ISSN 1826-3534

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

23 MARZO 2022

federalismi.it

Fascicolo n. 9/2022

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

ISSN 1826-3534
Numero 9, 2022
Tutti i contributi, ad eccezione dell'editoriale di apertura, sono stati sottoposti a *double blind peer review*.

Direttore responsabile: Prof. Annamaria Poggi

Vice Direttore responsabile: Prof. Federica Fabrizzi

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

Redazione: dott. Federico Savastano (Redattore Capo); dott. Francesco Battaglia; Prof. Cristina Bertolino; Prof. Tanja Cerruti; dott. Caterina Domenicali; Prof. 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

- Lavoro, persona e tecnologia: riflessioni attorno alle garanzie e ai diritti costituzionali nella rivoluzione digitale, di *Annamaria Poggi* iv

SAGGI E ARTICOLI

- Il bilanciamento degli interessi in materia di concessioni balneari: quali spazi per il legislatore statale e per le autonomie?, di *Angela Cossiri* 1
- Riforma della giustizia penale e criteri di priorità nell'esercizio dell'azione, di *Giuseppe Monaco* .. 20
- La dicotomia individualismo *vs.* comunitarismo in azione: il caso della lungoresidenza sul territorio regionale quale requisito condizionante l'assegnazione degli alloggi di edilizia residenziale pubblica, di *Francesco Pallante* 36
- La proposta di legge sulle «Disposizioni in materia di morte volontaria medicalmente assistita»: una valutazione nella prospettiva costituzionale anche alla luce della sent. n. 50/2022, di *Giovanna Razzano* 53
- Stato d'emergenza, atti necessitati e ordinanze emergenziali. Alcune riflessioni a partire dalla sent. n. 198 del 2021, di *Beatrice Sboro* 70

FOCUS LAVORO, PERSONA, TECNOLOGIA

- Integrazione produttiva, rivoluzione digitale e diritto del lavoro, di *Ilario Alvino* 86
- Lavoro subordinato, tempi e luoghi digitali, di *Paola Bozzao* 106
- Professionalità, occupazione e tecnologia nella transizione digitale, di *Silvia Ciucciovino* 129
- Data Analytics, robot intelligenti e regolazione del lavoro, di *Michele Faioli* 149
- Il nuovo mercato del lavoro e il superamento delle diseguaglianze: l'impatto della digitalizzazione e del *remote working*, di *Arturo Maresca* 166
- Digitalizzazione e sicurezza sociale, di *Pasquale Sandulli* 180
- La digitalizzazione del lavoro: proposte europee e piste di ricerca, di *Tiziano Treu* 190

Lavoro, persona e tecnologia: riflessioni attorno alle garanzie e ai diritti costituzionali nella rivoluzione digitale

di Annamaria Poggi
Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico
Università degli Studi di Torino

1. A partire dall'odierno numero Federalismi inaugura un nuovo Focus che ospiterà riflessioni su uno dei temi classici dello Stato sociale - il lavoro - che nei tempi più recenti è sottoposto ad innovazioni a dir poco epocali - le tecnologie – che lo rendono un terreno denso di problematiche costituzionalistiche[1].

La digitalizzazione e la connessa smaterializzazione del lavoro umano sono infatti foriere, a cascata, di una serie di questioni cruciali per la riflessione giuspubblicistica: il conferimento dello status di lavoratore alla macchina intelligente; il dissolversi della distinzione tra lavoro subordinato lavoro autonomo e la conseguente necessità di ripensare gli strumenti previdenziali di cui all'art. 38, comma 2 Cost.; la trasformazione del rapporto lavoro/capitale e del connesso equilibrio su cui si regge l'impianto della costituzione economica; l'inadeguatezza degli attuali strumenti regolatori nazionali (legati e valevoli per un territorio che, sempre di più, non è sede del lavoro digitale) e al contempo l'incapacità, per incompetenza, di quella europei di sussidiare quella nazionali, per citare i più rilevanti.

Ad essere scalfiti da tali trasformazioni, inoltre, potrebbero essere anche architravi del diritto costituzionale, quali, tra tutti, il principio di uguaglianza. Klaus Schwab, fondatore e direttore esecutivo del World Economic Forum, definendo le innovazioni tecnologiche quali fondatrici della Quarta rivoluzione industriale, (*The Fourth Industrial revolution: what it means, how to respond*, World Economic Forum, 14 giugno 2016) aveva avvertito che non ci sarebbe stato un "periodo più promettente o potenzialmente pericoloso". Promettente in quanto a crescita economica (diminuzione dei costi di trasporto, efficientamento delle supply chain, apertura di nuovi mercati e crescita economica), pericoloso in quanto lo sconvolgimento dei mercati del lavoro potrebbe produrre "nuove disuguaglianze e fossilizzazione sui ruoli (bassa competenza/basso stipendio e alta competenza/alto stipendio) generanti tensioni sociali". Come la globalizzazione, in sostanza, la digitalizzazione innalza i livelli globali di reddito e in media

[1] Come dimostra il Seminario del 5 aprile p.v. "Regionalismo differenziato, PNRR e politiche del lavoro", organizzato da federalismi.it, CNEL e Commissione di certificazione di Roma Tre.

migliora la vita dei popoli, ma si lascia indietro una serie di scorie potenzialmente esplosive, soprattutto nei mercati interni.

Inoltre, similmente alle precedenti rivoluzioni, anche quella tecnologica del lavoro avrà un profondo impatto sulla vita delle persone, tra cui il principale sarà costituito dal tema del limite tra connessione/disconnessione. Nella vita privata tale limite costituisce una scelta individuale e non saperlo tracciare può condurre a fenomeni di dipendenza dalle tecnologie e disturbi di vario genere. Nel mondo del lavoro l'individuazione di quel limite diventa una scelta collettiva, attinente ad una nuova definizione di "orario di lavoro" oltre che di "posto di lavoro".

Insomma le questioni sono tante e spinose e i profili che interessano il diritto pubblico molteplici e si estendono anche alla dimensione europea, come testimoniano sia il *Next Generation Eu*, di cui la transizione digitale costituisce un asse portante, sia l'*European Pillar of social rights* che pur intervenendo su temi che si collocano al "confine" delle competenze UE (salario minimo, ad esempio) testimonia tuttavia l'attenzione della Commissione su questioni che potrebbero generare un autentico terremoto sociale e che, dunque, richiedono di essere analizzati e governati, sia, infine, l'Agenda sociale europea che ha sin'ora sospinto diverse iniziative delle istituzioni europee (la proposta di Direttiva sul lavoro mediante piattaforme digitali; la Risoluzione del Parlamento europeo, del 21 gennaio 2021, recante raccomandazioni alla Commissione sul diritto alla disconnessione…).

2. I contributi inseriti in questo nuovo Focus affrontano, ancora in maniera interlocutoria data l'estrema fluidità della materia, diverse problematiche tra quelle sopra evidenziate, quasi tutte a cavallo tra il diritto del lavoro ed il diritto costituzionale.

Le nozioni di "luoghi" e "tempi" del lavoro subordinato assolto con strumenti digitali[2], ad esempio, mettono alla prova categorie classiche non solo del diritto del lavoro, ma anche del diritto costituzionale, quale ad esempio l'idea che sia la legge a dover stabilire il tempo (art. 36). Idea che dovrà subire necessariamente una rivisitazione, poiché il mutamento delle modalità e delle condizioni di svolgimento della prestazione lavorativa (a volte in forma ibrida uomo/macchina, più per obiettivi che per tempi definiti di prestazione lavorativa in un luogo fisico determinato), come pure il cambiamento dei luoghi del lavoro (si può lavorare in qualunque posto purchè vi sia la connessione) e le relazioni tra datore di lavoro e lavoratore richiederanno probabilmente una maggiore incidenza della regolazione contrattata a cui si apriranno nuovi e consistenti spazi normativi che dovranno, in parte più o meno consistente a seconda del tipo di lavoro digitale, sostituire quelli precedenti. Ma forse la stessa idea della legge come momento di unificazione normativa dei lavori digitali potrebbe perdere consistenza a fronte della

[2] Su questo tema si sofferma il contributo di Paola Bozzao.

necessità di mutare e adattare frequentemente regole a nuove condizioni, dato il carattere composito e in continua evoluzione delle forme e dei tempi del lavoro digitale.

Ne è sicura esemplificazione la l. 61 del 2021, che pur avendo sancito il diritto alla disconnessione dalle strumentazioni e piattaforme tecnologiche, "nel rispetto degli eventuali accordi sottoscritti dalle parti e fatti salvi eventuali periodi di reperibilità concordati" si applica tuttavia ai soli lavoratori in modalità agile e con scadenza, quindi, il 31 marzo 2022. Non solo, ma l'evaporazione della nozione di subordinazione – destinata ad essere sostituita almeno in buona parte dalla capacità di autoorganizzazione del lavoratore digitale - renderebbe meno pregnante (e forse adeguata) la necessità di una normativa unitaria. Il che di per sé è già una mutazione di paradigma di notevoli proporzioni e porta con sé anche il tema, più radicale, della demarcazione tra vita privata e vita lavorativa alla luce del disposto costituzionale che fa del "riposo" un momento ineliminabile della dimensione complessiva della persona che lavora.

Altro aspetto cruciale, in qualche misura conseguente, riguarda la necessità di ripensare la formazione[3], cui la Costituzione dedica diverse norme e principalmente quella che richiede la sua finalizzazione all' "elevazione" dei lavoratori (art. 35). Necessità tanto più avvertita quanto più si diffonderanno forme di concorrenza (anche tra lavoratori) fondate sulla conoscenza di competenze digitali che già da qualche tempo costituisce un discrimine in molti lavori pubblici e privati. Se non si agirà per tempo con politiche pubbliche mirate, che comprendono per forza di cose anche la funzione dell'istruzione professionale (condivisa tra Stato e Regioni) i divari aumenteranno e si allargheranno trasversalmente, lasciando ai margini di interi mercati del lavoro coloro che per motivi diversi non hanno potuto acquisire le c.d. abilità abilitanti, che consentono, appunto, di inserirsi nei nuovi lavori.

Inutile dire che questo tipi di divari è destinato a colpire fasce di lavoratori che già presentano debolezze proprie (lavoratori anziani, donne…) e ciò dimostra ancora una volta, se ve ne fosse bisogno, che il tema dell'uguaglianza delle opportunità è cruciale nelle democrazie contemporanee non solo e non tanto come misura sociale, ma come misura di "cittadinanza" a tutto tondo.

Al momento, né nelle politiche nazionali, né in quelle regionali si intravedono i sintomi di una visione d'insieme di ciò che il nuovo mondo lavorativo richiederebbe. Il PNRR quasi incomprensibilmente, tralascia la questione quasi che la transizione digitale si possa compiere senza misure ed investimenti specifici, nell'ottica di una solitaria auto-formazione che, appunto, potrebbe null'altro che acuire disuguaglianze di origine. Allo stesso modo le Regioni non si stanno incamminando nella direzione del mutamento di prospettiva richiesto, che richiederebbe una trasformazione profonda di interi settori della formazione professionale.

[3] Su questo tema si sofferma il contributo di Silvia Cicciovino.

Altra possibile conseguenza è costituita dall'incidenza del diffondersi del lavoro digitale sul mercato del lavoro inteso come fonte contributiva di finanziamento delle prestazioni previdenziali pensionistiche[4]. Posto che la precettività di sostegno prevista nell'art. 38 Cost. comma 2 non può venire in discussione, potrebbe rendersi necessario pensare ad altre forme di finanziamento legate alla fiscalità il che pone, ovviamente, problemi di altro genere e tipo legati alle politiche sociali complessive dello Stato e alle eventuali priorità a fronte dell'esigenza di non aumentare ulteriormente il già alto debito pubblico.

Sotto altro profilo si intravede un altro fattore di grande impatto e cioè la frammentazione produttiva conseguente a tali processi[5]. Fenomeno questo già in atto da diversi anni che la rivoluzione digitale sta accelerando attraverso strumenti che spingono inevitabilmente nel senso della integrazione tra imprese diverse. Esso mentre può essere foriero di crescita di occupazione e/o miglioramento delle condizioni lavorative, se non governato adeguatamente, può altresì generare un'attenuazione delle tutele lavoristiche. In primo luogo un rischio di riduzione/diversificazione di trattamento economico tra imprese della stessa filiera che interroga il principio della giusta retribuzione contenuto nell'art. 36 Cost. In secondo luogo lo stesso effetto filiera – e il connesso spostamento dei centri decisionali - indebolisce, di per sé, lo strumento della rappresentanza sindacale, almeno per come essa è organizzata al momento.

Ma d'altro canto, a dimostrazione della complessità del fenomeno e della necessità di bilanciamento di fattori diversi, la libertà di organizzazione dell'impresa è anch'essa costituzionalmente garantita per cui il legislatore non può, ad esempio, vietare la de-localizzazione o la costruzione di filiere, mentre deve preoccuparsi che ciò non corroda le garanzie del lavoratore. Ma come?

Qui si rendono evidenti le doppie dimensioni costituzionali che discendono dal sistema di rappresentanza sindacale e di contrattazione collettiva che, per un verso, giustamente impediscono allo Stato (con la legge) di entrare assertivamente in ambiti lasciati appunto alla libera determinazione delle parti datoriali e della rappresentanza dei lavoratori, ma che, per altra parte scoprono di tutela gli stessi lavoratori quando le decisioni di organizzazione dell'azienda possono prescindere dal confronto con la rappresentanza sindacale.

Insomma il tema è complesso, ancor più in un sistema produttivo quale quello italiano in cui l'aggregazione imprenditoriale potrebbe salvaguardare un tessuto produttivo fatto di imprese piccole e piccolissime che rischiano di scomparire a fronte della globalizzazione e, allo stesso tempo la spinta verso tali aggregazioni porta alla luce l'incapacità della sola autonomia delle parti sociali di auto-regolare i reciproci rapporti a fronteggiare tali fenomeni.

[4] Su questo tema si sofferma il contributo di Pasquale Sandulli.
[5] Su questo tema si sofferma il contributo di Ilario Alvino.

Ritorna così il tema dell'attuazione dell'art. 39 Cost., che, oggi, a differenza di quanto accaduto in altri momenti della storia del Paese (il riferimento è alla nota vicenda della legge Vigorelli) deve trovare soluzioni diverse, anche allo scopo di rafforzare le stesse rappresentanze sindacali. Da tempo per la verità si sente l'esigenza di mettere mano alla materia in forza della proliferazione ormai incontrollata dei contratti nazionali di categoria (il CNEL ne ha censiti più di 900), che rende evidente una certa tendenza a diversificare in peggio i trattamenti previsti nei contratti collettivi firmati tra associazioni datoriali e associazioni sindacali più rappresentative.

Potrebbe essere questo il momento in cui tale rivisitazione prende forma e forza, anche in ragione degli ulteriori e profondi mutamenti che attraversano il mondo del lavoro alle prese con le innovazioni tecnologiche. Il lavoro digitale come pure quello svolto mediante sistemi robotici intelligenti può essere, infatti, sganciato da qualunque connotazione territoriale - unità produttive digitali interconnesse; lavori su piattaforme – che rende difficile collegare la protezione giuslavoristica al luogo in cui si svolge la prestazione.

In questi casi diventa cruciale interrogarsi su come rafforzare le funzioni negoziali delle rappresentanze aziendali[6] e come, al tempo stesso, tentare di definire in modo più unitario possibile la nozione di unità produttiva, in un'ottica che, sia chiaro, capovolge quella contenuta nello Statuto dei lavoratori e si dirige verso la prevalenza della forma digitale su quella fisica. Qui potrebbe tornare centrale l'esperienza tedesca, di cui peraltro si discusse molto in Assemblea costituente, di una compartecipazione dei lavoratori alle decisioni aziendali fondata su ciò che davvero accade nelle fabbriche tecnologiche, evitando approcci fordisti che per essere astrattamente egualitari prescindono dalla realtà che invece è proprio il motore di una corretta applicazione del principio di uguaglianza (situazioni uguali trattate in maniera eguale e situazioni diverse composte in misura diversa).

In ogni caso questo da ultimo evidenziato è uno dei terreni, come altri di cui si è accennato sopra, che ripropongono la questione centrale se le modifiche del mercato del lavoro indotte dalla digitalizzazione potranno o meno comportare un aumento/superamento delle diseguaglianze tra i lavoratori[7]. La risposta a tale domanda non è semplice e, soprattutto, non è univoca, poiché è impossibile offrire soluzioni se non analizzando molteplici prospettive, a causa della pervasività delle innovazioni tecnologiche che generano processi difficilmente circoscrivibili.

Un assaggio di tali difficoltà, ad esempio, riguarda le diverse considerazioni che potrebbero scaturire dall'analisi del mercato transnazionale e di quello interno. Quanto al primo è opinione comune che le diseguaglianze tra i lavoratori si siano ampliate a causa dell'aumento della domanda di lavoro collegata a

[6] Su questo tema si sofferma il contributo di Michele Faioli.
[7] Su questo tema si sofferma il contributo di Arturo Maresca.

produzioni delocalizzate. Nei mercati interni, al contrario, potrebbe prodursi una riduzione del lavoro e, dunque, una maggiore concorrenza tra i lavoratori che, tuttavia, come si è già osservato potrebbero partire per questa competizione da posizioni iniziali non propriamente eguali (si pensi alla formazione in primo luogo). Proseguendo su tale strada, ancora, la situazione del lavoro completamente remotizzato è suscettibile di esiti diversi in termini di uguaglianza avendo riguardo al mercato del lavoro nazionale o transnazionale nel quale operano. In altri termini, il lavoro digitale in remoto spinge comunque verso la concorrenza tra i lavoratori, causando la crisi delle regole lavoristiche che fondano la non derogabilità *territoriale* delle tutele.

Del resto la dimensione transnazionale delle questioni è difficilmente eliminabile da tutti i discorsi: soprattutto il quadro europeo[8] è destinato ad essere sempre più incidente sulle politiche sociali, a maggior ragione, dopo l'introduzione del Next generation Eu nei sistemi nazionali attraverso i Recovery. Ed è da tale quadro che, oltre alla parte propositiva e positiva dell'innovazione tecnologica sul lavoro – sempre che si risolvano contemporaneamente i problemi delle eguali tutele – che derivano anche talune problematiche, quale, ad esempio quella relativa alla gestione algoritmica del lavoro.

Come noto l'intelligenza artificiale, nelle varianti più evolute, fornisce indicazioni ai sistemi informatici che poi definiscono autonomamente le regole del proprio funzionamento, che a loro volta sono fondate su dati utilizzati per indirizzare il sistema. La modalità di sviluppo di tali regole è poco trasparente e poco controllabile.

Si tratta di questioni ad alto potenziale di opportunità/rischio che le istituzioni pubbliche devono essere in grado di maneggiare allo scopo di selezionare risposte adeguate. L'impiego degli algoritmi, infatti, riduce inevitabilmente il perimetro dell'intervento regolativo come tradizionalmente inteso e richiede, invece, di intervenire sull'altro terreno della logica di funzionamento dell'algoritmo stesso.

Anche in questo caso sono in gioco non solo singole tutele ma lo stesso principio del controllo umano sul lavoro: se sfugge tale controllo è evidente che perdono senso le attività regolatorie "umane".

Forse proprio la consapevolezza dell'enorme impatto di tali fenomeni sulla società nazionali sta spingendo le istituzioni europee alla ricerca di soluzioni condivise, pur nella consapevolezza che la qualificazione dei tipi di rapporto di lavoro è incontrovertibilmente ritenuta (anche dalla Corte di giustizia europea) di stretta competenza nazionale. Ciò che è in gioco, infatti, interessa non solo il c.d. modello sociale europeo (ancora in costruzione) ma altresì uno dei cardini della civiltà occidentale e cioè la priorità dei diritti fondamentali della persona rispetto ai fattori condizionanti la propria esistenza, come, appunto, la tecnologia.

[8] Sul quel si sofferma il contributo di Tiziano Treu.

3. Le sfide delineate nei contributi del Focus sono dunque essenziali per il futuro delle società rispetto al quale il costituzionalismo, quale processo di conquista di garanzie e di diritti, ha ancora molto da dire. Il terreno per la verità è già stato ben arato dai nostri Costituenti, come dimostra la sequenza di riferimenti tradotti in principi/valori/programmi riguardanti il lavoro e i lavoratori contenuti nei primi quattro articoli della Costituzione.

In proposito è bene rammentare, che il lavoro che compare all'art. 1 quale fondamento della Repubblica è il lavoro "in tutte le sue forme ed applicazioni" di cui all'art. 35 comma 1 e non è dunque prerogativa di una "classe" ma dell'intera società. È strumento di inclusione (di cittadinanza in senso sostanziale) e non di sola rivendicazione o di lotta. Verso tale interpretazione convergono (con adesioni di diversa intensità) quanti rammentano che la proposta di qualificare il nostro Paese quale "Repubblica di lavoratori" (proposta Basso-Amendola) fu superata da quella attuale che fonda la Repubblica sul lavoro. In tal modo, secondo i critici, il lavoro sarebbe divenuto un concetto multiforme (tutti i tipi possibili di lavoro, materiali e spirituali...), e avrebbe perso la sua pregnanza concettuale (di "lotta per") per sovrapporsi al diverso concetto di cui all'art. 2 Cost, divenendo in tal modo strumento di realizzazione della persona umana.

Oggi tuttavia quella sovrapposizione consente di offrire un ombrello di tutele anche a lavori (quali quello digitale) cui certamente i Costituenti non pensavano elaborando le norme in questione, ma che in quella nozione più ampia trovano riparo costituzionale. Insomma, se si esce dalla logica del lavoro come lavoro subordinato, la portata generale dell'art. 35, comma 1, ha una capacità contenitiva davvero notevole che giunge sino ad includere l'iniziativa economica privata di cui all'art. 41 con conseguenze di non poco conto con riguardo ai lavoratori digitali spesso definiti come imprenditori di sé stessi.

Non solo, ma la stessa norma offre riparo anche rispetto a quelle forme ibride di lavoro uomo/macchina in cui, appunto, la finalità della persona umana dovrebbe condurre il legislatore a preoccuparsi di garantire quest'ultima anche "contro" la tecnologia.

L'altro fattore da cui prendere l'abbrivio, sempre derivante dall'art.1 Cost. è il nesso profondo tra lavoro e democrazia, tra lavoro e possibilità per le persone di essere libere, di potersi autodeterminare rispetto ai fattori, positivi e negativi, delle proprie condizioni di vita e di potere, perciò, partecipare alla vita politica. La democrazia oltre a libertà è anche garanzia di condizioni materiali di vita che, appunto la rendono libera. Si tratta di un nesso, oggi più che mai, da ribadire con forza, tantopiù con riguardo alle nuove generazioni che potrebbero cadere nel vuoto della forbice che si allarga tra elevata specializzazione e bassa o carente specializzazione. Qui il compito della Repubblica (nella istruzione e formazione al lavoro, anzitutto) non può venire meno, se, appunto, essa ancora si concepisce come democratica.

Se poi allarghiamo il perimetro e andiamo oltre i principi fondamentali, di lavoro si parla in ben altre 12 norme costituzionali (35; 36; 37; 38; 39; 43; 46; 51; 52; 99; 117; 120) e in 23 commi a misura della sua rilevanza nell'intelaiatura costituzionale. Se poi, ancora, allarghiamo ulteriormente il perimetro la stessa costruzione (ancora in corso) delle Comunità economiche prima e dell'Unione dopo ha visto nella mobilità del lavoro e dei lavoratori un principio fondante di integrazione e di inclusione. E che oggi tenta di attualizzare quei principi di integrazione rispondendo alle sfide della tecnologia, verso la direzione di principi di garanzia ad ampio spettro territoriale.

Oggi molti di tali principi ed aspirazioni ci paiono se non persi certamente più lontani di qualche tempo fa e la realtà ci mostra uno spaccato che, soprattutto con riguardo alle nuove generazioni, parrebbe non preludere ad un futuro migliore. Motivo in più per continuare, come giuristi, a pensare e indicare strade e percorsi di riattualizzazione dei principi costituzionali.

Il bilanciamento degli interessi in materia di concessioni balneari: quali spazi per il legislatore statale e per le autonomie?*

di Angela Cossiri
Professore associato di Diritto costituzionale
Università degli Studi di Macerata

Abstract [It]: L'articolo analizza lo scenario che si prefigura per il legislatore e le autonomie locali dopo le due sentenze gemelle dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato di novembre 2021. Esse – attraverso l'applicazione dello schema consolidato del rapporto tra fonti – sembrano aver riallineato il diritto interno a quello Ue. Ad avviso dell'Autrice, il diritto Ue non preclude l'auspicata riforma legislativa statale capace di garantire un bilanciamento tra i molti interessi fondamentali implicati, nell'ottica di promuovere lo sviluppo sostenibile del patrimonio costiero. Una rilettura sistematica della giurisprudenza costituzionale che si è formata in materia, a partire dagli anni duemila, consente di mettere a fuoco anche non trascurabili spazi di intervento per i legislatori regionali. Infine, le pubbliche amministrazioni, anche a legislazione invariata, potranno tenere conto del decalogo di indicazioni fornite dal Consiglio di Stato per bilanciare gli interessi nella fase delle procedure di selezione pubblica per l'affidamento delle concessioni a scopo turistico-ricreativo.

Title: The balancing of interests in the matter of beach concessions: which spaces for the state legislator and which for the territorial authorities?
Abstract [En]: The article analyses the scenario for the Italian legislator and public administrations after the decision of the Council of State: through the application of the consolidated scheme of the relationship between sources of law, it realigned domestic law to the EU. In the author's opinion, EU law does not preclude a reform of the legal framework ensuring a balance between the many fundamental interests involved and allowing sustainable development of the coastal heritage. The analysis of the constitutional case-law permits a focus on spaces for regional legislators. Finally, public administrations – even with unchanged legislation – will be able to consider the suggestions provided by the Council of State to balance interests in public selection procedures.

Parole chiave: demanio, turismo, direttiva servizi, concessioni demaniali marittime, concorrenza
Keywords: beach concessions, services directive, coast, competition, tourism

Sommario: **1.** Spazi (e urgenze) per il legislatore statale. **2.** Spazi per i legislatori regionali. **2.1.** La concorrenza e gli altri interessi nell'analisi sincronica della giurisprudenza costituzionale. **2.2.** Analisi diacronica della giurisprudenza costituzionale. **3.** Indicazioni per le pubbliche amministrazioni. **4.** Osservazioni conclusive.

* Articolo sottoposto a referaggio. Il saggio è stato realizzato nell'ambito del progetto "*COSTE. Le concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo: alla ricerca di soluzioni giuridico-istituzionali scientificamente validabili e concretamente percorribili in un settore strategico per lo sviluppo locale e nazionale*" del Centro di studi costituzionali dell'Università di Macerata. Il lavoro è stato chiuso l'8 febbraio 2022.

1. Spazi (e urgenze) per il legislatore statale

Le pronunce dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato del 3 novembre 2021 sulle concessioni demaniali marittime[1] applicano lo schema consolidato dei rapporti tra diritto Ue e diritto interno[2]. L'Unione europea non ha competenza in materia di proprietà o di beni pubblici, la cui disciplina rientra nella competenza degli Stati[3]. Tuttavia, in Italia la concessione demaniale marittima a scopo turistico-ricreativo attribuisce in via esclusiva e temporaneamente il diritto di svolgere nello spazio pubblico un'attività economica, dietro corresponsione all'erario di un canone concessorio. Per questa ragione, il diritto Ue impone che le concessioni di spiaggia vengano rilasciate all'esito di una procedura di selezione accessibile a tutti gli interessati, vietando allo Stato di adottare proroghe *ex lege* ai concessionari in essere[4]**.** Attraverso le due pronunce in esame, l'ordinamento italiano si allinea a quanto stabilito dalla Corte di

[1] Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, sentt. nn. 17 e 18/2021, pubblicate il 9 novembre 2021 sui ricorsi R.G. nn. 14 e 13.

[2] Il dovere di non applicazione da parte della P.A. del diritto interno in contrasto con il diritto Ue (nei limiti in cui esso sia autoapplicativo) è un approdo consolidato nell'ambito della giurisprudenza europea e nazionale. Cfr. Consiglio di Stato, sent. n. 452/1991, F.lli Costanzo; Corte cost., sent. n. 389/1989 (cfr. G. GRASSO, *La disapplicazione della norma interna contrastante con le sentenze della Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, in *Giustizia civile*, n. 2, 2017, p. 525 ss.).

[3] Non esistendo una competenza dell'Unione europea sul regime della proprietà né, in particolare, di quella demaniale, ciascuno dei Paesi membri rivieraschi ha realizzato un proprio differente sistema di attribuzione degli atti abilitativi di uso degli spazi pubblici, che in molti casi non è incappato nell'incompatibilità con i parametri di diritto Ue. Per approfondimenti, si veda G. CERRINA FERONI, *La gestione del demanio costiero. Un'analisi comparata in Europa*, in *federalismi.it*, n. 4, 2020, p. 21 ss., che raffronta le esperienze spagnola, portoghese, francese e greca, e A. MONICA, *Le concessioni demaniali marittime in fuga dalla concorrenza*, in *Rivista italiana diritto pubblico comunitario*, n. 2, 2013, p. 437 ss. Sulla disciplina italiana, in prospettiva costituzionalistica, si rinvia a M. ESPOSITO, *I fondamenti costituzionali del demanio*, Giappichelli, Torino, 2018.

[4] L'ultima proroga dell'efficacia delle concessioni demaniali marittime è stata disposta dall'art. 1, cc. 682 e 683, della l. n. 145 del 30 dicembre del 2018 (legge di bilancio 2019), cui ha fatto seguito il d.l. 34 del 19 maggio 2020 (cd. decreto "rilancio"), convertito in legge n. 77 del 2020, recante misure in materia di salute e politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19: in ragione dell'emergenza sanitaria, esso ha confermato la validità e l'efficacia della proroga, già disposta, fino al 2033. La giustificazione della nuova proroga, basata genericamente sull'emergenza sanitaria, ha impedito al giudice amministrativo un apprezzamento diverso: anzi, il giudice ha ritenuto il provvedimento normativo «disfunzionale» all'obiettivo dichiarato dal legislatore del «contenimento delle conseguenze economiche prodotte dall'emergenza epidemiologica» (par. 28 della sentenza). Differente valutazione poteva aversi ove il legislatore avesse disegnato una traiettoria tempisticamente ragionevole in funzione dell'esigenza di ammortizzare gli ulteriori investimenti effettuati dai concessionari di spiaggia per l'adeguamento delle strutture al contenimento del contagio. Critiche alla proroga delle concessioni mediante questo provvedimento sono state espresse in dottrina da E. CAVALIERI, *Le misure a sostegno della cultura e del turismo nella seconda fase dell'emergenza sanitaria*, in *Giornale Dir. Amm.*, n. 1, 2021. Cfr., più in generale, A. LAZZARO, *Le concessioni demaniali marittime tra principi comunitari e ordinamento interno: gli attuali sviluppi normativi e giurisprudenziali. Quali prospettive?*, in *Il diritto marittimo*, n. 1, 2021, p. 21; S. TRANCOSSI, *La sentenza 118/2018 della Corte costituzionale: tra tutela della concorrenza e confini di competenza in materia di concessioni demaniali marittime*, in *Il diritto marittimo*, n. 2, 2019, p. 320. Ricostruiscono la vicenda anche S. GOBBATO, *Ten Years of State Beach Concession in Italy*, in *European Procurement & Pub. Private Partnership Law Review*, n. 13, 2018; A. GIANNACCARI, *The Italian Marine Concessions: A History of Defective Competition*, in *Mercato Concorrenza Regole*, n. 2, 2021, pp. 307-341; J. WOLSWINKEL, *Concession Meets Authorisation*, in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, n. 4, 2017, pp. 396-407; F. PRADA, *Proroga* ex lege *della durata delle concessioni demaniali marittime: tra diritto europeo e nazionale*, in *Rivista italiana di diritto del turismo*, n. 22, 2018, pp. 45-90.

giustizia[5] nella sentenza *Promoimpresa* del 2016[6] e a quanto sostenuto dalla Commissione europea nella lettera di messa in mora del 3 dicembre 2020[7], rimasta senza ufficiale seguito e, dunque, presumibilmente ancora oggetto di interlocuzione istituzionale nel momento in cui si scrive[8].

In particolare, secondo il giudice amministrativo italiano, la proroga contrasta sia con l'art. 49 TFUE, che vieta agli Stati membri di adottare restrizioni alla libertà di stabilimento, sia con l'art. 12 della direttiva "servizi", che impone procedure trasparenti di selezione[9]. Il Consiglio di Stato perviene alla conclusione, sostenendo la sussistenza sia dell'interesse transfrontaliero, requisito necessario per rientrare nell'ambito di applicazione della prima disposizione, sia della scarsità delle risorse naturali, presupposto per rientrare nell'ambito di applicazione della seconda disposizione, che riguarda anche situazioni puramente interne[10].

---

[5] Sull'allineamento attraverso le decisioni del Consiglio di Stato al diritto Ue, molto interessante appare il commento di E. CANNIZZARO, *Demanio marittimo. Effetti* in malam partem *di direttive europee? In margine alle sentenze 17 e 18/2021 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, in *Giustizia Insieme*, 30 dicembre 2021. L'Autore sostiene che il Consiglio di Stato abbia adottato una soluzione innovativa non inclusa nella sentenza *Promoimpresa* e consistente nel riconoscimento di effetti diretti *in malam partem*, facendo ricadere sui concessionari le conseguenze pregiudizievoli della mancata attuazione della direttiva da parte dello Stato. L'adozione di tali soluzioni, senza promuovere un rinvio pregiudiziale, «potrebbe indebolire l'autorità formale e l'autorevolezza sostanziale del suo principio di diritto». Tra i primi commenti alle sentenze gemelle, si veda anche R. CAROCCIA, *Maritime Concessions in Italy: The New Perspective After the Twin Rulings of the Council of State*, Slovak Yearbook of European Union Law, Vol. 1, 2021, pp. 59-80.

[6] CGUE, V Sez., sent. *Promoimpresa e Melis*, 14 luglio 2016, C-458/14 e C-67/15. Su cui L. DI GIOVANNI, *Le concessioni demaniali marittime e il divieto di proroga* ex lege, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n. 3-4, 2016, pp. 912-926; V. SQUARATTI, *L'accesso al mercato delle concessioni delle aree demaniali delle coste marittime e lacustri tra tutela dell'investimento ed interesse transfrontaliero certo*, in *European Papers*, n. 2, 2017, pp. 767 ss.; M. MAGRI, *Direttiva Bolkestein e legittimo affidamento dell'impresa turistico balneare: verso una importante decisione della Corte di giustizia U.E.*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, n. 4, 2016, pp. 359 ss.; F. SANCHINI, *Le concessioni demaniali marittime a scopo turistico-ricreativo tra meccanismi normativi di proroga e tutela dei principi europei di libera competizione economica: profili evolutivi alla luce della pronuncia della Corte di Giustizia resa sul caso Promoimpresa v. Melis*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, n. 2, 2016, p. 182 ss.

[7] V. C(2020)7826 def.

[8] L'intricata vicenda delle concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali a scopo di impresa turistica e ricreativa prende avvio oltre un decennio orsono. La disciplina italiana della materia ha prodotto una selva di conflitti tutt'ora in gran parte irrisolti, che hanno coinvolto lo Stato, l'Unione europea, le regioni, gli enti locali e le imprese balneari. La tematica è stata affrontata da differenti prospettive scientifiche che ne evidenziano l'ineludibile complessità. Tra i più recenti contributi, si vedano M. CONTICELLI, *Il regime del demanio marittimo in concessione per finalità turistico-ricreative*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 4, 2020, p. 1069 ss.; A. GIANNACCARI, *Stessa spiaggia, stesso mare. Di concessioni demaniali marittime e (assenza di) concorrenza*, in *Mercato Concorrenza Regole*, n. 2, 2021, p. 307 ss.; R. ROLLI, D. GRANATA, *Concessioni demaniali marittime: la tutela della concorrenza quale Nemesi del legittimo affidamento*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, n. 5, 2021, p. 1624 ss.; G. SORRENTINO, *L'insostenibile proroga delle concessioni del demanio marittimo tra tutela della concorrenza ed esigenze di ripartenza*, in *amministrativamente.com*, n. 2, 2021; N. ROMANA, *Alcune osservazioni su recenti provvedimenti legislativi in tema di concessioni demaniali per finalità turistico-ricreative*, in *Rivista di diritto dell'economia, dei trasporti e dell'ambiente*, n. 19, 2021, pp. 35-48; C. TINCANI, *L'illegittimità costituzionale della proroga delle concessioni demaniali marittime stabilita dalla Regione Liguria*, in *Rivista italiana di diritto del turismo,* n. 28, 1, 2020, pp. 48-70; F. MAZZONI, *Le spiagge italiane e le concessioni demaniali marittime tra normativa interna e principi comunitari: la tela di Penelope,* in *Munus,* n. 1, 2020, pp. 175-205.

[9] Sull'effetto diretto della direttiva, v. M. MANFREDI, *L'efficacia diretta della "direttiva servizi" e la sua attuazione da parte della pubblica amministrazione italiana: il caso delle concessioni balneari*, in *JUS*, n. 1, 2021, pp. 63-78.

[10] Per l'applicazione anche a situazioni puramente interne della disciplina in esame, cfr. CGUE, Grande Sezione, sentenza 30 gennaio 2018, nelle cause riunite C-360/15 e C-31/16. Per approfondimenti su questa complessa, ma ineludibile tematica, v. M.E. BARTOLONI, *Ambito d'applicazione del diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali. Una questione aperta*, ESI, Napoli, 2018. Con riferimento allo specifico settore della libertà di stabilimento, v. E. FAUSTINELLI, *Purely Internal Situations and the Freedom of Establishment Within the Context of the Services Directive,* in *Legal Issues of Economic Integration*, Vol. 44, n. 1, 2017, pp. 77-93.

L'interesse transfrontaliero e la scarsità delle risorse emergono dall'intreccio di accertamenti di fatto e qualificazioni giuridiche: ne deriva che quanto stabilito dalle pronunce vale ad escludere la legittimità e l'efficacia della proroga disposta dal legislatore interno, tanto in funzione nomofilattica per i giudici, quanto quale bussola - finalmente certa - per le amministrazioni locali.

Si tratta di un accertamento che il legislatore interno competente potrebbe senz'altro riesaminare, usando responsabilmente la propria discrezionalità, nel contesto di una riforma del sistema di attribuzioni delle concessioni che sia compatibile con il diritto Ue o, addirittura, estranea al suo ambito di applicazione. Il legislatore statale potrebbe, infatti, ripensare integralmente il sistema di gestione e attribuzione di questi spazi pubblici, sottraendolo dalla disponibilità esclusiva di una impresa privata e dunque alle regole del mercato, creando nuovi modelli gestori che coinvolgano ad esempio le comunità civiche, gli enti locali o che riportino sotto l'egida pubblica questo servizio. Non sono mancate riflessioni e proposte della dottrina che hanno tentato di valorizzare la natura "comune" dei beni concessi in uso[11].

Tuttavia, anche volendo restare nella cornice attuale dell'integrale devoluzione del settore al mercato come sembra prefigurarsi, almeno tre sembrano essere gli aspetti sui quali il legislatore statale potrebbe intervenire.

In primo luogo, la Corte di giustizia ammette una valutazione caso per caso dell'interesse transfrontaliero, in funzione dell'importanza economica, del luogo e delle caratteristiche della singola concessione[12]. Per contro, il Consiglio di Stato valuta l'interesse dall'estero in termini generali, considerando l'appetibilità dell'intero patrimonio costiero italiano[13]: un settore così nevralgico per l'economia del Paese, secondo il

[11] Cfr., tra gli altri, A. LUCARELLI, *Il nodo delle concessioni demaniali marittime tra non attuazione della Bolkestein, regola della concorrenza ed insorgere della nuova categoria "giuridica" dei beni comuni (Nota a C. cost., sentenza n. 1/2019)*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1, 2019; ID., *La democrazia dei beni comuni. Nuove frontiere del diritto pubblico*, Laterza, Roma, 2013; M.C. GIRARDI, *Principi costituzionali e proprietà pubblica. Le concessioni demaniali marittime tra ordinamento europeo e ordinamento interno*, in *Diritto pubblico europeo, Rassegna on line,* n. 1, 2019; A. LUCARELLI, L. LONGHI, *Le concessioni demaniali marittime e la democratizzazione della regola della concorrenza*, in *Giur. Cost.*, n. 3, 2018, pp. 1251-1257; L. LONGHI, *Concessioni demaniali marittime e utilità sociale della valorizzazione del patrimonio costiero*, in *Rivista della Corte dei conti*, n. 1, 2019, p. 184; da ultimo, A. LUCARELLI, B. DE MARIA, M.C. GIRARDI (a cura di), *Governo e gestione delle concessioni demaniali marittime. Principi costituzionali, beni pubblici e concorrenza tra ordinamento europeo e ordinamento interno*, in *Quaderni della Rassegna di diritto pubblico europeo*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, n. 7, 2021.

[12] Par. 66 ss. della sent. *Promoimpres*a, cit.: «Per quanto riguarda, anzitutto, l'esistenza di un interesse transfrontaliero certo, occorre ricordare che quest'ultimo deve essere valutato sulla base di tutti i criteri rilevanti, quali l'importanza economica dell'appalto, il luogo della sua esecuzione o le sue caratteristiche tecniche, tenendo conto delle caratteristiche proprie dell'appalto in questione (v., in tal senso, sentenze del 14 novembre 2013, *Belgacom*, C-221/12, EU:C:2013:736, punto 29 e giurisprudenza ivi citata, nonché del 17 dicembre 2015, *UNIS e Beaudout Père et Fils*, C-25/14 e C-26/14, EU:C:2015:821, punto 30)». La Corte di giustizia, nella pronuncia, rileva differenze tra i due casi al suo esame, *Promoimpresa e Melis*.

[13] Par. 16: «la p.a. mette a disposizione dei privati concessionari un complesso di beni demaniali che, valutati unitariamente e complessivamente, costituiscono uno dei patrimoni naturalistici (in termini di coste, laghi e fiumi e connesse aree marittime, lacuali o fluviali) più rinomati e attrattivi del mondo. Basti pensare che il giro d'affari stimato del settore si aggira intorno ai quindici miliardi di euro all'anno […]. L'attrattiva economica è aumentata dall'ampia possibilità di ricorrere alla sub-concessione» utilizzabile in via generalizzata e senza limiti temporali dal 2001. La possibilità di sub-concessione dimostra anche una inadeguatezza dell'importo dei canoni concessori, che consentono in

giudice interno, non può essere sottratto al mercato e alla libera competizione economica in forza di parametri costituzionali e di principi europei (concorrenza e libera circolazione)[14]. Posto che il limite in termini generali e automatici non deriva dalle richieste del diritto Ue, si apre qui uno spazio di valutazione discrezionale per il bilanciamento tra interessi che compete al legislatore interno di livello statale e che trova i suoi naturali limiti negli ordinari vincoli costituzionali.

Quanto alla scarsità delle risorse naturali, andrebbe tenuta in conto sia la quantità del bene disponibile – opportunamente valutata dal Consiglio di Stato allo stato attuale, alla luce dei dati disponibili, sebbene incerti e incompleti –, sia la sua qualità, nell'ottica della domanda che esso è in grado di generare da parte di potenziali concorrenti. Da questo punto di vista, si auspica che un utile contributo chiarificatore arrivi dalla mappatura delle concessioni, la quale sembra costituire un ineludibile punto di partenza per qualsiasi ragionamento: il disegno di legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021[15], presentato in Parlamento il 3 dicembre 2021, delega il Governo ad adottare entro sei mesi dall'entrata in vigore della legge, un decreto legislativo per la costituzione di un sistema informativo di rilevazione permanente delle concessioni di uso esclusivo di beni comuni a soggetti privati o pubblici. Questo censimento generale, sinora mai realizzato, ha l'obiettivo di garantire trasparenza nei rapporti concessori e adeguata redditività al patrimonio pubblico, ma potrebbe consentire anche di fotografare la disomogeneità delle situazioni, nell'ottica di una riforma che ad esempio possa ragionevolmente tener conto delle differenze territoriali, imprenditoriali e dei sistemi socio-economici locali.

Il legislatore interno potrebbe, dunque, introdurre per via normativa criteri generali conformi alle indicazioni promananti dall'ordinamento Ue, al fine di rilevare caso per caso la sussistenza sia dell'interesse transfrontaliero, che della scarsità di risorsa naturale disponibile: ove entrambi questi

---

alcuni casi al privato un margine lucrativo evidentemente sproporzionato. È questo un altro punto che chiama il legislatore ad un intervento regolatorio. Prosegue la sentenza: «né si può sminuire l'importanza e la potenzialità economica del patrimonio costiero nazionale attraverso un artificioso frazionamento del medesimo, nel tentativo di valutare l'interesse transfrontaliero rispetto alle singole aree demaniali date in concessione. Una simile parcellizzazione, oltre a snaturare l'indiscutibile unitarietà del settore, si porrebbe in contrasto, peraltro, con le stesse previsioni legislative nazionali (che, quando hanno previsto le proroghe, lo hanno sempre fatto indistintamente e per tutti, non con riferimento alle singole concessioni all'esito di una valutazione caso per caso) e, soprattutto, darebbe luogo ad ingiustificabili ed apodittiche disparità di trattamento, consentendo solo per alcuni (e non per altri) la sopravvivenza del regime della proroga *ex lege*».

[14] Sul tema dell'interesse fondamentale alla concorrenza si vedano, *ex multis*, G. AMATO, *Corte Costituzionale e concorrenza*, in *Mercato concorrenza regole*, n. 3, 2017; A. MORRONE, *La concorrenza tra Unione Europea, Stato e Regioni*, in M. AINIS e G. PITRUZZELLA (a cura di), *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, Bari, Laterza, 2019; F. TRIMARCHI BANFI, *La tutela della concorrenza nella giurisprudenza costituzionale. Questioni di competenza e questioni di sostanza*, in *Diritto pubblico*, n. 2, 2020, pp. 595-620; ID., *Il "principio di concorrenza": proprietà e fondamento*, in *Diritto amministrativo*, nn. 1-2, 2013, p. 15; ID., *Ragionevolezza e bilanciamento nell'attuazione dei principi costituzionali. Il principio di concorrenza nei giudizi in via principale*, in *Diritto amministrativo*, n. 4, 2015, p. 623 ss.; ID., *La tutela della concorrenza nella giurisprudenza costituzionale. Questioni di competenza e questioni di sostanza*, in *Diritto pubblico,* n. 2, 2020, p. 595; R. BIN, *Il governo delle politiche pubbliche tra Costituzione ed interpretazione del giudice costituzionale*, in *Le Regioni*, n. 3, 2013, p. 509 ss.

[15] Disegno di legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021 (ai sensi dell'articolo 47, della legge 23 luglio 2009, n. 99), art. 2, approvato dal Consiglio dei Ministri il 4 novembre 2021.

elementi mancassero, infatti, si uscirebbe dall'ambito di applicazione del diritto Ue e non vi sarebbe alcun obbligo di selezione pubblica del concessionario imposto dall'ordinamento esterno. Vi sarebbe da considerare solo il bilanciamento degli interessi fondamentali richiesto dal quadro costituzionale.

Infine, il diritto dell'Unione non chiede al legislatore interno di assolutizzare la concorrenza, sacrificando integralmente ogni altro interesse: anche in ambito Ue essa è solo uno tra i molti interessi fondamentali implicati nella fattispecie. Ciò emerge sia dai Considerando della direttiva "servizi", sia dal par. 3 dell'art. 12[16]. Il richiamo ai "motivi imperativi di interesse generale conformi al diritto Ue", clausola oggetto di interpretazione da parte della Corte di giustizia e – come si vedrà in seguito – anche della Corte costituzionale, apre uno spazio tutt'altro che ridotto in cui potrebbe esplicarsi la discrezionalità legislativa. Il compito del legislatore è dunque quello di trovare un adeguato bilanciamento, sia alla stregua dei parametri di legittimità domestici, che di quelli euro-unitari. Come la Corte costituzionale ha ripetutamente affermato (si veda il paragrafo successivo), qualsiasi intervento destinato a limitare la concorrenza rientra nella esclusiva competenza statale emergente dall'art. 117, comma 2, lett. e), Cost. ed è precluso al legislatore regionale (da ultimo, sent. n. 139 del 2021).

Se questi sono alcuni dei margini di apprezzamento che potrebbero aprirsi per il legislatore interno che volesse intervenire con una riforma non in contrasto con il diritto Ue, ci sono comunque alcune urgenze ineludibili sul tavolo del Governo, che richiederanno interventi puntuali, ma in tempi assai rapidi.

La prima riguarda la necessità di ottenere l'archiviazione della procedura di infrazione pendente da oltre un anno, prima della formulazione del parere motivato: è presumibile, infatti, che la Commissione europea non si accontenti di un allineamento per via giurisprudenziale, ma pretenda un atto normativo che sancisca con efficacia *erga omnes* la prevalenza del diritto dell'Unione europea sul diritto interno. Un intervento che si limiti a riconoscere il primato del diritto Ue, almeno nei termini in cui esso è già emerso nella giurisprudenza amministrativa, potrebbe essere adottato subito anche attraverso un decreto-legge. Ma non sembra essere questa la strada intrapresa al momento dal Governo.

La seconda urgenza riguarda la questione dell'entità e riscossone dei canoni concessori. L'indagine della Corte dei conti, giunta al termine con la delibera del 21 dicembre 2021[17], richiede di assicurare all'erario una gestione efficiente del patrimonio costiero, posto che le entrate prodotte risultano ancora inferiori alle previsioni di competenza, anche in ragione di inefficienze gestionali dei dati; si prospetta, inoltre,

[16] I. MALETIC, *Servicing the Internal Market: The Contribution of Positive Harmonization Through the Services Directive and Its Interaction with Negative Integration*, in *Legal Issues of Economic Integration*, Vol. 48, n. 3, 2021; A. USAI, *The Implementation of the EU Services Directive Transposition, Problems and Strategies,* U. Stelkens, W. Weiß, M. Mirschberger (edited by), The Hague, TMC Asse, Vol. 52, n. 3, 2015, pp. 870-872; M.R. BOTMAN, *The EU Services Directive - Law or Simply Policy?,* by M. Wiberg, Vienna, Springer, 2014, in *Common Market Law Review*, n. 1, 2017.

[17] Cfr. deliberazione n. 20/2021/G di approvazione, con le indicazioni formulate, della Relazione *La gestione delle entrate derivanti dai beni demaniali marittimi*, frutto dell'indagine avviata nel 2018, disponibile in cortedeiconti.it.

l'opportunità di una revisione dell'entità dei canoni correlata alla redditività potenziale delle aree concesse. La possibilità incondizionata di sub-concessione dimostra in sé stessa la sussistenza, almeno in alcuni casi, di margini di guadagno ultronei e sproporzionati, che dovrebbero essere recuperati. Il documento, oltre a indicare una serie di misure tecniche di potenziamento della redditività erariale dei beni demaniali, ripropone anche la valorizzazione di modelli di gestione dei beni mediante ricorso a formule di partenariato pubblico-privato, già indicati nella legge di bilancio 2019, come principi ispiratori di una futura riforma.

Una terza priorità dovrebbe essere quella di chiudere la partita dei concessionari prorogati fino al 2033 in forza di sentenza o provvedimento amministrativo, che potrebbero risultare non vincitori delle procedure di selezione pubblica (ove decidessero di partecipare e perdessero la concessione precedentemente detenuta). La questione ha ad oggetto la liquidazione al precedente concessionario, da parte del subentrante, dei ratei di ammortamento residui degli investimenti effettuati, a valle della gara. Secondo il diritto Ue, un legittimo affidamento può sorgere solo se siano state fornite all'interessato dall'amministrazione rassicurazioni precise, incondizionate e concordanti, provenienti da fonti autorizzate ed affidabili, idonee a generare fondate aspettative nel soggetto cui si rivolgono. Secondo la sent. della CGUE, 14 ottobre 2010, C-67/09, «qualora un operatore economico prudente e accorto sia in grado di prevedere l'adozione di un provvedimento idoneo a ledere i suoi interessi, egli non può invocare il beneficio della tutela del legittimo affidamento nel caso in cui detto provvedimento venga adottato». Le pronunce del Consiglio di Stato affrontano la questione del legittimo affidamento per gli investimenti effettuati in termini ambigui: se nella prima parte delle motivazioni viene affermato che le condizioni richieste per il legittimo affidamento non sussistono «nella materia in esame», nel prosieguo si ammette che i bandi di gara potranno riconoscere un indennizzo[18], ove il titolare uscente possa dimostrare di aver effettuato investimenti, aspettandosi legittimamente il rinnovo della propria autorizzazione. L'argomentazione sulla base della quale si esclude il legittimo affidamento valorizza quali elementi informativi sufficienti per l'operatore economico i precedenti del Consiglio di Stato (del 2005 e 2007), la procedura di infrazione del 2008, chiusa nel 2012, in ragione di una promessa di riforma rimasta disattesa, e alcune sentenze della Corte costituzionale che, tra il 2010 e il 2011, hanno annullato leggi regionali istitutive di proroghe, rilevandone il contrasto con l'art. 117, c. 1, Cost. per il tramite del parametro interposto costituito dal diritto Ue. La sentenza omette, però, di considerare che nell'ultimo decennio numerosi sono stati gli interventi legislativi, sia statali che regionali introduttivi di proroghe, in forza delle

[18] Sul tema dell'indennizzo, che può costituire un ostacolo all'ingresso di nuovi operatori nel mercato di riferimento, si è pronunciata anche la Corte costituzionale. Si vedano, tra le altre, le sentt. nn. 40/2017, 109/2018 e 222/2020. In letteratura, cfr. M. CONTICELLI, *Effetti e paradossi dell'inerzia del legislatore statale nel conformare la disciplina delle concessioni di demanio marittimo per finalità turistico-ricreative al diritto europeo della concorrenza*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 5, 2020, p. 2475 ss.

quali i concessionari hanno ottenuto sia sentenze definitive favorevoli, che provvedimenti amministrativi di rinnovo delle concessioni.

Oltre al legittimo affidamento per gli investimenti, le associazioni di categoria sembrano porre anche l'ulteriore questione del valore immateriale dell'azienda - il cd. avviamento -, ammesso che questo sia calcolabile in via autonoma rispetto alla collocazione in una specifica area demaniale. Non è possibile in questa sede affrontare un profilo giuridico che intreccia questioni amministrativistiche, civilistiche e di diritto commerciale piuttosto sofisticate. Quel che merita di essere rilevato, però, è che c'è una utilità pubblica nell'evitare gli ulteriori anni di contenziosi che potrebbero prospettarsi, che sarebbero ancora di freno agli investimenti e alla riqualificazione di un importante segmento della filiera turistica nazionale, già penalizzata dal caos giuridico da molti anni.

Da ultimo, sembrerebbe essenziale coordinare i tempi delle gare con i tempi dei bandi del PNRR dedicati al settore turismo: sebbene non sia possibile conoscere il numero effettivo dei concessionari illegittimamente prorogati – visto che le amministrazioni locali si sono mosse in modo diversificato –, gli investimenti di cui questo segmento della ricettività potrebbero beneficiare, rischiano di essere vanificati, se all'esito delle gare fosse lasciato indietro un numero significativo di imprese operanti nei servizi balneari. Ci si riferisce in particolare a quegli investimenti volti alla riqualificazione energetica, alla sostenibilità ambientale e all'innovazione digitale, che sarebbero un volano essenziale di sviluppo del segmento di mercato.

Tutto questo depone ancora una volta per l'invocazione di un intervento legislativo di riforma, che abbia le caratteristiche della generalità e astrattezza. Esso sembra essere la strada maestra che, evitando di assolutizzare la concorrenza e mitizzarne gli effetti taumaturgici, potrebbe realizzare un bilanciamento adeguato all'economia sociale di mercato[19], includendo gli interessi delle comunità locali, i cui sistemi socio-economici sono strettamente collegati alla filiera del turismo balneare[20].

2. Spazi per i legislatori regionali

Ove il legislatore statale optasse per una riforma di sistema, come sembra al seguito del Consiglio dei Ministri del 15 febbraio 2022, dovrebbe considerare la voce delle autonomie, sia nella fase ascendente di elaborazione della propria proposta, applicando la leale collaborazione attraverso l'intesa della Conferenza Stato-Regioni, sia nella fase discendente, lasciando adeguati margini di apprezzamento

[19] In questo senso, tra i contributi più limpidi, si veda B. CARAVITA, G. CARLOMAGNO, *La proroga* ex lege *delle concessioni demaniali marittime. Tra tutela della concorrenza ed economia sociale di mercato. Una prospettiva di riforma*, in *federalismi.it*, n. 20, 2021, che contiene nelle conclusioni una serie di equilibrate soluzioni normative che potrebbero costituire altrettante strade percorribili per il legislatore interno, senza confliggere con il diritto Ue.

[20] Cfr. G. DI PLINIO, *Il Mostro di Bolkestein in spiaggia. La "terribile" Direttiva e le concessioni balneari, tra gli eccessi del* Judicial Italian Style *e la crisi del* federalizing process, in *federalismi.it*, n. 5, 2020.

discrezionale ai legislatori regionali per adattare alle specificità locali la normativa di cornice[21]. È infatti evidente che la concorrenza, pur essendo una esclusiva competenza statale, non può esautorare del tutto le Autonomie dalla potestà legislativa in materie come turismo, tutela del paesaggio e governo del territorio, che sono indissolubilmente intersecate nella fattispecie in esame. Oltretutto, solo dal livello locale è possibile cogliere il reale stato delle situazioni e le loro differenze.

In caso contrario, cioè a legislazione invariata, comunque i legislatori regionali hanno un non trascurabile spazio di intervento, a differenza di quanto potrebbe apparire a prima vista. Così sembra emergere dall'analisi della giurisprudenza costituzionale che si è formata sulla materia nell'ultimo decennio.

Nell'esaminare tale giurisprudenza, il Consiglio di Stato evidenzia come «al di là delle singole fattispecie, dall'esame delle pronunce citate si evince che, nel procedimento di assegnazione dei beni demaniali, occorre assicurare il rispetto delle regole della *par condicio*, tra cui, *in primis*, l'effettiva equipollenza delle condizioni offerte dal precedente concessionario e dagli altri aspiranti». La conclusione è tratta esaminando alcune pronunce emanate tra il 2010 e il 2011.

La Relazione della Corte dei conti del 21 dicembre 2021 fornisce una lettura non dissimile della giurisprudenza costituzionale, basata essenzialmente sulle prime pronunce adottate negli anni immediatamente successivi alla conclusione della prima procedura di infrazione avviata dalla Commissione europea contro l'Italia.

Invero la giurisprudenza costituzionale sulla legislazione regionale in materia di concessioni demaniali costiere appare articolata[22] e soggetta ad una significativa evoluzione nel corso del tempo, tale da richiedere una analisi più approfondita sia sul piano sincronico, sia su quello diacronico.

2.1. La concorrenza e gli altri interessi nell'analisi sincronica della giurisprudenza costituzionale

In linea generale, la Corte costituzionale ha valorizzato la competenza dello Stato in materia di «tutela della concorrenza», presidiata anche dal diritto Ue. Tale competenza statale, considerata un obiettivo

[21] In un contesto di ininterrotta conflittualità tra Stato e Regioni sul tema, in sede di Conferenza unificata, le Regioni si sono concentrate soprattutto nella fase più recente, nella richiesta di adozione di una proroga di legge statale delle concessioni in essere e, successivamente alla sua adozione, nella richiesta rivolta allo Stato di assicurare chiarezza in ordine alla vigenza del regime di proroga, in funzione di tutela della prosecuzione delle attività e degli investimenti delle imprese balneari, tenuto conto delle oscillazioni giurisprudenziali e dei differenti approcci amministrativi che si sono affermati sulla normativa (cfr. l'ultimo odg approvato del 23 novembre 2020 disponibile in regioni.it). Tutti i livelli legislativi sembrano aver rinunciato ad affrontare con lucidità questa materia, aderendo alla prospettiva miope di assicurare temporaneamente il mantenimento dello *status quo* a qualsiasi costo. Ma è proprio la rinuncia a trovare soluzioni ad aver creato una situazione di permanente incertezza e disordine per gli operatori del mercato dei servizi balneari, nonché una macroscopica illegittimità, che come un nodo mai strecciato giunge ora al pettine.

[22] Si veda, a questo proposito, G. DI COSIMO, *La legislazione regionale sulle concessioni demaniali marittime a uso turistico e ricreativo al vaglio della Corte costituzionale*, in A. COSSIRI (a cura di), *Coste e diritti. Alla ricerca di soluzioni per le concessioni balneari*, Macerata, EUM, 2022, in corso di pubblicazione *open access*.

trasversale, è stata utilizzata, come anche in altri settori, per comprimere le competenze concorrenti ed esclusive regionali che possono venire in gioco.

Secondo il giudice costituzionale, con la riforma del Titolo V, si sono voluti «unificare in capo allo Stato strumenti di politica economica che attengono allo sviluppo dell'intero Paese» (sent. n. 14/2004); la concorrenza non costituisce un ambito materiale vero e proprio, ma ha una «natura funzionale […] e vale a legittimare l'intervento del legislatore statale anche su materie, sotto altri profili, di competenza regionale» (sent. n. 345/2004) [23]. Sulla base di questa logica, nella vicenda particolare delle concessioni ad uso turistico-ricreativo, ogni volta che le Regioni sono intervenute con provvedimenti normativi anticoncorrenziali, sostanzialmente cercando di tutelare i concessionari insistenti, la Corte costituzionale li ha annullati su ricorso del Governo. Ad esempio, sono stati ritenuti illegittimi, gli interventi che avevano introdotto: a) la possibilità di proroga delle concessioni in essere (sentt. nn. 1 del 2019[24]; 171 del 2013; 213 del 2011; 233 e 340 del 2010); b) un termine eccessivo di durata delle concessioni (sent. n. 109 del 2018); c) l'obbligo d'indennizzo a vantaggio del precedente concessionario (sentt. nn. 109 del 2018; 157 del 2017); d) l'attribuzione di una preferenza al concessionario uscente nell'aggiudicazione delle concessioni (sentt. nn. 221 del 2018; 40 del 2017)[25]. Per stabilire che le disposizioni regionali invadessero effettivamente l'ambito riservato alla competenza esclusiva statale in materia di concorrenza, il giudice costituzionale ha considerato *rationes*, finalità, oggetto e contenuto delle disposizioni censurate, al fine di accertare che esse arrecassero un *vulnus* alla concorrenza e non fossero dotate invece di valenza pro-competitiva.

Questa ricostruzione è confermata dall'ultima sentenza della ultradecennale saga: nella sent. n. 139 del 2021 (l.r. Friuli-Venezia Giulia), l'invasione della competenza statale viene rilevata anche laddove la

[23] Si tratta di pronunce dirompenti che hanno attivato subito un acceso dibattito scientifico: cfr. M. BARBERO, *Materie trasversali e federalismo fiscale: il caso della tutela della concorrenza*, in *www.amministrazioneincammino.it*, 2004; C. BUZZACCHI, *Principio della concorrenza e aiuti di Stato tra diritto interno e diritto comunitario*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 1, 2004, p. 277 ss.; S. CALZOLAIO, *Tutela della concorrenza o concorrenza sotto tutela?*, in *Giurisprudenza italiana*, n. 3, 2005, p. 460 ss.; R. CARANTA, *La tutela della concorrenza, le competenze legislative e la difficile applicazione del Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, n. 4, 2004, p. 990 ss.; L. CASSETTI, *La Corte e le scelte di politica economica: la discutibile dilatazione dell'intervento statale a tutela della concorrenza*, in *www.federalismi.it*, n. 5, 2004; G.P. DOLSO, *Tutela dell'interesse nazionale sub specie di tutela della concorrenza?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 1, 2004, p. 265; F. SACCO, *Competenze statali trasversali e potestà legislativa regionale: un tentativo di razionalizzazione (a proposito della "tutela della concorrenza") della Corte costituzionale*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*, 2004; V. TALIENTI, *Le politiche statali di sostegno del mercato alla luce del diritto comunitario e delle competenze legislative regionali nel nuovo Titolo V, parte II, della Costituzione con particolare riferimento alla "tutela della concorrenza"*, in *Giurisprudenza italiana*, n. 12, 2004, p. 2235; A. CONCARO, I. PELLIZZONE, *Tutela della concorrenza e definizione delle materie trasversali: alcune note a margine della sent. n. 345 del 2004 della Corte costituzionale*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2004; R. BIFULCO, *La tutela della concorrenza tra parte I e II della Costituzione (in margine alla sent. 14/2004 della Corte costituzionale)*, in *Le Regioni*, n. 4-5, 2008, p. 791 ss.

[24] G. DALLA VALENTINA, *La proroga 'ope legis' delle concessioni demaniali marittime dalla sentenza n. 1/2019 della Corte costituzionale al Decreto Rilancio*, in *www.forumcostituzionale.it*, n. 3, 2020.

[25] G. DIMITRIO, *Stato, Regioni e fascia costiera: un mercato unico nazionale per le "imprese balneari"*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 4, 2019, p. 478.

legislazione regionale si limiti a riprodurre una disciplina di proroga già prevista dalla legislazione statale: il *discrimen* è sempre l'impatto anticoncorrenziale. La Corte sostiene al punto 3.2. del cons. dir. che «qualsiasi disciplina che comporti una restrizione al libero accesso nel mercato di altri operatori, come certamente accade quando si stabiliscano proroghe dei rapporti concessori in corso, è riservata dall'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost., alla legislazione statale, restando invece precluso qualsiasi intervento della legislazione regionale in questa materia».

Peraltro, la Corte ha sottolineato sempre come il riferimento alla tutela della concorrenza non può essere così pervasivo da assorbire, aprioristicamente, le materie di competenza regionale (ad es. sent. n. 98 del 2017). Non è dunque escluso l'intervento legislativo regionale, purché siano fatte salve «le regolamentazioni giustificate da un interesse generale, costituzionalmente rilevante e compatibile con l'ordinamento comunitario» che siano «adeguate e proporzionate alle finalità pubbliche perseguite», così da «garantire che le dinamiche economiche non si svolgano in contrasto con l'utilità sociale e con gli altri principi costituzionali» (sent. n. 8 del 2013, riferita alla liberalizzazione delle attività economiche).

Gli spazi che la Corte costituzionale ha riconosciuto al legislatore regionale anche in questa materia non sembrano irrisori, poiché laddove non si incida sull'assetto del mercato, con l'obiettivo di limitare l'ingresso ai *competitors*, le competenze materiali delle Regioni tornano regolarmente ad espandersi.

Ad esempio, nella sentenza n. 40 del 2017 (l.r. Puglia) si ammette che la Regione possa, in sede di redazione dei piani costieri comunali, identificare la quota del territorio demaniale marittimo concedibile a privati per finalità turistico-ricreative in corrispondenza delle aree già oggetto di concessione[26]; qualora la somma di tali aree sia superiore al limite massimo concedibile (40% della linea di costa utile di ciascun Comune), si potrà procedere ad una revoca parziale, in misura non superiore al 50%, delle singole concessioni già assentite. Tale disposizione non comporta il rilascio in via preferenziale di nuove concessioni ai precedenti titolari, né un rinnovo automatico delle concessioni in atto. Secondo la Corte, il legislatore regionale ha adottato un criterio oggettivo, volto ad evitare discriminazioni, che consente – in armonia con il codice della navigazione – una revoca parziale delle concessioni in atto, nella misura necessaria a garantire la libera fruibilità del 60% degli arenili, in tal modo operando – nell'esercizio delle proprie competenze in una materia di governo del territorio e turismo – un bilanciamento tra l'interesse pubblico alla libera balneazione e quello dei privati allo sfruttamento degli arenili per finalità turistico-ricreative[27].

[26] C. BENETAZZO, *Le concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo tra diritto interno ed europeo*, in *Munus*, n. 1, 2018; S. DE NARDI, *Il sindacato della Corte costituzionale sulle (cosiddette) proroghe regionali delle concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo*, in *Munus*, n. 1, 2018; M. TIMO, *Concessioni demaniali marittime: tra tutela della concorrenza e protezione della costa*, in *Giurisprudenza italiana*, n. 10, 2017, p. 2191.

[27] Cfr. M. ESPOSITO, *Corte di giustizia UE e Corte costituzionale sottraggono allo Stato italiano la competenza sul regime della proprietà,* in *Giur. cost.*, n. 1, 2017, p. 370 ss.; e, più in generale, E. VERMIGLIO, *L'indennizzo a favore del concessionario*

Nella sentenza n. 157 del 2017 (l.r. Toscana) la Corte dichiara non fondata la questione avente ad oggetto l'introduzione del divieto di affidamento a terzi delle attività oggetto di concessione, salvo che per attività secondarie e in caso di sopravvenienza di gravi e comprovati motivi di impedimento alla conduzione diretta. La disposizione censurata si inserisce nel perimetro delle competenze amministrative e di indirizzo ascritte alle Regioni in materia di demanio marittimo dalla stessa legislazione statale. Posto infatti che all'amministrazione spetta il potere di assentire l'affidamento a terzi, sia dell'attività principale sia di quelle secondarie ed accessorie, con la disposizione censurata la Regione ha esercitato, in via generale, le prerogative di sua pertinenza, restringendo a monte le possibilità di gestione indiretta delle iniziative economiche di rilievo principale legate all'area demaniale concessa in uso.

Nella sentenza n. 109 del 2018 (l.r. Friuli-Venezia Giulia) si è sottolineato come «l'interesse pubblico» e «obiettivi di matrice collettiva» possano giustificare l'adozione di criteri di dettaglio per la selezione dei concorrenti, modellati dal legislatore regionale, a patto che non contrastino coi principi della legislazione statale di riferimento. La definizione di detti criteri «rientra tra le competenze legislative demandate alle Regioni in esito al trasferimento delle funzioni amministrative legate al demanio marittimo e idrico nel rispetto dei principi di concorrenza». Devono dunque ritenersi legittime «le conseguenti, diverse, discipline territoriali […] motivate dalle peculiarità di riferimento e dagli obiettivi di matrice collettiva che ciascuna realtà regionale, sulla base delle indicazioni di principio contenute nella legislazione statale di riferimento, può ritenere preminenti nel procedere alla scelta dei possibili utilizzatori»[28].

