, in quanto concorrono alla realizzazione delle misure di upskilling e reskilling che sono previste nei percorsi 2, 3, 4 e 5.		
BASILICATA	Il PAR Basilicata è stato approvato in via definitiva con DGR 433 del 6 luglio 2022	Le convocazioni per la profilazione sono iniziate dal **15 luglio 2022**	Data di pubblicazione dell'avviso: Gli avvisi saranno pubblicati a fine luglio/ inizio agosto Ambiti di riferimento nell'ambito dei 5 percorsi del Programma GOL: Presumibilmente gli avvisi concerneranno il	Sì, in atto	Venerdì 15 luglio è stato fissato l'incontro bilaterale con l'unità di missione.

			percorso 2 e il percorso 3		
CALABRIA	Il PAR GOL Calabria è stato adottato in via definitiva con Delibera di Giunta n. 169 del 30 aprile 2022, pubblicato sul Bollettino Ufficiale della Regione Calabria n. 67 del 5 maggio 2022.	La profilazione qualitativa, tramite fogli Excel, è stata avviata dai CPI della Regione Calabria in data 15 giugno 2022. Alla data del 8 luglio 2022 gli assesment e patti di servizio GOL sono stati pari a **2.583**. All'avvio a sistema della profilazione qualitativa dovranno essere riversati sul SIL regionale.	Data di pubblicazione dell'avviso: Entro il 31/07/2022 è prevista la pubblicazione di n. 2 Avvisi, trasmessi all'Unità di Missione per preventivo riscontro. Ambiti di riferimento nell'ambito dei 5 percorsi del Programma GOL: Gli ambiti dei due Avvisi riguardano: -**catalogo dell'offerta formativa, soggetti attuatori e misure di formazione**; -**accreditamento dei soggetti attuatori per l'attuazione misure di accompagnamento al lavoro**. Caratteristiche dell'avviso: Si tratta di bandi per la selezione dei soggetti attuatori accreditati.	Sì	È stato richiesto un incontro bilaterale con Unità di Missione e ANPAL.
CAMPANIA	Con DGR n. 281 del 7 giugno 2022 ha approvato il Piano Attuativo Regionale per la Campania	La presa in carico sarà avviata a decorrere dal **27 luglio 2022**	Data di pubblicazione dell'avviso: Il primo avviso è stato inviato all'unità di missione del Ministero ed ANPAL per il preventivo parere. Il secondo avviso rivolto agli operatori privati per la formazione sarà trasmesso all'unità di missione del Ministero ed ANPAL per il preventivo parere entro il 26 luglio 2022. Il terzo avviso rivolto agli operatori dei servizi per il lavoro è in fase avanzata di definizione. Ambiti di riferimento nell'ambito dei 5 percorsi del Programma GOL: Il primo avviso sarà rivolto ai **beneficiari per la prima attuazione in Campania del programma**. Tale avviso descrive il processo di convocazione, presa in carico, assessment ed avvio dei percorsi,	No. L'Amministrazione regionale ha realizzato autonomamente le attività formative rivolte agli operatori dei CPI per la gestione delle diverse fasi del processo	

			nonché i relativi soggetti realizzatori. Il secondo e il terzo avviso disciplinano le **modalità di adesione al programma da parte degli operatori privati per la formazione e per i servizi per il lavoro**, i relativi requisiti, le modalità di avvio, di realizzazione, di rendicontazione e di riconoscimento economico delle attività formative, di orientamento, di accompagnamento e di tirocinio.		
EMILIA - ROMAGNA	Il PAR è stato adottato, con delibera dell'assemblea legislativa n. 81/2022 del 10/05/2022, su proposta della Giunta regionale (Delibera della Giunta regionale n. 235 del 25 febbraio 2022)	La data programmata per l'avvio delle prese in carico dei beneficiari è il **20 luglio 2022**	Data di pubblicazione dell'avviso: Approvazione del primo Avviso in attuazione del Par GOL con DGR n.1133 del 4/7/2022. Ambiti di riferimento nell'ambito dei 5 percorsi del Programma GOL: **Percorsi 1, 2, 3** Caratteristiche dell'Avviso: Il primo Avviso è finalizzato a costituire **un elenco, aggiornabile e integrabile, di soggetti privati accreditati al lavoro** con la finalità di rendere **disponibili le prestazioni per il lavoro ricomprese nel Percorso 1. Reinserimento occupazionale, nel Percorso 2 - Aggiornamento (Upskilling) e nel Percorso 3 - Riqualificazione (Reskilling)**. In esito alle procedure di istruttoria e validazione, i titolari delle Operazioni saranno responsabili e dovranno impegnarsi ad erogare le prestazioni, a favore delle persone che li avranno scelti in fase di sottoscrizione del Patto di servizio. Ciascun soggetto realizzatore deve candidare n. 3 operazioni, una per ciascuna Azione e, pertanto, una per	Sì	

			ciascun Cluster/Percorso. Le prestazioni sono: **Orientamento specialistico, Accompagnamento al lavoro, Attivazione del tirocinio, Incontro Domanda Offerta, Supporto all' autoimpiego.**		
Domande		**Ci sono ulteriori dati disponibili a settembre 2022?**	**Ci sono ulteriori avvisi/bandi? Se sì, quali e con quali caratteristiche?**	**Come sta procedendo la formazione degli operatori CPI? Criticità?**	**Note sull'attuazione.**
Risposta		8.000 persone hanno sottoscritto un Patto di servizio con i CPI, pari al 21% del target previsto. Contestualmente alla sottoscrizione del Patto i beneficiari hanno scelto il CPI o il Soggetto privato Accreditato presso cui seguire il percorso di Politica attiva, assegnato dal CPI in base al profiling.	Sono stati approvati i primi due elenchi di Soggetti privati Accreditati, con le seguenti Delibere: Determina n.14192 del **21 luglio 2022:** Approvazione primo elenco di Soggetti privati Accreditati in Area 1 Risorse complessive assegnate € 4.273.452,00 Determina n. 16554 del **2 settembre 2022:** Approvazione secondo elenco di Soggetti privati Accreditati in Area 1. Risorse complessive assegnate € 2.848.968,00 DET. 16554_del_ 2-9-2022_ Approvazio DET. 14192_del_21_lug_202	È stata erogata	Vi è un aumento significativo di beneficiari che scelgono il Soggetto Accreditato, facente capo a Confcommercio ER, rispetto alle precedenti misure di Politica Attiva Lavoro finanziate dalla Regione.
LIGURIA	Il PAR è stato approvato con DGR n° 177-2022 in data 15/03/2022 ed è stato contestualmente trasmesso ad ANPAL per la valutazione di coerenza. In data	Si prevede di avviare le attività di assessment nei giorni tra il 18 e il 20 luglio p.v. Numero dei beneficiari presi in carico allo stato attuale: alla data del 11/07/2022 il numero è zero. Si stima una media di almeno 600	Data di pubblicazione dell'avviso: L'Avviso n. 1 per l'attuazione dei percorsi 1,2,3 e 4 di GOL in Liguria è stato approvato dalla Giunta Regionale in data 15/07/2022 con d.G.R. 667/2022 dopo aver ricevuto il nulla osta alla pubblicazione dall'UdM con nota del 13/07/2022. Lo sportello per la presentazione delle candidature è attivo dal 18/07/2022 e fino al 01/08/2022.	In fase di avvio il percorso formativo ForPlus su G.O.L. e Assessment. In parallelo già realizzate sessioni informative in presenza sul modello di funzionamento di GOL in Liguria ai sensi del PAR e sulla modalità di utilizzo dello strumento di assessment nel processo di lavoro del centro per l'impiego.	Tutti gli atti programmatori regionali sono pubblicati nella pagina dedicata: **https://www.regione.liguria.it/homepage/lavoroliguria/programma-gol/gol-operatori/programmazione-gol.html)** ivi comprese le note di validazione di ANPAL. L'Avviso pubblicato è scaricabile al seguente link: https://www.regione.liguria.it/homepage/lavoro-liguria/programma-gol/gol-operatori/avvisi-regionali-gol.html

	31/03/2022, con nota protocollo n. 0004383, ANPAL ha comunicato a Regione Liguria di aver effettuato la valutazione e di coerenza del Piano Regionale di Attuazione con il Programma Nazionale, concludendo il suo esame con esito positivo e senza alcun rilievo. A seguito dell'approvazione delle delibere ANPAL n. 5/2022 e 6/2022, e in particolare dell'allegato C "Standard dei servizi di GOL e relative unità di costo standard", Regione Liguria ha provveduto ad aggiornare il PAR alla luce degli impatti che il nuovo impianto di Misure e UCS ha determinato sulla tipologia di misure di politica attiva erogabili all'interno del	patti a settimana con previsto raggiungimento del target assegnato al 31/12/2022.	<u>Ambiti di riferimento nell'ambito dei 5 percorsi del Programma GOL:</u> la Regione mette a bando i primi **4 percorsi: n. 1 (Inserimento Occupazione), n. 2 (Up-skilling), n. 3 (Re-Skilling), n. 4 (Lavoro e Inclusione)**. Il percorso n. 5, ossia quello relativo alla ricollocazione collettiva di lavoratori coinvolti in crisi aziendali, sarà oggetto di un successivo Avviso emanato entro l'anno. <u>Caratteristiche dell'avviso:</u> Avviso rivolto a: Soggetti proponenti in forma singola; Soggetti in forma aggregata sino a un massimo di 6 (il numero sale a 7 se all'interno del raggruppamento partecipa un Soggetto già convenzionato con Regione Liguria per l'erogazione di servizi di supporto all'autoimpiego/autoimprenditorialità, nonché Camere di Commercio e Associazioni imprenditoriali. Il Soggetto proponente in forma singola deve disporre dell'accreditamento al lavoro, alla formazione e essere un Ente titolato IVC. In caso di raggruppamento, le 3 "anime" devono essere assicurate collettivamente. Il territorio regionale è stato suddiviso in 3 ambiti: 1. Genova. 2. Spezia e Tigullio. 3. Savona e Imperia. All'interno dell'ambito territoriale nel quale viene presentata la candidatura, il Soggetto proponente si impegna ad erogare tutti i servizi al lavoro, formativi e IVC di cui ai 4 i percorsi oggetto dell'Avviso. L'offerta formativa da garantire da parte dei soggetti attuatori è già prevista all'interno dell'avviso sulla base di un catalogo formativo		

	Programma GOL e dei nuovi costi standard. In data 7 giugno 2022 il PAR aggiornato è stato approvato con Deliberazione di Giunta Regionale n° 526/2022. ANPAL ha dato parere positivo alla versione aggiornata del PAR della Regione Liguria con nota prot. 8079 del 22/06/2022. Il PAR di GOL è stato pubblicato sul BURL del 22 giugno 2022.		regionale realizzato sull'analisi dei fabbisogni professionali delle imprese del territorio. Il catalogo formativo è realizzato nel rispetto degli standard del PNC con riferimento a SEP, ADA, EQF, CP ISTAT 2011. Il catalogo formativo definitivo costituito da Regione Liguria nell'ambito dell'avviso GOL è composto da 56 percorsi di re-skilling, 98 percorsi di up-skilling e 27 corsi per le competenze di base e trasversali, di cui n. 9 corsi per rafforzamento competenze digitali.		
Domande		**Ci sono ulteriori dati disponibili a settembre 2022?**	**Ci sono ulteriori avvisi/bandi? Se sì, quali e con quali caratteristiche?**	**Come sta procedendo la formazione degli operatori CPI? Criticità?**	**Note sull'attuazione.**
Risposta		Si sono costituite le ATI tra i centri di formazione. Il nostro ente Iscot Liguria fa parte della ATI ambito Genova insieme CLP (ente della CCIAA), ISFORCOOP, CESCOT,EPASA,GPOWER, SCUOLA EDILE. Al momento a nessun ente sono stati segnalati beneficiari per la formazione.	Non ci sono nuovi avvisi/bandi	Non abbiamo informazioni in merito alla formazione degli operatori CPI che tuttavia riteniamo sia stata completata. Infatti da notizie avute informalmente sarebbero già stati "presi in carico" dai CPI 4500 beneficiari sugli 8000 previsti e sempre da notizie informali tali beneficiari dovrebbero essere segnalati ai centri di formazione.	Dall'ultima riunione estiva non si sono piu svolti incontri. Da tenere presente che gli assessori della Regione Liguria alla formazione ilaria cavo e al lavoro giovanni berrino sono entrambi candidati alle elezioni politiche ….

LOMBARDIA	In data 23 maggio, con Delibera n. 6427, è stato approvato il Piano attuativo regionale del Programma nazionale per la Garanzia di Occupabilità dei Lavoratori GOL. - PAR GOL Regione Lombardia.	La fase I è stata avviata a giugno 2022, In particolare: dal **6 giugno** le persone possono **accedere al Programma** GOL ed **essere profilate al fine di individuare il percorso di politica attiva** più adeguato alle loro esigenze; dal **20 giugno** le persone possono **fruire dei servizi al lavoro e alla formazione** funzionali al loro **inserimento lavorativo;** dal **13 luglio PSP Unico e agenda condivisa** a sistema. **I Sistemi informatici** sono stati predisposti, integrati ed adeguati garantendo da subito cooperazione applicativa con ANPAL. Alla data del 18 luglio 2022 risulta un numero complessivo di beneficiari pari a ***15.701, di cui con domande di presa in carico attive pari a 15.465*** Di queste ultime: -7.686 sono relative al percorso 1) reinserimento occupazionale - 3.772 sono relative al percorso 2 upskilling - 2.509 sono relative al percorso 3 reskilling - 1.498 sono relative al percorso 4 Il target giornaliero di domande prese in carico dai CPI e attive nel periodo dal 1 al 15 luglio ha spesso superato il livello delle 600 per arrivare al dato di 547 domande del 18 luglio 2022.	<u>Data di pubblicazione dell'avviso</u> Pubblicato il 27 maggio 2002 l'avviso pubblico per la prima attuazione in Regione Lombardia del PAR GOL. <u>Ambiti di riferimento nell'ambito dei 5 percorsi del Programma GOL:</u> Attuazione dei **percorsi 1, 2, 3 e 4**.	Sì. La formazione, è stata svolta su più edizioni, da parte degli uffici di regione Lombardia e della società di servizi informatici Aria Spa in collaborazione con ANPAL Servizi per alcuni moduli. Con riferimento alle quattro edizioni: 16, 17, 29, 30 Giugno: **1035** operatori hanno avuto accesso e seguito i contenuti su: - Introduzione al PAR Regionale (video + slide) - Presentazione 1° Avviso GOL (video + slide) - Sistemi informati a supporto del programma GOL e sistema di skill intelligence (video) Nelle edizioni del 1 e 4 luglio: **1021** operatori sono iscritti al corso su: - Assessment GOL (partenza 8 luglio) Nelle date del 29 e 30 giugno: **846** operatori hanno partecipato ai webinar su: - Agenda condivisa - Introduzione al PSP unico Gli operatori che non hanno partecipato ai webnar hanno a disposizione i contenuti sulla piattaforma da 8 luglio.	Per la **Fase II di attuazione** (prevista per ottobre 2022) Regione Lombardia sta lavorando su: la **definizione del nuovo patto con gli operatori**, ossia le modalità per **regolare il rapporto tra gli operatori pubblici e privati** nelle fasi di presa in carico ed erogazione dei servizi; una **maggiore capillarità dei servizi offerti ai cittadini**, attraverso il **potenziamento della rete sul territorio**. Aprono **misure parallele su FSE+** per altri Target

Domande		Ci sono ulteriori dati disponibili a settembre 2022?	Ci sono ulteriori avvisi/bandi? Se sì, quali e con quali caratteristiche?	Come sta procedendo la formazione degli operatori CPI? Criticità?	Note sull'attuazione.
Risposta		Alla data del 7 settembre 2022 risulta un numero complessivo di beneficiari pari a **36.562*, di cui con domande di presa in carico attive pari a 35.681*** Di queste ultime: -19.146 sono relative al percorso 1) reinserimento occupazionale - 9.476 sono relative al percorso 2 upskilling - 5.287 sono relative al percorso 3 reskilling - 2.653 sono relative al percorso 4 Il target giornaliero di domande prese in carico dai CPI e attive da fine agosto è stabilmente sopra le 650 persone con picchi fino a 764. In ogni caso rimaniamo stabilmente sopra il target di 600 prese incarico giornaliere. Alla data del 7 settembre sono disponibili a catalogo 1829 corsi così suddivisi: - 1.175 corsi mirati all'inserimento formativo - 246 corsi formativi per la riattivazione - 195 corsi per competenze digitali - 123 corsi per sicurezza luoghi di lavoro - 90 corsi per profili professionali regolamentati/abilitanti. Sono inoltre state attivate 1599 doti per un impegno di risorse pari a 5,7 mln di euro.		La formazione non ha rilevato particolari criticità. Al momento si stanno predisponendo, nell'ambito del programma di rafforzamento, a partire dall'autunno e nel 2023, nuovi percorsi formativi che seguiranno l'evoluzione del piano del GOL.	Per la Fase II di attuazione (prevista per ottobre 2022) Regione Lombardia ha approvato in data 5 agosto 2022 la dgr 6849 con le "Linee guida per il potenziamento della rete dei servizi delle politiche attive" che definiscono l'ambito d'azione del nuovo patto con gli operatori, ossia le modalità per regolare il rapporto tra gli operatori pubblici e privati nelle fasi di presa in carico ed erogazione dei servizi; una maggiore capillarità dei servizi offerti ai cittadini, attraverso il potenziamento della rete sul territorio. Entro il mese di ottobre saranno definite misure di sostegno all'assunzione legate alle Politiche attive a valere su risorse FSE+. Nelle prossime settimane si inizierà a lavorare su misure che intercettino target esclusi da GOL.
MOLISE	Con DGR del 31 marzo 2022, n.89 è stato approvato il PAR GOL	La data di avvio della presa in carico dei beneficiari programmata è il **1° agosto 2022**	È in corso di predisposizione da parte del Servizio Formazione Professionale l'avviso per l'offerta formativa sulle competenze digitali.	La formazione degli operatori CPI da parte di ANPAL Servizi è stata avviata a giugno 2021. Gli operatori attualmente stanno seguendo il Corso "Il nuovo assessment introdotto da GOL" (nuova profilazione qualitativa e quantitativa)	Il 25 luglio 2022 si è tenuto un incontro con i referenti dei CPI per organizzare l'avvio della presa in carico dei beneficiari

PIEMONTE	15 luglio 2022	Data di avvio: **15 giugno 2022** Numero dei beneficiari presi in carico allo stato attuale (numero dei patti di servizio GOL sottoscritti) n. **1.882**	**Avviso pubblico per l'attuazione delle misure formative** <u>Data di pubblicazione dell'avviso:</u> - Sportello aperto dall'11/08/2022 al 07/09/2022 <u>Caratteristiche dell'avviso:</u> - Percorsi 2, 3 e 4 - Agenzie formative in possesso di accreditamento regionale per la Macrotipologia B (MB) - tipologia «fad» "formazione a distanza" e D (svantaggio) - e per la Macrotipologia C (MC) e Orientamento (MIO) - Dotazione finanziaria: 44.248.000 Euro **Avviso pubblico per la chiamata di progetti finalizzati alla realizzazione della misura "Buono servizi al lavoro"** <u>Data di pubblicazione dell'avviso:</u> Sportello aperto dal 12/09/2022 al 19/09/2022 <u>Caratteristiche dell'avviso:</u> - Percorsi 2, 3 e 4 - Operatori accreditati per i servizi al lavoro - Possono candidarsi alla realizzazione del Buono servizi lavoro del Percorso 4 (Inclusione e lavoro) unicamente gli Operatori che: si sono candidati per i Percorsi 1, 2 e 3 e sono risultati idonei/finanziabili e sono stati ammessi a operare sul Bando "Buono servizi lavoro - Svantaggio" di cui alla DD n. 111 del 2021. - Dotazione finanziaria: 23.248.000,00 Euro	Sì	
Domande		**Ci sono ulteriori dati disponibili a settembre 2022?**	**Ci sono ulteriori avvisi/bandi? Se sì,**	**Come sta procedendo la formazione degli**	**Note sull'attuazione.**

			quali e con quali caratteristiche?	**operatori CPI? Criticità?**	
Risposta		Prese in carico al **6 settembre 2022**: n. **14.707**	No	La formazione degli operatori CPI è stata effettuata nel corso del 2021, per cui gli operatori attualmente al lavoro sono tutti formati. Sono aperti due bandi per l'assunzione di nuovi 165 operatori, che saranno inseriti in team già formati	Necessità di un miglioramento dei rapporti tra associazioni imprenditoriali e centri per l'impiego (maggior scambio informazioni, reale fruibilità banche dati, ecc.). Richiesto avvio di un confronto con gli uffici della Regione Piemonte su percorso 5 (Ricollocazione collettiva)
PUGLIA	La Regione ha trasmesso ad ANPAL i chiarimenti richiesti e ha ricevuto la nota di approvazione definitiva	Le prese in carico sono partite il **15 luglio 2022** Prese in carico al 19.07: **743**	<u>Data di pubblicazione dell'avviso:</u> La bozza di Avviso, relativa ai percorsi 1,2 e 3 è stata trasmessa all'Unità di Missione il 20.07. In attesa di riscontro. APPROVAZIONE ANPAL IL 26/7/2022 BANDO PUBBLICATO IL 5/8 PER CANDIDATURE APL ED ENTI FORMATIVI PER COSITUZIONE ELENCO SOGGETTI ATTUATORI GOL APL ED ENTI FORMATIVI "COMUNQUE COLLEGATI" NON POSSONO EROGARE I RISPETTIVI SERVIZI AL MEDESIMO BENEFICIARIO FINESTRA DI CANDIDATURA APERTA IL 7 SETTEMBRE SEGUIRA MANIFESTAZIONE DI INTERESSE RISERVATA AI SOGGETTI ATTUATORI RICONOSCIUTI PER LA FORMAZIONE DEL NUOVO CATALOGO DELL'OFFERTA FORMATIVA <u>Ambiti di riferimento nell'ambito dei 5 percorsi del Programma GOL:</u> Percorsi 1,2 e 3	Sì	- TRASPARENZA E MONITORAGGIO GARANTIRE OPEN DATA SULL'INTERO PROCESSO - RUOLO DEI CAT NELL'ACCOMPAGNAMENTO ALL'AUTOIMPIEGO FUNZIONE BILATERALITA'

Domande		Ci sono ulteriori dati disponibili a settembre 2022?	Ci sono ulteriori avvisi/bandi? Se sì, quali e con quali caratteristiche?	Come sta procedendo la formazione degli operatori CPI? Criticità	Note sull'attuazione.
Risposta		**AL 2/9 17069 PRESE IN CARICO DAI CPI (ALLEGO REPORT)**			
PA BOLZANO	La versione definitiva del PAR approvata dalla Giunta Provinciale è stata inviata in data 7 luglio 2022 ad ANPAL; si resta in attesa di riscontro	La data di avvio programmata per la presa in carico è il **25 luglio 2022**	Data di pubblicazione dell'avviso Gli avvisi non sono stati ancora pubblicati. Ambiti di riferimento nell'ambito dei 5 percorsi del Programma GOL: Probabilmente gli avvisi saranno riferiti ai primi 4 percorsi GOL Caratteristiche dell'avviso: Probabilmente multimisura	Sì, la formazione è in corso	
PA TRENTO	Approvazione definitiva del PAR da parte della Giunta Provinciale in data 15 luglio 2022	Data di avvio programmata per la presa in carico è il **20 luglio 2022**	Data di pubblicazione dell'avviso: Non sono ancora stati pubblicati avvisi. Ambiti di riferimento nell'ambito dei 5 percorsi del Programma GOL: È stata inviata una bozza di avviso relativo al percorso 2 upskilling all'UdM per la validazione in data 15 luglio.	Sì. in via di conclusione	
Domande		**Ci sono ulteriori dati disponibili a settembre 2022?**	**Ci sono ulteriori avvisi/bandi? Se sì, quali e con quali caratteristiche?**	**Come sta procedendo la formazione degli operatori CPI? Criticità?**	**Note sull'attuazione.**
Risposta			Sono stati pubblicati due avvisi: **Avviso n.1 "Presentazione di proposte formative di breve durata Percorso 2A "Upskilling" / Percorso 4B "Lavoro e Inclusione" del piano attuativo GOL della Provincia Autonoma di Trento** – pubblicato il 29 luglio 2022 La Giunta provinciale su proposta dell'assessore provinciale allo		

			sviluppo economico, ricerca e lavoro ha approvato l'Avviso pubblico n. 1 per l'attuazione del Programma GOL-Garanzia Occupabilità dei Lavoratori. Si tratta del primo bando, in ordine di emanazione, per avviare nel concreto le azioni in tema di politiche attive del lavoro previste dal progetto nell'ambito del PNRR per il Trentino. Un programma strategico per l'aggiornamento delle competenze delle persone disoccupate nel nostro territorio e il loro reinserimento nel mercato del lavoro e per il quale la stessa Giunta ha licenziato il Piano attuativo, che consente di richiedere i finanziamenti statali e di dare il via alle attività indicate. L'avviso è rivolto agli enti già accreditati per la formazione FSE, compresi raggruppamenti temporanei d'impresa, consorzi e G.e.i.e., o a quelli che, in presenza dei requisiti richiesti, si impegnano ad accreditarsi alla formazione entro 15 giorni dalla pubblicazione delle graduatorie e prevede la presentazione di proposte progettuali di formazione breve di aggiornamento (upskilling). Le proposte rientrano negli ambiti della formazione informatica/digitale (per un totale di 7 corsi), linguistica di base (2 corsi), imprenditorialità (1 corso), andando a fornire un'offerta formativa di aggiornamento su tutto il territorio provinciale. Sono 3.300 i potenziali beneficiari del bando, che contribuisce al raggiungimento dei target assegnati alla Provincia autonoma di Trento, per l'anno		

			2022, nell'ambito del programma GOL. **Avviso n. 2 "Presentazione di domande di adesione per l'individuazione di soggetti realizzatori privati per l'erogazione di politiche attive nell'ambito del Percorso 1, del Percorso 2, del Percorso 3 e del Percorso 4 del Piano attuativo GOL della Provincia Autonoma di Trento"** – pubblicato il 12 agosto 2022 La Giunta provinciale su proposta dell'assessore provinciale allo sviluppo economico, ricerca e lavoro ha approvato l'Avviso pubblico numero 2 per l'attuazione del Programma Gol-Garanzia Occupabilità dei Lavoratori. Si tratta del secondo bando, in ordine di emanazione, per avviare nel concreto le azioni in tema di politiche attive del lavoro previste dal progetto nell'ambito del PNRR per il Trentino. Con tali azioni si intende migliorare l'occupabilità dei beneficiari dei servizi erogati tramite il ricorso alla rete dei soggetti accreditati, migliorandone la chance di accesso al mercato del lavoro. Il provvedimento dà attuazione al Piano di attuazione provinciale, attraverso l'emanazione di un avviso pubblico per presentare domande di adesione per l'individuazione di soggetti realizzatori privati per l'erogazione di politiche attive del lavoro nell'ambito del Percorso 1 – Reinserimento lavorativo; Percorso 2 - Aggiornamento (upskilling); Percorso 3 - Riqualificazione		

			(reskilling); Percorso 4 -Lavoro e inclusione. L'avviso è rivolto agli enti accreditati per i servizi per il lavoro (o, in alternativa, che hanno in corso la richiesta di accreditamento al momento della presentazione della domanda). Aderendo tali soggetti manifestano la disponibilità ad erogare politiche attive di cui al Piano Attuativo provinciale di GoI, con particolare riferimento all"Orientamento specialistico", all'"Accompagnamento al lavoro", all'"attivazione del tirocinio" e all'"Incontro domanda offerta". Si stima che le attività erogate dai soggetti aderenti al bando possano riguardare un numero di beneficiari pari a 2.170. Link al dettaglio degli avvisi: https://www.provincia.tn.it/Argomenti/Focus/PNRR-Piano-Nazionale-di-Ripresa-e-Resilienza/GOL-garanzia-di-occupabilita-dei-lavoratori		
SARDEGNA	Il PAR (pubblicato sul Bollettino Ufficiale della Regione Autonoma della Sardegna del 7 luglio 2022) è stato approvato con nota del Commissario Straordinario dell'ANPAL, prot. n. 6325 del 12/05/2022 e successivamente dalla Giunta Regionale con le Deliberazioni n. 17/33 del 19.05.2022 e n.19/24 del 21.06.2022. Con nota prot.n 51853 del 15.07.2022 indirizzata al Commissario Straordinario di	La data di avvio delle prese in carico è il **15 luglio 2022** Il numero dei beneficiari presi in carico allo stato attuale è pari a **163**	Data di pubblicazione dell'avviso: Si prevede di pubblicare il primo Avviso alla fine del mese di luglio**.**	Sì	Si riporta il link della pubblicazione del PAR: https://www.regione.sardegna.it/j/v/2644?s=1&v=9&c=390&c1=1386&id=100393