Merita particolare attenzione anche la sentenza interpretativa di rigetto n. 86 del 2019 (l.r. Basilicata), secondo la quale non è fondata la questione di legittimità costituzionale della disposizione regionale che consente il rilascio di «concessioni demaniali marittime provvisorie e stagionali ai Comuni o alle Associazioni di volontariato che svolgono opere e/o attività in favore di disabili intellettivi e motori e delle loro famiglie al fine di realizzare strutture stagionali attrezzate per l'accoglienza e il godimento del mare». Tale rilascio, nell'interpretazione data dal giudice costituzionale, deve avvenire sulla base di procedure di selezione contraddistinte da criteri imparziali e trasparenti, resi preventivamente noti mediante un'adeguata pubblicità, ma è consentita dal diritto Ue, poiché l'esigenza dei disabili integra uno dei «motivi imperativi d'interesse generale conformi al diritto comunitario» richiamati dall'art. 12, par. 3 della direttiva "servizi". Questa sentenza è particolarmente interessante perché apre alla possibilità per il legislatore anche regionale di operare un bilanciamento tra interessi fondamentali, utilizzando uno strumento di diritto dell'Unione, cioè la categoria dei "motivi imperativi di interesse generale".

balneare uscente: la potestà normativa delle regioni tra concorrenza e ordinamento civile, in *Il diritto marittimo*, n. 1, 2021, p. 66 ss.; P. VIPIANA, *Le concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo fra leggi statali e leggi regionali*, n. 2, 2020, p. 439 ss.

[28] A. LUCARELLI, L. LONGHI, *Le concessioni demaniali marittime e la democratizzazione della regola della concorrenza*, in *Giur. Cost.*, n. 3, 2018, p. 1251 ss.

A voler tirare le fila in termini più generali, secondo la Corte costituzionale, la disciplina sul rilascio delle concessioni demaniali investe, in via di principio, diversi ambiti materiali di spettanza sia statale, che regionale. La legislazione regionale è destinata a cedere il passo alla competenza legislativa esclusiva dello Stato in materia di «tutela della concorrenza», presidiata anche dal diritto Ue, quando la norma influisce sulle modalità di scelta del contraente o sulla durata del rapporto, ovverosia ove si intervenga sull'assetto concorrenziale del mercato in termini tali da restringere il libero accedere di nuovi *competitors* nel mercato e l'esplicarsi delle iniziative imprenditoriali. Tuttavia, la competenza statale in materia di «tutela della concorrenza» non opera con assolutezza, posto che essa non può ritenersi così pervasiva da impedire alle Regioni ogni spazio di intervento espressivo di una correlata competenza (sentenza n. 161 del 2020 - l.r. Sicilia). Eventuali interventi tesi a limitare la concorrenza devono, però, essere funzionali alla tutela di interessi fondamentali ulteriori, che trovano protezione tanto nell'ordinamento Ue, quanto in quello interno. Inoltre, nell'operare il bilanciamento, i legislatori dovranno rispettare, come di regola, il criterio della proporzionalità.

2.2. Analisi diacronica della giurisprudenza costituzionale

Dall'analisi in prospettiva diacronica di questa stessa giurisprudenza emerge una conferma di quanto già evidenziato. Dal punto di vista del parametro di giudizio utilizzato, infatti, essa può essere sistematizzata in due fasi temporali: prima della sentenza della Corte di giustizia *Promoimpresa*, la Corte costituzionale ha annullato le disposizioni delle leggi regionali per violazione del diritto dell'Unione europea, utilizzando come parametro l'art. 117, c. 1, Cost. e richiamando la libertà di stabilimento e l'ingiustificata compressione dell'assetto concorrenziale del mercato. In questa fase, la Corte costituzionale, ad esempio, equipara qualsiasi tipo di proroga *ex lege* al rinnovo automatico delle concessioni, vietato dalla direttiva "servizi": si ritengono così incompatibili con il diritto dell'Unione anche le proroghe regionali che non operano in via automatica, cioè quelle subordinate alla verifica, da condursi caso per caso, di determinati presupposti. L'argomento che nella giurisprudenza costituzionale risulta dirimente è quello secondo cui le proroghe *ope legis* delle concessioni in essere costituiscono una barriera all'ingresso nel mercato dei servizi balneari di nuovi operatori che, in forza delle legislazioni regionali oggetto di scrutinio, non hanno la possibilità di prendere il posto dei vecchi gestori prorogati. Non sembra indifferente a questa scelta di fondo l'argomentazione della Commissione europea nella prima procedura di infrazione contro lo Stato italiano. Va, tuttavia, considerato che l'interprete definitivo del diritto dell'Unione non è la Commissione, bensì la Corte di giustizia. Per intendere quale sia l'esatta estensione del vincolo costituito dal diritto dell'Unione, occorrerà attendere la pronuncia del giudice europeo nel 2016, cui si è arrivati su richiesta dei Giudici amministrativi interessati dalle vicende. Fino a questa data, in sostanza, la Corte costituzionale

ha proceduto autarchicamente ad interpretazione dell'estensione del vincolo europeo, ritenendo che non vi fossero margini di dubbio che avrebbero dovuto condurla a sollevare una questione pregiudiziale interpretativa alla Corte di giustizia. In questa sua attività interpretativa autarchica, il giudice costituzionale ha raggiunto conclusioni che sembrano aver esteso il vincolo europeo, oltre quanto stabilito successivamente nel 2016 dalla Corte di giustizia.

Quest'ultima nella sentenza *Promoimpresa* ha seguito un ragionamento su due tappe, specificando in quali casi il diritto Ue è applicabile alla fattispecie delle concessioni demaniali ad uso turistico ricreativo e circoscrivendo così la portata del vincolo Ue:

1) le concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo sono da qualificare "autorizzazioni" ai sensi della direttiva 2006/123, poiché le autorità nazionali con questi provvedimenti consentono ad un privato l'esercizio di una attività economica (punto 41). Il giudice nazionale è il soggetto competente a stabilire se vi è scarsità di risorse naturali, presupposto di applicazione della direttiva "servizi" (punto 43). Nell'ipotesi in cui non fosse soddisfatto questo requisito, la disposizione europea che impone la procedura pubblica di selezione (art. 12) non sarebbe applicabile alla fattispecie.
2) Nel caso in cui non si applicasse la direttiva "servizi", quale *lex specialis*, varrebbe comunque la regola generale del trattato sulla libertà di stabilimento, che vieta agli Stati membri di adottare misure direttamente o indirettamente discriminatorie tra imprese nazionali e imprese di altri Paesi Ue. In questo caso, per ricadere nell'ambito di applicazione del diritto europeo è necessario che sussista un interesse transfrontaliero. Ove questo non sussistesse, si uscirebbe definitivamente dall'ambito di applicazione del diritto Ue[29].

Nel caso in cui sussista tale elemento di transnazionalità, il giudice europeo specifica che la portata del vincolo di diritto Ue non è assoluta: la disparità di trattamento potrebbe essere giustificata, ma solo da motivi imperativi di interesse generale. Tra essi, vi è ad esempio, la necessità di rispettare il principio della certezza del diritto: per una vecchia concessione del 1984, può prevedersi un periodo transitorio che permetta alle parti del contratto di sciogliere i rispettivi rapporti contrattuali a condizioni accettabili dal punto di vista economico, tutelando il legittimo affidamento del concessionario uscente per gli investimenti effettuati. Tuttavia, per le concessioni attribuite quando già era stato dichiarato che i contratti aventi un interesse transfrontaliero certo dovevano essere soggetti a obblighi di trasparenza, il principio della certezza del diritto non può essere legittimamente invocato.

[29] Si veda M.E. BARTOLONI, *Le concessioni demaniali marittime nel contesto delle libertà di circolazione: riflessioni sulla sentenza Promoimpresa*, in A. COSSIRI (a cura di), *Coste e diritti*, *op. cit.*

Dopo questa pronuncia europea, la Corte costituzionale, utilizzando il suo potere di decidere l'ordine di trattazione delle questioni poste al suo esame, ritiene assorbita la questione posta con riferimento all'art. 117, c. 1, Cost. (a partire da un certo punto in avanti, non più invocato dal ricorrente), utilizzando in via esclusiva come parametro l'art. 117, c. 2, lett. *e)*. Ne segue che il giudice costituzionale non si è più trovato nelle condizioni di dover stabilire se le normative regionali di volta in volta censurate abbiano violato il diritto Ue, ma solo a valutare l'invasione della esclusiva competenza statale in materia di concorrenza.

In linea generale, è noto che, quando il *thema decidendum* sia articolato in una pluralità di questioni, il parametro di cui all'art. 117, c. 1, Cost. (integrato da un parametro interposto esterno) assume una posizione peculiare e residuale, cioè sembra essere utilizzato in prevalenza ove l'invalidità non possa essere altrimenti dedotta alla stregua di parametri puramente interni. Alla luce di ciò, una ipotesi che può essere fatta per spiegare la ragione del cambio di rotta nell'uso del parametro di validità può essere la raggiunta chiarezza interpretativa del vincolo europeo, ormai fornita dal giudice preposto all'interpretazione definitiva del diritto dell'Unione. Si tratta di elementi precisi e non discutibili che tracciano il perimetro di applicazione del diritto Ue, di cui il legislatore nazionale può tenere conto nell'esercitare la sua discrezionalità nella competenza esclusiva in materia di concorrenza. Dunque nell'ambito del giudizio costituzionale è sufficiente rilevare l'incostituzionalità delle norme alla stregua di parametri meramente interni, sottolineando comunque che esiste un particolare legame tra i due parametri costituiti dall'art. 117, comma 1, e comma 2, lett. e), posto che l'assetto concorrenziale del mercato è tutelato anche in forza del diritto dell'Unione. Tuttavia, la Corte non deve andare oltre, poiché è il legislatore statale a dover trovare un adeguato e proporzionale bilanciamento degli interessi nel rispetto dei vincoli emergenti dall'art. 117, comma 1, che includono il diritto Ue.

Volendo tirare le fila di quanto sin qui illustrato, sebbene la via principale sembri essere sempre quella della riforma statale, non è escluso che – a legislazione invariata, nel caso in cui la riforma che sembra prospettarsi non giunga in porto – le Regioni possano utilizzare i poteri legislativi nelle materie di loro competenza, recuperando gli spazi emergenti da questo filone giurisprudenziale. Tali interventi certamente dovrebbero rispettare il diritto Ue e, nel caso di competenza concorrente, anche i principi fissati nel diritto statale.

3. Indicazioni per le pubbliche amministrazioni

Sempre ragionando a legislazione invariata, a seguito dell'ultimo intervento del Consiglio di Stato, le pubbliche amministrazioni locali hanno finalmente almeno due punti fermi.

In primo luogo, tutte dovranno disapplicare il diritto interno in contrasto con il diritto Ue[30]. La sentenza della Corte di giustizia *Promoimpresa* del 2016, infatti, ha riconosciuto carattere auto-applicativo del diritto Ue invocato; a questo proposito, dunque, non vi sono margini interpretativi autonomi e si applica l'ordinaria regola dei rapporti tra fonti interne e fonti europee consacrata dalla giurisprudenza europea ed interna sin dagli anni '90[31]. In secondo luogo, le amministrazioni dovranno indire le procedure di selezione entro il termine del periodo transitorio concesso. Il Consiglio di Stato si premura a questo scopo di estrarre dal quadro normativo un decalogo di principi ispiratori: si tratta di una parte della sentenza cui non possono essere letti suggerimenti rivolti al legislatore, ma piuttosto elementi utili alla p.a., nel caso in cui questa si trovasse a dover procedere con i bandi, in assenza di una riforma che fissi criteri di legge, o che ripensi il sistema di gestione dei beni demaniali. Queste ultime opzioni restano senza dubbio a tutt'oggi la via maestra auspicabile. Ma non è possibile escludere che il legislatore statale non riesca a maturare un percorso condiviso dalla maggioranza o non riesca a raggiungere il compromesso politico per una riforma di ampio respiro, o si limiti in prima battuta a perseguire gli obiettivi minimi urgenti.

Il giudice amministrativo evidenzia anzitutto i principi di imparzialità, trasparenza, pubblicità emergenti dal diritto Ue, che peraltro sono parte anche dell'ordinamento interno. In forza dell'art. 12, par. 3, della direttiva "servizi", è consentito dal diritto Ue valorizzare, anche in sede di gara, considerazioni di salute pubblica, obiettivi di politica sociale, salute e sicurezza dei lavoratori dipendenti ed autonomi, protezione dell'ambiente, salvaguardia del patrimonio culturale[32] e «altri motivi imperativi d'interesse generale conformi al diritto comunitario»[33]. Si prospetta dunque la necessità di un bilanciamento tra interessi fondamentali, posto che anche nell'ordinamento europeo, come pure nell'ordinamento costituzionale

[30] Sulle incertezze della giurisprudenza prima del pronunciamento della Plenaria, si veda S. AGUSTO, *Gli incostanti approdi della giurisprudenza amministrativa sul tema delle concessioni del demanio marittimo per finalità turistico ricreative*, in *Rivista Italiana Diritto Pubblico Comunitario*, n. 5, 2020, p. 648 ss.

[31] Cons. di Stato, sent. n. 452 del 1991, F.lli Costanzo; Corte cost., sent. n. 389/1989: «tutti i soggetti competenti nel nostro ordinamento a dare esecuzione alle leggi (e agli atti aventi forza o valore di legge) – tanto se dotati di poteri di dichiarazione del diritto, come gli organi giurisdizionali, quanto se privi di tali poteri, come gli organi amministrativi – sono giuridicamente tenuti a disapplicare le norme interne incompatibili con le norme» comunitarie nell'interpretazione datane dalla Corte di giustizia. Da ultimo, proprio sul caso delle concessioni, si veda Consiglio di Stato n. 7874 del 2019, secondo il quale la non applicazione del diritto interno in contrasto con il diritto euro-unitario è obbligo per tutte le articolazioni dello Stato, dunque anche per l'apparato amministrativo. A questa sentenza sono seguite sentenze adesive di diversi TAR, con l'unica eccezione del TAR Lecce, le cui pronunce hanno dato origine all'impugnazione che ha prodotto le sentenze gemelle del Consiglio di Stato qui in esame.

[32] G. CARULLO, A. MONICA, *Le concessioni demaniali marittime nel mercato europeo dei servizi: la rilevanza del contesto locale e le procedure di aggiudicazione*, in *federalismi.it*, n. 26, 2020, che sottolineano l'esigenza di valorizzare il ruolo che i beni demaniali marittimi hanno nella definizione dell'identità culturale delle località turistiche delle coste italiane.

[33] Secondo il considerando (40) della direttiva "servizi", la nozione di «motivi imperativi di interesse generale» cui fa riferimento l'art. 12, par. 3, è una nozione giurisprudenziale elaborata dalla Corte di giustizia, suscettibile di evoluzione nel tempo. Essa comprende interessi fondamentali riconosciuti dal diritto Ue non individuabili *a priori* che possono essere bilanciati con l'interesse alla concorrenza.

italiano, la concorrenza non è un super-interesse capace di imporsi gerarchicamente sugli altri meritevoli di tutela.

Pur non essendo imposto un principio di rotazione come nel caso degli appalti, il Consiglio di Stato evidenzia che andrebbero «evitate ipotesi di preferenza "automatica" per i gestori uscenti, in quanto idonei a tradursi in un'asimmetria a favore dei soggetti che già operano sul mercato (circostanza che potrebbe verificarsi anche nell'ipotesi in cui le regole di gara consentano di tenere in considerazione gli investimenti effettuati, senza considerare il parametro di efficienza quale presupposto di apprezzabilità dei medesimi). La scelta di criteri di selezione proporzionati, non discriminatori ed equi è, infatti, essenziale per garantire agli operatori economici l'effettivo accesso alle opportunità economiche offerte dalle concessioni». I criteri di selezione dovrebbero riguardare la capacità tecnica, professionale, finanziaria ed economica degli operatori. Nell'ambito della valutazione della capacità tecnica e professionale potranno essere individuati «criteri che, nel rispetto della *par condicio*, consentano anche di valorizzare l'esperienza professionale e il *know-how* acquisito da chi ha già svolto attività di gestione di beni analoghi (e, quindi, anche del concessionario uscente, ma a parità di condizioni con gli altri), anche tenendo conto della capacità di interazione del progetto con il complessivo sistema turistico-ricettivo del territorio locale; anche tale valorizzazione, peraltro, non potrà tradursi in una sorta di sostanziale preclusione all'accesso al settore di nuovi operatori». Ulteriori elementi di valutazione dell'offerta potranno riguardare «gli standard qualitativi dei servizi, la sostenibilità sociale e ambientale del piano degli investimenti, in relazione alla tipologia della concessione da gestire».

Indicazioni arrivano anche sulla durata, che dovrebbe essere commisurata al valore e alla complessità organizzativa della concessione, senza eccedere il periodo di tempo ragionevolmente necessario al recupero degli investimenti, insieme ad una remunerazione del capitale investito[34] (o, per converso, laddove ciò determini una durata eccessiva, si potrà prevedere una scadenza anticipata ponendo a base d'asta il valore, al momento della gara, degli investimenti già effettuati dal concessionario). Le amministrazioni concedenti debbono altresì valorizzare adeguatamente il bene affidato, per cui sarebbe opportuno che la misura dei canoni concessori formi oggetto della procedura competitiva per la selezione dei concessionari. Infine, con specifico riferimento al legittimo affidamento dei titolari uscenti funzionale ad ammortizzare gli investimenti effettuati, la Corte di giustizia ha ammesso una valutazione caso per

[34] In questi termini anche il considerando (62) della direttiva "servizi", che indica un principio di proporzionalità nel bilanciamento degli interessi del mercato e dell'impresa e di equità della remunerazione: «la durata dell'autorizzazione concessa dovrebbe essere fissata in modo da non restringere o limitare la concorrenza al di là di quanto è necessario per garantire l'ammortamento degli investimenti e la remunerazione equa dei capitali investiti». In dottrina, sul rapporto tra durata ed efficienza gestionale, si vedano A. SALOMONE, *La concessione dei beni demaniali marittimi*, Aracne, Roma, 2013, e B. TONOLETTI*, Beni pubblici e concessioni*, Cedam, Padova, 2008.

caso. Ove il titolare uscente possa dimostrare di aver effettuato investimenti, aspettandosi legittimamente il rinnovo della propria autorizzazione, i bandi di gara potranno riconoscere un indennizzo.

Emerge dall'analisi del giudice che i margini per bilanciare l'interesse della concorrenza con altri interessi pubblici e privati fondamentali, riconosciuti anche nell'ordinamento Ue, sono ben più ampi di quanto sinora si è inteso; attraverso il bilanciamento e non – in modo piuttosto semplicistico e miope – attraverso la scorciatoia delle proroghe di legge andrebbe contrastata una eventuale "dittatura della concorrenza" nell'interesse generale dello sviluppo economico sostenibile delle aree costiere nazionali.

4. Osservazioni conclusive

Per quanto il Consiglio di Stato abbia fornito una griglia piuttosto dettagliata, affidare il complesso e delicato compito di bilanciare gli interessi fondamentali implicati dalla gestione dei beni pubblici agli enti locali in sede di elaborazione dei bandi sembra essere solo una via succedanea e residuale, utile a mettere sin da subito "in sicurezza" l'ordinamento, cioè al riparo dalle censure di mancato rispetto dei vincoli europei. Ma ancora una volta bisogna sottolineare che non può essere questa la via maestra. Il modo più adeguato di affrontare una questione che investe un settore rilevante dell'economia nazionale, impatta significativamente sui sistemi sociali locali e incide sull'ambiente e sugli interessi delle future generazioni, già espressamente riconosciuti nel livello costituzionale, resta la riforma legislativa statale di sistema, concertata con le Autonomie e ragionevolmente differenziabile sui territori.

Da questo punto di vista, sembrerebbe aprirsi una sfida interessante, anzitutto per il legislatore interno; in assenza di interventi risolutori del legislatore nazionale, i legislatori regionali dovrebbero e potrebbero attivare le proprie competenze, utilizzando gli spazi di intervento che residuano nelle materie intersecate dalla competenza trasversale di cui all'art. 117, comma 2, lett. e), Cost[35]. Le clausole di competenza trasversale, previste nel testo costituzionale, tuttavia sono state interpretate in modo assai estensivo dalla Corte costituzionale, specie nel caso della tutela della concorrenza come ben noto.

In ultima istanza sia le amministrazioni locali, che l'imprenditoria balneare dei diversi territori potrebbero e dovrebbero sin d'ora attivare le loro capacità di progettazione creativa e innovativa, nell'ottica della migliore valorizzazione sostenibile del patrimonio costiero locale.

Vale la pena ricordare che la sostenibilità, secondo la definizione consolidata delineata in ambito Onu e confluita nell'Agenda 2030 è «una condizione di sviluppo in grado di assicurare il soddisfacimento dei bisogni della generazione presente senza compromettere la possibilità delle generazioni future di

[35] G. ARCONZO, *Le materie trasversali nella giurisprudenza della Corte costituzionale dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, in N. ZANON, A. CONCARO (a cura di), *L'incerto federalismo. Le competenze statali e regionali nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè Editore, Milano, 2005, pp. 181 ss.; G. FALCON, *Le materie trasversali: tutela dell'ambiente, tutela della concorrenza, livelli essenziali delle prestazioni*, in Av.Vv., *Il sindacato di costituzionalità sulle competenze legislative dello Stato e delle Regioni. La lezione dell'esperienza, Atti del Seminario svoltosi in Roma, 15 maggio 2015*, Giuffrè Editore, Milano, 2016.

realizzare i propri». Lo sviluppo sostenibile implica tre dimensioni: quella economica, che richiede di assicurare efficienza e reddito per le imprese, nel rispetto dell'ecosistema; quella ambientale, che mira a garantire la disponibilità e la qualità delle risorse naturali, in modo da contrastare il degrado ambientale; e quella – spesso dimenticata – sociale, che implica la necessità di garantire qualità della vita, sicurezza e servizi per le persone. Si possono richiamare a questo proposito l'indice di sviluppo umano, in termini di reddito dignitoso, aspettative di vita, salute, etc., ma anche l'ampio *set* di indicatori che mirano alla misurazione della qualità della vita degli individui, in termini di benessere equo e sostenibile, cd. BES, che in Italia è parte del processo di programmazione economica[36].

[36] C. BERGONZINI, *La valutazione delle politiche ai tempi del Benessere Equo e Sostenibile: il punto sulla situazione Italiana,* in *Amministrazione in cammino*, 2017.

Riforma della giustizia penale e criteri di priorità nell'esercizio dell'azione*

di Giuseppe Monaco
Professore associato di Diritto costituzionale
Università Cattolica del Sacro Cuore – Piacenza

Abstract [It]: Tra le novità di rilievo della L. 134/2021 si segnala la previsione di criteri di priorità che gli uffici del pubblico ministero dovranno individuare nell'ambito di criteri più generali stabiliti dal Parlamento con legge. Vengono così superate le prassi introdotte a partire dagli anni Novanta da singole procure, e avallate dal C.S.M., di stabilire in autonomia criteri di priorità nell'esercizio dell'azione penale. La disciplina mira a regolamentare e limitare la c.d. discrezionalità di fatto dei p.m., ma solleva qualche dubbio circa la sua compatibilità con l'art. 112 Cost., per quanto la scelta di attribuire al Parlamento l'individuazione in via generale dei criteri si lasci preferire rispetto alla previsione di conferire tale compito direttamente ai Procuratori della Repubblica.

Title: Criminal justice reform and priority criteria for prosecution
Abstract [En]: Among the significative innovations of Law 134/2021 is the provision of priority criteria that the public prosecutor's offices will have to identify in the context of more general criteria established by Parliament by law. The practices introduced since the 1990s by individual prosecutors, and endorsed by the C.S.M., to independently establish priority criteria in the exercise of criminal proceedings are thus overcome. The discipline aims to regulate and limit the de facto discretion of the public prosecutors but raises some doubts about its compatibility with art. 112 of the Constitution, although the choice of attributing the general identification of the criteria to the Parliament may be preferred over the provision of conferring this task directly to the Public Prosecutors.

Parole chiave: discrezionalità dell'azione penale, criteri di priorità, pubblico ministero, Parlamento, principio di uguaglianza
Keywords: discretion of prosecution, priority criteria, public prosecutor, Parliament, principle of equality

Sommario: 1. Premessa: ragionevole durata e riforma del processo penale. **2.** Art. 112 Cost. e discrezionalità di fatto nell'esercizio dell'azione penale: proposte di modifica della Carta costituzionale. **3.** Segue: le circolari adottate in alcune Procure della Repubblica per individuare le notizie di reato da perseguire prioritariamente e l'avallo del C.S.M. **4.** L'esercizio dell'azione penale nella L. 134/2021. **5.** Criteri di priorità e obbligatorietà dell'azione penale. **6.** Individuazione dei criteri generali con legge del Parlamento.

1. Premessa: ragionevole durata e riforma del processo penale

Il dibattito sulla riforma della giustizia in Italia prosegue da decenni, quasi senza interruzioni. In tempi recenti hanno visto la luce due leggi concernenti il processo penale e quello civile, mentre è ancora in corso il dibattito per la riforma dell'ordinamento giudiziario e del C.S.M. Sono state approvate la L. 26 novembre 2021, n. 206, che conferisce una delega al governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e, pochi mesi prima, la l. 27 settembre 2021, n. 134, per l'efficienza del processo penale e in materia di giustizia riparativa.

* Articolo sottoposto a referaggio.

Quest'ultima legge costituisce il compimento di un percorso complesso, che è partito dal progetto di legge A.C. n. 2435, presentato alla Camera nel marzo 2020 dall'allora ministro della giustizia Bonafede; il progetto è stato poi oggetto di proposte di modifiche avanzate dalla Commissione Lattanzi, insediata nel marzo 2021 dall'attuale ministro della giustizia Cartabia e successivamente è stato discusso e ulteriormente modificato in sede parlamentare prima dell'approvazione definitiva.

All'origine della riforma vi è innanzi tutto la volontà di ridurre i tempi del processo, di gran lunga superiori rispetto alla media dei Paesi dell'Unione europea. L'inserimento in Costituzione della ragionevole durata del processo tra i principi caratterizzanti il "giusto processo", quale connotato oggettivo dello stesso[1] e l'approvazione della "legge Pinto", avvenuta già nel 2001 e ripetutamente modificata, con la previsione di meccanismi per il risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali derivanti proprio dall'irragionevole durata del processo, non hanno impedito alla Corte di Strasburgo di continuare ad emettere condanne nei confronti dell'Italia[2] per violazione dell'art. 6 CEDU, che configura la ragionevole durata come diritto fondamentale dell'individuo.

Anche la Commissione europea, nell'edizione 2020 del rapporto biennale per l'efficienza della giustizia del Consiglio d'Europa (CEPEJ) – sulla base dei dati rilevati fino al 2018 - ha richiesto all'Italia una maggiore efficienza nel settore penale, sottolineando che, se la durata, nell'ultimo biennio preso in considerazione, si è ridotta rispetto al biennio precedente con riferimento ai giudizi d'appello e di legittimità, al contrario i tempi risultano essersi allungati in relazione al primo grado di giudizio. E ancora, nel Dossier che accompagna il progetto di legge A.C. n. 2435 del marzo 2020 si evidenzia una generale diminuzione dei procedimenti penali pendenti negli anni tra il 2010 e il 2019, ma al contempo si sottolinea la persistenza di criticità legate alla durata dei procedimenti. Peraltro, dati più aggiornati, relativi al biennio 2019-2020, indicano una nuova tendenza all'aumento della durata media del processo penale[3].

Indubbiamente l'eccessiva durata lede tanto le esigenze di giustizia, quanto, per altro verso, le garanzie dell'imputato e costituisce, è stato osservato, «la più importante ragione di inefficienza del nostro processo penale, e in definitiva dell'intero sistema penale»[4] e per tale ragione si è evidenziata l'urgenza di interventi

[1] Cfr. P. FERRUA, *La ragionevole durata del processo tra Costituzione e Convenzione europea*, in *Quest. Giust.*, n. 1, 2017; V. GREVI, *Il principio della «ragionevole durata» come garanzia oggettiva del «giusto processo» penale*, in *Cass. Pen.*, n. 10, 2003, pp. 3204 ss. In senso contrario cfr. E. AMODIO, *La procedura penale dal rito inquisitorio al giusto processo*, in *Cass. Pen.*, n. 4, 2003, pp. 1419 ss.

[2] Si veda di recente la sent. della Corte e.d.u., Sez. I, 18 marzo 2021, *Petrella c. Italia*, con riferimento alla posizione della vittima del reato e, sullo stesso tema, Corte e.d.u., Sez. I, 7 dicembre 2017, *Arnoldi c. Italia*.

[3] Il C.S.M., nel primo parere reso sul progetto di legge n. 2435, con delibera del 29 luglio 2021, ha evidenziato come i tempi si siano nuovamente allungati, attestandosi a 287 giorni per i giudizi in Corte di Cassazione, 1038 giorni per i processi innanzi in Corte d'appello e 478 giorni per quelli innanzi al Tribunale ordinario.

[4] Così F. VIGANÒ, *Riflessioni* de lege data *e* ferenda *su prescrizione e tutela della ragionevole durata del processo*, in *Dir. Pen. Contemp.*, n. 3, 2013, p. 19, secondo il quale la pena, quando arriva, arriva comunque troppo tardi per svolgere appieno la sua funzione general-preventiva e special-preventiva.

diretti a conseguire una riduzione dei tempi del processo[5]. La riforma del processo penale appena approvata intende procedere in questa direzione,[6] coinvolgendo molteplici istituti: prescrizione, appello, improcedibilità, esercizio dell'azione penale e numerosi altri. In questa sede si intende svolgere qualche riflessione sul tema dell'azione penale e in particolare sui criteri di priorità nell'esercizio della stessa e sui soggetti eventualmente titolati a stabilirli.

2. Art. 112 Cost. e discrezionalità di fatto nell'esercizio dell'azione penale: proposte di modifica della Carta costituzionale

La scelta del legislatore di coinvolgere anche la disciplina dell'azione penale nell'ambito di una riforma orientata principalmente a ridurre i tempi del processo non deve sorprendere. L'intento è quello di una migliore organizzazione delle risorse disponibili, per evitare sprechi, nell'ottica di una maggiore efficienza, che si ripercuote poi in generale sul processo penale. Il tema si interseca con quello dell'asserita "discrezionalità di fatto" dell'azione penale. A fronte dell'obbligo costituzionale di esercitare l'azione penale, infatti, la mole di procedimenti pendenti impedisce che tutte le notizie di reato vengano effettivamente perseguite. Dottrina e magistratura si confrontano da tempo sui possibili strumenti per ridurre il rischio che l'esercizio dell'azione penale sia di fatto discrezionale, o quanto meno, per evitare che la discrezionalità si trasformi in vero e proprio arbitrio. Il timore, in sostanza, è che il pubblico ministero possa scegliere quali notizie di reato perseguire, disattendendo le scelte di politica criminale compiute dal Parlamento e senza assumersi una responsabilità per tali scelte[7]. Più in generale, si è osservato che sussiste uno scarto inevitabile tra esigenze di giustizia e risorse disponibili e che sarebbe dunque opportuno tenere sotto controllo il carico di lavoro degli uffici per evitare che sia compromessa l'efficienza giudiziaria, anch'essa, si è detto, interesse a copertura costituzionale, in virtù di quanto previsto dagli artt. 97, co. 2 e 111, co. 2, Cost.[8]

[5] *Ibid.*, p. 19. L'Autore suggeriva interventi sull'organizzazione giudiziaria e sul processo: incremento delle risorse umane; informatizzazione; introduzione di cause di non procedibilità e non punibilità per irrilevanza del fatto; sospensione del processo con messa alla prova; semplificazione del sistema delle notificazioni; snellimento delle tecniche motivazionali; filtri di ammissibilità delle impugnazioni.

[6] Nella relazione annuale al Parlamento (che si può leggere sul sito del Ministero della Giustizia), in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario del 19 gennaio 2022, il ministro della giustizia afferma che la legge n. 134/2021 incide sulle norme del processo penale «allo scopo di creare meccanismi capaci di sbloccare possibili momenti di stasi, di incentivare i riti alternativi, di far arrivare a processo solo i casi meritevoli dell'attenzione del giudice».

[7] Cfr. P. GUALTIERI, *Azione penale discrezionale e p.m. elettivo per superare le inefficienze del processo penale*, in AA.VV., *L'obbligatorietà dell'azione penale*, Milano, 2021, pp. 35 ss.; in precedenza già G. DI FEDERICO, *Obbligatorietà dell'azione penale, coordinamento delle attività del pubblico ministero e loro rispondenza alle aspettative della comunità*, in *Arch. Pen.*, 1995, pp. 296 ss.; G. BOGNETTI, *Considerazioni sul potere giudiziario*, in *Ind. Pen.*, 1994, p. 442.

[8] In tal senso O. DOMINIONI, *Un conflitto endemico tra gli interessi di persecuzione penale e di efficienza giudiziaria*, in *Penale diritto e procedura*, n. 2, 2020, pp. 261-262.

Se ne è discusso anche in occasione di tentativi di riforma del testo costituzionale. Già in sede di Commissione Bicamerale per le riforme presieduta dall'On. D'Alema, nel progetto di revisione costituzionale approvato il 30 giugno 1997, all'obbligo per il pubblico ministero di esercitare l'azione penale si prevedeva di aggiungere la formula: «la legge stabilisce le misure idonee ad assicurarne l'effettivo esercizio»[9]. Si prendeva atto, dunque, della situazione, senza peraltro indicare una concreta soluzione e lasciando al legislatore la scelta delle modalità. A distanza di circa quindici anni, il progetto di riforma costituzionale n. 4275, presentato nel 2011 dall'allora ministro della giustizia Alfano, confermava in astratto il principio dell'obbligatorietà dell'azione, ma specificava «secondo i criteri stabiliti dalla legge». Nella Relazione si partiva dalla constatazione che gli uffici del pubblico ministero non erano in grado di perseguire tutti i reati per il gran numero di illeciti penali commessi, «non risultando risolutivo il sistematico ricorso a strumenti deflativi, di natura sia legislativa che organizzativa». Si riteneva così di conferire alla norma costituzionale «una razionalità storico-sociale e una dimensione teleologica» tali da rendere «compatibile il principio di obbligatorietà con gli obiettivi di politica criminale». Sempre nella Relazione si precisava che la modifica costituzionale avrebbe consentito al legislatore di fissare, per particolari esigenze storiche, sociali o economiche, criteri in forza dei quali dare «prioritaria trattazione ad indagini concernenti determinati reati; fermo restando l'obbligo, esaurite queste, di curare anche le indagini relative alle altre fattispecie penalmente rilevanti».

Questi sono forse i progetti di riforma più noti e che hanno attirato maggiore attenzione da parte della dottrina. In tempi più recenti, in data 8 ottobre 2020, si può ricordare il progetto di legge costituzionale n. 2710 presentato alla Camera, che, ricollegandosi alla proposta di riforma del 2011, suggerisce di aggiungere al testo dell'art. 112 Cost. la previsione che il pubblico ministero debba attenersi «ai criteri e alle priorità stabiliti dalla legge secondo le disposizioni del presente articolo». Nel progetto si prevede altresì che spetti al Governo presentare alle Camere un disegno di legge, per ogni triennio, contenente l'indicazione di tali criteri e priorità. Anche in questa circostanza l'obiettivo dichiarato è quello di rendere più efficiente l'esercizio dell'azione penale e di garantirne l'omogeneità e l'uniformità sull'intero territorio nazionale.[10]

Per nessuna delle riforme costituzionali sopra richiamate è stato completato l'iter e, fino all'approvazione della l. 134/2021, neppure il legislatore ordinario era intervenuto sul tema. Prima della riforma, infatti, le uniche previsioni contenenti un riferimento a criteri di priorità riguardavano in realtà l'organizzazione degli uffici della magistratura giudicante e il ruolo di udienza. In particolare, l'art. 227 del D.lgs. 51/1998

[9] Formula prontamente definita "ambigua" da parte della dottrina, per il rischio che il principio venisse in concreto travolto. Così V. ZAGREBELSKY, *La riforma dell'ordinamento giudiziario in Commissione bicamerale*, in *Foro it.*, 1997, V, p. 249. Nel testo approvato il 4 novembre del 1997 questa aggiunta è scomparsa.

[10] Per un commento si veda A.U. PALMA, *L'obbligo di esercizio dell'azione penale, carico giudiziario ed efficientamento di sistema: una prospettiva rispettosa del vincolo costituzionale*, in *Arch. pen.*, n. 1, 2021, pp. 1 ss.

ha stabilito espressamente la possibilità, al fine di assicurare la rapida definizione dei processi pendenti, di prendere in considerazione, nella trattazione dei procedimenti e nella formazione dei ruoli di udienza, la gravità e concreta offensività del reato, il pregiudizio che può derivare dal ritardo, l'interesse della persona offesa. Gli uffici devono poi comunicare tempestivamente al C.S.M. i criteri di priorità elaborati. Una decina di anni dopo, la modifica dell'art. 132-bis disp. att. e coord. c.p.p. (avvenuta con il d.l. 23.5.2008 n. 92, convertito con modifiche dalla l. 23.7.2008 n. 125) ha individuato alcune categorie di processi per i quali occorre assicurare la precedenza sia in fase di formazione del ruolo di udienza, sia nella successiva trattazione. Spetterà ai dirigenti degli uffici giudicanti organizzare gli uffici stessi in modo da garantire la rapida definizione dei processi per i quali è prevista la trattazione prioritaria.

3. Segue: le circolari adottate in alcune Procure della Repubblica per individuare le notizie di reato da perseguire prioritariamente e l'avallo del C.S.M.

In assenza, dunque, di una specifica disciplina legislativa[11], fin dagli anni Novanta in alcune Procure sono state adottate circolari contenenti l'indicazione di criteri di priorità, a partire dalla nota "circolare Zagrebelsky" del 1990 nella Procura di Torino. Nello stesso ufficio, a seguito dell'entrata in vigore della legge sull'indulto (l. 31.7.2006 n. 241), è stata emanata un'altra circolare (c.d. "circolare Maddalena") in cui erano indicate in modo dettagliato le priorità per l'esercizio dell'azione penale, ma anche i criteri di accantonamento dei fascicoli, con l'invito rivolto ai sostituti a fare un uso "generoso" della richiesta di archiviazione, soprattutto rispetto a quelle notizie di reato per le quali l'esecuzione di un'eventuale pena sarebbe stata impedita dall'applicazione della misura dell'indulto. Gradualmente analoghe circolari sono state assunte in altre Procure della Repubblica, come Roma, Perugia, Latina, Cuneo[12] e la prassi ha trovato l'avallo del C.S.M., che, mediante proprie risoluzioni e circolari, ha riconosciuto il compito del Procuratore della Repubblica di elaborare criteri di priorità nella trattazione dei procedimenti, nel rispetto dell'art. 112 Cost. e dell'art. 132 bis disp. att. e coord. c.p.p.

Già subito dopo la riforma Castelli (L. 150/2005) il C.S.M., con risoluzione del 9 novembre 2006, aveva sollecitato i dirigenti degli uffici requirenti e giudicanti ad adottare iniziative e provvedimenti volti a razionalizzare la trattazione degli affari e l'impiego delle scarse risorse disponibili, in attuazione dei principi di buon andamento e imparzialità della pubblica amministrazione, di cui all'art. 97 Cost., da riferire anche all'amministrazione della giustizia. Con la risoluzione del 21 luglio 2009 aveva altresì invitato

[11] Cfr. N. GALANTINI, *Il principio di obbligatorietà dell'azione penale tra interesse alla persecuzione penale e interesse all'efficienza giudiziaria*, in *Dir. Pen. Contemp.*, 23/9/2019, pp. 4 ss.

[12] Si può ricordare la circolare del 26 novembre 2019 emanata dal Procuratore di Cuneo, in cui sono previsti dettagliati criteri di priorità, coordinati con l'analoga iniziativa assunta dal Presidente del Tribunale per la formazione dei ruoli di udienza, in applicazione di quanto disposto dall'art. 132-bis disp. att. e coord. c.p.p. e con le indicazioni provenienti dalla Procura Generale, circolare che distingue tre diverse fasce di graduata priorità.

i Procuratori della Repubblica ad elaborare, nel rispetto del principio dell'obbligatorietà dell'azione penale e sentiti i Presidenti dei Tribunali per i profili organizzativi attinenti alla fase processuale, possibili criteri di priorità nella trattazione dei procedimenti.

In tempi più recenti, l'art. 3 della circolare del C.S.M. sull'organizzazione degli uffici della Procura, approvata con delibera del 16 dicembre 2020 - che modifica la circolare approvata il 16 novembre 2017 - stabilisce che il Procuratore «indica i criteri prescelti al fine dell'efficace e uniforme esercizio dell'azione penale, tenendo conto della specifica realtà criminale e territoriale, nonché delle risorse tecnologiche, umane e finanziarie disponibili» e nell'elaborazione dei criteri cura l'interlocuzione con il Presidente del Tribunale, nel rispetto peraltro dei principi enunciati nelle precedenti delibere consiliari del 9 luglio 2014 e dell'11 maggio 2016. Nella delibera del 2014, concernente la trattazione degli affari penali e rivolta essenzialmente alla magistratura giudicante, per quanto concerne gli uffici del pubblico ministero ci si limitava a stabilire che, in assenza di un sistema di tipizzazione delle priorità legislativamente predeterminato, l'individuazione di linee guida finalizzate a scongiurare l'insorgenza di ingiustificate disparità nel concreto esercizio dell'azione penale doveva essere rimessa ai singoli dirigenti delle Procure della Repubblica, tenendo conto dei criteri adottati dai corrispondenti uffici giudicanti. Nella delibera del maggio 2016 si insisteva, poi, sulla necessità di un dialogo tra i dirigenti degli uffici giudicanti e requirenti e si dichiarava espressamente che le priorità nell'esercizio dell'azione penale sono quelle «volte a razionalizzare le risorse, anche di polizia giudiziaria, ed a prevenire il disperdersi di energie per l'inevitabile esito di prescrizione nel corso dei giudizi, attraverso regole di accantonamento o "postergazione"». In proposito la delibera richiamava espressamente la tradizione ultratrentennale iniziata negli uffici torinesi, frutto di circolari interne agli uffici di Procura. In quella delibera, peraltro, il C.S.M. negava una qualche lesione del principio di obbligatorietà dell'azione penale, sostenendo che scelte di priorità sono immanenti nel potere di organizzazione del Procuratore della Repubblica, a partire, ad esempio, dalla discrezionale distribuzione delle risorse umane e tecnologiche o dal concreto impiego della polizia giudiziaria[13].

Il C.S.M., dunque, pur in assenza di una normativa specifica, ha ritenuto che le scelte organizzative e di priorità effettuate dai dirigenti degli uffici rappresentassero una risposta ad uno stato di necessità non occasionale, una risposta in termini di efficienza, razionalità, trasparenza ed efficacia della funzione giudiziaria, pienamente rispettosa dei relativi valori costituzionali ed attuativa del principio di obbligatorietà dell'azione penale.

[13] La delibera proseguiva, indicando come ulteriori esempi di scelte discrezionali immanenti, quelle concernenti «la creazione di gruppi di lavoro, l'emanazione di direttive in materia di protocolli investigativi, la creazione di strutture di trattazione centralizzata degli affari, l'indirizzo per l'utilizzazione massiva di riti alternativi come il decreto penale di condanna, e dunque a prescindere dalla eventuale enunciazione di un catalogo di reati prioritari, intesi in astratto o attraverso concorrenti metodi selettivi (es. valore economico del bene protetto, offensività in concreto ecc.)».

4. L'esercizio dell'azione penale nella L. 134/2021

La legge di riforma del processo penale appena approvata introduce per la prima volta una disciplina normativa sui criteri di priorità e, più in generale, incide sotto diversi aspetti sull'esercizio dell'azione penale. Innanzi tutto, delega il Governo ad intervenire sugli artt. 125 disp. att. c.p.p. e 425 c.p.p. e quindi sull'archiviazione per infondatezza della notizia di reato, sostituendo l'inidoneità a sostenere l'accusa in giudizio, con l'insufficienza degli elementi acquisiti nelle indagini preliminari, i quali non consentano «una ragionevole previsione di condanna» (art. 1, comma 9, lett. a), nonché sulla sentenza di non luogo a procedere a conclusione dell'udienza preliminare, che verrebbe pronunciata, analogamente, anche quando gli elementi acquisiti non consentano una ragionevole previsione di condanna (art. 1, comma 9, lett. m). L'intento è di rendere più rigorosa la valutazione prognostica e quindi di facilitare il ricorso all'archiviazione per infondatezza della *notitia criminis*. La Corte costituzionale ha avuto modo di pronunciarsi sulla precedente formulazione dell'art. 125 disp. att. c.p.p. già nel 1991[14], pochi anni dopo l'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale. In quella circostanza la Consulta aveva evidenziato la necessità di interpretare la norma in modo da garantire un contemperamento tra il *favor actionis*, in base al quale nei casi dubbi l'azione deve essere esercitata e non omessa, e il limite implicito alla stessa obbligatorietà, secondo cui il processo non deve essere instaurato quando si riveli oggettivamente superfluo. Nel ragionamento della Corte si evidenziava come l'esercizio dell'azione penale si ponesse al termine di una lunga fase di indagini preliminari e pertanto l'infondatezza andava comunque intesa come recante il segno della inequivocità. Secondo la Consulta, «il vero significato della regola così dettata è, quindi, quello della non equivoca, indubbia superfluità del processo»[15]. La modifica prevista dalla legge delega va a incidere su una formula che, nell'interpretazione della Corte, consentiva un equilibrio tra *favor actionis* e superfluità del processo e rispetto alla quale si era ormai consolidata una certa prassi applicativa. Le modifiche riapriranno inevitabilmente il dibattito sui presupposti dell'archiviazione in genere, a partire dal ruolo che il precedente giudiziario dovrà rivestire per valutare in anticipo la «ragionevole previsione di condanna» e sulla possibilità di conciliare questa nuova formula con il *favor actionis*.[16] Il legislatore con ogni probabilità ha tenuto conto dell'elevato numero di assoluzioni rispetto ai procedimenti avviati e ha inteso richiedere a p.m. e g.u.p. «un vaglio più penetrante sulla solidità

[14] Cfr. la nota sent. 15 febbraio 1991, n. 88.
[15] Analogamente nell'ord. 11 aprile 1997, n. 96.
[16] Sempre nella sent. n. 88/1991 la Corte aveva affermato che la regola dettata per il p.m. dall'art. 125 disp. att. c.p.p. «consiste in una valutazione degli elementi acquisiti non più nella chiave dell'esito finale del processo, bensì nella chiave della loro attitudine a giustificare il rinvio a giudizio» e che «la sostituzione del termine "idonei" a quello di "sufficienti" designa un quantum minore di elementi, ma la loro valutazione diventa funzionale non alla condanna, bensì alla sostenibilità dell'accusa». Nella successiva sent. 24 aprile 2009, n. 121, la Corte ha confermato questa impostazione, sostenendo che «la decisione sull'esercizio dell'azione penale si fonda su una valutazione di utilità del passaggio alla fase processuale: valutazione a carattere "dinamico", che tiene conto anche di quanto può ritenersi ragionevolmente acquisibile nella fase dibattimentale».

dell'impianto accusatorio e sulla immediata e concreta potenzialità degli elementi raccolti di condurre ad una sentenza di condanna»[17].

La legge prevede altresì una delega al Governo perché si consenta al soggetto indagato e alla persona offesa di prendere conoscenza degli atti di indagine, una volta scaduto il termine per l'esercizio delle determinazioni in proposito. Nell'attuazione della delega il Governo è poi chiamato a introdurre una disciplina «che, in ogni caso, rimedi alla stasi del procedimento, mediante un intervento del giudice per le indagini preliminari». In proposito si è evidenziato come la previsione tradisca una «sostanziale sfiducia nell'efficacia dell'avocazione delle indagini da parte del Procuratore generale presso la Corte d'appello, già prevista allo scopo dagli artt. 412 e 413 del codice di rito»[18].

Inoltre, ed è questo l'aspetto in questa sede di maggior interesse, la legge di riforma stabilisce che gli uffici del pubblico ministero dovranno individuare criteri di priorità trasparenti e predeterminati, nell'ambito di criteri generali stabiliti dal Parlamento con legge. Sotto questo profilo la legge approvata si allontana dall'originario progetto Bonafede, che affidava, invece, l'elaborazione dei criteri al Procuratore della Repubblica, previa interlocuzione con il Procuratore generale presso la Corte d'appello e con il Presidente del Tribunale. Il progetto del 2020 prevedeva altresì che nell'elaborazione dei criteri si tenesse «conto della specifica realtà criminale e territoriale, delle risorse tecnologiche, umane e finanziarie disponibili e delle indicazioni condivise nella conferenza distrettuale dei dirigenti degli uffici requirenti e giudicanti». Nella Relazione illustrativa si spiegava che l'individuazione di criteri di priorità da parte del Procuratore della Repubblica era finalizzata a garantire, tra gli altri, i principi di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione pubblica, principi ritenuti «incompatibili con una sostanziale discrezionalità del singolo magistrato nelle scelte sulle priorità». Il progetto di legge Bonafede prendeva spunto, dunque, dalle prassi sopra richiamate, facendo proprie le indicazioni contenute nelle circolari e risoluzioni del C.S.M. che si sono succedute negli ultimi quindici anni.

La riforma approvata con la l. 134/2021, invece, con un meccanismo non proprio lineare, conferisce una delega al Governo perché adotti, entro un anno dall'entrata in vigore della legge stessa, uno o più decreti legislativi recanti modifiche al codice di procedura penale e alle disposizioni dell'ordinamento giudiziario e stabilisce, tra i principi e criteri direttivi, che il Governo, nell'esercizio della delega, è tenuto a «prevedere che gli uffici del pubblico ministero, per garantire l'efficace e uniforme esercizio dell'azione penale, nell'ambito dei criteri generali indicati dal Parlamento con legge, individuino criteri di priorità trasparenti e predeterminati, da indicare nei progetti organizzativi delle procure della Repubblica, al fine di

[17] Così E. SCORZA, *La riforma della giustizia penale: prime riflessioni*, in *Osserv. Cost.*, n. 1, 2022, p. 179. Sull'argomento si vedano le considerazioni di E. MARZADURI, *Qualche considerazione sui rapporti tra principio di obbligatorietà dell'azione penale e completezza delle indagini preliminari*, in AA.VV., *L'obbligatorietà dell'azione penale*, *cit.*, pp. 113 ss.

[18] E. SCORZA, *La riforma della giustizia penale*, *cit.*, p. 175.

selezionare le notizie di reato da trattare con precedenza rispetto alle altre, tenendo conto anche del numero degli affari da trattare e dell'utilizzo efficiente delle risorse disponibili; allineare la procedura di approvazione dei progetti organizzativi delle procure della Repubblica a quella delle tabelle degli uffici giudicanti» (art. 1, comma 9, lettera i). In sostanza, dunque, gli uffici del pubblico ministero sono chiamati a individuare criteri di priorità nell'ambito, però, di criteri generali indicati dal Parlamento.

Il richiamo a criteri generali stabiliti dalla legge è stato peraltro oggetto di critiche da parte del C.S.M. in occasione del parere emesso, su richiesta del Ministro della giustizia, rispetto agli emendamenti apportati dal Governo all'originario progetto di legge. Il C.S.M. ha mostrato piuttosto di condividere la scelta iniziale del progetto Bonafede, ovvero l'idea di attribuire al Procuratore della Repubblica l'individuazione dei criteri di priorità, sulla base di quella che viene definita una visione attualizzata dell'art. 112 Cost., da bilanciare con gli altri principi costituzionali di buon andamento dell'amministrazione della giustizia (art. 97 Cost.) e del giusto processo (art. 111). Secondo il Consiglio superiore della magistratura, la scelta di attribuire al Parlamento l'individuazione di criteri generali avrebbe in sostanza mutato la natura degli stessi, che si trasformerebbero così da mero strumento di organizzazione dell'attività interna degli uffici requirenti, effettuata esclusivamente sulla base delle condizioni oggettive dell'ufficio e della realtà territoriale in cui si colloca, in una modalità per orientare la funzione giurisdizionale verso il conseguimento di specifici obiettivi di politica criminale, in quanto, con le parole del C.S.M., la selezione delle priorità verrebbe ad essere operata sulla base di criteri 'valoriali', frutto di elaborazione politica. L'individuazione in via legislativa dei criteri di priorità è poi criticata anche da un punto di vista pratico, perché verrebbe ad essere vanificato il connotato della duttilità dei criteri stessi e, nel caso in cui questi non fossero adeguati alla realtà criminale dell'ufficio, il dirigente non potrebbe modulare in modo congruo i criteri di dettaglio.

5. Criteri di priorità e obbligatorietà dell'azione penale

Per un commento più approfondito si dovrà attendere l'emanazione dei decreti delegati e l'individuazione dei criteri generali con legge del Parlamento, ma anche le prime applicazioni da parte degli uffici dei p.m. con l'adozione dei criteri più specifici. Fin da ora si possono, però, svolgere alcune riflessioni almeno su due aspetti, ossia la compatibilità in astratto dei criteri di priorità con l'art. 112 Cost. e l'individuazione del soggetto che preferibilmente dovrebbe essere chiamato ad effettuare una simile scelta.

La legge di riforma sottolinea che l'obiettivo è quello di individuare le notizie di reato da trattare con precedenza. D'altra parte, in un sistema in cui non si riescono a perseguire tutte le notizie di reato, è improbabile che i criteri in questione possano avere una mera efficacia organizzativa. Essi finirebbero piuttosto col determinare quali notizie di reato potrebbero essere messe da parte, accettando il fatto che

i reati in questione andrebbero incontro quasi certamente a prescrizione. È sulla base di questa premessa che si deve valutare la compatibilità con la Costituzione dei criteri di priorità.[19]

Per un verso si sostiene che i criteri di fatto sono già esistenti nel processo penale per fronteggiare l'enorme mole di lavoro delle procure e che l'utilità di normarli è proprio legata all'esigenza di «governare la prassi della discrezionalità»[20], rendendo omogeneo l'esercizio dell'azione penale prima all'interno di ciascuna procura e poi su tutto il territorio nazionale. Si tratta di argomenti già emersi verso la fine degli anni Ottanta e primi anni Novanta, che sono stati infatti utilizzati a supporto di quelle prime circolari diffusesi proprio in quel periodo in alcune procure del nord Italia e cui si è già fatto cenno. Alla base l'idea che i criteri non siano in contrasto con l'obbligo di cui all'art. 112 Cost., in quanto il mancato esercizio a seguito dell'applicazione dei criteri stessi non deriverebbe «da considerazioni di opportunità relative alla singola notizia di reato», ma avrebbe causa «nel limite oggettivo alla capacità di smaltimento del lavoro dell'organismo giudiziario nel suo complesso e delle Procure della Repubblica in particolare»[21]. In sostanza, l'impossibilità pratica non andrebbe confusa con valutazioni di opportunità che inducono il p.m. a non esercitare l'azione penale. Al contempo ragioni di uguaglianza e di buon andamento e imparzialità dell'amministrazione, inclusa quella della giustizia, escluderebbero che scelte delicate in tema di persecuzione dei reati possano essere lasciate alla determinazione di ciascun singolo magistrato addetto all'ufficio del p.m. Si tratterebbe, dunque, di prendere atto della situazione di fatto, far emergere questa forma di discrezionalità e regolamentarla, «per riportare la prassi a criteri e regole almeno orientative»[22].

D'altra parte, non si può tacere che, nel momento in cui l'applicazione dei criteri in questione conduca non tanto a scegliere quali reati perseguire prima, bensì, in sostanza, a decidere quali reati possono anche non essere perseguiti, ci si trova di fronte ad un'attenuazione della portata del principio sancito nell'art. 112 Cost., difficilmente giustificabile sulla base di un improbabile bilanciamento con i principi costituzionali di cui agli artt. 97 e 111 Cost. I criteri di priorità possono indubbiamente venire incontro

[19] Cfr. sul tema P. FERRUA, *Criteri di priorità*, in AA.VV., *L'obbligatorietà dell'azione penale*, *cit.*, p. 23, che distingue tra criteri *regolativi*, i quali si limitano a razionalizzare la gestione di un sistema in grado di gestire il carico penale e criteri *selettivi*, che intervengono, invece, in un sistema sovraccarico, deflazionando le notizie di reato. Nello stesso senso cfr. A. MARANDOLA, *Molti interlocutori e plurimi criteri: il difficile punto di caduta della priorità delle indagini*, in *Dir. Pen. Proc.*, n. 9, 2021, p.1162. Cfr. anche, se si vuole, G. MONACO, *L'obbligatorietà dell'azione penale*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 256 ss.

[20] Così E. AMODIO, *Intervento*, in AA.VV., *L'obbligatorietà dell'azione penale*, *cit.*, p. 55, secondo cui è opportuno «razionalizzare e anche contenere le spinte emotive ed arbitrarie che possono inquinare la gestione dell'azione penale».

[21] Così V. ZAGREBELSKY, *Stabilire le priorità nell'esercizio obbligatorio dell'azione penale*, in AA.VV., *Il pubblico ministero oggi*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 105. Già in precedenza, dello stesso Autore si vedano le considerazioni sul malfunzionamento degli uffici giudiziari e sul rischio concreto che l'enorme mole dei procedimenti pendenti consenta una gestione differente dei procedimenti stessi e quindi una scelta del p.m. - definita «incontrollabile» - di quali avviare e di quali tenere fermi. Cfr. ID., *Indipendenza del pubblico ministero e obbligatorietà dell'azione penale*, in G. CONSO (a cura di), *Pubblico ministero e accusa penale. Problemi e prospettive di riforma*, Zanichelli, Bologna, 1979, p. 10.

[22] Così M. CHIAVARIO, *Obbligatorietà dell'azione penale. Il principio e la realtà*, in AA.VV., *Il pubblico ministero oggi*, *cit.*, p. 95. In senso analogo anche G. NEPPI MODONA, *Principio di legalità e nuovo processo penale*, in AA.VV., *Il pubblico ministero oggi*, *cit.*, p. 124.

ad esigenze di organizzazione ed efficienza del sistema giudiziario, ma rischiano di scontrarsi con l'obbligatorietà dell'azione penale, anche in relazione alla scelta concreta dei criteri, che potrebbero riguardare la concreta offensività del fatto di reato, o ragioni di economia processuale, ma anche valutazioni ulteriori, come quelle eventualmente legate al c.d. "allarme sociale" che potrebbe derivare da particolari fatti o situazioni[23]. Le perplessità aumenterebbero nel caso di criteri di tale natura, legati a clausole troppo generiche, che consentissero in definitiva ai p.m. valutazioni di opportunità, difficilmente verificabili.

In via generale, poi, se un reato non viene perseguito, che ciò avvenga in virtù di una scelta autonoma del p.m. o nel rispetto di criteri stabiliti dal procuratore sulla base di una legge, si va comunque a coinvolgere il sistema prefigurato dall'art. 112 Cost. Il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale richiede innanzi tutto che l'azione venga esercitata quando, al termine delle indagini, emergono elementi in grado di consentire l'accertamento dei fatti e l'individuazione, con conseguente punizione, dell'autore del reato, secondo quel *favor actionis* evidenziato dalla Corte nella nota pronuncia n. 88 del 1991[24]. Ciò implica, d'altra parte, un obbligo di attivarsi per verificare l'esistenza stessa dei presupposti dell'azione.[25] Il principio di cui all'art. 112 Cost. non esaurisce, quindi, la sua portata nel momento in cui il p.m. decide se chiedere l'archiviazione o il rinvio a giudizio, ma copre anche la precedente fase delle indagini preliminari, nel senso che presuppone il dovere del p.m. di ricercare e acquisire gli elementi necessari per sostenere l'accusa in giudizio[26]. La Consulta ha infatti riconosciuto che è in conflitto con l'art. 112 Cost. l'imposizione al p.m., da parte dell'esecutivo, dello svolgimento di una determinata attività, anche nel caso in cui il p.m. ritenga che l'attività in questione possa cagionare un pregiudizio per la prosecuzione delle indagini.[27]

---

[23] Cfr. F. PALAZZO, *Sul pubblico ministero: riformare sì, ma con giudizio*, in *Quest. Giust.*, n. 2, 2021, p. 62.

[24] In quella circostanza, si rammenta, la Consulta aveva evidenziato la necessità di interpretare la norma - l'art. 125 disp. att. c.p.p. - in modo da assicurare un contemperamento tra il *favor actionis* da un lato, in base al quale nei casi dubbi l'azione deve essere esercitata e non omessa, ed il limite implicito alla stessa obbligatorietà, secondo cui il processo non deve essere instaurato quando si riveli oggettivamente superfluo. Così la sent. n. 88/1991, *cit.*

[25] Cfr. C. VALENTINI, *L'obbligatorietà dell'azione penale tra criteri di priorità e garanzia di eguaglianza*, in F.R. DINACCI (a cura di), *Processo penale e Costituzione*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 136.

[26] Cfr. F. CAPRIOLI, *L'archiviazione*, Jovene, Napoli, 1994, p. 534; M. TIRELLI, *Verso un processo inquisitorio?*, in M. TIRELLI (a cura di), *Recenti orientamenti in tema di pubblico ministero ed esercizio dell'azione penale*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 26; E. MARZADURI, *Azione (Diritto processuale penale)*, in *Enc. Giur.*, IV, Roma, 1994, p. 2; D. VICOLI, *Scelte del pubblico ministero nella trattazione delle notizie di reato e art. 112 Cost.: un tentativo di razionalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 266.

[27] Cfr. la sent. 8 settembre 1995, n. 420, con cui la Corte ha deciso un conflitto di attribuzione tra pubblico ministero e Governo, in relazione ad un regolamento che imponeva al pubblico ministero la redazione di un verbale con un contenuto specifico, al fine di ottenere l'ammissione di un collaboratore ad un programma di protezione. Già nella precedente sentenza n. 88/91 la Corte aveva ricavato dagli artt. 326 e 358 c.p.p. l'esistenza di un principio, almeno tendenziale, di completezza delle indagini preliminari, il quale svolgerebbe anche la funzione di «argine contro eventuali prassi di esercizio "apparente" dell'azione penale».

Stabilire, dunque, un ordine di priorità, che nella sostanza precluda al p.m. di indagare su determinati reati, in quanto non indicati come prioritari e destinati quasi certamente a prescrizione, non appare in linea con l'art. 112 Cost., che impone al p.m. di svolgere indagini complete rispetto a qualunque fatto di reato, al fine poi di esercitare l'azione penale, salvo che l'instaurando processo non appaia oggettivamente superfluo[28]. Non si condivide, pertanto, la tesi che l'art. 112 Cost sia diretto principalmente ad impedire scelte discrezionali del p.m. rispetto a singole notizie di reato[29]. Indubbiamente una lettura rigorosa dell'art. 112 Cost rischia di scontrarsi con la realtà di un sistema cui mancano le risorse per indagare su ogni notizia di reato. E per tali ragioni da anni si propone un'interpretazione più elastica del principio, così da immettere nel sistema quei correttivi che, senza intaccare la *ratio* del principio in questione[30] e gli interessi costituzionali ad esso sottesi – dall'indipendenza del p.m. nell'esercizio delle sue funzioni[31], al principio di uguaglianza[32] e a quello di legalità sostanziale[33] – consentano una sorta di discrezionalità controllata, finalizzata ad un funzionamento più efficiente del processo penale e ad una migliore organizzazione degli uffici.[34]

Pur condividendo le preoccupazioni manifestate per un sistema in cui non si riesce a far fronte al carico pendente e proprio perché, si ribadisce, si tratterebbe di criteri di carattere deflattivo e non meramente organizzativi, il principio di cui all'art. 112 Cost. rischia, però, di essere in sostanza aggirato[35] e con esso

[28] Cfr. anche C. VALENTINI, *L'obbligatorietà dell'azione* penale, *cit.*, p. 131, secondo cui il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale null'altro prescrive «se non che tutti i reati vengano perseguiti senza valutazioni che siano differenti dall'esigenza di accertare il fatto e giungere all'individuazione/punizione del colpevole». Peraltro, la l. 134/2021 incide anche sui limiti c.d. impliciti dell'obbligatorietà dell'azione penale, in quanto il p.m., per chiedere il rinvio a giudizio, dovrà effettuare una valutazione *ex ante* sul fatto che gli elementi raccolti nel corso delle indagini consentano una ragionevole previsione di condanna.

[29] In tal senso anche P. GUALTIERI, *Azione penale discrezionale*, *cit.*, p. 37.

[30] Cfr. la sent. 26 luglio 1979, n. 84, in cui si legge che l'obbligatorietà dell'azione penale «è stata costituzionalmente affermata come elemento che concorre a garantire, da un lato, l'indipendenza del Pubblico Ministero nell'esercizio della propria funzione e, dall'altro, l'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge penale»; si veda altresì la sentenza più volte richiamata n. 88/1991, in cui il principio di obbligatorietà viene definito «punto di convergenza di un complesso di principi basilari del sistema costituzionale, talché il suo venir meno ne altererebbe l'assetto complessivo». Il riferimento esplicito è non solo al principio di uguaglianza e all'indipendenza del pubblico ministero, ma anche al principio di legalità, che necessita, per la sua concretizzazione, della legalità nel procedere, salvaguardata proprio dall'obbligatorietà dell'azione penale.

[31] Tra i tanti cfr. M. CHIAVARIO, *L'azione penale tra diritto e politica*, Cedam. Padova, 1995, pp. 39 ss.; A. MOLARI, *Introduzione*, in M. TIRELLI (a cura di), *Recenti orientamenti*, *cit.*, p. 9.

[32] Cfr. G. UBERTIS, *Azione (azione penale)*, in *Enc. Giur.*, IV, Roma, 1988, p. 4.

[33] Cfr. V. ZAGREBELSKY, *Indipendenza del pubblico ministero*, *cit.*, p. 6; M. DEVOTO, *Obbligatorietà-discrezionalità dell'azione penale. Ruolo del pubblico ministero*, in *Cass. Pen.*, 1996, p. 2040.

[34] Oltre alle riflessioni di Autori - Dominioni, Amodio, V. Zagrebelsky, Chiavario, Neppi Modona – già richiamati in precedenti note (cfr. *supra*, note nn. 8, 20, 21 e 22), in tempi più recenti cfr. N. ROSSI, *Per una cultura della discrezionalità del pubblico ministero*, in *Quest. Giust.*, n. 2, 2021, pp. 16 ss.; A. MARANDOLA, *Molti interlocutori e plurimi criteri*, *cit.*, pp. 1165-1166, secondo cui «i criteri di priorità sono strumenti organizzativi inevitabili anche se non graditi, legati come sono all'ineluttabile scarto tra le risorse esistenti e la domanda di giustizia». In questa prospettiva ciò che conta è che le scelte siano soggette ad una adeguata forma di controllo democratico, nonché garantire la loro trasparenza e costante controllabilità.

[35] Sia consentito rinviare a G. MONACO, *L'obbligatorietà*, *cit.*, p. 260. Analogamente cfr. S. CATALANO, *Rimedi peggiori dei mali: sui criteri di priorità nell'azione penale*, in *Quad. cost.*, n. 1, 2008, pp. 73 ss.

anche gli altri principi costituzionali sottesi, dal principio di uguaglianza, alla stessa indipendenza del pubblico ministero, che potrebbe essere inficiata a seconda del soggetto prescelto per stabilire i criteri di priorità[36]. È per questa ragione, del resto, che in passato è stata proposta una revisione costituzionale per inserire già nell'art. 112 la facoltà del legislatore di modulare il principio stesso in funzione di altre esigenze, consentendo al legislatore di introdurre criteri di priorità[37]. Ovviamente non sarebbe opportuno prevedere genericamente che il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale possa essere declinato liberamente dal legislatore[38] – come ipotizzato nel progetto Alfano del 2011 o ancora prima nel progetto elaborato dalla Commissione bicamerale presieduta da D'Alema nel 1997 - pena lo svilimento del principio stesso e la possibile introduzione di ipotesi anche estese di discrezionalità. Al limite, nella formulazione dell'art. 112 Cost. si dovrebbe inserire un richiamo esplicito alla predisposizione con legge di criteri di priorità. In ogni caso, anche nell'ipotesi di una revisione costituzionale, resterebbero comunque le perplessità legate all'incidenza dei criteri di priorità sul principio di eguaglianza[39] e per tale ragione sarebbe preferibile insistere su strade alternative e che non impattano sull'art. 112 Cost., dall'impiego di maggiori risorse umane ed economiche, ad una più ampia depenalizzazione, passando attraverso l'incremento del numero dei reati perseguibili a querela[40]. Del resto, le difficoltà pratiche nell'attuazione di un principio non devono spingere verso un suo superamento o scolorimento[41], basti pensare alle difficoltà di concretizzazione del principio di uguaglianza o all'obiettivo irraggiungibile, ma non per questo da non perseguire, della certezza del diritto.

6. Individuazione dei criteri generali con legge del Parlamento

A chi dovrebbe spettare poi l'individuazione dei criteri? La riforma approvata ha sottratto ai Procuratori della Repubblica questa competenza che il progetto originario riconosceva loro in via esclusiva. Spetterà in prima battuta al Parlamento fornire un'indicazione dei criteri generali, poi i vari uffici del p.m. potranno

[36] Basti pensare all'ipotesi in cui fosse il governo a decidere i criteri in questione.
[37] Sull'opportunità di una modifica dell'art. 112 Cost. si veda anche R.E. KOSTORIS, *Obbligatorietà dell'azione penale e criteri di priorità fissati dalle procure*, in AA.VV., *L'obbligatorietà dell'azione penale*, *cit.*, p. 50.
[38] Cfr. anche F. VECCHIO, *Pericolo populista e riforme della giustizia. A proposito di alcune insoddisfacenti proposte di riforma dell'obbligatorietà dell'azione penale*, in *Riv. A.I.C.*, n. 1, 2021, p. 89., critico per analoghe ragioni nei confronti del progetto di riforma costituzionale di iniziativa popolare C-14, presentato dall'Unione delle Camere penali alla Camera dei deputati il 31 ottobre 2017, che proponeva di aggiungere all'attuale formulazione dell'art. 112 Cost. l'inciso «nei casi e nei modi previsti dalla legge». Analogamente cfr. G. TARLI BARBIERI, *Stato di diritto e funzione requirente in Italia: un unicum europeo?*, in *Quest. Giust.*, n. 2, 2021, p. 49.
[39] Cfr. M. D'AMICO, *Una riforma costituzionale incostituzionale?*, in *Dir. Pen. Contemp. Riv. Trim.*, 2011, p. 69.
[40] Cfr. G. MONACO, *L'obbligatorietà*, *cit.*, p. 262; S. CATALANO, *Rimedi peggiori dei mali*, cit., p. 100; M. D'AMICO, *Una riforma costituzionale*, cit., p. 69; C. VALENTINI, *L'obbligatorietà dell'azione* penale, *cit.*, pp. 153-154.
[41] Netta la posizione di G.U. RESCIGNO, *L'esercizio dell'azione pubblica ed il pubblico ministero*, in AA.VV., *Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale*, Cedam, Padova, 2008, p. 141, secondo cui un Paese serio, dopo aver affermato che l'azione penale è obbligatoria, dovrebbe porsi il problema di come garantire l'effettività di tale principio, evitando scelte totalmente incostituzionali, come l'elaborazione di linea guida di politica criminale ad opera di una commissione parlamentare o, peggio ancora, del ministro della giustizia.

muoversi all'interno degli stessi, per l'individuazione di criteri più specifici, tenendo conto anche del numero degli affari da trattare e dell'utilizzo efficiente delle risorse disponibili.

La scelta finale si lascia preferire rispetto a quanto previsto dal primo progetto. L'individuazione di criteri di priorità è una scelta di politica criminale, che travalica la mera organizzazione interna degli uffici e può essere solo il Parlamento, mediante lo strumento della legge, a stabilire in via generale quali sono le priorità, nel rispetto del principio di legalità e della previsione di cui all'art. 111, co. 1, Cost., secondo cui il giusto processo è regolato dalla legge[42]. Indubbiamente può apparire contraddittorio, nel caso di criteri che fossero incentrati sulla tipologia di reati, decidere che un certo fatto merita di ricevere una sanzione penale e, al contempo, consentire che rimanga impunito in quanto reato non prioritario e destinato alla prescrizione, il tutto a discapito della certezza del diritto e, come è stato rilevato, della «funzione orientativa e stabilizzatrice» del precetto penale[43]. Senza dimenticare il rischio che indicazioni troppo precise potrebbero rappresentare una sorta di dichiarazione di non punibilità di determinati reati, con probabile incremento della commissione di quei fatti criminosi. Lo strumento della legge, però, non solo appare quanto meno in linea con il principio di legalità, ma offre altresì alla Corte costituzionale la possibilità di verificare la legittimità dei criteri generali di priorità.

Oltretutto, consentire a ciascun procuratore di individuare i criteri ritenuti più opportuni potrebbe incidere negativamente sul principio di uguaglianza[44], in quanto il medesimo fatto potrebbe essere perseguito o meno a seconda del luogo in cui è stato commesso e della diversa organizzazione delle Procure. A questa considerazione, ancora una volta, si potrebbe obiettare che è quel che succede normalmente, per ragioni legate alla distribuzione delle risorse e alle capacità organizzative e di smaltimento dei carichi pendenti di ciascun ufficio. D'altra parte, un conto è avere contezza del malfunzionamento del sistema, altro è intervenire normativamente per ridurne le conseguenze, senza però incidere sulle cause reali e accettando l'ipotesi di fondo, ossia che tra i diversi uffici del p.m. possano essere individuate priorità anche radicalmente differenti tra loro.

Proprio perché si tratta di una scelta di politica criminale non si può, poi, ritenere che i criteri in questione possano essere stabiliti in accordo con il C.S.M., o direttamente dal C.S.M.,[45] la cui funzione non è quella di incidere sull'azione degli organi giudiziari, come si ricava dal complesso delle norme costituzionali riguardanti la magistratura,[46] trattandosi di organo di garanzia (dell'autonomia e dell'indipendenza della

[42] Analogamente si veda P. FERRUA, *Criteri di priorità*, *cit.*, p. 27. In precedenza, sulla preferenza per lo strumento della legge, cfr. già D. VICOLI, *Scelte del pubblico ministero*, cit., p. 281.
[43] Cfr. F. PALAZZO, *Sul pubblico ministero*, *cit.*, p. 63.
[44] Cfr. A. MOLARI, *Introduzione*, *cit.*, p. 11.
[45] Così in ipotesi M. CHIAVARIO, *Obbligatorietà dell'azione penale*, *cit.*, pp. 95-96.
[46] In questo senso N. ZANON, *Pubblico ministero e Costituzione*, Cedam, Padova, pp. 243 ss., il quale insiste sul rilievo fondamentale spettante agli artt. 101, comma 2 e 112 Cost., volti a garantire gli organi giudiziari da qualsiasi genere di interferenza. Cfr. anche S. CATALANO, *Rimedi peggiori dei mali*, *cit.*, p. 94*;* S. BARTOLE, *Autonomia e indipendenza*

magistratura) e non di governo[47], privo pertanto di una funzione di indirizzo politico[48]. Peraltro, il frequente ricorso a circolari, risoluzioni e direttive da parte del C.S.M., anche per sopperire a lacune legislative, è stato in passato contestato da una parte della dottrina[49], proprio perché atti normativi (o paranormativi), con una portata che va ben al di là della sfera interna del C.S.M., in violazione, si è detto, della riserva di legge contenuta nell'art. 108 Cost.[50], come anche dell'art. 105 Cost., che impone al C.S.M. di svolgere i propri compiti e assumere le relative deliberazioni «secondo le norme dell'ordinamento giudiziario». Il tema rientra, peraltro, nel più ampio progetto di riforma dell'ordinamento giudiziario attualmente in discussione, con possibili novità anche di rilievo[51]; ad oggi si deve, però, tener presente

dell'ordine giudiziario, Cedam, Padova, 1964, p. 4, che sottolinea come la Costituzione non abbia affidato al C.S.M. «la cura degli interessi particolari dell'ordine giudiziario», ma soltanto «l'esercizio di quei poteri amministrativi e giurisdizionali di cui lo Stato si riserva la titolarità nel quadro della disciplina legislativa del rapporto di pubblico impiego giudiziario».

47 Così G. SILVESTRI, *Sessant'anni ed oltre di governo autonomo della magistratura. Un bilancio e una riflessione sul futuro del CSM. Conclusioni*, in *Forum Quad. cost.*, n. 4, 2020, p. 514. Analogamente M. LUCIANI, *Il Consiglio superiore della magistratura nel sistema costituzionale*, in *Osserv. Cost.*, n. 1, 2020, pp. 14-15.

48 Cfr. M. DEVOTO, *Il ruolo del Consiglio superiore della magistratura nell'ordinamento costituzionale dello Stato*, in A. PIZZORUSSO (a cura di), *L'ordinamento giudiziario*, Il Mulino, Bologna, 1974, pp. 290 ss., secondo cui il compito del C.S.M. è quello di contribuire alla funzionalità dei servizi giudiziari e tale «funzione "servente" sarà tanto meglio adempiuta quanto più il suo compito sarà neutro». In un sistema democratico organi di garanzia non possono definire scelte generali o di indirizzo per la cura degli interessi della collettività. Così V. ONIDA, *La posizione costituzionale del CSM e i rapporti con gli altri poteri*, in B. CARAVITA (a cura di), *Magistratura, C.S.M. e principi costituzionali*, Laterza, Bari, 1994, p. 19. Sul tema cfr. anche le considerazioni di A. PIZZORUSSO, *L'organizzazione della giustizia in Italia*, Einaudi, Torino, 1990, p. 108. Secondo l'Autore, anche il C.S.M. deve poter «stabilire degli indirizzi cui uniformare l'attività amministrativa sua e degli organi che da lui dipendono». Non si tratta però di interferire con la politica dei partiti, bensì di «avere una *policy*, cioè un complesso di criteri orientativi». In senso analogo F. DAL CANTO, *Le prospettive di riforma elettorale del Consiglio superiore della magistratura*, in *Riv. Gruppo di Pisa*, n. 1, 2021, pp. 9-10. Silvestri in proposito, richiamando la nota tesi di Barile sul Presidente della Repubblica, afferma che per il C.S.M. si può al limite palare di "indirizzo politico costituzionale", da tenere distinto dall'indirizzo politico di maggioranza, proprio di un organo di governo. Così G. SILVESTRI, *Sessant'anni ed oltre*, *cit.*, p. 514.

49 Cfr. in senso critico V. ONIDA, *La posizione costituzionale del CSM*, *cit.*, pp. 34-35; F. SORRENTINO, *I poteri normativi del CSM*, in B. CARAVITA (a cura di), *Magistratura, cit.*, pp. 44 ss. Di diverso avviso G. SERGES, *La potestà normativa*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Il Consiglio Superiore della Magistratura. Aspetti costituzionali e prospettive di riforma*, Giappichelli, Torino, 2001, 48 ss.; G. VOLPE, voce *Consiglio superiore della magistratura*, in *Enc. Dir., Agg.*, IV, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 390 ss., secondo cui il fondamento dogmatico dell'attività normativa (imprevista ed atipica) deve essere rintracciato direttamente nell'art. 104 Cost., che definisce la magistratura come ordine autonomo. Ne consegue che la magistratura è un'organizzazione dotata di capacità normativa e che «i suoi organi sono legittimati ad esprimersi anche mediante tipici atti normativi a contenuto astratto e generale (oltre che per mezzo di concreti provvedimenti)».

50 Così F. SORRENTINO, *I poteri normativi del CSM*, *cit.*, p. 45. La riserva di cui all'art. 108 Cost., secondo l'Autore, non ha mero contenuto organizzatorio, ma si ricollega alle garanzie di indipendenza per i singoli magistrati, garanzie che operano non solo nei confronti degli altri poteri, ma anche rispetto allo stesso CSM. Pertanto, la legge dovrà costituire fondamento e parametro dell'attività amministrativa del Consiglio. Secondo Onida si tratta di riserva assoluta di legge e non può pertanto invocarsi il principio posto a fondamento della potestà regolamentare del Governo, per cui il potere di provvedere discrezionalmente include anche quello di prestabilire, autovincolandosi, i criteri in base ai quali provvedere, perché una simile predeterminazione si configurerebbe come un'integrazione del potere normativo, inaccettabile in presenza di una riserva assoluta di legge. Così V. ONIDA, *La posizione costituzionale del CSM*, *cit.,* p. 34. Sul tema cfr. S. BARTOLE, *Autonomia e indipendenza*, cit., p. 240. Nel senso che la riserva di legge di cui all'art. 108 Cost. sia quanto meno «fortemente scossa», si veda, pur da prospettive differenti, G. VOLPE, *Le origini dell'organizzazione corporativa della magistratura e i poteri normativi del CSM*, in A. PACE, S. BARTOLE, R. ROMBOLI (a cura di), *Problemi attuali della giustizia in Italia*, Jovene, Napoli, 2010, p. 82.

51 Cfr. G. VERDE, *L'emergere dell'autonomia normativa del CSM (Notazioni a margine del dibattito sulla riforma dell'ordinamento giudiziario)*, in *Consulta Online*, n. 3, 2021, pp. 796 ss.

che alla base degli atti cd. "paranormativi" del C.S.M. vi sono gli artt. 24 e 25 del regolamento interno del C.S.M. attualmente vigente[52], secondo cui il Consiglio «può adottare risoluzioni su quanto attiene all'esercizio delle proprie attribuzioni» (art. 24), mentre il Vicepresidente può emanare circolari e direttive, negli ambiti di competenza del Consiglio, «in conformità alla delibera del Consiglio, per dare esecuzione o interpretazione alla legge e ai regolamenti, nonché per fornire criteri di orientamento sull'esercizio delle attribuzioni e della discrezionalità del Consiglio». Difficilmente, partendo da tali previsioni, contenute per di più in un "regolamento interno", si può arrivare a giustificare l'indicazione di criteri di priorità destinate a vincolare gli uffici del p.m., mediante il ricorso a circolari o risoluzioni, in assenza di un previo intervento del legislatore, proprio alla luce delle riserve di cui all'art. 105 e 108 Cost.

In conclusione, la scelta di stabilire criteri di priorità nell'esercizio dell'azione penale, pur venendo incontro a un'esigenza concreta di limitare la c.d. "discrezionalità di fatto" dei p.m., non sembra in linea con il principio di obbligatorietà dell'azione penale, per la cui piena effettività andrebbero piuttosto ricercati rimedi differenti. Appare preferibile, in ogni caso, la scelta di attribuire tale compito in via preliminare al Parlamento, mediante lo strumento della legge, anziché ai singoli procuratori della Repubblica. La l. 134/2021 ha comunque lasciato uno spazio di intervento agli uffici del p.m., che potrà essere tanto maggiore, quanto più elastici risulteranno i criteri generali stabiliti dal legislatore. Una volta che la riforma andrà a regime, risulterà più agevole una riflessione più completa, che tenga conto delle scelte concretamente operate dal legislatore e dagli uffici del p.m.

[52] Regolamento emanato in attuazione dell'art. 20 della L. 24 marzo 1958, n. 195, secondo cui il Consiglio superiore «può disciplinare con regolamento interno il funzionamento del Consiglio».

La dicotomia individualismo *vs.* comunitarismo in azione: il caso della lungoresidenza sul territorio regionale quale requisito condizionante l'assegnazione degli alloggi di edilizia residenziale pubblica*

di Francesco Pallante
Professore associato di Diritto costituzionale
Università degli Studi di Torino

Abstract [It]: L'articolo interpreta l'*overruling* nella giurisprudenza costituzionale sulla residenza prolungata, quale requisito di accesso all'edilizia residenziale pubblica (ordinanza n. 32 del 2008 *vs.* sentenza n. 44 del 2020), alla luce della dicotomia tra individualismo e comunitarismo. La tesi di fondo è che il rapporto tra individuo e territorio sia ancora oggi un nodo irrisolto del vivere associato e, per questo, un «caso difficile» la cui soluzione non può avvenire esclusivamente sul piano giuridico, ma richiede l'intervento di presupposti culturali che condizionano la valutazione del giuridicamente posto.

Title: The dichotomy of individualism *vs.* communitarianism in action: the case of long residence in the region as a condition for the allocation of public residential housing
Abstract [En]: The present article examines the overruling of the constitutional jurisprudence on long-term residence, as a requirement for access to public housing (ordinance no. 32 of 2008 *vs.* sentence no. 44 of 2020), in the light of the dichotomy between individualism and communitarianism. The thesis is that the relationship between the individual and the territory is still today an unresolved knot of associated living and, for this reason, a «difficult case» whose solution cannot take place exclusively on a legal basis, but requires the intervention of cultural presuppositions that condition, precisely, the evaluation of the legal basis.

Parole chiave: individualismo, comunitarismo, residenza prolungata, edilizia residenziale pubblica, territorio
Keywords: individualism, communitarianism, long-term residence, public housing, territory

Sommario: 1. Un recente *overruling* della Corte costituzionale. **2.** I «casi difficili» tra individualismo e comunitarismo. **3.** La non incostituzionalità della lungoresidenza come conseguenza dell'assunzione del presupposto comunitarista (ordinanza n. 32 del 2008). **4.** L'incostituzionalità della lungoresidenza come conseguenza dell'assunzione del presupposto individualista (sentenza n. 44 del 2020). **5.** La (ir)rilevanza del "radicamento" territoriale: un caso ancora «difficile».

* Articolo sottoposto a referaggio.

1. Un recente *overruling* della Corte costituzionale

Sono pochi, anche se non pochissimi, i casi di *overruling*[1] che coinvolgono la Corte costituzionale italiana: i casi, cioè, in cui i giudici, chiamati a due o più riprese a occuparsi della medesima questione, ribaltano con le pronunce successive il contenuto di quelle precedenti.

Tra questi, il più noto è probabilmente quello relativo all'adulterio femminile, che ha visto la Consulta rovesciare la propria posizione tra il 1961 (sentenza n. 64 del 1961), quando non ravvisò incostituzionalità alcuna nella previsione della repressione penale del solo adulterio commesso dalla moglie, e non anche di quello commesso dal marito, e il 1968-1969 (sentenze n. 126 del 1968 e n. 147 del 1969), quando, sia pure attraverso un'argomentazione non sempre lineare, dichiarò l'incostituzionalità della disposizione normativa (l'art. 559 c.p.) che solo qualche anno prima aveva passato indenne il suo esame.

Altri giudizi significativi, che possono essere ricondotti alla categoria dei rovesciamenti giurisprudenziali decisi dalla nostra Corte costituzionale, hanno riguardato: la pubblicità degli anticoncezionali, vietata dall'art. 553 codice penale (sentenza n. 9 del 1965 *vs.* sentenza n. 49 del 1971); il diritto alla salute, di cui all'art. 32 Cost., inteso come diritto non finanziariamente condizionato (tra le altre, sentenze n. 103 del 1977 e n. 992 del 1988 *vs.* sentenza n. 455 del 1990); la costituzione di sindacati da parte dei membri delle forze armate, vietata dall'art. 8, co. 1, della legge n. 382 del 1978 e poi dall'art. 1475, co. 2, del d.lgs. n. 66 del 2010 (sentenza n. 449 del 1999 *vs.* sentenza n. 120 del 2018); l'attribuzione del cognome paterno ai figli, in forza di un complesso normativo risalente a una tradizione plurisecolare (ordinanze n. 176 e 586 del 1988 *vs.* sentenze n. 61 del 2006, n. 286 del 2016 e ordinanza n. 18 del 2021).

Da ultimo, si è verificato il caso della lungoresidenza sul territorio regionale quale requisito condizionante l'assegnazione degli alloggi di edilizia residenziale pubblica, che ha visto sottoposte a giudizio, con esiti opposti, due disposizioni legislative della Regione Lombardia diverse, ma dall'identico tenore normativo: dapprima, avendo per esito il superamento del vaglio di incostituzionalità (ordinanza n. 32 del 2008, relativa all'art. 3, co. 41-bis, della legge della Regione Lombardia 5 gennaio 2000, n. 1); di seguito, avendo per esito la dichiarazione d'incostituzionalità (sentenza n. 44 del 2020, relativa all'art. 22, co. 1, lett. b, della legge della Regione Lombardia 8 luglio 2016, n. 16)[2].

[1] Il tema dell'*overruling* è strettamente legato a quello del precedente vincolante e della regola dello *stare decisis*, tipica degli ordinamenti di *common law* (U. MATTEI, *Precedente giudiziario e* stare decisis, in *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, vol. XIV, Utet, Torino, 1996, pp. 148-167). Negli ordinamenti di *civil law* viene in rilievo soprattutto rispetto al principio della certezza del diritto e all'obbligo di motivazione (una panoramica è in M. CONDORELLI e L. PRESSACCO, Overruling *e prevedibilità della decisione*, in *Questione giustizia*, n. 4, 2018, (consultabile sul sito https://www.questionegiustizia.it).

[2] In generale, sul rapporto tra territorio, cittadinanza e residenza F. DINELLI, *Le appartenenze territoriali. Contributo allo studio della cittadinanza, della residenza e della cittadinanza europea*, Jovene, Napoli, 2011.

2. I «casi difficili» tra individualismo e comunitarismo

In un libro di qualche anno fa[3] avevo sostenuto la tesi che tutti i casi analoghi a quelli sopra ricordati – e, più in generale, tutti i «casi difficili»[4] – sono suscettibili di essere affrontati da due punti di vista tra loro alternativi: il punto di vista individualista o il punto di vista comunitarista. Due prospettive bobbianamente dicotomiche[5], che conducono chi assume l'una o l'altra a risultati opposti. La tesi, dunque, era che, al di là dell'argomentazione dispiegata a sostegno della decisione assunta dai giudici, a determinare l'esito del giudizio nei «casi difficili» è, essenzialmente, la scelta – di carattere culturale, prima ancora che giuridico – tra le due prospettive ora richiamate[6]: una sorta di culturalmente presupposto che condiziona in modo decisivo il giudizio sul giuridicamente posto[7].

E così, per tornare al caso della repressione penale dell'adulterio femminile, assumendo la visione comunitarista non c'è dubbio che il diritto della moglie all'autodeterminazione sentimentale e sessuale debba cedere di fronte all'esigenza di tutelare l'unità del gruppo a cui essa appartiene – la famiglia –, facendo scivolare in secondo piano la pur proclamata uguaglianza tra i coniugi (artt. 3 e 29 Cost.). Così come non c'è dubbio che, assumendo l'opposta visione individualista, è, al contrario, l'unità della famiglia a dover cedere rispetto all'uguale libertà di autodeterminarsi nella propria vita di relazione, che non può che essere riconosciuta, allo stesso modo del marito, anche alla moglie.

Semplificando radicalmente, tutte le volte che vi è un'insanabile contrapposizione tra interessi del gruppo e interessi di un suo singolo componente l'assunzione del comunitarismo conduce a far prevalere gli interessi del gruppo (verso il quale il singolo ha, dunque, soprattutto dei doveri), mentre l'assunzione dell'individualismo conduce a far prevalere gli interessi del singolo (che, dunque, nei confronti del gruppo si pone soprattutto come titolare di diritti).

---

[3] F. PALLANTE, *Per scelta o per destino? La Costituzione tra individualismo e comunitarismo*, Giappichelli, Torino, 2018.

[4] La distinzione tra «casi facili» e «casi difficili» ricorre in H.L.A. HART, *Il positivismo e la separazione fra diritto e morale* (ed. orig. 1958), in H.L.A. HART, *Contributi all'analisi del diritto*, Giuffrè, Milano, 1964, in particolare pp. 128-129, e H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino, 2002 (ed. orig. 1961), cap. VII, in particolare pp. 148-152. G. CALABRESI e P. BOBBIT, *Scelte tragiche*, Giuffrè, Milano, 1985 (ed. orig. 1978) considerano «difficili» quei casi che – sollevando questioni d'interpretazione del fatto (quale caso giuridico configura?) o della disposizione (quale norma giuridica trarne?), se non di entrambi – possono arrivare a imporre «scelte tragiche», vale a dire l'adozione di decisioni non accettabili per tutti.

[5] Ha scritto Norberto Bobbio che «il corso del pensiero politico è dominato da una contrapposizione fondamentale – una vera e propria "grande dicotomia" – tra teorie organicistiche (olistiche) e teorie individualistiche (atomistiche)» (N. BOBBIO, *Organicismo e individualismo: un'antitesi*, in A.M. PETRONI e R. VIALE (a cura di), *Individuale e collettivo. Decisione e razionalità*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 1997, p. 179), vale a dire tra teorie incentrate sulla preminenza della collettività e teorie incentrate sulla preminenza dei singoli. O si assume una prospettiva o si assume l'altra: come in tutte le dicotomie, non c'è spazio per posizioni mediane (N. BOBBIO, *Stato, governo, società. Frammenti di un dizionario politico*, Einaudi, Torino, 1985, p. 3).

[6] F. PALLANTE, *Per scelta o per destino? cit.*, Introduzione («La grande dicotomia: individualismo *vs.* comunitarismo»).

[7] G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992, p. 3.

Evidentemente, dal punto di vista storico[8] lo spartiacque tra le due prospettive ideologiche è la Rivoluzione francese, che archivia il comunitarismo medioevale e apre le porte all'individualismo moderno[9]. Dal punto di vista ideale, tuttavia, la cesura non è altrettanto netta e le due prospettive continuano a convivere anche dopo il 1789, sia pure in un nuovo contesto segnato dal ribaltamento dei rapporti di forza a sfavore del comunitarismo e a favore dell'individualismo. Si spiega, così, come nelle situazioni più difficili da regolare, e in particolare nelle fasi di grande rivolgimento culturale, la dicotomia riemerga e torni ad affermarsi come elemento suscettibile di condizionare culturalmente la produzione normativa.

L'articolo 29 della Costituzione italiana è, in tale prospettiva, emblematico, se è vero che nella sua formulazione l'uguaglianza «morale e giuridica» dei coniugi (individualismo) e la «garanzia» dell'unità della famiglia (comunitarismo) si ritrovano contraddittoriamente proclamati l'uno accanto all'altra. La cosa non dovrebbe stupire: la questione religiosa è una delle più importanti linee di faglia del dibattito costituente[10], e il testo costituzionale inevitabilmente ne risente. Allo stesso modo non dovrebbe stupire che la questione torni d'attualità, con riguardo all'adulterio femminile, proprio nel corso degli anni Sessanta: sono, di nuovo, anni di profonda trasformazione culturale, segnati dalla crescita impetuosa di un movimento giovanile e femminile imponente, la cui principale ragion d'essere è la messa in discussione delle strutture sociali tradizionali, sempre meno rispondenti ai cambiamenti che stanno travolgendo, nel quadro del "miracolo economico", i costumi del Paese. In un primo momento i giudici della Consulta – un consesso di uomini formatisi nei decenni precedenti – tentano di opporre resistenza, ma finiscono ben presto per essere anch'essi travolti dalla trasformazione dell'antica Italia contadina in una moderna potenza industriale di livello mondiale.

L'intreccio tra individualismo e comunitarismo è riscontrabile in numerosi altri casi. Nel mio libro prendo in esame – anche ipotizzando cosa avrebbe potuto succedere utilizzando il paradigma culturale opposto a quello utilizzato dalla Corte – quelli relativi all'indennizzo per danni da vaccinazioni obbligatorie e facoltative, all'ereditarietà dei «masi chiusi» in Trentino-Alto Adige, al ruolo della volontà dei genitori nell'attribuzione del cognome ai figli, alle concessioni per coltivazione degli agri marmiferi di Massa e

[8] Come ha scritto H. SUMNER MAINE, *Diritto antico*, Giuffrè, Milano, 1998 (ed. orig. 1861), p. 229, «negli innumerevoli casi in cui il diritto antico stabiliva la posizione sociale di un uomo, in maniera irreversibile, al momento della sua nascita, il diritto moderno gli consente di crearsela da sé».

[9] Nell'infinita letteratura in argomento, mi limito a segnalare, come riferimenti italiani obbligati, oltre all'opera di Norberto Bobbio, P. GROSSI, *L'ordine giuridico medioevale*, Laterza, Roma-Bari, 1995, M. FIORAVANTI (a cura di), *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2002, N. MATTEUCCI, *Lo Stato moderno. Lessico e percorsi*, il Mulino, Bologna, 1993.

[10] Sul tema, di dimensioni anch'esso pressoché infinite, si può partire da A. DI GIOVINE, *Laicità e democrazia*, in AA. VV., *Studi in memoria di Giuseppe G. Floridia*, Jovene, Napoli, 2009, pp. 255-74, A. DI GIOVINE, *Stato liberale, Stato democratico e principio di laicità*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. speciale, 2019, pp. 215-250 e P. POMBENI, *La questione costituzionale in Italia*, il Mulino, Bologna, 2016, pp. 250-264.

Carrara, al rilievo penale dell'ingiuria in ambito militare, alla segretezza delle conversazioni telefoniche del Presidente della Repubblica[11]. E suggerisco che attraverso la medesima chiave di lettura potrebbero essere analizzati l'interruzione volontaria della gravidanza (interesse della gestante o della patria/stirpe/famiglia?), le immunità parlamentari (prerogativa dell'organo nel suo complesso o del singolo parlamentare?), la condizione filiale (con riferimento particolare ai figli c.d. «legittimi» rispetto ai figli c.d. «naturali»), la violenza sessuale (reato contro la persona o contro la pubblica morale?), la determinazione del sesso (facoltà rimessa alla libera scelta del soggetto o condizione naturale immodificabile?), la maternità surrogata (disponibilità o indisponibilità del proprio corpo?), i meccanismi di salvataggio bancario c.d. interni o *bail in* (responsabilità in capo all'investitore incauto o alla collettività nel suo complesso?)[12].

Il caso della lungoresidenza sul territorio regionale, quale requisito condizionante l'assegnazione degli alloggi di edilizia residenziale pubblica (oltre che di ulteriori benefici sociali), sembra anch'esso riconducibile a questo schema, a partire dall'idea che la valorizzazione della lungoresidenza risponde a una visione comunitarista delle relazioni intersoggettive[13], mentre la sua negazione enfatizza il profilo individualista delle stesse[14].

3. La non incostituzionalità della lungoresidenza come conseguenza dell'assunzione del presupposto comunitarista (ordinanza n. 32 del 2008)

L'assunzione della prima prospettiva – quella comunitarista – costituisce il retroterra culturale che indirizza la Corte costituzionale verso l'adozione dell'ordinanza n. 32 del 2008[15]. Si tratta, tuttavia, di un

[11] F. PALLANTE, *Per scelta o per destino? cit.*, capitolo 1 («Casi difficili») e capitolo 6 (Casi difficili rovesciati»).
[12] *Ibid.*, pp. 53-54.
[13] Così anche A. SCALONE, *La residenza protratta e il fantasma della comunità (a proposito della sentenza 44/2020 della Corte Costituzionale)*, in *Lo Stato*, n. 15, 2020, pp. 313-322.
[14] In generale, sull'accesso degli stranieri ai diritti sociali, F. BIONDI DAL MONTE, *Lo stato sociale di fronte alle migrazioni: diritti sociali, appartenenza e dignità della persona*, in *Rivista "Gruppo di Pisa"*, n. 3, 2012 (consultabile sul sito https://www.gruppodipisa.it), L. CAVALLARO, *La tenuta dei diritti a prestazioni tra diritto dell'Unione e Costituzione italiana. Profili problematici*, in *Giustizia insieme*, 4 ottobre 2019 (consultabile sul sito https://www.giustiziainsieme.it), F. CORVAJA, *Cittadinanza e residenza qualificata nell'accesso al welfare regionale*, in *Le Regioni*, n. 6, 2011, pp. 1257-1279, A. GIORGIS, E. GROSSO, M. LOSANA (a cura di), *Diritti uguali per tutti? Gli stranieri e la garanzia dell'uguaglianza formale*, FrancoAngeli, Milano, 2017, M. GORLANI, *Accesso al welfare state e libertà di circolazione: quanto «pesa» la residenza regionale?*, in *Le Regioni*, n. 2-3, 2006, pp. 345-362, A. GUARISO (a cura di), *Stranieri e accesso alle prestazioni sociali. Normativa nazionale ed europea schede pratiche*, Fondazione Charlemagne, Roma, 2018 (consultabile sul sito https://www.asgi.it), V. ONIDA, *Eguaglianza e diritti sociali*, in AA.VV., *Corte costituzionale e principio di eguaglianza, Atti del Convegno in ricordo di Livio Paladin*, Cedam, Padova, 2002, pp. 101-122, F. PARUZZO, *Modalità di accesso alle prestazioni sociali. Quando differenziare è discriminatorio. Tra azione politica e ruolo della giurisprudenza*, in *Diritti fondamentali*, n. 1, 2020 (consultabile sul sito http://dirittifondamentali.it), B. PEZZINI, *Una questione che interroga l'uguaglianza: i diritti sociali del non cittadino*, in AA.VV., *Lo statuto costituzionale del non cittadino, Atti del XXIV Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Cagliari 16 -17 ottobre 2009*, Jovene, Napoli, 2010, pp. 163-228.
[15] Su cui C. CORSI, *Il diritto all'abitazione è ancora un diritto costituzionalmente garantito anche agli stranieri?*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 3-4, 2008, pp. 141-148 e F. CORVAJA, *Libera circolazione dei cittadini e requisito di residenza regionale per l'accesso all'edilizia residenziale pubblica*, in *Le Regioni*, n. 3, 2008 pp. 611-634.

retroterra che, nelle scarne argomentazioni spese dalla Corte, non è apertamente esplicitato (così come non lo è nelle difese predisposte dalla Regione Lombardia) e che, dunque, nell'ottica del discorso qui svolto, va individuato più che altro per induzione logica.

Sollevata dal Tribunale amministrativo regionale della Lombardia (sede di Milano), la questione d'incostituzionalità da cui origina il giudizio riguarda il comma 41-bis dell'art. 3 della legge della Regione Lombardia 5 gennaio 2000, n. 1 («Riordino del sistema delle autonomie in Lombardia. Attuazione del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112 (Conferimento di funzioni e compiti amministrativi dallo Stato alle regioni ed agli enti locali, in attuazione del capo I della legge 15 marzo 1997, n. 59)»), comma introdotto dall'art. 1, lett. a, della legge della Regione Lombardia 8 febbraio 2005, n. 7 («Modifiche alla legge regionale 5 gennaio 2000, n. 1»).

Attraverso tale disposizione, il legislatore regionale aveva deciso l'introduzione di un nuovo requisito tra quelli richiesti per la presentazione delle domande di assegnazione degli alloggi di edilizia residenziale pubblica (erp), disponendo che «i richiedenti devono avere la residenza o svolgere attività lavorativa in Regione Lombardia da almeno cinque anni per il periodo immediatamente precedente alla data di presentazione della domanda»[16].

Risultando privi di tale requisito, due residenti nel Comune di Busnago si erano visti respingere le domande di assegnazione di un alloggio di erp e avevano impugnato i provvedimenti amministrativi comunali di rigetto innanzi al giudice amministrativo. Sospettando la lesione degli artt. 3, 47, 101, 102, 103, 104, 111, 117, co. 1, co. 2, lett. m, co. 3, e 120 Cost., quest'ultimo aveva quindi investito della questione la Corte costituzionale, tramite un'ordinanza di rimessione che censurava la disposizione impugnata perché: (*a*) volta a introdurre un fattore di discriminazione tra i cittadini per l'accesso al servizio, (*b*) lesiva dei principi fondamentali in materia di erp stabiliti dalla legislazione statale, (*c*) suscettibile di invadere la competenza esclusiva statale in tema di determinazione dei livelli essenziali, (*d*) contrastante con il diritto dei lavoratori alla libera circolazione di cui all'allora trattato CE e di cui all'art. 120 Cost., (*e*) ispirata dalla finalità di neutralizzare il giudicato determinatosi sulla materia (dal momento che il Tar stesso si era già pronunciato in argomento, sia pure con riguardo a un regolamento regionale).

Nel decidere la questione, la Corte costituzionale esclude, anzitutto, i rilievi d'incostituzionalità relativi agli artt. 117, co. 1, e 120 Cost., ritenendoli «inammissibil[i] per carenza di motivazione in ordine al parametro di cui si deduce la violazione». Giudica, poi, manifestamente infondata la lamentata violazione dell'art. 117, co. 3, Cost. anche in relazione all'art. 47 Cost., e dell'art. 117, co. 2, lett. m, Cost., per la

[16] Questo il testo completo della disposizione: «Per la presentazione della domanda per l'assegnazione degli alloggi di edilizia residenziale pubblica di cui al comma 3 dell'articolo 1 del regolamento regionale 10 febbraio 2004, n. 1 (Criteri generali per l'assegnazione e la gestione degli alloggi di edilizia residenziale pubblica (art. 3, comma 41, lett. m) l.r. 1/2000), i richiedenti devono avere la residenza o svolgere attività lavorativa in Regione Lombardia da almeno cinque anni per il periodo immediatamente precedente alla data di presentazione della domanda».

ragione che «la materia di cui trattasi rientra nella competenza residuale delle Regioni e non investe, in ogni caso, la problematica della determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni relative ai diritti civili e sociali da garantire su tutto il territorio nazionale»[17]. Esclude, inoltre, la lesione degli artt. 101, 102, 103, 104 e 111 Cost., poiché «non si è ravvisato, per effetto della norma contestata, alcuna compromissione dell'esercizio della funzione giurisdizionale, la quale opera su di un piano diverso rispetto a quello del potere legislativo, tanto più considerando che il giudicato evocato era riferito a normazione di rango secondario».

Infine – ed è questo il profilo che qui maggiormente interessa – il giudice delle leggi respinge come manifestamente infondata anche la lamentata violazione dell'art. 3 Cost., dal momento che «il requisito della residenza continuativa, ai fini dell'assegnazione [di un alloggio], risulta non irragionevole (sentenza n. 432 del 2005) quando si pone in coerenza con le finalità che il legislatore intende perseguire (sentenza n. 493 del 1990), specie là dove le stesse realizzino un equilibrato bilanciamento tra i valori costituzionali in gioco (ordinanza n. 393 del 2007): sicché, non si può dire che, con riguardo all'accesso all'erp, la valutazione della durata della residenza o del lavoro sul territorio ragionale costituisca «un fattore discriminatorio irragionevole e ingiustificato».

Per cogliere a pieno l'argomentazione della Consulta occorre seguire i rimandi giurisprudenziali da essa stessa richiamati. Centrale, in particolare, è la sentenza n. 432 del 2005[18], in cui la Corte puntualizza che «il principio costituzionale di uguaglianza non tollera discriminazioni fra la posizione del cittadino e quella dello straniero solo quando venga riferito al godimento dei diritti inviolabili dell'uomo» (punto 5.1. del Considerato in diritto), rimanendo, dunque, possibile utilizzare il criterio della cittadinanza per introdurre differenziazioni relative agli altri diritti. Il rilievo di tale criterio è tuttavia circoscritto all'ambito statale; in ambito regionale a poter venire in evidenza è invece il diverso criterio della durata della residenza sul territorio della Regione. Unendo le due prospettive, la Corte ammette che previsioni normative regionali, pur motivate da esigenze di «solidarietà sociale», possono essere riservate a determinate categorie di residenti nei casi in cui non risultino, in sé, destinate a soddisfare diritti fondamentali; e ciò, tanto più, in

[17] Sulla base della giurisprudenza della Corte costituzionale (sentenze n. 94 del 2007, n. 166 del 2008, n. 209 del 2009 e n. 121 del 2010), la competenza legislativa in materia può essere, indicativamente, distinta in tre livelli: (*a*) spetta alla competenza esclusiva dello Stato la determinazione del livello essenziale delle prestazioni inerenti al diritto all'abitazione (il che comporta, principalmente, l'individuazione dell'offerta minima di alloggi e la fissazione dei principi generali delle modalità di assegnazione); (*b*) spetta alla competenza concorrente la programmazione degli interventi di edilizia residenziale pubblica (essendo un profilo della materia «governo del territorio»); (*c*) spetta alla competenza residuale delle regioni la gestione del patrimonio di immobili riconducibili all'edilizia residenziale pubblica (anche con riferimento ai profili di assistenza sociale a ciò riconducibili). Così M. MEO, *Il diritto all'abitazione degli stranieri quale presupposto per un'effettiva integrazione*, in F. RIMOLI (a cura di), *Immigrazione e interazione. Dalla prospettiva globale alle realtà locali*, vol. I, Editoriale scientifica, Napoli, 2014, pp. 415-417.

[18] A commento della quale M. CUNIBERTI, *L'illegittimità costituzionale dell'esclusione dello straniero dalle prestazioni sociali previste dalla legislazione regionale*, in *Le Regioni*, n. 2-3, 2006, pp. 510-529 e F. RIMOLI, *Cittadinanza, eguaglianza e diritti sociali: qui passa lo straniero*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 6, 2005, pp. 4675-4681.

considerazione dell'esigenza, gravante sulla discrezionalità politica, di «bilanciare la massima fruibilità del beneficio con la limitatezza delle risorse finanziarie» (punto 5.2. del Considerato in diritto). La conclusione è che «la residenza, rispetto ad una provvidenza regionale, appare un criterio non irragionevole per l'attribuzione del beneficio».

Nel merito, non è questo il caso poi deciso dalla sentenza n. 432 del 2005, perché l'art. 8, co. 2, della legge della Regione Lombardia 12 gennaio 2002, n. 1 («Interventi per lo sviluppo del trasporto pubblico regionale e locale»), così come modificato dall'art. 5, co. 7, della legge della Regione Lombardia 9 dicembre 2003, n. 25 («Interventi in materia di trasporto pubblico locale e di viabilità»), nel limitare l'accesso alle agevolazioni tariffarie per il trasporto pubblico regionale destinate agli invalidi al 100 per cento, faceva riferimento al requisito della cittadinanza, anziché a quello della residenza. Di qui, la decisione di incostituzionalità della previsione normativa, con la significativa motivazione che a causare l'annullamento non è tanto la discriminazione inflitta agli stranieri, quanto piuttosto l'irragionevolezza derivante dalla distonia tra le finalità perseguite – tutelare la mobilità degli invalidi al 100 per cento – e i mezzi utilizzati – la previsione della cittadinanza quale ulteriore criterio di accesso all'agevolazione – per raggiungerle.

Come accennato, dalle pronunce della Corte non emerge, nemmeno "di rimando", una chiara assunzione della prospettiva comunitarista. Se ne può, tuttavia, trovare una (pur debole) traccia nell'ordinanza n. 32 del 2008, con riguardo alla ricostruzione delle argomentazioni spese dalla difesa delle parti ricorrenti nel giudizio *a quo*, là dove si fa loro dire che «non può ritenersi ragionevole (alla stregua dell'art. 3 della Costituzione) l'utilizzo di criteri selettivi giustificati dalla pretesa necessità di contenimento della spesa pubblica e/o dalla valorizzazione dell'apporto lavorativo offerto dai cittadini residenti alla produzione del benessere collettivo, visto che l'erp, secondo quanto afferma il rimettente riportando l'orientamento di questa Corte, ha "il compito, a carico della collettività, di favorire l'accesso all'abitazione, a canoni inferiori a quelli correnti sul mercato, a categorie di cittadini meno abbienti", intendendo per "collettività" quella nazionale, dalla quale provengono gli interventi speciali che finanziano l'erp, considerazione, questa, che ulteriormente dimostrerebbe la necessità di evitare discriminazioni che siano correlate alla permanenza della residenza nelle singole regioni per periodi temporali di durata del tutto irragionevole».

Al di là del merito politico, che qui ovviamente non interessa, occorre riconoscere che la difesa dei ricorrenti coglie nel segno quando, sul piano teorico, contrappone la «collettività nazionale» a quella che, per contrasto, potremmo definire la «collettività regionale». È evidente, infatti, che, mentre nella prospettiva nazionale generale non può che valere il principio di uguaglianza formale, rispetto al quale i singoli soggetti dell'ordinamento vengono in rilievo quali individui tutti necessariamente titolari del medesimo novero di diritti, nella prospettiva regionale parziale i singoli soggetti dell'ordinamento generale

vengono in rilievo in quanto appartenenti o meno alla comunità territoriale di riferimento, cosa che vale a giustificare l'eventuale decisione di differenziare, con una disciplina di favore, il trattamento dei membri della comunità da quello di tutti gli altri. Una prospettiva, questa, che spiega e giustifica, inoltre, l'orientamento della Corte volto a riservare le distinzioni basate sulla cittadinanza al livello statale, limitando a quelle motivate dalla lungoresidenza le differenziazioni decise dalle autorità legislative regionali.

4. L'incostituzionalità della lungoresidenza come conseguenza dell'assunzione del presupposto individualista (sentenza n. 44 del 2020)

L'assunzione della seconda prospettiva – quella individualista – costituisce il retroterra culturale che indirizza la Corte costituzionale verso l'adozione della sentenza n. 44 del 2020[19]. Si tratta – di nuovo – di una pronuncia dalla motivazione piuttosto laconica, ma comunque sufficiente a fornire utili indicazioni ai fini qui perseguiti.

Oggetto della pronuncia è l'art. 22, co. 1, lett. b, della legge della Regione Lombardia 8 luglio 2016, n. 16 («Disciplina regionale dei servizi abitativi»), in base al quale i «beneficiari dei servizi abitativi pubblici devono avere i seguenti requisiti: […] b) residenza anagrafica o svolgimento di attività lavorativa in Regione Lombardia per almeno cinque anni nel periodo immediatamente precedente la data di presentazione della domanda». Come si può agevolmente notare, nonostante la disposizione in parola sia formalmente differente da quella passata indenne al vaglio di costituzionalità conclusosi con l'ordinanza n. 32 del 2008, il contenuto sostanziale – e, in alcuni passaggi, anche il tenore letterale – delle due disposizioni è esattamente il medesimo (si ricorderà che l'art. 3, co. 41-bis, della legge della Regione Lombardia 5 gennaio 2000, n. 1 sanciva che «i richiedenti devono avere la residenza o svolgere attività lavorativa in Regione Lombardia da almeno cinque anni per il periodo immediatamente precedente alla data di presentazione della domanda»). Di qui, la possibilità di trattare la seconda pronuncia della Corte costituzionale come un caso, sia pure peculiare, di *overruling* della prima[20].

A parere del giudice *a quo* – il Tribunale ordinario di Milano – la norma impugnata risulterebbe in contrasto: (*a*) con l'art. 3, co. 1 e 2, Cost., «in quanto "[l]a configurazione della residenza (o

[19] Oltre ad A. SCALONE, *La residenza protratta e il fantasma della comunità cit.*, C. CORSI, *Illegittimità costituzionale del requisito della residenza protratta per i servizi abitativi,* in *Questione giustizia*, 5 maggio 2020 (consultabile sul sito https://www.questionegiustizia.it), F. CORVAJA, *Finale di partita. L'incostituzionalità dei requisiti di lungo-residenza previsti dalle leggi regionali quali condizioni di accesso alle prestazioni sociali*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 6, 2020, pp. 431-455, C. DOMENICALI, *Sull'illegittimità del criterio del radicamento territoriale per l'accesso all'edilizia popolare: dalla condizionalità all'universalità dei diritti sociali?*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, n. 3, 2020, pp. 573-585 (consultabile sul sito https://www.forumcostituzionale.it/).

[20] È ciò che, dal proprio punto di vista, paventa la stessa difesa della Regione Lombardia, esplicitamente sottolineando l'identità della questione rispetto a quella già decisa dall'ordinanza n. 32 del 2008 (punto 2 del Considerato in diritto). In argomento anche F. CORVAJA, *Finale di partita cit.*, p. 435.

dell'occupazione) protratta come condizione dirimente per l'accesso ai servizi abitativi pubblici" non avrebbe "alcun ragionevole collegamento con la funzione sociale dei servizi abitativi pubblici"»; (*b*) con l'art. 10, co. 3, Cost., «in quanto la norma censurata si applica anche ai titolari di protezione internazionale e umanitaria, status che presuppone "l'impossibilità di fare ritorno nel
proprio Paese d'origine", ragion per cui "[l]a possibilità di accedere al servizio di edilizia residenziale, per tali categorie di persone, non può […] essere ragionevolmente legata al radicamento sul territorio (né tale radicamento può essere ritenuto rispettoso del principio di proporzionalità)"»; (*c*) con l'art. 117, co. 1, Cost., «con riferimento all'art. 11, par. 1, della direttiva 2003/109/CE del Consiglio del 25 novembre 2003 relativa allo status dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo, in base al quale "[i]l soggiornante di lungo periodo gode dello stesso trattamento dei cittadini nazionali per quanto riguarda: […] f) l'accesso […] alla procedura per l'ottenimento di un alloggio"»[21].

È evidente che il Tribunale ricorrente ha fatto tesoro di quanto accaduto nel 2008 e, a sostegno dei propri dubbi, propone un'argomentazione parzialmente diversa, e comunque maggiormente raffinata, di quella formulata dal primo ricorrente. Vi è, in ogni caso, una coincidenza particolarmente significativa: quella che insiste sulla violazione del principio di uguaglianza, anche in senso formale, vale a dire – come già sottolineato – del principio-cardine dell'individualismo liberale moderno. Ed è rilevante, come ora si vedrà, che è proprio riconoscendo la violazione di tale principio che, in questa seconda occasione, la Corte costituzionale deciderà nel senso dell'incostituzionalità della disposizione legislativa lombarda.

Punto d'avvio dell'argomentazione del giudice delle leggi è la solida giurisprudenza[22] che, da tempo (e – si può aggiungere – sulla scia della dottrina)[23], ha ascritto il diritto all'abitazione nel novero dei diritti fondamentali, con la conseguenza che «il suo oggetto, l'abitazione, deve considerarsi "bene di primaria

[21] Punto 1 del Considerato in diritto.

[22] Centrali, per il riconoscimento esplicito del diritto all'abitazione nell'ordinamento costituzionale italiano, sono le sentenze della Corte costituzionale n. 49 del 1987, n. 217 del 1988 e n. 404 del 1988. Più prudenti erano state la sentenza n. 45 del 1980, l'ordinanza n. 128 del 1980 e la sentenza n. 252 del 1983 (che, come dice la Corte stessa nella sentenza n. 404 del 1988, «non aveva[no] dato il dovuto rilievo all'abitazione come bene primario»). In argomento, S. SCAGLIARINI, *Diritti sociali nuovi e diritti sociali* in fieri *nella giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 1, 2012, pp. 8-12 (consultabile sul sito http://www.gruppodipisa.it).

[23] T. MARTINES, *Il "diritto alla casa"*, in N. LIPARI (a cura di), *Tecniche giuridiche e sviluppo della persona*, Laterza, Roma-Bari, 1974, pp. 392 ss., per il quale «l'abitazione costituisce punto di riferimento di un complesso sistema di garanzie costituzionali, e si specifica quale componente essenziale (oltre che presupposto logico) di una serie di "valori" strettamente legati a quel pieno sviluppo della persona umana che la Costituzione pone a base (assieme all'istanza partecipativa) della democrazia sostanziale» (specificando, poi, che tali valori sono, oltre al domicilio, la famiglia, la scuola, la salute, il lavoro). Analogamente F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1995, p. 63, scrive che «il diritto all'abitazione è un diritto inviolabile anzitutto perché è deducibile da una pluralità di riferimenti costituzionali (artt. 2, 4, 13, 14, 16, 29, 30, 31, 32, 35, 36, 37, 38, 42 e 47) tutti rivolti a creare le condizioni minime di uno Stato sociale». Più di recente, fanno propria questa prospettiva anche Q. CAMERLENGO, *Costituzione e promozione sociale*, il Mulino, Bologna, 2014, p. 172 e S. CIVITARESE MATTEUCCI e G. GARDINI, *Diritto alla casa e uguaglianza sostanziale: dalla edilizia economica e popolare ai programmi di riabilitazione urbana*, in *Pausania* (consultabile sul sito http://www.pausania.it), pp. 7-8.

importanza" (sentenza n. 166 del 2018)» rivolto a soddisfare un bisogno primario. In quest'ottica, l'erp dev'essere inquadrata come un servizio sociale diretto «ad assicurare in concreto il soddisfacimento di tale bisogno primario, perché la sua funzione è «"garantire un'abitazione a soggetti economicamente deboli nel luogo ove è la sede dei loro interessi" (sentenza n. 176 del 2000), al fine di assicurare un'esistenza dignitosa a tutti coloro che non dispongono di risorse sufficienti (art. 34 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea), mediante un servizio pubblico deputato alla "provvista di alloggi per i lavoratori e le famiglie meno abbienti" (sentenza n. 168 del 2014)»[24].

È evidente, fin da queste prime battute, il cambio di paradigma rispetto alla pronuncia del 2008: allora, al centro delle considerazioni della Corte era l'impiego di categorie generali, come la cittadinanza e la residenza, assunte a criteri attraverso cui definire i confini del novero dei soggetti ammessi a godere di determinati benefici sociali; adesso, il fuoco dell'argomentazione stringe sui singoli soggetti affetti dal bisogno, che non rilevano più in quanto appartenenti all'insieme dei cittadini o dei residenti, ma in forza della condizione di disagio in cui si trovano a vivere[25]. L'attenzione dei giudici costituzionali si sposta abbandonando il gruppo e muove a concentrarsi sul singolo.

Così individuato il punto di partenza della riflessione, passaggio successivo è valutare la ragionevolezza della previsione che limita l'accesso agli alloggi di erp a coloro – siano essi cittadini italiani, cittadini di uno Stato dell'Unione europea o cittadini di Paesi extra-Ue – che risiedono o lavorano in Lombardia da almeno da almeno cinque anni (periodo da calcolarsi con riferimento al periodo immediatamente precedente la data di presentazione della domanda). La Corte non nega che il legislatore possa – o, meglio, debba – adottare criteri attraverso cui selezionare i beneficiari dei servizi sociali erogati dalla pubblica amministrazione (per esempio, escludendo dall'erp coloro che già dispongono di un alloggio), ma individua quale condizione legittimante tale adozione la sussistenza di una coerenza tra la *ratio* della norma e il «filtro selettivo introdotto», così che si possa dire che vi è «un collegamento con la funzione del servizio» sociale». Tale coerenza, o collegamento, è esattamente ciò che manca nel caso oggetto della decisione: «se infatti non vi è dubbio che la *ratio* del servizio è il soddisfacimento del bisogno abitativo, è agevole constatare che la condizione di previa residenza protratta dei suoi destinatari non presenta con esso alcuna ragionevole connessione», anche perché «l'esclusione di coloro che non soddisfano il requisito della previa residenza quinquennale nella regione determina conseguenze incoerenti con quella stessa funzione». Il punto è che il criterio selettivo adottato non risulta «rivelatore di alcuna condizione rilevante in funzione del bisogno che il servizio tende a soddisfare», risolvendosi in un requisito che nega rigidamente l'accesso all'erp «a prescindere da qualsiasi valutazione attinente alla situazione di bisogno o

[24] Punto 3 del Considerato in diritto.
[25] Così anche C. DOMENICALI, *Sull'illegittimità del criterio del radicamento territoriale per l'accesso all'edilizia popolare cit.*, p. 577.

di disagio del richiedente (quali ad esempio condizioni economiche, presenza di disabili o di anziani nel nucleo familiare, numero dei figli)». Una situazione «incompatibile con il concetto stesso di servizio sociale, come servizio destinato prioritariamente ai soggetti economicamente deboli (sentenza n. 107 del 2018)»[26]. È evidente come l'attenzione della Corte continui a rimanere puntata sulla condizione dei singoli soggetti, in quanto tali considerati destinatari della protezione delle norme costituzionali.

Particolarmente rilevante è, poi, il passaggio della sentenza in cui è affrontato il rilievo attribuito dalla difesa della Regione Lombardia al criterio del «"radicamento" territoriale» (interessante anche l'utilizzo delle virgolette da parte della Corte, come a voler prendere le distanze dal concetto)[27]. Il giudice delle leggi ammette che la prolungata permanenza, residenziale o lavorativa, sul territorio regionale possa valere quale uno dei criteri sulla base dei quali determinare la graduatoria degli aventi diritto alla casa popolare[28] (sebbene precisi che da un comportamento passato non si possa ricavare alcuna indicazione sulle probabilità di permanenza futura nell'alloggio assegnato), ma esclude che ciò possa «costituire una condizione di generalizzata esclusione dall'accesso al servizio, giacché ne risulterebbe negata in radice la funzione sociale dell'edilizia residenziale pubblica»[29].

Giunti a questo punto, la conclusione è obbligata: la disposizione sulla prolungata residenza o sul prolungato svolgimento di attività lavorativa sul territorio regionale è incompatibile, quale requisito di accesso all'erp, sia con l'art. 3, co. 1, Cost., «perché produce una irragionevole disparità di trattamento a danno di chi, cittadino o straniero, non ne sia in possesso», sia con l'art. 3, co. 2, Cost., «perché tale requisito contraddice la funzione sociale dell'edilizia residenziale pubblica». Di conseguenza, ne è dichiarata l'invalidità costituzionale, con assorbimento delle residue doglianze d'incostituzionalità per violazione dell'art. 10, co. 3, Cost. e dell'art. 117, co. 1, Cost.

Il ribaltamento rispetto all'ordinanza n. 32 del 2008 è così compiuto, ma è notevole notare come, in tutta la sentenza, tale ordinanza non sia mai richiamata per le argomentazioni di merito ivi contenute, né, tanto meno, per ricordare che quella pronuncia aveva in precedenza deciso la medesima questione in senso

[26] Punto 3.1 del Considerato in diritto.

[27] A prendere apertamente le distanze dal concetto è l'antropologo Marco Aime, che, non senza intento polemico, invita a ricordare che gli esseri umani hanno piedi, non radici: M. AIME, *Si dice cultura, si pensa razza*, in M. AIME (a cura di), *Contro il razzismo. Quattro ragionamenti*, Einaudi, Torino, 2016, pp. 43-68 e M. AIME, *Contro le radici*, in *Doppiozero*, 24 maggio 2016 (consultabile sul sito https://www.doppiozero.com).

[28] Anche a tal fine il requisito della prolungata residenza va, comunque, utilizzato in modo ragionevole: non è stato questo il caso della normativa della Regione Abruzzo che stabiliva l'assegnazione di un punto per ogni anno oltre i dieci di residenza sul territorio regionale (art. 2, co. 1, della legge della Regione Abruzzo 31 ottobre 2019, n. 34, («Modifiche alla legge regionale 25 ottobre 1996, n. 96 (Norme per l'assegnazione e la gestione degli alloggi di edilizia residenziale pubblica e per la determinazione dei relativi canoni di locazione) e ulteriori disposizioni normative»), nella parte in cui ha introdotto il comma 4.1 dell'art. 5 della legge della Regione Abruzzo 25 ottobre 1996, n. 96 («Norme per l'assegnazione e la gestione degli alloggi di edilizia residenziale pubblica e per la determinazione dei relativi canoni di locazione») e art. 4, co. 1, della medesima legge). Tale normativa è stata, di conseguenza, annullata dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 9 del 2021.

[29] Ancora punto 3.1 del Considerato in diritto.

opposto a quella adottata successivamente, bensì soltanto per escludere che la Corte non possa tornare a occuparsi di una questione già in passato sottoposta a vaglio d'incostituzionalità.

5. La (ir)rilevanza del "radicamento" territoriale: un caso ancora «difficile»

L'approdo alla soluzione prospettata dalla sentenza n. 44 del 2020 è frutto di un percorso «non lineare»[30], composto da una serie di pronunce di segno tra loro diverso sulla previsione della residenza (o dell'occupazione) prolungata sul territorio regionale quale requisito d'accesso a benefici di carattere sociale e, tra questi, all'edilizia residenziale pubblica[31].

Tra i precedenti più significativi relativi al diritto all'abitazione spiccano tre pronunce. La prima è la sentenza n. 168 del 2014, che aveva ritenuto costituzionalmente illegittimo il requisito di residenza da almeno otto anni sul territorio regionale previsto dalla legge della Regione Valle d'Aosta 13 febbraio 2013, n. 3 («Disposizioni in materia di politiche abitative») quale condizione di accesso all'erp. La seconda è la sentenza n. 106 del 2018[32], che aveva annullato l'art. 4, co. 1, della legge della Regione Liguria 6 giugno 2017, n. 13 («Modifiche alla legge regionale 29 giugno 2004, n. 10 (Norme per l'assegnazione e la gestione del patrimonio di edilizia residenziale pubblica e modifiche alla legge regionale 12 marzo 1998 (Nuovo ordinamento degli enti operanti nel settore dell'edilizia pubblica e riordino delle attività di servizio all'edilizia residenziale ed ai lavori pubblici)) e alla legge regionale 3 dicembre 2007, n. 38 (Organizzazione dell'intervento regionale nel settore abitativo»), con il quale era stato prescritto per i cittadini dei Paesi extra-Ue, ai fini dell'assegnazione di alloggi di edilizia residenziale pubblica, il requisito dalla regolare residenza da almeno dieci anni consecutivi nel territorio nazionale. La terza è la sentenza n. 166 del 2018[33], che aveva dichiarato illegittimo l'art. 11, co. 13, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112 («Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione Tributaria»), convertito nella legge 6 agosto 2008, n. 133 («Conversione in

[30] F. CORVAJA, *Finale di partita cit.*, p. 432.

[31] Per un'ampia ricostruzione, G. SOBRINO, *Leggi regionali e violazione del principio di uguaglianza. Le discriminazioni verso i non cittadini operate dalle leggi regionali*, in «Diritti regionali», n. 1, 2019 (https://www.dirittiregionali.it/wp-content/uploads/2019/02/documento-integrale-2.pdf). Sottolinea le oscillazioni della giurisprudenza costituzionale in argomento F. CORVAJA, *Finale di partita cit.*, pp. 436-446.

[32] A. TRANFO, *Un profilo del diritto all'abitazione: l'edilizia residenziale pubblica per gli stranieri (a margine della sent. 106/2018 della Corte costituzionale)*, in *Consulta online*, n. 2, 2018 (consultabile sul sito https://www.giurcost.org).

[33] M. BELLETTI, *La Corte costituzionale torna, in tre occasioni ravvicinate, sul requisito del radicamento territoriale per accedere ai servizi sociali. Un tentativo di delineare un quadro organico della giurisprudenza in argomento*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, n. 1, 2019 (consultabile sul sito https://www.forumcostituzionale.it); F. BILANCIA, *La reciproca interferenza tra diritto di residenza e fruizione delle prestazioni sociali in relazione alla libertà di circolazione e soggiorno dei cittadini stranieri*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 4, 2018, pp. 1742-1748; C. CORSI, *La trilogia della Corte costituzionale: ancora sui requisiti di lungo-residenza per l'accesso alle prestazioni sociali*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, n. 1, 2019 (consultabile sul sito https://forumcostituzionale.it); A. GUARISO, *Le sentenze della Corte costituzionale 106, 107 e 166 del 2018: diritto alla mobilità e illegittimità dei requisiti di lungo-residenza per l'accesso all'alloggio e alle prestazioni sociali*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 3, 2018 (consultabile sul sito https://www.dirittoimmigrazionecittadinanza.it); D. TEGA, *Le politiche xenofobe continuano a essere incostituzionali*, in *Diritti regionali*, n. 2, 2018 (consultabile sul sito https://www.dirittiregionali.it/).

legge, con modificazioni, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, recante disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria»), che prevedeva, per l'erogazione di contributi per l'affitto previsti a favore dei conduttori in condizione di indigenza, la condizione della residenza da almeno dieci anni sul territorio nazionale o da almeno cinque anni sul territorio regionale.

Successiva alla sentenza commentata nel paragrafo precedente è, invece, la sentenza n. 9 del 2021, che, come sopra ricordato[34], sancisce l'incostituzionalità della disposizione legislativa della Regione Abruzzo con cui era stato introdotto un meccanismo premiale nella formazione delle graduatorie per l'assegnazione degli alloggi dell'erp in ragione della residenza prolungata per almeno dieci anni in comuni della Regione.

Allargando lo sguardo alle prestazioni sociali più ampiamente intese, è sull'insieme di pronunce che hanno riguardato l'art. 80, co. 19, della legge 23 dicembre 2000 n. 388 («Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2001)») che soprattutto merita concentrare l'attenzione: la sentenza n. 306 del 2008[35] sull'indennità di accompagnamento ai mutilati ed invalidi civili totalmente inabili per affezioni fisiche o psichiche; la sentenza n. 11 del 2009[36] sulla pensione di inabilità ai mutilati e invalidi civili maggiorenni; la sentenza n. 187 del 2010 sull'assegno mensile d'invalidità agli invalidi civili tra i 18 e i 64 anni d'età, con riduzione della capacità lavorativa nella misura di almeno il 74 per cento, che non svolgono attività lavorativa; la sentenza n. 329 del 2011 sull'indennità di frequenza per i minori di 18 anni invalidi e ipoacusici; la sentenza n. 40 del 2013[37] sull'indennità di accompagnamento agli invalidi civili totalmente inabili per affezioni fisiche o psichiche e sulla pensione d'inabilità ai mutilati ed invalidi civili maggiorenni totalmente inabili lavorativa mente; la sentenza n. 22 del 2015[38] sulla pensione per i maggiorenni colpiti da cecità e sull'indennità civile per i ciechi parziali; la sentenza n. 230 del 2015 sulla pensione di invalidità civile per i sordi e sull'indennità di comunicazione.

Si tratta, in tutti i casi, di sentenze che dichiarano l'illegittimità costituzionale dell'art. 80, co. 19, della legge 23 dicembre 2000 n. 388 perché limita l'accesso alle sopra ricordate prestazioni sociali agli stranieri

---

[34] *Supra*, nota 26.

[35] A.M. BATTISTI, *Rilevanza del reddito e adeguatezza della prestazione assistenziale per i cittadini e gli stranieri extracomunitari*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 4, 2008, pp. 3338-3347.

[36] T. GUARNIER, *Ancora sul diritto degli stranieri alla pensione di inabilità. Cronaca di un'incostituzionalità annunciata*, in *Giurisprudenza italiana*, n. 7, 2009, pp. 1619-1623.

[37] D. FIUMICELLI, *L'integrazione degli stranieri extracomunitari alla luce delle più recenti decisioni della Corte costituzionale*, in *Federalismi*, n. 18, 2013 (consultabile sul sito https://www.federalismi.it/); F. GIRELLI, *Corte costituzionale e provvidenze economiche per stranieri disabili*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 21 aprile 2013 (consultabile sul sito https://www.forumcostituzionale.it); L. PRINCIPATO, *Il diritto – talvolta condizionato – degli stranieri extracomunitari all'assistenza sociale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 2, 2013, pp. 718-726.

[38] A. CIERVO, *La sentenza n. 22/2015 della Corte costituzionale in materia di prestazioni assistenziali a favore degli stranieri extracomunitari. Cronaca di una dichiarazione di incostituzionalità annunciata*, in *Federalismi*, n. 2, 2015 (consultabile sul sito https://www.federalismi.it).

titolari di carta di soggiorno o di permesso di soggiorno di durata non inferiore a un anno. In senso contrario opera, invece, la più recente sentenza n. 50 del 2019[39] sull'assegno sociale, in forza della quale è stata ritenuto non illegittimo limitare l'erogazione dello stesso ai titolari di permesso di soggiorno lungo periodo perché tale provvidenza non configurerebbe una prestazione volta a rispondere a bisogni essenziali della persona.

Tra le altre, più recenti, pronunce che chiamano in causa il legame tra individuo e territorio spiccano, in senso contraddittorio, le seguenti pronunce. Anzitutto, la sentenza n. 42 del 2021[40], che ha annullato l'art. 15, co. 1, della legge della Provincia autonoma di Trento 23 dicembre 2019, n. 13 («Legge di stabilità provinciale 2020»), nella parte in cui introduce il comma 4-bis, lettera b), nell'art. 2 della legge della Provincia autonoma di Trento 2 novembre 1993, n. 29 («Attuazione della delega in materia di Università degli studi di Trento e disposizioni in materia di alta formazione musicale e artistica») perché prevedeva la riserva di un numero di posti nelle università e negli istituti di alta formazione non inferiore al 10 per cento per candidati residenti nella provincia di Trento, nell'ipotesi di parità di merito con candidati non residenti. Di seguito, la sentenza n. 19 del 2022, che ha negato l'incostituzionalità dell'art. 2, co. 1, lett. a, n. 1, del decreto-legge 28 gennaio 2019, n. 4 («Disposizioni urgenti in materia di reddito di cittadinanza e di pensioni»), convertito, con modificazioni, nella legge 28 marzo 2019, n. 26 («Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 28 gennaio 2019, n. 4, recante disposizioni urgenti in materia di reddito di cittadinanza e di pensioni»), in base al quale l'accesso al reddito di cittadinanza è stato limitato, per quanto riguarda gli stranieri, ai titolari del permesso di soggiorno di lungo periodo, dal momento che «gli obiettivi [del reddito di cittadinanza] implicano una complessa operazione di inclusione sociale e lavorativa» che non è irragionevole riservare ai soggiornanti in Italia a tempo indeterminato[41]. Infine, la sentenza del 2022, non ancora pubblicata, che ha annullato – così si legge nel comunicato stampa della Corte costituzionale del 12 gennaio 2022 – la «disciplina del cosiddetto bonus bebè (articolo 1, comma 125, della legge n. 190/2014 e successive proroghe) e dell'assegno di maternità (articolo 74 del d.lgs. n. 151/2001)», ritenendola «lesiva del principio di eguaglianza e della tutela della maternità perché subordina la concessione dei due assegni agli stranieri extracomunitari alla condizione che siano titolari del permesso per soggiornanti Ue di lungo periodo».

---

[39] G. BASCHERINI, *Obbligo o parità? Ancora in tema di prestazioni assistenziali a favore degli stranieri extracomunitari, ma per l'assegno sociale ci vuole il permesso UE per soggiornanti di lungo periodo*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 2, 2019, pp. 762-781; F. CORVAJA, *Straniero e prestazioni di assistenza sociale: la Corte costituzionale fa un passo indietro e uno di lato*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 2, 2019 (consultabile sul sito https://www.dirittoimmigrazionecittadinanza.it); C. SPINELLI, *La sentenza n. 50/2019: cronaca di un inaspettato arresto nella giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di prestazioni sociali degli stranieri*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, n. 4, 2019, pp. 667-678.

[40] V. DESANTIS, *Il requisito della residenza in rapporto all'accesso al diritto allo studio: la sent. n. 42/2021 della Corte costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, n. 3, 2021, pp. 130-147 (consultabile sul sito https://www.forumcostituzionale.it).

[41] Punto 6 del Considerato in diritto.

Il requisito del legame tra l'individuo e il territorio continua, insomma, a essere al centro di un acceso conflitto che divide la collettività politica italiana[42], estendendosi ben oltre le questioni qui affrontate: emblematici, in tal senso, appaiono i casi del regionalismo differenziato e del federalismo fiscale incentrato sul «residuo» da "trattenere" sul territorio[43]. Se è vero che la sentenza n. 44 del 2020 è sembrata sancire, quantomeno con riguardo al diritto alla casa, la definitiva prevalenza della prospettiva individualista, e che comunque in questa direzione si orienta la maggior parte della sopra richiamata giurisprudenza della Corte costituzionale, è altresì vero che, anche nell'ambito dei diritti, permangono situazioni tutt'altro che irrilevanti in cui il legame con la comunità territoriale continua a risultare decisivo, com'è nel caso dell'assegno sociale e del reddito di cittadinanza. Chi propugna l'accoglienza e l'integrazione dei nuovi arrivati in Italia ha gioco facile nel denunciare come controproducenti le politiche che filtrano l'accesso alle prestazioni sociali sulla base della prolungata residenza o occupazione sul territorio, dal momento che finiscono per escludere proprio chi di quelle politiche avrebbe maggiormente bisogno al fine di aumentare le proprie possibilità di essere accolto e integrato. E, tuttavia, anche l'accoglienza e l'integrazione sono opzioni politiche il cui riconoscimento o disconoscimento rimandano a visioni opposte e, nella loro purezza, inconciliabili del vivere comune.

Con ciò, non intendo certo suggerire che la Costituzione, sul punto, non prenda posizione, né, di conseguenza, che l'assunzione dell'una o dell'altra ipotesi sia equivalente. Il principio di uguaglianza, di cui all'art. 3 Cost., vale, nella sua doppia accezione formale e sostanziale, a escludere che il respingimento e la ghettizzazione possano in alcun modo essere considerati valori costituzionali; e, di converso, ad affermare che l'accoglienza e l'integrazione (o, forse meglio, l'interazione) sono valori costituzionali. E, tuttavia, la Costituzione non si applica da sé e la sua interpretazione è sempre aperta a spinte e controspinte che possono enfatizzarne o affievolirne la portata normativa, per esempio – come nei casi trattati in questo lavoro – distinguendo tra diritti inviolabili dell'essere umano e altri diritti o tra cittadinanza e lungoresidenza quali requisiti attraverso cui limitare l'accesso a quei diritti[44]. Il punto – come sostenuto all'inizio – è che non tutto nel diritto è strettamente giuridico, né può esserlo:

[42] F. PARUZZO, *Accesso all'edilizia sociale: residenza protratta e certificazione dell'assenza di proprietà immobiliari. Quando differenziare è discriminatorio*, in *Il Piemonte delle Autonomie*, n. 2, 2020, p. 5 (consultabile sul sito http://piemonteautonomie.cr.piemonte.it).

[43] Altri casi rilevanti, oggetto di interventi della Corte costituzionale, in F. CORVAJA, *Finale di partita cit.*, pp. 450-455.