	ANPAL Dott. Raffaele Tangorra, è stata comunicata l'avvenuta pubblicazione sul sito istituzionale della Regione Sardegna nonché il corrispondente link, del Piano attuativo regionale del Programma GOL adottato dalla Regione Sardegna. Di seguito si riporta				
Domande		**Ci sono ulteriori dati disponibili a settembre 2022?**	**Ci sono ulteriori avvisi/bandi? Se sì, quali e con quali caratteristiche?**	**Come sta procedendo la formazione degli operatori CPI? Criticità?**	**Note sull'attuazione.**
Risposta		Ad oggi risultano più di 10.000 patti di servizio stipulati da ASPAL	**I soggetti privati accreditati nei sistemi regionali dei Servizi per il Lavoro e della formazione professionale** potranno presentare le candidature telematiche per l'inserimento nell'Elenco di Soggetti realizzatori delle misure di cui ai Percorsi 1-2- 3-4 previsti dal Piano attuativo regionale (PAR) per la Regione Autonoma della Sardegna. I documenti sono consultabili al seguente link: https://www.sardegnalavoro.it/agenda/?p=143618	Oltre ai seminri informativi su GOL non siamo stati coinvolti nelle azioni volte a formare il personale.	nessuna
UMBRIA	Il PAR GOL Umbria è stato approvato dalla Giunta Regionale con D.G.R. n. 149 del 25 febbraio 2022. Approvato da ANPAL con nota del 6 maggio 2022, tenuto conto delle specifiche fornite da ARPAL il 24 marzo 2022.	La presa in carico dei beneficiari di GOL con l'assessment è iniziata il 18 luglio 2022.	**Ambito di riferimento: Percorsi 2 e 3** Data di pubblicazione dell'avviso: **29/06/2022** **Avviso pubblico n. 1** approvato con DGR n. 627 del 22.06.2022 per l'acquisizione di manifestazioni di interesse finalizzate alla realizzazione dei corsi di formazione relativi al Percorso 2 - Aggiornamento (Upskilling) e al Percorso 3 - Riqualificazione (Reskilling) previsti dal programma Garanzia	Iniziata il 07/07/2022 In corso di realizzazione	

			di occupabilità dei lavoratori – GOL – **<u>Ambito di riferimento: tutti i Percorsi</u>** <u>Data di approvazione del provvedimento</u>: **06/07/2022** <u>Caratteristiche del provvedimento:</u> Delibera della Giunta Regionale n. 689 del 6 luglio 2022 - Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) - Missione 5 - Componente 1 Riforma 1.1 – Approvazione dello schema di convenzione per la realizzazione del servizio di assessment. **<u>Ambito di riferimento: Percorsi 1, 2 e 3</u>** **<u>Avviso 2</u>:** **La bozza di avviso è stata inviata all'unità di missione del Ministero per il parere di competenza.** **In attesa di riscontro per la pubblicazione** <u>Caratteristiche dell'avviso:</u> Avviso pubblico finalizzato ad avviare gli interventi il Percorso 1 - Reinserimento occupazionale e Percorso 2 - Aggiornamento (Upskilling) e al Percorso 3 – Riqualificazione (Reskilling).		
Domande		**Ci sono ulteriori dati disponibili a settembre 2022?**	**Ci sono ulteriori avvisi/bandi? Se sì, quali e con quali caratteristiche?**	**Come sta procedendo la formazione degli operatori CPI? Criticità**	**Note sull'attuazione.**
Risposta			- Con Determinazione Direttoriale n. 1018 del 12.08.2022 è stato approvato l'elenco delle agenzie formative ammesse e selezionate alla realizzazione delle misure di formazione		

			di cui al Percorso 2 - Aggiornamento (Upskilling) e al Percorso 3 - Riqualificazione (Reskilling) del PAR GOL dell'Umbria, volti a favorire il miglioramento delle competenze dei beneficiari e l'ingresso /reinserimento nel mercato del lavoro. 3 - Determinazione Direttoriale n. 1070 del 5.09.2022) è stato approvat o l'elenco dei soggetti esecutori ammessi all'attuazione delle misure relative ai Percorsi 1,2 e 3 del Programma GO L - Approvato con Determinazione Direttoriale n. 1085 del 7/09/202 2 l'Avviso per la presentazione dell'offerta di percorsi di formazione ai fini della costituzione del Catalogo dell'offerta formativa GOL i beneficiari del Percorso 2 - Aggiornamento (Upskilling) e del Percorso 3 - Riqualificazione (Reskilling) da parte degli organismi di formazion e ammessi e selezionati con D.DT n. 1018 del 12.08.2022 – Scadenza pe r la presentazione dei progetti: 28 Settembre 202 2 Schema di convenzione Assessment		

I *Key Performance Indicators* della certificazione della parità di genere. Una lettura critica*

di Fabiola Lamberti
Ricercatrice di Diritto del lavoro
Università degli Studi Roma Tre

Abstract [It]: Il contributo analizza, in prospettiva giuslavoristica, l'inedito strumento della certificazione della parità di genere introdotto dalla L. 162/2021 in connessione con la Prassi di riferimento UNI/PdR 125:2022, che consente una valutazione olistica delle attività funzionali al raggiungimento della parità nelle organizzazioni in funzione di specifici *KPI*. Non sempre gli indicatori prestazionali contenuti nella UNI/PdR 125:2022 consentono un'interpretazione univoca e, anzi, si sono resi necessari già due interventi finalizzati a fornire chiarimenti interpretativi agli Enti di certificazione ed alle stesse organizzazioni interessate alla certificazione. L'intento di fornire un supporto interpretativo, anche se apprezzabile non può dirsi però ancora riuscito. Sia le Linee Guida sia i successivi interventi esplicativi tradiscono una considerevole incertezza definitoria relativa alle questioni giuslavoristiche sottese ai vari campi di osservazione. Il contributo intende evidenziare le problematiche applicative, fornendo una prima trattazione teorico-pratica della certificazione della parità di genere, fornendo anche – laddove possibile – delle ipotesi interpretative.

Title: The Key Performance Indicators of Gender Equality Certification. A critical reading
Abstract [En]: This paper analyzes, from a labour law perspective, the certification of gender equality introduced by Law 162/2021, together with the UNI/PdR 125:2022 reference practice. The Key Performance Indicators contained in UNI/PdR 125:2022 are not clear and two interventions have already been necessary to provide interpretative clarifications to the certification bodies and to the organizations themselves interested in certification. The intent to provide interpretative support, even if appreciable, cannot be said to have succeeded yet. Both the Guidelines and the subsequent *FAQs* show definitional uncertainties relating to the labour law issues. The contribution aims to analyze the application problems, providing a first theoretical-practical treatment of the certification of gender equality, also providing – where possible – interpretative hypotheses.

Parole chiave: Parità di genere, Indicatori prestazionali, Certificazione della parità, Differenziali retributivi di genere, Conciliazione vita-lavoro
Keywords: Gender equality, Key Performance Indicators, Equality certification, Gender pay gap, Work-life balance

Sommario: Premessa. **1.** Il sistema di certificazione della parità di genere: struttura, obiettivi, premialità. **1.1.** … e profili sanzionatori. **2.** Le aree di misurazione ed i relativi pesi. **3.** Gli indicatori prestazionali ed i *cluster* di appartenenza. **4.** Gli elementi di incertezza interpretativa. **4.1.** Le *FAQ* (non risolutive) del 30 settembre 2022 e le ulteriori *FAQ* del 9 febbraio 2023. **4.2.** I chiarimenti relativi agli "Aspetti Generali". **4.3.** Le precisazioni relative agli "Aspetti Operativi". **5.** Alcune questioni interpretative irrisolte. **5.1.** La platea dei lavoratori e delle lavoratrici da considerare ai fini certificativi. **5.2.** La nozione di azienda *multisite* ed i gruppi di impresa. **5.3.** Il congedo parentale ed il congedo di paternità. **6.** Considerazioni conclusive.

* Articolo sottoposto a referaggio.

Premessa

Il presente contributo, date per acquisite le coordinate ermeneutiche consolidate nell'ampio dibattito dottrinale sulla parità di genere nei contesti lavorativi[1], vuole analizzare, in prospettiva giuslavoristica, l'inedito strumento della certificazione della parità di genere introdotto dalla L. 162/2021 quale procedura volontaria che, come noto, ha la finalità di favorire l'adozione di politiche per la parità, l'inclusione e l'*empowerment* femminile a livello aziendale[2].

Che sulla certificazione della parità di genere sia opportuno adottare un approccio in chiave giuslavoristica[3] è confermato dalla previsione contenuta nella Prassi di riferimento, recepita con D.M. 29 aprile 2022, che definisce le Linee Guida sul sistema di gestione per la parità di genere – UNI/PdR 125:2022 – in virtù della quale, proprio ai fini del rilascio della certificazione della parità, è espressamente previsto che nel gruppo di lavoro incaricato degli *audit* propedeutici al rilascio della certificazione sia presente *"un/una avvocato/a giuslavorista o un/una consulente del lavoro purché iscritti da almeno 5 anni al relativo albo professionale, oppure altro/altra professionista che dimostri significativa e consolidata esperienza documentata nel settore specifico, oggetto della prassi, del Paese dell'organizzazione auditata e conoscenza della normativa applicabile"*[4]. Peraltro, sul tema della *"significativa e consolidata esperienza"*, nel documento pubblicato in data 9 febbraio 2023 finalizzato a chiarire alcune perplessità emerse sull'interpretazione delle dette Linee Guida, è stato altresì previsto che *"Il/la professionista che può essere qualificato/a e ricoprire il ruolo di esperto tecnico, nell'ambito dei gruppi di audit, deve dimostrare esperienze lavorative in materia di parità di genere nel ruolo, ad esempio, di: Consigliera/consigliere di parità, professionista per le politiche di genere in commissioni ministeriali nazionali o internazionali, Manager HR in*

[1] Senza pretesa di esaustività si vedano, tra i più recenti, gli studi di M. BARBERA, A. GUARISO, *La tutela antidiscriminatoria. Fonti Strumenti Interpreti*, Giappichelli, Torino, 2019; L. CALIFANO, *Parità dei diritti e discriminazioni di genere*, in *federalismi.it,* 2021, fasc. 7, pp. 39-79; D. GOTTARDI, *"Recovery Plan" e lavoro femminile,* in *Dir. Lav. Mer,* 2021, fasc. 2, pp. 261-269; F. BORGOGELLI, D. GOTTARDI, P. TULLINI, *Minimi retributivi e retribuzioni al minimo. Riflessioni teoriche e riscontri empirici. Introduzione (Minimum wages and wages to the minimum. Theoretical reflections and empirical assessment. Introduction),* in *Lav. Dir.,* 2020, fasc. 2, pp. 175-183; A. ZILLI, *Parità di retribuzione per lavori di uguale valore: un passo avanti e uno di lato*, in *Dir. Rel. Ind,* 2021, n. 3, p. 956 ss.; C. ALESSI, *Lavoro e conciliazione nella legislazione recente*, in *Dir. rel. ind.*, 2018, 804; M.V. BALLESTRERO, *Percorsi della differenza di genere. La maternità delle lavoratrici da funzione essenziale a fattore di discriminazione [Questioni di genere nel diritto italiano]*, in *Notizie di politeia*, 32, 2016; L. CALAFÀ, *Il dito, la luna e altri fraintendimenti in materia di parità tra donne e uomini,* in www.italianequalitynetwork.it, 7 gennaio 2022; C. GAROFALO, *Il problematico allargamento della nozione di discriminazione nel codice delle pari opportunità, Lav. Dir. Europa*, 2023, 1, lavorodirittieuropa.it; R. VOZA, *Le misure di conciliazione vita-lavoro nel Jobs Act*, in *Lav. Giur*, 1, 2015, pp. 13 e ss.; A. FENOGLIO, *Il filo rosa intessuto nel diritto del lavoro: un'analisi gender sensitive degli interventi legislativi dell'ultimo triennio*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, 239, 2015; D. GOTTARDI, *Maternità e paternità per la riforma Fornero*, in *Lav. giur.*, 2012, p. 973; M.L. VALLAURI, *Genitorialità e lavoro. Interessi protetti e tecniche di tutela*, Giappichelli, Torino, 2020; A. OCCHINO, *La questione dell'eguaglianza nel diritto del lavoro*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1, 2011, p. 97.

[2] P. CERULLO, *La certificazione della parità di genere: volano per i diritti e per il business. Come ottenerla e conservarla,* in *Lav. Dir. Europa,* 2023, 1, lavorodirittieuropa.it

[3] L. ZAPPALÀ, *La parità di genere al tempo del PNRR: tra trasparenza, certificazione e misure premiali,* in *Lav. Dir. Europa,* 2022, 3, lavorodirittieuropa.it

[4] Cfr. UNI/PdR 125:2022 Appendice A "Prospetto A.1 - Regole di certificazione", p. 36.

organizzazioni che attuano politiche per la parità di genere. Professionista con esperienza maturata e documentata nella formazione, ricerca e sviluppo o consulenza per le organizzazioni in materia di parità di genere e inclusione"[5].

Soggetti esperti, quindi, che siano in grado di cogliere i *bias* di genere nelle loro molteplici sfaccettature in ambito lavorativo: opportunità di accesso al lavoro, inclusione delle donne in azienda, divario retributivo, possibilità di carriera, strumenti di conciliazione etc.

Nel sistema predisposto dalla L. 162/2021[6] la certificazione della parità di genere viene rilasciata in funzione della *compliance* effettiva rispetto alle coordinate valutative contenute nelle Linee Guida UNI/PdR 125:2022 che hanno delimitato le aree di indagine ed i criteri di valorizzazione, in una prospettiva interdisciplinare.

Occorre però sin da subito chiarire che non sempre le Linee Guida consentono un'interpretazione univoca e, anzi, si sono rese necessarie delle precisazioni ad uso degli Enti di certificazione e delle stesse organizzazioni interessate alla certificazione. A seguito della pubblicazione della UNI/PdR 125:2022 del 16 marzo 2022, sono state così emesse, in data 30 settembre 2022, delle *FAQ* contenenti delucidazioni interpretative di un testo, per la verità, non troppo lineare. Tuttavia, neppure tale documento a supporto è stato risolutivo tanto che, in data 9 febbraio 2023, sono state pubblicate ulteriori *FAQ* finalizzate, da un lato, a rispondere alle esigenze di una migliore applicazione della UNI/PdR 125/2022 da parte di tutte le organizzazioni e, dall'altro, a garantire un approccio uniforme ed omogeneo da parte degli organismi di valutazione della conformità, enti certificatori accreditati.

L'intento di fornire un supporto interpretativo, anche se apprezzabile non può dirsi però ancora riuscito. Sia le Linee Guida sia i successivi interventi esplicativi tradiscono una considerevole incertezza definitoria relativa proprio alle questioni giuslavoristiche sottese ai vari campi di osservazione, come si cercherà di evidenziare nel presente contributo, fornendo anche – laddove possibile – delle ipotesi interpretative utili ai fini applicativi.

1. Il sistema di certificazione della parità di genere: struttura, obiettivi, premialità

La previsione di un sistema di certificazione della parità di genere all'interno dei contesti aziendali è contenuta nella L. 162/2021 art. 4 che, inserendo l'art. 46-*bis* nel d.lgs. 198/2006, ha istituito a decorrere dal 1° gennaio 2022 la cd. "certificazione della parità di genere" finalizzata ad *"attestare le politiche e le misure concrete adottate dai datori di lavoro per ridurre il divario di genere in relazione alle opportunità di crescita in azienda, alla*

[5] Cfr. *FAQ* n. 4 ACCREDIA-UNI, Applicazione UNI/PdR 125:2022 – agg. 9 febbraio 2023, p. 3.

[6] S. SCARPONI, *Legge n. 162/2021 "Modifiche al Codice di Pari Opportunità": un tassello importante verso l'eguaglianza uomo-donna nel lavoro*, 7 dicembre 2021, su https://www.labourlawcommunity.org/dialoghi/legge-n-162-2021-modifiche-al-codice-di-pariopportunita-un-tassello-importante-verso-leguaglianza-uomo-donna-nel-lavoro; P. CERULLO, *Le modifiche al codice delle pari opportunità (d.lgs. N. 198/2006). Nuove disposizioni in tema di gender gap sul lavoro,* in *Lav. Dir. Europa,* 2021, n. 4, lavorodirittieuropa.it.

parità salariale a parità di mansioni, alle politiche di gestione delle differenze di genere e alla tutela della maternità"[7]. L'istituto è collegato alla Strategia Nazionale sulla Parità di Genere 2021-2025, ispirata alla *Gender Equality Strategy 2020-2025*[8], e richiamato nella Missione 5 del *PNRR* che prevede lo stanziamento di 9,81 miliardi per lo sviluppo di politiche d'inclusione sociale[9].

La norma ha rimandato a successivi decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri da adottarsi su proposta del Ministro delegato per le pari opportunità, di concerto con il Ministro del lavoro e delle politiche sociali e con il Ministro dello sviluppo economico, per stabilire: *"a) i parametri minimi per il conseguimento della certificazione della parità di genere (…) con particolare riferimento alla retribuzione corrisposta, alle opportunità di progressione in carriera e alla conciliazione dei tempi di vita e di lavoro*[10]*, anche con riguardo ai lavoratori occupati di sesso femminile in stato di gravidanza; b) le modalità di acquisizione e di monitoraggio dei dati trasmessi dai datori di lavoro e resi disponibili dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali; c) le modalità di coinvolgimento delle rappresentanze sindacali aziendali e delle consigliere e dei consiglieri di parità regionali, delle città metropolitane e degli enti di area vasta di cui alla legge n. 56/2014 nel controllo e nella verifica del rispetto dei parametri di cui alla lettera a); d) le forme di pubblicità della certificazione della parità di genere"*[11].

Il decreto successivamente intervenuto, D.M. 29 aprile 2022, ha stabilito i «Parametri minimi per il conseguimento della certificazione della parità di genere alle imprese» recependo la Prassi UNI/PdR 125:2022[12] pubblicata il 16 marzo 2022, contenente «Linee guida sul sistema di gestione per la parità di genere che prevede l'adozione di specifici *KPI* (*Key Performance Indicator* - indicatori chiave di prestazione) inerenti alle politiche di parità di genere nelle organizzazioni»[13]. Il medesimo decreto ha altresì individuato gli organismi competenti al rilascio della certificazione della parità di genere ed ha previsto l'onere, per i datori di lavoro, di fornire annualmente un'informativa aziendale sulla parità di genere che rifletta il grado di adeguamento alla Prassi.

---

[7] T. TREU, *La legge sulla parità di genere*, in GL, 2021, n. 49, p. 38 ss.; R. NUNIN, *Contrasto al gender gap e sostegno all'occupazione femminile: le novità della legge n. 162/ 2021,* in *FD*, 2022, 2, p. 203 ss..

[8] M. MILITELLO, *Strategia Ue per la parità di genere 2020/2025,* 10 febbraio 2022, su https://www.italianequalitynetwork.it/strategia-ue-per-la-parita-di-genere-2020-2025

[9] M.C. CATAUDELLA, *La parità di genere: una priorità "trasversale" del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, in *LPO*, 2022, n. 1-2, p. 1 ss.; P. CERULLO, *Recovery Plan, PNRR e Gender Gap,* in *Lav. Dir. Europa*, 2021, n. 2.

[10] C. ALESSI, *Lavoro e conciliazione nella legislazione recente*, in *Dir. Rel. Ind.*, 3, 2018 pp. 804 e ss.

[11] L. 162/2021 art. 46-bic, comma 2.

[12] La Prassi UNI/PdR 125:2022 non è una norma nazionale, ma un documento pubblicato da UNI - Ente italiano di normazione, elaborato al fine di definire criteri, prescrizioni tecniche ed elementi funzionali alla certificazione della parità di genere nelle imprese. Le prassi di riferimento, adottate esclusivamente in ambito nazionale, rientrano fra i *"prodotti della normazione europea",* come previsti dal Regolamento UE n. 1025/2012, e sono documenti che introducono prescrizioni tecniche, elaborati sulla base di un rapido processo ristretto, sotto la conduzione operativa di UNI. Le prassi di riferimento sono disponibili per un periodo non superiore a 5 anni, tempo massimo dalla loro pubblicazione entro il quale possono essere trasformate in un documento normativo.

[13] La Prassi UNI/PdR 125:2022 a sua volta richiama la UNI ISO 30415:2021 *"Gestione delle risorse umane: Diversità e inclusione".*

La Prassi di riferimento «Linee guida sul sistema di gestione per la parità di genere» è il frutto di un Tavolo di lavoro sulla certificazione di genere delle imprese, coordinato dal Dipartimento per le Pari Opportunità, Dipartimento per le politiche della famiglia, Ministero dell'Economia e delle Finanze, Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, Ministero dello Sviluppo Economico e la Consigliera Nazionale di Parità e prevede la misurazione, la rendicontazione e la valutazione dei dati relativi al genere nelle organizzazioni con l'obiettivo di colmare i *gap* attualmente esistenti nonché incorporare il nuovo paradigma relativo alla parità di genere nel DNA delle organizzazioni e produrre un cambiamento sostenibile e durevole nel tempo[14]. La Prassi di riferimento UNI/PdR 125:2022 si rileva di grande interesse nell'ottica giuslavoristica, presentandosi come una sorta di manuale della cultura organizzativa della parità, cui dovrebbero ispirarsi le imprese, ma anche le pubbliche amministrazioni, che puntano alla certificazione[15], anche in prospettiva reputazionale.

La certificazione ai sensi della UNI/PdR avviene su base volontaria e può essere richiesta da qualunque tipo di organizzazione, di qualsiasi dimensione e forma giuridica, operante nel settore pubblico o privato; sono escluse dal campo di applicazione le Partite IVA prive di dipendenti o addetti/e. La certificazione ha validità triennale ed è soggetta a monitoraggio annuale. Al rilascio ed al monitoraggio della certificazione provvedono gli organismi di certificazione accreditati presso ACCREDIA, ai sensi del regolamento CE 765/2008 che operano sulla base della prassi UNI/PdR 125:2022.

Il *leitmotiv* della Prassi di riferimento – e quindi dell'intero sistema di certificazione di parità – è l'espressa convinzione che, per realizzare un reale cambiamento di paradigma sul tema della *gender equality* è necessario che i principi di parità di genere e di rispetto delle diversità siano integrati negli obiettivi aziendali[16]. Il corollario derivante da tale principio è che sia necessario, per le organizzazioni, dotarsi di adeguati strumenti attraverso i quali: «porre l'attenzione e fissare precisi obiettivi per ogni fase lavorativa delle donne all'interno delle organizzazioni; misurare in modo chiaro e standardizzato i progressi realizzati; certificare i risultati raggiunti seguendo processi qualificati e trasparenti»[17]. Le organizzazioni devono così impegnarsi a recepire i principi di *gender equality*, articolati sull'intero percorso professionale e fasi di vita delle lavoratrici, dal momento del *recruiting* fino al pensionamento, con l'obiettivo non solo di aumentare la presenza femminile all'interno del contesto lavorativo ma anche di garantire pari opportunità di carriera fino ai più importanti ruoli apicali, pari trattamento economico, condizioni di *work-*

[14] M. SCOFFERI, A. CONSIGLIO, *Parità di genere: i nuovi strumenti contro il gender pay gap,* in *GL*, 2022, n. 27;
[15] L. ZAPPALÀ, *La parità di genere al tempo del PNRR: tra trasparenza, certificazione e misure premiali,* op. cit.
[16] L. CALAFÀ, *Il dito, la luna e altri fraintendimenti in materia di parità tra donne e uomini,* op.cit..
[17] UNI/PdR 125:2022, Obiettivi e strumenti, par. 0.3, p. 9.

life balance[18] adeguate alle diverse fasi di vita e proattive nel riequilibrio dei carichi familiari tra uomini e donne, nonché un ambiente di lavoro[19] che rifiuti stereotipi, discriminazioni, ogni forma di abuso fisico, verbale, digitale e proponga invece una cultura della diversità e dell'inclusione.

Al fine di promuovere l'adozione della certificazione della parità di genere da parte delle imprese, il Sistema prevede un principio di premialità che si realizza con l'introduzione di meccanismi di incentivazione[20]. In base all'art. 5, comma 2, della legge 162/2021, alle aziende private che siano in possesso della certificazione della parità di genere in applicazione della prassi UNI/PdR 125:2022 rilasciata da un organismo di certificazione accreditato è concesso un esonero dal versamento di una percentuale dei complessivi contributi previdenziali a carico del datore di lavoro per l'anno 2022. In particolare, sono stanziati 50 milioni di euro per il 2022 e l'esonero è determinato in misura non superiore all'1% e nel limite massimo di 50.000 euro annui per ciascuna impresa. L'art. 1, co.138, della legge 234/2021 ha stanziato ulteriori fondi per finanziare la misura a regime, prevedendo 50 milioni di euro a partire dal 2023. La definizione delle modalità attuative della decontribuzione per le imprese certificate è regolata da un decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze e con il Ministro con delega per le pari opportunità adottato il 20 ottobre 2022. Recentemente, l'INPS, con circolare n. 137 del 27 dicembre 2022, ha diffuso le istruzioni operative per l'accesso all'esonero contributivo per i datori di lavoro delle aziende che abbiano conseguito la certificazione della parità di genere. Per le sole piccole e medie imprese e micro imprese, al fine di facilitare il processo di certificazione, sono previsti contributi destinati sia a supportare servizi di assistenza tecnica e accompagnamento alla certificazione sia a sostenere i costi di certificazione. Inoltre, sempre ai sensi della L. 162/2021 (art. 5, co.3) alle aziende che, alla data del 31 dicembre dell'anno precedente a quello di riferimento, siano in possesso della certificazione della parità di genere in applicazione alla prassi UNI/PdR 125:2022, rilasciata da un organismo di certificazione accreditato, è riconosciuto un punteggio premiale per la valutazione di proposte progettuali, da parte di autorità titolari di fondi europei nazionali e regionali, ai fini della concessione di aiuti di Stato a cofinanziamento degli investimenti sostenuti. In più, con D.L. 36/2022 recante ulteriori misure urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza" (conv. con modif. dalla legge 79/2022), l'art. 34, ha introdotto nel "Codice dei contratti pubblici", rispettivamente agli artt. 93 e 95 del d.lgs. 50/2016, ora sostituiti dall'art. 106 comma 8 e dall'art. 108 comma 7 del d.lgs. 36/2023 c.d. "Nuovo Codice dei contratti pubblici", una diminuzione della

[18] Anche in connessione con il lavoro agile, v. A.R. TINTI, *Il lavoro agile e gli equivoci della conciliazione virtuale*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT , 419, 2020; M. DEL CONTE, *Le prospettive del lavoro agile oltre l'emergenza*, in M. MARTONE (a cura di), *Il lavoro da remoto. Per una riforma della smart working oltre l'emergenza*, La Tribuna, 2020, p. 200 e ss.

[19] D. GOTTARDI, *"Vuoti" e "pieni": la retribuzione e la parità di trattamento nell'ordinamento dell'Unione europea (Gender pay gap and minimum pay in EU),* in *Lav. Dir.,* 2011, fasc. 4, pp. 615-633

[20] M. BALTOLU, *Parità di genere, nuovi obblighi con premio,* in *Giur. Lav,* 2021, n. 48, p. 30 ss.

garanzia prevista per la partecipazione alle procedure di gara da parte di aziende certificate, oltre alla possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di istituire sistemi premiali legati al possesso della certificazione di genere[21]

Tutte le previsioni premiali, inserite in una nuova stagione regolativa della parità di genere, sono funzionali ad incidere sulla scelta aziendale di avvicinarsi volontariamente a standard procedurali, a prassi e politiche organizzative, capaci di accrescere i livelli di maturità e consapevolezza in materia di parità.

1.1. … e profili sanzionatori

Peraltro, l'ottenimento e/o il mantenimento della certificazione di parità è stato collegato, in modo cogente ed espresso, alle previsioni normative contenute nel d.lgs. 105/2022[22] che, nell'ottica di una migliore conciliazione tra attività professionale e vita familiare, ha previsto la riscrittura in termini sanzionatori di alcuni articoli della L. 81/2017, del d.lgs. 81/2015 e del d. lgs. 53/2000.

In base al combinato disposto attualmente vigente è infatti possibile rilevare diverse ipotesi che, nella lettura sistematica che qui ci occupa, precludono la possibilità di conseguire la certificazione della parità di genere.

In primis, l'art. 6 del d.lgs. 105/2022, nel prevedere modifiche alla legge 53/2000, come già modificata dal d.lgs. 151/2001 ha determinato l'inserimento all'art. 4 del comma 3-*ter*, in base al quale «Il rifiuto, l'opposizione o l'ostacolo all'esercizio dei diritti di assenza dal lavoro di cui al presente articolo, ove rilevati nei due anni antecedenti alla richiesta della certificazione della parità di genere di cui all'art. 46-*bis* del d.lgs. 198/2006 o di analoghe certificazioni previste dalle regioni e dalle province autonome nei rispettivi ordinamenti, impediscono al datore di lavoro il conseguimento delle stesse certificazioni». Il riferimento è relativo alle violazioni delle norme a tutela della genitorialità quali ad esempio il rifiuto o

[21] L. BARBIERI, P. REA, *Appalti pubblici, certificazione della parità di genere e dinamiche concorrenziali,* in *Giur. Lav.*, 2022, n. 21, p. 12 ss. Sul punto si segnala che, in attuazione dell'art. 1 legge 21 giugno 2022, n. 78, in data 31 marzo 2023 è stato pubblicato in G.U. il nuovo Codice degli Appalti, d.lgs. 36/2023 che, dal primo aprile 2023 ha sostituito il noto d. lgs. 50/2016. Per quanto qui ci occupa, nel nuovo codice è stata prevista all'art. 106, comma 8, la diminuzione dal 30% al 20% (rispetto al codice previgente d.lgs. 150/2016 art. 93), della percentuale di riduzione della garanzia provvisoria per le aziende in possesso della certificazione per la parità di genere all'interno delle organizzazioni. La discussione si è polarizzata sull'ipotetico effetto disincentivante nell'adozione delle politiche di genere negli appalti pubblici; tuttavia è necessario chiarire che la riduzione della garanzia fideiussoria ha riguardato tutte le certificazioni prima indicate all'art. 93 del d. lgs. 50/2016 ivi comprese, ad esempio, le certificazioni di gestione ambientale, gestione per la qualità, sistemi di social accountability, sistemi di gestione per la salute e sicurezza sul lavoro etc. (Cfr. allegato II.13 d. lgs. 36/2023, come richiamato dall'art. 106, comma 8). Rimane confermata la possibilità di introdurre nei bandi di gara ipotesi di punteggi aggiuntivi per aziende in possesso della certificazione della parità di genere; cfr. il comma 7 dell'art. 108 che dispone testualmente: "Al fine di promuovere la parità di genere le stazioni appaltanti prevedono nei bandi di gara, negli avvisi e negli inviti, il maggior punteggio da attribuire alle imprese che attestano, anche a mezzo di autocertificazione, il possesso dei requisiti di cui all'art. 46-bis del codice delle pari opportunità".

[22] Attuazione della direttiva (UE) 2019/1158 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2019, relativa all'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza, che abroga la direttiva 2010/18/UE del Consiglio.

l'opposizione all'ottenimento del congedo di paternità, del congedo di maternità, del congedo parentale, dei congedi per eventi e cause particolari e, in ogni caso, l'omessa concessione per la fruizione di riposi giornalieri o permessi e riposi riconosciuti per il figlio disabile in situazione di gravità.

Analogamente, è prevista – sempre a fini ostativi del rilascio alla certificazione di parità – l'omessa valutazione di priorità alla richiesta del genitore-lavoratore di poter svolgere la propria attività anche in regime di lavoro agile. L'art. 4 del d.lgs. 105/2022, infatti, nel modificare la L. 81/2017 ha determinato l'inserimento, all'art. 18 del comma 3-*ter,* in base al quale «Il rifiuto, l'opposizione o l'ostacolo alla fruizione del lavoro agile, secondo quanto disposto dal comma 3-*bis*, ove rilevati nei due anni antecedenti alla richiesta della certificazione della parità di genere di cui all'art. 46-*bis* del d.lgs. 198/2006 o di analoghe certificazioni previste dalle regioni e dalle province autonome nei rispettivi ordinamenti, impediscono al datore di lavoro il conseguimento delle stesse certificazioni». Sempre nel modificare la legge 81/2017, all'art. 8, dopo il comma 7, è stato inserito il 7-*bis*, in base al quale «Il rifiuto, l'opposizione o l'ostacolo all'esercizio dei diritti di assenza dal lavoro di cui ai commi 4, 6 e 7, ove rilevati nei due anni antecedenti alla richiesta della certificazione della parità di genere di cui all'art. 46-*bis* del d.lgs. 198/2006 o di analoghe certificazioni previste dalle regioni e dalle province autonome nei rispettivi ordinamenti, impediscono al datore di lavoro il conseguimento delle stesse certificazioni».

Ancora, l'art. 5 del d.lgs. 105/2022, nel prevedere modifiche al d.lgs. 81/2015, ha determinato l'inserimento all'art. 8 del comma 5-*ter*, in base al quale «La violazione delle disposizioni di cui ai commi 3, 4, 5 e 5-*bis*, ove rilevata nei due anni antecedenti alla richiesta della certificazione della parità di genere di cui all'art. 46-*bis* del d.lgs. 198/2006 o di analoghe certificazioni previste dalle regioni e dalle province autonome nei rispettivi ordinamenti, impedisce al datore di lavoro il conseguimento delle stesse certificazioni». Il riferimento è correlato all'assenza di misure di conciliazione vita/lavoro ed alla presenza di comportamenti discriminatori, diretti o indiretti, sulle condizioni di lavoro e nei vari aspetti dell'attività lavorativa[23].

La veloce ricognizione degli anzidetti profili ostativi al rilascio della certificazione della parità di genere conferma come il complessivo quadro regolatorio della parità di genere sia stato improntato ad accrescere una costante consapevolezza sulle pari opportunità nei contesti lavorativi anche nella determinazione degli atti organizzativi di gestione della specifica realtà aziendale.

Nella medesima scia si inseriscono altresì la previsione, contenuta nell'art. 3 della L. 162/2021 e le previsioni di cui al D.I. 7 dicembre 2021, che per esigenze di sintesi non verranno trattati nel presente contributo. Basti però dire che la prima norma[24] ha riscritto l'art. 46 della L. 198/2006 abbassando la

[23] R. NUNIN, *Gender pay gap e nozione di "lavoro di pari valore"*, in *Arg. Dir. Lav.,* 2021, p. 1393 ss.
[24] Art. 3 L. 162/2021.

soglia dimensionale delle aziende tenute a presentare il rapporto sul personale con cadenza biennale[25] associando all'eventuale omissione ulteriori profili sanzionatori[26] e la seconda è intervenuta in materia di partecipazione delle aziende negli appalti pubblici[27], con l'obiettivo di inserire il rispetto delle regole sulla parità di genere come condizione di partecipazione per tutte le imprese che ambiscono ad appalti pubblici finanziati in tutto o in parte dal PNRR.

2. Le aree di misurazione ed i relativi pesi

La definizione delle aree di misurazione e l'attribuzione dei relativi valori nella UNI:PdR 125/2022 rispecchiano, in linea di principio, ciò che il gruppo di lavoro ministeriale ha individuato come *"aspetti critici del comportamento delle organizzazioni nei confronti del lavoro femminile"* e che, nelle premesse definitorie della Prassi, viene catalogato in tre macro-insiemi: retribuzioni e carriere; genitorialità e cura della famiglia; *bias* gestionali e processi di gestione. In particolare, con riferimento al primo elemento, partendo dal presupposto che «Le donne sono penalizzate nella retribuzione e nei percorsi di crescita professionale, occupano livelli professionali inferiori e in settori meno remunerativi» [28], la Prassi precisa che si tratta di divari di genere[29] che non possono essere pienamente spiegati in base «alle caratteristiche osservabili di uomini e donne, né alle libere scelte individuali delle donne o delle famiglie, né al contesto istituzionale» ma che sono invece «frutto di fattori che hanno le loro radici in una cultura aziendale poco aperta alla parità di genere e che non vede penalizzata la sua scarsa attenzione alla parità di genere»[30]. In relazione alla tematica "Genitorialità e cura della famiglia" le Linee Guida ritengono che, nonostante la puntuale e completa tutela legislativa presente nel Paese, la genitorialità sia ancora «elemento scoraggiante per l'occupazione femminile, poiché ad essa le organizzazioni attribuiscono un costo elevato e asimmetrico rispetto a quello legato alla paternità»[31]. In conseguenza di ciò, sulla base di processi di discriminazione

[25] La nuova versione dell'art. 46 del Codice delle pari opportunità ha ridotto a 50 dipendenti la soglia dimensionale delle aziende obbligate a redigere, con cadenza biennale, il rapporto sulla situazione del personale maschile e femminile, favorendo altresì la redazione del rapporto su base volontaria da parte delle aziende con un numero di dipendenti inferiore.
[26] Anche in questo caso la mancata trasmissione del rapporto biennale comporta l'interessamento della Direzione regionale del Lavoro, che invita le aziende stesse a provvedere entro 60 giorni. In caso di inottemperanza si applica la sanzione amministrativa da 103,00 euro a 516,00 euro (art. 11 DpR 520/55). Qualora l'azienda non ottemperi entro i 60 giorni e l'inottemperanza si protragga oltre 12 mesi, è disposta la sospensione per un anno dei benefici contributivi eventualmente goduti dall'azienda (art. 46, c. 4, D.Lgs. n. 198/2006). In caso di inoltro del rapporto errato o incompleto si applica una sanzione amministrativa pecuniaria da 1.000 a 5.000 euro. il Ministero del lavoro e delle politiche sociali pubblica in una apposita sezione del proprio sito internet istituzionale, l'elenco delle aziende che hanno trasmesso il rapporto e di quelle che non lo hanno trasmesso.
[27] Decreto Interministeriale 7 dicembre 2021, in riferimento all'art. 47 del D.L. 77/2021, convertito in Legge n. 108/2021.
[28] UNI/PdR 125:2022 p. 10.
[29] S. SCARPONI (a cura di), *Diritto e genere. Analisi interdisciplinare e comparata*, Cedam, Padova, 2016.
[30] UNI/PdR 125:2022, p. 9.
[31] UNI/PdR 125:2022, p. 10.

statistica, le organizzazioni attribuiscono alle madri mediamente un maggior coinvolgimento dei padri nella gestione della famiglia e della casa[32] così generando «un equilibrio discriminatorio da cui è difficile uscire, senza misure specifiche disegnate per lo scopo». Inoltre, con riferimento ai "*Bias* gestionali e processi di gestione" la Prassi chiarisce che «i processi gestionali non sono neutri rispetto al genere» e che anzi esistano bias espliciti ed impliciti anche con riferimento ai processi di selezione. In tale ottica, «il primo passo è il riconoscimento della loro stessa esistenza, grazie ad indicatori oggettivi di misurazione»[33].
Sulla scorta di tali premesse, la UNI/PdR 125:2022 al fine di garantire una misurazione olistica del livello di maturità delle singole organizzazioni, prevede l'adozione di specifici indicatori *Key Performance Indicator (KPI),* in relazione a sei aree di valutazione correlate alle differenti variabili che contraddistinguono un'organizzazione inclusiva e rispettosa della parità di genere: Cultura e strategia; Governance; Processi *Human Resources;* Opportunità di crescita e inclusione delle donne in azienda; Equità remunerativa per genere; Tutela della genitorialità e conciliazione vita-lavoro.
Ogni area è contraddistinta da un peso percentuale, su un totale di 100 costituito dalla somma delle differenti aree. Con riferimento a ciascuna area vengono identificati degli specifici *KPI* quali/quantitativi, per un totale di 33, applicabili secondo principi di proporzionalità e gradualità in ragione del profilo dimensionale dell'impresa.
In particolare, oggetto della misurazione ai fini del rilascio della certificazione sono le seguenti aree:
1) Cultura e strategia, cui corrispondono 7 *KPI*, è l'area volta a misurare che i principi e gli obiettivi di inclusione, parità di genere e attenzione alla *gender diversity* dell'organizzazione siano coerenti con la sua visione, le finalità e i valori che caratterizzano l'ambiente di lavoro (peso 15%);
2) Governance, che si avvale di 5 *KPI*, è l'area che permette di misurare il grado di maturità del modello di *governance* dell'organizzazione, volto a definire gli adeguati presidi organizzativi e la presenza del genere di minoranza negli organi di indirizzo e controllo dell'organizzazione, nonché la presenza di processi volti a identificare e porre rimedio a qualsiasi evento di non inclusione (peso 15%);
3) Processi HR, cui corrispondono 6 *KPI*, è l'area che si concentra sui principali processi che attengono ai diversi stadi che caratterizzano il ciclo di vita di una risorsa nell'organizzazione e che si dovrebbero basare su principi di inclusione e rispetto delle diversità (peso 10%);
4) Opportunità di crescita e inclusione delle donne in azienda, è l'area finalizzata a misurare, attraverso 7 *KPI*, il grado di maturità delle organizzazioni in relazione all'accesso neutrale dei generi ai percorsi di carriera e di crescita e la relativa accelerazione (peso 20%);

[32] E. TARQUINI, *Obblighi di cura e organizzazione del lavoro: alcune osservazioni alla luce della l. 162/2021,* in *Labor,* 2022, 1, pp. 129 ss.
[33] UNI/PdR 125:2022, p. 10.

5) Equità remunerativa per genere, è l'area finalizzata a determinare, attraverso 3 *KPI,* il grado di maturità delle organizzazioni in relazione al differenziale retributivo in logica di *total reward* comprendente quindi anche compensi non monetari quali sistemi di *welfare* e *well-being* (peso 20%);

6) Tutela della genitorialità e conciliazione vita-lavoro, è l'area che permette di misurare, attraverso 5 *KPI*, il grado di maturità delle organizzazioni in relazione alla presenza di politiche a sostegno della genitorialità[34] nelle diverse forme e l'adozione di procedure che facilitino e supportino l'attività lavorativa anche di donne con figli e figlie in età prescolare (peso 20%).

L'individuazione delle aree di misurazione non presenta particolari criticità interpretative ed anzi, la suddivisione e le relative finalità appaiono chiare e pienamente condivisibili.

Si potrebbero, semmai, non condividere i pesi percentuali attribuiti alle singole aree laddove, a fronte del grande rilievo riconosciuto nelle premesse delle Linee Guida alle aree relative alla retribuzione[35] ed alle possibilità di carriera, alla genitorialità ed ai processi di gestione, non sembra corrispondere un'adeguata valutazione delle stesse in termini di misurazione complessiva. Infatti, se realmente le prospettive di carriera delle donne appaiono, come appaiono[36], di considerevole rilievo ai fini della misurazione della parità effettiva all'interno dei contesti aziendali, non si comprende perché sia stato attribuito un limitato peso del 10% all'intera area ad esse riferita. In tale area insistono, come si vedrà a breve, indicatori qualitativi correlati alla definizione di processi di gestione e sviluppo delle risorse umane a favore dell'inclusione e della parità di genere, con meccanismi di analisi del *turnover* e politiche in grado di garantire la partecipazione equa e paritaria a percorsi di formazione e di valorizzazione, inclusi i corsi sulla *leadership*. La medesima area considera e valorizza la presenza di politiche di mobilità interna e di successione a posizioni manageriali coerenti con i principi di un'organizzazione inclusiva e rispettosa della parità di genere e meccanismi di protezione del posto di lavoro e di garanzia del medesimo livello retributivo nel post – maternità.

Siamo allora veramente sicuri che tali elementi possano, tutti insieme – unitamente alla presenza di referenti e prassi aziendali a tutela dell'ambiente di lavoro, con particolare riferimento a episodi di molestie o mobbing – valere solo il 10% dell'intera misurazione ponderata tra tutte le aree?

Su questo aspetto sarebbe utile un approfondimento e anzi, a parere di chi scrive, sarebbe auspicabile un ripensamento.

---

[34] M. FAIOLI, *Proposte su un welfare privato per la famiglia. Indagine sulle dinamiche europee e italiane*, in M. FAIOLI e L. REBUZZINI (a cura di), *Conciliare vita e lavoro: verso un welfare plurale,* Working Papers, Fondazione Giacomo Brodolini, consultabile sul sito della Fondazione Brodolini.

[35] A. ZILLI, *Parità di retribuzione per lavori di uguale valore: un passo avanti e uno di lato*, in *Dir. rel. ind.*, 2021, p. 956 ss.

[36] Cfr. premesse metodologiche della Prassi UNI/PdR 125:2022.

Diversamente, gli altri elementi di valutazione presentano un livellamento tra le varie aree ed i valori attribuiti si mostrano, a parere di chi scrive, coerenti con le premesse definitorie contenute nelle stesse Linee Guida.

3. Gli indicatori prestazionali ed i *cluster* di appartenenza

Per ciascuna area di valutazione innanzi detta sono stati identificati degli specifici *KPI* attraverso i quali misurare il grado di maturità dell'organizzazione finalizzato al rilascio della certificazione di parità.

Ogni indicatore è associato ad un punteggio il cui raggiungimento o meno viene quindi ponderato per il peso dell'area di valutazione: per l'ottenimento della certificazione è previsto il raggiungimento del punteggio minimo complessivo del 60%.

Gli indicatori prestazionali sono di natura quantitativa e qualitativa: i *KPI* di natura qualitativa sono misurati in termini di presenza o non presenza, mentre i *KPI* di natura quantitativa sono misurati in termini di delta % rispetto a un valore interno aziendale o al valore medio di riferimento nazionale correlato agli indici ISTAT[37] o del tipo di attività economica (codice ATECO di appartenenza) come derivanti dall'aggregazione indicata nelle stesse Linee Guida.

Ogni singolo indicatore è associato a un punteggio il cui eventuale raggiungimento viene ponderato per il peso dell'Area di appartenenza.

Gli indicatori individuati sono funzionali alle dimensioni aziendali ed occorre perciò prendere in considerazione i *KPI* che la UNI/PdR 125:2022 specifica come applicabili a ciascuna delle fasce di appartenenza delle imprese. Nell'ottica di semplificazione per le organizzazioni meno complesse e, in coerenza con la tassonomia ISTAT, sono state identificate 4 fasce o *cluster* attraverso cui classificare le organizzazioni (private, pubbliche, enti, ecc.) in relazione al numero di addetti: fascia 1 *micro* 1-9 addetti; fascia 2 *piccola* 10-49; fascia 3 *media* 50-249; fascia 4 *grande* 250 e oltre. A fronte della classificazione in una delle quattro fasce, viene definito il *set* di indicatori considerati i *target* coerenti alla dimensione dell'organizzazione. Sono, condivisibilmente, previste semplificazioni per le organizzazioni appartenenti alla fascia 1 (micro-organizzazione: fino a 9 dipendenti) e fascia 2 (piccola organizzazione: da 10 fino a 49 dipendenti), mentre per le organizzazioni appartenenti alla fascia 3 (media organizzazione: da 50 fino a 249 dipendenti) e alla fascia 4 (grande organizzazione: 250 dipendenti e oltre) è applicata la totalità degli indicatori.

In ragione dell'incidenza del requisito dimensionale, come anche chiarito nelle *FAQ*, se un'organizzazione appartiene al *cluster* "*micro*", i *KPI* applicabili saranno limitati ed il conteggio complessivo dei *KPI*

[37] Sulla problematicità degli indici ISTAT da prendere a riferimento nel caso di indicatori esterni si veda il successivo paragrafo 4.

applicabili, considerando anche la percentuale di peso definita per ogni area, è potenzialmente pari a 35,25; sicché si può affermare che l'organizzazione risulta certificabile se raggiunge un punteggio ≥ 21, ovverosia il 60% del punteggio massimo ottenibile per la tipologia *micro*.

L'attribuzione di una verifica di conformità in base allo *score* finale consente agli *stakeholders* di riconoscere la validità e l'efficacia dei processi implementati internamente, con ricadute positive in termini reputazionali. La certificazione è poi supportata da un monitoraggio annuale ed una verifica biennale finalizzata a dare evidenza del miglioramento ottenuto grazie agli interventi attuati o del *remediation plan* attivato a seguito di criticità emerse nella fase dell'*assessment*.

La semplificazione adottata per le organizzazioni meno complesse appare assolutamente condivisibile, anche in funzione della volontà, sottesa al provvedimento normativo, di evitare un'eccessiva burocraticizzazione, salvando la volontarietà della procedura.

Resta fermo che un'impresa può decidere anche di adottare un approccio particolarmente virtuoso ed applicare, oltre i *KPI* mandatori, anche ulteriori *KPI,* senza che ciò concorra a determinare il raggiungimento della soglia minima per l'ottenimento della certificazione. A tal proposito la UNI/PdR 125:2022 chiarisce che «A seguito dei risultati della revisione l'organizzazione può identificare obiettivi ulteriori, che siano specifici, misurabili, raggiungibili, realistici e definiti temporalmente»[38].

Le questioni dialettiche hanno interessato, più che la definizione delle specifiche aree, l'interpretazione dei singoli indicatori prestazionali, per i quali si sono resi necessari, come accennato in premessa, degli interventi definitori collegati sia all'interpretazione degli stessi che alla procedura di valutazione quantitativa ad essi collegata[39].

4. Gli elementi di incertezza interpretativa

4.1. le *FAQ* (non risolutive) del 30 settembre 2022 e le ulteriori *FAQ* del 9 febbraio 2023

A distanza di 6 mesi dalla pubblicazione della Prassi di riferimento, l'Ente di normazione UNI, unitamente ad ACCREDIA, ha reso disponibili alcune *FAQ* interpretative nel frattempo proposte e riguardanti l'implementazione e la certificazione del "Sistema di Gestione per la Parità di Genere all'interno delle organizzazioni ai sensi della UNI/PdR 125:2022 - Linee guida sul sistema di gestione per la parità di genere che prevede l'adozione di specifici *KPI* (*Key Performance Indicator* – Indicatori chiave di prestazione) inerenti alle Politiche di parità di genere nelle organizzazioni".

[38] UNI/PdR 125:2022, punto 6.4.8 "Miglioramento, p. 8.

[39] Per esigenze di sintesi, ci si sofferma sugli indicatori per i quali si sono resi necessari i chiarimenti interpretativi forniti le *FAQ* di chiarimento, rinviando per la disamina degli indicatori complessivi alla Prassi di Riferimento reperibile, il documento è reperibile *on line* Documenti - Accredia.

Nel documento si chiarisce che, per gli organismi di certificazione, «al fine di garantire un approccio uniforme ed omogeneo nel rilascio delle certificazioni accreditate» (da ACCREDIA o altri enti di accreditamento) a fronte della UNI/PdR 125:2022, «l'applicazione di tali interpretazioni è da considerarsi prescrittiva»[40].

Successivamente, lo scorso mese di febbraio 2023, sono state emesse ulteriori *FAQ* interpretative, alcune di tipo aggiuntivo, altre di tipo correttivo rispetto alle precedenti *FAQ* del settembre 2022.

Il documento pubblicato il 9 febbraio 2023 non si aggiunge ma sostituisce, in forma di "aggiornamento" il precedente documento del settembre 2022 riproponendo le medesime questioni, aggiungendo 5 diverse *FAQ* ed eliminando la *FAQ* n. 15 precedentemente pubblicata. Tale operazione non è, a dire il vero, esplicitata chiaramente nel documento sicché emerge solo a seguito di un puntuale confronto tra i documenti in esame. Ad ogni modo, in entrambi i documenti, per una più facile comprensione, le *FAQ* sono raggruppate in base agli argomenti trattati, che vengono distinti in: 1. Aspetti generali; 2. Aspetti operativi (*KPI,* metodologie di calcolo ecc.); 3. Appendice A; 4. Appendice B.

Le *FAQ* più recenti[41] aggiungono 2 chiarimenti interpretativi sugli "Aspetti generali" e 3 ulteriori chiarimenti interpretativi sugli "Aspetti operativi", lasciano immutate le interpretazioni già rese sull'Appendice A e modificando parzialmente l'Appendice B, con riferimento alla connessione con i dati ISTAT.

Complessivamente, ci troviamo di fronte a n. 37 questioni interpretative del documento inizialmente emesso e pubblicato nel marzo 2022, come recepito nel D.M. 29 aprile 2022.

4.2. I chiarimenti relativi agli "Aspetti Generali"

Con riferimento agli "Aspetti Generali", nella lettura congiunta delle Linee Guida e delle successive *FAQ,* si conferma che il Sistema di Gestione ai sensi della UNI/PdR 125:2022 è applicabile a tutte le organizzazioni pubbliche e private di ogni dimensione e settore e che le certificazioni rilasciate da organismi di certificazione accreditati ai sensi del Regolamento CE n. 765/08 e quindi riportanti il marchio UNI e quello dell'Ente di accreditamento, sono valide ai fini del riconoscimento per le imprese dei benefici stabiliti dal legislatore.

Viene altresì precisato che i «CAB accreditati (ACCREDIA o da altri enti di accreditamento operanti in ambito Reg. (CE) n. 765/08), sono tenuti a comunicare all'Autorità competente specifiche informazioni

[40] Cfr. *FAQ* ACCREDIA-UNI, Applicazione UNI/PdR 125:2022, agg. 30 settembre 2022 p. 1; analogamente *FAQ* ACCREDIA-UNI, Applicazione UNI/PdR 125:2022, agg. 9 febbraio 2023 p. 1.

[41] Che quindi si pongono, per l'interprete, come "sostitutive" delle precedenti benché ciò non sia espressamente chiarito.

al fine di garantire alla stessa di poter condurre i necessari monitoraggi sul numero delle certificazioni emesse»[42].

Sempre per quanto concerne gli "aspetti generali" viene chiarita la modalità di composizione del gruppo di *audit* e viene specificata, come detto in premessa, la professionalità del soggetto giuslavorista coinvolto nel gruppo di *audit*[43].

Il combinato disposto delle Linee Guida e delle successive *FAQ*, rende evidente come la direzione aziendale debba assegnare specifiche risorse (budget), responsabilità ed autorità adeguate per la prosecuzione, il raggiungimento ed il mantenimento degli obiettivi di parità di genere stabiliti e deve nominare un "comitato guida" per l'efficace adozione e la continua ed efficace applicazione della politica per la parità di genere (generale e correlate)[44]. Il "comitato guida", in base alle dimensioni dell'organizzazione, deve essere composto almeno dall'amministratore delegato, o da un delegato dalla proprietà, e dal direttore del personale, o altra figura equivalente. Il compito del "comitato guida" è essenzialmente quello di redigere il piano strategico che definisce per ogni tema identificato dalla politica (generale e collegata) obbiettivi semplici, misurabili, raggiungibili, realistici, pianificati nel tempo ed assegnati come responsabilità di attuazione[45].

Più in generale, si ravvisa nelle Linee Guida così come nelle *FAQ*, di prima e seconda emissione, un condivisibile approccio di tipo "documentale" della politica di parità di genere adottata dall'organizzazione. La "politica generale" deve essere resa disponibile sul sito aziendale e deve contenere i principi e le indicazioni guida che definiscono l'impegno dell'organizzazione nei confronti dei temi relativi alla parità di genere, la valorizzazione delle diversità e l'*empowerment* femminile[46].

Si stabilisce, inoltre, che la "politica di parità" deve essere: a) definita dall'Alta Direzione, in coordinamento con il "comitato guida"; b) comunicata e diffusa all'interno dell'organizzazione ed alle proprie parti interessate; c) oggetto di formazione e sensibilizzazione al *management* aziendale, d) revisionata o confermata periodicamente in fase di revisione sulla base degli accadimenti, dei cambiamenti e dei risultati dei monitoraggi e delle verifiche; e) coordinata da una figura responsabile, designata dal management e in possesso di competenze organizzative e di genere[47]. La politica di gestione della parità consiste in un documento di intenti dell'alta direzione aziendale da cui scaturisce il "piano di azione"[48],

[42] Cfr. *FAQ* n. 3 ACCREDIA-UNI, Applicazione UNI/PdR 125:2022, agg. 9 febbraio 2023.
[43] Cfr. *FAQ* n. 4 ACCREDIA-UNI, Applicazione UNI/PdR 125:2022, agg. 9 febbraio 2023.
[44] Cfr. *FAQ* n. 25 ACCREDIA-UNI, Applicazione UNI/PdR 125:2022, agg. 9 febbraio 2023.
[45] Cfr. Linee Guida UNI/PdR 125:2022, Par. 6 cit., p. 29
[46] F. R. GUARNIERI, *Promozione della parità retributiva tra i sessi e sostegno all'occupazione femminile stabile e di qualità*, in *Le Regioni*, 1-2/2022.
[47] Cfr. Linee Guida UNI/PdR 125:2022, Par. 6 "Politiche di parità di genere, pianificazione, attuazione e monitoraggio e sistema di gestione", p. 28
[48] Cfr. *FAQ* n. 17 ACCREDIA-UNI, Applicazione UNI/PdR 125:2022, agg. 9 febbraio 2023.

che può essere articolato in più documenti: obiettivi, analisi e monitoraggio *KPI,* budget e altri; in ogni caso – a garanzia della trasparenza[49] e della certificabilità – il piano di azione, il piano strategico e gli obiettivi per il miglioramento devono essere sempre supportati da evidenze documentate.