[44] C. DOMENICALI, *Sull'illegittimità del criterio del radicamento territoriale per l'accesso all'edilizia popolare cit.*, pp. 579-580 e F. PARUZZO, *Accesso all'edilizia sociale cit.*, p. 5, dove si legge che «la rivendicazione di un bisogno di identità – che porta con sé la richiesta di riconoscere e valorizzare le differenze – diventa frutto di un preciso orientamento di politica del diritto (a livello statale, come locale) che, esaltando un'idea di cittadinanza e residenza, quali potenziali fattori di esclusione dall'esercizio concreto di diritti fondamentali, determina che prenda lentamente forma un sistema di "cittadinanze locali", che vanno a comporre un quadro frammentato e complesso, caratterizzato da numerose posizioni giuridiche intermedie non solo tra cittadino e straniero, ma anche tra cittadini italiani e che colloca, all'interno di questi *status* intermedi, il *discrimen* per il godimento di alcuni diritti sociali».

l'interpretazione è un'attività che, causa la sottodeterminazione del linguaggio, non può che essere almeno parzialmente condizionata dal retroterra culturale degli interpreti[45]. L'*overruling* che, con la sentenza n. 44 del 2020, ha colpito l'ordinanza n. 32 del 2008 sembra confermare che il presupposto culturale a favore di una visione individualista o comunitarista della convivenza umana gioca un ruolo importante, e forse decisivo, in queste dinamiche: il che può contribuire a spiegare come sia stato possibile che la Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi su un'identica questione a distanza di qualche anno, abbia dato nelle due occasioni una lettura opposta alla medesima disposizione normativa.

[45] M. DOGLIANI, *Interpretazione* (voce), in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 3179-3189.

La proposta di legge sulle «Disposizioni in materia di morte volontaria medicalmente assistita»: una valutazione nella prospettiva costituzionale anche alla luce della sent. n. 50/2022*

di Giovanna Razzano
Professoressa ordinaria di Istituzioni di diritto pubblico
Sapienza – Universtità di Roma

Abstract [It]: L'articolo è un'analisi critica della proposta di legge sulle "Disposizioni in materia di morte volontaria medicalmente assistita", alla luce dei principi costituzionali e delle sentenze n. 242/2019 e n. 50/2022 della Corte costituzionale.

Title: The bill on "Provisions on medically assisted voluntary death": an assessment from a constitutional perspective also in the light of sentence no. 50/2022
Abstract [En]: The paper is a critical analysis of the bill entitled "Rules on voluntary medically assisted death", in the light of constitutional principles and sentences no. 242/2019 and no. 50/2022 of the Constitutional Court.

Parole chiave: suicidio medicalmente assistito, diritto alla vita, delitti contro la persona, autodeterminazione, cure palliative
Keywords: medically assisted suicide, right to life, crimes against the person, self-determination, palliative care

Sommario: 1. Premessa. **2.** Eutanasia, suicidio medicalmente assistito, omicidio del consenziente, aiuto al suicidio e casi di non punibilità. **3.** Perché è paradossale non punire l'aiuto al suicidio senza avere prima assicurato il diritto alle cure palliative? **4.** Dalla «patologia irreversibile» alla «condizione clinica irreversibile». **5.** Dal non obbligo per i medici, al dovere di prestazione della morte procurata per il Servizio Sanitario nazionale, per le Regioni e…anche per i medici. L'apparente diritto all'obiezione di coscienza. **6.** Il ricorso al giudice contro il parere dei medici: profili d'incostituzionalità e negazione della relazione medico-paziente richiesta dalla Corte. **7.** Dalle cure palliative come pre-requisito di altre scelte, al rifiuto delle cure palliative come requisito per ottenere l'aiuto al suicidio. Conclusioni.

1. Premessa

La proposta di legge recante *Disposizioni in materia di morte volontaria medicalmente assistita,* secondo il testo unificato approvato dalla Camera lo scorso 10 marzo 2022 e trasmesso il giorno successivo al Senato[1], trova il suo significato politico, come affermato dal relatore Bazoli, nel «perimetro segnato dai principi

* Articolo sottoposto a referaggio.
[1] Senato della Repubblica, Disegno di legge N. 2553 https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/01341458.pdf

sanciti dalla Corte costituzionale»[2]. Si tratta della sentenza n. 242/2019 della Corte costituzionale[3], che ha riscritto l'art. 580 del Codice penale[4], ha individuato, com'è noto, alcune aree di non punibilità delle condotte di aiuto al suicidio[5], e ha formulato «con vigore l'auspicio che la *materia* formi oggetto di sollecita e compiuta disciplina da parte del legislatore, conformemente ai *principi* precedentemente enunciati»[6].

L'intento delle prossime pagine è quello di analizzare alcuni aspetti significativi del "testo unificato" (così definito d'ora innanzi), in riferimento alla Costituzione e, anche, ai *principi* enunciati dalla Corte costituzionale nella *materia*, inclusi quelli della recente sentenza n. 50 del 2022, sull'inammissibilità del referendum sull'omicidio del consenziente, che pure attiene a questioni di fine vita e al tema della tutela

[2] Cfr. intervento alla Camera dei Deputati dell'on. A. Bazoli, seduta n. 613 di lunedì 13 dicembre 2021 https://www.camera.it/leg18/410?idSeduta=0613&tipo=stenografico#sed0613.stenografico.tit00030.sub00020

[3] La sentenza, com'è noto, è stata preceduta dall'ord. n. 207/2018 della medesima Corte, la quale, dichiarando di basarsi «sui propri poteri di gestione del processo costituzionale», per la prima volta nella storia della giurisprudenza costituzionale ha assegnato al Parlamento il termine di un anno per intervenire con una specifica disciplina direttamente dettata dalla Corte. Sul metodo e su merito dell'operazione sono innumerevoli i commenti della dottrina. Cfr. tra gli altri A. RUGGERI, *Venuto alla luce alla Consulta l'ircocervo costituzionale (a margine della ordinanza n. 207 del 2018 sul caso Cappato)*, in *Consultaonline*, 20 novembre 2018; ID., *Fraintendimenti concettuali e utilizzo improprio delle tecniche decisorie nel corso di una spinosa, inquietante e ad oggi non conclusa vicenda (a margine di Corte cost. n. 207 del 2018)*, *ivi*, 22 febbraio 2019. ID., *Due questioni e molti interrogativi dopo la ord. 207 del 2018 su Cappato*, in *Forum quad. cost.,* 27 maggio 2019, dove l'A. paragona l'ordinanza ad una sorta di «"delega" giurisprudenziale forse ancora più somigliante al modello delineato nell'art. 76 della Costituzione di quanto non siano molte delle leggi varate dalle Camere»; L. EUSEBI, *Un diritto costituzionale a morire «rapidamente»? Sul necessario approccio costituzionalmente orientato a Corte cost. (ord.) n. 207/2018*, in *Riv. it. dir. med. leg.*, 4/2018, p. 1316; A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2/2019, p. 251 e tutti gli scritti raccolti in AA.VV., *Dopo l'ord. 207/2018 della Corte costituzionale: una nuova tecnica di giudizio?Un seguito legislativo (e quale)?*, seminario annuale 2019 dei *Quad. cost.*, Bologna 27 maggio 2019, in *Forum Quad. cost.* (registrato su *radioradicale.it*); AA.VV., *Il caso Cappato. Riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, a cura di F.S. MARINI E C. CUPELLI, ESI, Napoli, 2019; AA.VV., *Il "diritto" di essere uccisi: verso la morte del diritto?*, a cura di M. RONCO, Giappichelli, Torino, 2019; AA.VV., *Il Forum sull'ordinanza Cappato (Corte costituzionale, ord. n. 207/2018), in attesa della pronuncia che verrà*, in *Riv. del Gruppo di Pisa*, 1/2019; AA.VV., *Questioni di fine vita. Dalla Legge 22 dicembre 2017, n. 219 alla ordinanza della Corte Costituzionale nel caso Cappato*, a cura dell'Associazione Luca Coscioni, in *Giurisprudenzapenale.com*, 2019, 1-*bis*.

[4] La pronuncia è stata definita "sentenza-legge" da A. RUGGERI, *La disciplina del suicidio assistito è "legge" (o, meglio, "sentenza-legge"), frutto di libera invenzione della Consulta (a margine di Corte cost. n. 242 del 2019)*, in *Quad. dir. e pol. eccl.*, 3/2019, p. 633; in merito allo sconfinamento, A. NICOLUSSI, *Lo sconfinamento della Corte costituzionale: dal caso limite della rinuncia a trattamenti salvavita alla eccezionale non punibilità del suicidio medicalmente assistito*, in *Corti supreme e salute*, 2019, p. 2; A. D'ALOIA, *Dal rifiuto di cure al suicidio medicalmente assistito. Riflessioni sulla "svolta" della Corte costituzionale*, in G. D'ALESSANDRO-O. DI GIOVINE, *La Corte costituzionale e il fine vita. Un confronto interdisciplinare sul caso Cappato-Antoniani*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 145; M. ESPOSITO, *Brevissime considerazioni critiche sulle "direttive" formulate dalla Corte costituzionale per la modifica dell'art. 580 c.p.*, *ivi*, p. 237; sui criteri adoperati dalla Corte, G. D'ALESSANDRO, *Lo "strano caso" della decisione in due tempi*, *ivi*, p. 129.

[5] Per la Consulta, com'è noto, l'area di non conformità costituzionale (che, a seguito della sentenza, è divenuta un'area di non punibilità di colui che assiste nel suicidio) attiene ai casi in cui il soggetto passivo si identifichi in una persona «(a) affetta da una patologia irreversibile e (b) fonte di sofferenze fisiche o psicologiche, che trova assolutamente intollerabili, la quale sia (c) tenuta in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale, ma resti (d) capace di prendere decisioni libere e consapevoli». La Corte ha altresì affermato che ciò debba avvenire con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della legge 22 dicembre 2017, n. 219, previa valutazione dei comitati etici territorialmente competenti, e soprattutto previo «coinvolgimento» del soggetto aspirante suicida in un percorso di cure palliative, qualificato dalla sentenza come un «prerequisito» di altre scelte.

[6] Corte cost. sent. n. 242/2019, punto 9. Corsivo di chi scrive.

del diritto alla vita. Prima di procedere, sembra importante svolgere però due considerazioni di carattere generale.

2. Eutanasia, suicidio medicalmente assistito, omicidio del consenziente, aiuto al suicidio e casi di non punibilità

La prima considerazione attiene a un dato fondamentale: la sentenza n. 242/2019 non ha affermato l'esistenza di un diritto all'assistenza al suicidio, né ha chiesto al Parlamento di obbligare il Sistema Sanitario Nazionale ad organizzare procedure sistematiche finalizzate a procurare la morte con farmaci letali[7]. Il punto 6 della motivazione della sentenza è inequivocabile: «La presente declaratoria di illegittimità costituzionale si limita a escludere la punibilità dell'aiuto al suicidio nei casi considerati, senza creare alcun obbligo di procedere a tale aiuto in capo ai medici. Resta affidato, pertanto, alla coscienza del singolo medico scegliere se prestarsi, o no, a esaudire la richiesta del malato».

La sentenza, piuttosto, ha creato una circoscritta area di non punibilità[8], lasciando fermo il reato di aiuto al suicidio, per cui generalmente «chiunque determina altrui al suicidio o rafforza l'altrui proposito di suicidio, ovvero ne agevola in qualsiasi modo l'esecuzione, è punito, se il suicidio avviene, con la reclusione da cinque a dodici anni». Per la Corte, infatti, non è possibile desumere la «generale inoffensività dell'aiuto al suicidio da un generico diritto all'autodeterminazione individuale» (punto 2.2.), perché dall'art. 2 Cost., così come dall'art. 2 CEDU, discende il dovere dello Stato di tutelare la vita di ogni individuo e non quello di riconoscere all'individuo la possibilità di ottenere dallo Stato o da terzi un aiuto a morire[9]. Inoltre, per la Consulta, la *ratio* dell'art. 580 c.p. può essere agevolmente scorta, alla luce del vigente quadro costituzionale, nella «tutela del diritto alla vita, soprattutto delle persone più deboli e vulnerabili, che l'ordinamento penale intende proteggere da una scelta estrema e irreparabile, come quella del suicidio. Essa assolve allo scopo, di perdurante attualità, di tutelare le persone che attraversano difficoltà e sofferenze»[10].

Queste medesime argomentazioni sono state ribadite e ulteriormente precisate dalla sentenza n. 50/2022, preceduta da un acceso dibattito dottrinale[11]. Secondo la sentenza, anche con riguardo all'art. 579 c.p.,

[7] Così già L. EUSEBI, *Il suicidio assistito dopo Corte cost. n. 242/2019. A prima lettura*, in *Corti supreme e salute*, 2/2019, p. 4.
[8] Cfr. C. TRIPODINA, *La "circoscritta area" di non punibilità dell'aiuto al suicidio*, in *Corti supreme e salute*, 2/2019.
[9] È questa l'interpretazione dell'art. 2 CEDU resa dalla Corte di Strasburgo fin dal caso Pretty c. Regno Unito, § 39.
[10] Punto 2.2. Lo stesso vale sul piano deontologico medico, dove resta in vigore l'art. 17 del relativo Codice (che vieta, anche su richiesta, *Atti finalizzati a provocare la morte*), sebbene la FNOMCEO abbia deciso di inserire una clausola per la quale non sarà punibile - neppure dal punto di vista disciplinare - il medico che agevoli il suicidio di un paziente, ove ricorrano le medesime condizioni di non punibilità individuate dalla Consulta (Consiglio nazionale della FNOMCEO, 6 febbraio 2020).
[11] Cfr. *Forum di Giustizia Insieme* su *Il referendum sull'eutanasia legale*, Interviste a V. ONIDA (27-9-2021); A. PUGIOTTO (29-9-2021); P. VERONESI (1-10-2021); I.A. NICOTRA (4-10-2021); G. CRICENTI (6-10-2021); cfr. poi R. ROMBOLI, *Riflessioni costituzionalistiche circa l'ammissibilità del referendum sull'art. 579 c.p.* (versione provvisoria), in *Amicus*

sull'«omicidio del consenziente», come già chiarito in riferimento all'art. 580 c.p., la *ratio* della norma, nata in un ordinamento diverso da quello costituzionale, può oggi essere individuata nella protezione del diritto alla vita; un diritto che, per la Corte, occorre garantire nei confronti «soprattutto - ma occorre aggiungere: non soltanto - delle persone più deboli e vulnerabili, in confronto a scelte estreme e irreparabili, collegate a situazioni, magari solo momentanee, di difficoltà e sofferenza, o anche soltanto non sufficientemente meditate»[12].

Si tratta di temi che tendono a confondersi e a intrecciarsi fra loro, nonostante gli sforzi volti a rimarcare una diversità fra il suicidio assistito e l'eutanasia e una presunta distanza fra la stessa e il testo unificato sul suicidio assistito, al punto da affermare che quest'ultimo creerebbe addirittura un "argine" all'eutanasia[13]. Si tratta di sforzi vani, smentiti dagli stessi fautori dell'uno e dell'altra. Di fatto, nel commentare la bocciatura del referendum "sull'eutanasia" (come hanno continuato a definirlo i promotori e molte testate, nonostante l'ordinanza della Cassazione[14]), influenti esponenti politici, incluso lo stesso relatore Bazoli[15], hanno segnalato l'urgenza di approvare il testo "sul suicidio assistito", palesando così l'insopprimibile affinità fra l'una e l'altro. Anche il Presidente della Corte costituzionale, nella conferenza stampa del 16 febbraio 2022, convocata «per spiegare» le sentenze sui referendum e in

curiae, Seminari preventivi ferraresi, anticipazione della relazione al *webinar* del 26 novembre 2021, 7; T. PADOVANI, *Riflessioni penalistiche circa l'ammissibilità del referendum sull'art. 579 c.p.*, *ivi*; G. RAZZANO, *Le incognite del referendum c.d. «sull'eutanasia», fra denominazione del quesito, contenuto costituzionalmente vincolato e contesto storico*, in *Consulta Online*, 9 dicembre 2021 e i molti contributi raccolti in *La via referendaria al fine vita*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), in *Forum di Quaderni Costituzionali Rassegna* n. 1/2022.

[12] Punto 5.3. sent. n. 50/2022. In dottrina diversi autori avevano posto in luce la gravità dell'esito derivante dall'eventuale abrogazione del reato di omicidio del consenziente e ritenuto inammissibile il referendum. Fra loro, sia pure con posizioni e sfumature diverse, V. ONIDA, *Il referendum per l'eutanasia legale*, Intervista in *Forum di Giustizia insieme*, cit.; A. ANZON DEMMIG, *È inammissibile il quesito referendario per la cosiddetta "eutanasia legale"*, in *La via referendaria al fine vita*, cit., p. 41; G. D'ALESSANDRO, *La via referendaria al fine vita: un'iniziativa ambigua, inutile e dannosa*, ivi, p. 88; A. D'ALOIA, *Qualche dubbio sull'ammissibilità del referendum sull'eutanasia legale*, *ivi*, p. 91; A. DE FRANCESCO, *Sull'inammissibilità del referendum proposto sull'art. 579 c.p.*, *ivi*, p. 114; C.D. LEOTTA, *Le ragioni della inammissibilità del referendum abrogativo sull'art. 579*, *ivi*, p. 144; A. MORRONE, *Un referendum propositivo per relativizzare il valore fondamentale della vita umana*, *ivi*, p. 167; A. RUGGERI, *Il referendum sull'art. 579 c.p.: inammissibile e, allo stesso tempo, dagli effetti incostituzionali*, *ivi*, p. 168; L. SANCILIO, *Il referendum sull'art. 579 c.p. tra l'intento e l'effetto*, *ivi*, p. 201; E. SANTORO, *Emersione dell'eutanasia legale vs riconoscimento della totale disponibilità del bene-vita. profili critici circa l'ammissibilità del referendum sull'art. 579 c.p.*, *ivi*, p. 208. Anche R. ROMBOLI, *Riflessioni costituzionalistiche,* cit., p. 7, pur favorevole all'eutanasia, aveva ravvisato una evidente «distanza tra gli effetti che vengono indicati e quelli che realmente andrebbe a produrre la vittoria del "si" al referendum», ravvisando uno «iato»; simile la posizione di A. VERONESI, *Obiettivo legittimo ma strumento (forse) sbagliato: problemi di ammissibilità per il quesito sull'art. 579 c.p.?*, *ivi*, p. 225. Sia consentito rinviare anche a G. RAZZANO, *Le incognite del referendum c.d. «sull'eutanasia»*, cit., 9 dicembre 2021, e ID, *Quali implicazioni per il giudizio di ammissibilità dopo l'ordinanza dell'Ufficio centrale per il referendum, che ha dichiarato legittima la denominazione «abrogazione parziale dell'art. 579 c.p. (omicidio del consenziente)» e ha respinto «Disponibilità della propria vita mediante consenso libero, consapevole e informato»?*, in *Consulta Online*, 21 gennaio 2022.

[13] Così l'on. A. Bazoli intervistato da A. Picariello su «Avvenire» del 15 dicembre 2021, «Suicidio assistito, il testo argina derive eutanasiche», p. 8.

[14] L'Ufficio centrale per il referendum presso la Corte di Cassazione, con ordinanza 15 dicembre 2021, come ricorda la sent. n. 50/2022, ha escluso non solo la denominazione di «Eutanasia», ma anche la locuzione «Disponibilità della propria vita mediante consenso libero, consapevole e informato», ritenendo legittima quella di «Abrogazione parziale dell'art. 579 del codice penale (omicidio del consenziente)».

[15] Cfr. anche le dichiarazioni degli on. E. Letta e R. Magi del 21-22 febbraio 2022, riportate da molti media.

particolare l'inammissibilità di quello sull'omicidio del consenziente, ha prospettato l'eventualità che, ove fosse sollevata una questione d'incostituzionalità in merito allo stesso art. 579 c.p. - e quindi in tema di omicidio del consenziente e di eutanasia - questa possa essere «trattata» dalla Corte analogamente a quanto fatto con l'art. 580 c.p., sull'aiuto al suicidio.

È innegabile insomma che fra tutti questi temi, nonostante i vari distinguo, esistano analogie ed esista anche, sotto il profilo giuridico, un filo conduttore, che è rappresentato, a ben vedere, dalle garanzie per il diritto alla vita offerte dal diritto penale nel titolo XII del libro secondo, rubricato «Dei delitti contro la persona».

Provando a fare chiarezza, può dirsi che, malgrado le sottili differenze che intercorrono fra il reato di omicidio del consenziente, *ex* art. 579 c.p., e quello di aiuto al suicidio, *ex* art. 580 c.p., in entrambe le fattispecie vi è un comportamento volto a *terminare intenzionalmente una vita* con la volontà della vittima[16]. E, del pari, malgrado le sottili differenze che intercorrono fra il suicidio medicalmente assistito e l'eutanasia[17], in entrambi i casi vi è un comportamento volto a *terminare intenzionalmente una vita*, con il consenso, reale o presunto, del malato[18]. A seconda dei casi, i relativi comportamenti sono attualmente puniti dall'ordinamento secondo i due articoli menzionati, a meno che non rientrino nei casi di aiuto al suicidio dichiarati non punibili dalla sent. n. 242/2019 della Corte e salvo che non si tratti del più grave reato di omicidio volontario, allorché manchi il consenso del soggetto passivo[19].

Di natura del tutto diversa, perché *diritto* (e non *reato*), è invece la limitazione dei trattamenti sanitari, benché possa derivarne la morte del paziente che li rifiuta[20], così come tutti i comportamenti medici volti

[16] Sulle differenze, cfr. Cass. Pen., 12 marzo 1998 (ud. 06 febbraio 1998), n. 3147, secondo cui si avrà omicidio del consenziente nel caso in cui colui che provoca la morte si sostituisca in pratica all'aspirante suicida, pur se con il consenso di questi, assumendone in proprio l'iniziativa, oltre che sul piano della causazione materiale, anche su quello della generica determinazione volitiva; mentre si avrà istigazione o agevolazione al suicidio tutte le volte in cui la vittima abbia conservato il dominio della propria azione, nonostante la presenza di una condotta estranea di determinazione o di aiuto alla realizzazione del suo proposito, e lo abbia realizzato, anche materialmente, di mano propria.

[17] Cfr. Comitato Nazionale di Bioetica (CNB), parere *Riflessioni bioetiche sul suicidio medicalmente assistito*, 18 luglio 2019, § 2.

[18] Per le definizioni cfr. Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, risol. n. 1859 del 2012: «Euthanasia, in the sense of the intentional killing by act or omission of a dependent human being for his or her alleged benefit, must always be prohibited»; WMA *Declaration on Euthanasia and Physician-Assisted Suicide* adopted by the 70th WMA General Assembly, Tbilisi, Georgia, October 2019: «Euthanasia is defined as a physician *deliberately* administering a lethal substance or carrying out an intervention to cause the death of a patient with decision-making capacity at the patient's own voluntary request. Physician-assisted suicide refers to cases in which, at the voluntary request of a patient with decision-making capacity, a physician *deliberately* enables a patient to end his or her own life by prescribing or providing medical substances with the intent to bring about death» (corsivo di chi scrive).

[19] Cfr. Cass. pen., sez. I, 14 febbraio 2008, n. 13410; Cass. pen., sez. I, 6 maggio 2008, n. 32851; Cass. pen., Sez. I, 17.11.2010, n. 43954; Cass. pen., sez. I, 13 novembre 2013, n. 37246.

[20] V. già F. MANTOVANI, *Eutanasia*, in *Digesto pen.*, IV, UTET, Torino, 1990, p. 422: «Una cosa è lasciare che la malattia si manifesti nei suoi effetti fino alla morte, dando sollievo, con la sedazione più opportuna, ai sintomi di dolore severo e refrattario; ben altra cosa è provocare la morte con un diretto intervento di un terzo acceleratore dell'evento».

a trattare il dolore, inclusa la sedazione profonda continua nell'imminenza della morte, parte integrante della terapia del dolore e, quindi, del diritto costituzionale alla salute[21].

3. Perché è *paradossale* non punire l'aiuto al suicidio senza avere *prima assicurato il diritto alle cure palliative?*

La seconda considerazione generale attiene ad un aspetto qualificante della motivazione della sentenza, parte integrante dei principi della *materia* rispetto alla quale il legislatore è stato sollecitato ad intervenire. La Consulta si è infatti riferita ad un *paradosso*: quello di «non punire l'aiuto al suicidio senza avere prima assicurato l'effettività del diritto alle cure palliative»[22].

Ha dichiarato che il coinvolgimento in un percorso di cure palliative *deve* costituire non solo «un pre-requisito della scelta, in seguito, di qualsiasi percorso alternativo da parte del paziente», ma che «*deve* essere sottolineata l'esigenza di adottare opportune cautele affinché l'opzione della somministrazione di farmaci in grado di provocare entro un breve lasso di tempo la morte del paziente non comporti il rischio di alcuna *prematura rinuncia*, da parte delle strutture sanitarie, a offrire sempre al paziente medesimo concrete possibilità di accedere a cure palliative diverse dalla sedazione profonda continua, ove idonee a eliminare la sua sofferenza […] in accordo con l'impegno assunto dallo Stato con la citata legge n. 38 del 2010»[23].

La Corte ha poi affermato, riprendendo quanto dichiarato dal CNB nel citato parere sul suicidio medicalmente assistito, che la necessaria offerta effettiva di cure palliative e di terapie del dolore deve rappresentare «una priorità assoluta per le politiche della sanità», mentre invece ancora sconta «molti ostacoli e difficoltà, specie nella disomogeneità territoriale dell'offerta del SSN e nella mancanza di una formazione specifica nell'ambito delle professioni sanitarie»[24].

---

[21] Unanimi la posizioni delle società scientifiche mediche in merito alla distinzione fra limitazione dei trattamenti (e adeguata terapia del dolore, inclusa la sedazione) e atti volti a terminare intenzionalmente la vita. Cfr. FNOMCEO, Comunicazione n. 41, parere in materia di suicidio assistito, 14 marzo 2019; *Position Statement from American Pain Society Treatment of pain at the end of life*, 1996-2004, in www.ampainsoc.org.; L. RADBRUCH, C. LEGET, et al., *Euthanasia and physician-assisted suicide: A white paper from the European Association for Palliative Care*, in *Palliative Medicine*, 2015, Nov 19; *SIAARTI recommendations for the admission and discharge from Intensive Care and for the limitation of treatments in Intensive Care*, in *Minerva Anestesiologica*, 2003, 69:101-118; SIAARTI, *Le cure di fine vita e l'anestesista-rianimatore: raccomandazioni Siaarti per la persona morente*, update 2018. Cfr. pure SICP, «Raccomandazioni della SICP sulla sedazione terminale/palliativa», 2007; SICP, comunicato 8 febbraio 2013, «La SICP precisa che la sedazione terminale/palliativa non è eutanasia»; ICPCN, *Declaration of the ICPCN of Mumbai*, 12 February 2014; SFAR, *Fin de vie, euthanasie et suicide assisté: une mise au point*, 29 giugno 2012. Cfr. CNB, parere *Sedazione profonda continua nell'imminenza della morte*, 29 gennaio 2016. In chiave costituzionale, G. RAZZANO, *Sedazione palliativa profonda continua nell'imminenza della morte o sedazione profonda e continua fino alla morte. La differenza tra un trattamento sanitario e un reato*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 3/2016, pp. 141-165.

[22] Punto 2.4. Come nota S. CANESTRARI, *La "riforma" dell'art. 580 c.p.*, cit., p. 101, quest'affermazione della Corte ha un grande significato, «anche per una discussione "responsabile" in sede parlamentare, in quanto richiede un effettivo e previo coinvolgimento della persona malata in un percorso di terapia del dolore e di cure palliative».

[23] *Ibidem*. Corsivo di chi scrive.

[24] *Ibidem*.

Perché dunque, secondo la Corte, sarebbe un *paradosso* non punire l'aiuto al suicidio senza *prima* avere assicurato l'effettività del diritto alle cure palliative?

La risposta che si ricava dalla sentenza è che le cure palliative e la terapia del dolore sono *un diritto vero e proprio*, riconosciuto sia dalla legge n. 38/2010, quali «obiettivi prioritari del Piano sanitario nazionale», da garantire nell'ambito dei livelli essenziali di assistenza; sia, in ambito internazionale, dal Consiglio d'Europa e dall'OMS, che le considerano diritti umani fondamentali[25]. L'assistenza al suicidio, invece, resta un reato - e quindi grave disvalore per l'ordinamento giuridico italiano e per i codici penali di tutto il mondo - salvo la sua *non punibilità* in presenza di certe condizioni, a seguito della sentenza n. 242/2019. La Corte in questa occasione ha anche rilevato che «l'accesso alle cure palliative, ove idonee a eliminare la sofferenza, spesso si presta a rimuovere le cause della volontà del paziente di congedarsi dalla vita»[26].

Fra cure palliative e assistenza al suicidio c'è dunque un rapporto di precedenza, oltre che di *disomogeneità giuridica*. Senza la concreta offerta di cure palliative, poi, *non c'è neppure effettiva libertà di scelta*. E in assenza di «concrete possibilità di accedere a cure palliative diverse dalla sedazione profonda continua», manca il *pre-requisito* per l'eventuale «percorso alternativo».

La scelta rappresentata dal testo unificato può allora dirsi *paradossale*. Con questa si manifesta infatti la volontà politica di disciplinare *innanzitutto* modalità di comportamenti *non punibili* che integrano un aiuto al suicidio, senza una svolta nell'impegno verso ciò che la Corte ha indicato come *priorità assoluta per le politiche della sanità*: garantire per tutto il territorio nazionale il *diritto* ad un'appropriata assistenza medica, sociale, psicologica e spirituale, parte integrante del diritto fondamentale alla salute garantito dall'art. 32 Cost.[27]

È scandaloso, in particolare, che in Italia, a dodici anni dalla legge n. 38/2010, solo il 10% dei circa 35.000 pazienti in età pediatrica bisognosi di cure palliative riescano a trovare una risposta adeguata ai loro bisogni e che, nonostante questa consapevolezza[28], si indirizzi il SSN, *prioritariamente*, verso lo sforzo organizzativo finalizzato alla creazione di procedure per l'uso di farmaci letali. Parafrasando il menzionato passaggio della sentenza, può ritenersi che, in tal modo, «la somministrazione di farmaci in grado di

[25] WHO Definition of Palliative Care (www.who.int/cancer/palliative/definition/en). Inoltre, WHO, 20 December 2013, *Strengthening of Palliative Care as a Component of Integrated treatment Throughout the Life Course*, Report by the Secretariat. Cfr. ancora il *Global Atlas of Palliative Care at the End of Life* della *Worldwide Palliative Care Alliance* (WPCA), 2014, 7. Cfr. inoltre Consiglio d'Europa, Assemblea parlamentare, risoluz. *Palliative care: a model for innovative health and social policies*, n. 1649/2009); ID., risoluz. n. 2249/2018, *The provision of palliative care in Europe*.

[26] Sent. n. 242/2019, punto 5.

[27] In tema di cure palliative nella prospettiva costituzionale G. RAZZANO, *La dignità nell'ultima fase della vita: le cure palliative*, cap. III del volume a cura di M. Ronco, *Il "diritto" di essere uccisi: verso la morte del diritto?,* Torino, 2019, pp. 81-102; E. LAMARQUE, *Le cure palliative nel quadro costituzionale*, in *Rivista AIC*, 1/2021, 7 gennaio 2021.

[28] Cfr. l'indagine conoscitiva della Commissione Affari Sociali della Camera dei Deputati, approvata all'unanimità il 10 aprile 2019. Cfr. anche la relazione del Ministero della salute al Parlamento, del 31 gennaio 2019, sullo stato di attuazione della l. n. 38/2010.

provocare entro un breve lasso di tempo la morte del paziente» comporta «il rischio di una *prematura rinuncia*, da parte delle strutture sanitarie, a offrire sempre al paziente medesimo concrete possibilità di accedere a cure palliative».

4. Dalla «patologia irreversibile» alla «condizione clinica irreversibile»

Passando ora all'analisi di alcune specifiche disposizioni del testo unificato, può notarsi, nel primo articolo, che l'assistenza al suicidio è qualificata come una facoltà della «persona affetta da una patologia irreversibile e a prognosi infausta *o da una condizione clinica irreversibile*». Diversamente, la sent. n. 242/2019 si era riferita allo stato di «patologia irreversibile». Si assiste così al passaggio da un concetto già in sé vago - la «patologia irreversibile» - ad uno ancor più indeterminato, come quello della «condizione clinica irreversibile».

Non si tratta di una difformità di poco conto. Così facendo, si estende la platea di coloro che possono accedere alla morte assistita, permettendo che vi accedano i «grandi invalidi», come candidamente riconosciuto dallo stesso on. Bazoli in una sua nota circolata nel dicembre 2021[29], e quindi anche i "grandi anziani", i quali, trovandosi nella c.d. età geriatrica, certamente presentano pluripatologie irreversibili che li rendono candidati al percorso di «morte rapida». In «condizione clinica irreversibile» sono peraltro anche le persone con disturbi cronici, certe depressioni, diabete, tiroiditi, etc.

Si tratta di una scelta costituzionalmente problematica, che contribuisce alla percezione di inutilità e alla sensazione di essere di peso comunemente provata, specie nelle nostre società evolute, da anziani e disabili. Considerarli «suicidabili» e indirizzarli, attraverso il SSN, verso percorsi sistematicamente finalizzati a terminare la loro vita, presenta profili di dubbia costituzionalità non solo rispetto al diritto alla vita, ma anche al principio di uguaglianza, con riguardo alla pari dignità sociale «senza distinzione di condizioni personali e sociali», certamente annoverabile fra i principi supremi che attengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana[30]. In altre parole, è profondamente discriminatorio permettere, nella generale punibilità dell'aiuto al suicidio, *la sistematica non punibilità* dello stesso reato ove compiuto nei confronti di determinate categorie di persone, peraltro le più fragili[31].

Come affermato dalla sent. n. 50/2022, la vulnerabilità attiene a fattori «non solo di salute fisica, ma anche affettivi, familiari, sociali o economici».

[29] La nota di Bazoli è pubblicata sul blog dell'on. Ceccanti, 9 dicembre 2021, https://stefanoceccanti.it/suicidio-assistito-una-nota-del-relatore-bazoli/ (ultimo accesso 28 febbraio 2022).

[30] Nella sent. n. 50/2022 la Corte ribadisce che il diritto alla vita è «da iscriversi tra i diritti inviolabili, e cioè tra quei diritti che occupano nell'ordinamento una posizione, per dir così, privilegiata, in quanto appartengono – per usare l'espressione della sentenza n. 1146 del 1988 – "all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana"».

[31] Così F.S. BERTOLINI, *Valore della libertà, valore della vita, diritto di rinunciare alle cure, diritto di morire*, in *Riv. AIC*, 4/2019, p. 323.

A questo riguardo è interessante un particolare non irrilevante: dal testo approvato dalla Camera il 10 marzo, all'art. 5, comma 2, relativo al rapporto dettagliato che il medico deve redigere sulle condizioni di colui che ha chiesto la morte assistita, è stato eliminato, tramite un emendamento, il riferimento alle condizioni «sociali e familiari» del richiedente, lasciando solo «condizioni cliniche e psicologiche». Quale significato dare alla modifica? Si teme forse che dai rapporti medici, a lungo andare, affiori il dato per cui sono soprattutto soggetti disagiati sul piano sociale e familiare a chiedere di morire? E che possano quindi sorgere dubbi su tali pratiche, che si rivelerebbero così quale rimedio conseguente al mancato supporto dell'ordinamento alle categorie più svantaggiate sotto il profilo sociale e familiare?

La medesima Corte, nella sent. n. 141/2019[32], aveva già posto in luce l'esistenza di fattori che condizionano e limitano l'autodeterminazione, «riducendo, talora drasticamente, il ventaglio delle sue opzioni esistenziali. Può trattarsi non soltanto di fattori di ordine economico, ma anche di situazioni di disagio sul piano affettivo o delle relazioni familiari e sociali». Tale sentenza ha altresì ricordato che «il costituzionalismo contemporaneo è ispirato all'idea che l'ordinamento non deve limitarsi a garantire i diritti costituzionali ma deve adoprarsi per il loro sviluppo. Di qui una concezione dell'individuo come persona cui spetta una "libertà di" e non soltanto una "libertà da"»[33].

La scelta del testo unificato di aprire l'aiuto al suicidio ad una platea maggiore di soggetti fragili, per quanto resti ferma la condizione rappresentata dall'«essere sottoposti a trattamenti di sostegno vitale» (il "paletto" più robusto, che infatti i fautori del diritto di morire puntano a "far cadere" presto[34]), appare quindi in contraddizione con la medesima sentenza n. 242/2019, che ricorda che il diritto alla vita va garantito soprattutto nei confronti dei soggetti «più deboli e vulnerabili».

Più ancora, sotto un profilo politico, ma non privo di risvolti costituzionali, l'estensione appare inconciliabile con alcuni degli obiettivi che si propone il PNRR. Sia la missione n. 6, *Salute*, sia più specificamente la missione n. 5, denominata *Inclusione e coesione*, si propongono come traguardo, tra l'altro, il sostegno alle persone vulnerabili e la *prevenzione dell'istituzionalizzazione* degli anziani non autosufficienti. Se il SSN si impegna per *prevenire* l'istituzionalizzazione degli anziani e dei vulnerabili perché, *a fortiori*, non dovrebbe fare altrettanto per *prevenire* le cause che li portano alle richieste di morte? Quale credibilità può avere l'obiettivo della "presa in carico" dei grandi anziani e dei pazienti cronici laddove il medesimo SSN predisponesse al contempo, sempre per loro, procedure per ottenere la morte tramite farmaco letale?

[32] Medesimo anche il redattore, Franco Modugno.

[33] Sulla relazione fra la sent. n. 141/2019 e la n. 242/2019 in tema di dignità e autodeterminazione, C. CUPELLI, *Il Parlamento decide di non decidere e la Corte costituzionale risponde a se stessa*, in *Sistema pen*., 12/2019, p. 46. Cfr. inoltre S. PRISCO, *La dignità nel dibattito biogiuridico e biopolitico. Linee ricostruttive*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto, Special Issue* 2/2019, p. 61.

[34] Sull'importanza di questo requisito cfr. S. CANESTRARI, *La "riforma" dell'art. 580 c.p. da parte della Corte costituzionale*, in G. D'ALESSANDRO-O. DI GIOVINE, *op. cit*., p. 91.

Tale scorciatoia rappresenta un disimpegno nei loro confronti, e nega evidentemente la validità dei percorsi volti a garantire cure domiciliari e assistenza integrata sanitaria e sociale[35].

5. Dal non obbligo per i medici, al dovere di prestazione della morte procurata per il Servizio Sanitario nazionale, per le Regioni e…anche per i medici. L'apparente diritto all'obiezione di coscienza

Si è già visto come la medesima sentenza abbia creato un'area di non punibilità «senza creare alcun obbligo di procedere a tale aiuto in capo ai medici». Il testo unificato, al contrario, trasforma questo principio del "non obbligo" in un vero e proprio dovere di prestazione del SSN, consistente appunto nell'organizzazione di procedure *sistematicamente* finalizzate all'aiuto al suicidio.

L'art. 6, comma 4, dispone infatti che «gli enti ospedalieri pubblici autorizzati *sono tenuti* in ogni caso ad *assicurare l'espletamento* delle procedure previste dalla presente legge adottando tutte le misure, anche di natura organizzativa, che si rendano necessarie. La regione *ne controlla e garantisce l'attuazione*». Ancora, l'art. 2 afferma che «si intende per morte volontaria medicalmente assistita il decesso cagionato da un atto autonomo[36] con il quale, in esito al percorso disciplinato dalle norme della presente legge, si pone fine alla propria vita in modo volontario, dignitoso e consapevole, *con il supporto e sotto il controllo del Servizio Sanitario Nazionale*».

Ad ulteriore corredo vi è poi la diposizione sull'obiezione di coscienza, che può considerarsi la cartina al tornasole del mutamento di paradigma. L'art. 6, comma 1, prevede infatti che «l'esercente la professione sanitaria non è tenuto a prendere parte alle procedure per l'assistenza alla morte volontaria medicalmente assistita disciplinate dalla presente legge quando sollevi obiezione di coscienza con preventiva dichiarazione»; mentre il comma 3, più restrittivamente, prevede che «l'obiezione di coscienza esonera l'esercente la professione sanitaria dal compimento delle procedure e delle attività specificamente dirette al suicidio e non dall'assistenza antecedente l'intervento». In tal modo la proposta di legge, capovolgendo il principio di libertà per i medici, introduce la regola generale consistente nel dovere di indurre la morte

[35] Sull'importanza di tale integrazione, da ultimo, R. BALDUZZI, *Cinque cose da fare (e da non fare) in sanità nella (lunga e faticosa) transizione verso il post-pandemia*, in *Corti supreme e salute*, 2/2020, p. 348; R. BOTTI, *Le Funzioni Amministrative in Sanità (art. 118 Costituzione)*, in *Ripensare il Titolo V a vent'anni dalla riforma del 2001*, Convegno a cura della Rivista *Federalismi*, ISSIRFA-CNR, Osservatorio sui processi di governo, Roma 13-14 ottobre 2021 (abstract disponibili sul sito di ISSIRFA).

[36] Un commento a parte, in merito all'uso del linguaggio utilizzato per i temi eticamente controversi, meriterebbe l'ossimoro che deriva dall'abbinamento fra «morte volontaria medicalmente assistita» e «atto autonomo». Sembra comunque importante ricordare che la differenza fra suicidio e aiuto al suicidio resta penalmente rilevante. E notare che l'art. 8, comma 1, del testo unificato esclude l'applicazione degli art. 580 c.p. (aiuto al suicidio) e 593 c.p. (omissione di soccorso) per coloro che abbiano aiutato il paziente nel suicidio, ove abbiano agito «nel rispetto delle disposizioni della presente legge».

all'interno di una procedura. Regola alla quale ci si può sottrarre solo con l'obiezione, che diventa così *la scelta eccezionale*.

Del mutamento di paradigma è ben consapevole lo stesso relatore Bazoli, il quale, nella già citata nota, contraddicendo le proprie rassicurazioni secondo cui la legge si iscriverebbe «nel perimetro» della sentenza, sottolinea, invece, «il significativo allargamento del perimetro della sentenza (…) che riguarda l'obiezione di coscienza, che la Corte aveva escluso perché non necessaria, in quanto aveva espressamente statuito che la decisione "non configura alcun obbligo di procedere a tale aiuto in capo ai medici". La previsione dell'obiezione di coscienza presuppone e dunque comporta invece che l'obbligo ci sia, così configurando un vero e proprio diritto azionabile dal paziente, e prevede che le Regioni siano tenute a garantire il servizio»[37].

Peraltro, oltre a disattendere la sentenza in un punto qualificante, che è quello della libertà professionale dei medici e dei professionisti sanitari, la formulazione dell'articolo nasconde un'insidia che rischia di svuotare completamente di sostanza l'obiezione di coscienza[38]. Lo si comprende ove si consideri che, stando alle cronache, Fabiano Antoniani è morto mordendo il pulsante che ha attivato il farmaco letale. Se allora qualche interprete volesse ridurre a quest'ultima la «fase esecutiva» dalla quale il medico può essere esonerato - ossia l'atto finale compiuto, fra l'altro, dallo stesso soggetto passivo - i medici rischierebbero di essere addetti alla preparazione del paziente e del farmaco, impiegati presso i "reparti" dove si svolgono tali pratiche, e anche inviati presso il domicilio dei pazienti per l'«assistenza antecedente l'intervento», senza poter esercitare l'obiezione di coscienza, limitata al «compimento delle procedure e delle attività specificamente dirette al *suicidio*».

Quel che è certo è che il testo non chiarisce in cosa consistano «le procedure e le attività specificamente dirette al suicidio» e quali siano gli atti che integrano «assistenza antecedente l'intervento», mentre da tale distinzione dipende la possibilità di esercitare o meno l'obiezione. Di conseguenza, comportamenti medici che integrano atti di aiuto al suicidio - perché senza gli stessi la morte non avverrebbe - rischiano di essere interpretati come meri atti preparatori di assistenza precedenti l'intervento ed esclusi, come tali, dall'obiezione di coscienza, in contrasto con la libertà di coscienza, che invece la Corte stessa ha riconosciuto fra i *principi* della *materia*.

---

[37] Cfr. *supra*, nota 29.

[38] Al riguardo va osservato che il motivo dell'obiezione, in questo come nel caso dell'aborto, è l'inaccettabilità di ogni comportamento volto a procurare intenzionalmente la morte di un essere umano, e l'affermazione del diritto alla vita. Non si tratta, quindi, di una motivazione che attiene a valori individuali, privati e soggettivi, di tipo religioso o concernenti la visione del mondo del singolo, ma di un diritto che è principio fondamentale dell'ordinamento giuridico e, quindi, valore di carattere pubblico e sociale. Il motivo dell'obiezione di coscienza è insomma un principio di rango costituzionale e non un interesse privato. Sul tema, nella vasta bibliografia, cfr. A. GUARINO, *Obiezione di coscienza e valori costituzionali*, Napoli, 1992; L. EUSEBI, *Obiezione di coscienza del professionista sanitario*, in L. LENTI, E. PALERMO FABRIS, P. ZATTI (a cura di), *I diritti in medicina*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto*, vol. III, Giuffrè, Milano, 2011, p. 173 ss. Cfr. inoltre CNB, parere *Obiezione di coscienza e bioetica*, 12 luglio 2012.

6. Il ricorso al giudice contro il parere dei medici: profili d'incostituzionalità e negazione della relazione medico-paziente richiesta dalla Corte

Il medesimo art. 5, al comma 8, prevede poi che, «nel caso in cui il medico non ritenga di trasmettere la richiesta al Comitato per la valutazione clinica o in caso di parere contrario dello stesso Comitato, resta ferma comunque per la persona che abbia richiesto la morte volontaria medicalmente assistita la possibilità di ricorrere al giudice territorialmente competente, entro il termine di sessanta giorni dalla data di ricezione della decisione motivata del medico di cui al comma 4 o del parere contrario del Comitato».

Si tratta di una previsione che echeggia la l. n. 219/2017, recante *Norme sul consenso informato e le disposizioni anticipate di trattamento*. L'art. 3, comma 5, della stessa prevede infatti che, nel caso in cui il medico giudichi appropriate e necessarie le cure e il rappresentante del minore o dell'incapace invece dissenta, la decisione debba essere rimessa al giudice. Lo stesso vale nel caso in cui, in presenza di DAT, vi sia contrasto fra il fiduciario e il medico (art. 4, comma 5). In tutti questi casi, può dirsi criticabile la scelta del legislatore di affidare al giudice, anziché al medico, decisioni ultime che attengano alla vita e alla salute. Per quanto, infatti, il giudice rivesta un ruolo di terzietà, è privo di qualunque competenza scientifica di carattere medico-clinico[39].

Nel caso del testo unificato, tuttavia, il ricorso al giudice presenta ulteriori profili di illegittimità costituzionale.

Tale previsione normativa, infatti, in una procedura che è volta ad ottenere la morte, e non la limitazione o il rifiuto di trattamenti, non ha altro significato che quello di assicurare che il paziente ottenga il farmaco letale anche contro il parere medico. In concreto ciò significa poter superare tutte le condizioni in base alle quali è ammissibile, secondo la sentenza n. 242/2019 e secondo la legge, il suicidio assistito (artt. 2 e 3 del testo unificato). Il ricorso al giudice e il relativo provvedimento autorizzativo all'uso del farmaco implicano in sostanza la vanificazione di tutti i controlli previ effettuati dal medico curante o dal Comitato di valutazione, che hanno appunto ad oggetto «i presupposti e le condizioni di cui all'art. 3»[40].

Ignorare i controlli medici, in questo caso, significa però anche abbattere i "paletti" posti dalla sentenza n. 242/2019 e operare come se l'art. 580 c.p., nel testo riformulato dalla Corte, fosse stato del tutto cancellato. In tal modo il provvedimento giudiziale non trova più il limite della norma penale, ai sensi della quale l'aiuto al suicidio è non punibile solo in determinati casi, ma può autorizzare l'uso del farmaco letale *a prescindere da quei casi*.

Il problema, dal punto di vista costituzionale, è che la *ratio* dell'art. 580 c.p. è la tutela della vita umana, «valore che si colloca in posizione apicale nell'ambito dei diritti fondamentali della persona» (sent. n.

[39] G. RAZZANO, *La legge n. 219/2017 su consenso informato e DAT, fra libertà di cura e rischio di innesti eutanasici*, Giappichelli, 2019, p. 112.
[40] Cfr. art. 5, comma 4.

50/2022). Del resto è proprio per questo motivo che la Corte non ha potuto dichiarare totalmente incostituzionale il reato di aiuto o istigazione al suicidio (sent. n. 242/2019) e non ha potuto ammettere il referendum, sia pure parzialmente abrogativo, dell'omicidio del consenziente (sent. n. 50/2022). In quest'ultima occasione la Corte ha altresì spiegato che, «quando viene in rilievo il bene della vita umana, la libertà di autodeterminazione non può mai prevalere incondizionatamente sulle ragioni di tutela del medesimo bene, risultando, al contrario, sempre costituzionalmente necessario un bilanciamento che assicuri una sua tutela minima».

Il ricorso al giudice per ottenere a tutti i costi il farmaco letale, dopo il diniego da parte del medico e di professionisti qualificati, si palesa, al contrario, esattamente come un modo per far sì che l'autodeterminazione prevalga incondizionatamente.

Oltre che con il diritto alla vita, il contrasto è anche con l'art. 32 Cost. Occorre considerare, infatti, che fra le valutazioni che i medici devono compiere, vi è la verifica circa la sussistenza o meno, in capo al soggetto richiedente, di una «patologia irreversibile e con prognosi infausta o condizione clinica irreversibile» (art. 5, comma 4 e 5). In basi a quali competenze un giudice potrebbe allora autorizzare il farmaco letale contro il parere reso, al riguardo, dal medico o «da professionisti con competenze cliniche, psicologiche, giuridiche, sociali e bioetiche» (art. 7, comma 2)? La legge in proposito tace, permettendo così che, rispetto a decisioni che attengono allo stato di salute, manchi la benché minima valutazione medica. Ciò è in contrasto con l'art. 32 Cost. e si oppone a quanto indicato dalla Corte nella sent. n. 242/2019, che richiede invece, quale condizione per la non punibilità dell'aiuto al suicidio, che si seguano le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della legge 22 dicembre 2017, n. 219, stante «l'inerenza anche della materia considerata alla relazione tra medico e paziente»[41].

Il ricorso al giudice costituisce peraltro anche una contraddizione interna allo stesso testo unificato, che assicura che il percorso della morte assistita avviene «*con il supporto e sotto il controllo* del Servizio Sanitario Nazionale» (art. 2, comma 1). È infatti evidente che, se l'ultima parola spetta ad un giudice, in opposizione ai medici, la decisione non è più «sotto il controllo del SSN», ma è *a prescindere* dal suo controllo. Il SSN anziché *supportare*, piuttosto *subirà* decisioni prese nelle aule dei tribunali, da eseguire nei reparti ospedalieri o direttamente al domicilio del paziente (art. 5, comma 7).

Ancora, il ricorso al giudice implica prospettive di disuguaglianza. Potrebbe anche accadere che alcuni giudici territorialmente competenti si rivelino più attivi di altri nell'autorizzare l'uso del farmaco letale. E, per quanto si affermi che la legge sia funzionale all'uniformità delle condizioni, evidente è il contrasto con l'art. 3 Cost., oltretutto in merito a questioni delicatissime, che attengono all'«essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana».

[41] Punto 5 della sent. n. 242/2019.

Bisogna infine considerare che i parametri di giudizio del magistrato sarebbero non già protocolli medici condivisi, da applicare in base ad una specifica responsabilità deontologica medica, ma inevitabilmente le opinioni personali del giudice, la sua visione del mondo e della dignità dei malati, opinioni presenti nella società circa la qualità della vita di questo o quel paziente.

La disposizione concernente il ricorso al giudice, in definitiva, se da un lato presenta evidenti profili di incostituzionalità, dall'altro rivela chiaramente che la *medicalizzazione* della morte assistita è solo un rivestimento *apparente* per una valutazione *sostanzialmente* ideologica.

7. Dalle cure palliative come pre-requisito di altre scelte, al rifiuto delle cure palliative come requisito per ottenere l'aiuto al suicidio. Conclusioni

Si è già visto come, sia nella sent. n. 242/2019, sia nell'ordinanza n. 207/2018, l'assistenza palliativa venga riconosciuta come vero e proprio *diritto*, qualità che la Corte costituzionale non riconosce invece all'aiuto al suicidio. Tale asimmetria appare evidente in quel punto della sentenza in cui si afferma che il coinvolgimento in un percorso di cure palliative «deve costituire» un pre-requisito della scelta, in seguito, di qualsiasi percorso alternativo da parte del paziente. Tale dovere e tale pre-requisito, nel testo unificato, finiscono invece per essere trasformati in un adempimento burocratico per ottenere il farmaco letale, che consiste nell'attestare che il paziente è stato informato del diritto alle cure palliative e che le ha rifiutate.

Nell'art. 3, comma 1, si legge infatti che può fare richiesta di morte volontaria la persona che - oltre a presentare altri requisiti - sia stata «previamente coinvolta in un percorso di cure palliative al fine di alleviare il suo stato di sofferenza e le abbia esplicitamente rifiutate o le abbia volontariamente interrotte». Successivamente, tuttavia, all'art. 5, comma 3, lo stesso testo dispone, quanto alle «Modalità», che nel rapporto che il medico è tenuto a redigere occorre indicare «se la persona è a conoscenza del diritto di accedere alle cure palliative e specificare se è già in carico a tale rete di assistenza *o se ha esplicitamente rifiutato tale percorso assistenziale*»[42].

In definitiva, ai fini della correttezza della procedura, è sufficiente dichiarare, da parte del richiedente, che si conoscono le cure palliative *o, anche,* che si è esplicitamente rifiutato tale percorso. Sono quindi sufficienti un paio di crocette su di un modulo prestampato per accedere all'altra «opzione» della «morte rapida»[43]. E ben potrebbe avvenire che il paziente, pur non conoscendo le cure palliative, le rifiuti. In tal modo, come si vede, non solo il legislatore equipara, di fatto, due approcci fra loro giuridicamente asimmetrici - un diritto, in un caso, un fatto non punibile, nell'altro - ma soprattutto elude quanto indicato

[42] Corsivo di chi scrive.

[43] Le espressioni sono della sent. n. 242/2019, punto 2.3 e 2.4.

dalla sentenza, ossia che le cure palliative debbano essere un pre-requisito e che il paziente abbia la concreta possibilità di essere inserito nel relativo percorso[44].

L'esigenza evidenziata dalla Corte nella sent. n. 242/2019 è legata all'impegno preso dallo Stato con la l. n. 38/2010, che il testo unificato rischia però di demolire sotto plurimi aspetti.

Da un lato, l'art. 4, comma 4, del testo unificato, riproducendo l'art. 1, comma 5, della l. n. 219 del 2017, dispone che «ricevuta la richiesta, il medico prospetta al paziente e, se questi acconsente, anche ai suoi familiari le conseguenze di quanto richiesto e le possibili alternative, e promuove ogni azione di sostegno al paziente medesimo, anche avvalendosi dei servizi di assistenza psicologica»; dall'altro, tuttavia, il testo omette di specificare, proprio in questa fase decisiva, che fra le «possibili alternative» il medico prospetti il percorso delle cure palliative e della terapia del dolore.

Non c'è vera libertà di scelta, per il paziente, se non si conoscono effettivamente le alternative e non si abbia la concreta possibilità di sperimentarle. E i dati mostrano non solo che in molti luoghi non sono attive le reti e non sono presenti gli hospice, ma anche che molti fra gli stessi medici, inclusi quelli di famiglia, non conoscono le cure palliative. È quindi anche la libertà di cura, ai sensi degli artt. 13 e 32 Cost. - e quindi l'effettiva autodeterminazione - ad esigere che debbano *prioritariamente* essere realizzate le reti di cure palliative per tutto il territorio nazionale.

Quanto poi il testo unificato abbia in considerazione quest'ultimo obiettivo, lo si evince dalla collocazione della disposizione concernente l'impegno del Ministero della salute volto a «definire le modalità di monitoraggio e implementazione della rete di cure palliative che garantisca la copertura efficace e omogenea di tutto il territorio nazionale»: si tratta dell'ultima lettera delle disposizioni transitorie e finali.

Dal medesimo testo unificato si desume inoltre la non conoscenza, da parte del legislatore, dei principi basilari della medicina palliativa, così come definiti non solo dalla l. n. 38/2010, ma anche da diversi documenti del Consiglio d'Europa e dell'OMS[45]. Si legge, infatti, nell'art. 7, che i Comitati per la valutazione clinica, il cui compito e dare il via libera alla procedura per la morte volontaria (che in ogni caso, come si è visto, comunque darebbero i giudici), sono composti anche da medici palliativisti. Il punto è che la medicina palliativa non accelera né ritarda la morte e, ai sensi della l. n. 38/2010, non accetta procedure di assistenza a morire. Il relativo approccio non prevede l'eliminazione della persona per

[44] Come afferma S. CANESTRARI, *La "riforma" dell'art. 580 c.p.*, cit., p. 94, ai sensi della sent. n. 242/2029, «al paziente devono essere offerti in via prioritaria specifici percorsi palliativi, indicando concretamente le strutture sanitarie disponibili e le modalità di accesso».

[45] Cfr. WHO Resolution EB134.R7, *Strengthening of palliative care as a component of integrated treatment within the continuum of care*, January 2014; Worldwide Palliative Care Alliance (WPCA), *Global Atlas of Palliative Care at the End of Life*, 2014; Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, risoluzione n. 2249/2018, *The provision of palliative care in Europe*. Cfr. inoltre i tanti scritti della fondatrice dell'*hospice movement*, Cicely SAUNDERS, *Care of the Dying*, Macmillan, London, 1960; ID., *Living with Dying,* Oxford University Press, Oxford, (1983)1995; ID., *Beyond the Horizon: A Search for Meaning in Suffering,* Darton,Longman & Todd Ltd, London, 1990. Inoltre, ID., *Principles of Symptoms Control in Terminal Care*, in *Med. Clin. North. Am.*, 1982, 66, 1169; ID., *Vegliate con me.* Hospice*: un'ispirazione per la cura della vita*, EDB, Bologna, 2008.

eliminare la sofferenza, ma piuttosto il controllo del dolore per il maggiore benessere possibile del paziente, all'occorrenza anche con la sedazione palliativa profonda continua[46]. Si tratta di un aspetto qualificante della medicina palliativa, tanto più importante quanto più sono ancora diffusi pregiudizi e diffidenze, quali l'idea che i pazienti accolti in hospice o "presi in carico" a domicilio dalle reti di cure palliative verrebbero "fatti morire"[47].

Sotto questo profilo il testo unificato è anche idoneo a contaminare l'identità della medicina palliativa, alterandone il significato prima ancora che nel nostro Paese tale disciplina sia stata studiata, approfondita, inserita nel curriculum formativo di medici e infermieri, e praticata secondo le *best practices*. E prima ancora che siano stati valutati i risultati di quelle campagne istituzionali di informazione che si sarebbero dovute promuovere, ai sensi della l. n. 38/2010, art. 4, anche attraverso i medici di medicina generale e i pediatri di libera scelta, per diffondere «nell'opinione pubblica la consapevolezza della rilevanza delle cure palliative, anche delle cure palliative pediatriche, e della terapia del dolore, al fine di promuovere la cultura della lotta contro il dolore e il superamento del pregiudizio relativo all'utilizzazione dei farmaci per il trattamento del dolore, illustrandone il fondamentale contributo alla tutela della dignità della persona umana e al supporto per i malati e per i loro familiari».

In conclusione può osservarsi come, malgrado l'asserita fedeltà ai principi indicati dalla sent. n. 242/2019 della Corte costituzionale, la proposta di legge fuoriesca sensibilmente dal «perimetro segnato dai principi» enunciati da quest'ultima e presenti svariati profili di incostituzionalità. Il testo esprime, piuttosto, il passaggio *dall'aiuto al suicidio come reato non punibile in certi casi all'aiuto al suicidio come diritto*. Rappresenta pertanto una conferma del fenomeno del cosiddetto «pendio scivoloso»[48], esprime una scelta divisiva per la società civile e discriminatoria per i soggetti fragili e attenta alla libertà e professionalità dei medici e del personale sanitario. Costituisce infine una minaccia per il diritto alle cure palliative e alla terapia del dolore, per l'impatto negativo che potrebbe determinare sulla qualità della relativa assistenza[49].

---

[46] Cfr. *supra*, nota 21.

[47] La ricerca e la pratica clinica, al contrario, si orientano verso le cure simultanee (ad es. oncologiche e palliative insieme), verso cure palliative precoci e, anche, successive a trattamenti intensivi che abbiano conseguito esiti positivi ma abbiano lasciato sofferenze di vario titpo nei pazienti trattati. A mero titolo di esempio cfr. F.J. MEYERS, J. LINDER, *Simultaneous Care: Disease Treatment and Palliative Care Throughout Illness*, in *Journal of Clinical Oncology*, apr. 2003; T.E. QUILL, A.P. ABERNETHY, *Generalist plus Specialist Palliative Care - Creating a More Sustainable Model*, in *The New England Journal of Medicine*, 368;13, march 28, 2013; AIOM, *Position paper of the Italian Association of Medical Oncology on early palliative care in oncology practice (Simultaneous Care)*, in *Tumori Journal*, 2017; 103(1): 9-14.

[48] Considera invece pretestuoso tale argomento P. BORSELLINO, *La sentenza della Corte costituzionale n. 242/2019: presupposti, punti fermi e questioni aperte*, in G. D'ALESSANDRO-O. DI GIOVINE, *op. cit.*, 41, che richiama anche D. WALTON, *Slippery Slope Argument*, Oxford University Press, Oxford, 1992 e E. LECALDANO, *L'argomento del pendio scivoloso e l'insegnamento della bioetica*, in *Bioetica*, 2/2000, p. 295.

[49] Resta attuale quanto affermato ormai dieci anni or sono da S. CANESTRARI, *Relazione di sintesi. Le diverse tipologie di eutanasia: una legislazione possibile*, in S. CANESTRARI, G. CIMBALO, G. PAPPALARDO (a cura di), *Eutanasia e diritto. Confronto tra discipline*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 234, ossia che fra le conseguenze probabili di una eventuale legalizzazione dell'aiuto assistito e/o eutanasia, vi è l'indebolimento «dell'impegno a favore di una adeguata assistenza sanitaria ai morenti, cioè tutte le cure palliative praticabili, nonché diagnosi e terapie psicologiche e psichiatriche. Ed

invero è difficile ipotizzare una politica sociale che preveda costi economici onerosi in una duplice direzione: l'attuazione di una legge che consente l'eutanasia o il suicidio assistito con rigorose garanzie procedurali fondate su complessi accertamenti (...); un consolidamento - *rectius*: un auspicabile e necessario rafforzamento - delle strutture destinate alla cura delle fasi terminali della vita».

Stato d'emergenza, atti necessitati e ordinanze emergenziali. Alcune riflessioni a partire dalla sent. n. 198 del 2021*

di Beatrice Sboro
Dottoranda di ricerca in Diritto costituzionale
Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

Abstract [It]: Il presente scritto, traendo spunto dalla sentenza n. 198 del 2021 della Corte costituzionale, si concentra sul tema della qualificazione dogmatica dei d.P.C.M. volti a contenere la diffusione del Covid-19 e, in particolare, sulla risalente distinzione tra atti necessitati ed ordinanze emergenziali ripresa dalla Corte nella sentenza in esame. Nel tentare di ricostruire le ragioni che hanno spinto la Corte ad ascrivere i d.P.C.M. alla prima categoria, il contributo si propone di evidenziare come tale scelta si ponga nel solco della giurisprudenza costituzionale pregressa, che individua nel potere *extra ordinem* uno strumento *residuale* rispetto all'esercizio di poteri amministrativi tipizzati, ancorché motivati dall'emergenza.

Title: State of emergency, compulsory acts and emergency orders. Some reflections starting from sentence no. 198 of 2021
Abstract [En]: Taking the cue from decision no. 198/2021 of the Italian Constitutional Court, this article focuses on the theoretical reconstruction of the decrees of the President of the Council of Ministers (d.P.C.M.s) adopted to reduce the diffusion of Covid-19, analysing the old distinction between "necessary administrative acts" and "exceptional ordinances". Trying to explain the reasons behind the choice of the ICC to ascribe these d.P.C.M.s to the former category, this article tries to emphasize the coherence of this decision with the previous jurisprudence that considered *extra ordinem* powers as an exceptional instrument to face emergencies compared to the exercise of ordinary and typified administrative powers.

Parole chiave: Emergenza, D.P.C.M., Atti necessitati, Ordinanze emergenziali
Keywords: Emergency, Decrees of the President of the Council of Ministers, Necessary administrative acts, Exceptional ordinances

Sommario: 1. Introduzione. **2.** L'oggetto della questione: la sequenza decreto legge-d.P.C.M. **3.** La natura dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri. **4.** I d.P.C.M. come atti necessitati. Profili dogmatici di una distinzione risalente. **5.** (segue) Il ruolo della discrezionalità amministrativa e politica del Presidente del Consiglio nella gestione della pandemia. **6.** I poteri *extra ordinem* come eccezione.

1. Introduzione

Il carattere inedito del sistema normativo impiegato per far fronte alla pandemia da Covid-19 è un dato ormai pacifico: com'è noto, infatti, alla dichiarazione dello stato d'emergenza del 31 gennaio 2020 deliberata dal Consiglio dei Ministri ai sensi del Codice della protezione civile[1] ha fatto seguito un notevole scostamento dagli strumenti di gestione di situazioni emergenziali previsti da quest'ultimo. Tale

* Articolo sottoposto a referaggio.
[1] Artt. 7, c. 1, lett. c) e 24, c. 1 d.lgs. 2 gennaio 2018, n. 1.

scostamento si è concretizzato nella creazione di un sistema normativo *ad hoc*, caratterizzato dall'adozione di decreti-legge[2] che demandavano l'attuazione delle misure restrittive volte a fronteggiare l'emergenza ai decreti del Presidente del Consiglio dei ministri (d'ora in avanti: d.P.C.M.) e, nelle more dell'adozione di questi ultimi, alle ordinanze contingibili e urgenti del Ministro della sanità[3] ed alle ordinanze sindacali[4] .

Poco dopo la dichiarazione dello stato d'emergenza, infatti, con il d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, convertito con modificazioni dalla legge n. 13 del 2020, veniva disposto che le "*autorità competenti*" fossero tenute ad adottare *"ogni misura adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione epidemiologica*", comprese quelle elencate dall'art. 1, c. 2. Le critiche alla non tassatività dell'elenco delle misure restrittive, nonché alla genericità della formula utilizzata per identificare i soggetti autorizzati ad adottarle, non sono mancate sin dal primo momento[5]: ciò ha condotto all'approvazione del successivo d.l. 25 marzo 2020, n. 19, convertito con modificazioni nella l. 22 maggio 2020, n. 35, che ha predisposto un elenco esaustivo delle misure adottabili tramite d.P.C.M.[6], da graduare nel rispetto dei criteri di proporzionalità e adeguatezza. Le critiche, tuttavia, non si sono arrestate neppure di fronte al carattere maggiormente stringente del decreto-legge in parola[7].

È stato necessario un anno e mezzo perché la questione della legittimità dell'impianto normativo così delineato giungesse all'attenzione della Corte costituzionale. Quest'ultima, com'è noto, ha già avuto occasione di pronunciarsi sul riparto di competenze legislative in materia di gestione dell'emergenza pandemica con la sentenza n. 37 del 2021, che pareva aver indirettamente ritenuto legittima la sequenza

---

[2] Tali decreti-legge (segnatamente, il n. 6 del 2020 ed il n. 19 del 2020) sono stati definiti "originari", in quanto rappresentano la fonte di legittimazione di una serie di fonti derivate, per evidenziarne la differenza con gli altri decreti-legge intervenuti per fronteggiare specifici aspetti della vita del Paese interessati dalla pandemia: R. ROMBOLI, *L'incidenza della pandemia da Coronavirus nel sistema costituzionale italiano*, in ConsultaOnLine, www.giurcost.org, 5 ottobre 2020, p. 515 ss.

[3] *Ex* art. 32 l. 23 dicembre 1978, n. 833.

[4] *Ex* art. 117 d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112 e art. 50 d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267.

[5] Sul punto, v. A. VENANZONI, *L'innominabile attuale. L'emergenza Covid-19 tra diritti fondamentali e stato di eccezione*, in Forum di Quaderni Costituzionali, n. 1, 2020, pp. 3; 13; L. A. MAZZAROLLI, *«Riserva di legge» e «principio di legalità» in tempo di emergenza nazionale. Di un parlamentarismo che non regge e cede il passo a una sorta di presidenzialismo extra ordinem, con ovvio, conseguente strapotere delle pp.aa. La reiterata e prolungata violazione degli artt. 16, 70 ss., 77 Cost., per tacer d'altri*, in Federalismi.it, Osservatorio Emergenza Covid-19, 23 marzo 2020, p. 13; D. TRABUCCO, *Il «virus» nel sistema delle fonti: Decreti-legge e DPCM al tempo del Covid-19 Tra principio di legalità formale e principio di legalità sostanziale*, in Nomos. Le attualità nel diritto, n. 2, 2020, p. 10; M. DE NES, *Emergenza Covid-19 e bilanciamento di diritti costituzionali: quale spazio per la legalità sostanziale?*, in Biolaw Journal, 16 marzo 2020, p. 5; M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in Rivista AIC, n. 2, 2020, p. 112; G. TROPEA, *Il Covid-19, lo Stato di diritto, la pietas di Enea*, in Federalismi.it, Osservatorio emergenza Covid-19, 18 marzo 2020, p. 11; A. MANGIA, *Emergenza, fonti fatto e fenomeni di delegificazione temporanea*, in Rivista AIC, n. 2, 2021, p. 13.

[6] Sulla maggior tassatività del d.l. n. 19 del 2020, v. A. MANGIA, *Emergenza, fonti fatto e fenomeni di delegificazione temporanea*, cit., p. 156; S. GARDINI, *Note sui poteri amministrativi straordinari*, in Il diritto dell'economia, n. 2, 2020, p. 188; E. JORIO, *Interventi normativi d'urgenza in tema di contrasto al Coronavirus: una rassegna ragionata*, in Corti Supreme e salute, n. 1, 2020, p. 96; G. M. LOCATI, F. FILICE, *Lo Stato democratico di diritto alla prova del contagio*, in Questione Giustizia, 27 marzo 2020.

[7] Si vedano, tra gli altri, D. TRABUCCO, *Il «virus» nel sistema delle fonti*, cit., p. 10; A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, in Rivista AIC, n. 2, 2020, p. 582.

decreti-legge/d.P.C.M. Non v'è chi non abbia colto, in relazione a detta sentenza, che la riconduzione delle misure di contrasto alla pandemia alla competenza esclusiva statale relativa alla profilassi internazionale *ex* art. 117, c. 2, lett. q), abbia consentito alla Consulta di smarcarsi dalla necessità di chiarire la natura dei d.P.C.M. adottati[8].

Nel giro di pochi mesi, tuttavia, la qualificazione dei d.P.C.M. è stata chiarita con la sentenza n. 198 del 22 ottobre 2021, che ha definitivamente avallato la scelta del sistema normativo adottato, rigettando la questione di legittimità costituzionale sollevata dal Giudice di pace di Frosinone.

Il presente scritto, dopo aver brevemente rievocato i passaggi essenziali della pronuncia, si concentrerà sul tema della qualificazione dogmatica dei d.P.C.M. volti a contenere la diffusione del Covid-19 e, in particolare, sulla risalente distinzione tra atti necessitati ed ordinanze emergenziali ripresa dalla Corte nella sentenza in esame. Nel tentare di ricostruire le ragioni che hanno spinto la Corte ad ascrivere i d.P.C.M. alla prima categoria, si cercherà di evidenziare come tale scelta si ponga nel solco della giurisprudenza costituzionale pregressa, che individua nel potere *extra ordinem* uno strumento *residuale* rispetto all'esercizio di poteri amministrativi tipizzati, ancorché motivati dall'emergenza.

2. L'oggetto della questione: la sequenza decreto legge-d.P.C.M.

La questione di legittimità costituzionale verteva, nel caso in esame, proprio sui decreti-legge nn. 6 e 19 del 2020, ritenuti in contrasto con gli artt. 76, 77 e 78 Cost. In particolare, la censura del giudice *a quo* traeva spunto dal dato che detti decreti-legge avessero delegato ai d.P.C.M. di contrasto alla pandemia la disciplina di nuovi illeciti (penali prima, amministrativi poi) in caso di violazione delle prescrizioni ivi contenute per sostenere, più in generale, un'illegittima alterazione del sistema delle fonti. Nella ricostruzione del giudice rimettente, infatti, il meccanismo descritto avrebbe attribuito "forza di legge" a degli atti amministrativi (per l'appunto, i d.P.C.M.), operando una delega di funzioni legislative "in aperto contrasto" con la Carta Costituzionale e, più in particolare, con il "principio di tipicità delle fonti-atto di produzione normativa"[9]. Trattandosi dunque di una delega legislativa, il Governo avrebbe, con i decreti-legge oggetto della questione di costituzionalità, aggirato gli artt. 76 e 77 Cost. (secondo cui la funzione legislativa spetta al Parlamento, che può demandarla al Governo solo previa legge-delega), nonché l'art.

[8] L'assenza di competenze legislative regionali in materia di gestione della pandemia, infatti, "attrae alla competenza statale anche la disciplina attuativa, a prescindere dalla qualificazione dogmatica dei relativi atti": così C. CARUSO, *Il regionalismo autarchico è incostituzionale: dal Giudice delle leggi una pronuncia che mette ordine nella gestione territoriale della pandemia*, in Questione Giustizia, www.questionegiustizia.it, 13 aprile 2021, p. 5. E. LAMARQUE, *Sospensione cautelare di legge regionale da parte della Corte costituzionale (Nota a Corte cost. 14 gennaio 2021 n. 4)*, in Giustiziainsieme.it, 26 gennaio 2021; G. BOGGERO, *In pandemia nessuna concorrenza di competenze. La Corte costituzionale promuove un ritorno al "regionalismo della separazione"*, in Forum di Quaderni Costituzionali, n. 3, 2021, p. 120.

[9] Così l'ordinanza di rimessione n. 27 del 2021 del Giudice di Pace di Frosinone.

78 Cost., atteso che, al di fuori dello stato di guerra, nessuna ipotesi di emergenza potrebbe mai costituire "fonte di poteri speciali o legittimanti fonti di produzione normativa diverse da quelle previste"[10].

La Corte, tuttavia, non si esprime sul merito delle questioni sollevate in relazione al d.l. n. 6 del 2020: le censure relative a quest'ultimo, infatti, vengono dichiarate inammissibili per difetto di rilevanza, atteso che la violazione delle prescrizioni del d.P.C.M. 22 marzo 2020 – che aveva dato origine al giudizio *a quo* – era stata commessa *dopo* il termine della vigenza di quest'ultimo.

Quanto al d.l. n. 19 del 2020, l'esito del vaglio di costituzionalità è una dichiarazione d'infondatezza basata anzitutto sulla tipizzazione[11], da parte di detto decreto-legge, delle misure di contenimento adottabili dal Presidente del Consiglio dei ministri tramite d.P.C.M.: una tipizzazione volta ad interpretare più rigorosamente il principio di legalità, "con una compilazione che riconduce a livello di fonte primaria il novero di tutte le misure applicabili all'emergenza (…)"[12].

In secondo luogo, il rigetto della questione si basa sulla previsione, da parte dei decreti-legge, di alcune garanzie ulteriori rispetto alla tipizzazione degli interventi volti a fronteggiare la diffusione del virus: segnatamente, la temporaneità delle misure così selezionabili e la c.d. parlamentarizzazione dei d.P.C.M. Quanto alla prima, si tratta di un aspetto di non secondario rilievo ai fini della legittimità della catena normativa pensata per contrastare il Covid-19: certa dottrina, infatti, non ha mancato di individuare proprio nella temporaneità delle misure restrittive l'elemento cardine della complessiva tenuta del sistema normativo creato per la gestione della pandemia[13]. Quanto alla parlamentarizzazione dei d.P.C.M., essa si sostanziava originariamente, come si ricorderà, in un obbligo, per il Presidente del Consiglio o per un Ministro da lui delegato, di riferire dinanzi alle Camere ogni quindici giorni circa le misure adottate; detto obbligo è successivamente divenuto, in sede di conversione, un obbligo di illustrazione *preventiva* delle misure rispetto all'adozione dei d.P.C.M. Tale previsione sembra costituire, nell'ottica della Corte (e contrariamente a quanto diffusamente sostenuto in dottrina[14]), un presidio idoneo a garantire un

[10] *Ivi.*

[11] Tipizzazione che ha dato luogo, nel caso del d.l. n. 6 del 2020, ad un elenco *non tassativo* di misure adottabili tramite d.P.C.M., donde la potenziale criticità di quest'ultimo.

[12] Così la relazione illustrativa al d.d.l. di conversione.

[13] Cfr. E. GROSSO, *Legalità ed effettività negli spazi e nei tempi del diritto costituzionale dell'emergenza. È proprio vero che "nulla potrà più essere come prima"?*, in Federalismi.it, n. 16, 2020, p. 5 ss., secondo cui "È la temporaneità delle misure di emergenza, più che il loro contenuto, a segnare la loro compatibilità con l'ordine costituzionale complessivo. (…) Non, si badi bene, temporaneità legata a soggettive valutazioni dell'autorità pubblica, bensì temporaneità agganciata a – e strettamente giustificata da – precisi dati concreti, pubblici e misurabili (…). Il problema, tutt'al più, sarebbe costituito da una ingiustificata e permanente "ripetizione" *sine die* del contenuto di quei DPCM, oltre il tempo in cui l'originario "accadimento esogeno" di cui sopra lo renda strettamente necessario".

[14] N. LUPO, *Audizione resa il 5 novembre 2020 presso l'Ufficio di Presidenza della Commissione Affari costituzionali del Senato nella prima seduta dedicata all'affare assegnato n. 588, "Sulle modalità più efficaci per l'esercizio delle prerogative costituzionali del Parlamento nell'ambito di un'emergenza dichiarata": come evitare l'auto-emarginazione del Parlamento nell'emergenza attuale*, in Osservatorio costituzionale, n. 6, 2020, p. 13 ss.; G. BRUNELLI, *Sistema delle fonti e ruolo del Parlamento dopo (i primi) dieci mesi di emergenza sanitaria*, in Rivista AIC, n. 1, 2021, p. 7; A. RUGGERI, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, in ConsultaOnLine, www.giurcost.org, n. 1, 2020, p. 216; V. LIPPOLIS, *Il rapporto*

sufficiente controllo del Parlamento sull'attività di esecuzione delle previsioni contenute nei decreti-legge da parte dell'esecutivo.

Ancora, il vincolo rappresentato dai principi di adeguatezza e proporzionalità – da valutarsi, "di norma", anche in relazione alle indicazioni provenienti dal Comitato tecnico-scientifico – ai fini della scelta delle misure da adottare tramite d.P.C.M. costituisce un ulteriore elemento a conferma della legittimità del sistema normativo adottato. Tale vincolo è ritenuto dalla Corte incompatibile con la supposta delega di funzioni legislative denunciata dal giudice *a quo*, in quanto l'imposizione di un "criterio tipico di esercizio della discrezionalità amministrativa" risulta "molto più coerente con la previsione di una potestà amministrativa, ancorché ad efficacia generale"[15] che con l'attribuzione di potestà legislativa.

Da ultimo, un dato risulta rilevante ai fini del rigetto della questione: quello della piena legittimità della creazione di una catena normativa *alternativa* al sistema previsto dal Codice di protezione civile, che prevede all'art. 25 che "*Per il coordinamento dell'attuazione degli interventi da effettuare durante lo stato di emergenza di rilievo nazionale si provvede mediante ordinanze di protezione civile, da adottarsi in deroga ad ogni disposizione vigente* (…)". Tale potere di ordinanza spetta, a norma dell'art. 5, al Presidente del Consiglio, che può esercitarlo per il tramite del Capo del Dipartimento della protezione civile. Ebbene, non v'è dubbio – come accennato poco addietro – che il sistema normativo adottato per far fronte alla pandemia si ponga al di fuori delle previsioni del Codice: ciò tuttavia non desta problemi di legittimità costituzionale, come rammenta la Corte riprendendo un passaggio della sentenza n. 37 del 2021. Il modello di gestione delle emergenze previsto dal d.lgs. n. 1 del 2018, infatti, "se da un lato appare conforme al disegno costituzionale, dall'altro non ne costituisce l'unica attuazione possibile. È perciò ipotizzabile che il legislatore statale, se posto a confronto con un'emergenza sanitaria dai tratti del tutto peculiari, scelga di introdurre nuove risposte normative e provvedimentali tarate su quest'ultima"[16].

3. La natura dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri

Liberato il campo dalle questioni di legittimità costituzionale concernenti i decreti-legge, la Corte tocca uno dei punti più controversi della gestione normativa della pandemia, lasciato, come s'è detto, in sospeso dalla sentenza n. 37 del 2021: quello della natura dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri.

Occorre premettere, a tal proposito, che si tratta di strumenti che ben si sono prestati alla gestione dell'emergenza per due ragioni: la prima di tipo pratico, la seconda di tipo dogmatico. Quanto al primo punto di vista, è evidente che, rispetto al decreto-legge, il d.P.C.M. necessiti di un procedimento di

Parlamento-Governo nel tempo della pandemia, in Rivista AIC, n. 1, 2021, p. 271 ss.; spec. p. 275. *Contra*, seppur molto criticamente, M. CALAMO SPECCHIA, A. LUCARELLI, F. SALMONI, *Sistema normativo delle fonti nel governo giuridico della pandemia. Illegittimità diffuse e strumenti di tutela*, in Rivista AIC, n. 1, 2021, p. 403.

[15] 6.2. del Diritto.

[16] 9. del Diritto della sentenza n. 37 del 2021.

adozione più celere ai fini dell'applicazione delle misure restrittive[17]. Quanto alla seconda ragione, è nota l'assenza di una precisa qualificazione dogmatica dei d.P.C.M., nonché di una specifica disciplina organica[18]: tale dato ha reso questi atti degli strumenti flessibili di gestione dell'emergenza, in grado di "adattarsi alle pieghe di una situazione di crisi in costante divenire"[19].

Coerentemente con tale dato, l'analisi condotta dalla dottrina nel corso della pandemia una volta affermatasi la sequenza decreto-legge/d.P.C.M. ha condotto a soluzioni diverse.

Non v'è dubbio che la tesi maggiormente sostenuta dagli studiosi sia stata quella che ha ritenuto i d.P.C.M. di contrasto al Covid-19 qualificabili come ordinanze emergenziali (dette anche "libere" ovvero "contingibili e urgenti"), espressione di un potere *extra ordinem* del Presidente del Consiglio[20]. Quanto al fondamento di tale tesi, si è anzitutto individuato nei d.P.C.M. uno dei tratti distintivi di dette ordinanze, rappresentato dalla necessità di far fronte ad una situazione emergenziale che giustifica il ricorso ad uno strumento in grado di derogare alla legge per far fronte a circostanze non suscettibili di essere previste nella loro entità[21]. In secondo luogo, si è ritenuto rispettato il principio di legalità formale, attesa la previsione in via *generica* ed *essenziale* da parte della fonte primaria dei poteri del Presidente del Consiglio volti a limitare la diffusione del Covid-19[22]. Si è sostenuto, in tal senso, che la genericità della norma

[17] Cfr., *ex multis*, L. DELL'ATTI - G. NAGLIERI, *Le fonti della crisi. Fra esigenze unitarie e garanzie costituzionali nel governo dell'emergenza da Covid-19*, in Biolaw Journal, n. 2, 2020, p. 3; A. RUGGERI, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale*, cit., p. 216; G. RAZZANO, *Il Codice di protezione civile e il suo decreto correttivo, fra emergenze e rientro nell'ordinario*, in Consulta OnLine, www.giurcost.org, contributo Liber Amicorum per Pasquale Costanzo, 17 marzo 2020, p. 8; M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in Federalismi.it, Osservatorio emergenza Covid-19, 18 marzo 2020, p. 6.

[18] Una ricostruzione della veste assunta da tali strumenti non può che essere compiuta svolgendo indagini empiriche, che consentano di sistematizzare *ex post* una "prassi disordinata": cfr. sul punto S. LABRIOLA, *Decreto del Presidente del Consiglio*, in Enciclopedia del diritto, XI, Milano, 1988, p. 281 ss., in cui viene proposta una classificazione empirica basata su un doppio criterio: funzionale (che ripartisce i d.P.C.M. in relazione alle attribuzioni del Presidente del Consiglio, quale organo costituzionale, quale vertice amministrativo della Presidenza del Consiglio e quale espressione di funzioni materialmente ministeriali) e sostanziale (che fa riferimento, invece, al potere regolamentare del Presidente del Consiglio). Per uno studio più recente, v. D. DE LUNGO, N*ihil est in intellectu quod prius non fuerit in sensu: considerazioni empiriche sui decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri nell'esperienza recente*, in Osservatorio sulle fonti, n. 2, 2019; sulle conseguenze della carenza di una disciplina organica dei d.P.C.M. nel corso della pandemia, v. M. RUBECHI, *I d.P.C.m della pandemia: considerazioni attorno ad un atto da regolare*, in Federalismi.it, n. 27, 2021, p. 187 ss.

[19] 9. del Diritto della sentenza n. 37 del 2021.

[20] Si vedano, tra gli altri, E. C. RAFFIOTTA, *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da coronavirus*, in BioLaw Journal, n. 2, 2020; M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, cit.; M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit.; V. LIPPOLIS, *Il rapporto Parlamento-Governo nel tempo della pandemia*, cit.; D. TRABUCCO, *Il «virus» nel sistema delle fonti*, cit.; F. CINTIOLI, *Sul regime del lockdown in Italia (note sul decreto legge n. 19 del 25 marzo 2020*, in Federalismi.it, Osservatorio Emergenza Covid-19, 6 aprile 2020; U. RONGA, *Il Governo nell'emergenza (permanente). Sistema delle fonti e modello legislativo a partire dal caso Covid-19*, in Nomos. Le attualità nel diritto, n. 1, 2020.

[21] E. RAFFIOTTA, *I poteri emergenziali del Governo nella pandemia: tra fatto e diritto un moto perpetuo nel sistema delle fonti,* in Rivista AIC, n. 2, 2021, p. 5.

[22] Secondo il noto insegnamento di Corte cost., sentenza del 25 maggio 1987, n. 201, a memoria della quale "Per l'esercizio da parte di autorità amministrative di siffatti poteri, con effetto di deroga - ma non anche di abrogazione o di modifica - della normativa primaria, occorre, come questa Corte ha già più volte chiarito (cfr. sentt. nn. 4 del 1977, 26 del 1961 e 8 del 1956) una specifica autorizzazione legislativa che, anche senza disciplinare il contenuto dell'atto (questo

primaria fosse bilanciata, nel caso della catena normativa di contrasto alla pandemia, dai confini – pur sempre circoscritti – del fenomeno emergenziale, "che integra la fattispecie normativa e consente di far funzionare (…) un sindacato fondato sul principio di legalità"[23].

Una seconda tesi, per verità minoritaria, ha tentato di ricondurre tali strumenti a vere e proprie fonti *normative* – caratteristica, com'è noto, tradizionalmente non riconosciuta alle ordinanze emergenziali[24] – e più specificamente alla categoria dei regolamenti[25], in ragione del loro contenuto complessivamente *innovativo* dell'ordinamento, ancorché per un tempo limitato. Più in particolare, si è osservato che, attesa l'assenza di una qualificazione dogmatica generalmente valevole per i d.P.C.M. – che vanno dunque analizzati attraverso indagini empiriche che li "raggruppino" in base ai rispettivi contenuti – neppure per quelli adottati per la gestione della pandemia sarebbe possibile indicare una sola qualificazione giuridica. Si è sostenuto che si dovrebbe piuttosto ritenere che *almeno* alcuni dei d.P.C.M. debbano ritenersi espressione del potere regolamentare del Presidente del Consiglio[26]. Si tratta peraltro della tesi fatta propria altresì dalla difesa della Regione Valle d'Aosta nel giudizio di legittimità costituzionale che ha portato alla sentenza n. 37 del 2021 sopra richiamata: secondo la ricostruzione operata dalla Regione, infatti, "i d.P.C.m. adottati (…) avrebbero natura di regolamenti, in quanto fonti del diritto generali e astratte, soggette a pubblicità e con efficacia *erga omnes*". Ora, è cosa ardua sostenere che i d.P.C.M. adottati nei primi mesi di pandemia non contenessero disposizioni generali, perché valevoli nei confronti di una pluralità indeterminata di soggetti, ed astratte, perché riferite ad una classe di fattispecie indeterminate e ripetibili nel tempo. Questi caratteri segnano, in effetti, un deciso avvicinamento alle fonti *normative*[27]; ciò nonostante, attesa la temporaneità dei d.P.C.M., si tratta di una soluzione che, come si dirà tra poche righe, non è stata condivisa dalla Consulta.

Un'ulteriore ricostruzione emersa è quella operata dal Consiglio di Stato con parere del 13 maggio 2021, n. 850, il quale non ha, invero, chiarito la natura dei d.P.C.M., limitandosi a sostenere che essi avrebbero

in tal senso può considerarsi libero), indichi il presupposto, la materia, le finalità dell'intervento e l'autorità legittimata" (5. del Diritto).

[23] E. C. RAFFIOTTA, *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo*, cit., p. 5; dello stesso autore, si veda altresì *I poteri emergenziali del Governo nella pandemia,* cit., p. 68 ss.; in senso analogo, v. D. TRABUCCO, *Il «virus» nel sistema delle fonti*, cit., p. 11.

[24] A. MORRONE, *Fonti normative*, Bologna, 2018, p. 216 ss.; *contra*: E. C. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, Bologna, 2019, spec. p. 248 ss.

[25] P. CARROZZINO, *Il sistema delle fonti alla prova dell'emergenza sanitaria da Covid-19*, in www.lacostituzione.info, 19 marzo 2020; A. ARCURI, *Cose vecchie e cose nuove sui d.p.c.m. dal fronte (...dell'emergenza coronavirus)*, in Federalismi.it, n. 28, 2020.

[26] A. ARCURI, *Cose vecchie e cose nuove sui d.p.c.m. dal fronte*, cit., spec. p. 244 ss.

[27] Cfr. S. PRISCO, F. ABBONDANTE, *I diritti al tempo del coronavirus,* cit., p. 3, in cui si legge che "Questi decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri assumono di attuar[e i decreti-legge a monte], anche se è evidente che non si stanno fermando ad assolvere a questa funzione, ma riescono di fatto innovativi nell'adattare la portata della fonte primaria che li legittima all'effettiva dinamica della situazione in divenire". *Contra*: C. CARUSO, *Il regionalismo autarchico è incostituzionale*, cit., p. 7. Le circostanze ricordate hanno spinto alcuni autori a parlarne di efficacia *paranormativa* dei d.P.C.M.: cfr. S. PRISCO, F. ABBONDANTE, *I diritti al tempo del coronavirus,* cit., p. 4; S. GARDINI, *Note sui poteri amministrativi straordinari*, cit., p. 188.

la "duplice natura, del regolamento – sotto il profilo della relazione attuativa, di livello secondario, rispetto alla norma di legge – e delle ordinanze *extra ordinem* contingibili e urgenti – sotto il profilo della ragione giustificatrice del potere e quanto alla modalità della eccezionalità e temporaneità".

La tesi che tuttavia, nell'ottica della pronuncia della Corte costituzionale, ha colto nel segno, è quella che ha ritenuto i d.P.C.M. contenenti le misure restrittive per limitare la diffusione del virus degli *atti amministrativi*[28], in ragione del contenuto "sufficientemente tipico" delineato dalla fonte primaria, di cui i d.P.C.M. rappresentano "atti applicativi"[29].

Nell'accogliere quest'ultima tesi, la sentenza n. 198 del 2021 si spinge ancora più oltre nel definire la natura dei d.P.C.M. La Corte ritiene infatti che i decreti-legge abbiano attribuito (non già funzioni legislative bensì) una potestà amministrativa al Presidente del Consiglio, autorizzato così, sulla base dei presupposti, delle modalità e dei limiti posti dalla fonte primaria, ad adottare atti amministrativi "ad efficacia generale" *diversi* dalle ordinanze di necessità di cui agli artt. 5 e 25 del d.lgs. n. 1 del 2018: si tratterebbe dunque, "per certi versi", di atti amministrativi *necessitati*.

4. I d.P.C.M. come atti necessitati. Profili dogmatici di una distinzione risalente

Optando per l'assimilazione dei d.P.C.M. agli atti amministrativi necessitati, la Corte riprende la risalente distinzione tra quest'ultima categoria e quella delle ordinanze emergenziali espressione di un potere *extra ordinem*[30], sviluppata soprattutto grazie agli studi di Massimo Severo Giannini[31] ed avallata dalla nota sentenza 4 gennaio 1977, n. 4.

Occorre anzitutto ricordare che si tratta, nell'uno come nell'altro caso, di provvedimenti che consentono all'amministrazione di non restare "disarmata" nel caso in cui si verifichino eventi eccezionali[32]: pertanto, entrambe le tipologie di provvedimento appartengono al più vasto *genus* degli atti "necessitati" *in senso lato*[33].

---

[28] Così, tra gli altri, C. IANNELLO, *Riflessioni su alcune conseguenze ordinamentali prodotte dall'emergenza covid: dalle limitazioni delle libertà costituzionali alla riemersione del sistema parallelo di amministrazione extra ordinem*, in Osservatorio sulle fonti, n. 1, 2021, p. 97 ss.; nello stesso senso, v. A. MANGIA, *Emergenza, fonti-fatto, e fenomeni di delegificazione temporanea*, cit., p. 153; A. MAZZOLA, *Il sistema delle fonti e i provvedimenti adottati per contenere l'emergenza epidemiologica da COVID-19*, in Nomos. Le attualità nel diritto, n. 1, 2020, p. 4; L. A. MAZZAROLLI, *«Riserva di legge» e «principio di legalità»*, cit., pp. 7; 16, secondo cui i d.P.C.M. "non perdono certo la loro natura di atti tipicamente amministrativi solo perché hanno la loro fonte in un unico d.l. di portata tanto generale, quanto astratta". Tra i sostenitori della tesi dei d.P.C.M. come atti amministrativi, è stato altresì fatto notare che non sarebbe stato necessario attribuire ai d.P.C.M. la funzione *extra ordinem* già riconosciuta dalla legge e dalla giurisprudenza ad altri atti emanabili dal Governo: sul punto, v. S. GARDINI, *Note sui poteri amministrativi straordinari*, cit., p. 190.

[29] C. IANNELLO, *Riflessioni su alcune conseguenze ordinamentali prodotte dall'emergenza covid,* cit., p. 97 ss.

[30] La distinzione nasce per "spiegare la presenza di diverse norme che sembrano contemplare medesime fattispecie": così L. GALATERIA, *I provvedimenti amministrativi di urgenza. Le ordinanze*, Milano, 1953, p. 45.

[31] Celebre il contributo M. S. GIANNINI, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, in Giur. compl. Cass. Civ., I, 1948, ora in AA. VV. *Scritti*, Vol. IV (1955-1962), Milano, 2004, p. 945 ss.

[32] M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Vol. II, Milano, 1988, p. 703.

[33] M. S. GIANNINI, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, cit., p. 952.

Gli atti necessitati (come *species*), tuttavia, sono "emessi in attuazione di norme legislative che ne prefissano il contenuto", mentre le ordinanze emergenziali, espressione di un potere *extra ordinem*, rappresentano la "esplicazione di poteri soltanto genericamente prefigurati da norme che li attribuiscono e perciò suscettibili di assumere vario contenuto, per adeguarsi duttilmente alle mutevoli situazioni". Infatti, il contenuto della seconda categoria di provvedimenti "non è prestabilito dalla legge, ma da questa rimesso alla scelta discrezionale dell'organo agente, secondo richiesto dalle circostanze (…) [che] non sono, a loro volta, previste - né, di regola, sono prevedibili in astratto - da specifiche disposizioni di legge"[34].

Sicché, tanto le ordinanze emergenziali quanto i provvedimenti necessitati rispondono al principio di legalità; i secondi, tuttavia, si discostano dalle prime in quanto rispettano il criterio della tipicità[35].

Com'è agevole intuire, il confine tra le due categorie può talvolta rivelarsi labile[36] e si gioca essenzialmente sulla previsione o meno, da parte della legge, del contenuto dell'atto adottabile a fronte di una situazione contingente. Ciò spiega l'emersione, come si diceva, di diverse sensibilità in dottrina, che talvolta ha sostenuto la tesi della natura di ordinanze emergenziali dei d.P.C.M., talaltra ha ritenuto che i decreti-legge nn. 6 e 19 del 2020 avessero tipizzato il contenuto dei d.P.C.M. in maniera sufficientemente precisa da considerare questi ultimi degli atti amministrativi tipici. È necessario dunque, per valutare la scelta operata dalla Consulta, indagare più approfonditamente alcuni aspetti della distinzione tra ordinanze emergenziali ed atti necessitati, partendo dagli elementi più evidenti che paiono consentire di allontanare i d.P.C.M. dalla categoria delle ordinanze libere.

Anzitutto, come si ricorderà, alle ordinanze emergenziali è attribuita la capacità di disporre in deroga alla legge[37], pur nel rispetto dei limiti derivanti dai principi generali dell'ordinamento giuridico[38], secondo il celebre insegnamento della Corte costituzionale[39]. Tale caratteristica, nonostante alcune voci in senso

[34] 2. del Diritto della sentenza 4 gennaio 1977, n. 4.

[35] M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., p. 706; per una trattazione più specifica sul punto, cfr. A. MORRONE, *Le ordinanze di necessità e urgenza tra storia e diritto*, in A. VIGNUDELLI (a cura di), *Istituzioni e dinamiche del diritto. I confini mobili della separazione dei poteri*, Milano, 2009, p. 147.

[36] Sull'assottigliamento del confine tra atti necessitati e ordinanze necessitate, cfr. M. GNES, *I limiti del potere d'urgenza*, in Riv. Trim. Dir. Pubbl., n. 3, 2005, p. 652.

[37] Tale capacità di operare in deroga alla legge trova il proprio fondamento "sia nella norma che prevede il potere (sia pure in modo generico) sia nella finalità di interesse pubblico che la norma intende salvaguardare nelle situazioni di pericolo": A. FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, Bologna, 2008, p. 100 ss.

[38] Sui limiti progressivamente elaborati in materia di poteri d'ordinanze, v. M. GNES, *I limiti del potere d'urgenza*, cit., e A. FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza,* cit., p. 105 ss.

[39] V. le sentt. nn. 8 del 1956 e 26 del 1961 in materia di ordinanze prefettizie. La prima, com'è noto, ha elaborato i presupposti di legittimità delle ordinanze prefettizie stabilendo che queste debbano avere "efficacia limitata nel tempo in relazione ai dettami della necessità e dell'urgenza; adeguata motivazione; efficace pubblicazione nei casi in cui il provvedimento non abbia carattere individuale; conformità del provvedimento stesso ai principii dell'ordinamento giuridico" (3. del Diritto). Con la seconda, la Corte ha precisato ulteriormente che "i provvedimenti prefettizi non possono mai essere in contrasto con i detti principi, dovunque tali principi siano espressi o comunque essi risultino, e precisamente non possono essere in contrasto con quei precetti della Costituzione che, rappresentando gli elementi cardinali dell'ordinamento, non consentono alcuna possibilità di deroga nemmeno ad opera della legge ordinaria" (5. del Diritto).

contrario, non pare rinvenibile nei d.P.C.M. adottati per contenere la diffusione del Covid-19: come rilevato in dottrina, infatti, "le limitazioni da essi imposte sono, di fatto, riproduzione di scelte derogatorie operate a monte dagli stessi decreti-legge"[40]. Ciò rende arduo ricomprendere tali d.P.C.M. tra le ordinanze emergenziali: diversamente dai decreti-legge legittimanti l'adozione dei d.P.C.M., le norme di autorizzazione all'esercizio di poteri *extra ordinem* "non derogano ad alcuna norma, perché il rapporto regola eccezione corre tra norma derogata e ordinanza e mai tra norma derogata e norma attributiva del potere di ordinanza"[41].

In secondo luogo, gli atti amministrativi necessitati possono essere adottati in attuazione di norme primarie che intervengano in materie coperte da riserva di legge; capacità, questa, non riconosciuta alle ordinanze emergenziali[42]. Se così è, i d.P.C.M., incidendo su libertà costituzionalmente garantite coperte da riserva di legge, risultano maggiormente aderenti al modello degli atti necessitati rispetto a quello delle ordinanze.

Il punto su cui è opportuno soffermarsi maggiormente, tuttavia, è quello della *tipizzazione* del contenuto dei d.P.C.M., che ha portato la Corte costituzionale ad inquadrarli nella categoria degli atti amministrativi necessitati anziché in quella delle ordinanze libere.

A monte del potere di ordinanza emergenziale, come si diceva, vi è una previsione generica da parte della legge che non consente di individuare *ex ante* il contenuto dei relativi provvedimenti: una previsione che consente, cioè, l'esercizio di "qualsiasi potere amministrativo (è da ritenere, tra quelli previsti dall'ordinamento)"[43]. Le norme attributive del relativo potere, dunque, ne circoscrivono "materia e motivi", ma i provvedimenti adottati a valle si configurano come atipici, e cioè "al di fuori della previsione normativa"[44].

Nel caso degli atti necessitati, invece, i poteri previsti dalla norma primaria rispondono come accennato al principio di tipicità, che prende forma grazie a tre distinti elementi: il primo è che gli atti amministrativi hanno una finalità prestabilita dalla legge (tipicità come funzionalizzazione)[45]; il secondo è che gli atti

[40] M. TIMO, *Il Consiglio di Stato appura la legittimità del DPCM quale strumento di regolazione del fenomeno pandemico*, in Corti supreme e salute, n. 3, 2021, p. 15, in cui l'A. riconduce peraltro i d.P.C.M. proprio alla categoria degli atti necessitati tipizzati.

[41] A. MORRONE, *Le ordinanze di necessità e urgenza tra storia e diritto*, cit., 147. Nello stesso senso, A. FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza,* cit., p. 96.

[42] M. CAVINO, L*a natura dei DPCM adottati nella prima fase di emergenza COVID. Lettura di Corte cost. n.198/2021*, in Federalismi.it, n. 25, 2020, p. 83 ss. Sull'impossibilità delle ordinanze emergenziali di intervenire in materie coperte da riserva di legge, v. A. MORRONE, *Le ordinanze di necessità e urgenza, tra storia e diritto*, cit., 149, riprendendo G.U. RESCIGNO, *Ordinanza e provvedimenti di necessità e urgenza*, in Nss. Dig. It., XII, Torino, 1965, p. 90. Cfr. altresì M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., p. 707.

[43] V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, in AA.VV., *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, Milano, 2008, p. 176 ss.

[44] M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., p. 706.

[45] E. FERRARI, *Nozione e fondamento costituzionale della tipicità degli atti amministrativi*, in Rivista AIC, n. 2, 2019, p. 554 ss.

amministrativi possono essere solo quelli indicati dalla legge (tipicità come tassatività)[46]; il terzo è che gli atti amministrativi devono seguire ad "una descrizione puntuale dei presupposti richiesti, delle modalità di emanazione, del possibile contenuto" da parte della legge (tipicità come determinatezza, il cui grado dipende dai valori e dai diritti coinvolti)[47].

Detto principio richiede dunque non solo una predeterminazione delle "figure" dei provvedimenti amministrativi, ma anche degli elementi che li compongono[48]. Dirimente tra questi elementi è, ai fini della distinzione che qui interessa, la predeterminazione dell'*oggetto* dell'atto amministrativo da parte della fonte primaria. Secondo gli studi di Giannini, infatti, gli atti necessitati si discostano dalle ordinanze libere in quanto per queste ultime la legge indica competenza, presupposti, motivi e forma, ma non ne indica l'oggetto, se non per "categorie late"[49]: la norma primaria, cioè, non indica *tassativamente* tra quali provvedimenti l'amministrazione può scegliere[50]. Il ruolo del principio di tipicità dunque, nella distinzione tra ordinanze *extra ordinem* ed atti necessitati, è quello di "fa[r] sì che l'autorità, nel volere l'oggetto del provvedimento e nel regolarne il contenuto, non possa decampare dalle indicazioni che riceve dalla norma", così "impedendo alla amministrazione la più importante risorsa del privato, e cioè il negozio misto e innominato (…)"[51].

Le norme che prevedono la possibilità di adottare atti necessitati tipizzati, pertanto, non "si limita[no] a dire a chi, in che materia, con quale forma, eventualmente con quali limiti spetta emanare nuove disposizioni anche in deroga a norme preesistenti", ma si spingono a "prevede[re] positivamente che cosa rispetto ad una determinata fattispecie può disporre la pubblica amministrazione"[52].

In effetti, questo schema appare pienamente rispettato dalla catena normativa della pandemia a partire dal d.l. n. 19 del 2020: la fonte primaria, infatti, ha individuato i presupposti, le autorità competenti, il procedimento di formazione[53], la forma, e l'oggetto dei provvedimenti amministrativi da adottare a valle,

---

[46] *Ivi,* p. 557.
[47] *Ivi*, p. 563.
[48] M. S. GIANNINI, voce *Atto amministrativo*, in Enciclopedia del diritto, IV, Milano, 1959, ora in AA. VV. Scritti, Vol. IV (1955-1962), Milano, 2004, p. 535.
[49] M. S. GIANNINI, *Atti necessitati e ordinanze di necessità in materia sanitaria*, ora in AA. VV. Scritti, Vol. IV (1955-1962), Milano, 2004, p. 945.
[50] L'oggetto è infatti, sempre per Giannini, strettamente connesso alla volontà sottesa all'atto (da non intendersi in senso psicologico, bensì come un'ipostasi): quest'ultima può consistere in una semplice alternativa (un sì o un no) ovvero in una "facoltà di dimensionare" l'oggetto, e cioè di scegliere tra più provvedimenti indicati dalla norma: M. S. GIANNINI, voce *Atto amministrativo*, cit., p. 545.
[51] *Ibidem.*
[52] G. U. RESCIGNO, *Ordinanza e provvedimenti di necessità e urgenza*, in Noviss. Dig. It., Vol. XII, Torino, 1965. Sul punto, v. altresì U. REALFONZO*, I provvedimenti d'urgenza*, in P. FALCONE, A. POZZI (a cura di), *Il Diritto Amministrativo nella giurisprudenza*, Vol. I, Torino, 1998, p. 81.
[53] L'art. 2, c. 1 del d.l. n. 19 del 2020 stabiliva che i d.P.C.M. fossero adottati "*su proposta del Ministro della salute, sentiti il Ministro dell'interno, il Ministro della difesa, il Ministro dell'economia e delle finanze e gli altri ministri competenti per materia, nonché i presidenti delle regioni interessate*". La previsione di uno specifico procedimento di adozione rappresenta una novità per i d.P.C.M.: questi infatti, come accennato, non disponendo di una disciplina organica (essendo espressione di poteri

fornendo un elenco tassativo delle misure potenzialmente applicabili tramite d.P.C.M. (limitazione della circolazione delle persone, chiusura al pubblico di aree urbane, limitazioni dell'ingresso nei territori comunali, ecc.).

Coerentemente con quanto sin qui riportato, scrive la Corte, "[q]uali atti a contenuto tipizzato, le misure attuative del d.l. n. 19 del 2020 si distaccano concettualmente dal modello delle ordinanze contingibili e urgenti, che viceversa rappresentano il paradigma delle "ordinanze necessitate" (a contenuto libero), seguito dal codice della protezione civile".

Quest'ultimo passaggio, peraltro, potrebbe far dubitare – nel silenzio della Corte – della possibilità di ricondurre allo schema degli atti necessitati i d.P.C.M. adottati sulla base del d.l. n. 6 del 2020, che conteneva all'art. 1, c. 2 un elenco *non tassativo* delle misure adottabili dal Presidente del Consiglio: l'elencazione non esaustiva dei poteri esercitabili dall'autorità amministrativa da parte della norma primaria è infatti, a rigore, indice di un potere di ordinanza. Basti in tal senso richiamare le considerazioni di Giannini relativamente ai poteri *ex* art. 261 del T.U. delle leggi sanitarie (R.D. 27 luglio 1934, n. 1265), afferenti proprio a malattie infettive di carattere epidemico: quest'ultimo articolo infatti avrebbe, secondo l'autore, attribuito al Ministro della Sanità un potere di ordinanza proprio in ragione dell'elenco non tassativo delle misure adottabili ivi indicate[54].

5. (segue) Il ruolo della discrezionalità amministrativa e politica del Presidente del Consiglio nella gestione della pandemia

La previsione di tutti gli elementi che compongono l'atto necessitato da parte della norma primaria, tuttavia, non comporta una totale assenza di discrezionalità dell'amministrazione nel provvedere. Anche l'adozione dell'atto necessitato, infatti, "è condizionata ad un'attività ricognitiva dell'autorità amministrativa intesa, attraverso una valutazione critica dei dati di fatto, ad accertare in concreto la necessità o meno di dar vita al provvedimento, o ad uno piuttosto che ad un altro dei provvedimenti previsti dalla legge"[55].

Tale discrezionalità dovrebbe dosarsi, come si diceva a proposito del principio di tipicità, in relazione al rango dei diritti in gioco. Ebbene, nel caso dei d.P.C.M. di contrasto alla pandemia, da un lato alcuni autori hanno individuato nel margine di scelta riservato al Presidente del Consiglio una sfera di discrezionalità *inevitabilmente* e *doverosamente* rimessa alla valutazione politica[56]; dall'altro si è talvolta

diversi del Presidente del Consiglio), hanno sempre presentato un procedimento di approvazione "caleidoscopico": cfr. D. DE LUNGO, N*ihil est in intellectu quod prius non fuerit in sensu,* cit., pp. 3; 21 ss.

[54] M. S. GIANNINI, *Atti necessitati e ordinanze di necessità in materia sanitaria*, cit., p. 945.

[55] F. BARTOLOMEI, *Potere di ordinanza e ordinanze di necessità*, Milano, 1979, p. 97.

[56] Cfr. A. SAITTA, *Il codice della protezione civile e l'emergenza pandemica anche alla luce di C. cost. n. 198 del 2021*, in Consulta OnLine, www.giurcost.org, n. III, 2021, p. 847, secondo cui "La responsabilità di misure così gravi e inedite non poteva

sostenuto che si tratti di uno spazio di manovra dall'argine troppo debole rispetto al rango dei diritti coinvolti[57]. In effetti, ci si potrebbe interrogare sull'opportunità di delegare ad atti amministrativi l'attuazione di misure, pur elencate da fonti primarie e delimitate dai criteri di proporzionalità e adeguatezza, tanto incisive rispetto all'esercizio delle libertà costituzionalmente riconosciute ai cittadini[58]. V'è infatti chi ha sostenuto che sarebbe stato più opportuno provvedere *direttamente* tramite fonte primaria, ricorrendo al meccanismo dell'abrogazione del decreto-legge precedente al mutare delle circostanze fattuali (sulla scorta di quanto avvenuto ad opera del d.l. n. 19 del 2020, che ha abrogato il d.l. n. 6 del 2020).

Siano tuttavia consentite due considerazioni. Anzitutto, non va sottovalutato che quest'ultima soluzione avrebbe determinato "una sovrapposizione di atti difficilmente gestibile, con un rincorrersi di decreti prima dello spirare del termine dei sessanta giorni"[59]. In secondo luogo, se si interpreta la catena normativa nel senso di ritenere che un bilanciamento *a monte* ed *in astratto* vi sia stato ad opera del legislatore dell'emergenza, il principio di tipicità nel senso sopra delineato appare complessivamente rispettato. Si può infatti sostenere che il legislatore abbia ritenuto che la tutela della salute della collettività potesse comportare specifiche compressioni delle altre liberà costituzionalmente garantite[60], attribuendo al Presidente del Consiglio il potere di provvedere *a valle* ed *in concreto* tramite un atto amministrativo, selezionando le misure restrittive pur sempre all'interno del perimetro tracciato dalla fonte primaria. Quest'ultimo rilievo, peraltro, non sarebbe coerente con il potere di ordinanza *extra ordinem*, in cui invece "il conflitto di interessi è risolto in modo immediato e diretto (non cioè sulla base di una volontà antecedentemente e astrattamente manifestata dal legislatore) dalla pubblica amministrazione"[61].

---

che essere innanzitutto politica e come tale doveva essere il Governo nella sua collegialità ad assumerla sulle proprie spalle (…); allo stesso modo, (…), i provvedimenti concretamente attuativi delle norme contenute negli atti normativi primari non potevano che essere del Presidente del Consiglio in forza della sua attribuzione costituzionale di direzione della politica generale del Governo e la conseguente assunzione di ogni necessaria, responsabilità giuridica e politica".

[57] Si vedano, in senso critico, M. CAVINO, *La natura dei DPCM adottati nella prima fase di emergenza COVID*, cit., p. 85; A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, cit., pp. 571 e 582; D. TRABUCCO, *Il «virus» nel sistema delle fonti*, cit., p. 14, in cui si evidenzia che laddove la fonte primaria non "incida in modo chiaro e puntuali sulle modalità di esercizio dell'azione amministrativa e, dunque, penetri all'interno dell'esercizio stesso del potere", vi è una "indeterminatezza assoluta del potere conferito all'autorità amministrativa".

[58] V. in senso critico A. RUGGERI, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale*, cit., p. 214, secondo cui i provvedimenti del Presidente del Consiglio, "seppur previsti da "metanorme" che li riguardano, risultano ad ogni buon conto sprovvisti di un'abilitazione costituzionale che dia loro modo di spiegarsi con effetti – non è inutile tornare a dire – incidenti su previsioni costituzionali". Sul punto, cfr. altresì F. S. MARINI, *Le deroghe costituzionali da parte dei decreti-legge*, in Federalismi.it, Osservatorio emergenza Covid-19, 22 aprile 2020, p. 12.

[59] Così V. LIPPOLIS, *Il rapporto Parlamento-Governo nel tempo della pandemia*, cit., pp. 270-271. Similmente, A. LAURO, *Urgenza e legalità ai tempi del Covid-19: fra limiti imprescindibili e necessaria flessibilità*, in BioLaw Journal, n. 2, 2020, p. 3.

[60] Per un'analisi critica sul bilanciamento operato dai decreti-legge nn. 6 e 19 del 2020, v. A. ALGOSTINO, *Costituzionalismo e distopia nella pandemia di COVID-19 tra fonti dell'emergenza e (s)bilanciamento dei diritti*, in Costituzionalismo.it, n. 1, 2021, p. 37 ss.

[61] L. GALATERIA, *I provvedimenti amministrativi di urgenza,* cit., p. 8.

6. I poteri *extra ordinem* come eccezione

Al di là di queste ultime considerazioni, la distinzione tra atti necessitati e ordinanze *extra ordinem* non esaurisce ogni dubbio circa la natura dei d.P.C.M.: neppure l'inquadramento nell'ambito degli atti necessitati, infatti, ha convinto del tutto la dottrina che sin qui s'è occupata della sentenza in commento[62]. È stato sostenuto, ad esempio, che la categoria individuata dalla Corte mal si adatti ai d.P.C.M. di contrasto alla pandemia, sia per via del margine di discrezionalità riservato al Presidente del Consiglio di cui s'è detto[63], sia per via del presupposto di tali atti, che non sarebbe affatto individuabile nell'emergenza in sé, quanto nei (soli) decreti-legge, che sarebbero in tal senso "autosufficienti"[64].

Questi rilievi critici consentono tuttavia una riflessione conclusiva. Il passaggio della sentenza sulla natura dei d.P.C.M. è piuttosto breve; esso non pare avere tanto l'obiettivo di fornire una ricostruzione dogmatica definitiva che non lasci spazio a dubbi, atteso che l'accostamento alla categoria degli atti necessitati viene definito possibile dalla stessa Corte solo "per certi versi". Ciò che dunque, piuttosto, può trarsi dal punto 8. del Diritto della sentenza alla luce dell'*iter* argomentativo che tra poche righe si ricorderà, è che al potere *extra ordinem* (da molti, come si diceva, ritenuto insito nei d.P.C.M. della pandemia) può farsi ricorso solo in via eccezionale e residuale: solo, cioè, ove l'ordinamento non abbia approntato degli strumenti tipizzati, che consentano all'amministrazione di agire nel caso in cui essa si trovi di fronte a situazioni emergenziali.

Sicché, può dirsi che la tipizzazione dei poteri dell'amministrazione che agisca tramite degli atti necessitati abbia una duplice valenza: quella di limitare la discrezionalità dell'amministrazione e quella, ancor prima, di rendere del tutto marginale il ricorso a poteri *extra ordinem*. È in questo che può forse essere individuata la vera ragione della riemersione, nella giurisprudenza costituzionale, della distinzione tra atti necessitati ed ordinanze libere. Questo rilievo pare ancor più convincente se si guarda al passaggio della sentenza in commento in cui la Corte precisa che la tipizzazione delle misure adottabili dal Presidente del Consiglio *preclude* a quest'ultimo "l'assunzione di provvedimenti *extra ordinem*"[65].

Questa conclusione ci viene implicitamente consegnata dalla Corte attraverso due operazioni: *i)* escludendo che nei d.P.C.M. sia insito quel potere d'ordinanza previsto dal Codice della protezione civile

[62] M. CAVINO, *La natura dei DPCM adottati nella prima fase di emergenza COVID*, cit.; A. MORELLI, *Le "convergenze parallele" dei modelli di normazione impiegati per fronteggiare la pandemia: «stato di emergenza» e «stato di necessità» alla luce della sent. n. 198/2021 della Corte costituzionale*, in Nomos. Le attualità nel diritto, n. 3, 2021; A. ARCURI, *La Corte costituzionale salva i dpcm e la gestione della pandemia. Riflessioni e interrogativi a margine della sent. n. 198/2021*, in Giustizia Insieme, 19 gennaio 2022.

[63] M. CAVINO, *La natura dei DPCM adottati nella prima fase di emergenza COVID*, cit., p. 85.

[64] A. ARCURI, *La Corte costituzionale salva i dpcm e la gestione della pandemia,* cit.

[65] 6.2. del Diritto.

agli artt. 5 e 25[66], cui manca peraltro qualsiasi riferimento nei d.P.C.M. adottati successivamente all'emanazione del d.l. n. 6 del 2020[67]; *ii)* sottolineando che, ove una norma primaria preveda una serie *tassativa* di provvedimenti tra cui è possibile scegliere in situazioni d'emergenza, non possa ritenersi attribuito all'amministrazione un potere tanto esteso come quello *extra ordinem*. Del resto, ciò è coerente con il fatto che l'ordinamento abbia provveduto a limitare progressivamente il potere di ordinanza da tempo: si tratta di quella "procedimentalizzazione" di detto potere che ha "inalveato la potenziale eversività delle ordinanze *extra ordinem* (…) nel solco della Costituzione repubblicana"[68].

Letta in questi termini, la sentenza in commento, nell'individuare nei d.P.C.M. degli atti necessitati, pare porsi in linea di continuità con la giurisprudenza costituzionale pregressa, che a partire dalle sentenze nn. 8 del 1956 e 26 del 1961 in materia di ordinanze prefettizie ha in più occasioni sottolineato l'assoluta eccezionalità dei poteri *extra ordinem*[69].

[66] *Contra:* M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., p. 123, secondo cui "La legittimazione di tali decreti [del Presidente del Consiglio], allora, non si desume solo dal Codice, bensì dal combinato disposto delle norme generali del Codice (…) e da quelle speciali dei decreti-legge succedutisi in questo periodo (…)".

[67] A. MANGIA, *Emergenza, fonti-fatto, e fenomeni di delegificazione temporanea*, cit., p. 153; L. A. MAZZAROLLI, *«Riserva di legge» e «principio di legalità»*, cit., p. 7; E. RAFFIOTTA, *I poteri emergenziali del Governo nella pandemia,* cit., p. 9.

[68] A. CARDONE, *Il baratro della necessità e la chimera della costituzionalizzazione: una lettura della crisi delle fonti del sistema di protezione civile contro le battaglie di retroguardia*, in Osservatorio sulle fonti, fasc. speciale, 2020, p. 318. Sul punto, v. altresì S. PALUMBO, *Le ordinanze in materia di protezione civile, tra potere di urgenza e urgenza di potere*, in P.A. Persona e Amministrazione, n. 2, 2020, p. 377 ss.

[69] Si pensi alla sentenza 14 aprile 1995, n. 127, in cui la Corte così si espresse: "Questa Corte ha già sottolineato il carattere eccezionale del potere di deroga della normativa primaria, conferito ad autorità amministrative munite di poteri di ordinanza, sulla base di specifica autorizzazione legislativa; e ha precisato trattarsi di deroghe temporalmente delimitate, non anche di abrogazione o modifica di norme vigenti (sentenze 201 del 1987, 4 del 1977, 26 del 1961 e 8 del 1956). Proprio il carattere eccezionale dell'autorizzazione legislativa implica, invero, che i poteri degli organi amministrativi siano ben definiti nel contenuto, nei tempi, nelle modalità di esercizio (sent. n. 418 del 1992): il potere di ordinanza non può dunque incidere su settori dell'ordinamento menzionati con approssimatività, senza che sia specificato il nesso di strumentalità tra lo stato di emergenza e le norme di cui si consente la temporanea sospensione."

Focus Lavoro, Persona, Tecnologia

Integrazione produttiva, rivoluzione digitale e diritto del lavoro*

di Ilario Alvino
Professore ordinario di Diritto del lavoro
Sapienza - Università di Roma

Abstract [It]: Il contributo analizza l'impatto che la frammentazione dei processi produttivi, amplificata dalle nuove tecnologie digitali, produce su alcuni aspetti del sistema di regole del diritto del lavoro. Viene messa in rilievo la necessità di tenere distinti quei contesti nei quali la frammentazione è strumento di fuga dalle tutele lavoristiche da quelli nei quali la frammentazione è fisiologica e va governata con strumenti volti a favorire l'aggregazione.

Title: Productive integration, digital revolution and labour law
Abstract [En]: The essay investigates the impact that the fragmentation of production processes, amplified by new digital technologies, produces on some aspects of the system of labor law. The paper emphasizes the need to keep separate those contexts in which fragmentation is an escape tool from labor protections from those in which fragmentation is physiological and must be governed with tools aimed at favoring aggregation.

Parole chiave: frammentazione dei processi produttivi; tutele dei lavoratori; libertà sindacali; aggregazione imprenditoriale; crescita professionale
Keywords: fragmentation of production processes; worker protections; trade union freedom; business combinations, professional growth

Sommario: 1. Integrazione produttiva, rivoluzione digitale e valori costituzionali. **2.** "Giungla contrattuale", concorrenza tra imprese e garanzia della giusta retribuzione. **3.** Libertà sindacale, assetti organizzativi e procedure di informazione e consultazione sindacale. **4.** L'aggregazione imprenditoriale a supporto della crescita professionale dei lavoratori. **5.** Conclusioni: alcune proposte per accrescere la regolarità del mercato degli appalti e per favorire le aggregazioni virtuose.

1. Integrazione produttiva, rivoluzione digitale e valori costituzionali

Costituisce un dato acquisito alla riflessione scientifica, anche dal versante di analisi del diritto del lavoro[1], quello per cui la moderna organizzazione dell'attività di impresa si caratterizza, nella contemporaneità, per una strutturale frammentazione dei processi produttivi ai quali collaborano soggetti giuridicamente distinti. Collaborazione che può spingersi sino a dare luogo alla creazione di organizzazioni complesse, nelle quali possono instaurarsi condizioni di più o meno spiccata dipendenza reciproca tra i soggetti che ne fanno parte[2].

* Articolo sottoposto a referaggio.
[1] D. GAROFALO, *Lavoro, impresa e trasformazioni organizzative*, in Aidlass, *Frammentazione organizzativa e lavoro: rapporti individuali e collettivi. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, Cassino 18-19 maggio 2017*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 17.
[2] Cfr. sul punto da ultimo M. NOVELLA, *Poteri del datore di lavoro nell'impresa digitale: fenomenologia e limiti*, in *Lav. dir.*, n. 3-4, 2021, p. 451.

La costruzione dei processi produttivi sulla base della integrazione tra strutture distinte costituisce, in parte, l'approdo finale di un lungo ed articolato processo, iniziato nelle ultime decadi del secolo scorso, che ha portato, anche per le amministrazioni pubbliche[3] allo snellimento delle organizzazioni, sempre più concentrate nella realizzazione e gestione diretta delle attività *core* e nell'affidamento all'esterno o nell'acquisto da terzi di beni e servizi necessari al processo produttivo. Si tratta del fenomeno, storicamente noto come esternalizzazioni o decentramento dei processi produttivi, che ha caratterizzato le imprese a livello globale e che, oltre ad indurre in Italia un significativo contenzioso dinanzi ai giudici del lavoro, ha chiamato la dottrina giuslavorista a interrogarsi sugli effetti di tali processi sulla tenuta dell'apparato di protezione del lavoratore subordinato[4].

Al di là dei percorsi di decentramento produttivo, l'integrazione organizzativa tra imprese diverse costituisce oggi, però, anche il portato di una dinamica fisiologica di organizzazione dell'attività imprenditoriale, che in molti settori dà luogo alla creazione di strutture reticolari[5] ossia strutture caratterizzate dalla instaurazione di rapporti collaborativi stabili tra imprese giuridicamente ed economicamente indipendenti. Anche in questi casi, le modalità tramite le quali tale coordinamento viene realizzato possono essere diverse e caratterizzarsi per gradi di interdipendenza e influenza reciproca di intensità crescente. Tali da far sì che in alcuni casi, pur nell'assenza di un formale controllo, un soggetto possa assumere una posizione dominante, acquisendo la capacità di determinare le decisioni degli altri soggetti della rete tramite l'esercizio dei poteri contrattuali o l'impiego della forza economica di cui è dotato[6].

Entrambe le linee di sviluppo - qui richiamate con una certa dose di approssimazione giustificata da ragioni di sintesi - stanno indubbiamente subendo un processo di accelerazione ed un'ulteriore spinta per effetto della rivoluzione digitale che sta investendo, sia pur con intensità diversa, quasi ogni attività umana.

---

[3] Cfr., sul tema: D. IZZI, *Lavoro negli appalti e dumping salariale*, Giappichelli, Torino, 2018; M. GIACONI, *Il lavoro nella pubblica amministrazione partecipata da privati*, in *Dir. lav. rel. ind.*, n. 3, 2017, p. 523.

[4] Per la ricostruzione di tale complesso e articolato dibattito v., per tutti, M. AIMO - D. IZZI (a cura di), *Esternalizzazioni e tutela dei lavoratori*, Utet, Torino, 2014.

[5] Per la ricostruzione di questo fenomeno si veda F. CAFAGGI – P. IAMICELI (a cura di), *Reti di imprese tra crescita e innovazione organizzativa. Riflessioni da una ricerca sul campo*, Il Mulino, Bologna, 2007. V. anche I. ALVINO, *Il lavoro nelle reti di imprese: profili giuridici*, Giuffrè, Milano, 2014.

[6] Sul confine oltre il quale le modalità di coordinamento tra attività dell'appaltatore o del subfornitore e quella del committente fanno sì che i primi perdano la loro autonomia imprenditoriale rispetto al secondo v., di recente: M. MARAZZA, *Le garanzie difficili nel sistema degli appalti*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT*, n. 393, 2019; V. ANNIBALLI, *Riflessioni sul perimetro dell'eterodirezione industriale nella subfornitura*, in *Riv. it. dir. lav.*, n. 2, 2020, p. 193. Sul tema sia consentito anche rinviare a I. ALVINO, *L'appalto e i suoi confini*, in M. AIMO-D. IZZI (a cura di), *Processi di esternalizzazione dell'impresa e tutela dei lavoratori*, UTET, Torino, 2014, p. 3.

Ed invero, la digitalizzazione di molte fasi e momenti dei processi produttivi, nonché la sostituzione in molti casi delle macchine al lavoro umano contribuiscono inevitabilmente alla smaterializzazione dell'organizzazione imprenditoriale.

Le nuove tecnologiche consentono, altresì, forme inedite di ricerca e creazione dei collegamenti imprenditoriali, per esempio attraverso il ricorso a piattaforme digitali che governano il processo collaborativo, il quale spesso si dipana all'interno di paesi diversi attribuendo una dimensione globale alla filiera produttiva[7].

Scopo di questo contributo - sollecitato anche dalle riflessioni sviluppate in occasione del seminario *Labchain* dedicato a *"Integrazione produttiva, contratti e sistemi digitali"* e tenutosi presso il CNEL il 19 novembre 2021[8] - è quello di provare a fare il punto su alcune tra le principali questioni che tanto gli interpreti (nella necessità di applicare regole originariamente pensate per una realtà spesso profondamente diversa da quella attuale e da quella che sarà nel prossimo futuro) quanto il legislatore (che quelle regole dovrebbe ripensare, laddove incompatibili con il mutato contesto economico, tecnologico e sociale) sono e saranno chiamati ad affrontare dal punto di vista delle ripercussioni che i cambiamenti in corso nei processi produttivi hanno già prodotto e sempre più continueranno a produrre sul quadro delle tutele del lavoro subordinato e sul grado di effettività delle stesse.

L'analisi verrà sviluppata in due parti, muovendo dalla constatazione, forse banale ma comunque da non obliterare, che nei contesti di integrazione tra imprese diverse non si annidano solo i rischi di un'attenuazione o fuga dall'applicazione delle tutele lavoristiche, ma anche opportunità di crescita dell'occupazione e di miglioramento delle condizioni di impiego dei lavoratori.

Allo scopo di sviluppare l'analisi nella direzione indicata, tra tutti gli itinerari di riflessione possibili, anche per coerenza con la sede di pubblicazione di queste note, si è scelto di provare ad organizzare il ragionamento a partire dai valori costituzionali in materia di lavoro che, in maniera più evidente, sono sollecitati dalla frammentazione dei processi produttivi.

Nella prospettiva appena indicata, si può invero subito evidenziare come la frammentazione dei processi produttivi abbia, tra i suoi principali effetti, un rischio di riduzione dei trattamenti, non solo economici, riconosciuti ai lavoratori impiegati alle dipendenze delle imprese della filiera. Un effetto, quest'ultimo,

[7] Cfr.: V. BRINO, *Diritto del lavoro e catene globali del valore*, Giappichelli, Torino, 2020; M. GIOVANNONE, *La tutela dei* labour standards *nella catena globale del valore*, Aracne, Roma, 2019.

[8] Tra i relatori del seminario LabChain del 19 novembre 2021, organizzato con Paola Bozzao (Sapienza Università di Roma), Silvia Ciucciovino (CNEL e Università Roma Tre) e Michele Faioli (CNEL e Università Cattolica del Sacro Cuore) vi erano i colleghi: Vania Brino (Università Ca' Foscari Venezia); Luca Calcaterra (Università Suor Orsola Benincasa); Madia D'Onghia (Università di Foggia); Marco Esposito (Università di Napoli Parthenope); Claudia Faleri (Università di Siena); Lucio Imberti (Università di Bergamo); Fabio Pantano (Università di Parma); Eleonora Riva Sanseverino (Università di Palermo); Giuseppe Perrone (EY); Luisa Corazza (Università del Molise).

amplificato dal fenomeno della proliferazione dei CCNL e tale da porre in dubbio la capacità di tenuta della regola della giusta retribuzione enunciata dall'art. 36 Cost.

La frammentazione dei processi produttivi produce, poi, un evidente effetto di indebolimento della rappresentanza sindacale, che sollecita ad interrogarsi sugli spazi che l'autonomia collettiva può ritagliarsi per incidere sugli assetti organizzativi decisi dall'impresa.

Infine, l'impegno della Repubblica a promuovere le condizioni che rendono effettivo il diritto al lavoro (art. 4 Cost.) sollecita a riflettere sugli strumenti che, *de jure condito* e *de jure condendo*, potrebbero consentire alle imprese legate in rete di unire le forze per la crescita dell'occupazione e il miglioramento delle condizioni di lavoro.

2. "Giungla contrattuale", concorrenza tra imprese e garanzia della giusta retribuzione

Nell'attuale fase, l'impulso alla disarticolazione dei processi produttivi impresso dalle nuove tecnologie va considerato in stretto collegamento con il dato, ormai acquisito allo stato del sistema di relazioni sindacali italiano, della proliferazione dei contratti collettivi di categoria[9].

I due fenomeni appena richiamati, invero, sono suscettibili di incidere sul livello dei trattamenti all'interno della filiera produttiva, divenendo il contratto collettivo uno dei fattori su cui si gioca la concorrenza tra le imprese. Ciò tanto nel contesto del mercato degli appalti privati, quanto in quello degli appalti pubblici. Ed invero, indagini empiriche anche recenti[10] hanno confermato che la scelta della disarticolazione dei rapporti in un assetto di filiera produttiva è in molti casi motivata dalla ricerca della riduzione del costo del lavoro, spesso perseguita attraverso l'applicazione ai lavoratori impiegati nella filiera dei contratti collettivi meno favorevoli del settore di riferimento.

Esito che, è bene ricordare, risulta perfettamente compatibile con l'attuale assetto normativo dell'ordinamento italiano che non sancisce alcun obbligo di parità di trattamento tra i lavoratori impiegati alle dipendenze dell'impresa committente e quelli impiegati alle dipendenze dell'impresa appaltatrice. Sicché la scelta di acquisire all'esterno, anziché realizzare in autonomia, l'opera o il servizio dei quali il committente necessita, può trovare la sua giustificazione nel minor costo a cui quella medesima opera o servizio vengono offerti sul mercato. Ciò in ragione della possibilità per l'imprenditore offerente di sostenere un costo del lavoro più basso, perché - qui sta il punto - applica ai propri dipendenti un contratto collettivo di categoria diverso e meno costoso di quello applicato dal committente.

La dinamica appena riferita è ulteriormente stimolata dalla possibilità di sfruttare due corollari della libertà sindacale protetta dall'art. 39 Cost.

[9] Cfr. il dato rilevato dal XIII Rapporto Mercato del lavoro e contrattazione collettiva 2021 del CNEL, che riferisce della vigenza di 933 CCNL al novembre 2021.

[10] *Securing workers' rights in subcontracting chains*, Confederation Syndicat Europeaen Trade Union, settembre 2021.

Il primo di essi è dato dal fatto che l'enunciazione della libertà sindacale porta con sé la libertà delle parti del contratto individuale di lavoro di scegliere liberamente il contratto di categoria al quale sottoporre la regolazione del proprio rapporto di lavoro, senza alcun obbligo di coerenza tra l'attività eseguita dall'impresa appaltatrice (e nella quale il lavoratore è impiegato) e l'ambito di applicazione del CCNL, così come delineato dalle parti sociali[11].

Nei settori, soprattutto c.d. *labour intensive*, all'interno dei quali più elevato è il numero degli operatori presenti e più bassi sono i margini di guadagno, le imprese fanno ampio ricorso alle possibilità offerte da questo principio. Il che ha l'effetto di provocare un'inevitabile riduzione del livello trattamenti all'interno del settore di riferimento, oltre che ad ingenerare un meccanismo competitivo tra le imprese fondato (quasi) esclusivamente sulla ricerca del CCNL che prevede trattamenti "più convenienti" per l'impresa, tenuto conto dei contenuti delle mansioni e delle specifiche modalità del loro svolgimento.

Il secondo corollario del principio di libertà sindacale, che contribuisce ad amplificare ulteriormente gli effetti della dinamica appena riportata, è costituito dal pluralismo sindacale e, quindi, dal pluralismo contrattuale che è il suo naturale completamento.

Con riferimento a questo secondo aspetto, come già anticipato, la stagione attuale delle relazioni sindacali italiane è caratterizzata da una proliferazione senza precedenti del numero dei CCNL vigenti, tanto da aver indotto la dottrina a evocare la metafora della giungla[12].

L'effetto finale è che amplissimo è il bacino dei contratti collettivi di categoria all'interno del quale le imprese possono "pescare" per regolare i rapporti di lavoro con i propri dipendenti, anche nell'ottica della costruzione di una struttura dei costi interni che sia concorrenziale rispetto ai costi sostenuti dalle imprese concorrenti.

Di fronte al rafforzarsi di questo fenomeno, l'autonomia collettiva, in assenza del supporto di una legge sindacale, non presenta gli anticorpi sufficienti per contrastarne gli effetti distorsivi[13].

[11] Sul tema v. di recente G. PROIA, *Il contratto collettivo tra libertà di scelta e standard minimi di trattamento*, in *Mass. giur. lav.*, 2020, p. 965.

[12] S. CIUCCIOVINO, *Mettere ordine nella giungla dei ccnl: un'esigenza indifferibile*, in *Dir. lav. rel. ind.*, n. 1, 2018, p. 227. Su questo tema v. di recente anche i contributi di M. FAIOLI, E. GRAGNOLI, F. LISO, M. MAGNANI, M. VERZARO, G. BONANOMI, P. DI NUNZIO, M. BENTIVOGLI E T. SCACCHETTI raccolti in *Lavoro diritti europa*, n. 4, 2021. Sul tema v. anche I. ALVINO – L. IMBERTI, *Contratto collettivo leader e rappresentanza datoriale*, in *Labour & law issues*, v. 4, n. 2, 2018.

[13] Per un'analisi delle tipologie di clausole della contrattazione collettiva che perseguono il tentativo di "governare" i processi di decentramento produttivo v. F. BASENGHI, *Decentramento organizzativo e autonomia collettiva*, in Aidlass, *Frammentazione organizzativa e lavoro,* op. cit., p. 217. In precedenza v. già P. LAMBERTUCCI, *Area contrattuale e autonomia collettiva*, in *Dir. lav. rel. ind.*, n. 2-3, 1999, p. 277.

Ciò è dimostrato dal fatto che l'unico strumento nelle mani delle parti sociali per evitare l'abbassamento del livello dei trattamenti nella filiera è costituito dalla delimitazione dell'ambito di applicazione del contratto collettivo di categoria[14].

Si tratta però, com'è noto, di un'arma spuntata, attesa l'efficacia soggettiva limitata di cui è dotato il contratto collettivo di diritto comune, tale da non poter essere considerato vincolante nei confronti di quelle imprese che non abbiano un obbligo giuridico di applicare il contratto collettivo in questione.

L'effetto distorsivo che la moltiplicazione dei CCNL ha nei processi di frammentazione dell'impresa assume una forza non meno dirompente anche nel settore degli appalti pubblici nonostante per esso la legge preveda espressamente che *"al personale impiegato nei lavori, servizi e forniture oggetto di appalti pubblici e concessioni è applicato il contratto collettivo nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e quelli il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente"*[15] .

Anche nel settore degli appalti pubblici, infatti, il principio appena ricordato è costretto a fare i conti con la pluralità dei contratti collettivi esistenti che non permette un'univoca determinazione dei trattamenti minimi spettanti ai lavoratori[16].

Al riguardo, il Consiglio di Stato ha in più occasioni ribadito che non è possibile escludere dalla gara un offerente sulla base del semplice fatto che lo stesso abbia scelto di dare applicazione ad un contratto collettivo diverso da quello indicato all'interno del bando[17]. Così come ha affermato che le tabelle ministeriali deputate a individuare i trattamenti di riferimento per la valutazione delle proposte, costituiscono dei valori medi da cui sono ammessi scostamenti motivati proprio dal CCNL scelto dall'impresa per regolare i rapporti di lavoro dei propri dipendenti[18].

---

[14] Si pensi, per fare un esempio, al settore del credito (rinnovato da ultimo il 9.1.2019), nel quale imprese e sindacati hanno inteso tentare di contrastare i fenomeni di uscita dall'ambito di applicazione del CCNL per effetto di esternalizzazioni e riorganizzazioni prevedendo, all'art. 1, che *"al personale interessato da processi di riorganizzazione/razionalizzazione la cui realizzazione può comportare anche l'eventuale allocazione di personale e di attività a società non controllate, per le attività di cui all'articolo 3 che segue, è garantita l'applicazione del presente contratto con le relative specificità. La garanzia vale anche nei confronti del personale che, per l'espletamento delle medesime attività, verrà successivamente assunto dalle predette società"*.

[15] Art. 30, d.lgs. 50/2016 (c.d. Codice dei contratti pubblici). Il Codice dei contratti pubblici prescrive il rispetto dei contratti collettivi sottoscritti dalle associazioni comparativamente più rappresentative anche in altri importanti ambiti: ai fini della determinazione del costo del lavoro (art. 23, co. 16); ai fini della valutazione delle offerte anormalmente basse (art. 97, co. 5); ai della determinazione del trattamento economico e normativo del personale impiegato dall'affidatario (art. 105, co. 9).

[16] F. BORGOGELLI, *Modelli organizzativi e tutele dei lavoratori nei servizi di interesse pubblico*, in Aidlass, *Frammentazione organizzativa e lavoro: rapporti individuali e collettivi. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, Cassino 18-19 maggio 2017*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 329.

[17] Cfr. in tal senso, tra le più recenti, C. Stato, sez. V, 28 maggio 2019, n. 3487.

[18] Cfr. ancora, in particolare, C. Stato, sez. III, 10 febbraio 2016, n. 589.