In particolare, viene chiarito che le organizzazioni che adottano una politica di parità di genere globale che si proponga di valorizzare e tutelare la diversità e le pari opportunità sul luogo di lavoro, devono definire un "piano di azione" per la sua attuazione, impostando un modello gestionale[50] tale da garantire nel tempo il mantenimento dei requisiti definiti ed attuati, misurare gli stati di avanzamento dei risultati e rendicontare le azioni intraprese nei documenti del sistema di gestione appositamente creato.

4.3. Le precisazioni relative agli "Aspetti Operativi"

Più significative, invece, le questioni interpretative correlate agli "Aspetti Operativi" (*i.e. KPI*, Metodologie di calcolo e altro).

In primis, in relazione al *benchmark* di riferimento sono emerse due questioni prevalenti.

La prima è riferita alla possibilità che un'azienda abbia più attività o comunque operi in più settori merceologici. In tal caso si pone il problema di verificare la modalità di concreta applicazione dei *KPI* di riferimento, nel tentativo di capire se occorra prendere in considerazione solo il "settore prevalente" o anche gli altri settori e, ancor più specificatamente, quale sia il criterio, tra attività/fatturato/numero addetti, da utilizzare per individuare il settore "prevalente". A tale proposito è stato chiarito, condivisibilmente a parere di chi scrive, che l'azienda debba implementare il Sistema di Gestione (SG), gli obiettivi e i *KPI* per tutte le attività svolte e per tutti i livelli organizzativi. È importante, perciò, valutare che il concetto di parità di genere sia applicato per tutti gli aspetti delle sei aree della UNI/PdR 125:2022 in modo trasversale, per tutte le attività aziendali e per tutti i settori merceologici, i contratti e i livelli retributivi.

La *FAQ* rilasciata su tale aspetto testualmente prevede che «ai fini del calcolo dei KPI, per l'identificazione dei codici ATECO applicabili, è consigliabile fare riferimento a quanto riportato nelle visure camerali, identificando il settore prevalente in termini di fatturato»[51].

Ad onor del vero, pur comprendendo la difficoltà interpretativa, sembra che quella innanzi detta sia una *non risposta.* Se, infatti, l'intento delle *FAQ* è di tipo *prescrittivo* per gli enti certificatori, non appare

[49] M. PERUZZI, *Differenziali di genere e trasparenza retributiva, tra "reporting" aziendale e certificazione di parità*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2021, p. 143 ss. e *La parità retributiva di genere nello specchio della decentralizzazione contrattuale. problemi e soluzioni in una prospettiva di analisi comparata,* in *Riv. it. dir. lav.,* II 2017, p. 241 e ss.

[50] Cfr. Linee Guida UNI/PdR125:2022 p. 28

[51] Cfr. *FAQ* n. 13 ACCREDIA-UNI, Applicazione UNI/PdR 125:2022, agg. 9 febbraio 2023.

ermeneuticamente corretto passare da un concetto di "prescrizione"[52] ad un approccio, molto più blando, di "consiglio". In definitiva, a parere di chi scrive, la previsione congiunta UNI-ACCREDIA lascia un margine interpretativo ed applicativo che mal si concilia con la funzione "prescrittiva" enunciata dagli stessi enti.

L'ulteriore questione è correlata ai codici ATECO[53] inseriti nelle Linee Guida.

È stato rilevato che a fronte del *"Prospetto 2 - Classificazione ATECO delle organizzazioni"* contenuto nella Prassi, la tabella in appendice B presenta valori mancanti nei settori *"Agricoltura, silvicoltura e pesca"* e *"Amministrazione pubblica e difesa assicurazione sociale obbligatoria"*, così determinando incertezze applicative nell'eventualità di aziende dei settori suddetti per i quali si applicano gli indicatori che richiedono la comparazione al *benchmark* di riferimento. Anche in tale circostanza la risposta fornita da UNI-ACCREDIA non appare esaustiva poiché, si legge, testualmente «si tratta di esempi utili ma non esaustivi. Inoltre, sono riferiti al momento della pubblicazione della UNI/PdR 125 e quindi necessitano di aggiornamenti»[54]. Anche in questo caso occorre sottolineare il contrasto tra la funzione "prescrittiva" e quella "esemplificativa", non senza evidenziare che, a distanza di un anno dalla pubblicazione della UNI/PdR 125:2022, ad oggi nessuno si è ancora premurato di procedere all'aggiornamento *de quo*.

Non meno complessa la questione della comparazione degli indicatori prestazionali quando questa sia riferita a "parametri esterni".

Con un primo approccio esplicativo la risposta fornita da UNI-ACCREDIA (*FAQ* n. 15 nella versione del settembre 2022) aveva previsto un rimando generico ai dati del sito ISTAT (con *link* alla *home page* generale https://www.istat.it/). Successivamente, ad ulteriore sollecitazione correlata alla preoccupazione «che non vi siano differenti riferimenti che potrebbero alterare il punteggio», la risposta congiunta UNI-ACCREDIA prevede un onere di richiesta a carico delle organizzazioni interessate specificando che «l'aggiornamento dei dati di riferimento sarà fornito dall'Istat su richiesta. Per formulare la richiesta di aggiornamento dei dati ci si deve registrare all'indirizzo https://contact.istat.it e accedere al servizio "assistenza nella ricerca dei dati»[55].

Analoga questione emerge in relazione ai dati a cui fare riferimento per il prospetto 6 relativo agli indicatori 2*"Percentuale di donne nell'organizzazione rispetto alla totalità dell'organico rispetto al benchmark dell'industria di riferimento",* in cui peraltro si chiede di considerare nel calcolo le varie altre forme di

[52] Cfr. *FAQ* ACCREDIA-UNI, Applicazione UNI/PdR 125:2022, agg. 30 settembre 2022 p. 1; analogamente *FAQ* ACCREDIA-UNI, Applicazione UNI/PdR 125:2022, agg. 9 febbraio 2023 p. 1.

[53] Si segnala che la classificazione ATECO a due *digit* si appalesa verosimilmente troppo generica per l'individuazione di un puntuale *benchmark* di riferimento.

[54] Cfr. *FAQ* n. 37 ACCREDIA-UNI, Applicazione UNI/PdR 125:2022, agg. 9 febbraio 2023.

[55] Cfr. *FAQ* n. 37 ACCREDIA-UNI, Applicazione UNI/PdR 125:2022, agg. 9 febbraio 2023 e contestuale eliminazione della *FAQ* n. 15 ACCREDIA-UNI/Applicazione UNI/PdR 125:2022, agg. 30 settembre 2022.

collaborazione[56], e 4 *"Percentuale di donne nell'organizzazione con qualifica di dirigente"*, per le imprese familiari considerare solo donne non espressione della proprietà, per i quali, «A rettifica di quanto dichiarato nel documento UNI/PDR 125, la fonte dei dati non è la rilevazione Forze di lavoro. Per formulare la richiesta dei dati ci si deve registrare all'indirizzo https://contact.istat.it e accedere al servizio "assistenza nella ricerca dei dati"»[57].

Situazioni di incertezza interpretativa[58] che certo non aiutano nell'applicazione della Prassi e che si sommano ad altre questioni parimenti complesse.

Ad esempio, nell'ambito dei c.d. "principi generali" emerge, per quegli indicatori per i quali non è specificatamente indicato il periodo di misurazione, la difficoltà di comprendere quale sia il periodo di riferimento (anno solare, periodo fiscale etc.) da prendere in considerazione.

La lettura interpretativa chiarisce che la periodicità degli *audit* è l'anno solare secondo i requisiti della norma UNI CEI EN ISO/IEC 17021-1, tuttavia, per il calcolo dei *KPI*, il periodo di riferimento è rimesso alla discrezionalità dell'impresa e delle sue linee d'investimento definite a chiusura dell'anno fiscale, che potrebbe non coincidere con l'anno solare[59]. Pur comprendendo la finalità dell'intervento di non "ingessare" troppo le organizzazioni, sembra poco condivisibile la non sovrapponibilità temporale tra gli *audit* di verifica ed i periodi di misurazione, nell'ambito dei quali potrebbero verificarsi scostamenti significativi, che dovrebbero poi essere giustificati *ex post*.

Probabilmente una maggiore omogeneità tra dati e periodi di misurazione sarebbe stata più apprezzabile, facendo comunque salvi i casi di mutamenti sostanziali nell'organizzazione, come nel caso di fusioni, incorporazioni, trasferimenti etc.

Ancora, al fine di verificare il grado di informazione e consapevolezza del personale in merito alla politica, al piano strategico e ai *KPI* aziendali si prevede che «deve essere dedicato del tempo alle interviste a uomini e donne, personale manager e non manager dell'impresa, coinvolti nella gestione dei processi, ad esempio personale amministrativo, addetti all'ufficio del personale»[60], lasciando, anche in questo caso un notevole (e forese eccessivo) grado di discrezionalità operativa agli Enti certificatori, in termini di opzione del personale da intervistare e di tipologie di interviste da somministrare.

Ulteriori questioni sono emerse in relazione alla *"formazione che deve coinvolgere tutti i livelli organizzativi"*.

[56] Sulla computabilità ai fini certificativi dei contratti di collaborazione si veda il successivo paragrafo 5.1.
[57] Cfr. *FAQ* n. 8 ACCREDIA-UNI, Applicazione UNI/PdR 125:2022, agg. 9 febbraio 2023 p. 1.
[58] A prescindere dalla confusione generata dalle FAQ circa la "fonte" da prendere a parametro, occorre comunque sottolineare che – come si è potuto personalmente verificare – l'ISTAT è assolutamente solerte nell'evadere le richieste formulate, trasmettendo i dati nell'arco temporale di 24 ore al massimo.
[59] Cfr. *FAQ* n. 15 FAQ ACCREDIA-UNI, Applicazione UNI/PdR 125:2022, agg. 9 febbraio 2023.
[60] Cfr. *FAQ* n. 27 ACCREDIA-UNI, Applicazione UNI/PdR 125:2022, agg. 9 febbraio 2023.

Le *FAQ*, relative al Punto. 6.3.1 delle Linee Guida sono state necessarie per chiarire la distinzione la tra "formazione generica" e "formazione specifica" ed i destinatari della stessa. Si è così chiarito che la formazione deve coinvolgere tutti i livelli organizzativi e che gli argomenti trattati devono includere la lotta –contro i pregiudizi e gli stereotipi legati al genere. In più è stato specificato che la *"formazione generale"* riguarda la descrizione di tematiche applicabili, ad esempio, in ambito nazionale[61] e che la *"formazione specifica"* è invece relativa all'analisi degli aspetti di parità di genere legati al settore di riferimento dell'organizzazione e alle modalità che l'organizzazione in prima linea ha deciso di adottare per contrastare le disparità e gli stereotipi[62].

Ancora, con riferimento all'indicatore 5 dell'area *Governance* inerente la "*Presenza di esponenti del sesso meno rappresentato nell'organo amministrativo e di controllo della organizzazione"* sono emersi dubbi circa la misurazione del detto *KPI* per le aziende che non hanno un CdA, ma un Amministratore Unico (es. Srl a Socio Unico, Srls) e la rilevanza, ai fini dello specifico *KPI,* del Collegio Sindacale. Anche in questo caso sembra che l'Ente di normazione, unitamente ad ACCREDIA, sfugga la risposta effettiva con un'affermazione generica «tenuto conto che l'organo di controllo presidia l'osservanza delle leggi, dello statuto, l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile, oltre che il suo concreto funzionamento, è compito dell'impresa che intende certificarsi, individuare al suo interno tale riferimento in funzione della propria organizzazione»[63].

Pare una precisazione poco utile e, tutto sommato, non idonea a risolvere la questione interpretativa effettivamente posta. In sostanza, se si è in presenza di un Amministratore Unico di genere maschile l'indicatore sembrerebbe ritenersi non soddisfatto e tale conclusione appare forse troppo severa, se non mitigata da ulteriori valutazioni.

Ulteriori elementi di criticità emergono con riferimento ai *KPI* che sono espressi come miglioramento rispetto ai valori degli anni precedenti che devono essere valutati in fase di prima certificazione.

In tal caso, si afferma che «è ammesso assegnare il punteggio di *entry level* solo se l'organizzazione ha *implementato* il sistema di gestione e ha messo in atto un piano strategico efficace per garantirne il miglioramento»[64]. È evidente che non si può parlare, tecnicamente, di "un'implementazione del sistema di gestione" (della parità, n.d.r.), si dovrebbe piuttosto parlare di "creazione" del sistema di gestione, valorizzando cioè qualcosa che prima non c'era e che adesso, proprio in funzione di un approccio *gender sensitive* viene creato, anche se in modalità embrionale.

[61] Qui corre l'obbligo di segnalare l'imprecisione tecnica riferita alla *"formazione generale"* in cui riferendosi alle norme ed al quadro regolatorio applicabile si parla impropriamente di "*sentenza giuridica",* in ciò verosimilmente intendendo i precedenti giurisprudenziali.
[62] Cfr. *FAQ* n. 18 ACCREDIA-UNI, Applicazione UNI/PdR 125:2022, agg. 9 febbraio 2023.
[63] Cfr. *FAQ* n. 19 ACCREDIA-UNI, Applicazione UNI/PdR 125:2022, agg. 9 febbraio 2023.
[64] Cfr. *FAQ* n. 14 ACCREDIA-UNI, Applicazione UNI/PdR 125:2022, agg. 9 febbraio 2023.

Andando avanti nella nostra disamina occorre poi soffermarsi su alcuni indicatori per i quali non si pone solo un problema di tipo squisitamente interpretativo, ma – più significativamente – si impone la necessità di indagare il contesto giuridico a cui riferire l'indicatore in ipotesi applicabile.

5. Alcune questioni interpretative irrisolte

5.1. La platea dei lavoratori e delle lavoratrici da considerare ai fini certificativi

La prima delle questioni da sciogliere è riferita alle figure professionali che costituiscono l'organizzazione aziendale, sulle quali applicare i *KPI* individuati.

La questione non è irrilevante, soprattutto in considerazione del quadro definitorio contenuto nelle premesse della Prassi di riferimento in cui si qualifica come "*addetto/a"* la persona «occupata in un'unità giuridica, come lavoratore/lavoratrice indipendente o dipendente (a tempo pieno, a tempo parziale o con contratto di formazione lavoro), anche se temporaneamente assente (per servizio, ferie, malattia, sospensione dal lavoro, Cassa integrazione guadagni, ecc.)». Nell'accezione delle Linee Guida "l'addetto/a" comprende «il/i titolare/i della/e impresa/e partecipante/i direttamente alla gestione, i cooperatori (soci di cooperative che, come corrispettivo della loro prestazione, percepiscono un compenso proporzionato all'opera resa e una quota degli utili dell'impresa), i coadiuvanti familiari (parenti o affini del titolare che prestano lavoro manuale senza una prefissata retribuzione contrattuale), dirigenti, quadri, impiegati, operai e apprendisti»[65].

Le medesime Linee Guida qualificano poi come "*dipendente"*[66] la persona che «svolge la propria attività lavorativa in un'unità giuridica ed è iscritta nel libro paga dell'organizzazione. Sono considerati tra i/le lavoratori/lavoratrici dipendenti: le persone socie di cooperativa iscritte nel libro paga; i/le dirigenti, i quadri, gli/le impiegati/e e gli/le operai/e, a tempo pieno o parziale; gli/le apprendisti/e; i/le lavoratori/lavoratrici a domicilio iscritti nel libro paga; i/le lavoratori/lavoratrici stagionali; i/le lavoratori/lavoratrici con contratto di formazione lavoro»[67].

La questione definitoria viene in rilievo con riferimento al calcolo della durata degli *audit* di cui all'appendice A per il coinvolgimento dei processi di *"Governance/HR",* nella quale si afferma espressamente che «occorre fare riferimento alla definizione di "addetto" di cui al punto 3.1 della UNI/PdR 125 al fine di individuare il personale coinvolto».

[65] Cfr. par. 3 Termini e definizioni, classificazione 3.1.
[66] Cfr. par. 3 Termini e definizioni, classificazione 3.10.
[67] Il riferimento che *prima facie* potrebbe sembrare anacronistico perché riferito al contratto di formazione lavoro introdotto con la legge 863/1984 poi sostituito dal contratto di inserimento previsto dal d.lgs. 276/2003 e successivamente abrogato negli articoli da 54-59 dall'art. 1, co.14, L. 92/2012, assume rilievo con specifico riferimento alle possibilità di utilizzo residuate in capo alle Pubbliche Amministrazioni che, come visto in premessa, rientrano tra i soggetti certificabili.

Diversamente, con riferimento all'Area "*opportunità di crescita ed inclusione delle donne in azienda"* (cfr. *FAQ* n. 7) si chiarisce che devono essere «inclusi i contratti, ad esempio, di somministrazione, stage». Ancora si precisa che «non necessariamente le figure contrattualizzate in tal modo sono presenti in organigramma». C'è quindi un dato chiaro, a tratti sorprendente, in base al quale anche il personale non inserito nell'organigramma aziendale, va computato ai fini degli indicatori considerati.

In più si precisa che «per quanto riguarda il personale in somministrazione vanno considerati nel Sistema di gestione dell'azienda presso cui svolgono l'attività lavorativa e non nel Sistema di gestione dell'Agenzia che li ha collocati (es. agenzia interinale)» *recte* agenzia di somministrazione *(n.d.r.)*.

In definitiva, il personale in somministrazione va computato presso l'utilizzatore e ciò a prescindere dalla posizione formale dell'effettivo datore di lavoro. In tale ottica, sarebbe stata certo auspicabile una qualche distinzione tecnica con riferimento alla somministrazione a tempo determinato o indeterminato, individuando nella seconda l'effettivo inserimento nella compagine aziendale ravvisabile, semmai, anche nella prima fattispecie purché nella coincidenza o parziale sovrapposizione tra il periodo di osservazione finalizzato alla certificazione e la durata effettiva della somministrazione.

In più, sarebbe certamente utile affrontare anche la questione del personale in distacco.

Partendo dalle considerazioni appena svolte sui lavoratori in somministrazione, si potrebbe ritenere, *mutatis mutandis*, applicabile il medesimo criterio di computo, considerare cioè inclusi – e quindi "osservabili" ai fini certificativi – i lavoratori distaccati presso l'azienda che richiede la certificazione sia per il calcolo dei tempi di *audit* sia per l'applicazione dei *KPI*, sempre con l'accortezza della verifica della coincidenza o della parziale sovrapposizione tra periodo di osservazione e durata del distacco.

Se il ragionamento sin qui svolto ha qualche fondamento, potremmo concludere che ciò che vale ai fini della certificazione è la forza lavoro effettiva indipendentemente dallo schema giuridico sotteso all'utilizzo del singolo lavoratore.

Sul punto, si impone però un'ulteriore osservazione.

Nel prospetto 6 riferito all'area *"Opportunità di crescita ed inclusione delle donne in azienda"* l'indicatore n. 1[68] "*Percentuale di donne nell'organizzazione rispetto alla totalità dell'organico"* ed il successivo indicatore n. 2[69] *"Percentuale di donne nell'organizzazione rispetto alla totalità dell'organico rispetto al benchmark dell'industria di riferimento"* contengono ambedue una nota dal seguente tenore «considerare nel calcolo le varie altre forme di collaborazione».

Tuttavia, nella *FAQ* n. 7 UNI e ACCREDIA si premurano di precisare che «non è da considerare nel computo degli addetti, sia per il calcolo dei tempi sia per i KPI, il personale che opera con contratto di

[68] Indicatore applicabile solo alle organizzazioni di fascia 1 e 2.
[69] Indicatore applicabile solo per organizzazioni di fascia 3 e 4.

collaborazione (anche se continuativo) ad esempio avvocati, informatori del farmaco, auditor non dipendenti (esterni)».

La medesima esclusione, riferita al personale che offre all'impresa il servizio di consulenza/collaborazione la troviamo nella *FAQ* interpretativa n. 2 riferita all'Appendice A e relativa alla durata dell'*audit*.

Tale ricognizione letterale lascia intravedere delle perplessità interpretative di non poco conto relative, da un lato, a grandezze non omogenee – collaboratori sì, collaboratori no – che vengono considerate dai diversi indicatori contenuti nella medesima Prassi e, dall'altro, una non completa consapevolezza delle forme di "collaborazione" giuridicamente ammesse, soprattutto in connessione con la qualifica di "*addetto/a"* riferita ad una persona «occupata in un'unità giuridica, come lavoratore/lavoratrice indipendente o dipendente». Se il riferimento va inteso, in conformità alla definizione di *addetto/a* sopra riportata anche al *lavoratore* e alla *lavoratrice indipendente,* non è chiaro perché per un verso i collaboratori possano essere computati e, per altro verso, no.

Più complessa la questione, ancora inedita a quanto consta, del computo del personale di aziende operanti in regime di *"service"* rispetto a più organizzazioni tra loro distinte, anche se facenti parte di un medesimo "gruppo"[70]. Il quesito è riferito alle risorse che, benché appartenenti ad una certa entità giuridica, siano stabilmente inserite nella diversa entità giuridica che si avvale dei servizi della prima e che, nel caso che ci occupa, aspira alla certificazione.

Tali risorse si computano, ai fini certificativi, nella società da cui dipendono o nella seconda società che aspira alla certificazione, in cui sono stabilmente inserite? In effetti, al di fuori delle ipotesi del personale somministrato, la definizione di *addetto/a* offerta dalle Linee Guida UNI/PdR in esame sembrerebbe riservare l'indagine ai soli lavoratori dipendenti della società che richiede la certificazione. Tuttavia, a voler seguire il principio delle entità giuridiche diverse, che sembrerebbe sorreggere un criterio giuridico *standard* di esenzione dal computo delle risorse nella società *ad quem*, si condurrebbe un ragionamento in antitesi rispetto ai criteri tracciati dalle *FAQ* UNI-ACCREDIA appena citate in tema di somministrazione.

5.2. La nozione di azienda *multisite* ed i gruppi di impresa

Significativa, in ottica giuslavoristica, anche la nozione di azienda *multisite*, utilizzata nelle *FAQ,* senza che nelle Linee Guida UNI/PdR 125:2022 tale nozione venga mai citata né definita[71].

[70] Sulle problematiche interpretative connesse al "gruppo di imprese" si veda il paragrafo seguente.

[71] Alcune delle considerazioni contenute nel presente paragrafo sono il frutto di uno studio congiunto con le colleghe del GERT *Gender Equality Research Team*, M. GIOVANNONE, R. RAINONE, B. ROSSILLI che ha determinato la stesura di un *paper* provvisorio, allo stato inedito, relativo alla certificazione della parità di genere nei gruppi societari.

Il riferimento, peraltro, non è neppure contenuto nel Codice delle pari opportunità, come modificato dalla legge 162/2021.

Il termine *multisite* compare per la prima volta nella *FAQ* 19, versione del settembre 2022, e viene successivamente riproposto nelle *FAQ* n. 23 e n. 24, versione del febbraio 2023. In tali documenti si fa riferimento alle società *multisite* senza, come detto, fornirne alcuna definizione.

Per quanto qui ci occupa, sull'inquadramento giuridico del termine si aprono due scenari interpretativi: da un lato il termine *multisite* potrebbe essere stato utilizzato impropriamente quale sinonimo di gruppo di imprese; dall'altro, diversamente, potrebbe essere riferito alle organizzazioni multi-localizzate.

Si propende per la prima opzione, perché, nel Prospetto A.1 viene chiarito che «È possibile rilasciare una certificazione di "gruppo" che ricomprenda diverse entità giuridiche, ma solo in presenza di una struttura organizzativa "centralizzata" che gestisce e controlla la compliance per tutte le società del gruppo (si veda IAF MD01)».

Il riferimento è quindi correlato a diverse entità giuridiche e non ad un'unica entità multi-localizzata.

Che sia da escludere il riferimento ad un'unica entità multi-localizzata sembra avvalorato anche dall'ulteriore precisazione contenuta anch'essa nell'Appendice A, Prospetto A.1, nella parte relativa alle *"Possibili esclusioni"* dove si chiarisce che «non sono ammesse esclusioni di processi/funzioni, mentre è possibile escludere, in una certificazione di gruppo, delle singole *legal entity*. Considerato infine il contesto normativo e occupazionale, che può cambiare tra Stato e Stato, è possibile limitare la certificazione ad una sola Nazione».

Ancora, nelle Linee Guida della Prassi si fa riferimento ai "gruppi di società" laddove nell' Appendice A *"Prospetto A.1 - Regole di certificazione"* si chiarisce che «La certificazione viene rilasciata a una entità giuridica (*legal entity*) o, con le precisazioni di seguito descritte, a "un gruppo di società", e deve considerare tutti i siti, filiali, sedi secondarie, attività e processi effettivamente svolti dall'organizzazione»[72].

Ebbene, con riferimento alle *"multisite" o "gruppi di imprese"* che dir si voglia, le *FAQ* chiariscono che tutti i siti aziendali, presso cui opera personale dipendente o addetti/addette devono essere inclusi nel Sistema di Gestione per la parità di genere della impresa *multisite*. In particolare, il certificato deve elencare tutti i siti certificati e deve essere garantito che il Sistema di Gestione secondo la UNI/PdR 125:2022 certificato sia attuato e aggiornato in tutti i siti della medesima *legal entity*[73].

[72] Cfr. UNI/Pdr 125:2022 Appendice A "Prospetto A.1 - Regole di certificazione".

[73] In relazione alle modalità di campionamento, si richiede di effettuare i sopralluoghi in campo almeno presso i siti che concorrono in maniera diretta alla progettazione e alla attuazione del Sistema di Gestione per la parità di genere: Direzione; Ufficio risorse umane; Ufficio amministrativo; Ufficio formazione; Ufficio SG per la parità di genere; Ufficio legale; Ufficio comunicazione Si richiede inoltre agli OdC di svolgere il sopralluogo o almeno un virtual tour presso i siti in cui sono stati creati servizi e strutture (es. nido-nursery-percorsi sicuri) dedicati all'attuazione della politica per la parità di genere.

Ancora, con riferimento ai *multisite* composti da diverse *legal entity* si chiede di applicare un approccio di valutazione "flessibile", che tenga conto della specificità del Sistema di Gestione per la parità di genere progettato e attuato dall'organizzazione valutata.

Dunque, qualora sia la Capogruppo a controllare tutti i *KPI* questi verranno valutati presso la stessa *Holding* in termini aggregati, qualora invece i *KPI* siano specifici per ogni entità giuridica allora dovranno essere valutati per ogni singola entità. Allora, «se i KPI sono tutti sotto il controllo della Corporate/Holding, verranno valutati c/o la corporate, se invece sono specifici e attuati per ciascuna local entity, allora dovranno essere verificati in ciascuna *local entity*. Occorre comunque verificare che i KPI (nelle 6 aree) siano stati attuati da tutte le *legal entity* elencate nel certificato UNI/PdR 125:2022 emesso»[74].

Analogamente, con riferimento al c.d. "comitato guida", istituito – come visto – dall'alta direzione per l'efficace adozione e la continua ed efficace applicazione della politica per la parità di genere, in assenza di previsioni specifiche riferita ai gruppi societari si potrebbe concludere che il "comitato guida" debba essere costituito presso la *Holding*, senza necessità di alcuna diramazione, in caso di controllo della stessa sui *KPI*. In caso contrario, e dunque nell'ipotesi di verifica dei *KPI* presso le singole entità, saranno probabilmente necessarie diramazioni locali del detto comitato proprio in virtù della sua preminente funzione di verifica della continua ed efficace applicazione della politica per la parità di genere in tutta l'organizzazione.

In presenza di gruppo societario le alternative sembrerebbero essere due: la certificazione può riguardare l'intero gruppo anche con l'esclusione di singole entità; la certificazione può riguardare singolarmente le società che compongono il gruppo.

Tale interpretazione sembra pacificamente confermata dalla precisazione ulteriore che, in caso di *multisite* costituito da diverse *legal entity*, ognuna deve singolarmente raggiungere il punteggio minimo del 60% affinché la Corporate/Holding possa essere certificata.

Si tratta, però, di piste interpretative non supportate da evidenze documentali.