Anche nel settore degli appalti pubblici, dunque, la molteplicità dei contratti collettivi di categoria applicabili diviene elemento su cui si gioca la concorrenza tra le imprese. Dato, questo, certificato dalla stessa giurisprudenza amministrativa poc'anzi richiamata, nella quale l'impossibilità di imporre all'impresa l'applicazione di un determinato contratto collettivo è considerata la conseguenza non tanto (o non solo) della libertà sindacale sancita dall'art. 39 Cost., quanto piuttosto proprio della libertà di organizzazione dell'attività imprenditoriale e, quindi, della libertà di iniziativa economica privata protetta dall'art. 41 Cost.[19].

In questa prospettiva, unico limite posto dalla legge alla scelta del contratto collettivo da applicare è quello della coerenza di quest'ultimo con l'attività oggetto dell'appalto.

Nel momento in cui l'ordinamento pone una misura minima del trattamento dovuto ai lavoratori impiegati nell'appalto come condizione per l'aggiudicazione, lascia infatti al datore di lavoro la facoltà di scegliere quale contratto applicare, ma entro i limiti della regolamentazione dell'interesse collettivo definita dalle parti sociali (che di quell'interesse sono le uniche titolari).

Il criterio della coerenza tra l'attività in cui saranno impiegati i lavoratori per eseguire l'appalto e l'ambito di applicazione del contratto collettivo definito dalle parti sociali non appare, però, sufficiente a porre gli appalti pubblici al riparo dai rischi connessi alla moltiplicazione dei contratti collettivi di categoria. Ed invero, questo criterio amplia molto il novero delle organizzazioni che devono essere "confrontate" per valutare la rappresentatività reciproca delle stesse, amplificando ancora di più la rilevanza che la diversità dei trattamenti previsti dai diversi contratti collettivi può assumere nella dinamica concorrenziale del mercato degli appalti.

Si aggiunga che le tendenze recenti della contrattazione collettiva segnalano una prassi di ampliamento delle declaratorie contrattuali che tende ad estendere ulteriormente il ventaglio dei CCNL comparabili sul piano del settore produttivo e dunque assumibili come parametro di riferimento per la determinazione dei trattamenti[20].

3. Libertà sindacale, assetti organizzativi e procedure di informazione e consultazione sindacale

Il secondo dei valori costituzionali che la frammentazione dei processi produttivi mette indubbiamente alla prova è quello della libertà sindacale, intesa come concreta ed effettiva possibilità per i lavoratori di organizzare un'azione volta ad ottenere dalla controparte datoriale un miglioramento del trattamento economico e normativo in godimento.

[19] Cfr., per tutte: C. Stato, sez VI, 28 febbraio 2019, n. 1409; C. Stato, sez. V, 1° marzo 2017, n. 932; C. Stato, sez. V, 12 maggio 2016, n. 1901; C. Stato, sez. III, 10 febbraio 2016, n. 589. Cfr. su questo profilo M. GIACONI, *L'impiego strategico degli appalti pubblici alla luce del d.lgs. 50/2016. Le finalità sociali*, Aracne, Roma, 2018, pp. 106 ss.

[20] Cfr. al riguardo le osservazioni di G. PROIA, *Il contratto collettivo tra libertà di scelta e standard minimi di trattamento*, cit.

La disarticolazione dei processi produttivi produce, invero, un effetto di indebolimento della contrattazione collettiva, anche in conseguenza dello spostamento dei centri decisionali all'interno della filiera produttiva. Ciò nel senso che, nel momento in cui le decisioni vengono assunte da soggetti in posizione di predominio economico o organizzativo, si indebolisce al contempo la rappresentanza sindacale come contro-potere collettivo in conseguenza del fatto che il soggetto imprenditoriale a cui si contrappone subisce le decisioni assunte altrove.

Anche tale esito è acuito dai concomitanti fattori della rivoluzione digitale e della globalizzazione dei processi produttivi.

Allo stato della legislazione vigente, all'esistenza di rapporti di influenza e predominio di un'impresa su un'altra non sono fatti corrispondere effetti che consentano il superamento del velo della personalità giuridica per, ad esempio, imputare il rapporto in capo ad un soggetto diverso da quello che concretamente esercita nei confronti dei lavoratori i poteri di direzione e organizzazione della prestazione lavorativa.

Solo con riferimento a specifici ambiti normativi, l'ordinamento attribuisce rilevanza giuridica all'interno del rapporto di lavoro all'esistenza di rapporti di collegamento negoziale o societario tra il datore di lavoro ed altri soggetti.

È quanto avviene, ad esempio, nella regolazione della catena degli appalti e della subfornitura, laddove l'ordinamento attribuisce rilevanza alla scelta delle imprese di organizzare la propria collaborazione attraverso specifiche tipologie contrattuali presidiandole con strumenti di garanzia come la responsabilità solidale volti a rafforzare la posizione creditoria del lavoratore[21].

Con riferimento ai profili delle relazioni sindacali, l'ordinamento attribuisce rilevanza all'esistenza di rapporti di dominio di un'impresa sull'altra esclusivamente con riferimento all'esistenza di rapporti di controllo societario e nello specifico ambito dei licenziamenti collettivi[22] e dei trasferimenti di azienda[23].

Al di fuori degli spazi appena ricordati, l'attuale legislazione non consente il superamento del velo della personalità giuridica se non nell'ipotesi in cui alla formale creazione di rapporti contrattuali tra imprese, corrisponda una sostanziale sottoposizione del lavoratore al potere direttivo di un imprenditore diverso da quello che riveste la posizione di formale datore di lavoro. Ciò è quanto insegna, tra l'altro, la giurisprudenza in materia di gruppi di impresa, all'interno della quale la codatorialità è utilizzata come

[21] Sulla tecnica della responsabilità solidale v., di recente: E. VILLA, *La responsabilità solidale come tecnica di tutela del lavoratore*, Bononia, Bologna, 2017.

[22] In materia di licenziamento collettivo, l'art. 4, co. 15-bis, l. 223/1991 prescrive la necessità di avviare e svolgere la procedura di informazione e consultazione sindacale anche nel caso in cui la relativa decisione sia stata assunta dall'impresa controllante.

[23] In materia di trasferimento di azienda, l'art. 47, co. 4, l. 428/1990 dispone che *"gli obblighi d'informazione e di esame congiunto previsti dal presente articolo devono essere assolti anche nel caso in cui la decisione relativa al trasferimento sia stata assunta da altra impresa controllante"*.

rimedio, ma solo nell'eventualità in cui la holding (o altra società del gruppo) si ingerisca nella gestione dei rapporti di lavoro della controllata sino ad esercitare il potere direttivo sulla prestazione di lavoro[24].

Alla luce di quanto precede si può dunque concludere come la disciplina vigente si muova sulla strada di stimolare la scelta delle imprese a individuare partner affidabili, ma non predisponga strumenti capaci di limitare scelte come quella della delocalizzazione all'estero di stabilimenti o fasi del processo produttivo.

Poiché la costruzione degli assetti organizzativi è espressione della libertà di impresa, protetta costituzionalmente (art. 41 Cost.), non è possibile incidere sulla stessa con limitazioni o divieti, ma esclusivamente con strumenti che abbiano la finalità di disincentivarli per un verso[25] o, guardando al fenomeno in prospettiva internazionale, di orientarli attraverso scelte che assicurino delocalizzazioni all'interno di catene globali del lavoro che assicurano livelli di trattamenti economici e normativi decenti[26].

Guardando al fenomeno della costruzione degli assetti organizzativi di impresa e delle delocalizzazioni da questa prospettiva, la riflessione deve naturalmente spostarsi su una valutazione degli strumenti attraverso i quali l'autonomia collettiva può intervenire allo scopo di sostenere l'effettività dell'azione sindacale di fronte alle decisioni imprenditoriali relative agli assetti di impresa. Decisioni che, è bene ricordare, attenendo ai profili dell'organizzazione dell'attività imprenditoriale, rientrano nell'area della libertà d'impresa protetta costituzionalmente dall'art. 41 Cost.

È noto come nel nostro ordinamento non sia previsto un obbligo generale delle imprese di informare e consultare i soggetti sindacali (né tanto meno di raggiungere alcun tipo di accordo) con riferimento all'assunzione di decisioni che incidano sull'organizzazione del lavoro o sull'assetto organizzativo dell'impresa.

Solo in ambiti specifici, come quelli già ricordati del trasferimento d'azienda (anche in crisi) o del licenziamento collettivo, la legge prevede un obbligo delle imprese, al di sopra di determinate soglie occupazionali, di avviare procedure di informazione e consultazione sindacale preventive.

---

[24] Si tratta della giurisprudenza sul c.d. centro unico di imputazione che consente il superamento del velo della personalità giuridica ai fini della imputazione del rapporto di lavoro laddove ricorrano contemporaneamente i seguenti requisiti: a) unicità della struttura organizzativa e produttiva; b) integrazione tra le attività esercitate dalle varie imprese del gruppo ed il correlativo interesse comune; c) coordinamento tecnico ed amministrativo finanziario tale da individuare un unico soggetto direttivo che faccia confluire le diverse attività delle singole imprese verso uno scopo comune; d) utilizzazione contemporanea della prestazione lavorativa da parte delle varie società titolari delle distinte imprese, nel senso che la stessa sia svolta in modo indifferenziato e contemporaneamente in favore dei vari imprenditori (v. in tal senso tra le più recenti: Cass. 7.2.2022, n. 3824; Cass. 23.12.2021, n. 41417; Cass. 25.1.2021, n. 1507; Cass. 31.7.2017, n. 19023; Cass. 31.5.2017, n. 13809, Cass. 20.12.2016, n. 26346). Su questa giurisprudenza v.: O. RAZZOLINI, *Lavoro e decentramento produttivo nei gruppi di imprese*, in M. AIMO-D. IZZI (a cura di), *Processi di esternalizzazione*, op. cit., p. 678; M.G. GRECO, *Il rapporto di lavoro nell'impresa multidatoriale*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 161.

[25] A. PERULLI, *Giustizia e ingiustizia della globalizzazione*, in *Lavoro diritti europa*, n. 4, 2021.

[26] Cfr. le riflessioni al riguardo di V. BRINO, *L'identità "extraterritoriale" delle organizzazioni complesse. Prospettive regolative*, in *Lav. dir.*, n. 3, 2021, p. 485 e V. SPEZIALE, *L'impresa sostenibile*, in *Riv. giur. lav.*, 2021, p. 494.

Procedure che, peraltro, non sono destinate ad intervenire nella fase della formazione della decisione relativa al se trasferire o al se licenziare, bensì a valle di una decisione già presa. I soggetti sindacali sono chiamati dunque ad intervenire e hanno reale possibilità di incidere normalmente nella fase attuativa della decisione imprenditoriale.

Così è anche nell'ambito delle nuove procedure di informazione e consultazione sindacale recentemente varate in materia di licenziamento collettivo (con la finalità politica dichiarata di contrastare le c.d. delocalizzazioni) e all'interno del nuovo strumento della composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa.

Con riferimento alla prima, l'art. 1, commi da 224 a 238, l. 234/2021, prevede infatti che il datore di lavoro che impieghi almeno 250 dipendenti, prima di poter licenziare collettivamente i lavoratori ai sensi della l. 223/1991, laddove abbia assunto la decisione di procedere alla *"chiusura di una sede, di uno stabilimento, di una filiale, o di un ufficio o reparto autonomo situato nel territorio nazionale, con cessazione definitiva della relativa attività e con licenziamento di un numero di lavoratori non inferiore a 50"* è tenuto ad avviare una procedura di informazione e consultazione che coinvolge le rappresentanze sindacali in azienda, le sedi territoriali della associazioni sindacali di categoria comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, le Regioni interessate, il Ministero del lavoro, il Ministero dello sviluppo economico e l'ANPAL.

Analogamente, in materia di composizione negoziata per la soluzione delle crisi d'impresa, l'art. 4, comma 8, d.l. 118/2021 (convertito in l. 147/2021), impone al datore di lavoro di coinvolgere i soggetti sindacali previsti dall'art. 47, comma 1, l. 428/1990 laddove siano *"assunte rilevanti determinazioni che incidono sui rapporti di lavoro di una pluralità di lavoratori, anche solo per quanto riguarda l'organizzazione del lavoro o le modalità di svolgimento delle prestazione"*, e non operino diverse procedure di informazione e consultazione[27].

Al di fuori degli specifici ambiti appena ricordati, il d.lgs. 25/2007 prevede che nelle imprese con almeno 50 dipendenti, il datore di lavoro sia tenuto ad avviare procedure di informazione e consultazione su quei profili dai quali dipendono l'assunzione di decisioni aziendali che incidono sugli assetti organizzativi quali: *"a) l'andamento recente e quello prevedibile dell'attività dell'impresa, nonché la sua situazione economica; b) la situazione, la struttura e l'andamento prevedibile dell'occupazione nella impresa, nonché, in caso di rischio per i livelli occupazionali, le relative misure di contrasto; c) le decisioni dell'impresa che siano suscettibili di comportare rilevanti cambiamenti dell'organizzazione del lavoro, dei contratti di lavoro, anche nelle ipotesi di cui all'art. 7, comma 1"* (art. 4, co. 3, d.lgs. 25/2007).

[27] Per approfondimenti sul tema v.: F. APRILE, *Osservazioni chiaroscurali sui risvolti giuslavoristici della procedura di composizione negoziata*, in *Diritto della crisi*, 3.11.2021; A. FAROLFI, *Brevi considerazioni sui profili giuslavoristici del d.l. n. 118/2021, in Lavoro* Diritti Europa, n. 4/2021; A. RIVA, *La composizione negoziata della crisi: fra certezze e perplessità*, in *Lavoro Diritti Europa*, n. 4/2021.

Nell'elencazione appena richiamata, tra le ipotesi previste dalle lettere b) e c), rientra indubbiamente anche la scelta di decentrare una fase della produzione, sicché ci si può spingere ad affermare che la legge impegna le parti sociali, nelle imprese che occupino più di 50 dipendenti, ad elaborare un accordo che fissi le modalità della informazione e della consultazione dei rappresentanti dei lavoratori rispetto alla scelta di decentrare una fase della produzione tramite la stipulazione di un contratto di appalto.

Si tratta, però, di un obbligo il cui mancato adempimento è privo di conseguenze, poiché l'ordinamento non ricollega alcuna sanzione - né potrebbe in ragione del principio di libertà sindacale enunciato dall'art. 39 Cost. [28] - alla mancata stipulazione di un contratto collettivo che predisponga specifici obblighi di informazione e consultazione relativamente alla adozione di decisioni che incidano sugli assetti organizzativi.

Laddove la contrattazione collettiva si eserciti nella procedimentalizzazione delle decisioni imprenditoriali in attuazione delle previsione del d.lgs. 25/2007 poc'anzi richiamato, istituendo obblighi di informazione e consultazione in capo al datore di lavoro prima della adozione di determinazioni riguardanti gli assetti organizzativi di impresa, ampie sono le possibilità a disposizione dell'autonomia collettiva, la quale può condizionare la stessa facoltà di assumere ogni determinazione alla preventiva consultazione dei soggetti sindacali, ovvero prevederne un coinvolgimento solo nella fase attuativa di quelle medesime determinazioni riservate all'autonomia datoriale.

In entrambi i casi, però, anche sotto questo versante, l'assenza di una legge sindacale che definisca la forza vincolante di tali accordi e regolamenti gli effetti della loro violazione fa sì che sull'effettiva capacità vincolante di tali obblighi si ravvisino in giurisprudenza opinioni difformi[29], tali da indebolire l'effettiva capacità di tali clausole di condizionare le scelte imprenditoriali.

---

[28] C. ZOLI, *Gli obblighi a trattare nel sistema dei rapporti collettivi*, Cedam, Padova, 1992, pp. 11 ss.; M. ROCCELLA, *Parte obbligatoria del contratto collettivo e diritti sindacali di controllo*, in *Riv. giur. lav.*, 1977, p. 428.

[29] Cfr., a titolo di esempio, la giurisprudenza recentemente formatasi sull'art. 9 del CCNL dell'industria metalmeccanica, nella quale i giudici hanno raggiunto conclusioni diverse sul contenuto dell'obbligo posto in capo al datore di lavoro e sulla capacità di una sua violazione di condizionare la validità di decisioni imprenditoriali assunte successivamente come il licenziamento collettivo (cfr. Trib. Firenze, sez. lav., dott.ssa Davia, 23 settembre 2021, che ha concluso che le disposizioni che prevedono un obbligo di informazione preventiva su eventi che possano incidere sui livelli occupazionali introducono una vera e propria procedimentalizzazione delle decisioni in materia di occupazione ed esuberi con conseguente invalidità dei licenziamenti collettivi disposti in loro assenza; Trib. Monza, sez. lav., dott. Antenore, 28 gennaio 2022 che ha ritenuto che dall'inciso contenuto nell'art. 9 CCNL, per il quale le procedure informative previste dalla legge 223/1991 assorbono quelle previste in materia dal contratto collettivo, debba desumersi che posto il corretto avvio della procedura, si esclude che ad una violazione dell'art. 9 del CCNL possa conseguire l'annullamento; Trib. Ancona, sez. lav., dott. De Antoniis, 22 febbraio 2022, secondo il quale il rapporto che si instaura tra procedura di licenziamento collettivo e obblighi informativi ulteriori rispetto a quelli previsti dalla legge possa articolarsi in tre modalità diverse: assorbimento degli obblighi informativi contrattuali nelle procedure di partecipazione previste dalla legge 223/1991; subordinazione dell'avvio della procedura di licenziamento collettivo al previo adempimento dell'obbligo informativo di fonte contrattuale; sussistenza di obblighi informativi preventivi ulteriori e distinti rispetto a quelli previsti dalla legge 223/1991 che, però, non condizionano né l'avvio né la legittimità della procedura di licenziamento collettivo disposta nel rispetto delle disposizioni di legge. L'individuazione delle modalità di interazione dell'obbligo informativo contrattuale con la procedura di licenziamento collettivo dipende

4. L'aggregazione imprenditoriale a supporto della crescita professionale dei lavoratori

Come anticipato in esordio, l'articolazione dei processi produttivi in una logica di filiera o comunque sulla base della creazione di rapporti di (più o meno) stabile collaborazione tra imprese diverse, costituisce un dato fisiologico dell'economia moderna in generale e un elemento caratteristico dell'economia italiana nello specifico, caratterizzata da un elevatissimo numero di imprese piccole e piccolissime.

L'aggregazione rappresenta dunque una modalità normale di svolgimento dell'attività imprenditoriale, che il legislatore italiano[30] e le istituzioni europee hanno cercato di incentivare e sostenere, in quanto funzionale a favorire la crescita delle imprese e dell'economia in generale[31].

La creazione di rapporti stabili di collaborazione imprenditoriale, oltre a favorire una crescita dell'occupazione come effetto indotto della crescita delle imprese coinvolte, crea per i lavoratori occasioni di salvaguardia dell'occupazione e di crescita professionale. È in particolare con riferimento a quest'ultimo versante che questo aspetto del fenomeno merita di essere indagato per riflettere sulle potenzialità che l'aggregazione imprenditoriale offre per fronteggiare l'impatto che la rivoluzione digitale sta producendo sull'economia e sulle attività umane, per un verso rendendo obsolete o sostituite dalle macchine molte mansioni, e, per altro verso, facendo emergere la necessità che i lavoratori siano dotati di competenze e professionalità nuove, spesso anche per svolgere mansioni tradizionali.

Detto altrimenti, muovendo dalla considerazione che una parte importantissima del tessuto produttivo italiano è composta da imprese piccole e piccolissime, vale la pena di riflettere sulle potenzialità che l'aggregazione imprenditoriale offre per realizzare e sostenere quel percorso di ristrutturazione delle competenze professionali dei lavoratori che sempre più si impone nell'attuale fase di transizione.

---

dall'interpretazione del contratto collettivo nazionale o integrativo, condotta ai sensi dei criteri generali di interpretazione del contratto individuati dagli artt. 1362 ss.).

[30] L'ultimo provvedimento di carattere strutturale con il quale il legislatore italiano ha inteso sostenere l'aggregazione imprenditoriale è costituito dal contratto di rete (art. 3, commi 4-ter e ss. d.l. 5/2009, conv. in l. 33/2009) sul quale v., per tutti: V. CUFFARO (a cura di), *Contratto di rete di imprese*, Giuffrè, Milano, 2016. Per approfondire i dati relativi alla diffusione del contratto di rete, in relazione ai trend storici sempre crescenti del fenomeno e alla sua diffusione territoriale e nei diversi settori produttivi, si veda il portale open data "RED – Reti e Dati", promosso e curato da RetImpresa con il supporto tecnico di InfoCamere, raggiungibile sul sito di RetImpresa.

[31] La valorizzazione di questa prospettiva ha poi trovato una successiva conferma in occasione del varo dello *Small Business Act (Una corsia preferenziale per la piccola impresa)* (Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento Europeo, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni del 25 giugno 2008, COM (2008) 394). Tale atto, nella più ampia filosofia volta a realizzare la transizione verso un'economia basata sulla conoscenza, e con lo specifico obiettivo di favorire il processo di integrazione dei mercati nazionali nel mercato unico europeo, individuava tra gli strumenti utili a favorire lo sviluppo imprenditoriale a livello europeo proprio quello dello stimolo alla cooperazione imprenditoriale (Cfr. al riguardo le osservazioni di F. CAFAGGI, *Contractual networks and the Small Business Act: Towards European Principles?*, in *European Review of contract law review*, n. 4, 2008, p. 493). La creazione di rapporti di cooperazione era vista, già in quel documento, come strumento funzionale a perseguire finalità diverse, quali, ad esempio, l'innovazione tecnologica, lo scambio di conoscenze, il reperimento di professionalità adeguate al moderno contesto tecnologico anche stimolando sistemi volti a garantire l'apprendimento permanente.

L'aggregazione tra imprese può permettere di conciliare lo sviluppo di progetti imprenditoriali comuni con obiettivi come la salvaguardia dell'occupazione in contesti non solo di crisi, ma anche in quelli nei quali la rivoluzione tecnologica e digitale impone l'aggiornamento delle competenze dei lavoratori ed eventualmente il ricambio generazionale.

L'aggregazione può essere dunque fattore per favorire la transizione tecnologica e digitale nelle imprese più piccole e la mobilità del lavoro nella rete lo strumento per perseguire finalità di formazione, aggiornamento e arricchimento professionale.

In questa direzione si muovono alcuni importanti recenti provvedimenti normativi, che paiono cogliere le potenzialità che l'aggregazione imprenditoriale presenta nella prospettiva appena indicata.

Il primo di essi che merita di essere ricordato è il contratto di espansione[32], tramite il quale è data possibilità alle imprese aventi un organico superiore alle mille unità[33] di essere sostenute nei processi di reindustrializzazione e riorganizzazione che *"comportano, in tutto o in parte, una strutturale modifica dei processi aziendali finalizzati al progresso e allo sviluppo tecnologico dell'attività, nonché la conseguente esigenza di modificare le competenze professionali in organico mediante un loro più razionale impiego e, in ogni caso, prevedendo l'assunzione di nuove professionalità"* (art. 41, c. 1, d.l. 148/2015).

Il contratto di espansione – sottoscritto tra l'impresa, il Ministero del lavoro e le associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o le loro RSA o la RSU – ha, dunque, lo scopo di supportare le imprese nei percorsi volti all'aggiornamento delle competenze professionali presenti in azienda e al ricambio generazionale (quest'ultimo spesso necessario per realizzare anche il primo obiettivo)[34].

L'art. 41, comma 1-ter, d.lgs. 148/2015 prevede che *"per gli anni 2022 e 2023 il limite minimo di unità lavorative in organico di cui al comma 1 non può essere inferiore a cinquanta, anche calcolate complessivamente nelle ipotesi di aggregazione stabile di imprese con un'unica finalità produttiva o di servizi"*.

La disposizione appena richiamata mira, evidentemente, ad ampliare le possibilità di ricorso al contratto di espansione e, quindi, a stimolare e favorire i processi di reindustrializzazione e riorganizzazione anche

[32] Sul quale v., per approfondimenti, M. FAIOLI, *Il contratto di espansione nell'ambito del piano Next Generation EU e delle relazioni industriali italiane*, in *Federalismi.it*, n. 13, 2021, p. 140.

[33] L'art. 41, c. 1, d.lgs. 148/2015.

[34] Tali obiettivi vengono perseguiti, innanzitutto, rendendo possibile ai lavoratori, identificati all'interno del contratto di espansione e che si trovino a non più di 60 mesi dal conseguimento del diritto alla pensione di vecchiaia o anticipata, di accedere ad una indennità mensile erogata dal datore di lavoro, commisurata al trattamento pensionistico maturato dal lavoratore al momento della cessazione del rapporto. In aggiunta a tale previsione, per i lavoratori che non posseggano i requisiti per accedere al trattamento appena ricordato, è data possibilità di prevedere una riduzione oraria, con accesso all'ammortizzatore sociale e alla contribuzione figurativa per le ore non lavorate come previsto dagli artt. 3 e 6 d.lgs. 148/2015. Complementari a tali interventi sono poi, per un verso, l'assunzione da parte dell'impresa dell'obbligo di assumere lavoratori in possesso di profili professionali compatibili con il piano di reindustrializzazione o riorganizzazione, e, per l'altro verso, l'obbligo di definire un progetto di formazione e di riqualificazione professionale volto a permettere l'aggiornamento delle competenze tecnico-professionali del personale in organico.

delle realtà produttive di dimensioni più ridotte, purché legate da un rapporto di collaborazione stabile sulla base del quale operano in modalità aggregata.

La disposizione non chiarisce esplicitamente se la possibilità di accedere ai benefici del contratto di espansione per le imprese di dimensioni ridotte possa avvenire, ad esempio, anche avvalendosi dello strumento specificamente introdotto dal legislatore allo scopo di incentivare e supportare i processi aggregativi: il contratto di rete[35].

A tale quesito sembra comunque potersi dare risposta affermativa per almeno due ragioni.

La prima è da individuare nel fatto che la disposizione in esame contiene un riferimento ampio a tutti i possibili strumenti tramite i quali può essere realizzata un'aggregazione stabile di imprese, anche oltre i confini dei rapporti di collegamento e controllo societario (art. 2359 c.c.)[36].

La seconda ragione va identificata nel fatto che le aggregazioni consentite sono quelle *"stabili con un'unica finalità produttiva o di servizi"*. La formulazione appena richiamata appare, invero, pienamente conciliabile con la natura del contratto di rete come accordo di collaborazione tra le imprese volto alla realizzazione di uno specifico programma (art. 3, c. 4 ter, d.l. 5/2009), la cui stabilità è collegata all'orizzonte temporale previsto per la realizzazione degli obiettivi condivisi[37].

---

[35] V. nota n. 30.

[36] Tale conclusione trova un'implicita conferma nella disposizione contenuta nel comma 5-bis del medesimo art. 41, che prevede, solo per *"le imprese o gruppi di imprese con organico superiore a 1000 unità lavorative"*, una possibilità di riduzione dei versamenti a carico del datore di lavoro (riferiti all'indennità mensile e ai contributi previdenziali) per ulteriori dodici mesi rispetto al periodo operante per le imprese che possono accedere ai benefici del contratto di espansione. Tale previsione conferma che solo nell'ipotesi appena richiamata il vantaggio è riservato alla aggregazione in forma di gruppo, mentre la disposizione transitoria del comma 1-ter, mira a consentire l'accesso al contratto di espansione alle imprese che abbiano realizzato l'aggregazione con una qualunque delle modalità ammesse dal nostro ordinamento.

[37] Nell'assenza di una esplicita indicazione in tal senso, non è chiaro se la norma transitoria consenta l'accesso al contratto di espansione esclusivamente alle aggregazioni preesistenti all'entrata in vigore della disposizione, ovvero se tale possibilità sia aperta anche alle imprese che stipulino il contratto di rete in data successiva. Al riguardo, l'INPS ha precisato che *"gli accordi contrattuali tra le stesse aziende che costituiscono la stabile organizzazione devono essere stati sottoscritti in data antecedente alla stipula del contratto di espansione e mantenere gli effetti per l'intera durata del medesimo contratto di espansione"* (Circolare INPS n. 48 del 24 marzo 2021). La soluzione che esclude l'accesso al contratto di espansione per le aggregazioni costituite dopo l'entrata in vigore della disposizione transitoria non pare però condivisibile, non essendo reperibili preclusioni in tal senso all'interno dell'art. 41, c. 1 bis, d.lgs. 148/2015. Al contrario, la disposizione in parola appare ispirata all'obiettivo di sostenere i processi di reidustralizzazione e di riorganizzazione, nonché l'ammodernamento delle competenze professionali presenti in organico, anche nelle imprese di dimensioni minori, che, com'è noto, costituiscono una parte molto importante del tessuto produttivo italiano. D'altronde l'esclusione di aggregazioni costituite in maniera successiva all'entrata in vigore della norma, in assenza di una esplicita previsione in tal senso nella disposizione, non appare ragionevole se si considera che la prevenzione di condotte abusive nel ricorso allo strumento sarà in ogni caso assicurata dal controllo sulla serietà del programma di rete, per un verso, e dall'analisi del progetto di modifica dei processi aziendali e di ammodernamento delle competenze professionali, per l'altro. Controlli entrambi di competenza del Ministero del lavoro e delle organizzazioni sindacali nella fase delle trattative per la stipulazione del contratto di espansione. Una coerenza che, in uno con la necessità che il contratto di rete abbia una durata almeno corrispondente alla durata del contratto di espansione, appare un requisito idoneo a prevenire condotte abusive e contestualmente ad assicurare l'aggiornamento professionale e il ricambio generazionale in realtà produttive di grande importanza per l'economia del Paese nel suo complesso.

Al di là dei problemi interpretativi posti dalla disposizione appena richiamata, nonché del suo carattere di disposizione sperimentale, essa esprime un approccio importante che andrebbe valorizzato nell'ottica di sostenere i processi di transizione, non solo delle imprese, ma, appunto, delle competenze e della professionalità delle persone, offrendo la possibilità, nei contesti caratterizzati da imprese piccole e piccolissime, di unire le forze per investire nell'aggiornamento delle competenze professionali dei lavoratori.

Sulla linea della valorizzazione della collaborazione inter-imprenditoriale come strumento per supportare i percorsi di aggiornamento delle competenze professionali dei lavoratori è anche un'altra norma di recente introduzione che identifica nelle reti i "luoghi" per l'erogazione della formazione utile a inserire e reinserire i lavoratori disoccupati, inoccupati e inattivi, ovvero a riqualificare e potenziare le conoscenze dei lavoratori già occupati.

La disposizione in questione è contenuta nell'art. 1, commi 249-250, l. 234/2021, a mente della quale *"nell'ambito del programma nazionale denominato «Garanzia di occupabilità dei lavoratori» (GOL), istituito ai sensi dell'art. 1, comma 324, l. 178/2020 possono essere sottoscritti accordi fra autonomie locali, soggetti pubblici e privati, enti del Terzo settore, associazioni sindacali dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale con lo scopo di realizzare progetti formativi e di inserimento lavorativo nei settori della transizione ecologica e digitale, come definiti e individuati con decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, di concerto con il Ministero della transizione ecologica e con il Dipartimento per la trasformazione digitale della Presidenza del Consiglio dei ministri, diretti a: a) inserire e reinserire, con adeguata formazione, i lavoratori disoccupati, inoccupati e inattivi; b) riqualificare i lavoratori già occupati e potenziare le loro conoscenze"*.

Come prescritto dal successivo comma 250, le imprese possono realizzare la formazione dei lavoratori, in base agli accordi siglati ai sensi del comma 249, *"anche in rete […] al fine di: a) fare acquisire ai lavoratori di cui al comma 249, lettera a), previa accurata analisi del fabbisogno di competenze, conoscenze specialistiche tecniche e professionali, anche avvalendosi dei contratti di apprendistato di cui agli artt. 43, 45 e 47, comma 4, d.lgs. 81/2015; b) istituire centri interaziendali per garantire, eventualmente mediante l'istituzione di conti individuali di apprendimento permanente, la formazione continua dei lavoratori di cui al comma 249, lettera b), e agevolarne la mobilità tra imprese"*.

Le recenti innovazioni normative richiamate evidenziano come l'aggregazione imprenditoriale, in particolare se attuata attraverso lo strumento del contratto di rete, può favorire i processi di innovazione organizzativa, tecnica e produttiva, per i quali sia necessario l'impiego di professionalità specifiche di cui le singole imprese partecipanti non siano dotate e di cui eventualmente potrebbero non essere in grado di sostenere i costi singolarmente. Le norme appena ricordate, infatti, conferiscono al contratto di rete una vocazione ad essere impiegato come veicolo per investire nell'aggiornamento professionale dei lavoratori in forza, condividendo i costi che sono ad essi collegati.

Una prospettiva, questa, che il legislatore potrebbe ulteriormente valorizzare prevedendo, per esempio, anche al di fuori dei finanziamenti del programma GOL, la possibilità di stipulare contratti di apprendistato in codatorialità, tramite i quali la formazione possa dunque essere erogata all'interno di imprese diverse. Questo meccanismo consentirebbe di aprire all'utilizzo di questo fondamentale strumento per l'ingresso dei giovani nel mondo del lavoro anche alle realtà imprenditoriali più piccole, che potrebbero non avere, singolarmente considerate, le risorse necessarie a supportare il percorso di formazione dell'apprendista.

5. Conclusioni: alcune proposte per accrescere la regolarità del mercato degli appalti e per favorire le aggregazioni virtuose

La veloce carrellata su alcuni dei principali valori costituzionali toccati dai fenomeni di frammentazione dei processi produttivi e di integrazione produttiva tra imprese ha consentito di porre in evidenza come l'amplificazione di questi fenomeni indotta dalla rivoluzione digitale che stiamo attraversando sia suscettibile di far venire al pettine alcuni nodi tradizionalmente irrisolti del nostro sistema di regolazione delle relazioni sindacali e dei rapporti di lavoro.

In particolare, l'accelerazione dei cambiamenti organizzativi delle imprese mette in evidenza come non sia più possibile fare integrale affidamento sulla capacità delle parti sociali di autoregolare i loro reciproci rapporti e di gestire, dunque, in autonomia i processi di contrattazione collettiva, in un contesto che vede l'assenza di regole che tengano conto delle specificità di questo complesso fenomeno sociale.

Il rischio, sempre più complesso e reale e non meramente ipotetico, è che la contrattazione collettiva da strumento volto a contrastare la concorrenza a ribasso tra i lavoratori divenga strumento di concorrenza tra le imprese basata sulla riduzione dei trattamenti e, quindi, sul livello del costo del lavoro come definita all'interno del contratto di categoria.

Nel quadro richiamato, un intervento legislativo della rappresentatività sindacale e sulla contrattazione collettiva, per quanto complesso a realizzarsi per le ragioni note[38], appare dunque urgente e non più procrastinabile. Almeno nelle attività di più ampie dimensioni, dalla costruzione di un sistema di relazioni sindacali finalmente fondato su regole certe e animato da soggetti di cui sia misurabile (e venga in concreto misurata) la rappresentatività dipende, infatti, come si è visto, la capacità del sindacato di incidere sugli assetti organizzativi dell'impresa.

Rispetto a tale sfida, l'autonomia collettiva, lasciata sola, ha armi spuntate, anche laddove possegga la forza negoziale di imporre clausole volte a limitare i poteri datoriali relativi alla definizione degli assetti

[38] Sul tema v. da ultimo S. CIUCCIOVINO, *Fisiologia e patologia del pluralismo contrattuale tra categoria sindacale e perimetri settoriali*, in *Lav. dir.*, n. 2, 2020, p. 185.

organizzativi. Laddove, al contrario, il contratto collettivo venga stipulato da soggetti di rappresentatività certa e approvato all'esito di una procedura che garantisca l'effettività dei contenuti della contrattazione collettiva, il ruolo per quest'ultima diventerebbe molto più ampio e rilevante.

Una compagine sindacale rafforzata da un sistema di regole che permetta la misurazione della capacità rappresentativa avrebbe peraltro maggior forza per rivendicare un ruolo specifico all'interno dell'*"assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale"* che ora l'imprenditore collettivo è tenuto a realizzare (art. 2086, co. 2, c.c.)[39]. Le riforme recenti del diritto della crisi, valorizzando gli strumenti aventi lo scopo di favorire l'emersione tempestiva della crisi in funzione di una sua più pronta ed efficace risoluzione, hanno infatti messo in rilievo come l'impresa costituisca un valore a cui sono interessati non solo i creditori (la soddisfazione dei cui interessi rimane prevalente nella fase dell'insolvenza). Questa prospettiva è evidente già a partire dalla Direttiva UE *Insolvency* (2019/1023) che indica agli Stati Membri la necessità di procedere nella costruzione di quadri di prevenzione della crisi in quanto funzionali a permettere la salvaguardia delle imprese e dei posti di lavoro, concentrando le risorse in via esclusiva sulle imprese che hanno concrete prospettive di salvezza[40].

A fronte della riconosciuta rilevanza giuridica di tale interesse, la responsabilità della quale il datore di lavoro è investito nella costruzione dell'assetto organizzativo di impresa è dunque tale non solo nei confronti dei soci e dei creditori della società, ma anche nei confronti dei lavoratori, la cui occupazione possa essere lesa dalla definizione di un assetto organizzativo che non sia tale da preservare il valore dell'impresa. Per questa via, un sindacato la cui azione sia supportata da regole certe in materia di contrattazione collettiva sarebbe dotato di una maggiore capacità di incidere sulle scelte delle imprese riguardanti la definizione degli assetti organizzativi.

Nel quadro degli strumenti esistenti per contrastare gli effetti distorsivi che la frammentazione dei processi produttivi può produrre sull'applicazione delle regole di protezione del lavoro subordinato, deve però essere evidenziato come le nuove tecnologie e in particolare i sistemi digitali, se adeguatamente

[39] Sui contenuti innovativi del secondo comma dell'art. 2086 c.c. e sui relativi problemi interpretativi v.: I. ALVINO, *Continuità aziendale, trasferimento d'azienda e tutela dell'occupazione nel nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Riv. it. dir. lav.*, n. 4, 2019, p. 431; P. TULLINI, *Assetti organizzativi dell'impresa e poteri datoriali. La riformadell'art. 2086 c.c.: prima lettura*, in *Riv. it. dir. lav.*, n. 2, 2020, p. 135; M.L. VALLAURI, *Brevi note su poteri imprenditoriali e poteri datoriali alla luce del nuovo art. 2086 c.c.*, in *Lav. dir.*, n. 3-4, 2021, p. 471.

[40] Cfr. in particolare il considerando n. 3 e l'art. 4 della direttiva (UE) 2019/1023. La prospettiva è valorizzata in Italia oltre che dal Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (d.lgs. 14/2019, la cui entrata in vigore è prevista per il prossimo maggio 2022), anche dal nuovo strumento della composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa (d.l. 118/2021, conv. in l. 147/2021) che, oltre ad introdurre una specifica procedura di informazione e consultazione sindacale per l'eventualità in cui siano *"assunte rilevanti determinazioni che incidono sui rapporti di lavoro di una pluralità di lavoratori, anche solo per quanto riguarda l'organizzazione del lavoro o le modalità di svolgimento delle prestazioni"*, prescrive il dovere dell'imprenditore *"di rappresentare la propria situazione all'esperto, ai creditori e agli altri soggetti interessati in modo completo e trasparente e di gestire il patrimonio e l'impresa senza pregiudicare ingiustamente gli interessi dei creditori"*.

implementati, costituiscono strumenti potenzialmente capaci di superare alcuni tradizionali limiti insiti nei meccanismi di tutela varati dall'ordinamento a tutela dei lavoratori subordinati nei contesti di integrazione produttiva.

Le potenzialità più evidenti sono espresse da quegli strumenti che permettono una condivisione dei dati e delle informazioni relative alle condizioni di impiego dei lavoratori lungo la filiera e all'effettivo adempimento degli obblighi retributivi e contributivi a vantaggio dei lavoratori che svolgano la loro prestazione al suo interno.

La condivisione dei dati, consentita con modalità inedite dalle nuove tecnologie, costituisce uno strumento formidabile per assicurare l'effettività dei diritti nella filiera, molto di più di quanto è in grado di fare uno strumento pure di grande importanza come la responsabilità solidale.

Le potenzialità insite nella condivisione dei dati hanno già trovato una prima conferma nelle sperimentazioni avviate dal Ministero del lavoro, dall'INPS e da alcune imprese attraverso l'applicativo "Monitoraggio Congruità Occupazionale Appalti", che opera incrociando i dati, noti al committente, relativi ai lavoratori impiegati nell'appalto e negli eventuali subappalti, con i dati effettivamente denunciati tramite il sistema delle comunicazioni obbligatorie dagli appaltatori e dai subappaltatori. Tramite tale applicativo, le imprese committenti, durante tutto il corso dell'appalto, hanno la possibilità di avere conferma o meno del rispetto degli impegni assunti dagli appaltatori all'atto del conferimento dell'appalto in termini di manodopera regolarmente denunciata[41]. La strada intrapresa conferma come le tecnologie digitali potrebbero ulteriormente contribuire a valorizzare la capacità dei meccanismi di condivisione dei dati di accrescere la regolarità del mercato degli appalti, contrastando tutti quei fenomeni di allungamento delle catene di appalto e subfornitura che siano motivate non da reali esigenze organizzative e produttive, ma dall'unica finalità di sottrarsi all'applicazione delle tutele lavoristiche[42].

[41] Cfr. il Messaggio INPS n. 428 del 27 gennaio 2022. Al fine di spiegare finalità e funzionamento dell'applicativo, l'INPS precisa nel Messaggio che *"i committenti hanno tuttavia bisogno di strumenti che permettano il controllo incrociato sotteso al regime della solidarietà, dovendo avere conferma del rispetto, per tutta la durata del contratto, degli impegni assunti dagli appaltatori/subappaltatori all'atto del conferimento dell'appalto in termini di manodopera regolarmente denunciata […] Attraverso la ricostruzione della catena dei soggetti coinvolti nelle fasi di esecuzione di un contratto di appalto di opere o di servizi, l'applicativo ha la finalità di potenziare i processi di verifica della congruità degli adempimenti contributivi delle imprese affidatarie e di eventuali imprese subappaltatrici in termini di manodopera regolarmente denunciata, con l'effetto di realizzare una maggiore tutela dei lavoratori impiegati nell'appalto. Un ruolo attivo, quindi, viene assegnato al committente, al fine di identificare in modo puntuale, una volta sottoscritto il contratto di appalto, tutti i soggetti che sono parti del contratto stesso e che operano in qualità di appaltatori e subappaltatori".*

[42] Il riferimento è, ad esempio, alle possibilità di impiego di tecnologie come la blockchain, le quali, se applicate a istituti come la responsabilità solidale, potrebbero permettere di accertare in tempo reale l'adempimento degli obblighi retributivi e contributivi connessi all'esecuzione della prestazione lavorativa da parte del dipendente dell'appaltatore, contribuendo in maniera efficace alla tutela effettiva dei diritti dei lavoratori interessati e al miglioramento della trasparenza nel mercato degli appalti grazie all'incentivo che ne deriverebbe al coinvolgimento di operatori seri e affidabili. Per approfondimenti circa questa prospettiva sia consentito rinviare a: I. ALVINO, *Blockchain, appalti e tutela dei crediti di lavoro: quali potenzialità?*, in *Federalismi.it*, n. 2, 2021.

In aggiunta al rafforzamento dell'efficacia della responsabilità solidale, nel settore degli appalti pubblici il contrasto alle dinamiche di concorrenza al ribasso tra le imprese potrebbe essere realizzato attraverso l'introduzione dell'obbligo legale di erogare un salario minimo circoscritto ai lavoratori impiegati nel mercato degli appalti pubblici[43]. Senza alterare la scelta delle imprese di applicare il contratto collettivo del settore merceologico di riferimento che le stesse ritengano di preferire, la fissazione di un salario minimo legale fornirebbe la garanzia che tale scelta non sarebbe finalizzata al risparmio sul costo del lavoro come definito nel suo valore minimo, ma esclusivamente dalle esigenze connesse alla natura e all'organizzazione delle attività per realizzare l'oggetto del contratto pubblico[44].

Infine, come si è dimostrato, la frammentazione dei processi produttivi costituisce un dato fisiologico e strutturale in molti contesti della nostra economia nazionale, nei quali l'intervento normativo deve essere volto a sostenere i processi di aggregazione.

Di fronte alla constatazione che il tessuto produttivo italiano è caratterizzato in larga parte da imprese piccole e piccolissime, si deve prendere atto che l'attuazione dell'impegno della Repubblica a creare le condizioni per la tutela del diritto al lavoro richiede che siano varati strumenti che tengano conto della specificità di questi contesti. Il mercato del lavoro interno alla rete di imprese, come si è visto, merita di essere valorizzato e rafforzato non solo per le opportunità occupazionali generate dalla collaborazione inter-imprenditoriale (sia creando nuova occupazione sia permettendo al lavoratore di essere reimpiegato altrove all'interno della rete). L'aggregazione è ciò che può permettere alle imprese piccole e piccolissime di unire le forze per investire nel rinnovamento delle professionalità presenti in azienda e nel ricambio generazionale, anche allo scopo di rafforzare e sostenere i percorsi di uscita da periodi di crisi.

Per valorizzare queste potenzialità dell'aggregazione, e permettere di sfruttare le aperture presenti nelle disposizioni recenti sopra ricordate, è però necessario agevolare la mobilità dei lavoratori all'interno della rete, sia allo scopo di rendere possibile l'assunzione di professionalità adeguate alle esigenze dello sviluppo

[43] Il tema della garanzia dell'accesso al salario minimo per i lavoratori impiegati negli appalti pubblici è preso in considerazione anche dalla proposta di direttiva relativa a salari minimi adeguati nell'Unione europea [COM(2020) 682 final], che all'art. 9 prevede che *"conformemente alle direttive 2014/24/UE, 2014/25/UE e 2014/23/UE, gli Stati membri adottano misure adeguate a garantire che gli operatori economici, nell'esecuzione di appalti pubblici o contratti di concessione, si conformino ai salari stabiliti dai contratti collettivi per il settore e l'area geografica pertinenti e ai salari minimi legali, laddove esistenti"*. Come dimostrato, però, la previsione dell'obbligo di applicare il trattamento previsto dai contratti collettivi di categoria pertinenti non appare dotata, in Italia, della capacità di conciliare adeguatamente l'esigenza di assicurare la percezione di una retribuzione giusta con il normale sviluppo della concorrenza tra le imprese nel mercato degli appalti pubblici. Sicché, pur in un sistema in cui i trattamenti retributivi sono governati dalla contrattazione collettiva, l'introduzione di un salario minimo legale con ambito di applicazione circoscritto agli appalti pubblici potrebbe costituire uno strumento idoneo a realizzare in concreto il difficile bilanciamento sopra ricordato.

[44] A sostegno di tale prospettiva può essere utile ricordare come l'introduzione del salario minimo legale sia stata la risposta dell'ordinamento tedesco alle conclusioni formulate dalla CGUE nella sentenza *Rüffert* (CGUE 3 aprile 2008 C-346/06). Sul punto cfr. D. IZZI, *Lavoro negli appalti*, op. cit., p. 114.

imprenditoriale della collaborazione, sia allo scopo di utilizzare la rete come laboratorio per la crescita delle competenze dei lavoratori.

Lo strumento per realizzare questi obiettivi è previsto dal nostro ordinamento. Si tratta della codatorialità[45] che è però sino ad oggi rimasta sostanzialmente inutilizzata, principalmente a causa della mancanza di alcune regole minime che consentano agli operatori di impiegare uno strumento contrattuale che non ha precedenti nella regolazione normativa e nell'esperienza applicativa del diritto del lavoro italiano.

Qualche spiraglio sembra da ultimo essere stato aperto dal Ministero del lavoro che, sia pure con significativo ritardo, ha finalmente fornito alcune fondamentali indicazioni per consentire all'imprese di avvalersi della codatorialità[46].

[45] Cfr. sul tema: M.G. GRECO, *Il rapporto di lavoro*, op. cit., p. 219; I. ALVINO, *La condivisione delle prestazioni di lavoro tra imprese stipulanti il contratto di rete*, in *Labor*, n. 5, 2018, p. 517.

[46] Il riferimento è al Decreto del Ministro del lavoro del 29 ottobre 2021 (a cui ha fatto seguito la nota dell'Ispettorato Nazionale del Lavoro del 22 febbraio 2022) che ha fornito importanti chiarimenti sull'adempimento delle comunicazioni obbligatorie e sull'inquadramento previdenziale e assicurativo dei lavoratori impiegati in regime di codatorialità, pur senza risolvere tutti i dubbi che maggiormente hanno ostacolato l'effettivo ricorso a tale strumento da parte delle imprese.

Lavoro subordinato, tempi e luoghi digitali*

di Paola Bozzao
Professore associato di Diritto del lavoro
Sapienza - Università di Roma

Abstract [It]: Il contributo analizza l'impatto delle trasformazioni tecnologiche sulle nozioni di "luogo" e "tempi" del lavoro subordinato prestato con strumenti digitali, con l'obiettivo di verificare l'idoneità delle classiche categorie giuridiche del diritto del lavoro a realizzare una efficace protezione di queste nuove forme di lavoro, e di analizzare i possibili spazi di negoziazione collettiva nell'assetto post-pandemico.

Title: Employment, digital times and places
Abstract [En]: The paper analyses the impact of technological changes on the notions of "place" and "time" of digital work, with the aim of verifying the suitability of the classic legal categories of labour law to achieve effective protection of these new forms of work, and of analysing the possible spaces of collective bargaining in the context of post-pandemic order.

Parole chiave: Lavoro digitale; subordinazione; tempo e luogo di lavoro; lavoro agile; contrattazione collettiva
Keywords: Digital work; employment; place and time of work; **s**mart working; collective bargaining

Sommario: 1. Premessa. **2.** Delimitazione del campo di indagine: il lavoro digitale subordinato. **3.** La dimensione temporale del lavoro digitale. **3.1.** Lavoro e non lavoro, nella giurisprudenza europea. **3.2.** Lavoro e non lavoro, nell'era digitale. **3.3.** Lavoro, non lavoro, disconnessione. **4.** I luoghi del lavoro subordinato digitale. **5.** Dall'emergenza alla normalità. Linee di sviluppo del lavoro agile. **6.** Conclusioni.

1. Premessa

Il presente saggio analizza l'impatto delle trasformazioni tecnologiche sulle nozioni di "luogo" e "tempi" del lavoro subordinato prestato con strumenti digitali, al fine di verificare la tenuta delle classiche categorie giuridiche del diritto del lavoro e la loro idoneità a realizzare una efficace protezione di queste nuove forme di lavoro, alimentate da processi tecnologici innovativi in continua evoluzione. I cambiamenti profondi generati dalla digitalizzazione e dalla globalizzazione telematica nella quarta rivoluzione industriale non coinvolgono solo l'organizzazione dell'azienda, trasformandola, ma coinvolgono tutto: la prestazione lavorativa, le caratteristiche stesse dell'attività del lavoratore, la stessa idea del lavoro. Questa evoluzione segue un percorso che, proprio per il suo carattere estremamente dinamico e mutevole, per essere la tecnologia in continuo divenire, è del tutto imprevedibile; e, per certo, è irreversibile. È un nuovo che richiede grande attenzione al giurista, in particolare al giuslavorista, per le tante implicazioni che impattano sulle tutele tradizionalmente riconosciute ai lavoratori.

In questo processo di metamorfosi digitale, cambiano gli assetti organizzativi delle imprese, sempre più coinvolte in processi di smaterializzazione del lavoro e dispersione dei luoghi della produzione; mutano

* Articolo sottoposto a referaggio.

le modalità e le condizioni di svolgimento della prestazione lavorativa, così come i suoi contenuti; cambiano le modalità di espressione dell'esercizio dei poteri datoriali, con intensificazione dei poteri di controllo e misurazione delle performance e dei livelli di produttività dei lavoratori; cambiano i luoghi di lavoro e i tempi di lavoro e non lavoro, che diventano fluidi, e i loro tratti tipici sempre più sfumati, producendo ripercussioni sulle modalità spazio-temporali di svolgimento della prestazione lavorativa.

Scopo di questo contributo – che raccoglie molte delle sollecitazioni emerse nel corso del seminario *Labchain* dedicato a *"Lavoro, tempi e luoghi digitali",* tenutosi presso il CNEL il 26 novembre 2021[1] – è quello di fare il punto delle principali peculiarità e criticità che, sotto il profilo spazio-temporale, caratterizzano il lavoro digitale all'interno del nostro ordinamento giuridico. Ciò nella consapevolezza che, in assenza di una disciplina organica e unitaria ad esso applicabile, emergono distonie e asimmetrie regolative, che pongono problemi di adattamento dei principi generali, per inquadrare comunque queste nuove forme all'interno di quello che è l'assetto generale della nostra disciplina, così come di interpretazione delle discipline speciali. Il tema, ampiamente indagato dalla dottrina giuslavoristica[2], negli ultimi anni è al centro anche dell'Agenda sociale europea[3], impegnata nel tentativo di fornire risposte regolative ai principali problemi posti dal lavoro digitale. E indicazioni preziose provengono dalla Corte di Lussemburgo che, nella delimitazione dei confini spazio-temporali della prestazione lavorativa, sta fornendo soluzioni interpretative suscettibili di applicazione anche a forme (vecchie e nuove) di lavoro digitale. Ripercorse dunque le principali questioni che investono il tema trattato, l'analisi si concentrerà sul rinnovato interesse manifestato delle parti sociali nella disciplina delle nuove forme di lavoro digitale, in specie del lavoro agile, per il quale si aprono consistenti spazi regolativi. Spazi che, se adeguatamente colmati, potranno fornire un solido contributo alla costruzione di un adeguato assetto di tutele per i lavoratori digitali, consentendo di adattarne i contenuti alle specifiche esigenze e bisogni propri delle diverse realtà aziendali/settoriali.

---

[1] Al seminario LabChain del 26 novembre 2021, coordinato da Paola Bozzao e presieduto da Tiziano Treu, hanno partecipato Pasqualino Albi, Stefano Bellomo, Andrea Bollani, Laura Calafà, Maurizio Del Conte, Antonella Occhino, Adriana Topo, Luca Ratti, Massimo Chiriatti, Vittorio Calaprice, Edoardo Ales.

[2] Limitandoci ai lavori monografici più recenti, v. M. TUFO, *Il lavoro digitale a distanza*, Editoriale scientifica, Napoli, 2021; S. CAIROLI, *Tempi e luoghi di lavoro nell'era del capitalismo cognitivo e dell'impresa digitale*, Jovene, Napoli, 2020; G. CALVELLINI, *La funzione del part-time: tempi della persona e vincoli di sistema*, ESI, Napoli, 2020 (spec. cap. I e II); E. DAGNINO, *Dalla fisica all'algoritmo: una prospettiva di analisi giuslavoristica*, Adapt, University Press, Bergamo, 2019; C. SPINELLI, *Tecnologie digitali e lavoro agile*, Cacucci, Bari, 2018; v. anche A. OCCHINO (a cura di), *Il lavoro e i suoi luoghi*, Vita e Pensiero, Milano, 2018.

[3] Basta qui appena richiamare le iniziative della Commissione riguardo all'intelligenza artificiale e alle competenze digitali; la proposta di Direttiva sul lavoro mediante piattaforme digitali; la Risoluzione del Parlamento europeo, del 21 gennaio 2021, recante raccomandazioni alla Commissione sul diritto alla disconnessione. V., da ultimo, anche la Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni su *Migliori condizioni di lavoro per un'Europa sociale più forte: sfruttare appieno i vantaggi della digitalizzazione per il futuro del lavoro*, Bruxelles, 9 dicembre 2021. Per una aggiornata ricognizione delle politiche europee in materia di lavoro digitale, v. M. DEL FRATE, *Lavoro digitale e certificazione dei contratti; L'iniziativa regolativa della Commissione europea*, in *Diritto delle Relazioni Industriali,* 2021, p. 1217 ss.

2. Delimitazione del campo di indagine: il lavoro digitale subordinato

Punto di partenza della presente indagine è la consapevolezza del carattere estremamente multiforme e composito del lavoro prestato attraverso la tecnologia digitale; si tratta di una realtà di non facile identificazione, in continuo divenire, e in costante crescita[4].

Ad esso è riconducibile innanzitutto il lavoro prestato mediante piattaforma digitale, i cui processi decisionali – e, conseguentemente, la determinazione dei tempi e ritmi di lavoro – sono interamente demandati ad algoritmi; ma anche il lavoro a distanza, svolto all'esterno dei locali aziendali, fra cui viene annoverato il lavoro agile, i cui effetti peculiari, come vedremo, attengono proprio alla flessibilizzazione del luogo e dei tempi di esecuzione della prestazione lavorativa. L'utilizzo degli strumenti digitali non è poi caratteristica esclusiva del lavoro da remoto, ma coinvolge anche i modelli di lavoro "ordinari", in cui il lavoratore svolge la propria prestazione secondo modalità spazio-temporali tradizionali (nei locali aziendali, in orari prestabiliti) ma che, grazie all'utilizzo di strumentazioni informatiche (mail, telefono, *whatsapp*), può proseguire il suo lavoro anche al di fuori del contesto lavorativo. La rapida diffusione degli strumenti digitali, in specie l'intelligenza artificiale, anche all'interno dei luoghi di lavoro "tradizionali"[5], fa poi sì che il lavoro sia sovente reso attraverso applicazioni robotiche, che creano forme di ibridismo con l'umano (lavoratori cd. cyborg)[6]. In tutto il mercato del lavoro cresce la diffusione di sistemi automatizzati, in cui la gestione algoritmica dei processi decisionali, automatizzati o semi-automatizzati, si affianca o addirittura sostituisce le classiche funzioni manageriali[7]; funzioni che spaziano – per quanto rileva in questa sede – dal semplice monitoraggio degli orari, dei turni e delle ore di lavoro, ad applicazioni più complesse, che riguardano l'assegnazione degli incarichi e il calcolo delle retribuzioni.

La digitalizzazione rende allora possibile variegate forme di organizzazione e gestione del lavoro, connotate da nuove e articolate modulazioni dei tempi e luoghi del lavoro, che mettono in crisi il tradizionale potere datoriale unilaterale di variazione spazio-temporale della prestazione, riflesso del suo potere organizzativo, in attuazione del principio di libertà di iniziativa economica privata di cui all' art. 41 Cost. E aprono a nuove sfide, specie in confronto a paradigmi fondati su modelli e categorie (subordinazione, orario di lavoro, riposi, potere direttivo e di controllo del datore di lavoro) ormai bisognose di un ripensamento. Le implicazioni di questo impatto sulle condizioni dei lavoratori sono, del resto, ancora tutte da verificare; e questa verifica richiede "un approccio analitico nuovo, molto diverso

[4] Per una classificazione del lavoro nell'economia delle piattaforme, attraverso cinque tipi sociali (dentro e fuori la mediazione delle piattaforme digitali), v. B. CARUSO, *I lavoratori digitali nella prospettiva del Pilastro sociale europeo: tutele rimediali legali, giurisprudenziali e contrattuali*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2019, spec. p. 1016 ss.

[5] EUROPEAN COMMISSION, *Commission staff working document*, C (2021), 4230 final, pp. 30 ss., su cui vedi le riflessioni di T. TREU, in questo fascicolo.

[6] Su cui v. *supra*, il contributo di M. FAIOLI.

[7] L. ZAPPALÀ, *Informatizzazione dei processi decisionali e diritto del lavoro*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT* – 446/*2021,* 3-4.

da quello usato per analizzare i rischi tradizionali, perché i vari sistemi algoritmici cambiano non solo le modalità ma la logica stessa della gestione dei rapporti di lavoro"[8]. Cambiano, in ultima istanza, la stessa idea di lavoro, e di subordinazione. Quest'ultima, per effetto delle nuove tecnologie, si manifesta in modi diversi dal passato, con un accrescimento degli spazi di libertà e autonomia operativa e decisionale del lavoratore, che incide inevitabilmente sulla dimensione globale del lavoro svolto[9]; fino a mettere a dura prova la perdurante tenuta di quella nozione a costituire la fattispecie contrattuale di inquadramento dei rapporti di lavoro digitale (la questione, come è noto, si pone soprattutto – ma non solo[10] – in presenza di management algoritmici che gestiscono lo svolgimento della prestazione lavorativa, come avviene nelle piattaforme digitali)[11].

Il presente studio si muove all'interno delle coordinate tipiche del lavoro subordinato, il cui allentamento ha interessato soprattutto i vincoli temporali, rendendo sempre più sfumato il confine tra tempo personale e tempo di lavoro. La tecnologia digitale consente ormai una connettività totale e permanente del lavoratore; con il rischio che tutti gli spazi temporali della persona siano occupatati dalla dimensione produttiva, portando ai massimi livelli la subordinazione esistenziale del lavoratore[12]. Il superamento della fissità del luogo di svolgimento della prestazione, tradizionalmente circoscritto in uno spazio estraneo alla sfera di vita del lavoratore, pur essendo fenomeno certamente risalente (basti richiamare le già esistenti – e poco utilizzate – tipologie di lavoro a distanza, rinvenibili nel lavoro a domicilio[13] e nel telelavoro[14]), ha acquisito risalto in epoca più recente, soprattutto a seguito della regolamentazione del lavoro agile. Modalità lavorativa quest'ultima che, pur restano inserita nel ciclo produttivo aziendale, resta

[8] T. TREU, in questo fascicolo.

[9] Come è stato efficacemente osservato, "Abbiamo lavoratori subordinati che diventano progressivamente sempre più autonomi … e lavoratori autonomi che diventano progressivamente più subordinati": S. CIUCCIOVINO, *Le nuove questioni di regolazione del lavoro nell'industria 4.0 e nella* gig economy*: un* problem framework *per la riflessione*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2018, p. 1049.

[10] Si pensi, in particolare, ai lavori nel mondo dei *social network*: P. IERVOLINO, *Sulla qualificazione del rapporto di lavoro degli influencers*, in *Labour & Law Issues*, 2021, *7* (2), I.26-I.51; L. TORSELLO, *Il lavoro degli* influencers: *percorsi di tutela*, ivi, I.54; A. ROTA*, I creatori di contenuti digitali sono lavoratori?*, ivi, I.3; S. CORTESI, F. GENZANO, *Le nuove categorie professionali: il discrimine tra* influencer e brand ambassador, in *ilGiuslavorista*, 15 agosto 2021.

[11] Il tema è ampiamente indagato dalla dottrina. Tra i molti, v., più di recente, M. MAGNANI, *I tempi e i luoghi del lavoro. L'uniformità non si addice al post-fordismo*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT* – 404/2019.; V. BAVARO, *Questioni in diritto su lavoro digitale, tempo e libertà*, in C. ALESSI, M. BARBERA, L. GUAGLIANONE (a cura di), *Impresa, lavoro e non lavoro*, Cacucci, Bari, 2019, spec. pp. 42 ss.; e L. NOGLER, *Gli spazi di lavoro nelle città tra innovazioni tecnologiche e "regressioni" interpretative*, in A. OCCHINO (a cura id), *Il lavoro e i suoi luoghi*, *cit*., 2018, 27 ss.

[12] Lo aveva colto bene, in un lungimirante scritto del 1986, G. VARDARO, *Tecnica, tecnologia e ideologia della tecnica nel diritto del lavoro*, *Politica del Diritto*,1986, spec. p. 115 ss. L'attualità del pensiero è sottolineata da L. NOGLER, *Tecnica e subordinazione nel tempo della vita*, in *Giornale di Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali*, 2015, p. 352.

[13] Figura per la quale – in ragione delle sue caratteristiche – resta ancora aperto il problema della qualificazione come lavoro autonomo o subordinato: v. L. NOGLER, *Lavoro a domicilio*, voce Treccani on line.

[14] Il telelavoro rinviene una specifica normativa di riferimento sia nel settore pubblico – a partire dalla legge 16 giugno 1998, n. 191, e poi con d.P.R. 8 marzo 1999, n. 70 – sia nel settore privato, grazie all'accordo interconfederale del 9 giugno 2004, di recepimento dell'accordo quadro europeo del 16 luglio 2002.

sospesa tra il formale inquadramento nell'area del lavoro subordinato e la sostanziale autodeterminazione del lavoratore nella gestione e nell'organizzazione del lavoro, nell'ambito degli obiettivi prefissati[15].

3. La dimensione temporale del lavoro digitale

Come si è detto, l'innovazione tecnologica influisce sulla regolazione giuridica del lavoro subordinato, incidendo prioritariamente su uno dei più importanti indici della subordinazione: la dimensione temporale della prestazione. La strumentazione tecnologica consente, infatti, la costante raggiungibilità del lavoratore, che può beneficare di una maggiore autonomia organizzativa, essendo soprattutto vincolato al raggiungimento di determinati risultati produttivi, con ampia libertà nello stabilire il quando della prestazione. E tuttavia questa ampia libertà rischia di essere più apparente, che sostanziale. Perché soprattutto nel lavoro digitale il tempo di lavoro, oggetto dello scambio contrattuale, è anche tempo della persona che lavora; è tempo "scelto", all'interno di un processo produttivo che resta, però, etero-organizzato. E come tale, se non correttamente programmato nella dislocazione e distribuzione temporale della prestazione lavorativa, rischia di pervadere l'intera sfera della vita personale. E', in sintesi, il problema di identificazione di confine, tra quello che è – e deve essere – il tempo di lavoro, riconducibile all'interno della nozione giuridica di "orario di lavoro", e il tempo libero del lavoratore, inteso nella sua forma più piena: sia come recupero delle energie lavorative sia come sfruttamento del tempo a disposizione in occupazioni di suo gradimento.

È stato bene osservato come il costante utilizzo delle tecnologie genera nuove modalità di lavoro che rendono porosa[16] la giornata lavorativa, sempre più caratterizzata dalla continua osmosi tra tempi di vita e di lavoro. In una recente Risoluzione, il Parlamento europeo[17] ha sottolineato come l'impiego massivo di strumenti digitali a scopi lavorativi abbia dato vita alla cultura del «"sempre connesso", "sempre *online*" o "costantemente di guardia"» che ha, nella sostanza, vanificato i vantaggi correlati all'impiego delle nuove tecnologie, inducendo le persone a rimanere costantemente e ininterrottamente lavoratori[18]. Tra i «considerando», il Parlamento Ue evidenzia anche i rischi per la salute – fisica e mentale – che l'utilizzo continuativo delle tecnologie digitali può alimentare (per esempio, riduzione della concentrazione, sovraccarico cognitivo ed emotivo, tensioni muscolari, effetti cancerogeni, esaurimento nervoso, ansia,

[15] La molteplicità dei contributi dedicati all'analisi del lavoro agile ne impedisce il puntuale richiamo. Per una accurata e recente ricognizione dell'istituto, v. M. TUFO, *Il lavoro digitale a distanza*, *cit.*, spec. p. 179 ss.

[16] E. GENIN, *Proposal for a theoretical framework for the analysis of time porosity*, in *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 2016, Vol. 32, No. 3, pp. 280–300. Il punto è sottolineato da F. MALZANI, *Il lavoro agile tra opportunità e nuovi rischi per il lavoratore*, in *Diritti Lavori Mercati*, 2018, spec. p. 21.

[17] Risoluzione del 21 gennaio 2021, recante «Raccomandazioni alla Commissione sul diritto alla disconnessione (2019/2181(INL))».

[18] Il 27% degli intervistati da Eurofound, a titolo esemplificativo, ha infatti dichiarato di aver lavorato nel proprio tempo libero per soddisfare le esigenze lavorative a fronte del 5 % di coloro che lavorano in ufficio: COVID-19 unleashed the potential for telework – How are workers coping?

depressione…). A fronte di una maggiore flessibilità e autonomia, della possibilità di migliorare l'equilibrio tra vita professionale e vita privata e di riduzione dei tempi di spostamento, essere costantemente connessi, insieme alle forti sollecitazioni sul lavoro e alla crescente aspettativa che i lavoratori siano raggiungibili in qualsiasi momento, può influire negativamente sui diritti fondamentali dei lavoratori, sull'equilibrio tra la loro vita professionale e la loro vita privata, nonché sulla loro salute fisica e mentale e sul loro benessere»[19].

La non virtuosa gestione dei tempi espone, così, al rischio della iper-connettività, del lavoratore *always-on*, sempre contattabile, il cui riposo e vita privata sono completamente sacrificati al lavoro[20]. Da qui l'esigenza di delimitare con precisione i tempi di non lavoro, non impegnati dalla prestazione lavorativa, che devono essere dedicati al recupero delle energie psicofisiche e al riequilibrio delle condizioni di benessere del lavoratore[21], affinché nei "tempi liberati dal lavoro…si possa ritrovare se stessi e le ragioni della propria vita"[22] . Nel lavoro digitale, la questione investe in particolare l'inquadramento giuridico del tempo di disponibilità alla connessione (connettibilità) del lavoratore all'interno dei confini, sempre più sfumati, dei tempi di obbligo e non obbligo lavorativo: e, dunque, di orario di lavoro e periodi di riposo. Nozioni, queste, che continuano ad essere centrali per la esatta individuazione della dimensione temporale delle varie tipologie che compongono la galassia del lavoro subordinato digitale[23].

3.1. Lavoro e non lavoro, nella giurisprudenza europea

Il contesto giuridico è quello, molto indagato[24], dei principi generali forniti dalla Direttiva n. 2003/88/Ce che riconduce al concetto di "orario di lavoro" «*qualsiasi periodo in cui il lavoratore sia al lavoro, a disposizione del datore di lavoro e nell'esercizio della sua attività o delle sue funzioni, conformemente alle legislazioni e/o prassi nazionali*»; mentre il "periodo di riposo" è definito per differenza come «*qualsiasi periodo che non rientra nell'orario di lavoro*»[25]. La definizione di orario di lavoro dettata dal d.lgs. n. 66/2003 (art. 1, co. 2, lett. a e b) è, come noto, ricalcata dalla Direttiva; la sua identificazione deve pertanto essere operata all'interno

[19] Si v. anche l'intervento di A. Topo, 26 novembre 2021, seminario LabChain.
[20] G. CALVELLINI, *La funzione del part-time, cit.,* p. 71. V. EUROFOUND, ILO, *Working anytime, anywhere: The effects on the world of work*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, and the International Labour Office, Geneva, 2017, spec. 21 ss., testo consultabile sul sito Eurofound
[21] Per l'ampia analisi della categoria giuridica del "tempo libero" v. A. OCCHINO, *Il tempo libero nel diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2010.
[22] M. D'ONGHIA, *Ritmi di lavoro e sfida familiare*, in A. OCCHINO (cura di), *Il lavoro e i suoi luoghi*, *cit*., p. 65.
[23] Ferme restando le deroghe di cui all'art. 17 co. 5, d.lgs. n. 66/2003, in presenza di prestazioni di durata non misurata, non misurabile o predeterminabile dal lavoratore, in particolare neri casi del lavoro a domicilio e del telelavoro.
[24] Per approfondimenti v. da ultimo, per tutti, S. BELLOMO, *Orario di lavoro, ferie: i principi costituzionali, la normativa europea ed il quadro regolativo definito dal d.lgs. 8.4.2003, n. 66*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale – privato e pubblico*, Utet, Milano, IV ed., 2020, p. 1203 ss.
[25] Art. 2 par. 1 nn. 1 e 2; la Direttiva ha sostituito, senza modifiche sul punto, la Dir. n. 93/104/Ce.

delle coordinate interpretative che di quella fonte ha nel tempo fornito la Corte di Giustizia[26]. Avendo bene a mente che si tratta di indicazioni che vincolano gli ordinamenti nazionali solo nell'area della tutela della salute e della sicurezza del lavoratore[27], non potendosene invece ricavare prescrizioni di carattere generale, riferibili all'intera disciplina che regola il tempo della persona che lavora.

Ciò precisato, i giudici di Lussemburgo muovono, *ab origine*, da due punti fermi: da una parte, la necessità di criteri oggettivi per la definizione delle nozioni di orario di lavoro e periodi di riposo, che restano nettamente separate e, anzi, "si escludono a vicenda"[28], non prevedendo la Direttiva categorie intermedie tra i periodi di lavoro e quelli di riposo. Dall'altra, il perseguimento della precipua finalità della stessa Direttiva europea che, come si diceva, è quella di garantire la salute e la sicurezza del lavoratore in materia di organizzazione dell'orario di lavoro, facendo in modo che essi possano beneficiare di periodi minimi di riposo e di adeguati periodi di pausa [29].

La questione, ormai risalente, ha investito la riconducibilità o meno dei periodi di attesa funzionali al lavoro (servizio di guardia, disponibilità, reperibilità) all'interno dell'orario di lavoro. Chiamata inizialmente a pronunciarsi sui servizi di guardia svolti dal personale sanitario, la Corte ha per lungo tempo ricondotto tali segmenti temporali di attesa lavorativa all'interno dei periodi di riposo. Ciò sul presupposto che il fattore determinante per la qualificazione come «orario di lavoro» fosse costituito dal fatto che il lavoratore è costretto a essere fisicamente presente nel luogo stabilito dal datore di lavoro e a tenersi a disposizione del medesimo per poter immediatamente fornire le opportune prestazioni in caso di bisogno[30]. Nel 2018 la Corte, intervenendo su uno scenario esterno all'ordinario luogo di lavoro, ha mutato prospettiva[31], ritenendo che – ai fini del corretto inquadramento della reperibilità[32] – non rileva la sussistenza dell'obbligo di essere fisicamente presente nel luogo in cui il lavoratore deve svolgere la prestazione, ma piuttosto il vincolo derivante, da un punto di vista spaziale e temporale, dalla necessità di raggiungere tale luogo entro un breve arco temporale (nel caso di specie, 8 minuti). È tale vincolo che

[26] Si v. anche l'intervento di S. Bellomo, 26 novembre 2021, seminario LabChain.

[27] In piena sintonia con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, ove si riconosce a ogni lavoratore il "diritto a condizioni di lavoro sane, sicure e dignitose», e «a una limitazione della durata massima del lavoro, a periodi di riposo giornalieri e settimanali e a ferie retribuite» (art. 31).

[28] Principio ribadito, da ultimo, da CGUE 9 settembre 2021, *Dopravní podnik hl. m. Prahy*, C-107/19, punto 28; siamo in presenza, dunque, di una "visione duale e reciprocamente esclusiva delle nozioni di orario e riposo»: V. LECCESE, *La disciplina dell'orario di lavoro nel d.lgs. n. 66/2003, come modificato dal d.lgs. n. 213/2004*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT – 40/2006*, p. 33.

[29] Per la individuazione di ulteriori finalità, v. G. CALVELLINI, *La funzione del part-time, cit.*, pp. 78-79.

[30] Occorre considerare infatti, che tali obblighi, i quali rendono impossibile ai lavoratori interessati di scegliere il luogo in cui stare durante le ore di guardia, rientrano nell'esercizio delle loro funzioni (v., in tal senso, CGUE 9 settembre 2003, *Jaeger*, C-151/02, punto 63, nonché ord. 4 marzo 2011, *Grigore*, C-258/10, punto 53 e giurisprudenza citata, consultabile sul sito EUR-lex)

[31] CGUE 21 febbraio 2018, *Ville de Nivelles/Rudy Matzak*, C-518/15 testo consultabile sul sito EUR-lex.

[32] In cui il lavoratore non è tenuto a rimanere sul luogo di lavoro stabilito dal datore di lavoro; a differenza della disponibilità, che fa riferimento all'attività di chi permane a disposizione del datore di lavoro in un luogo stabilito da quest'ultimo, senza svolgere un'attività lavorativa effettiva, ma pronto a dar seguito a eventuali richieste d'intervento.

può limitare, in modo oggettivo, le possibilità per il lavoratore di svolgere altre attività, e dedicarsi ai propri interessi personali e sociali[33]. Detto in altre parole, l'imposizione di tempi molto ristretti tra la chiamata e l'intervento vale a compensare l'assenza della diretta imposizione del luogo in cui attendere la chiamata. Il tempo di attesa – in sé caratterizzato da momenti di inattività – è in tal caso intensamente condizionato dall'obbligo di fornire tempestivo riscontro alla richiesta datoriale e deve, pertanto, essere calcolato come orario di lavoro.

L'elemento cardine su cui ruota il ragionamento della Corte si sposta, dunque, dal luogo di attesa alla concreta fruibilità del riposo, che deve essere garantita anche durante i periodi di reperibilità. E' la disponibilità immediata a eseguire le richieste datoriali a costituire elemento imprescindibile per ritenere integrato il requisito dell'essere al lavoro, e discriminante tra orario di lavoro e periodi di riposo. Tale criterio non rileva, però, in assoluto, ma richiede una attenta analisi dei vincoli imposti al lavoratore, per accertare in concreto se l'adempimento delle richieste datoriali non trasmodi nell'impossibilità, per il dipendente, di dedicarsi alla cura dei propri interessi. Si tratta di una valutazione, come precisato dalla stessa Corte di giustizia nel 2021[34], che deve muovere sempre dalle peculiari circostanze del caso concreto, e da una analisi globale della intensità dei vincoli effettivamente imposti al lavoratore[35]. Vincoli che devono risultare significativi, ed avere un impatto considerevole sulla gestione del suo tempo libero, a tal fine non assumendo rilievo le difficoltà organizzative derivanti da scelte personali del lavoratore[36].

3.2. Lavoro e non lavoro, nell'era digitale

Così delineato, in estrema sintesi, il punto di approdo fornito dalla giurisprudenza europea, sono del tutto evidenti le possibili ricadute sul lavoro subordinato prestato con tecnologia digitale, costituendo la disponibilità immediata il connotato temporale principale dell'organizzazione dei nuovi modi di produrre nell'economia c.d. digitale[37]. Come è stato efficacemente sintetizzato, in questi casi il tempo del lavoro (il tempo-lavoro) è un tempo-produttivo che deriva da una obbligazione contrattuale (tempo-contrattuale), che non coincide necessariamente con l'orario di lavoro (tempo-orario)[38]. Ciò si rinviene, in effetti, quando la prestazione di lavoro subordinato può essere misurata senza ricorrere alla

[33] Sent. *Matzak*, punti da 63 a 66.
[34] CGUE, Grande Sezione, 9 marzo 2021, *RJ c. Stadt Offenbach am Main*, C-580/19, consultabile sul sito EUR-lex; CGUE, Grande Sezione, 9 marzo 2021, *D.J./Radiotelevizija Slovenija*, C-344/19, consultabile sul sito EUR-lex; più di recente, v. anche CGUE, 11 novembre 2021, *MG c. Dublin City Council,* C-214/20, consultabile sul sito EUR-lex.
[35] S. BELLOMO, L. ROCCHI, *Orario di lavoro, reperibilità, fruizione del tempo libero. La Corte di giustizia e il parziale superamento della sentenza Matzak del 2018*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2021, spec. 341.
[36] Come la scelta di un luogo di residenza o di luoghi di esercizio di un'ulteriore attività professionale più o meno distanti dalla sede che egli deve essere in grado di raggiungere nel termine stabilito nell'ambito del suo servizio.
[37] V. BAVARO, *Prefazione* al libro di G. CALVELLINI, *La funzione del part-time , cit.*, p. 11.
[38] V. BAVARO, *Questioni in diritto su lavoro digitale, tempo e libertà*, in C. ALESSI, M. BARBERA, L. GUAGLIANONE (a cura di), *Impresa, lavoro e non lavoro*, *cit.*, spec. pp. 47-48.

misurazione tramite "orario", come avviene per la variegata tipologia di rapporti di lavoro che il d. lgs. n. 66/2003 (art. 17)[39] esclude – totalmente o parzialmente – dall'applicazione della disciplina sull'orario.

In altri casi, in verità, la situazione appare meno definita. È quanto si riscontra, in particolare, nel lavoro agile, modalità di esecuzione di un lavoro che resta subordinato, seppur connotato da un'ampia flessibilità organizzativa, temporale e geografica, rimessa all'autonomia individuale (c.d. principio di consensualità). All'accordo tra le parti spetta, infatti, la regolamentazione dell'attività lavorativa anche con forme di organizzazione per fasi, cicli e obiettivi "e senza precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro", dovendo comunque individuare "i tempi di riposo del lavoratore nonché le misure tecniche e organizzative necessarie per assicurare la disconnessione del lavoratore dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro"; mentre l'esecuzione della prestazione lavorativa è espressamente circoscritta dalla legge "entro i soli limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale, derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva"[40]. Con esplicito richiamo, dunque, all'orario di lavoro massimo, che presuppone, in qualche modo, la misurazione della durata della prestazione; ma senza alcun riferimento alla sua durata normale, giornaliera (rimessa alla contrattazione collettiva) o settimanale (definita per legge)[41].

La scarna normativa del 2017, contestualizzata all'interno di quella, ben più ampia e complessa, contenuta nel d.lgs. n. 66/03, non agevola i raccordi – e la definizione dei confini – tra il limite di durata massima dell'orario di lavoro (per legge, 12 ore e 40 minuti giornaliere)[42], specie in assenza di disciplina collettiva, e il tempo di riposo giornaliero, che deve essere fruito in modo consecutivo, "fatte salve le attività caratterizzate da periodi di lavoro frazionati durante la giornata o da regimi di reperibilità"[43]. Gli spazi di intervento rimessi alla disponibilità delle parti con riferimento alla individuazione dei tempi di lavoro possono essere, infatti, davvero molto ampi. Ad esse è rimessa la possibilità di superare l'orario di lavoro normale, e variare la collocazione oraria della prestazione, potendo anche decidere di non modificare né l'uno né l'altra. Se l'apposizione dei vincoli di orario resta però imprecisa, l'orario di connessione entro cui il lavoratore dovrà svolgere la prestazione potrà, di fatto, arrivare a coincidere con l'ampio limite dell'orario massimo. Si ripropone allora, anche per i lavoratori in modalità agile, il problema del corretto inquadramento "qualitativo" dei tempi funzionali al lavoro, quali sono, in particolare, quelli di connettibilità; tempi – equiparabili a quelli di "reperibilità" o di "disponibilità" – che, nell'estendere la

[39] V. *supra*, la nota 23.
[40] Artt. 18, co. 1, e 19, co. 1, l. n. 81/2017.
[41] Art. 3, d.lgs. n. 66/2003.
[42] Tolte cioè, nell'arco temporale delle 24 ore, le 11 ore consecutive di riposo giornaliero (art. 7, d.lgs. n. 66/2003) e le due pause intermedie di 10 minuti (art. 8 del medesimo decreto).
[43] Art. 7, d.lgs. n. 66/2003, così come modificato con l'art. 41, co. 5, d.l. n. 112/2008, conv. da l. n. 133/2008.

nozione di "tempo di lavoro" oltre quella di orario di lavoro massimo, rischiano di compromettere il pieno godimento del tempo libero del lavoratore[44].

Le parti sociali, seppure non direttamente coinvolte dalla legge, hanno, in questi ultimi anni, fornito alcuni primi chiarimenti. Se si guarda alle previsioni contenute nei contratti collettivi che hanno regolato lo svolgimento del lavoro con questa modalità, nella fase pre-pandemica e soprattutto in quella emergenziale[45], emerge, innanzitutto, un dato molto chiaro: la gestione flessibile dei tempi di lavoro non può prescindere dalla misurazione e determinazione della durata dell'orario di lavoro. Vero è che le soluzioni adottate risultano, al riguardo, molto diversificate. Nella maggior parte dei testi si prevede innanzitutto che, nello svolgimento della prestazione in modalità agile, il dipendente dovrà fare riferimento "al normale orario di lavoro", previsto dai CCNL e dagli accordi aziendali in vigore, altresì specificandosi che il lavoratore non è tenuto ad essere reperibile al di fuori del normale orario di lavoro: il che aiuta a scongiurare il rischio di confondere il tempo di riposo con il tempo di lavoro, e di assimilare la connessione all'orario di lavoro[46]. Altro principio ricorrente è che, al di fuori dell'orario giornaliero di lavoro, al dipendente sono garantite modalità di disconnessione dagli strumenti tecnologici impiegati per il suo svolgimento. Sul punto, le discipline sono però molto variabili: in alcuni contratti le fasce orarie di reperibilità/contattabilità non sono individuate, in altri lo sono in modo puntuale, in altri risultano invece molto ampie; alcuni contratti prevedono poi, in caso di particolari ed eccezionali esigenze aziendali, deroghe al diritto di disconnessione per le quali, se preventivamente autorizzate, è riconosciuto uno specifico trattamento economico.

Le diverse soluzioni, individuabili dalle parti individuali o collettive, devono comunque operare nel rispetto delle chiare indicazioni formulate dalla Corte di Giustizia: ribadito costantemente che l'obiettivo della direttiva 2003/88 è quello di garantire la sicurezza e la salute dei lavoratori, facendo in modo che essi possano beneficiare di periodi minimi di riposo e di adeguati periodi di pausa, la valutazione dei "periodi di inattività funzionali al lavoro" deve essere operata tenendo comunque sempre conto dell'intensità dei vincoli di disponibilità imposti al lavoratore sulla ripartizione tra impegno lavorativo e coltivazione degli interessi e attività personali.

[44] M. LAI, *Innovazione tecnologica e riposo minimo giornaliero*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2020, spec. p. 666 ss.

[45] Ne risultano censiti più di 200, di cui 13 CCNL: Camera dei deputati XI Commissione (Lavoro Pubblico e Privato) – Audizione del 15 settembre 2021, Memoria della CGIL su audizione informale nell'ambito dell'esame delle proposte di legge C. 2282 Gagliardi, C. 2417 Barzotti, C. 2667 Lucaselli, C. 2685 Vallascas, C. 2817 Serracchiani, C. 2908 Villani, C. 3027 Mura, C. 3150 Zangrillo, recanti disposizioni in materia di lavoro agile e di lavoro a distanza.

[46] *Relazione del gruppo di studio lavoro agile*, istituito presso il Ministero del lavoro e delle politiche sociali, dicembre 2021, p. 10.

3.3. Lavoro, non lavoro, disconnessione

I tempi di reperibilità nel lavoro agile assumono rilievo, poi, anche sotto il profilo della disconnessione del lavoratore, le cui modalità di esercizio, come si è detto, devono trovare regolamentazione all'interno dell'accordo individuale[47]. Il nuovo istituto vale a delimitare l'area di esigibilità contrattuale della prestazione, a tutela del tempo di non lavoro, nella sua duplice configurazione di tempo di riposo e tempo libero da riservare alla vita familiare e alla dimensione sociale. Durante la pandemia, al fine di garantire la continuità lavorativa delle imprese e a tutela della salute collettiva e individuale, il legislatore ha però consentito l'attivazione unilaterale del lavoro agile[48]; da qui la necessità di assicurare "in modo più netto di quanto già previsto"[49] la disconnessione, per evitare situazioni di reperibilità costante e continuativa, e contrastare i rischi di (auto- ed etero-) sfruttamento conseguenti all'aumento del fenomeno dell'iper-connessione[50].

Tale esigenza ha trovato esplicito riconoscimento nella l. n. 61 del 2021, che ha sancito in modo chiaro il diritto alla disconnessione dalle strumentazioni e piattaforme tecnologiche, "nel rispetto degli eventuali accordi sottoscritti dalle parti e fatti salvi eventuali periodi di reperibilità concordati"; specificandosi che il suo esercizio non può avere ripercussioni sul rapporto di lavoro o sulla retribuzione[51]. La norma va indubbiamente nella direzione, auspicata dal Parlamento europeo, di garantire maggiori tutele al lavoratore, assicurando il suo diritto incondizionato a non essere più contattabile, quando il suo tempo di lavoro – giornaliero o settimanale – è esaurito. E tuttavia, vi si rinvengono limiti significativi, che investono: il suo circoscritto campo di applicazione soggettivo (limitato ai soli lavoratori in modalità agile); la durata temporale, essendo la previsione inserita nella legislazione emergenziale[52] (con scadenza, quindi, il 31 marzo 2022, quando la disconnessione tornerà ad essere oggetto di accordo tra datore di lavoro e lavoratore); il rispetto di eventuali periodi di reperibilità, se concordati tra le parti (durante i quali, dunque, quel diritto non sarebbe esercitabile).

---

[47] Per un'aggiornata ricostruzione dei tratti essenziali dell'istituto, v. C. TIMELLINI, *Il diritto alla disconnessione nella normativa italiana sul lavoro agile e nella legislazione emergenziale*, in *Lavoro Diritti Europa*, 4/2021.

[48] Art. 90, d.l. 19 maggio 2020, n. 34, conv. da l. 17 luglio 2020 n. 77; tale disciplina è stata da ultimo prorogata al 31 marzo 2022 (d.l. 24 dicembre 2021 n. 221). Nella fase emergenziale, inoltre, è stato previsto che gli obblighi di informativa in materia di sicurezza sui luoghi di lavoro di cui all'articolo 22 della legge n. 81 del 2017 possano essere assolti in via telematica.

[49] Presidente del Garante per la protezione dei dati personali, nell'audizione al Senato del 13 maggio 2020, che ha ribadito come l'assenza di tale diritto "rischia di vanificare la necessaria distinzione tra spazi di vita privata e attività lavorativa, annullando così alcune tra le più antiche conquiste raggiunte per il lavoro tradizionale".

[50] G. CALVELLINI, *La funzione del part-time, cit.*, p. 106.

[51] Ferma restando, per il pubblico impiego, la disciplina degli istituti del lavoro agile stabilita dai contratti collettivi nazionali: art. 2, co. 1-*ter*, d.l. 13 marzo 2021, n. 30, conv. da l. 6 maggio 2021, n. 61.

[52] A. PRETEROTI, *Il diritto alla disconnessione nel lavoro agile alle dipendenze della pubblica amministrazione*, in *Lavoro Diritti Europa*, 3/2021, pp. 13-14; C. TIMELLINI, *op. cit.,* p. 11.

Il riconoscimento del diritto alla disconnessione non risolve, comunque, i problemi connessi alla individuazione dei confini temporali oltre i quali la disconnessione trova applicazione, mal conciliandosi con situazioni non solo in cui sia previsto un obbligo di reperibilità, ma anche qualora le parti decidessero di non volere indicare precisi vincoli di orario, astenendosi dall'individuare fasce orarie di esecuzione della prestazione. E siccome le limitazioni di orario non sono solo finalizzate alla tutela della salute e della sicurezza (su cui si concentra il legislatore europeo)[53] ma, in forza dell'art. 36 Cost., si proiettano direttamente nell'ambito retributivo[54], questa indeterminatezza nella dilatazione temporale dell'orario di lavoro/connessione si riflette, inevitabilmente, sulla remunerabilità delle attività che "vanno oltre" i limiti relativi all'orario normale di lavoro.

La stessa l. n. 81/2017 (art. 20) riconosce, del resto, il diritto alla parità di trattamento economico (e normativo) rispetto a quello "complessivamente applicato" al lavoratore che svolga le stesse mansioni all'interno dei locali aziendali: e quest'ultimo è normalmente retribuito a tempo, nel rispetto di un orario normale, con riconoscimento delle maggiorazioni retributive dovute, ad esempio, in caso di lavoro supplementare, straordinario, notturno. Il divieto di regressione delle tutele impone allora, seppure – si ripete – attraverso una valutazione complessiva, l'adozione di modalità di commisurazione tra la quantità di tempo in cui il lavoratore si impegna a restare connesso, e il trattamento economico che dovrà essergli corrisposto. Modalità che, in ragione della difficoltà di demarcazione, e quindi di misurazione, del tempo lavorato, dovrebbero riuscire a valorizzare – in sintonia con il principio di proporzionalità sancito dal richiamato art. 36 Cost. – anche la qualità del lavoro prestato a distanza. Anche modulandone il valore, come da tempo evidenzia la dottrina[55], in ragione della diversa utilità che possono assumere, per il datore di lavoro, i vari segmenti del tempo-produttivo, in vista del perseguimento dei risultati e delle *perfomances* ottenute dal lavoratore nel raggiungimento degli obiettivi definiti dall'azienda.

4. I luoghi del lavoro subordinato digitale

Le innovazioni tecnologiche modificano poi lo spazio in cui si svolge l'attività lavorativa, alterandone la configurazione e la rilevanza per il rapporto di lavoro. Il lavoro svolto in relazione o mediante strumenti digitali è, o potrebbe essere, privo di quella connotazione territoriale che collega il lavoro svolto entro un

[53] È appena il caso di ricordare che la direttiva 2003/88 non disciplina la questione della retribuzione dei lavoratori, essendo pacifico che tale aspetto esula, ai sensi dell'articolo 153, paragrafo 5, TFUE, dalla competenza dell'Unione: sent. *Matzak, cit.,* par. 49.

[54] V. FERRANTE, *Il lavoro a distanza e il diritto "alla disconnessione"*, in A. OCCHINO (a cura di), *Il lavoro e i suoi luoghi*, *cit*., p. 127.

[55] A partire da C. CESTER, *Lavoro e tempo libero nell'esperienza giuridica*, in AA.VV., *L'orario di lavoro, Quaderni diritto del lavoro e* relazioni industriali, n. 17, 1995, p. 20; F. BANO, *Il tempo come criterio di verifica dell'adempimento: riflessi sulla retribuzione*, in *Rivista Giuridica del Lavoro*, 1998, I, p. 134 ss.; e, incisivamente, V. BAVARO, *Il tempo nel contratto di lavoro subordinato. Critica sulla de-oggettivazione del tempo-lavoro*, Cacucci, Bari, 2008, p. 259 ss.

certo perimetro geografico, tradizionalmente rinvenibile in locali che rientrano nella disponibilità del datore di lavoro. In questi casi, infatti, il luogo di esecuzione della prestazione appare sempre più dilatato e indefinito, dentro e fuori lo spazio fisico dei locali aziendali: destrutturazione, smaterializzazione del luogo di lavoro, infosfera, *worksphere*[56], sono espressioni ormai entrate nel linguaggio del giurista. Si tratta di situazioni in cui il lavoro si espande *anywhere*, verso spazi aggiuntivi, immateriali, grazie a modalità digitali in continua evoluzione, fino a pochi anni fa del tutto sconosciute, che rivoluzionano la tradizionale organizzazione dei luoghi lavorativi, rendendoli sempre più sfumati. E la rottura della fissità del luogo di lavoro apre scenari inediti, ancora tutti da esplorare, perché il riferimento al luogo ricorre in molte norme che regolano sia il rapporto di lavoro, sia le relazioni sindacali[57].

Resta però fermo che anche quando lo svolgimento della prestazione avviene a distanza, mediante collegamenti informatici e telematici che la collocano in spazi esterni – anche plurimi – che esulano dalla disponibilità del datore di lavoro, la mobilità geografica del lavoratore deve comunque necessariamente operare nel rispetto di garanzie minime, connesse innanzitutto alla salute e sicurezza del lavoratore, ma anche ai poteri di vigilanza e controllo sull'attività lavorativa, alla regolarità/conformità della strumentazione utilizzata per la sua esecuzione. Si tratta di assetti protettivi introdotti avendo (per lo più) a mente una concezione statica del luogo di lavoro, e che necessitano di essere rimodulati e adeguati, in via interpretativa, ai nuovi lavori emersi con l'economia digitale.

È quanto deve avvenire con riferimento alla modalità di esecuzione della prestazione lavorativa attraverso il lavoro agile, eseguita "in parte all'interno di locali aziendali e in parte all'esterno senza una postazione fissa", per la quale la legge n. 81/2017 conferma che il datore di lavoro è responsabile della sicurezza e del buon funzionamento degli strumenti tecnologici assegnati al lavoratore per lo svolgimento dell'attività lavorativa (art. 18, co. 2), ed è tenuto a garantire la sua salute e sicurezza. E questa garanzia non può certo essere assolta mediante la semplice consegna di un'informativa scritta nella quale sono individuati i rischi generali e i rischi specifici connessi alla particolare modalità di esecuzione del rapporto di lavoro (art. 22). Per la porzione di prestazione esterna dovranno infatti comunque trovare applicazione, ancorché opportunamente adeguate, le principali misure di prevenzione previste dal d.lgs. n. 81 del 2008, compatibili con le particolari modalità spazio-temporali di esecuzione della prestazione (quali la valutazione dei rischi, l'informazione e la formazione, la sorveglianza sanitaria)[58].

[56] L. NOGLER, *Gli spazi di lavoro…, cit.*, p. 38; Si v. anche l'intervento di L. Ratti, 26 novembre 2021, seminario LabChain.

[57] M. MAGNANI, *I tempi e i luoghi di lavoro*, *cit.*, p. 7.

[58] P. PASCUCCI, *Note sul futuro del lavoro salubre e sicuro... e sulle norme sulla sicurezza di rider & co*, in *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 1-2019, p. 44; e A. DELOGU, *La definizione di lavoratore in materia di salute e sicurezza: dall'universalità della tutela ai nuovi bisogni di tutela*, in *Diritto della Sicurezza del Lavoro*, 1-2020, p. 73.

Come già evidenziato, durante la fase pandemica sono state adottate discipline emergenziali dirette ad agevolare l'utilizzo del lavoro agile, per arginare la diffusione del virus, anche mediante deroghe e semplificazioni che hanno consentito la possibilità di ricorrere al lavoro agile con modalità semplificate, senza l'accordo individuale tra azienda e singolo dipendente. La promozione del ricorso alla modalità di lavoro agile, imposta dallo tsunami pandemico[59], ha trovato impreparate sia le aziende, sia le pubbliche amministrazioni, nelle quali è fin da subito divenuta la modalità ordinaria di svolgimento della prestazione lavorativa[60]: e, complice il generalizzato *lockdown*, l'esperienza dello *smart working* è, di fatto, coincisa con l'*home working*. È del tutto evidente che quando il domicilio del lavoratore costituisce, in via esclusiva, il luogo remotizzato di esecuzione della prestazione, emergono problematiche che investono non solo la tutela della salute e sicurezza del lavoratore (anche in termini di isolamento sociale e di esclusione dal tessuto relazionale), nonché la salubrità della postazione lavorativa; ma anche la stessa effettività della conciliazione tra tempi di vita e di lavoro, principio fondante la disciplina contenuta nella l. n. 81/2017. Nel nuovo contesto di ordine pubblico, il lavoro agile ha così perso "il suo tratto identitario, giuridicamente, volontaristico/consensuale, e fattualmente di integrazione flessibile di spazio e tempo": ne è risultato un "ibrido legislativo", icasticamente rappresentato in una sorta di ircocervo, che mantiene ampi tratti regolativi del lavoro agile, pur presentando una sostanziale affinità strutturale con il telelavoro a distanza a postazione fissa[61].

Con il superamento della fase pandemica, riacquisirà centralità il consenso individuale richiesto per la adozione di tale modalità di lavoro; il che, presumibilmente, favorirà un riassetto degli equilibri organizzativi. E se "il rispristino dell'«accordo tra le parti» attenuerà alcune criticità che sono state riscontrate finora dai lavoratori e dai datori di lavoro"[62], sarà comunque necessario riorientare l'utilizzo del lavoro agile entro confini di utilizzo più ampi, che vadano oltre la mera domiciliarizzazione che, inevitabilmente, ha caratterizzato la fase pandemica. Quest'ultima costituisce, evidentemente, solo una delle opzioni che il lavoratore può selezionare a proprio vantaggio. I luoghi di svolgimento dell'attività lavorativa a distanza possono, infatti, essere molteplici, e ben diversi dall'abitazione privata: basti pensare alle esperienze di *coworking*, in spazi opportunamente attrezzati come gli *smart work center* o *smart work hub*.

[59] B. CARUSO, *Tra lasciti e rovine della pandemia: più o meno smart working?*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, I, 2020, spec. p. 227.
[60] Art. 87, co. 1, d.l. 17 marzo 2020, n. 18, conv. da l. 24 aprile 2020, n. 27.
[61] B. CARUSO, *Tra lasciti e rovine della pandemia*, *op. cit.*, spec. p. 229. Questa chimerica connotazione sembra trovare conferma anche all'esito degli interventi regolativi più recenti, adottati in vista del ritorno alla normalità post-pandemica: così L. ZOPPOLI, *Tra linee guide, protocolli e circolari il lavoro agile resta un ircocervo*, in *RGL giurisprudenza online*, Newsletter n. 1.2022.
[62] *Relazione del gruppo di studio*…, cit, p. 6.

Vale la pena sottolineare come, in una più ampia prospettiva di rigenerazione e riqualificazione degli spazi urbani[63], orientata alla transizione *green* posta al centro del PNRR, soprattutto nelle grandi città metropolitane possono aprirsi percorsi volti alla riorganizzazione complessiva degli ambienti di lavoro, nell'ottica della sostenibilità e del benessere dei lavoratori. In un prossimo futuro, le attività produttive potranno essere sempre meno organizzate in singole imprese, e la capacità di competere potrà dipendere dalla capacità delle imprese di gestire in modo sostenibile anche i rapporti con gli *stakeholders* dell'ecosistema territoriale: istituzioni pubbliche, parti sociali, scuole, università, enti di ricerca. In tale contesto, il soddisfacimento delle esigenze delle persone che vivono all'interno di una città metropolitana può trovare realizzazione attraverso un uso virtuoso del patrimonio pubblico, orientato anche alla valorizzazione di misure organizzative che – proprio per favorire il benessere dei lavoratori – promuovano una riduzione del numero di viaggi di lavoro, un abbattimento degli sprechi legati alla gestione e all'utilizzo degli uffici, una migliore conciliazione dei tempi di vita e di lavoro.

L'utilizzo del lavoro da remoto, se riadattato a un mondo del lavoro profondamente innovato, ben potrebbe costituire un valido servizio per la vasta comunità di pendolari costretti a muoversi quotidianamente, dalla periferia al centro, per recarsi al lavoro. In un'ottica di sinergia tra politiche pubbliche e contrattazione collettiva, all'interno di progetti di recupero e rigenerazione del patrimonio immobiliare pubblico dismesso, potrebbero ad esempio essere valorizzati progetti di *near working*, destinando spazi periferici/semi-periferici – più vicini alle abitazioni dei lavoratori – ad ospitare diramazioni degli uffici; con spazi di lavoro condivisi anche dai lavoratori subordinati a distanza (*coworking*), dotati di strumenti tecnologici professionali e postazioni lavorative adeguate[64]. In una logica di riprogrammazione complessiva e di coordinamento con le comunità territoriali, ben potrebbero essere individuate modalità innovative di welfare aziendale, anche in sinergia con le strutture dei servizi competenti sul territorio, nell'ottica della richiamata valorizzazione del benessere della persona-lavoratore[65] (si pensi a convenzioni con asili nido; attività di doposcuola; attività sportive, e ricreative in generale).

[63] Su cui v. F. DI LASCIO, F. GIGLIONI (a cura di), *La rigenerazione di beni e spazi urbani. Contributo al diritto delle città*, Il Mulino, Bologna, 2017.

[64] Molte realtà territoriali hanno da tempo avviato iniziative in tal senso: v., ad esempio, l'esperienza avviata dal Comune di Milano (testo consultabile sul sito del Comune di Milano), su cui si sofferma L. NOGLER, *Gli spazi di lavoro nelle città tra innovazioni tecnologiche e "regressioni" interpretative*, in A. OCCHINO (a cura di), *Il lavoro e i suoi luoghi*, *cit.*, p. 37.

[65] Si v. anche l'intervento di A. Occhino, 26 novembre 2021, seminario LabChain. La virtuosità di un tale percorso è evidenziata anche nella *Relazione del gruppo di studio*…, spec. p. 12.

5. Dall'emergenza alla normalità. Linee di sviluppo del lavoro agile

In vista del ripristino della funzione originaria dell'istituto e di una sua possibile strutturalità all'interno dei contesti organizzativi aziendali, nel corso del 2021 si è assistito al tentativo di definire alcuni contenuti regolativi minimi del lavoro agile, anche per ricalibrare il rapporto tra legge, contratto individuale e contrattazione collettiva[66]. La legge, in effetti, non esclude, ma certamente non prevede espressamente, un ruolo regolativo affidato alle parti sociali. Sarebbe invece opportuno valorizzarne il ruolo centrale di intervento nella definizione di ambiti e modalità di esecuzione della prestazione lavorativa, facendo tesoro di quanto emerso dalla contrattazione collettiva, specie nell'ultimo biennio.

La sperimentazione del lavoro agile imposta nel periodo pandemico ha fatto emergere numerose criticità, indubbiamente esasperate dai ripetuti confinamenti domestici e dalle limitazioni alla libertà di socializzazione, rese necessarie dalla situazione sanitaria. Quelle criticità sono in parte riconducibili alla stessa situazione emergenziale (basti pensare alla regolamentazione dell'istituto in via unilaterale; ma anche alla domiciliarizzazione forzosa, resa necessaria per il contenimento del virus). Ma in parte sono connesse alle flessibili modalità che caratterizzano lo svolgimento del lavoro agile: penso ai criteri di alternanza tra attività in sede e da remoto, alla definizione degli orari di lavoro (con individuazione delle fasce orarie di resa della prestazione lavorativa), alla relazione con il lavoro a distanza e con il lavoro da remoto; all'esercizio del potere direttivo e di controllo. E penso soprattutto al diritto alla disconnessione, la cui effettività non richiede solo la identificazione di misure tecniche e organizzative ma, sul presupposto che durante il restante periodo (giornaliero o settimanale) il lavoratore sia connesso, rende essenziale la definizione dei tempi di lavoro.

Nel tentativo di delimitare i confini entro i quali si dovranno muovere i futuri accordi nazionali e decentrati in materia di *smart working*, sul finire del 2021 sono stati adottati due documenti governativi: le Linee guida del ministro Brunetta, per le amministrazioni pubbliche; e, per il lavoro privato, il Protocollo nazionale sul lavoro in modalità agile, siglato il 7 dicembre 2021.

[66] Si v. anche gli interventi di A. Bollani e M. Del Conte, 26 novembre 2021, seminario LabChain

Le peculiarità che caratterizzano la disciplina del lavoro agile nel lavoro pubblico[67] non consentono, in questa sede, di soffermarci sull'esame delle Linee guida[68]. Interessante solo notare che – a differenza di quanto si riscontra per il settore privato – la disciplina del lavoro agile è affiancata da quella, ben più circoscritta ed essenziale, destinata al lavoro da remoto "con vincoli di tempo", prestato "nel rispetto dei conseguenti obblighi di presenza derivanti dalle disposizioni in materia di orario di lavoro, attraverso una modificazione del luogo di adempimento della prestazione lavorativa che comporti la effettuazione della prestazione in luogo idoneo e diverso dalla sede dell'ufficio al quale il dipendente è assegnato". Tali forme di lavoro sono individuate nel telelavoro domiciliare, in cui la prestazione dell'attività lavorativa è resa dal domicilio del dipendente; e in "altre forme di lavoro a distanza", come il *coworking* o il lavoro decentrato da centri satellite. La distinzione tipologica tra le diverse fattispecie di lavoro remotizzato non risulta, in realtà, chiaramente e aprioristicamente definibile, e pare "ancor più complicare semantica e morfologia del lavoro a distanza nelle pubbliche amministrazioni"[69]. Sfugge, ad esempio, la netta cesura tra lavoro agile e *coworking*, ben potendo il primo coesistere con il secondo, se prestato all'interno di ambienti – messi a disposizione anche da soggetti privati – e condivisi da lavoratori appartenenti a diverse organizzazioni, soprattutto – come si diceva – in una logica promozionale del c.d. *near working*.

Soffermando l'attenzione sul settore privato, il Protocollo nazionale sul lavoro in modalità agile, frutto di una intesa condivisa tra il Ministero del lavoro e delle politiche sociali e le parti sociali, fornisce un quadro di riferimento per la futura contrattazione collettiva nazionale e aziendale e/o territoriale, alla quale sono sostanzialmente rimessi gli sviluppi regolativi dell'istituto, nel ritorno in una situazione di normalità post-pandemica. Le linee di indirizzo fornite dal Protocollo risultano, nel complesso, a maglie alquanto larghe, a partire dalla previsione, di carattere generale, che – nel evidente tentativo di ribilanciare il rapporto tra contratto collettivo e accordo individuale sottoscritto tra le parti – prevede che quest'ultimo *si adegui* ai contenuti *dell'eventuale contrattazione collettiva di riferimento*, dovendo comunque essere *coerente* con la disciplina di legge e con le linee di indirizzo definite nel Protocollo (art. 2). L'utilizzo di formule molto elastiche riflette la realtà di un sistema giuridico che non ha ancora affrontato né la questione della rappresentatività

[67] Su cui v., da ultimo, L. ZOPPOLI, *Riformare ancora il lavoro pubblico? L' "ossificazione" delle pubbliche amministrazioni e l'occasione post-pandemica del POLA*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, n. 1, 2021, p. 3; R. BRUNETTA, M. TIRABOSCHI, *Il lavoro agile o smart working nella pubblica amministrazione: prospettive e criticità*, Bollettino Adapt, Working Paper n. 10, 2021; G. QUADRI, *Lo smart working tra esigenze organizzative e tutela della persona del lavoratore pubblico*, in M. ESPOSITO, V. LUCIANI, A. ZOPPOLI (a cura di), *Mezzo secolo dallo Statuto dei lavoratori. Politiche del diritto e cultura giuridica, Quaderni Diritti Lavori Mercati*, n. 10, 2021, p. 269; M. ESPOSITO, *Smart work e pubblico impiego: patti chiari, agilità lunga*, in M. MARTONE (a cura di), *Il lavoro da remoto. Per una riforma dello smartworking oltre l'emergenza*, La Tribuna, Milano, 2020, p. 147.

[68] Esse confermano nella contrattazione collettiva la "via ordinaria per lo sviluppo del lavoro agile nella pubblica amministrazione", trovando le stesse applicazione nelle more della regolamentazione dei contratti collettivi nazionali di lavoro relativi al triennio 2019-21 che, a regime, disciplineranno l'istituto per gli aspetti non riservati alla fonte unilaterale.

[69] L. ZOPPOLI, *Tra linee guida, cit*., 2022, p. 2

degli agenti negoziali, né quella dell'efficacia generale del contratto collettivo. La volontà è comunque chiara: a quest'ultimo, e in particolar modo a quello di livello aziendale, più prossimo alle peculiarità organizzative dell'impresa e ai bisogni della sua comunità professionale, si riconosce una gestione condivisa del lavoro agile e, dunque, un ruolo di primo piano per la sua corretta applicazione nel settore privato.

Se si guarda poi, specificamente, agli spazi regolativi su tempi e luoghi di lavoro, il Protocollo rimarca, innanzitutto, che la giornata lavorativa svolta in modalità agile si caratterizza per l'assenza di un preciso orario di lavoro; specificando, in aggiunta, che la prestazione è svolta sì dal lavoratore in autonomia, ma "pur sempre nell'ambito degli obiettivi prefissati, nonché nel rispetto dell'organizzazione delle attività assegnate dal responsabile a garanzia dell'operatività dell'azienda e dell'interconnessione tra le varie funzioni aziendali". Si chiarisce dunque con fermezza che il lavoro agile costituisce una modalità organizzativa del lavoro, ma deve trovare una sua definizione all'interno dell'organizzazione produttiva complessiva, che resta in capo all'azienda. Con una convivenza tra autonomia ed etero-organizzazione il cui punto di equilibrio costituisce, forse, la sfida principale rimessa alla contrattazione collettiva.

Sulla disciplina dell'orario di lavoro, poi, le indicazioni che si ricavano dal Protocollo sono piuttosto indefinite, e non attenuano – anzi, ripropongono – le incertezze generate dal testo di legge. Le linee di indirizzo rimettono infatti alle parti individuali la possibilità di articolare la prestazione in fasce orarie, dovendosi comunque individuare la fascia di disconnessione nella quale il lavoratore non è tenuto ad erogare la prestazione lavorativa[70] (art. 4, par. 2); specificando che, salvo diversa previsione della contrattazione, non è autorizzato il lavoro straordinario. Non si rinviene, dunque, alcuna indicazione in merito alla necessità di definire i limiti giornalieri e settimanali dell'orario lavorativo, per individuare i tempi di connessione che possono essere richiesti al lavoratore. Lasciando presupporre, a contrario, che la solo identificazione della fascia di disconnessione valga a risolvere la questione: cosa che, come si è già detto, non è corretta[71]. Per questo, sarebbe stato opportuno che il Protocollo fornisse qualche indicazione più netta, quantomeno in merito alla necessità per le parti di individuare criteri per la definizione dell'orario di lavoro, in particolare per la fascia oraria in cui il lavoratore può essere contattato.

Un modello virtuoso può rinvenirsi, sul punto, nell'area del pubblico impiego, all'interno del primo contratto di comparto che ha dato seguito a quanto previsto nelle Linee guida dettate dal ministro

[70] Garantendone l'effettività, attraverso l'adozione di specifiche misure tecniche e/o organizzative. Il diritto viene esteso alle "assenze legittime", come malattie, permessi e ferie, prevedendosi che il lavoratore possa disattivare i propri dispositivi di connessione e, in caso di ricezione di comunicazioni aziendali, non sia obbligato a prenderle in carico prima della prevista ripresa dell'attività (par. 5).

[71] Su cui v. *supra*, il par. 3.3.

Brunetta. Nel CCNL Funzioni centrali[72], infatti, nono solo l'indicazione delle fasce temporali in cui si articola la prestazione lavorativa viene espressamente ricompresa tra gli elementi essenziali dell'accordo individuale[73], ma vengono individuate due fasce. La prima è quella di contattabilità, nella quale il lavoratore può essere contattato sia telefonicamente che via mail o con altre modalità similari, che non può essere superiore all'orario medio giornaliero di lavoro; la seconda è quella di inoperabilità, nella quale il lavoratore avrà diritto alla disconnessione completa (e che comprende il periodo di 11 ore di riposo consecutivo, nonché il periodo di lavoro notturno tra le 22 e le 6 del giorno successivo: art. 39). Resta comunque fermo che, se la vera essenza del lavoro agile si basa su obiettivi, autonomia e responsabilità, la predeterminazione di tali fasce non dovrà comportare automaticamente l'obbligo di essere collegato al dispositivo, ad una postazione fissa e per un determinato orario di lavoro[74]; l'esecuzione della prestazione, cioè, dovrà sempre essere modellata sulla base delle esigenze organizzative del datore di lavoro, così come di conciliazione vita-lavoro del singolo lavoratore.

Anche sotto il profilo del coordinamento spaziale, il Protocollo non aggiunge molto rispetto a quanto indicato nella previsione legale. Si conferma che la prestazione lavorativa in modalità agile può essere svolta senza precisi vincoli di luogo e senza una postazione fissa, secondo modalità da definirsi mediante accordo tra le parti; tale luogo deve, però, avere caratteristiche che consentano "la regolare esecuzione della prestazione, in condizioni di sicurezza e riservatezza, anche con specifico riferimento al trattamento dei dati e delle informazioni aziendali nonché alle esigenze di connessione con i sistemi aziendali" (art. 4, par. 1). Ne discende che la scelta dei diversi luoghi di esecuzione non potrà, di volta in volta, essere rimessa ad una libera e autonoma valutazione del lavoratore, dovendo piuttosto essere concordata con il datore, sul quale grava, sempre e comunque, il rispetto degli obblighi di salute e sicurezza e la responsabilità circa la sicurezza degli strumenti tecnologici forniti. Solo a quest'ultimo compete, infatti, l'adempimento dell'obbligo di valutazione della sicurezza e della salubrità di ciascun luogo prescelto, condizione necessaria affinché sia consentita la regolare esecuzione della prestazione. In questo contesto, sarebbe stato preferibile rimettere alla contrattazione collettiva il compito di individuare "in positivo" i tipi di luogo da cui è possibile svolgere la prestazione da remoto, così ribaltando l'opzione – fatta, invece, propria nel Protocollo – di rimettere al contratto collettivo l'individuazione dei luoghi non idonei allo

[72] V. la Pre-intesa relativa al contratto collettivo nazionale di lavoro del personale del comparto funzioni centrali triennio 2019 – 2021, sottoscritto il 21 dicembre 2021.

[73] A differenza, in verità, di quanto previsto nelle Linee guida, che tra gli elementi essenziali dell'accordo individuale richiamano, genericamente, le modalità di svolgimento della prestazione lavorativa fuori dalla sede abituale di lavoro e i tempi di riposo del lavoratore che, su base giornaliera o settimanale, non potranno essere inferiori a quelli previsti per i lavoratori in presenza (art. 3).

[74] E. D'AVINO, *Lo spazio negoziale nella disciplina post-pandemica del lavoro agile nella p.a.*, in *questa Rivista*, 6 ottobre 2021, p. 61.

svolgimento del lavoro in modalità agile "per motivi di sicurezza personale o protezione, segretezza e riservatezza dei dati (art. 4, co. 2).

In considerazione delle numerose criticità emerse durante l'emergenza pandemica, è del tutto condivisibile l'opportunità di circoscrivere quanto più possibile la domiciliarizzazione del lavoro agile[75]. Anche in questa prospettiva, dalla lettura del Protocollo emergono alcuni spunti, che potranno costituire terreno fertile per la futura contrattazione decentrata. Penso, in particolare, alla previsione che – nell'ottica della già richiamata sostenibilità ambientale e sociale – è volta a favorire il corretto utilizzo del lavoro agile anche tramite un incentivo pubblico destinato alle aziende che ne regolamentino il ricorso con accordo collettivo (art. 15), magari supportando l'utilizzo di luoghi alternativi al domicilio. Incentivo che potrebbe invero essere destinato anche ad un maggiore coinvolgimento dei lavoratori in condizioni di fragilità, quali i disabili (art. 10), i caregivers[76], ma anche i lavoratori più anziani, nell'ottica della gestione dell'invecchiamento attivo in azienda. Incentivi che, soprattutto se accompagnati da investimenti in formazione, potrebbero contribuire a favorire il benessere della persona-lavoratore, e a colmare il divario tecnologico e le minori competenze digitali che, inevitabilmente, caratterizzano alcuni target di lavoratori. Il lavoro agile viene allora configurandosi nono solo quale strumento utile per favorire la conciliazione vita-lavoro, ma anche quale modalità organizzativa della prestazione lavorativa in grado di promuovere la piena inclusione nel mercato del lavoro di persone in condizione di fragilità o di disabilità. E, anche su questo fronte, la valorizzazione della sua "inclusività sociale" può aprire nuovi spazi di azione per le parti sociali, nel supporto all'utilizzo di questa modalità lavorativa attraverso la già richiamata possibile connessione con gli strumenti di welfare aziendale, e di bilateralità (art. 11)[77].

6. Conclusioni

Il processo di digitalizzazione del lavoro si sta sviluppando in assenza di una cornice regolativa organica e unitaria per le diverse fattispecie di lavoro a distanza; e da più parti si auspica l'adozione di un testo normativo che, pur tenendo conto delle differenze e delle peculiarità di ciascuna di esse, ne delinei almeno gli elementi caratteristici comuni[78]. Gli interventi più recenti si sono limitati al tentativo di arginare le principali criticità emerse durante la sperimentazione forzata del lavoro agile, facendo tesoro delle soluzioni già emerse in sede di contrattazione collettiva; su questi assestamenti si sono concentrati gli interventi "correttivi" avviati, con esiti incerti, dal Governo in accordo con le parti sociali.

[75] *Relazione del gruppo di studio…, cit.*, pp. 12-13.
[76] Si v. anche l'intervento di L. Calafà, 26 novembre 2021, seminario *LabChain.*
[77] V. *supra*, par. 4.
[78] *Relazione del gruppo di studio…, cit.*, p. 4. La creazione di uno Statuto di tutele per il lavoro digitalizzato da remoto è auspicata da S. CAIROLI, *cit.*, spec. p. 277 ss.

Molto, però resta da fare. Con il progressivo ritorno alla normalità, molto probabilmente i numeri del lavoro digitale, pur se ridimensionati, non torneranno ad allinearsi a quelli precedenti la crisi pandemica. Affinché il lavoro digitale possa davvero rappresentare un'opportunità di miglioramento delle proprie condizioni di vita, è allora necessario riassestarne la disciplina, delineando innanzitutto, in modo certo, il confine tra lavoro e vita privata. Ciò attraverso una cornice di regole entro cui le parti individuali potranno definire quelle modalità di svolgimento della prestazione lavorativa che, nel rispetto delle esigenze produttive dell'azienda, tengano conto delle effettive esigenze della persona che lavora.

Il percorso da seguire – fortemente incentivato a livello europeo[79] – dovrebbe muoversi, prioritariamente, verso la valorizzazione di un ruolo ancor più centrale delle parti sociali nella gestione dei processi di trasformazione digitale nel mondo del lavoro, con un maggiore coinvolgimento partecipativo delle stesse nella definizione dei nuovi paradigmi organizzativi del lavoro e dei rinnovati processi produttivi, con particolare riguardo ai riflessi prodotti in termini di carichi di lavoro richiesti ai lavoratori. La contrattazione collettiva, fonte regolativa più flessibile rispetto alla legge, costituisce infatti lo strumento più adatto a fornire risposte adeguate ai mutamenti del lavoro indotti dall'innovazione tecnologica[80], delineando quelle prescrizioni minime che possono costituire l'ossatura di uno statuto protettivo del lavoratore subordinato digitale.

Ciò vale certamente per la predisposizione degli strumenti necessari a potenziare e adattare la professionalità dei lavoratori sia per il mantenimento del posto di lavoro, sia in vista delle sempre più frequenti transizioni occupazionali; ma anche nella costruzione di un modello prevenzionistico in grado di coniugare le istanze di flessibilità spazio-temporale con la tutela della salute e sicurezza del lavoratore. Soprattutto in tale prospettiva prevenzionistica, l'impatto delle nuove tecnologie sull'organizzazione del lavoro dovrebbe essere regolato anche[81] declinando le modalità di connessione e disconnessione, per evitare la eccessiva intensificazione dei ritmi di lavoro e l'invadenza sui tempi di vita personale.

La garanzia della prevedibilità del tempo di lavoro è, del resto, alla base della Dir. n. 2019/1152/Ue, finalizzata proprio a promuovere una regolamentazione nazionale anche sulle informazioni minime dovute al lavoratore sul suo orario di lavoro[82]. Sarebbe allora auspicabile prevedere in capo al lavoratore

[79] V., da ultimo, ETUC, BUSINESSEUROPE, CEEP; SMEUNITED, *European Social Parteners Framework Agreement on Digitalisation,* marzo 2020.

[80] B. CARUSO, *I lavoratori digitali, op, cit.,* p. 1038; L. DEL VECCHIO, Il lavoro agile oltre l'emergenza, in Diritti Lavori Mercati, 2021, p. 371.

[81] Altri spazi regolativi che si aprono alla contrattazione collettiva, che non possono qui essere affrontati, riguardano l'introduzione di regole volte alla minimizzazione e trasparenza nell'uso dei dati personali, attraverso regole chiare sul loro trattamento, per contenere l'aumento della possibilità di controllo a distanza connesso alla digitalizzazione: v. l'art. 88, Reg. UE 2016/679.

[82] La direttiva prevede espressamente che, tra le informazioni che il datore è tenuto a comunicare al lavoratore, rientrano anche quelle concernenti i tempi della prestazione, con contenuti differenziati a seconda che l'organizzazione dell'orario di lavoro sia "interamente o in gran parte" prevedibile o imprevedibile (art. 4 par. 2 lett. l e m). La Direttiva stabilisce

un'adeguata informazione sulle modalità di determinazione dell'orario (comprese le fasce orarie in cui possono essere chiamati a lavorare e il periodo minimo di preavviso che devono ricevere prima dell'inizio di un incarico di lavoro), per assicurare il rispetto effettivo della durata massima del lavoro e dei periodi minimi di riposo. La stessa Corte di Giustizia, proprio al fine di garantire la piena attuazione delle prescrizioni minime indispensabili alla tutela della sicurezza e della salute dei lavoratori contenute nella direttiva 2003/88, ha di recente statuito la necessità di introdurre sistemi che consentano la misurazione della durata dell'orario di lavoro giornaliero svolto da ciascun lavoratore[83]. Cogliendo queste indicazioni, le parti sociali potrebbero allora già attivarsi per la definizione di sistemi oggettivi e affidabili di rilevazione/misurazione dell'orario di lavoro giornaliero[84] e dei tempi di riposo di ciascun lavoratore, e di registrazione delle ore di lavoro per le prestazioni svolte fuori dai locali aziendali.

Conseguenza di questo coinvolgimento dovrebbe essere un rilancio della fonte collettiva nella elaborazione di forme e modalità di tali sistemi, adeguandoli alle peculiarità dei settori produttivi, delle dimensioni e delle articolazioni organizzative delle imprese[85]. Lo stesso dovrebbe valere per la individuazione dei tempi di lavoro: per combinare le logiche della regolazione collettiva con le esigenze di personalizzazione del lavoro, potrebbero essere sperimentati "accordi collettivi quadro che stabiliscano 'menù' di orari e di condizioni di lavoro entro cui i singoli sono liberi di scegliere le soluzioni più adatte a ciascuno"[86]. E, ancora, un contributo di rilievo potrebbe essere fornito per la misurazione dei tempi di lavoro, e per l'attribuzione del valore economico dello scambio tempo-retribuzione. La retribuzione ben può costituire un terreno di sperimentazione e di costruzione di nuove tecniche regolative nella definizione della quantificazione del tempo-produttivo che – come già si diceva – tengano conto anche di risultati e *performances*, del livello di coinvolgimento del lavoratore digitale nel perseguimento degli obiettivi aziendali, della diversa utilità che i vari segmenti temporali (quali il tempo di disponibilità) possono avere per il datore di lavoro.

Su altri aspetti, sarebbe invece auspicabile un intervento normativo. È questo il caso del diritto alla disconnessione, riconosciuto dal Parlamento europeo quale "diritto fondamentale che costituisce una parte inseparabile dei nuovi modelli di lavoro della nuova era digitale"[87]. Questo diritto rinviene il suo

poi, che, in questa seconda ipotesi, la prestazione possa essere pretesa dal datore soltanto se è stato previamente determinato il periodo del giorno e della settimana in cui al prestatore può essere richiesto di lavorare e se è rispettato un preavviso di durata ragionevole (art. 10).

[83] CGUE 14 maggio 2019, *Federación de Servicios de Comisiones obreras c. Deutsche Bank SAE*, C-55/18, consultabile sul sito EUR-lex.

[84] Si pensi, in particolare, al rispetto della durata massima dell'orario di lavoro, prevista per il lavoro agile.

[85] G. GENTILE, *Orario di lavoro giornaliero: per la Corte di Giustizia sussiste l'obbligo di misurazione e rilevazione*, in *Diritti Lavori Mercati*, 2019, p. 621.

[86] T. TREU, *Introduzione*, in A. OCCHINO (a cura di), *Il lavoro e i suoi luoghi, cit.*, p. XVI-XVII.

[87] Risoluzione del 21 gennaio 2021, *cit.*, che definisce il diritto alla disconnessione come «il diritto dei lavoratori di non svolgere mansioni o comunicazioni lavorative al di fuori dell'orario di lavoro per mezzo di strumenti digitali, come

principale fondamento nel dovere dell'impresa di tutelare la salute e la sicurezza del lavoratore, garantendo i tempi di riposo dall'attività lavorativa in stretta connessione con la garanzia della sua vita privata, in attuazione dei precetti costituzionali sanciti dagli artt. 32 e 36, co. 2, Cost.[88]. La sua tutela dovrebbe quindi estendersi "oltre" il lavoro agile, per abbracciare tutti i lavoratori coinvolti in forme di lavoro che offrono al dipendente una forte autonomia organizzativa, con riguardo all'aspetto temporale della prestazione di lavoro. E proprio con riguardo ai vincoli temporali, lo stesso legislatore dovrebbe intervenire con una regolamentazione minimale dei criteri di definizione dell'orario di lavoro che – senza frustare gli spazi di individualizzazione e personalizzazione riconosciuti all'autonomia individuale – orientino le parti (individuali e collettive) nella individuazione della fascia di connettibilità. Solo in questo modo sarà possibile arginare possibili fenomeni elusivi che potrebbero frustrare la *ratio* del diritto alla disconnessione, o svuotarne di fatto il contenuto.

telefonate, *email* o altri messaggi […] senza correre il rischio di subire conseguenze negative, come il licenziamento e altre misure di ritorsione»

[88] R. PERRONE, *Il «diritto alla disconnessione» quale strumento di tutela di interessi costituzionalmente rilevanti*, in *questa Rivista*, 20 dicembre 2017, p. 16.

Professionalità, occupazione e tecnologia nella transizione digitale*

di Silvia Ciucciovino
Professoressa ordinaria di Diritto del lavoro
Università degli Studi Roma Tre

Abstract [It]: Il saggio prende in esame l'impatto della digitalizzazione sul mondo del lavoro con particolare attenzione alle vicende legate alle professionalità dei lavoratori ed al divario generazionale conseguente all'acquisizione delle nuove competenze digitali. Sul punto, un ruolo preminente nella ridistribuzione delle nuove professionalità viene affidato alla contrattazione collettiva e, in particolare, al CCNL del settore metalmeccanico.

Title: Professional skills, employment and technology in the digital transition
Abstract [En]: The essay examines the impact of digitalization on working world with particular attention to the events related to the professionalism of workers and the generational gap resulting from the acquisition of new digital skills. On this point, a prominent role in the redistribution of new skills is entrusted to collective bargaining, in particular, to the CCNL of the metalworking sector.

Parole chiave: economia digitale; professionalità; diritto soggettivo alla formazione; apprendimento permanente; CCNL metalmeccanici
Keywords: digital economy; professionalism; subjective right to training; lifelong learning; CCNL metalworkers

Sommario: 1. La sfida tecnologica e il *digital divided* tra lavoratori. Promozione della professionalità, personalizzazione delle tutele e nuove forme di concorrenza tra lavoratori. **2.** La professionalità dentro e fuori il contratto di lavoro, dentro e fuori la subordinazione. Dalle mansioni alla professionalità nell'art. 2103 c.c. e nel CCNL del settore metalmeccanico. **3.** Dal diritto soggettivo alla formazione alla promozione della professionalità. Competenze e professionalità un binomio inscindibile nell'era digitale e le sfide per la regolazione del lavoro. **4.** Il rinnovo del CCNL del settore metalmeccanico 2021 e il nuovo paradigma dell'apprendimento continuo come valore condiviso da imprese e lavoratori connesso alla valorizzazione della professionalità ai fini contrattuali. **5.** La messa in trasparenza della professionalità: registrazione, validazione, certificazione delle competenze, accertamenti pubblici e privati. Quale ruolo per l'autonomia collettiva? **6.** La tecnologia a servizio della occupazione, del *matching* domanda/offerta e della valorizzazione della professionalità: il dossier digitale del lavoratore, la dorsale informativa unitaria, *data analysis* per i mercati del lavoro.

1. La sfida tecnologica e il *digital divided* tra lavoratori. Promozione della professionalità, personalizzazione delle tutele e nuove forme di concorrenza tra lavoratori

L'impatto impresso dalle trasformazioni tecnologiche al sistema produttivo investe sempre più da vicino le caratteristiche del lavoro umano, le capacità e le competenze richieste e necessarie all'esercizio delle attività, la declinazione e valorizzazione dei ruoli professionali, le modalità di interazione del lavoratore con strumenti e sistemi produttivi e con altri lavoratori, la centralità dell'accumulo, sviluppo e spendibilità delle competenze, la riconfigurazione dei sistemi di classificazione del personale e dei relativi criteri di determinazione del valore del lavoro. Queste tematiche sono state al centro di un'ampia riflessione

* Articolo sottoposto a referaggio.

giuslavoristica nel primo di un ciclo di seminari promossi da LabChain nel novembre 2021[1], di cui il presente scritto raccoglie molte suggestioni.

La connessione tra il tema della trasformazione tecnologica e digitale ed il tema della promozione della professionalità e dell'occupazione dei lavoratori viene in questa sede trattata in una duplice prospettiva: da un lato, la tecnologia come variabile determinante dei nuovi modi di produrre e lavorare e, quindi, come vettore di cambiamento delle relazioni di lavoro dal punto di vista degli equilibri negoziali, delle modalità di lavoro, dei contenuti professionali della prestazione dedotta nello scambio negoziale, delle tecniche di tutela e della regolazione lavoristica (§ 2-5). Dall'altro lato la tecnologia come potente strumento, e quindi opportunità, sulla quale fare leva per concretizzare e rendere esigibili diritti e interessi di nuova generazione nel rapporto di lavoro e nel mercato del lavoro (§6).

La premessa, per quanto sommaria, da cui muovono le riflessioni che seguiranno riguarda un dato fenomenico evidente e ampiamente studiato e cioè che la rivoluzione digitale investe tutti i settori produttivi, da quelli più tradizionali a quelli più innovativi, e la digitalizzazione rappresenta uno dei principali *driver* della crescita, sia per le singole imprese sia per le economie nel loro complesso[2]. La competizione economica globale si gioca sempre di più sul terreno dell'economia digitale[3]. Come evidenziato dalla letteratura economica la creazione di conoscenza attraverso l'economia dei dati e delle informazioni è diventato ormai il principale processo di produzione di valore nelle società moderne[4]. Conseguentemente "le modalità di gestione della conoscenza sono diventate il principale problema politico, tecnico e valoriale, in termini non solo di accesso e disseminazione della conoscenza, ma anche di lotta all'entropia informativa e all'uso della conoscenza per la creazione tanto di poteri sottratti al controllo democratico come di immense disuguaglianze nella distribuzione della ricchezza"[5].

[1] Workshop "*Professionalità, occupazione, tecnologia*" Roma - Cnel, 3 novembre 2021, nell'ambito dei Labchain Workshops "*Dialoghi su innovazione, tecnologia e lavoro*". Al seminario, coordinato da S. Ciucciovino, hanno partecipato Cristina Alessi, Massimiliano Delfino, Umberto Gargiulo, Emanuele Menegatti, Pasquale Passalacqua, Riccardo Salomone, Vincenzo Luciani, Vincenzo Ferrante, Luciano Pero, Michele Tiraboschi, Roberto Trainito. Di seguito per brevità vi si farà riferimento come Seminario Labchain 3.11.2021, visionabile su canale youtube del Cnel.

[2] La letteratura sul punto è ormai sterminata. Sulle numerose prospettive di studio del tema si v. i contributi raccolti nel volume A. CIPRIANI, A. GRAMOLATI, G. MARI (a cura di), *Il lavoro 4.0: la Quarta Rivoluzione Industriale e le trasformazioni delle attività lavorative*, Firenze University Press, Firenze, 2018.

[3] L'Europa ha avviato la propria strategia per la digitalizzazione dell'economia, lanciando il programma Europa digitale 2021-2027. Il programma è funzionale ad assecondare il processo di digitalizzazione delle società e delle economie europee con cospicui investimenti (9,2 miliardi di euro) nei seguenti campi: i. accrescere la digitalizzazione e la competitività delle imprese europee; ii. sviluppare e rafforzare le competenze digitali negli Stati membri; iii. favorire l'incontro tra domanda ed offerta di *skill* digitali nel mercato del lavoro europeo.

[4] J. E. STIGLITZ, B. C. GREENWALD, *Creare una società dell'apprendimento. Un nuovo approccio alla crescita, allo sviluppo e al progresso sociale*, Einaudi, Torino, 2018.

[5] L. TRONTI, *Diritto alla conoscenza e partecipazione cognitiva: la transizione dalla formazione continua all'apprendimento organizzativo*, in corso di pubblicazione e ivi i riferimenti essenziali alla dottrina economica. E. RULLANI, *Economia della conoscenza. Creatività e valore nel capitalismo delle reti*, Carocci, Roma, 2004.

In questo contesto generale emergono nuove forme di *concorrenza* sia fra lavoratori che fra imprese, legate alla effettiva disponibilità e alla capacità di dominare competenze, risorse e infrastrutture digitali e tecnologiche.

La capacità di cogliere le opportunità della rivoluzione digitale e di "stare sul mercato", per lavoratori ed imprese, dipende oggi in buona parte dall'agibilità di alcuni fattori abilitanti dell'economia digitale[6], tra i quali vanno annoverate principalmente la formazione e le competenze digitali[7].

Proprio rispetto all'effettiva accessibilità delle competenze digitali e più in generale delle competenze trainanti il cambiamento tecnologico, sta progressivamente prendendo corpo una sorta di *digital divide* nel mondo del lavoro. Un divario, in parte già in atto e destinato a crescere esponenzialmente in assenza di adeguate contromisure[8], che rischia di lasciare ai margini quei lavoratori che non riescono a dotarsi delle competenze e della professionalità adeguate a stare al passo con l'evoluzione tecnologica e con i bisogni di innovazione delle imprese. Si generano così nuove polarizzazioni[9], in questo caso connesse alle competenze professionali e alla formazione che le rende concretamente accessibili, con la creazione di mercati ristretti e privilegiati per le professionalità più richieste e di difficile reperimento[10]. Professionalità in larga parte legate al dominio di competenze in ambito STEM (Science, Technology, Engineering and Mathematics) con tutte le implicazioni discriminatorie dirette e indirette che ne seguono, sia dal punto di vista del *gender gap* per la nota sottorappresentazione del genere femminile in questi ambiti disciplinari[11], sia dal punto di vista generazionale, per la maggiore difficoltà di adeguamento del corredo di competenze da parte dei lavoratori anagraficamente più maturi[12].

---

[6] Una ricerca recente condotta dalle Università romane e dal Centro Economia Digitale (AA.VV., *Libro Bianco Economia digitale*, a cura del Centro Economia Digitale, 2020) evidenzia come i processi di digitalizzazione dell'economia e della società sono sostenuti da elementi abilitanti di natura infrastrutturale, tecnologica e di sistema. Governare questi processi di trasformazione digitale orientandoli nel senso della inclusività e della sostenibilità è essenziale per una crescita e un progresso equilibrato.

[7] V. CIRILLO, R. EVANGELISTA., D. GUARASCIO, M. SOSTERO, *Digitalization, routineness and employment: an exploration on Italian task-based data*, in *INAPP Punlic Policy Innovation¸ Working Paper*, n. 10, 2020.

[8] Anche in tale prospettiva va guardata con favore la Strategia Nazionale per le Competenze digitali Strategia Italia 2025 per uno "Sviluppo inclusivo e sostenibile" fondato sulla premessa che le competenze digitali costituiscono un asse strategico fondamentale per la crescita sociale ed economica del Paese.

[9] M. BARBERA, *Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale, fra differenziazione e universalismo delle tutele*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, n. 158, 2018, p. 403 ss. L. PENNACCHI, *Innovazione e lavoro: la cerniera umanistica tra macroeconomia e microeconomia*, in A. CIPRIANI, A. GRAMOLATI, G. MARI (a cura di), *Il lavoro 4.0: la Quarta Rivoluzione Industriale e le trasformazioni delle attività lavorative*, cit. p. 389 ss.

[10] Per una panoramica delle dinamiche in atto cfr. *The Future of Jobs Report 2020* del World Economic Forum; INAPP-ISTAT, *Indagine Campionaria sulle Professioni*, 2020.

[11] Il Rapporto tematico AlmaLaurea "*Laureate e laureati: scelte, esperienze e realizzazioni professionali*", 2022 mette in evidenza come le donne che conseguono il titolo in percorsi STEM sono il 18,9% mentre gli uomini il 39,2%. Un dato ancora più significativo e preoccupante se si considera la maggior partecipazione delle donne all'istruzione universitaria (nel 2020 le donne hanno rappresentato quasi il 60% dei laureati in Italia).

[12] *Next generation Italia execution*, a cura di R. CERRA – F. CRESPI, Centro Economia Digitale, 2021, documenta il *digital dived* delle competenze digitali in Europa e in Italia ed evidenza la relativa penalizzazione di anziani, donne e soggetti dotati di bassi livelli di istruzione.

Si comprende allora come sia un compito proprio, oltre che delle politiche pubbliche, anche del diritto del lavoro, insito nel suo DNA originario, trovare soluzioni idonee a controbilanciare queste sperequazioni e queste nuove cause di concorrenza attuale e potenziale tra lavoratori, per fare in modo che l'opportunità della crescita connessa alla trasformazione digitale non generi nuove disparità di potere negoziale e polarizzazioni indesiderate nel mercato del lavoro[13].

Uno dei primi presidi da garantire per evitare questi pericoli è dunque connesso all'offerta di effettive opportunità ai lavoratori nell'acquisizione di risorse o capacità necessarie a partecipare alla società dell'informazione ed a sviluppare e mantenere una professionalità in linea con la domanda espressa dal sistema produttivo. La formazione (o meglio, come si dirà in seguito, l'apprendimento) va vista come contromisura alle asimmetrie distributive delle competenze abilitanti. Ma anche come un vettore di "soggettivazione regolativa" per l'acquisizione da parte dei lavoratori di un maggiore spazio di libertà sostanziale nel rapporto di lavoro e nelle traiettorie professionali[14]. Ecco allora che attraverso dispositivi contrattuali, a livello individuale e a livello collettivo, orientati allo sviluppo delle competenze avanza anche una prospettiva più personalistica e individualizzata delle tutele lavoristiche, capace di valorizzare, più del passato, il contributo che il lavoratore fornisce alla produzione, come singolo e non solo come appartenente ad una collettività[15]. Valorizzare le competenze riconoscendo ad esse un valore nella prospettiva dei trattamenti significa quindi anche aprire, in una cornice di regole uniformi, le porte ad una personalizzazione delle tutele e delle opportunità di crescita professionale.

La contrattazione collettiva, oltre che il legislatore e le istituzioni, ciascuno nel proprio ambito, sono investiti di questo compito, ma è lecito domandarsi fino a che punto la riflessione politica e la visione strategica di questi attori sia matura per farsi carico dei temi proposti. Come giuslavoristi occorre poi domandarsi in che misura le norme vigenti, di fonte legale e contrattual-collettiva, siano adeguate a fornire risposta a queste importanti sfide.