5.3. Il congedo parentale ed il congedo di paternità

Analoghe problematiche di inquadramento giuridico si pongono con riferimento all'area "*tutela delle genitorialità e conciliazione vita-lavoro*"[75].

Le diverse questioni interpretative sin qui emerse hanno prevalentemente riguardato i *KPI* 4 e 5, entrambi di tipo quantitativo, riferiti il primo al *"Rapporto tra il numero dei beneficiari uomini effettivi sul totale dei beneficiari*

[74] Cfr. *FAQ* n. 24 ACCREDIA-UNI, Applicazione UNI/PdR 125:2022, agg. 9 febbraio 2023.

[75] L. CURCIO, *Lavoratrici madri e discriminazione per genitorialità in caso di modifiche di orario lavorativo: la cura dei figli riguarda ancora soprattutto le donne,* in questionegiustizia.it, 17 marzo 2022.

potenziali dei congedi di paternità nei primi dodici anni di vita del bambino obbligatori" ed il secondo al *"Rapporto tra n. di giorni medio di congedo di paternità obbligatorio fruiti e il totale di n. gg potenziale previsto dalla legge"*. Su questi indicatori, e sulle interpretazioni che di essi sono state date, si coglie in modo lapalissiano la distanza tra la prospettiva giuslavoristica e quella adottata dalla Prassi di riferimento. L'Ente di normazione è stato puntualmente investito della criticità interpretativa, come si legge nella *FAQ* n. 12 in cui si chiarisce che «I due indicatori sembrerebbero avere il medesimo oggetto: il congedo di paternità. Tuttavia, nel primo KPI vi è il riferimento ai "dodici anni di vita del bambino", proprio del congedo parentale, nel secondo indicatore, tenuto conto che si parla di numero di giorni, non vi sono dubbi che il riferimento sia effettivamente il congedo di paternità essendo questo di dieci giorni piuttosto che il congedo parentale di dieci mesi, il cui calcolo del numero di gg. medio fruiti sarebbe più complicato»[76].

La ricostruzione contenuta nella domanda proposta è comprensibile e condivisibile ed è dirimente fare chiarezza su questo aspetto perché è la fruizione del congedo parentale da parte dei padri che può contribuire a un effettivo bilanciamento dei ruoli di cura dei due genitori e, dunque, permettere alle donne pari opportunità professionali, piuttosto che la fruizione dei dieci giorni, già normativamente non bilanciata rispetto ai 150 giorni convenuti alla madre[77].

Tuttavia, all'esito della consultazione viene comunicato, in modo pressoché inaspettato, che i *KPI* 4 e 5 in questione «sono da intendersi entrambi riferiti al congedo parentale e non di paternità, essendo il congedo parentale quel periodo di astensione facoltativa dal lavoro per occuparsi dei figli. Fino a oggi era usufruibile da madri e padri fino al compimento dei 6 anni di età del bambino»[78].

Nel documento aggiornato al febbraio 2023 si legge anche che «Con la nuova legge il periodo di tempo per sfruttare il congedo è stato portato fino ai 12 anni; il congedo copre fino a 9 mesi di cui tre per i padri tre per le madri ed altri 3 da distribuire tra i genitori. In considerazione di quanto esposto, i KPI 4 e 5 devono essere intesi come segue: *4. Rapporto tra il numero dei beneficiari uomini effettivi sul totale dei beneficiari potenziali dei congedi parentali nei primi dodici anni di vita del bambino obbligatori. 5. Rapporto tra n. di giorni medio di congedo parentale fruiti e il totale di n. gg potenziale previsto dalla legge*»[79].

Sul punto sia consentita, pur nella consapevolezza delle esigenze di sintesi del presente contributo, una veloce disamina circa le previsioni relative all'equilibrio tra vita professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza ai sensi della Direttiva UE 2019/1158[80].

[76] Cfr. *FAQ* n. 12 ACCREDIA-UNI, Applicazione UNI/PdR 125:2022, agg. 9 febbraio 2023.
[77] F. MARINELLI, *Gender gap e mercato del lavoro alla luce della pandemia: il punctum dolens è la ripartizione tra i generi dei compiti di cura genitoriale*, in *Riv. it. dir. lav.,* I 2021.
[78] Cfr. *FAQ* n. 12 ACCREDIA-UNI, Applicazione UNI/PdR 125:2022, agg. 9 febbraio 2023.
[79] Cfr. *FAQ* n. 12 ACCREDIA-UNI, Applicazione UNI/PdR 125:2022, agg. 9 febbraio 2023.
[80] In prospettiva comparata si veda L. CALAFÀ, *La conciliazione vita e lavoro in ambiente digitale*, in *questa rivista,* 34, 2022.

Nell'ambito del più generale intervento denominato *family act*[81], il d.lgs. 150/2022 ha previsto misure di intervento al fine di "migliorare la conciliazione tra attività lavorativa e vita privata per i genitori e i prestatori di assistenza, al fine di conseguire la condivisione delle responsabilità di cura tra uomini e donne e la parità di genere in ambito lavorativo e familiare"[82].

Tra le molteplici misure predisposte a tal fine,[83] assume un ruolo centrale l'implementazione del congedo obbligatorio di paternità[84] con cui il padre, lavoratore subordinato, acquisisce il diritto di astenersi dal lavoro, anche in via non continuativa, per dieci giorni lavorativi, non frazionabili ad ore, da usufruirsi a partire dai due mesi prima della data presunta del parto fino al quinto mese successivo alla nascita del bambino, con indennità pari al 100% della retribuzione. Il padre solo, inoltre, nel caso in cui la madre non possa usufruire[85], anche parzialmente, del congedo di maternità, se ne potrà avvalere, in aggiunta ai 10 giorni di congedo obbligatorio, come previsto dalla circolare INPS n. 122/2022.

Diversa è la previsione relativa alla disciplina dei congedi parentali, in cui le recenti modifiche, oltre a segnare un'estensione dei diritti, sono state apportate sempre nel segno dell'incentivazione di un maggior coinvolgimento del lavoratore padre, condizionando parte dell'accesso alla misura ad una fruizione minima da parte di quest'ultimo[86]. Alla luce della riforma dell'agosto 2022 è stato incrementato a 9 mesi il limite massimo di ricorso ai congedi parentali a fronte dei quali, per entrambi i genitori, è prevista un'indennità pari all'80% della retribuzione media per il primo mese ed al 30% per ulteriori 8 mesi, da usufruirsi entro i 12 anni di vita del figlio; a differenza della disciplina precedente, al precipuo scopo di disincentivare quella consuetudine in virtù della quale la principale fruitrice dei congedi era la madre[87] il legislatore ha riservato 3 mesi di utilizzo ad ogni genitore, lasciando alla fruizione alternativa gli ulteriori 3 mesi incentivati prevedendo anche la possibilità di usufruire del congedo parentale ad ore[88] mantenendo parzialmente lo svolgimento dell'attività lavorativa, con diritto alla relativa retribuzione, così

[81] Cfr. legge delega 32/2022. Sugli interventi legislativi precedenti si vedano R. VOZA, *Le misure di conciliazione vita-lavoro nel Jobs Act*, in *Lav. Giur*, 1, 2015, pp. 13 e ss.; D. GOTTARDI, *Maternità e paternità per la riforma Fornero*, in *Lav. giur.*, 2012, p. 973; A. FENOGLIO, *Il filo rosa intessuto nel diritto del lavoro: un'analisi gender sensitive degli interventi legislativi dell'ultimo triennio*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, 239, 2015.

[82] L. CALAFÀ, *The transposition of Directive 2019/1158 in Italy: unresolved issues and complex solutions*, in *Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, 4, 2020, pp. 82 ss.

[83] M.L. VALLAURI, *Genitorialità e lavoro. Interessi protetti e tecniche di tutela*, Giappichelli, Torino, 2020.

[84] L. CALAFÀ, *Il congedo di paternità*, in D. GOTTARDI (a cura di), *La conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro*, Giappichelli, Torino, 2016, pp. 41 ss.

[85] In caso di morte o grave infermità della madre o di abbandono del minore da parte della madre oppure in caso di affidamento esclusivo del minore al padre.

[86] F. SCHIAVETTI, *La parità di genere nei luoghi di lavoro, tra work-life balance e nuove tecnologie,* in Federalismi, 2023, 2, www.federalismi.it

[87] Cfr. XXI Rapporto annuale INPS.

[88] In tal caso la fruizione del congedo parentale determina una decurtazione dell'orario di lavoro con indennizzo dell'INPS.

contemperando il mantenimento dei livelli retributivi e la possibilità di adempiere ai doveri genitoriali di cura.

Così velocemente ricostruiti gli istituti giuridici evocati nella *FAQ*[89], non si capisce la ricostruzione effettuata dall'Ente di normazione unitamente ad ACCREDIA.

Il *KPI* n. 4, ad una prima lettura sembra chiaro sia nella definizione che nel fine, perché effettivamente riferito ai "*beneficiari uomini effettivi sul totale dei beneficiari potenziali dei congedi parentali nei primi dodici anni di vita del bambino"* ma l'aggiunta dell'aggettivo "*obbligatori"* tradisce l'incongruenza perché, come visto, la norma relativa al congedo parentale parla di congedo facoltativo e non obbligatorio. Tale aggettivo qualificativo è riferito, invece, normativamente al congedo di paternità.

Il *KPI* n. 5, invece, è confuso sia con riferimento alla definizione che al fine. Infatti, l'indicatore parla genericamente di "*Rapporto tra n. di giorni medio di congedo parentale fruiti e il totale di n. gg potenziale previsto dalla legge",* sicché è del tutto pacifico che il riferimento non sia circoscritto ai soli genitori uomini, ben potendo fruirne anche le madri e, in tale ottica non si comprende, nel modo più assoluto la finalità effettiva dell'indicatore.

Come se non bastasse, sui detti indicatori permangono criticità anche in relazione alla loro misurazione. La Prassi afferma che «Entrambi si considerano progressivamente raggiunti quanto più si avvicinano al 100%» ivi considerando come fonti di misurazione del dato le *fonti INPS* e le fonti interne, non meglio specificate. Quando poi si chiede di specificare cosa si intenda *"quanto più si avvicina",* UNI-ACCREDIA rispondono in modo sibillino riferendosi icasticamente al d.lgs. 105/2022 relativo all'equilibrio tra attività professionale e vita familiare e richiamando la circolare n. 3066 dell'INPS del 4 agosto 2022 che ha «definito nuove regole in materia di congedo di paternità obbligatorio ed introdotto modifiche alle regole del congedo parentale, per entrambi i genitori»[90].

Il chiarimento interpretativo afferma che «Le imprese devono informare i lavoratori e adeguarsi alle nuove disposizioni».

Ancora una volta siamo di fronte ad una *non risposta* che, anzi, complica ancora di più l'interpretazione dell'indicatore nel senso che: a) siamo di fronte ad un indicatore di tipo quantitativo e non qualitativo, ragion per cui a nulla rileva l'eventuale "informazione" ai lavoratori; b) viene nuovamente richiamato il congedo di paternità obbligatorio, invece escluso dalla *FAQ* n. 12.

In conclusione, per un'eterogenesi dei fini, il chiarimento fornito diventa ancora più complicato del concetto che si intendeva chiarire.

[89] M. MILITELLO, *Conciliare vita e lavoro*, 2020, Torino, Giappichelli.
[90] Cfr. *FAQ* n. 11 ACCREDIA-UNI/Applicazione UNI/PdR 125:2022, agg. 9 febbraio 2023.

6. Considerazioni conclusive

Alla luce di quanto fin qui illustrato è evidente che nel Sistema di certificazione della parità di genere, come delineato dalla UNI/PdR 125:2022, successivamente interpretata dalle *FAQ* del 30 settembre 2022 e del 9 febbraio 2023 sono presenti delle questioni interpretative irrisolte che complicano l'attuazione e la valutazione della *compliance* rispetto agli indicatori prestazionali.

Con riferimento agli indicatori sui quali si è posta una problematicità di tipo meramente interpretativo, pur nelle difficoltà segnalate, ci sembra di poter dire che, con un'attenta lettura ed un approccio esegetico di tipo collaborativo, i dubbi applicativi si possono ritenere risolti o, comunque, risolvibili. Con riferimento agli indicatori sui quali emergono criticità più ampie e significative, di contesto giuridico e quadro regolatorio, sarebbe auspicabile un intervento *ad adiuvandum* che tenga conto di un approccio più maturo dal punto di vista giuslavoristico.

Per una valutazione pragmatica complessiva del sistema di certificazione della parità di genere occorre, peraltro, sottolineare anche altri due elementi sui quali sarebbe opportuna un'attenta riflessione.

Il primo aspetto è relativo alla valutazione degli indicatori di tipo qualitativo.

Come si è visto, per gli indicatori prestazionali di tipo qualitativo è possibile assegnare il punteggio relativo solo se il *KPI* è soddisfatto, se cioè l'elemento o gli elementi richiesti sono presenti. In caso contrario l'obiettivo non è raggiunto e non può essere assegnato alcun punteggio, neanche parziale. Tale impostazione sottende un approccio velatamente "punitivo" poiché non consente di valorizzare minimamente l'eventuale impegno assunto dall'organizzazione aspirante alla certificazione, anche se non pienamente centrato. In questa prospettiva non si capisce perché mai non possa essere valorizzato quel *quid* che, benché non compiutamente definito, comunque attesti un impegno dell'organizzazione nella visuale della parità. La questione non è secondaria, se si considera – con approccio pragmatico – che dei 31 indicatori applicabili ben 19 sono di tipo qualitativo.

Altro elemento di approfondimento riguarda il contributo ed il potere conferito alle rappresentanze sindacali aziendali e alle consigliere e i consiglieri territoriali e regionali di parità a cui viene riconosciuto, ai sensi del D.M. 29 aprile 2022, un ruolo di controllo e verifica sul rispetto dei requisiti necessari al mantenimento dei parametri minimi per il conseguimento della certificazione della parità di genere. A tal fine, il Decreto introduce, a carico del datore di lavoro che si doti della certificazione di parità, un obbligo di informativa aziendale annuale sulla parità di genere, che rifletta il grado di adeguamento alla Prassi[91]. Qualora le rappresentanze sindacali aziendali e le consigliere e consiglieri territoriali e regionali di parità, sulla base dell'informativa aziendale di cui sopra, nonché dei dati risultanti dal Rapporto biennale sulla situazione del personale maschile e femminile di cui all'art. 46 del d.lgs. 198/2006 (per le aziende che

[91] Cfr. Art. 3 D.M. 29 aprile 2022.

siano tenute a presentarlo), rilevassero anomalie o criticità, potranno segnalarle all'organismo di valutazione della conformità che ha rilasciato la certificazione della parità di genere, previa assegnazione all'impresa di un termine, non superiore a centoventi giorni, per la rimozione delle irregolarità[92].

Né il Decreto, né la Prassi UNI/PdR 125:2022 disciplinano espressamente la procedura da seguire in caso di segnalazione di criticità, ma è ovvio che – se non ben governata – la questione, lungi dal porsi come elemento di coinvolgimento e collaborazione, potrebbe assumere i contorni di un contrasto dialettico probabilmente non funzionale allo spirito della norma.

Peraltro, nel complessivo sistema della certificazione di parità il profilo della contrattazione collettiva andrebbe ulteriormente approfondito, valorizzando la contrattazione collettiva – anche aziendale – che negli anni si è incaricata di elaborare accordi di attuazione della conciliazione tra vita professionale e vita privata, anche ai fini di incentivazione previsti dalla legge. Ben prima dell'istituto della certificazione della parità di genere, infatti, l'art. 9 della legge 53/2000 (come modificato dall'art. 38 della legge 69/2009) relativo alle *"Misure per conciliare tempi di vita e tempi di lavoro"* aveva previsto che, al fine di promuovere e incentivare azioni volte a conciliare tempi di vita e tempi di lavoro, nell'ambito del Fondo per le politiche per la famiglia una quota fosse destinata annualmente all'erogazione di contributi in favore di datori di lavoro che sottoscrivevano accordi contrattuali contenenti azioni positive in termini di conciliazione tra attività professionale e vita personale[93]. Successivamente, anche il d.lgs. 80/2015 all'art. 25 aveva previsto che una quota delle risorse del Fondo per il finanziamento di sgravi contributivi per incentivare la contrattazione di secondo livello, di cui all'articolo 1, comma 68, della L. 247/2007 fosse destinata alla contrattazione finalizzata alla promozione della conciliazione tra vita professionale e vita privata[94].

Il fatto che nel sistema di certificazione della parità di genere non venga dato il giusto peso a questi strumenti, ben consolidati nel panorama giuslavoristico, attesta che è necessario un maggiore raccordo, anche metodologico, delle diverse dimensioni scientifiche coinvolte.

Sul tema va infatti costruita *ex novo* una letteratura attenta al raccordo tra le discipline giuslavoristiche, organizzative e gestionali.

---

[92] L. ZAPPALÀ, *La parità di genere al tempo del PNRR: tra trasparenza, certificazione e misure premiali,* op. cit.

[93] Erano contemplate le seguenti tipologie di azioni positive « *a)* progetti articolati per consentire alle lavoratrici e ai lavoratori di usufruire di particolari forme di flessibilità degli orari e dell'organizzazione del lavoro, quali part-time reversibile, telelavoro e lavoro a domicilio, banca delle ore, orario flessibile in entrata o in uscita, sui turni e su sedi diverse, orario concentrato, con specifico interesse per i progetti che prevedano di applicare, in aggiunta alle misure di flessibilità, sistemi innovativi per la valutazione della prestazione e dei risultati; *b)* programmi ed azioni volti a favorire il reinserimento delle lavoratrici e dei lavoratori dopo un periodo di congedo parentale o per motivi comunque legati ad esigenze di conciliazione; *c)* progetti che, anche attraverso l'attivazione di reti tra enti territoriali, aziende e parti sociali, promuovano interventi e servizi innovativi in risposta alle esigenze di conciliazione dei lavoratori (…) ».

[94] Secondo i criteri indicati al comma 2, ivi prevedendo apposite linee guida elaborate ai sensi del comma 3, attraverso l'adozione di modelli finalizzati a favorire la stipula di contratti collettivi aziendali.

Nonostante tutte le problematicità segnalate, è tuttavia indubbio che il sistema di certificazione della parità di genere si innesta in un percorso caratterizzato da una nuova stagione regolativa delle pari opportunità connotato, diversamente da prima, da un coinvolgimento responsabile delle aziende, a cui viene richiesto di incorporare il nuovo paradigma relativo alla parità di genere nelle dinamiche di programmazione e sviluppo.

Per realizzare un vero cambiamento di paradigma è necessario che i principi di parità di genere e di rispetto delle diversità siano integrati negli obiettivi aziendali ed è quindi necessario misurare in modo chiaro e standardizzato i progressi realizzati e certificare i risultati raggiunti seguendo processi qualificati e trasparenti. La trasparenza e la documentabilità poste alla base del percorso di certificazione sono gli strumenti giusti che, se supportati da idonee ed univoche previsioni normative e regolamentari, possono rendere il percorso verso la parità coessenziale all'esistenza stessa dell'organizzazione.

Qualificazione del rapporto di lavoro nella proposta di direttiva sul lavoro mediante piattaforme e spunti sul diritto interno*

di Pasquale Passalacqua
Professore ordinario di Diritto del lavoro
Università degli studi di Roma "Tor Vergata"

Abstract [It]: Il contributo esamina la questione della qualificazione del rapporto di lavoro nella proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro mediante piattaforme digitali. In particolare l'analisi si incentra sul sistema delle presunzioni delineato nella proposta di direttiva, che viene sottoposto a critiche. Si valutano altresì le modifiche al testo delineate della proposta draft Gualmini. Infine, dopo aver rilevato un limite generale della proposta di direttiva, che trova riscontro anche nella normativa italiana del 2019 sui *riders*, l'autore prefigura la possibilità dell'inquadramento dei *riders* nella veste della subordinazione "speciale".

Title: Qualification of the employment relationship in the proposal for a directive on work platform work and ideas on domestic law
Abstract [En]: The essay investigates the question of qualification of the employment relationship in the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on improving working conditions in platform work. In particular, the analysis focuses on the system of presumptions outlined in the proposed directive, which is subjected to criticism. The changes to the outlined text of the Gualmini draft proposal are also being evaluated. Finally, after noting some general limitations of the proposed directive, which is also reflected in the 2019 Italian legislation on riders, the author envisages the possibility of classifying riders in a special hypotheses of dependent employment.

Parole chiave: lavoro subordinato; qualificazione del rapporto; indici presuntivi; presunzione relativa; inversione onere della prova; dicotomia lavoro subordinato – lavoro autonomo; riders; d.l. n. 101 del 2019; subordinazione speciale
Keywords: dependent employment; report qualification; presumptive indices; relative presumption; reversal of the burden of proof; dependent employment – self employment dichotomy; riders; d.l. no. 101 of 2019; special hypotheses of dependent employment

Sommario: 1. La qualificazione del rapporto di lavoro nella proposta di direttiva attraverso un peculiare sistema di presunzioni. **2.** La proposta di inversione dell'onere della prova sulla qualificazione del rapporto. **3.** La decisa inversione di rotta nella proposta Gualmini e nella sua evoluzione. **4.** Un tentativo di valutazione della proposta *in subiecta materia* allo stato degli atti. **5.** Dalla consueta dicotomia lavoro subordinato – lavoro autonomo a una nozione più ampia di lavoro dipendente. **6.** Il riflesso dell'impostazione tradizionale nella normativa italiana sui *riders* autonomi del 2019. **7.** Una proposta volta alla qualificazione *ex lege* del lavoro dei *riders* sotto l'ombrello di un'ipotesi di subordinazione speciale.

* Articolo sottoposto a referaggio.

1. La qualificazione del rapporto di lavoro digitale nella proposta di direttiva attraverso un peculiare sistema di presunzioni

Una piccola premessa si impone. La proposta di direttiva sul lavoro mediante piattaforme si può dire davvero abbia immediatamente scatenato interesse, curiosità e critiche molto diffusi. Il tema del lavoro digitale rappresenta negli ultimi tempi la punta dell'iceberg del dibattito giuslavoristico, giacché come noto pone nuovi interrogativi sulla tenuta dei consueti paradigmi di regolazione, volti anche alla tutela della persona del lavoratore. In particolare, la dicotomia lavoro subordinato - lavoro autonomo raggiunge oggi uno dei suoi maggiori punti di crisi proprio nella qualificazione dei lavoratori su piattaforme, in quanto gli schemi classici non offrono a queste nuove forme di lavoro sicuri approdi.

Di fronte allora al comprensibile dibattito suscitato dalla proposta, occorre al contempo registrare che questo viene a svolgersi su un materiale normativo del tutto instabile, come vedremo già mutato sensibilmente due volte sinora. Lungi allora dall'avere un testo consolidato su cui iniziare a svolgere adeguate riflessioni anche di ordine sistemico nel possibile impatto con i sistemi nazionali, il rischio alquanto concreto è quello di svolgere in queste fasi il ruolo sempre criticato e criticabile del giurista-giornalista, attento a dar conto delle ultime novità di un testo complesso e in divenire, ma ben lungi da una riflessione che possa connotarsi quantomeno di una sua, sempre relativa, stabilità. Sulla consapevolezza dunque degli evidenti limiti anche di una prima lettura sul tema, che si sommano a quelli dell'autore, non vogliamo sottrarci al compito assegnato, pur avvertendo che un'analisi rivolta all'esegesi delle singole disposizioni non pare al momento operazione particolarmente feconda, tanto da indurci a preferire valutazioni più generali e di contesto.

Date le premesse, la rimarcata instabilità del testo, con bruschi mutamenti di rotta vedremo tanto forti da mettere a rischio la tenuta delle vele della direttiva, ha toccato in particolare proprio il tema sensibile della qualificazione del rapporto di lavoro, sul quale vogliamo svolgere le seguenti considerazioni.

In primis possiamo immediatamente registrare una sorta di dissonanza tra l'impostazione fin troppo *hard* della prima parte rispetto a quanto enucleato nella seconda parte, invece più consonante al tipico contenuto delle direttive eurounitarie. Proprio nella sua prima parte la proposta di direttiva si incentra sul tema della corretta qualificazione del rapporto di lavoro, in quanto vi sarebbe nell'ambito del lavoro digitale un rischio di "misclassification".

Come anticipato il testo originario è stato modificato di recente, ma riteniamo comunque di partire da quello e poi seguirne gli sviluppi, che sono seguiti anche in data successiva al convegno di cui questo scritto rappresenta l'intervento dell'autore. Le critiche da più parti mosse alla prima stesura della proposta di direttiva possono invero rappresentare un terreno di confronto utile anche per valutare i successivi sviluppi del medesimo progetto.

In una tale direzione sulla base del "primato dei fatti"[1] la proposta nella sua formulazione originaria era volta a introdurre una "presunzione legale"[2] circa l'esistenza di un rapporto di lavoro (di natura subordinata) di fattura diremmo eurounitaria, vale a dire enucleata dalla medesima direttiva. La presunzione scattava se la piattaforma "controlla, ai sensi del paragrafo 2, l'esecuzione del lavoro"[3]. Tale controllo "è inteso come caratterizzato dalla presenza di almeno due" degli elementi indicati nelle lett. a-e del punto 2 dello stesso articolo[4]. Veniva al contempo garantita la possibilità per ciascuna delle parti di confutare la suddetta presunzione legale nei procedimenti giudiziari o amministrativi o in entrambi, assumendo che il rapporto contrattuale in questione non fosse un rapporto di lavoro quale definito dal diritto, dai contratti collettivi o dalle prassi in vigore nello Stato membro, tenuto conto della giurisprudenza della Corte di giustizia[5].

Di fronte alla descritta originaria impostazione occorre chiedersi se si possa tramite una direttiva imporre una presunzione legale di subordinazione basata su indici proposti dalla medesima direttiva.

Non si può allora che partire dalla constatazione che in Italia occorra sempre fare i conti con l'art. 2094 c.c. e i suoi propri indici, come elaborati dalla giurisprudenza nazionale.

E allora intanto dubbi si possono esprimere immediatamente con riguardo alla stentorea previsione della presenza necessaria di almeno due indici tra quelli previsti.

Peraltro, si è osservato che gli indici sub a) e c) siano praticamente sempre presenti in tutte le piattaforme[6], tanto da dover condurre a ritenere allora che i *platform workers* sarebbero allora tutti da considerare lavoratori subordinati, salvo la prova contraria. Tuttavia, a ben vedere, l'indice sub c) è compatibile anche con il lavoro autonomo[7]. Allo stesso tempo gli indici b) aspetto esteriore ed e) limitazioni alla clientela non sono indici che in Italia possano valere come necessari indici di subordinazione[8]. Peraltro, sembra

[1] Art. 3.
[2] Art. 4.
[3] Art. 4.1.
[4] Si tratta dei seguenti elementi: a) determinazione effettiva del livello della retribuzione o fissazione dei limiti massimi per tale livello; b) obbligo, per la persona che svolge un lavoro mediante piattaforme digitali, di rispettare regole vincolanti specifiche per quanto riguarda l'aspetto esteriore, il comportamento nei confronti del destinatario del servizio o l'esecuzione del lavoro; c) supervisione dell'esecuzione del lavoro o verifica della qualità dei risultati del lavoro, anche con mezzi elettronici; d) effettiva limitazione, anche mediante sanzioni, della libertà di organizzare il proprio lavoro, in particolare della facoltà di scegliere l'orario di lavoro o i periodi di assenza, di accettare o rifiutare incarichi o di ricorrere a subappaltatori o sostituti; e) effettiva limitazione della possibilità di costruire una propria clientela o di svolgere lavori per terzi.
[5] Art. 5.
[6] M. BARBIERI, *Prime osservazioni sulla proposta di direttiva per il miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro con piattaforma*, in *LaBoUR & Law Issues*, 7(2), 2021, C.13.

[7] M. BIASI, *Lavoro tramite piattaforma e presunzione relativa di subordinazione ABC-Test californiano e proposta di Direttiva europea a confronto*, in *LavoroDirittiEuropa*, 2, 2022, p. 8.

[8] M. MAGNANI, *La proposta di direttiva sul lavoro mediante piattaforme digitali*, in *Bollettino Adapt*, 9 maggio 2022, n. 18, p. 3; per critiche anche P. TULLINI, *La Direttiva Piattaforme e i diritti del lavoro digitale*, in *Labour & Law Issues*, 1, 2022, 4, R.49

trattarsi di ipotesi più vicine a quelli che sono considerati i nostri indici della subordinazione, cioè elementi capaci di descrivere il normale svolgersi della subordinazione, più che vere e proprie ipotesi di presunzione, cioè di circostanze univoche da cui dedurne la sussistenza[9].

Occorre considerare che anche tale proposta di direttiva rimarchi che per "lavoratore delle piattaforme digitali" si deve intendere: "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"[10]. Era (ed è anche nella nuova versione della proposta su cui v. *infra* nel testo) quindi riconosciuta la definizione nazionale. E allora proprio un tale riconoscimento potrebbe porsi in contrasto col sistema delineato delle presunzioni, pur se le si potesse considerare solo di natura relativa[11].

Manca infatti nella proposta di direttiva una nozione di lavoratore subordinato, che non esiste a livello eurounitario[12], almeno *per tabulas*. Le perduranti differenze riscontrabili dal raffronto delle normative nazionali inducono in ogni caso a una perdurante cautela circa l'inserimento nel testo definitivo di una definizione di subordinazione a livello eurounitario[13].

In ogni caso, la dottrina nostrana non ha mancato di esprimere ulteriori dubbi sugli indici declinati dalla proposta di direttiva, anche per il fatto che farebbero emergere un concetto troppo ampio o lasco di subordinazione[14]. In questa prospettiva si è osservato che venissero enucleate ipotesi che attengono più che al potere direttivo al concetto di dipendenza economica[15].

---

ss.; A. OLIVIERI, *La presunzione di subordinazione nel lavoro tramite piattaforma: dall'esempio spagnolo alla proposta di Direttiva europea. Quasi todos caballeros?,* in *LavoroDirittiEuropa*, 2, 2022, p. 11 ss.

[9] A. DONINI, *Alcune riflessioni sulla presunzione di subordinazione della Direttiva Piattaforme*, in *LaBoUR & Law Issues*, 1, 2022, R.38 ss.

[10] Art. 2 (Definizioni), punto 4).

[11] Anche A. ALAIMO, *Il pacchetto di misure sul lavoro nelle piattaforme: dalla proposta di Direttiva al progetto di Risoluzione del Parlamento europeo. Verso un incremento delle tutele?,* in *Labour & Law Issues*, 1, 2022, 4, R.14 e M. BARBIERI, *Prime osservazioni*, cit., p. 10 notano una tale aporia.

[12] V. FERRANTE, *La nozione di lavoro subordinato nella dir. 2019/1152 e nella proposta di direttiva euro rivolta a tutelare i lavoratori "delle piattaforme"*, Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona" -INT, 2022, n. 158, p. 19.; 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*, 1, 2022.

[13] Favorevole invece A. ALAIMO, *Lavoro e piattaforme tra subordinazione e autonomia: la modulazione delle tutele nella proposta della Commissione europea*, in *Dir. rel. ind.*, 2, 2022, p. 650.

[14] A. ALAIMO, *Il pacchetto di misure*, cit.; S. GIUBBONI, *La proposta di Direttiva della Commissione europea sul lavoro tramite piattaforma digitale*, in *Menabò di Etica ed Economia*, n. 164/2022, 16 gennaio 2022. V. tuttavia sul punto quanto da noi osservato in una prospettiva, invece, virtuosa, *infra* § 4.

[15] A. PERULLI, *Il diritto del lavoro e il "problema" della subordinazione,* in *Labour & Law Issues*, 2, 2021, vol. 6, n. 2, I.92 ss.; M. BIASI, *Lavoro tramite piattaforma*, cit., p. 7 ss.

2. La proposta di inversione dell'onere della prova sulla qualificazione del rapporto

Ancora più dubbi si potevano esprimere in ordine alla declinata possibilità di introdurre un'ipotesi di inversione dell'onere della prova sulla qualificazione del rapporto, che peraltro, pur con formula lessicale leggermente diversa, sopravvive anche nel testo emendato della proposta di direttiva di cui ci occuperemo nel prossimo paragrafo[16].

Sul presupposto della "errata classificazione della situazione giuridica dei lavoratori", il Dossier della Camera dei Deputati italiana rimarcava con altrettanta disinvoltura che "Dovrebbe cioè essere il datore di lavoro-piattaforma digitale a dover dimostrare l'insussistenza di una relazione di dipendenza ovvero a dover prestare assistenza al lavoratore che contesti la sussunzione entro la categoria del lavoro subordinato della propria condizione occupazionale"[17].

Risulta necessario invece intendersi sulla portata della prevista inversione dell'onere della prova, giacché anche in presenza di una presunzione *iuris tantum*, i suoi presupposti vanno appunto provati dal lavoratore ricorrente e la controparte sarà chiamata a provare il contrario, potendo confutare tale qualificazione sulla base degli indici desunti a livello nazionale in ordine alla definizione di subordinazione[18]. Certo se quegli elementi fossero, in mancanza di confutazione della controparte, da ritenersi sufficienti per l'accertamento della subordinazione allora si determinerebbe un effetto quantomeno peculiare. Si è invero a tal riguardo osservato in una linea del tutto condivisibile che "Se la prova contraria dovesse ritenersi ammissibile solo per negare la sussistenza degli elementi indicati, essendo essi costitutivi della presunzione, non si tratterebbe di vera prova contraria e di presunzione relativa *iuris tantum*, ma di presunzione assoluta *iuris et de iure*. Se invece la prova contraria potesse riguardare altri elementi, allora si riaprirebbe la questione qualificatoria"[19].

In sintesi, dunque, il sistema in origine delineato, costruito su una presunzione di stampo eurounitario basata su indici discutibili non convinceva e non sembrava affatto contribuire a quell'incremento della certezza del diritto, sbandierata come fine della proposta di direttiva[20].

3. La decisa inversione di rotta nella proposta Gualmini e nella sua evoluzione

[16] L'art. 5, par. 2, a seguito degli ultimi emendamenti del 21.12.2022 ora così recita: "Se la piattaforma di lavoro digitale sostiene che il rapporto contrattuale in questione non è un rapporto di lavoro ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 1, e quale definito dal diritto applicabile, dai contratti collettivi o dalle prassi in vigore nello Stato membro in questione, tenuto conto della giurisprudenza della Corte di giustizia, l'onere della prova incombe alla piattaforma di lavoro digitale".

[17] Dossier n. 63 del 21 febbraio 2022 della Camera dei Deputati, XVIII Legislatura.

[18] A. PERULLI, *Lavoro e diritti nella rivoluzione di internet*, in *LavoroDirittiEuropa,* 1, 2022, p. 6.

[19] M. MAGNANI, *La proposta di direttiva*, cit., p. 3; anche P. TOSI, *Riflessioni brevi*, cit., p. 3.

[20] V. innanzitutto il *Contesto della proposta*, in capo alla proposta di direttiva presentata. Il riferimento a una tale finalità della direttiva si ritrova poi in tanti passaggi dei *Considerando* della stessa, nonché nell'art. 1, par. 1 nel testo emendato da ultimo il 21.12.2022. V. anche T. TREU, *La digitalizzazione del lavoro: proposte europee e piste di ricerca,* in *Dir. rel. ind.*, 2022, p. 9.

Occorre considerare a questo punto, come anticipato, l'evoluzione più recente del dibattito istituzionale sulla proposta di direttiva. Un primo step lo abbiamo avuto con la proposta draft Gualmini nella sua originaria versione del 3 maggio 2022[21], dove si parlava di presunzioni non più nel testo dell'art. 4, ma nel (nuovo) Considerando 24, e ivi veniva declinata una presunzione legale di esistenza di un rapporto subordinato in presenza di una certa forma di controllo su determinati elementi dell'esecuzione del lavoro, a meno che non si potesse dimostrare che la piattaforma non esercitasse alcuna supervisione o alcun tipo di controllo su qualsiasi elemento connesso all'esecuzione del lavoro.

Una formula ancora diversa risulta poi adottata nella versione approvata in prima lettura dal Parlamento europeo il successivo 21 dicembre 2022[22], in cui non compare più il riferimento ai citati elementi della supervisione e del controllo, ma appare l'invito alle autorità nazionali ad applicare la presunzione "quando ritengono che possa esserci una classificazione errata delle persone che svolgono un lavoro mediante piattaforme digitali".

Per tale via si propone già nella versione del maggio 2022 l'eliminazione della lista degli indici dall'art. 4, i quali vengono opportunamente retrocessi nel Considerando n. 25, dove l'elenco viene anche ampliato, ma ora, nell'ultima versione del dicembre 2022, con più forti riferimenti al diritto interno degli Stati membri[23]. In tal modo ne muta la valenza e l'incidenza. Si tratta, quindi, di una lista solo esemplificativa a disposizione degli Stati membri.

Nella nuova versione l'utilizzo della presunzione legale viene dunque affidata più opportunamente agli Stati membri, peraltro con diverse cautele, da un lato al fine di garantire che si tratti di una presunzione relativa, che cioè ammetta la prova contraria, e dall'altro con l'avviso di non contemplare situazioni che coinvolgano lavoratori effettivamente autonomi[24]. Va altresì considerato che la possibilità di confutare la

[21] Si tratta del PROGETTO DI RELAZIONE sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro mediante piattaforme digitali (COM(2021)0762 – C9-0454/2021 – 2021/0414(COD)), *Commissione per l'occupazione e gli affari sociali*, Relatrice: Elisabetta Gualmini del 3.5.2022.

[22] RELAZIONE sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro mediante piattaforme digitali (COM(2021)0762 – C9-0454/2021 – 2021/0414(COD)), *Commissione per l'occupazione e gli affari sociali,* Relatrice: Elisabetta Gualmini del 21.12.2022.

[23] Questo è ora l'incipit del nuovo Considerando 25: "Le autorità e le istituzioni competenti che determinano, sulla base di una valutazione obiettiva, la corretta classificazione delle persone che svolgono un lavoro mediante piattaforme digitali per quanto riguarda l'esistenza di un rapporto di lavoro quale definito dal diritto applicabile, dai contratti collettivi o dalla prassi in vigore nello Stato membro in questione, tenendo conto della giurisprudenza della Corte di giustizia, dovrebbero essere guidate da elementi fattuali che permettano di stabilire se la piattaforma di lavoro digitale esercita il controllo e la direzione sull'esecuzione del lavoro".

[24] Nell'ultima versione citata approvata il 21.12.2022, in tale direzione si muove il (nuovo) Considerando 24 e nella stessa linea il nuovo art. 4, par. 1, comma 2 per cui: "L'applicazione della presunzione legale non comporta una riclassificazione automatica di tutte le persone che svolgono un lavoro mediante piattaforme digitali come lavoratori delle piattaforme digitali. Le piattaforme di lavoro digitali hanno la possibilità di confutare la presunzione del rapporto di lavoro prima che sia adottata una decisione di riclassificazione in procedimenti amministrativi o giudiziari. La presunzione relativa del rapporto di lavoro si applica in tutte le procedure amministrative e in tutti i procedimenti amministrativi e giudiziari pertinenti. Le autorità e gli organismi competenti, tra cui quelli responsabili di registrare le procedure amministrative,

presunzione legale viene ribadita e rafforzata nel testo approvato il 21 dicembre 2022, dove è legata alla compresenza di due criteri, che fanno riferimento in sostanza al fatto che: a) il rapporto contrattuale non rientra nella nozione di lavoro subordinato e in particolare il lavoratore è esente da qualsiasi controllo e direzione da parte della piattaforma e che b) lo svolgimento del lavoro tramite piattaforme digitali è svolto in maniera imprenditoriale[25].

Degna di particolare attenzione risulta poi la disposizione immediatamente successiva, l'art. 5, par. 3 *bis*, dove vengono delineati elementi che valgano a indicare la presenza invece del controllo e della direzione in relazione all'esecuzione del lavoro[26], quali caratteri identificativi della presenza di un rapporto di lavoro invece subordinato.

Prima facie potrebbe sembrare che gli indici presuntivi espunti dalla porta siano rientrati dalla finestra, peraltro in una compagine molto più nutrita, in quanto in numero di 8 [da a) ad h)] rispetto ai 5 iniziali [da a) ad e)] declinati allora dall'art. 4, par. 2.

In un tentativo epidermico di confronto tra le ipotesi delineate nei due gruppi si può osservare che alcuni nella sostanza sono analoghi a quelli in precedenza indicati nella versione originaria della proposta di direttiva: si tratta dei nuovi "indici" di cui alla lett. a); b) ed f) (insieme); c); e); d; ipotesi che pur con

verificare il rispetto della legislazione pertinente o applicarla, compresi i contratti collettivi, applicano effettivamente tale presunzione. A tal fine, le autorità e gli organismi competenti richiedono alle piattaforme di lavoro digitali di fornire tutte le informazioni pertinenti affinché le autorità possano determinare, sulla base di una valutazione obiettiva, la corretta classificazione delle persone che svolgono un lavoro mediante piattaforme digitali".

[25] Si tratta del nuovo art. 5, par. 3 *bis*, per cui: " Gli Stati membri garantiscono la possibilità di confutare la presunzione di cui all'articolo 4 dimostrando che la persona che svolge un lavoro mediante piattaforme digitali è un vero lavoratore autonomo in quanto sono soddisfatti entrambi i seguenti criteri: a) il rapporto contrattuale in questione non è un rapporto di lavoro quale definito dal diritto applicabile, dai contratti collettivi o dalle prassi in vigore nello Stato membro in questione, tenuto conto della giurisprudenza della Corte di giustizia, e la persona che svolge un lavoro mediante piattaforme digitali è esente da qualsiasi attività di controllo e direzione della piattaforma di lavoro digitale in relazione all'esecuzione del lavoro, sia in base al contratto per l'esecuzione del lavoro che di fatto; b) la persona che svolge un lavoro mediante piattaforme digitali è generalmente impegnata in un'attività commerciale, professionale o imprenditoriale avviata autonomamente la cui natura è analoga a quella cui è correlato il lavoro eseguito".

[26] L'art. 5, par. 3 *ter*, che delinea a quei fini i seguenti elementi: "a) determinazione effettiva del livello della retribuzione o fissazione dei limiti massimi per tale livello, oppure emissione di pagamenti periodici a fini di retribuzione; b) determinazione o controllo effettivi delle condizioni di lavoro, compresa la limitazione dell'orario di lavoro e della sua durata, oppure garanzia dell'esecuzione del lavoro, anche attraverso sanzioni o incentivi, limitazione dell'accesso al lavoro, oppure utilizzo di sistemi di rating come strumento di controllo e base per le sanzioni nonché come strumento per l'assegnazione di incarichi di lavoro; c) effettivo impedimento a sviluppare contatti commerciali con potenziali clienti per la persona che svolge un lavoro mediante piattaforme digitali, anche controllando o limitando la comunicazione tra la persona che svolge un lavoro mediante piattaforme digitali e il destinatario di beni o servizi durante o dopo l'esecuzione del lavoro; d) tracciamento o supervisione della persona che svolge un lavoro mediante piattaforme digitali durante l'esecuzione del lavoro; e) obbligo, per la persona che svolge un lavoro mediante piattaforme digitali, di rispettare regole specifiche per quanto riguarda l'aspetto esteriore, il comportamento nei confronti del destinatario del servizio o l'esecuzione del lavoro; f) effettiva limitazione del ricorso a subappaltatori o sostituti per l'esecuzione del lavoro; g) effettiva limitazione della possibilità della persona che svolge un lavoro mediante piattaforme digitali di svolgere un lavoro mediante piattaforme digitali per soggetti terzi, compresi concorrenti delle piattaforme di lavoro digitali; h) limitazione della libertà della persona che svolge un lavoro mediante piattaforme digitali di scegliere la protezione sociale, l'assicurazione contro gli infortuni, il regime pensionistico o altre forme di assicurazione, anche attraverso conseguenze negative".

formule lessicali in parte diverse, in quanto maggiormente articolate, trovano riscontro rispettivamente negli "elementi" di cui alle lett. a), d), e), b), c) di cui all'originaria formulazione dell'art. 4, par. 2. Sono inoltre presenti tra gli elementi declinati ora dal nuovo art. 5, par. 3 *bis*. altri due indici, lett. g) ed f), concernenti la limitazione per il lavoratore di svolgere il lavoro tramite piattaforme digitali per soggetti terzi e la limitazione della libertà della persona di scegliere forme di protezione sociale.

Ora però, al di là di analogie e similitudini riscontrate e riscontrabili tra i due elenchi, sembra a che a mutare sia il valore da attribuire ora a quelle ipotesi. Occorre quindi seguire prima di tutto la *littera legis*, per cui gli indici sul controllo e sulla direzione "sono tenuti in considerazione (…) ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 2, lettera a)". Ora, a parte il riscontrabile errore nel rinvio, che pare debba essere inteso all'art. 5, par. 3 *bis,* lett. a)[27], osserviamo che quest'ultima disposizione, come già sopra già notato, indica uno dei due criteri da utilizzare al fine di confutare la presunzione di subordinazione.

Quindi, se ben si è compreso, questi ultimi indici verrebbero al fine di confutare la confutazione (attraverso i ricordati indici di autonomia del rapporto) della presunzione di subordinazione.

4. Un tentativo di valutazione della proposta *in subiecta materia* allo stato degli atti

A questo punto, pur rimarcando le perplessità e le cautele espresse all'inizio del presente contributo, non possiamo esimerci dal tentativo di una valutazione in ordine alla questione della qualificazione del rapporto di lavoro "allo stato degli atti".

Di certo, dagli emendamenti apportati l'assetto della proposta di direttiva risulta ora profondamente mutato. Si tratta di una decisa marcia indietro rispetto all'impostazione originaria di cui abbiamo dato conto che prefigurava una sorta di presunzione "eurounitaria", come tale molto criticabile. Ora il focus viene riportato sui diritti nazionali, di modo che in sede di futura eventuale trasposizione della direttiva si potranno utilizzare presunzioni ivi adottate, sulla base delle definizioni interne di lavoro subordinato.

Tuttavia, anche l'assetto ora delineato non pare esente da critiche. Si tratta comunque di un articolato di disposizioni (tra considerando e articoli della proposta di direttiva) che a questo punto dell'iter della proposta si può ritenere ipertrofico e verboso e che, tuttavia, con riferimento al tema della qualificazione dei rapporti di lavoro nelle piattaforme si rivela poco significativo e incidente. Si registra invero una sovrabbondanza di disposizioni di incerto valore che non aiutano l'interprete né tantomeno gli Stati membri in quella che si rivela al momento una complessa opera di trasposizione, tanto complessa che potrebbe portare all'apparente risultato paradossale di non comportare alcuna trasposizione delle parti

[27] Questo semplicemente perché anche nella versione da ultimo emendata il 21.12.2022 l'art. 5, par. 2, lett. a) non esiste, tanto che l'unico riferimento possibile pare possa essere ora l'art. 5, par. 3 *bis, lett. a),* che appunto per considerare il rapporto di lavoro di natura autonoma richiede che la persona che lo svolge sia "*esente da qualsiasi attività di controllo e direzione della piattaforma digitale*".

relative a quelli che abbiamo chiamato indizi di autonomia e di subordinazione, proposti a livello eurounitario.

Invero, sul piano sistemico non poche perplessità suscita il pervicace riferimento all'assenza di "qualsiasi attività di controllo" come sintomo necessario dell'assenza della subordinazione. Rimane infatti discutibile e discusso che il lavoratore autonomo non possa essere sottoposto ad alcuna forma di controllo[28]. Ritenere dunque genuino un rapporto di lavoro autonomo prestato tramite piattaforme digitali solo laddove manchi qualsivoglia attività di controllo può apparire eccessivo. Infatti, una tale impostazione ha già scatenato ad es. forti critiche in Italia da parte di Univendita (Unione italiana vendita diretta, Associazione aderente a Confcommercio, che riunisce le maggiori aziende di vendita diretta a domicilio presenti in Italia), la quale ha chiesto nel dicembre 2022 al Ministro del lavoro e agli europarlamentari italiani di adoperarsi al fine di escludere dall'ambito di applicazione della direttiva gli agenti di commercio e gli incaricati alle vendite, proprio in quanto impedirebbe di effettuare qualsivoglia forma di controllo su tali figure, pena una qualificazione come lavoratori subordinati, senza rispetto dunque per la peculiarità di tali figure professionali.

Occorre ad ogni modo considerare che la discussione sulla proposta di direttiva non si è sinora mostrata agevole, circolando diffuse perplessità non solo nella compagine moderata di centro destra del Parlamento Europeo sui termini di una simile articolato. Invero, dalle informazioni che si dispongono nel Consiglio "Occupazione, politica sociale, salute e consumatori" (Occupazione e politica sociale), dell'8 dicembre 2022, si era registrato un sostegno non diffuso alla proposta di direttiva. Successivamente, come già notato, il 21 dicembre 2022 il Parlamento europeo in prima lettura ha approvato un nuovo testo, che pur edulcorando non poco l'impostazione originaria e producendo in generale sensibili miglioramenti all'impianto della proposta di direttiva, tuttavia anche nelle Commissioni ha registrato diversi dissensi. Si tratta quindi di un materiale normativo ancora alquanto instabile, tanto da non consentire al momento ulteriori approfondimenti.

5. Dalla consueta dicotomia lavoro subordinato – lavoro autonomo a una nozione più ampia di lavoro dipendente

Su un piano più generale di analisi osserviamo che l'impostazione della proposta di direttiva rimane quella consueta, fondata ancora sulla dicotomia lavoro subordinato-autonomo sviluppata sul crinale dell'apparato di tutele garantito solo dal primo modello.

[28] V. A. PERULLI, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera e prestazioni intellettuali*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. CICU-F. MESSINEO, continuato da L. MENGONI, Milano, 1996, 204 ss.

Questa impostazione desta più di qualche perplessità[29]. Il problema invero trova una drammatizzazione nel momento della qualificazione giudiziaria *ex post*. Occorre aver presente che allorché il giudice qualifica il rapporto come subordinato l'effetto si apprezzi solo sul piano risarcitorio *ex post*. Invece, come noto, molto più impervio diventa il discorso se ci spostiamo sul piano di una possibile prosecuzione dello stesso secondo i canoni stretti della subordinazione.

Il modello del lavoro digitale tramite piattaforma è quello che emerge nella realtà dei traffici come si diceva e, quindi, occorre regolarlo certo, ma senza stravolgerne le naturali peculiarità. A stare a recenti dati diffusi, negli Stati dell'UE vi sarebbero 28,3 milioni di occupati in lavori su piattaforme digitali, dei quali il 90% è considerato lavoratore autonomo. Di questi in Italia vi sarebbero 4,13 milioni di *platform worker*, dei quali 1,1, milioni svolgono tale attività in via principale[30]. Un fenomeno, dunque, nient'affatto marginale, ma anzi in rapido incremento numerico.

E allora può risultare utile ricordare, come fa ancora una volta Lorenzo Gaeta in un suo recente saggio[31], che il contratto di lavoro nasce empiricamente e se ne dava da parte dei probiviri una nozione amplissima, tanto da far scrivere a Redenti che quello che contava era la funzione (economico sociale) più che l'incerta struttura giuridica, solo successivamente aggregata nella nozione di lavoro subordinato. Devo dichiarare di aver molto apprezzato quel saggio – come tutti i contributi dell'autore -, che si conclude nella prospettiva di un ritorno a una sorta di tutela trans-tipica, con superamento della subordinazione e del suo ritenuto vetusto schema giuridico.

Ora, riscontri seppur labili e comunque meno innovativi di una tale linea di sviluppo possibile, si possono a nostro avviso enucleare nello stesso preambolo della proposta di direttiva (Contesto della proposta), in cui si lega la situazione di subordinazione non a un particolare vincolo giuridico, ma in riferimento ai livelli salariali e alle condizioni di lavoro. Occorre invero qui evidenziare che in mancanza di una definizione di lavoratore subordinato a livello eurounitario, in coerenza con il citato preambolo e con quanto sopra osservato, nella giurisprudenza della Corte di Giustizia è emersa una sorta di nozione eurounitaria di lavoratore dipendente[32], definita funzionalista e di certo a maglie più larghe rispetto alla nozione di prestatore di lavoro subordinato o quantomeno alla sua classica configurazione sistemica

[29] V. in generale di recente G. FERRARO, *Il diritto del lavoro ha ancora bisogno della subordinazione? Rispondendo a LLI,* in *Labour & Law Issues*, vol. 6, n. 2, 2022, I.48 ss.

[30] Dossier n. 63 del 21 febbraio 2022 della Camera dei Deputati, XVIII Legislatura.

[31] L. GAETA, *La subordinazione: il tramonto di una nozione intramontabile?*, in *Labour & Law Issues*, 6, 2020, 2, 1.58 ss.

[32] Cfr. Corte di giustizia del 26 marzo 2015, *Fenoll*, C-316/13, punto 27, nonché Corte di giustizia del 14 ottobre 2010, *Union syndicale Solidaires Isère*, C-428/09, punto 28 e del 20 novembre 2018, *Sindicatul Familia Constanța e a.*, C-147/17, punto 41, per cui "(…) la caratteristica essenziale del rapporto di lavoro è data dalla circostanza che una persona fornisca, per un certo periodo di tempo, a favore di un'altra e sotto la direzione di quest'ultima, prestazioni in cambio delle quali percepisca una retribuzione".

presente nel diritto interno degli Stati membri[33]. Quanto osservato ci offre l'occasione di svolgere le successive considerazioni, anche con riferimento al quadro nazionale italiano.

6. Il riflesso dell'impostazione tradizionale nella normativa italiana sui *riders* autonomi del 2019

Si è consapevoli che il progetto di direttiva si rivolga in generale al vasto mondo di difficile perimetrazione del lavoro tramite piattaforme digitali, che si svolge nei più diversi settori e con le più disparate modalità. La proposta di direttiva infatti in via generale si rivolge "alle persone che svolgono un lavoro mediante piattaforma digitale"[34], che trova riscontro nelle "definizioni" a maglie larghe ivi declinate[35]; nella sua versione più recente non mancano riferimenti anche al modello del *crowdworking*[36].

In un panorama tanto vasto, vogliamo a questo punto isolare l'ipotesi particolare del lavoro dei *riders*, che ne rappresenta non l'unica manifestazione, ma di certo la più conosciuta e dibattuta, come dimostrato dall'interesse recente da parte del legislatore nazionale italiano.

Ora, la soluzione sinora adottata dal legislatore nostrano, volta a indurre disposizioni e tutele peculiari in favore dei *riders* autonomi[37] se da un lato risulta apprezzabile, al contempo suscita non poche perplessità. Infatti, resta davvero complicato delineare con ragionevole affidabilità chiari criteri distintivi tra *riders* autonomi e *riders* subordinati. Proprio il sistema delineato in Italia, che implica una lettura congiunta delle disposizioni dettate per i *riders* autonomi e dell'art. 2 del d.lgs. n. 81 del 2015, prevista espressamente dal legislatore del 2019[38], non riesce a offrire chiare risposte al quesito[39].

Si dovrebbe ritenere, in sintesi, che, seguendo la lettera della legge, la determinazione delle modalità di organizzazione del lavoro resti affidata ai programmi e alle procedure informatiche, utilizzati dal committente, il quale si può relazionare con i collaboratori secondo le modalità tipiche delle forme di lavoro autonomo[40]. Insomma, se quei programmi e procedure informatizzate determinano modalità di

---

33 V. S. GIUBBONI, *Per una voce sullo status di lavoratore subordinato nel diritto dell'Unione europea*, in *Riv. dir. sic. soc.,* 2018, p. 207 ss.; E. ALES, *'Worker' (and) 'Mobility' in the Case Law of the Court of Justice EU on Free Movement: A Critical Appraisal*, in R. A. Müller, R. Rudolph, A. K. Schnyder, A. von Kaenel, B. Waas (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Portmann, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich - Basel – Genf, 2020, p. 31 ss.

34 Art. 1., par. 1.

35 Art 2, tra le quali possiamo citare la definizione di "lavoro tramite piattaforme digitali" (art. 2, par. 1, punto 2, nel testo da ultimo emendato): "qualsiasi lavoro organizzato tramite una piattaforma di lavoro digitale e svolto nell'Unione da una persona fisica, indipendentemente dal fatto che esista o no un rapporto contrattuale tra tale persona e il destinatario del servizio".

36 V. nuovo Considerando 17 *quater*, ivi definito come "l'organizzazione dell'esternalizzazione o dell'assegnazione di compiti potenzialmente forniti a un ampio bacino di clienti o datori di lavoro attraverso piattaforme online".

37 Art. 47 *bis* ss., d.lgs. n. 81/2015, introdotti dal d.l. n. 101 del 2019, conv. in l. n. 128 del 2019.

38 Art. 47 *bis*, d.lgs. n. 81 del 2015, comma 1, per cui la stessa disposizione trova applicazione "fatto salvo l'art. 2, comma 1".

39 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, 435/2021, p. 24 ss.

40 Art. 47 *bis*, d.lgs. n. 81 del 2015, comma 2, per cui: "Ai fini di cui al comma 1 si considerano piattaforme digitali i programmi e le procedure informatiche utilizzati dal committente che, indipendentemente dal luogo di stabilimento,

esecuzione della prestazione, ciò non implica di per sé esercizio di potere direttivo o anche organizzativo da parte del committente, in quanto si tratta di standard che, diremmo, operano dall'esterno, non incidendo di per sé sulle relazioni tra le parti contrattuali. Anzi, il committente in tal modo finisce con l'accettare il rischio di spogliarsi delle proprie prerogative di controllo della prestazione, in considerazione dei vantaggi operativi offerti da quel sistema. La piattaforma, dunque, imposta lo svolgimento della prestazione in termini di coordinamento e collegamento tra *rider* e cliente, sicché non esercita il potere direttivo tipico della subordinazione ex art. 2094 c.c.

Nella lettura altrove proposta, allora, la piattaforma che indica il percorso migliore e valuta la tempistica della consegna resta uno strumento tecnologico che il committente utilizza e offre al *rider* per eseguire la prestazione. I due contraenti concordano in questo modo ex art. 2224 c.c. il programma negoziale, che prevede appunto l'utilizzo della piattaforma[41].

A questo punto, tuttavia, risulta davvero difficile individuare la differenza con l'ipotesi delineata dal già richiamato art. 2, comma 1, d.lgs. n. 51 del 2015 nel testo riformato dal medesimo d.l. n. 101 del 2019[42]. Invero, a ben vedere, la nuova parte finale dell'art. 2, 1° co, d.l. n. 81/2015, con il suo riferimento al potere di organizzazione che può ovviamente essere esercitato anche mediante una piattaforma, pare giunga in realtà a configurare la medesima ipotesi delineata dall'art. 47 *bis*.

Secondo parte della dottrina, l'elemento differenziante sarebbe a questo punto quello della continuità della prestazione[43]. Una lettura del genere, tuttavia, non convince[44]. Intanto, si basa sull'assunto che in entrambi i casi sia prevista la medesima condizione, ossia la etero-determinazione da parte del committente delle modalità di esecuzione della prestazione. Invece, nel caso del modello autonomo di cui all'art. 47 *bis*, d.lgs. n. 81/2015, come abbiamo notato, il committente tramite l'utilizzo della piattaforma giunge a spogliarsi delle proprie prerogative di controllo della prestazione, e, dunque, non esercita un potere direttivo. Ragionando invero sull'elemento della continuità, occorre sottolineare che questa assurga espressamente a elemento tipico non solo del lavoro subordinato, ma anche delle

---

sono strumentali alle attività di consegna di beni, fissandone il compenso e determinando le modalità di esecuzione della prestazione".

[41] P. PASSALACQUA, *Rapporti di lavoro nella* gig economy, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. GABRIELLI, *Dei singoli contratti, Leggi collegate*. Vol. III, *Nuovi contratti della Digitale Economy*, a cura di D. VALENTINO, Torino, 2020, p. 272 ss.

[42] Ai sensi dell'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81/2015: "A far data dal 1° gennaio 2016, si applica la disciplina del rapporto di lavoro subordinato anche ai rapporti di collaborazione che si concretano in prestazioni di lavoro prevalentemente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente. Le disposizioni di cui al presente comma si applicano anche qualora le modalità di esecuzione della prestazione siano organizzate mediante piattaforme anche digitali".

[43] O. MAZZOTTA, *L'inafferrabile etero-direzione: a proposito di ciclofattorini e modelli contrattuali*, in *Labor*, 2020, p. 23; G. SANTORO PASSARELLI, *Sui lavoratori che operano mediante piattaforme digitali, sui* riders *e il ragionevole equilibrio della Cassazione 1663/2020*, in *LavoroDirittiEuropa*, n. 1, 2020, p. 10; L. FIORILLO, *Le collaborazioni organizzate dal committente: la Corte di Cassazione mette un punto (quasi) fermo*, in *Mass. giur. lav.*, Numero straordinario, 2020, p. 98 ss.

[44] Perplessi anche C. DE MARCO, A. GARILLI, *L'enigma qualificatorio*, cit., p. 25 ss.

collaborazioni coordinate e, appunto, continuative ex art. 409, n. 3, c.p.c. Se il presupposto è che la prestazione resa dai *riders* di cui all'art. 47 *bis* debba essere qualificata come autonoma, nella sua veste di lavoro coordinato ex art. 409, n. 3, c.p.c., allora il carattere della continuità non può assumere funzione distintiva rispetto alla fattispecie delineata dall'art. 2, 1° co. del medesimo d.lgs. n. 81/2015[45].

Invece, a mio avviso resta dirimente la prova della sussistenza dell'esercizio in concreto del potere unilaterale di organizzazione della prestazione da parte del committente, al fine di rendere attivabile il meccanismo di cui all'art. 2, 1° co., d.lgs. n. 81/2015, che, a differenza dell'art. 47 *bis*, a questo elemento fa esplicito riferimento in maniera "espressiva" non tanto nella sua nuova parte finale, quanto nel suo primo periodo, sul punto rimasto invariato. Insomma, per ricadere nell'alveo dell'art. 2, 1° co, d.lgs. n. 81/2015 sembra necessario un *quid pluris* rispetto al semplice utilizzo della piattaforma, ovvero forme di condizionamento organizzativo da parte del committente sul prestatore, sviluppate al di fuori dell'utilizzo della piattaforma, come, ad es., potrebbe accadere nel caso in cui il primo imponesse al secondo di essere disponibile alla chiamata entro determinati limiti temporali (ad es. dalle 19,00 alle 24.00). Se, infatti, come già notato, è vero che la libertà di rispondere o meno alla chiamata non può assurgere a criterio univoco della natura autonoma del rapporto, al contrario il vincolo di disponibilità assunto si spiega nell'ambito della eterorganizzazione /eterodirezione, e, dunque, indica la presenza della subordinazione.

Più difficile, anche se non può essere escluso, resta invece ragionare sul contenuto delle modalità di esecuzione della prestazione dettate dalla piattaforma. In questa più complessa prospettiva si potrebbe giungere all'accertamento delle etero-organizzazione ex art. 2, 1° co, d.lgs. n. 81/2015 nel caso in cui la piattaforma, pur sempre gestita e utilizzata dal committente, contenga in sé e utilizzi quegli stessi elementi ora esemplificati in capo alla persona fisica del committente.

7. Una proposta volta alla qualificazione ex lege del lavoro dei *riders* sotto l'ombrello di un'ipotesi di subordinazione speciale

Di fronte ai descritti enigmi interpretativi, emerge l'impressione che la soluzione adottata dal legislatore nazionale italiano non convinca, tanto che la questione qualificatoria del lavoro dei *riders* resta esposta a successivi interventi del legislatore, o invece, come sta accadendo, rimanga sempre affidata all'opera della giurisprudenza secondo i sempre problematici ma consolidati canoni, con una sostanziale neutralizzazione dell'incidenza concreta della citata normativa del 2019.

E allora nell'impervia strada *de iure condendo*, anche sulla scorta di quanto in questa sede in precedenza osservato, si potrebbe intravedere una prospettiva tesa a delineare un'ipotesi omnicomprensiva entro la quale inquadrare il lavoro dei *riders*, che si sviluppa secondo modalità di relazione tra il lavoratore e la

[45] P. PASSALACQUA, *Rapporti di lavoro*, cit., p. 276.

piattaforma per molti versi peculiari e non ascrivibili con sicurezza né al mondo del lavoro autonomo, ma neanche a quello subordinato.

Invero, per tornare al piano generale, se la prospettiva da più parti ribadita è quella di delineare un sistema di tutele per il vasto mondo del lavoro autonomo, anche nella prospettiva segnata dall'art. 35 Cost. al fine di sdrammatizzare il dilemma qualificatorio subordinazione/autonomia[46], è pur vero che si tratta di un percorso non ancora realizzato e comunque impervio. Il sistema attuale è ancora fortemente tributario e innervato dall'impostazione originaria del lavoro subordinato come "unica categoria depositaria delle tutele sociali"[47].

E allora formuliamo in questa sede una proposta forse per certi versi audace: si tratterebbe di invertire la prospettiva sposata dal legislatore nostrano, che peraltro, come già notato, sta alla base anche della proposta di direttiva sulla quale ci confrontiamo.

Infatti se, come ha fatto il legislatore nazionale italiano, si delinea una fattispecie tipica di *rider* autonomo, di certo non si può impedire il sorgere di una controversia imperniata sulla qualificazione di quel rapporto di lavoro come subordinato, sul presupposto della ricorrenza e della prova dei suoi indici tipici. Così, come già dimostrato dai noti interventi della giurisprudenza, i *riders* sono stati qualificati in molti casi lavoratori subordinati[48].

Per questo, al fine di dare "stabilità" alla fattispecie si potrebbe seguire la strada opposta: quella cioè di definire il lavoro dei *rider* sempre sussumibile entro lo schema del lavoro subordinato, ma al contempo con una sua propria disciplina tipica, che non disponga l'applicazione *tout court* delle regole del lavoro subordinato, ma le moduli e modelli sul sotto-tipo peculiare del lavoro tramite piattaforma digitale[49]. Anche l'attuale nozione di subordinazione dell'art. 2094 c.c. appare in grado di accogliere una tale fattispecie.

Qui la nota teorica sull'indisponibilità del tipo del lavoro subordinato non pare possa rappresentare un ostacolo, giacché si può ritenere che si rientri nell'ipotesi contraria: qualificare cioè entro lo schema della subordinazione rapporti di lavoro che potrebbero avere i tratti almeno prevalenti del lavoro autonomo. Ne deriva che questa ipotesi non sarebbe "coperta" dal limite della disponibilità del tipo, che, già in deciso

[46] Cfr., da ultimi, A. PERULLI, T. TREU, *"In tutte le sue forme e applicazioni". Per un nuovo Statuto del lavoro*, Torino, 2022.; O. RAZZOLINI, *La subordinazione ritrovata e la lunga marcia del lavoro autonomo,* in *Labour & Law Issues*, vol. 6, n. 2, 2021, I-141 ss.

[47] A. PERULLI, *Il diritto del lavoro*, cit., I.101.

[48] Trib. Torino 7.05.2018; Trib. Milano 10.09.2018; Corte App. Torino 4.02.2019; Cass. 24.01.2020, n. 1663; Trib. Palermo 24.11.2020, v. F. CARINCI, *Il percorso giurisprudenziale sui rider. Da Tribunale Torino 7 maggio 2018 a Tribunale Palermo 24 novembre 2020*, in *Arg. dir. lav.*, 1, 2021, p. 1 ss.; A. GARILLI, C. DE MARCO, *La qualificazione del lavoro dei rider: ancora una volta il giudice accerta la subordinazione e individua nella piattaforma interponente il reale datore*, in *Labor*, 2, 2022, p. 232 ss.

[49] Cfr. in una tale prospettiva anche G. FERRARO, *Il diritto del lavoro*, cit., I.55.

ridimensionamento in dottrina quale limite all'attività del legislatore, riguarda comunque il tipo lavoro subordinato[50].

Sussistono peraltro nell'ordinamento peraltro già altri esempi noti e studiati, come quello del lavoro a domicilio e quello del lavoro agile, nei quali, pur sotto l'egida della subordinazione, alcune tutele e diritti vengono modulati. Per non parlare inoltre anche della fattispecie del rapporto di lavoro subordinato del socio di cooperativa.

Le tutele modulabili potrebbero in ipotesi riguardare l'area del recesso del datore di lavoro, nella prospettiva cioè di un apparato quantomeno snello in materia di sanzioni per il licenziamento illegittimo, il cui attuale noto attuale impianto ben poco si attaglia a rapporti come quello dei *riders*, caratterizzati da fisiologica discontinuità. In questa direzione si potrebbe delineare altresì una peculiare e più elastica disciplina dei rapporti di lavoro a tempo determinato, meno astretta ai vincoli disposti in generale.

Si tratta di certo di una strada impervia, che in qualche disegno di legge poi non andato in porto si è già tentato di costruire, ivi tuttavia soltanto nella direzione di una dilatazione della fattispecie della subordinazione, additiva rispetto a quella del 2094 c.c.[51], in mancanza invece di una compiuta riparametrazione del sistema di tutele da applicare, che a nostro avviso ne ha rappresentato il limite.

Una direzione del genere potrebbe rivolgersi in definitiva anche al legislatore sovranazionale, in vista di un superamento o quanto meno di un ridimensionamento della questione qualificatoria almeno nei confronti della descritta fattispecie dei *riders*, peraltro in ogni caso, come evidenziato, di difficile gestione sul piano eurounitario.

[50] Cfr. M. PEDRAZZOLI, *Sulla cosiddetta indisponibilità del tipo lavoro subordinato: ricognizione e spunti critici*, in *Studi in onore di Edoardo Ghera*, II. Bari, 2008, p. 865 ss.; R. ROMEI, *Tra politica e diritto: rileggendo "Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro"*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2009, p. 77 ss.; R. PESSI, *Fattispecie ed effetti nel diritto del lavoro*, in *Trattato di diritto del lavoro*, a cura di M. PERSIANI, F. CARINCI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, a cura di Martone M., IV, 1, Padova, 2012, p. 49 ss. e *ivi* ulteriori riferimenti.

[51] V. ad es. *Norme in materia di lavoro subordinato anche tramite piattaforme digitali applicazioni e algoritmi*, che si propose di inserire nel decreto dignità del 2018, in cui si prefigurava una nozione allargata di subordinazione, volta a includere il lavoro prestato tramite piattaforme digitali; nella medesima linea v. Proposta di legge n. 1592 d'iniziativa del Consiglio regionale del Piemonte, *Disposizioni in materia di lavoro mediante piattaforme digitali*, presentata il 12 febbraio 2019.

Il regolamento (UE) 2022/868 sulla governance dei dati e le sue possibili ricadute sulle misure di inclusione lavorativa delle persone con disabilità*

di Carla Spinelli
Professoressa ordinaria di Diritto del lavoro
Università degli Studi di Bari Aldo Moro

Abstract [It]: Il presente contributo si propone di indagare le ricadute della recente regolamentazione dell'Unione Europea relativa alla *governance* dei dati – Regolamento (UE) 2022/868, c.d. *Data Governance Act* – sulla inclusione lavorativa delle persone con disabilità, alla luce dell'adozione nel nostro ordinamento delle Linee guida in materia di collocamento mirato delle persone con disabilità e della istituzione della Banca dati del collocamento mirato.

Title: Regulation (EU) 2022/868 on data governance: exploring its impact on the Italian inclusive labour market policies for people with disability
Abstract [En]: This essay aims at investigating the impact of Regulation (EU) 2022/868, the so-called *Data Governance Act*, on the development of the Italian inclusive labour market policies for people with disabilities, taking into account the enactment of the Guidelines on Sheltered Employment for people with disabilities and the establishment of the Sheltered Employment Database in Italy.

Parole chiave: *Data Governance Act*; *GDPR*; disabilità; collocamento mirato, politiche di inclusione lavorativa; linee guida e banca dati
Keywords: *Data Governance Act*; *GDPR*; disability; supported employment; inclusive labour market policies; sheltered work guidelines and database

Sommario: 1. Il Regolamento (UE) 2022/868 sulla *Governance* dei Dati: finalità e tecniche di regolazione. **2.** L'inclusione lavorativa delle persone con disabilità nel quadro normativo europeo: non solo vantaggi dalla digitalizzazione. **3.** Le Linee guida e la Banca dati in materia di collocamento mirato. **4.** Le potenzialità della circolazione dei dati per accrescere l'efficacia delle politiche di inclusione lavorativa per le persone disabili.

1. Il Regolamento (UE) 2022/868 sulla *Governance* dei Dati: finalità e tecniche di regolazione

Il *Data Governance Act* (*DGA*) adottato con Regolamento (UE) del 30 maggio 2022, n. 868[1] si inserisce tra gli atti della più ampia e ambiziosa «Strategia europea per i dati» avviata dalle Istituzioni europee per il periodo 2019-2024[2].

* Articolo sottoposto a referaggio.
[1] GUUE del 3.6.2022, L 152/1.
[2] Con l'obiettivo di «creare uno spazio unico europeo di dati – un autentico mercato unico di dati, aperto ai dati provenienti da tutto il mondo – nel quale sia i dati personali sia quelli non personali, compresi i dati commerciali sensibili, siano sicuri e le imprese abbiano facilmente accesso a una quantità pressoché infinita di dati industriali di elevata qualità, che stimolino la crescita e creino valore, riducendo nel contempo al minimo la nostra impronta di carbonio e ambientale», Commissione Europea, *Una strategia europea per i dati*, Bruxelles, 19 febbraio 2020, COM(2020) 66 *final*, p. 5.

Il Regolamento si propone espressamente di integrare, salvaguardandolo, il quadro normativo europeo già esistente, composto, oltre che dal *General data protection regulation* (*GDPR*)[3] e dalla Direttiva *e-Privacy*,[4] dal Regolamento (Ue) 2018/1807 in materia di libera circolazione dei dati non personali all'interno dell'Unione Europea e dalla Direttiva 2019/1024/UE relativa all'apertura dei dati e al riutilizzo dell'informazione del settore pubblico.

Il *DGA* è destinato, a sua volta, ad essere integrato dal *Data Act* (proposta di regolamento del 23 febbraio 2022)[5], che detta regole armonizzate per il corretto accesso e uso dei dati - sia personali sia non personali - generati dall'uso dei prodotti connessi e dei servizi correlati, al fine di garantire un'equità dei contratti di condivisione dei dati.

L'adozione del Regolamento (UE) 2022/868, intervenuta dopo l'introduzione di ben tre direttive - nel 2003[6], nel 2013[7] e, da ultimo nel 2019 con la già citata Direttiva n. 1024 - sul riutilizzo dei dati non sensibili e non soggetti a segreto industriale e commerciale, costituisce un ulteriore tassello nella definizione di un quadro regolativo integrato e uniforme per la gestione del mercato dei dati. L'Unione europea persegue una duplice ambizione: per un verso, facilitare ed accelerare la circolazione dei dati - anche quelli protetti o riservati - mediante meccanismi uniformi e, per altro verso, assicurare che l'uso e il riuso dei dati avvenga in ambienti protetti, nel rispetto dei diritti della persona e della normativa a tutela dei dati stessi, rafforzando la sicurezza dei relativi scambi.

L'obiettivo del *DGA* è soprattutto «creare fiducia tra gli individui e le imprese per quanto riguarda l'accesso ai dati, la loro condivisione e il loro controllo, utilizzo e riutilizzo, in particolare stabilendo adeguati meccanismi per gli interessati affinché conoscano ed esercitino fattivamente i propri diritti». Ad aumentare il livello fiducia può contribuire una maggiore trasparenza per quanto riguarda la finalità dell'utilizzo dei dati e le condizioni in cui i dati sono conservati dalle imprese (considerando n. 5).

Il Regolamento si propone di ricondurre gli sviluppi dell'economia digitale nell'alveo di una *governance* generale europea[8], prevedendo meccanismi di funzionamento aperti e collaborativi dei servizi di

[3] Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati.

[4] Direttiva 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 luglio 2002 relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche (direttiva relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche.

[5] Il 14 marzo 2023 sono stati approvati gli emendamenti del Parlamento europeo alla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio riguardante norme armonizzate sull'accesso equo ai dati e sul loro utilizzo. Il testo emendato è disponibile al seguente link:
https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0069_IT.pdf

[6] Direttiva 2003/98/CE del 17 novembre 2003, relativa al riutilizzo dell'informazione del settore pubblico.

[7] Direttiva 2013/37/UE del 26 giugno 2013, che modifica la Direttiva 2003/98/CE.

[8] Per una prima riflessione sul *Data Governance Act* e, in particolare, sul suo impatto in ambito lavoristico, si rinvia, anche per gli ampi riferimenti bibliografici, al contributo di A. TROJSI, *Sull'impatto giuslavoristico del Data Governance Act. Riflessioni sistemiche a prima lettura del Regolamento (UE) 2022/868*, in *Federalismi.it*, 4, 2022, p. 276 ss.

condivisione dei dati[9] e, al contempo, «un accesso non discriminatorio all'economia dei dati per le imprese di tutte le dimensioni, in particolare le piccole e medie imprese e le start-up, con mezzi finanziari, giuridici o amministrativi limitati»[10], così da offrire un approccio alternativo all'attuale modello commerciale delle grandi piattaforme tecnologiche integrate.

Il *DGA* innova, quindi, a livello europeo la «funzione di informazione pubblica», spingendo verso la creazione di nuove sinergie tra pubblico e privato. Il Regolamento amplia, infatti, le possibilità di riutilizzo dei dati in possesso di enti pubblici, contemplando anche quelli protetti per motivi di riservatezza commerciale, riservatezza statistica e diritti di proprietà intellettuale di terzi, nonché quelli riconducibili nell'ambito di applicazione del *GDPR*, seppur conserva alcune esclusioni (art. 5, c. 13)[11].

Il Regolamento si sviluppa lungo quattro direttrici: il riutilizzo di determinati dati detenuti da soggetti pubblici (Capo II); l'attività di intermediazione dei dati (Capo III); la messa a disposizione dei dati per fini altruistici (Capo IV); l'istituzione di un nuovo sistema di *governance* dei dati e di sanzioni (Capo V e Capo VI).

In linea con la precedente disciplina, anche il Regolamento afferma che il riutilizzo costituisce una «facoltà» e non un «obbligo» per gli enti pubblici (art. 5), lasciando quindi gli Stati membri liberi di decidere quale regime seguire. Le amministrazioni nazionali che sceglieranno di conformarsi a questo quadro regolativo generale per la condivisione dei dati dovranno organizzarsi per consentire non semplicemente il riutilizzo dei dati a propria disposizione, ma soprattutto per assicurare un riutilizzo "sicuro" degli stessi. Spingere verso la libera accessibilità e conoscibilità dei dati non comporta, infatti, che questi siano apertamente riutilizzabili da chiunque e, tanto meno, per qualsiasi scopo[12]. Le amministrazioni potranno concedere il riutilizzo a condizioni non discriminatorie, trasparenti, proporzionate e oggettivamente giustificate in relazione alle categorie di dati e al loro utilizzo (art. 5, c. 2). Per la tutela dei dati protetti, in particolare, le amministrazioni potranno imporre l'obbligo di riutilizzare solo dati pretrattati «laddove tale pretrattamento miri ad anonimizzare o pseudonimizzare i dati personali o a cancellare informazioni commerciali riservate, compresi i segreti commerciali» (art. 5, c. 3, lett. a).

Il *DGA* persegue lo scopo di assicurare un minimo comune denominatore relativo alla libera circolazione e al riuso dei dati pubblici nell'Unione identificando e regolando i soggetti che possono assicurare l'accesso ai dati e il loro riutilizzo - i «servizi di intermediazione dei dati» - così da creare un ambiente

[9] D. POLETTI, *Gli intermediari dei dati*, in *European Journal of Privacy Law & Technologies*, 1, 2022, p. 48.
[10] Cfr. considerando 27 del Regolamento (UE) 2022/868.
[11] S. TRANQUILLI, *Il nuovo citoyen européen nell'epoca del Data Governance Act*, in *Rivista di Digital Politics*, 1-2, 2022, p. 183 ss..
[12] G. CERRINA FERONI, *Luci e ombre della* Data Strategy *europea - Intervento di Ginevra Cerrina Feroni, Garante della privacy*, 2022, consultabile al seguente link: https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9769786#note.

sicuro al cui interno le imprese o i singoli possano condividere i dati (art. 10 e ss.). Il servizio di intermediazione dei dati è definito dall'articolo 2, n. 11 come «un servizio che mira a instaurare, attraverso strumenti tecnici, giuridici o di altro tipo, rapporti commerciali a fini di condivisione dei dati tra un numero indeterminato di interessati e di titolari di dati, da un lato, e gli utenti dei dati dall'altro, anche al fine dell'esercizio dei diritti degli interessati in relazione ai dati personali».

Il secondo ambito su cui interviene il Regolamento è il cosiddetto «altruismo dei dati», ovvero l'utilizzo, da parte di soggetti pubblici e privati, dei dati messi volontariamente a disposizione da cittadini o persone giuridiche, per finalità di interesse generale (art. 16 e ss.). A tal fine, il *DGA* prevede la possibilità di creare delle organizzazioni non lucrative denominate «organizzazioni per l'altruismo dei dati». Il controllo sull'attività delle organizzazioni per l'altruismo dei dati è garantito da un sistema di registrazione (articolo 19) e da una serie di obblighi di trasparenza (articolo 20). La possibilità di costituire tali organizzazioni con approccio altruista dovrebbe garantire, da un lato, che le informazioni possano essere accessibili anche da parte di soggetti per i quali sarebbe altrimenti più difficile, come le piccole e microimprese, nonché i lavoratori autonomi e liberi professionisti e, dall'altro che se ne faccia un utilizzo responsabile, lasciando ai soggetti interessati il controllo sui propri dati, secondo le condizioni di liceità previste dal *GDPR*.

A presidio delle finalità perseguite, affinché quindi lo scambio dei dati avvenga nel rispetto della normativa, il *Data Governance Act* prevede l'istituzione di un'autorità competente per i servizi di intermediazione dei dati (art. 13) e un'autorità competente per la registrazione delle organizzazioni per l'altruismo dei dati (art. 23). Il quadro di *governance* del *DGA* si completa con l'istituzione del Comitato europeo per l'innovazione in materia dei dati (*European Data Innovation Board*, art. 29), un organismo con funzioni consultive e di assistenza alla Commissione Europea per l'elaborazione di pratiche e politiche nazionali volte a migliorare i servizi di condivisione dei dati e incoraggiare la creazione di spazi comuni europei dei dati (art. 30), competente altresì a fornire agli Stati membri raccomandazioni sui sistemi sanzionatori da adottare per garantire l'applicazione delle disposizioni del Regolamento (art. 34).

2. L'inclusione lavorativa delle persone con disabilità nel quadro normativo europeo: non solo vantaggi dalla digitalizzazione

Da più parti si è osservato che il *DGA*, che entrerà in vigore dal 24 settembre 2023, inaugura una nuova epoca nel trattamento dei dati e nella relativa regolazione, dalla quale difficilmente si potrà tornare indietro. Esso contribuisce a costituire, infatti, la struttura portante del Mercato Unico Digitale Europeo,

insieme al *Digital Market Act*[13] e al *Digital Service Act*[14], nonché al già citato *Data Act* e alla Direttiva sulle piattaforme digitali[15], una volta che i relativi *iter* di approvazione saranno conclusi.

Nel considerando n. 2 del Regolamento sulla *governance* dei dati si richiama il ruolo svolto, nel corso dell'ultimo decennio, dalle tecnologie digitali nella trasformazione dell'economia e della società e si afferma la centralità dei dati rispetto a tale trasformazione. Si rappresenta, tuttavia, la necessità di prestare particolare attenzione alla riduzione del divario digitale, affinché l'innovazione guidata dai dati possa essere inclusiva e generare benefici per tutti i cittadini dell'Unione. Al riguardo, si fa riferimento, nello specifico, al rafforzamento della partecipazione delle donne all'economia dei dati e alla promozione di competenze europee all'avanguardia nel settore tecnologico.

È pur vero, però, che il tema del divario digitale assume rilievo anche per altre categorie vulnerabili, quali ad esempio le persone con disabilità.

Del resto, è la stessa Unione Europea a dimostrarne piena consapevolezza, se solo si considera la Direttiva 2019/882/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 aprile 2019, sui requisiti di accessibilità dei prodotti e dei servizi. Nel quadro delle azioni dell'Unione volte a garantire i diritti delle persone con disabilità, la Direttiva si propone di eliminare le disparità esistenti in materia tra le legislazioni nazionali, consentendo una migliore accessibilità ai prodotti e ai servizi che rispondono alle esigenze specifiche delle persone disabili, così da rendere possibile una società più inclusiva e facilitare la vita indipendente di queste persone[16]. Essa contribuisce all'adempimento dell'obbligo fissato dall'art. 9 della Convenzione delle Nazioni Unite del 13 dicembre 2006 sui diritti delle persone con disabilità (*UNRCPD*), di cui l'Unione Europea è parte contraente e che, pertanto, è tenuta ad applicare. La relativa disciplina è altresì espressione dell'azione "accessibilità", prevista insieme ad altre nella Strategia europea sulla disabilità 2021-23[17] della Commissione, ed è intesa come possibilità per le persone disabili di avere accesso, su una base di uguaglianza con gli altri, all'ambiente fisico, ai trasporti, *ai sistemi e alle tecnologie dell'informazione e della comunicazione (TIC*), nonché ad altri servizi e strutture (p. 5 della Strategia; 7° considerando della

[13] Regolamento (UE) 2022/1925 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 settembre 2022 relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale, che modifica le Direttive (UE) 2019/1937 e (UE) 2020/1828 (Regolamento sui mercati digitali).

[14] Regolamento (UE) 2022/2065 del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 ottobre 2022, relativo a un mercato unico dei servizi digitali, che modifica la Direttiva 2000/31/CE (Regolamento sui servizi digitali).

[15] Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 9 dicembre 2021, COM (2021) 762 final, relativa al miglioramento delle condizioni di lavoro mediante piattaforme digitali. Nella prima plenaria di febbraio 2023 il Parlamento europeo ha approvato la propria posizione su tale Proposta (relatrice GUALMINI), disponibile al seguente link: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2022-0301_IT.html.

[16] Cfr. considerando 2 Direttiva (UE) 2019/882 sui requisiti di accessibilità dei prodotti e dei servizi.

[17] Commissione Europea, *Un'Unione dell'uguaglianza: strategia per i diritti delle persone con disabilità 2021-2030*, Bruxelles, 3 marzo 2021, COM (2021) 101 *final*, p. 3 ss., secondo cui «l'accessibilità agli ambienti fisici e virtuali, […], è un fattore abilitante dei diritti e un prerequisito per la piena partecipazione delle persone con disabilità su un piano di parità con gli altri».

direttiva). La Direttiva 2019/882/UE è stata, peraltro, indicata dalla Commissione tra le iniziative relative all'inclusione delle persone con disabilità di cui al punto 17 del Pilastro europeo dei diritti sociali[18].

L'obiettivo dell'accessibilità dei servizi digitali per i disabili è perseguito anche dal *Digital Service Act*, che all'art. 47 raccomanda («incoraggia e facilita») l'adozione di appositi codici di condotta a livello dell'Unione «con il coinvolgimento dei fornitori di piattaforme online e altri fornitori di servizi interessati, delle organizzazioni che rappresentano i destinatari del servizio e delle organizzazioni della società civile o delle autorità competenti al fine di promuovere la piena ed effettiva parità di partecipazione».

Anche nella Proposta di Regolamento sull'Intelligenza Artificiale[19] si raccomanda particolare attenzione nei riguardi di quelle «persone che potrebbero subire il danno o l'impatto negativo del sistema di intelligenza artificiale, in quanto si trovano in una condizione di vulnerabilità a causa di uno squilibrio di potere, conoscenza, situazione economica o sociale». In particolare, si fa espresso divieto di «immissione sul mercato, messa in servizio o uso di un sistema di intelligenza artificiale che sfrutta le vulnerabilità di uno specifico gruppo di persone, dovute all'età o alla disabilità fisica o mentale, al fine di distorcere materialmente il comportamento di una persona che appartiene a tale gruppo in un modo che provochi o possa provocare a tale persona o a un'altra persona un danno fisico o psicologico»[20].

Nella Relazione di accompagnamento alla Proposta di Direttiva per i lavoratori delle piattaforme, invece, a proposito degli obiettivi perseguiti, si evidenziano i vantaggi e le opportunità che tali modelli di *business* possono offrire ai soggetti deboli sul mercato del lavoro, quali le persone con disabilità, pur con l'avvertenza che queste nuove forme di organizzazione del lavoro, proprio perché tali, «mettono in discussione i diritti e gli obblighi esistenti in materia di diritto del lavoro e protezione sociale» (4° capoverso).

Non meno significativo, nella prospettiva indicata, risulta essere il *Disability Employment Package*[21], un'altra delle iniziative assunte nell'ambito della Strategia europea per la disabilità 2021-30, volta a dare attuazione al *Social Pillar* e all'art. 27 della *UNCRPD*. Si tratta di un programma di interventi diretti a sostenere gli Stati membri nel migliorare l'offerta di lavoro e lo sviluppo delle competenze e nel favorire l'inclusione sociale, la lotta alla povertà e la promozione delle pari opportunità per le persone con disabilità, in coerenza con le Linee Guida per l'Occupazione (*Employment Guidelines*). In particolare, tra le azioni da intraprendere per conseguire questi obiettivi, ben sei, si prevede di intervenire a rafforzare il ruolo dei

[18] *The European Pillar of Social Rights*, disponibile al seguente link: https://europe-solidarity.eu/documents/social-pillar-goteborg.pdf.

[19] 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, 21 aprile 2021, COM/2021/206 *final* disponibile al seguente link: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:52021PC0206.

[20] Art. 5, co. 1, lett. b), Proposta di Regolamento che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale.

[21] Reperibile al seguente link: https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=1597&langId=en.

servizi pubblici per l'impiego, per cui è già stata predisposta e pubblicata una Guida operativa[22], mentre sono in preparazione linee guida sugli accomodamenti ragionevoli destinate ai datori di lavoro.

È, dunque, ampiamente riconosciuto dal legislatore europeo che, nel contesto dell'economia digitale, le persone disabili possono essere esposte a maggiori rischi - di discriminazione, di marginalizzazione, ecc. – sia come cittadini che come lavoratori.

Nella consapevolezza di quanto ai vantaggi che la digitalizzazione del lavoro può comportare per le persone disabili si associno altrettante criticità, tenuto conto dello scenario regolativo appena descritto non sembra peregrino, ad avviso di chi scrive, chiedersi quale incidenza potrà avere, in particolare, il Regolamento sulla *governance* dei dati sulle politiche nazionali di inclusione lavorativa delle persone con disabilità. Interrogativo sollecitato, peraltro, dalle ultime misure in materia di collocamento mirato introdotte nel nostro ordinamento.

3. Le Linee guida e la Banca dati in materia di collocamento mirato

Nel riportare l'attenzione sulla disciplina nazionale, non si può che partire, per svolgere qualunque considerazione, dalla nozione di collocamento mirato, che, come a tutti noto, è stata introdotta dalla legge n. 68/1999[23]. A norma del suo art. 2, «per collocamento mirato dei disabili si intende quella serie di strumenti tecnici e di supporto che permettono di valutare adeguatamente le persone con disabilità nelle loro capacità lavorative e di inserirle nel posto adatto, attraverso analisi di posti di lavoro, forme di sostegno, azioni positive e soluzioni dei problemi connessi con gli ambienti, gli strumenti e le relazioni interpersonali sui luoghi quotidiani di lavoro e di relazione».

Tralasciando ogni considerazione sulle criticità del sistema complessivamente messo in opera dalla legge - ampiamente denunciate nel corso di questi anni - e sulla sua inefficace implementazione[24], altrettanto ben nota, per venire subito al fulcro dell'analisi, occorre ricordare alcuni importanti interventi di modifica introdotti dal d.lgs. n. 151/2015[25].

---

[22] European network of public employment services, *Practitioner toolkit on strengthening PES to improve the labour market outcomes of persons with disabilities*, consultabile al seguente link: https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=738&langId=en&pubId=8505&furtherPubs=yes.

[23] Per una recente analisi sull'evoluzione della regolazione sull'accesso al lavoro delle persone disabili si rinvia a A. RICCARDI, *L'inserimento del lavoratore disabile nell'organizzazione datoriale. L'evoluzione dei modelli di tutela*, in *ADL*, 2022, /4), p. 682 ss.

[24] INAPP, Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, *Nona relazione al Parlamento sullo stato di attuazione della legge 12 marzo 1999, n. 68 "Norme per il diritto al lavoro dei disabili", Anni 2016-2017-2018*, disponibile all'indirizzo https://www.lavoro.gov.it/priorita/Pagine/Stato-attuazione-Legge-68-sul-diritto-al-lavoro-dei-disabili.aspx.

[25] Su cui si rinvia, più ampiamente a D. GAROFALO, Jobs Acr *e disabili*, in *Rivista di Diritto della Sicurezza Sociale*, 2016, p. 89 ss.; C. SPINELLI, *La nuova disciplina dell'inserimento al lavoro delle persone disabili (d.lgs. n. 151/2015) nel quadro della normativa internazionale e dell'Unione europea*, in E. GHERA, D. GAROFALO (a cura di), *Semplificazioni, sanzioni, ispezioni nel Jobs Act 2*, Bari, Cacucci, 2016, p. 11 ss.

In particolare, l'articolo 1, comma 1 del decreto legislativo n. 151 del 2015 demandava ad un decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, previa intesa in sede di Conferenza unificata ai sensi dell'articolo 3 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, la definizione delle linee guida in materia di collocamento mirato delle persone con disabilità, mentre l'art. 9, comma 6-bis della legge n. 68 del 1999, introdotto dall'art. 8, comma 1, lettera b) del decreto legislativo 14 settembre 2015, n. 151, prevedeva che, al fine di razionalizzare la raccolta dei dati disponibili sul collocamento mirato, di semplificare gli adempimenti nonché di migliorare il monitoraggio e la valutazione degli interventi, venisse istituita all'interno della Banca dati politiche attive e passive una apposita sezione denominata «Banca dati del collocamento mirato», per raccogliere le informazioni concernenti i datori di lavoro pubblici e privati obbligati e i lavoratori interessati.

Per quanto ogni intervento regolativo in materia di disabilità debba confrontarsi con la complessità che riviene dalla necessità di gestire categorie speciali di dati personali, c.d. sensibili (art. 9 *GDPR*), non può mancarsi di rimarcare criticamente che si sono dovuti attendere oltre sette anni perché queste norme venissero attuate. Infatti, le linee guida sul collocamento mirato sono state adottate con DM 11 marzo 2022[26], a firma dei Ministri del lavoro e della disabilità, mentre di poco antecedente è il DM sulla banca dati, datato 29 dicembre 2021[27] e firmato, oltre che dal Ministro del lavoro, da quello per l'Innovazione tecnologica e la transizione digitale e del Ministro per la pubblica amministrazione, poi entrato in vigore a maggio 2022.

Le Linee guida intendono offrire un quadro di riferimento complessivo rispetto a principi, interventi e metodologie di attuazione del collocamento mirato e, a tal fine, assumono - e questo è molto importante in termini di principio - «la dimensione del lavoro come fondamentale per i percorsi di integrazione sociale delle persone con disabilità e la più ampia realizzazione dei relativi progetti di vita indipendente». L'attuazione delle Linee guida dovrà essere oggetto di un monitoraggio annuale, da parte del Ministero, in collaborazione con le Amministrazioni Regionali competenti, mentre per i necessari completamenti sono stati previsti tavoli tecnici da insediare con gli attori istituzionali.

Per quanto di interesse in questa sede, si segnala che nelle Linee guida «si ribadisce la necessità e si sollecitano la promozione e il consolidamento della gestione sistematica dei dati amministrativi riferiti al collocamento mirato, l'aggiornamento costante e regolare dei flussi informativi, lo sviluppo della collaborazione applicativa orientata a una piena interoperabilità tra i sistemi di riferimento sulla disabilità,

[26] Per un primo commento si rinvia a M. DE FALCO, *Linee guida in materia di collocamento mirato delle (e per le) persone con disabilità*, in *Bollettino ADAPT*, 12, 2022.

[27] Pubblicato nella G.U. n. 45 del 23 febbraio 2022, su parere favorevole espresso dal Garante della Privacy, reso con Provvedimento n. 396 dell'11 novembre 2021, disponibile al seguente link: https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9731800.

nel quadro della *governance* regionale e in sinergia con le esigenze di uniformità espresse a livello nazionale, anche ai fini di una loro opportuna analisi e valutazione»[28].

Inoltre, si regolamenta la ricognizione di buone pratiche di inclusione lavorativa allo scopo di addivenire «all'innalzamento degli standard di gestione del sistema del collocamento mirato e ad assicurare la disponibilità su tutto il territorio nazionale di modelli replicabili di azioni, procedure e progettualità a beneficio delle persone con disabilità e dei datori di lavoro interessati dalla normativa per il collocamento mirato». Le buone pratiche individuate dovranno confluire in una Piattaforma informatica «accessibile e consultabile, dinamica e aggiornabile». A un successivo decreto direttoriale, da presentarsi entro 120 giorni dalla pubblicazione del decreto ministeriale che definisce le Linee guida, è affidata la determinazione delle modalità di realizzazione e gestione della piattaforma, oltre che delle categorie e dei criteri di selezione delle esperienze da pubblicare, a cui provvederà un gruppo di lavoro permanente istituito presso il Ministero del lavoro.

Per quanto concerne la Banca dati del collocamento mirato, si tratta di una banca dati nazionale che intende raccogliere tutti i dati disponibili sul collocamento mirato, relativi ai lavoratori con disabilità e categorie protette, ai datori di lavoro obbligati alle assunzioni dei medesimi e agli uffici competenti, con l'intento di «semplificare gli adempimenti, rafforzare i controlli, nonché di migliorare il monitoraggio e la valutazione degli interventi» previsti dalla stessa legge 68/1999 (art. 2, DM 29.12.2021).

La nuova Banca dati conterrà quindi: a) i prospetti informativi di cui all'art. 9, comma 6, della legge 12 marzo 1999, n. 68; b) gli accomodamenti ragionevoli adottati dai datori di lavoro obbligati; c) gli esoneri autocertificati ai sensi dell'art. 5, comma 3-bis, legge 12 marzo 1999, n. 68; d) le comunicazioni obbligatorie concernenti le instaurazioni, le variazioni e le cessazioni dei rapporti di lavoro dei lavoratori interessati; e) le sospensioni di cui all'art. 3, comma 5, della legge 12 marzo 1999, n. 68; f) gli esoneri autorizzati; g) le convenzioni; h) lavoratori con disabilità e le categorie protette; i) le schede di cui all'art. 8, comma 1, legge 12 marzo 1999, n. 68; l) gli avviamenti effettuati dagli uffici competenti; m) le informazioni pertinenti ed indispensabili per le finalità di inserimento lavorativo contenute nel verbale di accertamento delle condizioni di disabilità; n) gli incentivi di cui il datore di lavoro beneficia;

o) gli incentivi e le agevolazioni in materia di collocamento delle persone con disabilità erogate sulla base di disposizioni regionali; p) le sovvenzioni per interventi in materia di reinserimento e di integrazione lavorativa in nuova occupazione delle persone con disabilità per infortunio sul lavoro o malattia professionale erogate dall'INAIL; q) la comunicazione contenente tempi e modalità di copertura della quota di riserva da parte delle amministrazioni pubbliche (art. 3).

[28] D.M. 11 marzo 2022, *Linee guida in materia di collocamento mirato delle persone con disabilità*, p. 6.

Questi dati dovranno essere forniti dai vari attori che operano nell'ambito del collocamento mirato, ovvero datori di lavoro, Ministero del lavoro, INPS, Regioni e Province autonome, INAIL (art. 4).

Le informazioni saranno rese disponibili agli enti pubblici coinvolti, ma anche ai datori di lavoro limitatamente ai *propri* dati - sia quelli da loro stessi conferiti, sia quelli provenienti da altri soggetti che alimentano la banca dati - che potranno riutilizzare per la precompilazione del prospetto informativo, nonché alle persone iscritte negli elenchi del collocamento mirato, ancora una volta limitatamente alla consultazione dei *propri* dati. Le medesime informazioni saranno accessibili, inoltre, dall'Ispettorato Nazionale del Lavoro (INL), dall'Agenzia Nazionale Politiche Attive Lavoro (ANPAL), dal Dipartimento della Funzione Pubblica della Presidenza del Consiglio, in ragione delle rispettive competenze in materia di collocamento mirato (art. 5, c. 2-3).

Lo scambio di dati tra le amministrazioni competenti potrà avvenire anche per ragioni di studio e ricerca, nel rispetto delle disposizioni in materia di protezione dei dati personali. A tal fine, le informazioni della banca dati possono essere integrate con quelle del Sistema informativo unitario dei servizi sociali (SIUSS), nel rispetto di un apposito disciplinare tecnico, che sarà definito da parte delle strutture competenti del Ministero del lavoro e delle politiche sociali e dell'INPS, sentito il Garante per la protezione dei dati personali (art. 5, c. 4).

La banca dati è istituita presso il Ministero del lavoro e delle politiche sociali (art. 1), che è il titolare del trattamento dei dati ai sensi del Regolamento (UE) 2016/679 (art. 5, c. 1) e li gestisce in esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici

poteri, qual è appunto il collocamento obbligatorio. I dati personali sono acquisiti direttamente dagli interessati o da terzi e devono essere trattati, limitatamente a quelli necessari e sufficienti, per le finalità di razionalizzazione, semplificazione, monitoraggio e valutazione indicate nel decreto. Il trattamento dei dati (art. 6) dovrà avvenire, altresì, nel rispetto delle regole in materia di tutela dei dati personali, alla luce delle indicazioni fornite dal Garante della *privacy*, sulla base delle quali, in particolare, il Ministero predispone le informative per i titolari dei dati stessi (art. 13 e ss. *GDPR*) e predispone punti di contatto con gli interessati (indirizzo mail, PEC) per consentire loro l'esercizio dei diritti ai sensi degli artt. 15 e ss. del *GDPR*.

Quanto alla conservazione dei dati personali, nel decreto (art. 6, c. 4) si prevede che sia limitata al solo tempo strettamente necessario per perseguire le finalità del collocamento per il quale i dati sono raccolti e trattati. Pertanto, i dati dei soggetti iscritti al collocamento mirato trattati dovranno essere cancellati al momento della cancellazione di quei soggetti dagli elenchi di cui all'art. 8, della legge n. 68 del 1999.

4. Le potenzialità della circolazione dei dati per accrescere l'efficacia delle politiche di inclusione lavorativa per le persone disabili

Alla luce di quanto appena illustrato, pare evidente che la regolazione del funzionamento della banca dati e della piattaforma delle buone prassi in materia di collocamento mirato, prevista dalle relative Linee guida, dovrà tener conto tanto delle previsioni della Direttiva n. 1024/2019 sull'apertura dei dati e il riutilizzo dell'informazione del settore pubblico, recepite modificando il d.lgs 36/2006[29] e, naturalmente, del *GDPR*, quanto del Regolamento UE sulla *Governance* dei dati, quando questo entrerà in vigore.

La logica delle Linee guida, ma soprattutto della Banca dati, risulta orientata ad una limitata circolazione dei dati, sostanzialmente interna al circuito dei soggetti che operano nell'ambito del collocamento mirato, per lo più finalizzata a migliorare l'efficacia e l'efficienza dell'azione dei servizi pubblici e circoscritta, invece, per quanto riguarda i datori di lavoro e i lavoratori, all'accesso ai propri dati. Si tratta di un approccio alquanto prudenziale, caratterizzato da un atteggiamento difensivo, preoccupato prioritariamente di tutelare la riservatezza dei dati, da utilizzarsi per il potenziamento dei processi decisionali.

Non risultano, invece, prese in considerazione le potenzialità insite nella utilizzabilità di questa congerie di dati da parte di terzi, che il rispetto delle coordinate definite dal Regolamento UE sulla *Governance* dei dati potrebbe consentire di autorizzare, conseguendo innumerevoli vantaggi, senza arrecare pregiudizi ai diritti fondamentali dei soggetti coinvolti.

Si pensi soltanto alle ricadute che un patrimonio di conoscenza delle buone pratiche inclusive, come di accomodamenti ragionevoli basati sul ricorso a tecnologie assistive o ad altre soluzioni organizzative potrebbero avere per intercettare quelle imprese, alle quali pure il legislatore della 68/99 si rivolge, le quali, benché non destinatarie degli obblighi assunzionali, potrebbero contribuire ad incrementare le occasioni di inclusione lavorativa per le persone con disabilità[30]. O ancora ai possibili interventi formativi e di sviluppo delle competenze mirati, che potrebbero essere realizzati da enti del Terzo Settore a beneficio delle persone disabili, avendo piena contezza di quelli che sono i fabbisogni delle imprese, i settori a maggior potenzialità occupazionale e le convenzioni di integrazione e inserimento lavorativo di maggior successo. Allo stesso modo, un simile patrimonio di dati recherebbe beneficio alle parti sociali e alle cooperative sociali per la stipula delle convenzioni quadro su base territoriale con i servizi competenti, aventi ad oggetto il conferimento di commesse di lavoro alle cooperative sociali medesime da parte delle imprese associate o aderenti, come previsto dall'art. 14, d.lgs. n. 276/2003. Non va trascurato, inoltre,

[29] D.lgs. 24 gennaio 2006, n. 36, *Attuazione della direttiva (UE) 2019/1024 relativa all'apertura dei dati e al riutilizzo dell'informazione del settore pubblico che ha abrogato la direttiva 2003/98/CE*.

[30] Cfr. artt. 11 (convenzioni di integrazione lavorativa), 12 (convenzioni di inserimento lavorativo temporaneo con finalità formative) e 12 *bis* (convenzioni di inserimento lavorativo), l. n. 68/1999.

l'input che ne potrebbe derivare per la costituzione di start-up innovative, che si cimentino nella progettazione di tecnologie socialmente responsabili. E nemmeno il supporto che si potrebbe offrire all'azione del Responsabile dell'inserimento delle persone con disabilità che le pubbliche amministrazioni devono istituire, a norma dell'art. 39 *ter*, d.lgs. n. 165/2001, come alle sempre più diffuse figure dei *Disability* o *Diversity Manager* a cui le imprese del settore privato fanno ricorso, perseguendo obiettivi tanto di benessere organizzativo per i propri dipendenti quanto reputazionali per se stesse.

Soccorre a questi fini la stessa definizione di «riutilizzo» dei dati contenuta nell'art. 2, c. 1, n. 2 del Regolamento, a mente della quale quest'attività consiste ne «l'utilizzo di dati in possesso di enti pubblici da parte di persone fisiche o giuridiche a fini commerciali o non commerciali *diversi dallo scopo iniziale nell'ambito dei compiti di servizio pubblico per i quali i dati sono stati prodotti*, fatta eccezione per lo scambio di dati tra enti pubblici esclusivamente in adempimento dei loro compiti di servizio pubblico».

Il legislatore europeo si propone come un regolatore che, superando la visione della condivisione dei dati[31] - esclusivamente o almeno principalmente - come una fonte di rischio per i diritti fondamentali dell'interessato, la considera invece come una opportunità per quest'ultimo e un vantaggio per il mercato[32], garantiti attraverso le previsione di meccanismi di trasparenza e di controllo.

Il *DGA*, infatti, non solo non pregiudica l'applicazione delle tutele in materia di protezione dei dati personali assicurati dal *GDPR*, ma in caso di conflitto, saranno le previsioni di quest'ultimo a prevalere (considerando n. 4). Così, per quanto concerne i dati c. d. sensibili, ad esempio quelli concernenti lo stato di salute dei lavoratori, troverà applicazione lo statuto protettivo definito dall'art. 9 del Regolamento generale sulla protezione dei dati. In particolare, viene in rilievo al riguardo la previsione del comma 2, lett. b) che consente il trattamento di tali dati personali «per assolvere gli obblighi ed esercitare i diritti specifici del titolare del trattamento o dell'interessato in materia di diritto del lavoro e della sicurezza sociale e protezione sociale», purché ciò avvenga sulla base di una previsione normativa autorizzatoria di fonte legale - di diritto dell'UE o nazionale – o negoziale (contratto collettivo) e siano previste garanzie appropriate per i diritti fondamentali e gli interessi dell'interessato[33]. D'altro canto, va pure menzionato che la disciplina sull'altruismo dei dati, basata sulla condivisione volontaria di dati personali da parte dagli

[31] Secondo la definizione riportata nell'art. 2, c. 1, n. 10 del *DGA* si tratta de «la fornitura di dati da un interessato o un titolare dei dati a un utente dei dati ai fini dell'utilizzo congiunto o individuale di tali dati, sulla base di accordi volontari o del diritto dell'Unione o nazionale, direttamente o tramite un intermediario, ad esempio nel quadro di licenze aperte o commerciali, dietro compenso o a titolo gratuito».

[32] Consolidando il cambio di paradigma delle politiche europee dalla *Data Protection* alla *Data Governance,* D. POLETTI, *Gli intermediari dei dati*, *op. cit.*, p. 46. In termini, anche S. BERGAMASCHI, *Il ruolo dei Dati nella trasformazione della Società*, in *Lavoro Diritti Europa*, 2022, n. 3.

[33] Ma v. anche le previsioni che legittimano il trattamento dei dati "sensibili" di cui alle lett. g), h) e j) dell'art. 9, comma 2.

interessati e sulle autorizzazioni all'uso dei dati non personali da parte dei titolari[34], è dettata dal *DGA* con riferimento al perseguimento di obiettivi tra cui si annoverano espressamente «il miglioramento della fornitura dei servizi pubblici, l'elaborazione delle politiche pubbliche» (art. 2, c. 1, n. 16). Infine, ogni problema può essere del tutto superato ricorrendo alle tecniche di spersonalizzazione dei dati[35], che perdono così la qualità che ne impone un trattamento limitato[36].

La banca dati del collocamento mirato e la piattaforma delle buone pratiche di inclusione lavorativa hanno attratto l'attenzione del Governo con grave ritardo, ma i tempi sono certamente maturi per avere piena consapevolezza che i dati così raccolti, e soprattutto il loro appropriato riutilizzo, possono costituire una risorsa preziosa - che non può, quindi, essere sprecata - a beneficio tanto delle politiche pubbliche quanto degli obiettivi di sviluppo economico correlati.

Un ruolo promozionale in tal senso – ad esempio, rispetto ad un intervento legislativo che introduca norme di adeguamento del *DGA in subiecta materia* - o almeno di monitoraggio, anche relativamente ai successivi provvedimenti amministrativi che dovranno essere adottati a integrazione delle Linee guida e per l'attuazione della Banca dati del collocamento mirato, potrebbe essere svolto dall'istituendo Garante nazionale delle disabilità, previsto dalla legge delega n. 227/2021 (art. 2, c. 2, lett. f) per il riassetto delle disposizioni vigenti in materia di disabilità[37]. La legge, adottata in attuazione del PNRR, che riconduce gli interventi in tale ambito tra le sue priorità trasversali[38], detta principi e criteri direttivi che riguardano, tra l'altro, la definizione, l'accertamento e la valutazione della disabilità, nonché l'informatizzazione dei processi valutativi e di archiviazione (ancora dati, quindi) e la riqualificazione dei servizi pubblici in materia di inclusione e accessibilità. Molte sono le aspettative riposte nell'attuazione di questa delega, che tuttavia non è priva di criticità, tra cui va segnalato il fatto che essa esclude il lavoro dal più ampio ridisegno delle regole dedicate alla disabilità[39], ma soprattutto ancora una volta si procede a rilento[40], invero troppo rispetto ai tempi accelerati dell'economia digitale.

---

[34] La definizione di «titolare dei dati» è una novità del *DGA*, che all'art. 2, c. 1, n. 8 lo qualifica come «una persona giuridica, compresi gli enti pubblici e le organizzazioni internazionali, o una persona fisica che non è l'interessato rispetto agli specifici dati in questione e che, conformemente al diritto dell'Unione o nazionale applicabile, ha il diritto di concedere l'accesso a determinati dati personali o dati non personali o di condividerli», mentre per la nozione di «interessato», l'art. 2, c. 1, n. 7 rinvia all'art. 4, punto 1, del regolamento (UE) 2016/679.

[35] Tali tecniche consistono nel rendere anonimi i dati (art. 2, punto 7, Direttiva 2019/1024/UE), oppure nel renderne impossibile l'attribuzione ad un interessato specifico senza ricorrere ad informazioni aggiuntive (pseudonimizzazione, art. 4, punto 5 *GDPR*), ovvero nel ricorre alla loro cifratura (art. 34, par. 3, lett. a, *GDPR*)

[36] Nello stesso senso A. TROJSI, *Sull'impatto giuslavoristico*, *op. cit.*, p. 286.

[37] Tra i primi commenti v. O. BONARDI, *Luci e ombre della nuova legge delega sulla disabilità*, in Italian Equality Network - https://www.italianequalitynetwork.it, 8 febbraio 2022.

[38] E. VIVALDI, *PNRR e disabilità: misure e interventi per l'attuazione del diritto alla vita indipendente*, in *Rivista Giuridica del Lavoro*, 2022, I, (4), p. 630 ss.

[39] L. CALAFÀ, U. GARGIULO, C. SPINELLI, *Introduzione* al tema *Riforme parallele e disequilibrio vita-lavoro*, in *Rivista Giuridica del Lavoro*, 2022, I, (4), p. 558 ss.

[40] Il termine per l'adozione dei decreti legislativi attuativi è stato prorogato al 15 marzo 2024 dal d.l. 29 dicembre 2022, n. 198 convertito dalla legge 24 febbraio 2023, n. 14.

Fascicolo numero 9

2023

19 aprile 2023