2. La professionalità dentro e fuori il contratto di lavoro, dentro e fuori la subordinazione. Dalle mansioni alla professionalità nell'art. 2103 c.c. e nel CCNL del settore metalmeccanico

Dal punto di vista giuslavoristico siamo abituati a pensare alla professionalità principalmente nell'ambito del rapporto di lavoro subordinato nella prospettiva dei limiti di esercizio dello *ius variandi* datoriale e quindi dei confini della subordinazione secondo quanto disposto dall'art. 2103 c.c.

[13] A. MARESCA, *Il nuovo mercato del lavoro e il superamento delle diseguaglianze: l'impatto della digitalizzazione e del remote working*, in q. riv.

[14] A. PERULLI, *La "soggettivazione regolativa" nel diritto del lavoro*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT* – 365/2018, p.11.

[15] S. FRANCHI, *Scrivere la storia. Progettare il futuro*, in AA.VV. (a cura di), *Dalla prima alla quarta rivoluzione industriale. Storia delle relazioni industriali dei metalmeccanici*, Solferino, Milano, 2021, p. 12 ss.

Dopo le modifiche apportate alla norma codicistica dal Jobs Act (d. lgs. n. 81/2015) la tutela della professionalità è passata da un modello di protezione statico o, meglio, verticalmente ascendente (segnato dal criterio legale della equivalenza professionale in senso sostanziale delle nuove mansioni rispetto a quelle precedentemente svolte) affidato principalmente al controllo del giudice, ad un modello dinamico ispirato alla maggiore mobilità del lavoratore in senso orizzontale e verticale, dove la polifunzionalità e polivalenza delle mansioni sono guardate come un valore. Nella cornice dell'art. 2103 c.c. la professionalità può trovare uno sviluppo coerente con una rinnovata concezione della flessibilità funzionale meno rigida del passato, affidata al governo dell'autonomia collettiva[16] attraverso il sistema della classificazione professionale.

Nel nuovo quadro legislativo la classificazione contrattuale, almeno sulla carta (vista la scarsa implementazione che la norma ha effettivamente ricevuto nei rinnovi contrattuali che, salvo poche eccezioni, sono rimasti ancorati agli inquadramenti degli anni Settanta del secolo scorso), allarga la propria funzione da quella classica, principalmente orientata alla definizione della scala retributiva in funzione della descrizione dei ruoli professionali, ad una più ampia e rinnovata funzione che si proietta verso il *governo* della mobilità professionale. Infatti dalla contrattazione collettiva, e non più dal criterio legale dell'equivalenza professionale sottoposto al sindacato giudiziale, dipendono ormai i limiti del potere unilaterale di modifica delle mansioni, che potrà spaziare con maggiore flessibilità entro tutte le mansioni e i ruoli previsti nei livelli di inquadramento contrattualmente stabiliti, di appartenenza del lavoratore.

Ma sarebbe riduttivo limitare la portata della norma codicistica soltanto ad una diversa e più flessibile (più attenuata, secondo una parte della dottrina) disciplina delle mansioni esigibili. Perché in realtà l'art. 2103 c.c. va oltre la prospettiva delle mansioni, come oggetto del contratto di lavoro, per abbracciare un'idea di sviluppo della professionalità[17] pur nel contesto dei limiti all'esercizio del potere direttivo datoriale, come punto di equilibrio tra potere dell'impresa e interesse alla crescita professionale del lavoratore. Uno sviluppo che trova emblematicamente il suo perno in quell'obbligo formativo che deve accompagnare il mutamento unilaterale di mansioni, previsto dal terzo comma dell'art. 2103 c.c., così rilevante – in quanto inserisce per la prima volta la componente formativa in modo sistematico nel

[16] Sulla tematica con specifico riferimento alle questioni poste all'autonomia individuale e all'autonomia collettiva dallo sviluppo tecnologico e dalla interazione tra l'uomo e la macchina intelligente si v. M. FAIOLI, *Mansioni e macchina intelligente*, Giappichelli, Torino, 2018.

[17] M. CORTI, *Jus variandi e tutela della professionalità dopo il "Jobs Act" (ovvero cosa resta del-l'art. 13 dello Statuto dei lavoratori)*, in *Variazioni su Temi di Diritto del Lavoro,* n. 2, 2016; C. ALESSI, *Professionalità, contratto di lavoro e contrattazione collettiva, oggi*, in *Professionalità e contrattazione collettiva*, in *Professionalità studi*, 2018, p. 23 ss.

contratto di lavoro subordinato standard[18] – quanto sottovalutato[19], sia dalla riflessione dottrinale nell'interpretazione della norma[20], sia dalla stessa contrattazione collettiva che non ha saputo cogliere l'opportunità di utilizzarlo (anche) in chiave promozionale delle competenze e quindi della crescita professionale dei lavoratori.

Anche i contratti collettivi che hanno regolato in modo più avanzato il diritto soggettivo alla formazione, come quello dei metalmeccanici (cfr. *infra* § 4), non si sono posti nella prospettiva del terzo comma dell'art. 2103 c.c., che rimanda ad un obbligo del datore di lavoro "complementare all'esercizio del potere del datore di lavoro di variazione delle mansioni"[21], bensì in quella diversa dei piani di accumulazione del capitale umano e di promozione della impiegabilità del lavoratore.

Ma la prospettiva dello sviluppo della professionalità adottata dal legislatore del 2015 si alimenta proprio grazie all'obbligo formativo e un'analoga prospettiva, seppure parzialmente, è rintracciabile anche nel comma sesto dell'art. 2103, dove i patti in deroga da stipularsi in sede protetta rinviano ad un'idea di autonomia negoziale assistita[22] e personalizzazione della disciplina legale mirata alla realizzazione dell'interesse del lavoratore anche "all'acquisizione di una diversa professionalità"[23]. Nel commento[24], ma anche nell'utilizzazione pratica della norma, è però prevalsa una visione del sesto comma compromissoria e riduttiva dei diritti dei lavoratori, che ha gioco-forza lasciato sullo sfondo le potenzialità in senso promozionale del perseguimento di nuovi e *diversi* percorsi professionali mediante gli accordi individuali

[18] M. NAPOLI, *Contratto e rapporti di lavoro, oggi, in Le ragioni del diritto. Scritti in onore di L. Mengoni*, Tomo II, Milano, Giuffré, 1995, p. 1158 ss.

[19] V. invece R. DEL PUNTA, *Un diritto per il lavoro 4.0.*, in A. CIPRIANI, A. GRAMOLATI, G.MARI (a cura di), *Il lavoro 4.0: la Quarta Rivoluzione Industriale e le trasformazioni delle attività lavorative*, Firenze University Press, Firenze, 2018, p. 225 ss., spec. p. 234; C. ALESSI, *Professionalità, contratto di lavoro e contrattazione collettiva, oggi*, cit., p.

[20] Viceversa la valorizzazione della connessione tra sviluppo della professionalità e formazione nell'art. 2103 c.c. e nello sviluppo della contrattazione collettiva è sostenuta, con diverse sfumature, da C. ALESSI, P. PASSALACQUA, V. FERRANTE, negli interventi al Seminario Labchain 3.11.2021. In tema, anche per una ricostruzione delle posizioni dottrinali, si v. ampiamente M. CORTI, *L'edificazione del sistema italiano di formazione continua dei lavoratori*, in *Riv. giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, n. 58, 2007, pp. 163-244; dello stesso A., *Dalla tutela della professionalità e del posto di lavoro alla formazione continua e ai servizi per l'impiego. I 40 anni degli artt. 13 e 18 st. lav.*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, n. 30, 2011, pp. 125-149. Si vedano inoltre i deversi contributi del fascicolo tematico *Professionalità e contrattazione collettiva*¸ *Professionalità Studi*, n. 1/2018.

[21] Così A. MARESCA, *Il contratto collettivo nazionale di categoria dei meccanici: profili normativi*, in AA.VV*., Dalla prima alla quarta rivoluzione industriale. Storia delle relazioni industriali dei metalmeccanici*, Solferino, Milano, 2021, p. 334 ss. (qui p. 372).

[22] Non si tratta di atti dispositivi di diritti, ma di accordi che modificano *pro futuro* le regole applicabili al rapporto di lavoro. Sul punto sia consentito rinviare a S. CIUCCIOVINO, Voce *Certificazione dei contratti di lavoro*, in Treccani *Diritto Online - Approfondimenti Enciclopedici*, Treccani, Roma, 2016. R. VOZA, *L'adibizione a mansioni inferiori mediante patti in deroga nel riformato art. 2103 c.c.*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2017, p. 3 ss.

[23] Per una critica della disposizione, considerata velata di ipocrisia, U. GARGIULO, *Lo* jus variandi *nel "nuovo" art. 2103 cod. civ.*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2015, I, p. 621 ss.

[24] C. ZOLI, *La disciplina delle mansioni*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 348.

in sede protetta attraverso i quali il legislatore (ri)consegna al lavoratore degli spazi controllati di maggiore libertà[25].

È stato notato come il contratto di lavoro subordinato si avvia a diventare un contratto relazionale il cui oggetto è determinato sempre meno dalle mansioni in senso oggettivo e sempre più dalla competenza, dal sapere e dalla capacità in continua evoluzione della persona inserita nell'organizzazione[26].

L'art. 2103 c.c. si presta senz'altro ad essere letto in questa prospettiva evolutiva. La possibilità che la norma possa funzionare per accrescere i margini di libertà del lavoratore anziché la sua soggezione al potere datoriale in definitiva dipende dalla capacità dell'autonomia collettiva di dare attuazione al programma sotteso alla norma. Si tratta di superare la logica degli inquadramenti del Novecento funzionali alla determinazione dei livelli retributivi, per abbracciare un nuovo approccio dove l'inquadramento diventa leva per l'organizzazione del lavoro e strumento di gestione delle risorse umane e il contratto collettivo è chiamato a disciplinare non più tanto il "cosa" ma il "come" della prestazione lavorativa, lasciando lo spazio per le relazioni individuali e collettive orientate ad una dinamica soggettiva della professionalità basata sull'apprendimento continuo[27].

Una sfida, questa, che il CCNL dell'industria metalmeccanica e della installazione di impianti sottoscritto da Federmeccanica, Assistal e Fim, Fiom, Uilm nel 2021[28] ha saputo raccogliere dando vita ad un cambiamento epocale del sistema di inquadramento contrattuale dove le mansioni e il ruolo in senso oggettivo/materiale tramontano per fare spazio "ai criteri di professionalità"[29] e facendo evolvere il diritto soggettivo alla formazione in un sistema di apprendimento permanente (cfr. *infra* § 4).

Non si tratta qui di sostituire le *competenze* alle *mansioni*[30], impresa inopportuna prima ancora che ardua, ma di descrivere e classificare l'*apporto* che il singolo fornisce all'organizzazione del lavoro in modo più ricco del passato, dove la materialità delle mansioni ed il grado di autonomia/responsabilità (il ruolo), si arricchiscono di un portato nuovo e soggettivo, centrato sulle competenze[31] effettivamente *agite* proprie

[25] B. CARUSO, *Strategie di flessibilità funzionale e di tutela dopo il Jobs Act: fordismo, post fordismo e industria 4.0*, in *Giorn. Dir. Rel. Ind.*, 2018, p. 81 ss. (spec. 116).

[26] B. CARUSO, *op. cit.*, p. 109.

[27] M. TIRABOSCHI, *Tra due crisi, tendenze di un decennio di contrattazione*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2021, 1, p. 143 ss.

[28] Sulla portata innovativa del CCNL del settore metalmeccanico nel sistema delle relazioni industriali sin dal precedente rinnovo v. A. MARESCA, *Il rinnov(ament)o del contratto collettivo dei metalmeccanici: c'è ancora un futuro per il contratto collettivo nazionale di categoria*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2017, 3, p. 716.

[29] I criteri di professionalità sono: autonomia-responsabilità gerarchico/funzionale, competenza tecnico-specifica, competenze trasversali, polivalenza, polifunzionalità, miglioramento continuo ed innovazione correlati ai nuovi sistemi integrati di gestione. Per un ampio commento A. PRETEROTI, S. CAIROLI, *Il nuovo inquadramento professionale nell'industria metalmeccanica 4.0*, in G. ZILIO GRANDI (a cura di), *Commentario al CCNL metalmeccanici 5 febbraio 2021*, Torino, 2021, p. 141 ss.

[30] A. PRETEROTI, S. CAIROLI, *Il nuovo inquadramento professionale nell'industria metalmeccanica 4.0*, cit. p. 156.

[31] La competenza è la risultante di due componenti, le conoscenze (sapere) e le abilità (saper fare). Il sistema di certificazione delle competenze è basato su questo criterio definitorio che indirizza anche le modalità descrittive delle competenze. Si v. in proposito il D. Lgs. n. 13/2013 e i relativi provvedimenti attuativi, da ultimo il decreto del Ministero del Lavoro 5 gennaio 2021 "*Disposizioni per l'adozione delle linee guida per l'interoperatività degli enti pubblici titolari del sistema*

del profilo, nonché sul grado di capacità del singolo di concorrere al miglioramento e all'innovazione. Chiaro è che non è sufficiente[32] il possesso di una competenza – anche eventualmente certificata[33] – per avere un riflesso automatico sull'inquadramento, piuttosto è l'esercizio in concreto di una attività connotata da un complesso di competenze – non soltanto tecnico-specifiche ma anche trasversali – a descrivere, meglio delle mansioni, l'apporto professionale del singolo nei nuovi contesti organizzativi e gestionali e quindi a qualificarlo ai fini contrattuali. Dunque un sistema descrittivo molto più fluido e adattabile alle singole realtà aziendali[34], ma anche più centrato sull'apporto competenziale e sul potenziale professionale della persona, che stacca in modo epocale la pretesa di classificazione uniformante del vecchio sistema di inquadramento.

Come detto, nell'ordinamento lavoristico la tutela della professionalità trova la propria sede regolativa essenzialmente nell'art. 2103 c.c. e nella contrattazione collettiva, quindi quasi esclusivamente nell'ambito del rapporto di lavoro subordinato[35]. Rimane molto meno presidiata tutta la sfera del lavoro autonomo e di quello delle professioni non ordinistiche rispetto alla quale siamo in presenza di un sistema destrutturato e lasciato in mano, al di fuori di ogni controllo, ad un mercato privato di "certificazioni professionali"[36].

Nell'ambito delle professioni non organizzate in albi o ordini la l. 4 gennaio 2013, n. 4 apre la strada a forme aggregative e di rappresentanza con lo scopo precipuo di promozione e qualificazione delle attività professionali anche con poteri di verifica del rispetto e della congruità degli standard professionali e qualitativi dell'esercizio dell'attività e dei codici di condotta definiti dalle stesse associazioni (art. 3). Ai medesimi soggetti spetta rilasciare attestazioni (art. 7) anche relative agli standard qualitativi e di qualificazione professionale che gli iscritti sono tenuti a rispettare nell'esercizio dell'attività professionale. Nella sfera del lavoro autonomo, nell'ambito del ridisegno delle tutele operato dalla l. n. 81/2017, sono previste quali misure di promozione dello sviluppo formativo e della professionalità: la deducibilità fiscale

nazionale di certificazione delle competenze". La competenza è ivi definita come la "comprovata capacità di utilizzare, in situazioni di lavoro, di studio o nello sviluppo professionale e personale, un insieme strutturato di conoscenze e di abilità acquisite nei contesti di apprendimento formale, non formale o informale".

[32] R. DEL PUNTA, *Un diritto per il lavoro 4.0.*, *cit.*, p. 278.

[33] Il sistema di certificazione delle competenze stenta a decollare anche per la regionalizzazione dell'impianto voluto dal legislatore. Si estrinseca in un atto pubblico che attesta una competenza riferita ad una qualificazione rientrante in un repertorio riconosciuto da un ente pubblico titolare ricompreso nel Repertorio nazionale di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 16 gennaio 2013, n. 13. Spetta ad un ente titolato che si attiene ai livelli essenziali delle prestazioni e agli standard minimi di cui al decreto legislativo 16 gennaio 2013, n. 13. Sul punto si tornerà *infra* § 5.

[34] L. IMBERTI, S. MOIA, *Ccnl metalmeccanici 2016 e contrattazione aziendale: un tentativo di tipizzazione*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2020, 167, 3, p. 471 ss.

[35] La questione non è nuova. In tema M. NAPOLI, *La professionalità*, in *Il diritto del lavoro tra conferme e sviluppi,* Giappichelli, Torino, 2006, p. 490.

[36] M. TIRABOSCHI, *Mercati transizionali e possibili linee evolutive della regolazione giuridica del lavoro*, in S. CIUCCIOVINO, D. GAROFALO, A. SARTORI, M. TIRABOSCHI, A. TROJSI, L. ZOPPOLI (a cura di), *Flexicurity e mercati transizionali del lavoro. Una nuova stagione per il diritto del mercato del lavoro?*, ADAPT, Modena, 2021, p. 228 ss.; R. TRAINITO, Intervento al seminario Labchain 3.11.2021.

delle spese di formazione e accesso alla formazione permanente, incluse le spese per i servizi personalizzati di certificazione delle competenze, orientamento, ricerca e sostegno all'auto-imprenditorialità (art. 9); nonché sportelli dedicati ai lavoratori autonomi da parte dei servizi per il lavoro pubblici e privati (art. 10) per l'offerta di servizi dedicati informativi e di orientamento.

Manca un disegno organico e qualsiasi misura specifica per le collaborazioni coordinate e continuative, anche per quelle rese "tramite piattaforme digitali" di cui al Capo V-*bis*, d.lgs. 81/2015 inserito dall' art. 1, comma 1, lett. c), d.l. 3 settembre 2019, n. 101, convertito, con modificazioni, dalla l. 2 novembre 2019, n. 128.

Fuori dal lavoro subordinato, siamo quindi in presenza di un quadro normativo immaturo, in attesa di essere sviluppato con maggiore organicità poiché proprio per le forme di lavoro autonomo più deboli il fabbisogno di formazione e di sviluppo della professionalità è elevato, soprattutto nell'ottica dell'allineamento delle competenze alle nuove sfide tecnologiche e digitali e della maggiore uniformità nella messa in trasparenza degli standard professionali e di qualificazione.

3. Dal diritto soggettivo alla formazione alla promozione della professionalità. Competenze e professionalità un binomio inscindibile nell'era digitale e le sfide per la regolazione del lavoro

La percezione del valore chiave della formazione all'interno del rapporto di lavoro come forma di tutela del lavoro di nuova generazione e come investimento per la competitività aziendale sta progressivamente maturando sia in ambito privato che in ambito pubblico[37]. Il ruolo dell'autonomia collettiva in questo percorso è di primaria importanza per far sì che la formazione sia concepita non soltanto come "un diritto a cui corrisponde un dovere" ma come una opportunità per i lavoratori e per le imprese[38]. A tal fine è importante fare un salto di qualità nella concezione del ruolo della formazione da diversi punti di vista.

a) Innanzitutto è bene che la formazione venga davvero concepita come un valore condiviso da imprese e lavoratori e non quindi soltanto come una partita di scambio confinata nella logica diritto/dovere. Ciò significa che le stesse organizzazioni produttive devono adottare una visione orientata all'apprendimento come processo sociale e produttivo[39] dove la formazione continua e l'apprendimento organizzativo diventano un fattore determinante dei processi di innovazione organizzativa sia in ambito privato che

[37] Per interessanti considerazioni sul versante pubblicistico v. gli interventi al Seminario Labchain 3.11.2021 di U. GARGIULO e di V. LUCIANI.

[38] S. FRANCHI, *Scrivere la storia. Progettare il futuro*, *cit.*, p. 19. Sul tema della formazione continua si rinvia a M. CORTI, *L'edificazione del sistema italiano di formazione, cit.*, p. 163 ss.

[39] L. TRONTI, *Diritto alla conoscenza e partecipazione cognitiva*, *cit.*

pubblico[40]. Dal punto di vista delle relazioni collettive, la materia si presta quindi ad essere trattata in ottica partecipativa, specialmente attraverso la bilateralità, piuttosto che in ottica rivendicativa.

b) In secondo luogo la formazione deve essere ben direzionata, attraverso la pianificazione e il monitoraggio, al raggiungimento di risultati e obiettivi definiti *ex ante*, oltre le logiche autoreferenziali che a volte disperdono il valore dell'investimento e lasciano in secondo piano il risultato finale. Ciò significa avanzare verso una prospettiva di progettazione dei percorsi formativi per competenze, andando oltre l'idea consolidata nel diritto del lavoro della formazione come *processo*, per abbracciare piuttosto la logica dell'apprendimento, cioè del conseguimento e valutazione delle competenze in uscita dai percorsi formativi e dunque in una prospettiva necessariamente personalizzata. Significa in ultima analisi passare dal diritto soggettivo alla formazione all'apprendimento permanente[41].

c) In terzo luogo occorre che l'apprendimento sia strutturato in modo continuo, lungo tutte le varie fasi della vita attiva dell'individuo, e indipendentemente dal suo *status* professionale[42]. L'apprendimento permanente, quindi, va visto come *life-long learning* centrato sulla persona per l'accumulazione di un patrimonio di competenze riconoscibile e spendibile come diritto sociale della persona di nuova generazione[43] nel rapporto di lavoro ma anche nel mercato del lavoro, a garanzia della mobilità professionale all'interno e all'esterno dell'impresa. In questa prospettiva la sfida per l'autonomia collettiva e per gli stessi fondi interprofessionali è rilevante[44].

Occorre trovare allora dispositivi legali e contrattuali che inseriscano l'apprendimento all'interno del rapporto di lavoro *standard* in tutto l'arco di durata del rapporto di lavoro. La contrattazione collettiva può farsi carico a pieno titolo di questa istanza. Ad esempio affiancando ai contratti di lavoro a finalità formativa (come l'apprendistato[45]), soluzioni più moderne atte a rispondere trasversalmente all'esigenza del *reskilling* e *upskilling* del personale, pensando per esempio ad un "patto di apprendimento" come clausola aggiuntiva da inserire volontariamente in qualsiasi contratto, subordinato e autonomo, e indipendentemente dall'età, che a fronte di un preciso piano formativo e di aggiornamento delle

[40] L. PAIS, A.M. PONZELLINI (a cura di), *Il tassello mancante. L'intervento organizzativo come leva strategica per la transizione tecnologica*, Feltrinelli, Milano, 2021. L. PERO, Intervento al Seminario Labchain 3.11.2021.

[41] In argomento sia consentito rinviare a S. CIUCCIOVINO, *Apprendimento e tutela del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2013; S. CIUCCIOVINO, *Contrattazione collettiva e politiche attive del lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, n. 4, 2021, p. 641 ss.; S. CIUCCIOVINO, *Apprendimento permanente*, in *Libro dell'Anno del Diritto*, Enciclopedia Treccani, Roma, 2013.

[42] C. ALESSI, Intervento al Seminario Labchain 2021.

[43] Sulla scia della proposta di A. SUPIOT, *Beyond Employment. Changes in Work and the Future of Labour Law in Europe*, Oxford, 2001, G. SCHMIDT, *Il lavoro non standard. Riflessioni nell'ottica dei mercati transizionali del lavoro*, in *Dir. relaz. ind.*, n. 1, 2011, p. 20. Sul tema in ottica giuslavoristica si v. ampiamente L. CASANO, *Contributo all'analisi giuridica dei mercati transizionali del lavoro*, ADAPT, Modena, 2020.

[44] P. ALBINI, *Alcune riflessioni a margine del rinnovo dei metalmeccanici*, in G. ZILIO GRANDI (a cura di), *Commentario al CCNL metalmeccanici 5 febbraio 2021*, cit., p. 235 ss. che parla della necessità di "definire un bilanciamento fra le logiche della dimensione collettiva e quella individuale … anche nella prospettiva di accompagnare le transizioni occupazionali legate alle nuove tecnologie e alle trasformazioni dei mercati" pp. 239-240.

[45] Si v. M. DELFINO, *Intervento* al Seminario Labchain 3.11.2021 sul tema dell'apprendistato e nuove tecnologie.

competenze, potrebbe caratterizzare in senso speciale la disciplina del rapporto di lavoro (dal punto di vista di orari, retribuzione, ecc.) e potrebbe essere sostenuto dal legislatore con opportuni incentivi.

d) Da ultimo la principale sfida per i soggetti produttivi pubblici e privati è mettere in comunicazione il sistema dell'apprendimento permanente con il sistema della valorizzazione della professionalità e dei criteri di definizione della retribuzione come misura del valore professionale dell'apporto lavorativo del singolo[46]. È questa l'innovazione più importante ancora da affrontare, compito molto delicato per le relazioni industriali perché tocca, da un lato, la riforma dei sistemi di classificazione del personale ponendo la questione di come la professionalità e le competenze possano entrare a far parte dell'inquadramento e incidere sui percorsi di mobilità e carriera. Dall'altro, tocca la questione della misurazione del valore monetario del lavoro, quindi della retribuzione, passando da un sistema tradizionale standardizzato informato al criterio orario e correlato al parametro quantitativo del tempo di lavoro[47], ad un sistema più evoluto, centrato su criteri di valutazione qualitativa del lavoro e dell'apporto professionale evidenziato nel contesto organizzativo anche attraverso le competenze agite[48].

Una nuova frontiera, questa, molto sfidante che porta le relazioni industriali a fare necessariamente i conti nell'era digitale con un nuovo modo di atteggiarsi del binomio individuale/collettivo[49] a fronte di una progressiva individualizzazione e differenziazione delle condizioni professionali del lavoro[50] e con un nuovo modo di integrazione del lavoro umano nelle organizzazioni produttive, sempre più incentrato sull'apporto cognitivo e creativo dell'individuo cui si chiede di operare in forma collaborativa in

---

[46] M. FAIOLI, *Mansioni*, *cit.*, p. 191 ss.;

[47] Interessanti spunti a questo riguardo sono stati offerti nel Seminario Labchain 3.11.2021 da P. PASSALACQUA, che fa riferimento ad una progressiva evoluzione dell'orario da orario di lavoro a orario di servizio, inteso come fattore organizzativo e come declinazione dinamica della professionalità con riflessi sull'apprezzamento del diligente adempimento, sulla nozione stessa di subordinazione e sulla valutazione del rendimento del lavoratore. Cfr. anche V. FERRANTE che nel suo Intervento ha soffermato l'attenzione sulla tutela della professionalità nella contrattazione collettiva e nella giurisprudenza alla luce della novella del 2015. I contributi sul tema degli studiosi di organizzazione e di sociologia del lavoro sono numerosi. Tra i tanti si v. G. DELLA ROCCA, *Il lavoro in digitale, il tempo e gli orari: la crisi del sistema degli orari standard*, in A. CIPRIANI, A. GRAMOLATI, G.MARI (a cura di), *Il lavoro 4.0: la Quarta Rivoluzione Industriale e le trasformazioni delle attività lavorative*, *cit.*, p. 251 ss.

[48] E. MENEGATTI, Intervento al Seminario Labchain 3.11.2021, si sofferma sulla difficoltà dei meccanismi di *wage-setting* italiani a garantire, non solo una retribuzione minima sufficiente rispetto agli standard sociali, ma anche, di riflesso, una retribuzione corrispettivo adeguata alla variabile qualitativa del lavoro connessa alla professionalità. V. anche M. TIRABOSCHI, *Conclusioni* Seminario Labchain 3.11.2021, cit. e dello stesso A. *Mercati transizionali e possibili linee evolutive*, *cit.*, p. 228.

[49] L. ZOPPOLI, *Rappresentanza collettiva e mercati transizionali del lavoro: le prospettive del cambiamento*, in S. CIUCCIOVINO, D. GAROFALO, A. SARTORI, M. TIRABOSCHI, A. TROJSI, L. ZOPPOLI (a cura di), *Flexicurity e mercati transizionali del lavoro, cit.*, p. 221 ss.

[50] E. RULLANI, *Lavoro in transizione: trasformazioni delle imprese e nuove forme di lavoro*, in *Dalla prima alla quarta rivoluzione industriale*, *cit.*, p. 147 ss., che diffusamente si intrattiene sul fenomeno di *spiazzamento* del lavoro come *soggetto collettivo* indotto dalla rivoluzione digitale dovuto anche al venir meno dello standard del tempo di lavoro fordista come criterio uniformante del lavoro e della irreversibilità di un fenomeno di emersione di individualità e differenziazioni come sfida ineludibile delle relazioni industriali del futuro chiamate a creare una "cornice relazionale di rapporti tra le parti che hanno la necessità di differenziare le proprie condizioni di lavoro in modo autonomo, rispetto alle condizioni generali"(spec. p. 224).

autonomia e responsabilità[51], che non sul paradigma fordista della messa a disposizione da parte del lavoratore di energie psicofisiche per un tempo (pre)definito in forme organizzative di carattere prevalentemente verticale e gerarchico.

4. Il rinnovo del CCNL del settore metalmeccanico 2021 e il nuovo paradigma dell'apprendimento continuo come valore condiviso da imprese e lavoratori connesso alla valorizzazione della professionalità ai fini contrattuali

Rispetto alle questioni appena evidenziate, una tappa di innovazione importante nella regolazione contrattuale collettiva è senz'altro rappresentata del rinnovo del CCNL del settore metalmeccanico del 2021[52]. Si è già detto (cfr. *supra* § 2) come il rinnovo contrattuale riformi radicalmente il sistema di inquadramento contrattuale, ancorandolo non più alle mansioni[53], ma a criteri poliedrici di professionalità dove trovano considerazione, tra gli altri elementi, anche le competenze tecnico-specifiche e trasversali, oltre che la polifunzionalità, la polivalenza e la capacità di innovazione e miglioramento continuo.

Ciò che interessa qui notare è che nel rinnovo del 2021 si assiste ad un notevole avanzamento del ruolo riconosciuto dal CCNL alla formazione e allo sviluppo delle competenze rispetto alle già importanti novità contenute nel rinnovo del 2016, quando era stato introdotto il diritto soggettivo alla formazione.

Innanzitutto si può dire che con il rinnovo contrattuale del 2021 viene a maturazione un avanzamento della prospettiva dalla formazione come diritto del lavoratore, all'apprendimento permanente come valore condiviso da impresa e lavoratore.

Ciò è ben evidenziato da quelle previsioni contrattuali con le quali le parti espressamente "concordano che la formazione debba rispondere alle esigenze di aziende e lavoratori, rappresentando così un investimento e un valore condiviso per tutti i soggetti coinvolti"[54].

Una previsione dal valore emblematico di un approccio più evoluto che va oltre l'affermazione, già presente nel testo del 2016 e oggi ribadita, per la quale le parti considerano "strategico l'investimento delle imprese e dei lavoratori in materia di formazione continua"[55] a partire da una campagna diffusa del

[51] E. RULLANI, cit.; A. CIPRIANI, *La partecipazione innovativa dei lavoratori. Creatività e contraddizioni nel lavoro 4.0*, in *Dalla prima alla quarta rivoluzione industriale*, cit., p. 175 ss.

[52] CCNL dell'industria metalmeccanica e della installazione di impianti sottoscritto da Federmeccanica, Assistal e Fim, Fiom, Uilm 5 febbraio 2021.

[53] V. però la cauta interpretazione di A. PRETEROTI, S. CAIROLI, *Il nuovo inquadramento professionale nell'industria metalmeccanica 4.0*, cit., secondo "i quali i criteri di individuazione della professionalità, più che sostituire il concetto di professionalità a quello di mansioni, sembrano agevolare l'individuazione della declaratoria di diretta pertinenza in modo più sistematico, coerente ed articolato, in modo nel complesso più idoneo che in passato, dando indubbiamente quanto opportunamente maggior valore alla partecipazione a processi organizzativi" (p. 156).

[54] Cfr. la riformulazione dell'art. 7 Formazione continua, Sez. Quarta, Titolo VI, del CCNL.

[55] Art. 7, comma 1, Sez. Quarta, Titolo VI, CCNL dell'industria metalmeccanica e della installazione di impianti sottoscritto da Federmeccanica, Assistal e Fim, Fiom, Uilm del 26 novembre 2016.

recupero del *gap* delle competenze digitali "in stretta connessione con l'innovazione tecnologica e organizzativa del processo produttivo e del lavoro". Infatti la formazione oggi è più decisamente orientata a soddisfare esigenze comuni di aziende e lavoratori in un'ottica condivisa ed inoltre non viene lasciata alla libera scelta a catalogo dei lavoratori, bensì mirata alle competenze da analizzare e sviluppare "per aumentare la competitività aziendale e la professionalità delle persone" mediante la redazione di piani formativi elaborati sulla base dell'analisi preliminare dei fabbisogni formativi e del bilancio delle competenze acquisite.

Indicativo di questo più deciso indirizzamento dell'investimento formativo verso le competenze di interesse comune e aree tematiche da considerare prioritarie per il settore è il fatto che vengono opportunamente inserite nella clausola relativa alla formazione continua tabelle esemplificative delle competenze chiave (trasversali, linguistiche, digitali, tecniche, gestionali) associate a ciascuna area tematica (*soft skills*, area informatica, area lingue straniere, area Industria 4.0., area produzione, area contabilità e finanza, area amministrazione, area *marketing* e vendite, area ambiente e qualità, area produzione), a loro volta declinate in argomenti esemplificativi dei corsi formativi. Il richiamo a queste tabelle si fa apprezzare più che per i contenuti, destinati ad essere aggiornati (si tratta infatti di una mappatura che risale ad un Verbale di intesa del 2018), per il metodo adottato dalle parti stipulanti, che evidenzia la volontà di mappare le competenze strategiche per il settore in stretto collegamento con la formazione e con il raggiungimento di specifici risultati di apprendimento.

Il CCNL fa propria, inoltre, l'impostazione tipica dell'apprendimento permanente basata sui percorsi personalizzati di sviluppo delle competenze, e pertanto inserisce la formazione all'interno di "un processo ciclico"[56] che costituisce una importante novità nel rinnovo contrattuale (cfr. il quarto comma, dell'art. 7, Sez. Quarta, Titolo VI, CCNL 2021). Un processo che, partendo dalla pianificazione della formazione, passa per l'apprendimento da realizzarsi con tutte le modalità (formali e non formali, di cui il Contratto fornisce anche delle utili esemplificazioni), per completarsi con il monitoraggio della formazione intrapresa e con la registrazione della formazione effettuata che le parti considerano nel nuovo sistema "strategica".

Tutto ciò approda all'introduzione di appositi Servizi per la formazione, da finanziarsi con un contributo straordinario *una tantum* previsto dal CCNL pari a 1,5 euro per dipendente. Servizi che sono messi a disposizione delle imprese del settore mediante la predisposizione di una apposita piattaforma nazionale per l'industria metalmeccanica e dell'installazione di impianti[57] che costituisce l'infrastruttura operativa

[56] A. MOSTARDA, *Formazione professionale*, in G. ZILIO GRANDI (a cura di), *Commentario al CCNL metalmeccanici 5 febbraio 2021*, cit., p. 123 ss.

[57] In attuazione di questa previsione contrattuale le Parti stipulanti il CCNL hanno costituito MetApprendo, soggetto paritetico deputato a gestire la piattaforma per i servizi formativi per le aziende del settore metalmeccanico in attuazione delle previsioni del CCNL.

mediante la quale agevolare l'organizzazione, la pianificazione e la registrazione della formazione attraverso tecnologie avanzate (Blockchain). Una scelta del CCNL certamente apprezzabile in quanto orientata a supportate concretamente le aziende, soprattutto le PMI, nell'impegnativo processo di avanzamento culturale sposato dal CCNL verso l'apprendimento permanente.

Un secondo profilo innovativo del rinnovo contrattuale è rappresentato dalla messa in comunicazione del sistema di classificazione e inquadramento del personale con il sistema della formazione continua. Un collegamento che certamente deve essere oggetto di approfondimenti e sperimentazioni nel prossimo futuro, ma rispetto al quale il CCNL getta già basi promettenti. Ciò è reso evidente dal fatto che le declaratorie generali del Titolo II sono articolate sulla base dei criteri di professionalità e delle competenze, implicitamente connesse alla declinazione e articolazione delle aree prioritarie di investimento formativo e sviluppo delle competenze chiave del settore previste dal Titolo VI.

In questo quadro la formazione, le competenze, la professionalità e la classificazione risultano tra loro collegate da un filo rosso, al di fuori di determinismi o automatismi di avanzamento di carriera, nell'ambito di un sistema più centrato a misurare e sviluppare il valore e l'apporto che il singolo fornisce all'organizzazione produttiva.

Particolarmente indicativo di questo nuovo scenario è quanto previsto dall'art. 2, Sez. Quarta Titolo II intitolato alle "Iniziative sperimentali". Si fa riferimento, qui, ad adattamenti del sistema di inquadramento da realizzarsi in sede aziendale in condivisione con le RSU. Si parla di "approfondimenti inquadramentali" basati anche su sistemi di valutazione del contributo del singolo o del *team* alla creazione del valore dell'impresa e al differenziale competitivo, nonché basati su sistemi di bilancio delle competenze individuali o di *team* in coerenza con i fabbisogni di formazione e apprendimento continuo e piani di sviluppo delle competenze.

Da ultimo va notato che il CCNL nel riformare l'inquadramento fa un esplicito riferimento alla attualizzazione dei contenuti di professionalità tenendo conto dei profili di internazionalizzazione dei sistemi professionali anche con riferimento al Quadro Europeo delle Qualifiche per l'apprendimento permanente QEQ (art. 1, Sez. Quarta, Titolo II) con conseguente valorizzazione dell'apprendimento anche da punto di vista della impiegabilità e spendibilità delle competenze nel mercato del lavoro[58].

La spendibilità e referenziazione a sistemi esterni di validazione e certificazione è un dato importante che intende proiettare l'investimento formativo in una dimensione anche *extra* aziendale, orientato alla riconoscibilità del valore anche esterno prodotto dalla formazione e alla *portabilità* degli esiti di apprendimento da parte del lavoratore nel mercato del lavoro.

[58] A. MARESCA, *Il contratto collettivo nazionale di categoria dei meccanici*, *cit.*, p. 375.

5. La messa in trasparenza della professionalità: registrazione, validazione, certificazione delle competenze, accertamenti pubblici e privati. Quale ruolo per l'autonomia collettiva?

Quanto appena detto rinvia alla questione centrale, ma ancora in costruzione, della documentabilità e certificazione delle competenze soprattutto in esito ai processi di apprendimento non formale dei lavoratori attivi. La messa in trasparenza è indispensabile nell'ottica di dare adeguata evidenza, riconoscibilità e portabilità alla professionalità dei lavoratori, oltre che adeguata esternazione all'investimento formativo effettuato da parte di imprese e lavoratori, spesso poco percepito[59]. Una necessità, questa, che appare tanto più urgente oggi che, come si è visto, i differenziali di trattamento, le opportunità di sviluppo di carriera e la stessa impiegabilità del lavoratore risultano strettamente legate al capitale di competenze accumulato. L'esternazione di tale capitale e quindi anche il suo valore d'uso è affidato agli strumenti di messa in trasparenza e documentazione delle competenze.

Nella documentazione delle competenze e della professionalità è importante preservare il riferimento a criteri oggettivi riconosciuti dai sistemi internazionali dell'EQF (*European Qualification Framework*) e dai Repertori nazionali delle qualificazioni e delle professioni (v. l'Atlante del lavoro e delle qualificazioni tenuto da INAPP) come garanzia di evidenza pubblica, capitalizzazione e spendibilità delle competenze, indispensabile in un'ottica di libera circolazione delle persone in ambito nazionale e sovranazionale. I contratti collettivi hanno già preso consapevolezza dell'importanza di questa correlazione[60].

Non è un caso che il legislatore nell'affermare il diritto all'apprendimento permanente abbia altresì previsto la documentabilità del "patrimonio culturale e professionale accumulato" (art. 4, comma 51 e ss. d. lgs. n. 92/2012) e abbia delegato il Governo ad adottare norme per l'individuazione e validazione degli apprendimenti non formali e informali, anche con riferimento al sistema pubblico nazionale di certificazione delle competenze (art. 4, comma 58, 64-68, d. lgs. 92/2012).

Successivamente è stato adottato il d. lgs. n. 13/2013 che ha dato attuazione appunto al sistema pubblico nazionale di certificazione delle competenze e sono state adottate le Linee guida "per l'interoperatività degli enti pubblici titolari del sistema nazionale di certificazione delle competenze"[61] in un quadro di regionalizzazione accentuata dei sistemi di certificazione.

Nonostante le intenzioni iniziali del legislatore di coinvolgimento delle imprese nel processo di validazione degli apprendimenti non formali appresi nei contesti di lavoro, anche a fronte dell'espresso "riconoscimento delle esperienze di lavoro quale parte essenziale del percorso educativo, formativo e

[59] Parla di scarsa percezione del valore della formazione S. FRANCHI, *Scrivere la storia, cit.*, p. 19.

[60] V. il CCNL metalmeccanico 2021 che nella riforma degli inquadramenti fa espresso riferimento ala necessità di tenere conto del Quadro Europeo delle Qualificazioni e degi atri sistemi di certificazione generali e di comparto/filiera dei sistemi aziendali (art. 1, Sez. Quarta, Titolo II).

[61] Decreto interministeriale 5 gennaio 2021, Disposizioni per l'adozione delle linee guida per l'interoperatività degli enti pubblici titolari del sistema nazionale di certificazione delle competenze.

professionale della persona"[62], abbiamo assistito ad una pubblicizzazione spinta del processo di certificazione delle competenze che rende allo stato del tutto marginale il ruolo delle imprese e oggettivamente difficile la comunicazione tra il mondo della certificazione delle competenze (ad alto tasso burocratico e scarsamente vicino ai linguaggio delle relazioni di lavoro e delle classificazioni del personale) e il mondo produttivo dove quelle competenze in larga parte si formano in esito ai percorsi di formazione continua (riconducibili in larga misura all'apprendimento non formale).

E così attualmente "gli enti titolati possono validare e certificare esclusivamente le competenze di cui si compongono le qualificazioni inserite nei Repertori dei rispettivi enti pubblici titolari ricompresi nel Repertorio nazionale dei titoli di istruzione e formazione e delle qualificazioni professionali" (art. 3, DM 5 gennaio 2021) e il Repertorio è strutturato in modo autoreferenziale come somma dei Repertori regionali dei profili professionali censiti in uscita dai percorsi di formazione regionale.

Non stupisce allora che scorrendo i Repertori regionali si apprezza subito uno iato tra la mappatura delle qualificazioni e dei profili professionali repertoriati validi ai fini della certificazione e quella che dovrebbe rispecchiare i fabbisogni e i profili professionali realmente espressi nel sistema produttivo. Ciò determina una sorta di incomunicabilità tra i due mondi[63], ma anche di inservibilità da parte degli attori privati del sistema pubblico di validazione e certificazione delle competenze.

Si tratta quindi di operare per un coinvolgimento più deciso delle parti sociali nell'aggiornamento e nella manutenzione dei Repertori, legislativamente prevista come opportunità anche se poco praticata e spingere per un salto culturale delle parti sociali verso l'assunzione di un ruolo di responsabilità in quella parte del processo di messa in trasparenza che pertiene alla loro sfera di competenza. Questa responsabilità riguarda in particolare la registrazione e la produzione delle evidenze delle competenze conseguite nell'ambito della formazione continua adottando strumenti di individuazione, accertamento e registrazione – con produzione delle relative evidenze - che siano propedeutici al procedimento successivo che compete agli enti pubblici titolati riguardante, appunto, l'individuazione e validazione prima e poi la certificazione vera e propria delle competenze[64].

In altre parole le parti sociali e la contrattazione collettiva potrebbero assumere una maggiore responsabilità nella messa in trasparenza e accertamento delle competenze in uscita dai processi di apprendimento permanente mediante la descrizione dei risultati di apprendimento in termini di

[62] Cfr. il comma 58, lett. c), dell'art. 4, l. n. 92/2012.

[63] G. BERTAGNA, L. CASANO, M. TIRABOSCHI, *Apprendimento permanente e certificazione delle competenze*, in U. BURATTI, L. CASANO, L. PETRUZZO (a cura di), *Certificazione delle competenze*, 2013, ADAPT, Modena, p. 57-59.

[64] Il processo di certificazione si articola in due distinte fasi entrambe di competenza degli enti pubblici titolati: il processo di individuazione e validazione delle competenze che si conclude con il rilascio di un "documento di validazione" e il processo di certificazione, che si conclude con il rilascio del "certificato". Entrambi i processi sono a loro volta suddivisi in tre fasi: individuazione, valutazione e attestazione (DM 5 gennaio 2021).

competenze in modo conforme alla normativa di riferimento e la loro documentazione in un dossier individuale di evidenze che assumerebbe il valore di "attestazione di parte prima" nel processo di certificazione delle competenze come definito dal DM 5 gennaio 2021. Ma molta strada deve essere fatta in questa direzione affinché le parti sociali si impadroniscano della logica di funzionamento del sistema della messa in trasparenza, che fa perno sulla progettazione della formazione per obiettivi di apprendimento, sul bilancio delle competenze in ingresso e in uscita, sulle verifiche di apprendimento in uscita dai percorsi formativi.

In tale direzione si sta muovendo, però, il settore metalmeccanico attraverso il varo di un sistema estremamente innovativo, dal punto di vista sia funzionale sia tecnologico, di registrazione tramite Blockchain della formazione, integrato nel portale dei servizi della formazione per le aziende del settore. Un sistema che è imperniato appunto sull'idea del *dossier digitale del lavoratore* come strumento di registrazione della formazione permanente informata ai criteri della trasparenza, tracciabilità, certezza, portabilità.

È questo un passo concreto nel settore privato sulla strada dell'adozione di un sistema efficace di registrazione e accertamento delle competenze in uscita dai percorsi formativi, che risponde all'esigenza di messa in trasparenza, documentabilità e portabilità degli apprendimenti, funzionale al nuovo sistema di sviluppo della professionalità adottato dal rinnovo CCNL.

In questa sostanziale dicotomia e incomunicabilità tra sistemi pubblici e privati di accertamento delle competenze si sta insinuando e sviluppando un fiorente mercato privato di certificazioni professionali, sulla base di norme tecniche internazionali dell'ente nazionale di normazione UNI. Ciò però rischia di creare confusione e margini di sovrapposizione tra normazione tecnica affidata a regole private e volontarie, sistema pubblico della certificazione delle competenze e, infine, sistema della formazione e classificazione professionale di fonte contrattuale collettiva[65].

È vero che il d.lgs. 13/2013 prevede la possibilità di includere nel Quadro nazionale delle qualificazioni anche qualificazioni rilasciate da enti accreditati UNI per la certificazione delle competenze, ma si sta assistendo ad un fenomeno che va oltre tale previsione e genera un mercato privatistico di certificazioni poco chiaro dal punto di vista degli *standards* di riferimento, del valore d'uso e della spendibilità[66].

[65] S. CIUCCIOVINO, *Contrattazione collettiva e politiche attive del lavoro*, *cit.*, p. 641 ss.; L. CASANO, *Professionalità e certificazione delle competenze: legge contrattazione collettiva e autoregolazione*, in *Dir. Lav. Merc.*, n. 3, 2019, p. 549.

[66] Sul tema delle certificazioni private si veda diffusamente R. TRAINITO, Intervento al Seminario Labchain 3.11.2021.

6. La tecnologia a servizio della occupazione, del *matching* domanda/offerta e della valorizzazione della professionalità: il dossier digitale del lavoratore, la dorsale informativa unitaria, *data analysis* per i mercati del lavoro

Le nuove tecnologie possono imprimere una spinta formidabile all'agibilità dei diritti e degli interessi dei lavoratori dal punto di vista della valorizzazione della professionalità e della occupabilità nei mercati transizionali del lavoro.

La tecnologia può sprigionare opportunità e ristabilire uguaglianze attenuando le polarizzazioni che l'economia digitale rischia di creare tra gruppi di lavoratori, tra territori e tra imprese. Con un gioco linguistico si tratta di ragionare nell'ottica dell'"occupazione tecnologica" anziché discutere della "disoccupazione tecnologica".

In particolare la digitalizzazione, le nuove tecnologie basate sull'analisi di grandi moli di dati (*big data analysis*) e sull'intelligenza artificiale (AI), la Blockchain e i registri distribuiti, la interoperabilità delle banche dati in possesso dei molteplici attori istituzionali e del sistema della formazione consentono, dal punto di vista tecnico e tecnologico, di realizzare avanzamenti neppure immaginabili sino a pochi anni fa.

L'evoluzione tecnologica rende concretamente possibile un più efficace allineamento tra competenze offerte e domandate nel mercato del lavoro. Ciò sarebbe utile sia per la progettazione formativa al fine di identificare con maggior precisione, anche in ottica previsionale e predittiva, i fabbisogni educativi, formativi e occupazionali, sia al fine di un più efficace *matching* tra domanda e offerta di lavoro ed efficiente allocazione delle opportunità di impiego[67].

Preoccupa, dunque, il desolante silenzio del PNRR in materia di innovazione tecnologica e digitale nel funzionamento del mercato del lavoro, nell'ambito del Programma nazionale per la garanzia dell'occupabilità dei lavoratori (GOL) e del Piano nuove competenze. Pochi e scarni i riferimenti alla digitalizzazione del mercato del lavoro. Nessuna azione né investimento è previsto per l'attuazione di quanto contemplato dal d. lgs. n. 150/2015 in materia di dorsale informativa unitaria, fascicolo elettronico del lavoro e interoperabilità delle banche dati.

Non si intende qui replicare proposte e studi interdisciplinari svolti altrove[68], quanto limitarsi a svolgere alcune sintetiche notazioni di carattere generale e prospettico per sfruttare opportunamente le potenzialità dell'innovazione tecnologica in favore dei lavoratori e delle imprese.

---

[67] Sul tema di v. R. SALOMONE, Intervento a Seminario Labchain 3.11.2021; M. VERZARO, *La blockchain e il fabbisogno di personale nella p.a.*, in *Federalismi.it*, *Focus Blockchain, politiche pubbliche e regole*, n. 2, 2021.

[68] S. CIUCCIOVINO, M. FAIOLI M., *Blockchain e politiche del lavoro. I quaderni del Cnel*, n. 1- Ottobre, 2018, p. 1 ss.; S. CIUCCIOVINO, M. FAIOLI, A. TOSCANO, *Oltre il concetto di Blockchain: tecnica sociale di regolazione, fascicolo elettronico e nuovi diritti del lavoratore*, in *Federalismi.it*, *Focus – Blockchain, politiche pubbliche e regole*, n. 2, 2021, p. IV ss.; S. CIUCCIOVINO,

In primo luogo occorre semplificare e favorire l'accesso da parte del singolo ai dati che lo riguardano e che sono detenuti in forma aggregata o disaggregata da una o più entità pubbliche. In tale ottica va favorita l'affermazione per via legislativa di un principio generale di cooperazione interistituzionale e amministrativa tra i diversi enti pubblici che detengono i dati dei cittadini e delle imprese[69] utili anche nella prospettiva del buon funzionamento del mercato del lavoro, per la loro integrazione e restituzione pubblica gratuita prevedendo, ove necessario, la loro anonimizzazione.

In tale contesto occorre favorire la ricomposizione in capo alla persona del lavoratore di tutti i dati rilevanti che la riguardano indipendentemente dallo *status* professionale, superando l'attuale frammentazione che si risolve in una sostanziale espropriazione della identità professionale digitale delle persone che si muovono nel mercato del lavoro.

In secondo luogo vanno sprigionate tutte le potenzialità connesse ad una cooperazione fruttuosa tra pubblico e privato, anche nello scambio dei dati rispettivamente detenuti, nella gestione dell'incontro domanda-offerta e nella mappatura e rilevazione dei fabbisogni professionali e formativi. Facendo tesoro delle esperienze di successo di *partnership* pubblico-privato che si sono verificate proprio in relazione alla trasformazione digitale del Paese[70].

In terzo luogo occorre sfruttare la digitalizzazione e la *big data analysis* per effettuare in modo strutturale il monitoraggio e la valutazione di impatto delle azioni intraprese nel campo dell'investimento nelle competenze e nelle politiche attive, innescando approcci virtuosi nell'impiego delle risorse pubbliche e private.

In quarto luogo il tema della impiegabilità delle persone non deve essere preso in carico soltanto dopo la cessazione del rapporto di lavoro, ma deve entrare a far parte delle politiche e delle strategie delle parti sociali e della rappresentanza collettiva durante la vita attiva dei lavoratori. Da qui l'importanza della comunicazione pubblico-privato, l'adozione di linguaggi comuni, l'accessibilità dei privati ai dati e le diverse declinazioni che la *partnership* pubblico- privato può assumere in concreto.

In quinto luogo occorre tornare a ragionare nell'ottica di garantire la libera circolazione dei lavoratori nel mercato del lavoro nazionale e sovranazionale e non soltanto locale. Da questo punto di vista in mancanza del salto quantico consentito dalla digitalizzazione e smaterializzazione dei processi di incontro tra domanda e offerta e di politica attiva si rischia l'intrappolamento delle persone in mercati del lavoro locali, tanto più asfittici quanto più affidati alla gestione tradizionale, fisica e analogica dei servizi.

N. CARAVAGGIO, F. CRESPI., M. FAIOLI, A. TOSCANO, *La blockchain nel mercato del lavoro italiano: una struttura non relazionale*, in *Federalismi.it*, *Focus – Blockchain, politiche pubbliche e regole*, n. 2, 2021, p. 30 ss.

[69] *Libro Bianco Economia Digitale*, *cit.*, p. 48

[70] V. *Libro Bianco Economia Digitale*, *cit.*, p. 48 che porta ad esempio il caso dei servizi di Firma Digitale, Conservazione Sostitutiva, Posta Elettronica Certificata, Fatturazione Elettronica, incentrati sulla virtuosa collaborazione tra Legislatore, Autorità di controllo (come AgID) e Operatori di mercato.

In sesto luogo occorre prendere consapevolezza che la rivoluzione digitale del funzionamento del mercato del lavoro va affrontata non soltanto dal punto di tecnologico ma, prima di tutto, dal punto di vista politico e della governance di sistema. Va quindi affrontata in prima battuta, anche la questione del doppio registro regionale/nazionale che connota le politiche attive, le politiche della formazione e i servizi per il lavoro, con l'idea di ricomporre la frammentazione regionale all'interno di una regia unitaria nazionale. Forse proprio sulla grande sfida tecnologica e infrastrutturale del mercato del lavoro, così strategica per il Paese, si potrebbe rilanciare e rigenerare il ruolo di ANPAL nell'ambito della rete nazionale per le politiche del lavoro.

Da ultimo si tratta di incentivare e valorizzare le progettualità e le esperienze pilota frutto della collaborazione tra mondo accademico e soggetti pubblici o privati, che riguardano l'applicazione in campo sociale delle nuove tecnologie e le sperimentazioni di frontiera, quale è, ad esempio, il dossier digitale del lavoratore per la registrazione tramite Blockchain della formazione dei lavoratori del settore metalmeccanico[71].

[71] Che nasce da un progetto di ricerca e sperimentazione avviato tra il Dipartimento di Economia dell'Università degli Studi Roma Tre e MetApprendo.

Data Analytics, robot intelligenti e regolazione del lavoro*

di Michele Faioli
Professore associato di Diritto del lavoro
Università Cattolica del Sacro Cuore

Abstract [It]: L'Autore si propone di mettere a fuoco le implicazioni giuridiche derivanti dalla presenza dei robot intelligenti nei luoghi di lavoro e dalla relativa rielaborazione di dati (*Data Analytics, Data Driven Decisions, Predictive Data Analysis*) e, poi, sviluppa il tema della responsabilità dei robot intelligenti nelle unità produttive e alla disciplina infortunistica. Si chiude con alcune riflessioni rispetto a come e se l'intelligenza artificiale possa incidere sulle dinamiche sindacali aziendali.

Title: Data Analytics, intelligent robots and work regulation
Abstract [En]: The author focuses on the topic from which he moves in his scientific investigation aimed at scrutinizing the juridical implications deriving from the presence of intelligent robots at workplace level and the related Data Analytics, Data Driven Decisions, Predictive Data Analysis, with particular attention both to the responsibilities of their conduct and to accident regulations. There are also reflections on how and whether artificial intelligence can affect the dynamics of workplace representatives.

Parole chiave: Intelligenza artificiale; *Data Analytics*; produttiva digitale; infortuni; contrattazione RSA/RSU
Keywords: Artificial Intelligence; Data Analytics; Digital Units; Workplace Representatives; Collective Bargaining

Sommario: **1.** Posizione del problema. Approccio bayesiano anche per il diritto del lavoro. Significati sociali e giuridici dell'analisi dei dati (*Data Analytics, Data Driven Decisions, Predictive Data Analysis*). **2.** Intelligenza artificiale, robot e regolazione nei luoghi di lavoro. L'adattabilità della nozione di responsabilità e dei relativi principi al futuro che è già qui. Le tre leggi (identificazione, ragionamento robotico, non fare mai) applicabili nelle unità produttive a tecnologia avanzata. **3.** Rischio robotico regolato a livello europeo. Il caso dell'assicurazione per gli infortuni sul lavoro e dell'esonero da responsabilità. **4.** Osservazioni conclusive. Il dilemma del lavoro digitale inteso come lavoro senza confini. Cosa fare del protocollo europeo di giugno 2020 e come incidere sulle funzioni negoziali della RSA/RSU nelle materie che attengono a robotici intelligenti.

1. Posizione del problema. Approccio bayesiano anche per il diritto del lavoro. Significati sociali e giuridici dell'analisi dei dati (*Data Analytics, Data Driven Decisions, Predictive Data Analysis*)

Norme, mercato e infrastrutture sono le forze che determinano il futuro. Il piano *Next Generation EU* sta indicando, man mano, il modo mediante cui norme, mercato e infrastrutture possono determinare anche il futuro del lavoro. La nozione di infrastrutture comprende la tecnologia in senso ampio, oltre alla biologia, alla geografia e altre discipline tecnico-scientifiche, tenendo in considerazione che ciò che è natura e ciò che noi assumiamo essere tecnologia sono forme di infrastruttura che limitano le azioni umane o, per alcuni versi, orientano i comportamenti verso alcune azioni e non altre. Nei sistemi digitali,

* Articolo sottoposto a referaggio.

non solo in quelli più evoluti, è l'infrastruttura che regola comportamenti e azioni degli utenti, facendo leva sui tanti dati a disposizione (*Big Data*). Tale infrastruttura è uno specchio della comunità scientifica di riferimento (sviluppatori, tecnici, informatici, economisti, giuristi, etc.) e dell'insieme dei soggetti per cui essa è pensata e con cui interagisce (persone fisiche, imprese, organizzazioni, istituzioni)[1]. La comunità scientifica e i soggetti che con quella infrastruttura operano si muovono e agiscono in base ai modelli di analisi di quei dati (*Data Analytics*), a cui si fa riferimento per prendere decisioni strategiche (*Data Driven Decisions*) e da cui dipende l'uso predittivo dei dati analizzati (*Predictive Data Analysis*)[2]. Di qui viene a crearsi una specie di osmosi tra dati, comunità umana e tecnologia riferita ai valori da tenere in considerazione, e, di conseguenza, ai fini, ai mezzi e alle regole che quella tecnologia segue o si obbliga a seguire.

In questa prospettiva, il presente saggio, facendo leva anche sugli esiti del seminario *LabChain*[3], tenutosi presso il CNEL il 12 novembre 2021, intende presentare una disamina del disegno di regolazione, nazionale e europea, che attiene al rapporto tra quei dati e diritto del lavoro. Cioè, spostiamo l'attenzione dai riflessi della relazione tra piattaforme digitali e lavoro (il quale è un ambito già assai sondato dai giuristi[4] e in procinto di essere regolato dal diritto europeo[5]) verso una vicenda che è più complessa e, almeno per il momento, meno indagata. Si tratta di quella relazione che viene a crearsi tra (i) regolazione del lavoro

[1] Si v. il recente studio della Stanford University, *Gathering Strength, Gathering Storms: The One Hundred Year Study on Artificial Intelligence (AI100) 2021 Study Panel Report*, in Stanford University, dove si insiste su questo punto.

[2] Si v. la nozione di intelligenza artificiale recentemente elaborata dal Consiglio di Stato, Sez. III, 25 novembre 2021, n. 7891, secondo cui l'intelligenza artificiale "contempla meccanismi di *machine learning* e crea un sistema che non si limita solo ad applicare le regole software e i parametri preimpostati […] ma, al contrario, elabora costantemente nuovi criteri di inferenza tra dati e assume decisioni efficienti sulla base di tali elaborazioni, secondo un processo di apprendimento automatico". Per una ricognizione tecnica si v. il documento della Stanford University, cit., 2021 nonché i documenti raccolti nella pagina della strategia digitale europea, tra cui la proposta di regolamento nella quale si legge che è intelligenza artificiale "software that is developed with one or more of the techniques and approaches listed in Annex I and can, for a given set of human-defined objectives, generate outputs such as content, predictions, recommendations, or decisions influencing the environments they interact with" (art. 3).

[3] Tra i relatori del seminario *LabChain* del 12 gennaio 2021, organizzato con Silvia Ciucciovino (CNEL e Università Roma Tre), Paola Bozzao (Sapienza Università di Roma), Ilario Alvino (Sapienza Università di Roma) e presieduto da Tiziano Treu (CNEL – Università Cattolica del Sacro Cuore), vi erano i colleghi Antonio Lo Faro (Università degli Studi di Catania), Piera Loi (Università degli Studi di Cagliari), Valerio Maio (Unitelma Sapienza Università degli Studi di Roma), Marco Novella (Università di Genova), Carla Spinelli (Università degli Studi di Bari Aldo Moro), Anna Trojsi (Università "Magna Grecia" di Catanzaro), Matteo Corti (Università Cattolica del Sacro Cuore), Gaetano Zilio Grandi (Università Ca' Foscari Venezia), Maurizio Talamo (Università degli Studi di Roma Tor Vergata), Alessandro Toscano (Università degli Studi Roma Tre), Maria Teresa Carinci (Università degli Studi di Milano).

[4] Per una ricapitolazione sugli orientamenti giurisprudenziali e sugli studi italiani, europei e nordamericani, si v. T. TREU, *Rimedi, tutele e fattispecie: riflessioni a partire dai lavori della "gig economy"*, in *LD*, n. 3-4, 2017, p. 367 ss.; sull'orientamento giurisprudenziale in materia di ciclo-fattorini si segnalano gli studi recenti di U. CARABELLI, *Anche il lavoro dei ciclofattorini ha un'essenza subordinata*, in RGL, n. 1, 2021, p. 1 ss.; M. MAGNANI, *Subordinazione, eterorganizzazione e autonomia tra ambiguità normative e operazioni creative della dottrina*, in *DRI*, n. 1, 2020, p. 105 ss., A. PERULLI, *Collaborazioni etero-organizzate, coordinate e continuative e subordinazione: come «orientarsi nel pensiero»*, in *DRI*, n. 2, 2020, 267 ss.; A. MARESCA, *La disciplina del lavoro subordinato applicabile alle collaborazioni etero-organizzate (nota a Cass. 24 gennaio 2020, n. 1663)*, in *DRI,* n. 1, 2020, p. 146 ss.; M. FAIOLI, *Discriminazioni digitali e tutela giudiziaria* su *iniziativa delle organizzazioni sindacali*, in *DRI*, n. 1, 2021, p. 204 ss.; M. FAIOLI, *Situazione italiana delle tutele del lavoro nella gig-economy. I ciclo-fattorini (riders) tra giurisprudenza del 2020 e legge del 2019*, in *RGL*, n. 2, 2020, p. 252 ss.

[5] Si v. la proposta di direttiva sul sito della Commissione Europea.

(legge e contrattazione), (ii) analisi dei dati (*Data Analytics/Data Driven Decisions/Predictive Data Analysis*), (iii) applicazioni robotiche nei luoghi di lavoro che creano forme di ibridismo con l'umano (lavoratori cd. *cyborg*)[6]. Trattiamo di un futuro che è già qui, nelle fabbriche a tecnologia evoluta, nel settentrione e nel meridione del paese, in settori produttivi che appartengono a catene di valore globali, ove la digitalizzazione intelligente non è un'opzione, ma è l'unico modo per continuare a produrre e a erogare servizi, dovendo operare in un mercato molto competitivo[7].

L'obiettivo del saggio è il seguente. Si intende rafforzare uno specifico approccio culturale che si pone in contrasto con un ambiguo dogmatismo, ahinoi ancora oggi dominante tra alcuni teorici e esperti. Con il presente saggio si intende, da una parte, combinare lo studio della regolazione del lavoro con la tecnologia avanzata, individuando le criticità e le potenzialità di tale combinazione, e, dall'altra, rafforzare un certo approccio, che qui chiamiamo bayesiano, alle relazioni di lavoro. Approccio bayesiano[8] significa assegnare a una determinata teoria una probabilità di veridicità sulla base di dati della realtà circostante che si possono studiare, osservare, riesaminare, discutere[9]. Di qui si deduce che tale approccio privilegia la realtà rispetto all'idea, tenendo conto che la realtà è poliedrica: nello specifico, non si può affrontare con posizioni preconcette il sistema delle relazioni industriali italiane, il quale si è stratificato, senza un vero disegno unitario, per anni, in base a tradizioni culturali, schemi contrattuali e norme di legge. Approccio bayesiano, nella mia elaborazione, significa che bisogna innalzarsi, trovando il modo per osservare con una certa distanza il fenomeno e assumendo una posizione di apertura e di dubbio. Per questa ragione, per i cd. bayesiani del diritto del lavoro, nel cui novero, per nostra fortuna, già molti giuslavoristi vi rientrano e da tempo[10], i dati sperimentali, pur essendo incerti, perché incompleti, non rendono la teoria,

[6] Per sistemi intelligenti o robot intelligenti, ai fini di questo saggio, si intende una tecnologia che opera a livello di unità produttiva, la quale è dotata di almeno cinque dimensioni: una propria materialità che permette di identificare la macchina, una certa capacità di interagire attivamente con la persona del lavoratore, una certa autonomia rispetto al controllo umano, una certa capacità di svolgere attività lavorativa, una certa capacità di interagire con il contesto aziendale/produttivo. La definizione muove dagli studi di R. LEENES, E. PALMERINI, B.J. KOOPS, A. BERTOLINI, P. SALVINIC, F. LUCIVERO, *Regulatory challenges of robotics: some guidelines for addressing legal and ethical issues,* in *law, innovation and technology*, n. 9, 2017, pp. 1 ss. e dalle prime annotazioni delle proposte di legislazione europea secondo cui è sistema di intelligenza artificiale "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 v. l'art. 3 della proposta di Regolamento europeo.

[7] Sul punto si v., in particolare, l'intervento di G. ZILIO GRANDI nel seminario *LabChain* del 12 novembre 2021.

[8] Thomas Bayes, vissuto nel XVIII secolo, è stato uno statistico e filosofo. Ha elaborato il cd. teorema di Bayes, il quale è per la teoria della probabilità ciò che per la geometria è il teorema di Pitagora. Bayes ha usato per primo la probabilità condizionale. In tal modo ha calcolato i limiti di un parametro sconosciuto.

[9] A. JESSOP, *Let the Evidence Speak: Using Bayesian Thinking in Law, Medicine, Ecology and Other Areas*, Switzerland, Springer, 2018.

[10] Per portare un esempio, Giugni era convinto che bisognava modernizzare dal basso, cioè da ciò che è reale, gli studi di diritto del lavoro, tenendo in considerazione la direzione più europeista e riformista della politica del diritto. Egli affermava che "il giurista, che deve svolgere una missione civile altissima, non è (solo) un tecnico, è un politico del diritto […] senza smarrire la vocazione a pensare scientificamente". Si v. G. GIUGNI, *Lavoro, legge, contratti*, Bologna, 1989. Si v. anche l'impostazione di T. TREU, *Sociologia del diritto e teoria generale della società*, in *Sociologia del dritto*, n.1, 1974, p. 51 ss.

che da essi dipende, necessariamente incerta. Anzi, ciò spinge verso una maggiore e più disciplinata raccolta di dati sulla realtà perché la teoria, una volta convalidata, possa raccontarci qualcosa di più dell'universo che stiamo studiando, così com'è. Se questo ragionamento vale per le relazioni industriali e per il diritto che le regola nel contesto globale[11], tanto più è vero per il diritto che è chiamato a disciplinare le protezioni giuslavoristiche con riferimento a sistemi di intelligenza artificiale e robotica, ormai sempre più applicati all'interazione con la persona del lavoratore, nelle unità produttive di nuova generazione[12]. Approccio bayesiano significa, dunque, prendere coscienza che l'ideologia, essendo di solito nemica della realtà[13], non permette al giurista di osservare effettivamente ciò che lo circonda, bloccando di conseguenza un fisiologico flusso di interazione tra conoscenza scientifica e elaborazione dei risultati che possono derivare solo dalla realtà studiata.

Il saggio è composto da quattro paragrafi. Il primo permette di definire il problema da cui muove la presente investigazione scientifica e il relativo metodo. Nel secondo paragrafo si svolge una disamina di alcuni aspetti critici della potenziale regolazione nei luoghi di lavoro in cui operano robot intelligenti, con una attenzione ai riflessi che attengono alle responsabilità derivanti dalle condotte di tali robot nelle unità produttive a tecnologia avanzata. Nel terzo paragrafo c'è lo sviluppo di tale discorso, con una specifica applicazione al collegamento tra rischio robotico e disciplina (ormai vetusta) dell'assicurazione relativa agli infortuni sul lavoro. Nel quarto paragrafo si affronta il più spinoso tra i dilemmi di tale lavoro digitale il quale, essendo tendenzialmente un lavoro senza confini di geo-diritto, per una serie di ragioni, ormai quasi tutte note, è anche un lavoro che si stacca, con una certa agilità, dai classici principi di collegamento con un ordinamento giuridico, dal classico metodo di imputazione delle responsabilità, dalla classica impostazione dell'imputazione di fatti dannosi. Ed è questo che ci si chiede cosa si possa fare per valorizzare il protocollo europeo di giugno 2020 sul lavoro digitale, sottoscritto dalle parti sociali, in vista di una normativa europea che muova dal dialogo sociale ex art. 155 TFEU, e se/come incidere sulle funzioni negoziali della RSA/RSU nelle materie che attengono a robot intelligenti in fabbrica, avendo di fronte una legislazione e una contrattazione nazionale auspicabilmente solo di cornice.

il quale sottolineava che "l'analisi dei fatti può contribuire a una nuova comprensione (sociologica e giuridica) del diritto in quanto si abbandoni l'assunto che essi sono utilizzabili come materiale neutro, cui può attribuirsi significato solo alla stregua di criteri desunti dallo stesso diritto che si vuole spiegare".

[11] H. C. KATZ, *Labor Relations in a Globalizing World*, Ithaca, Cornell Press, 2015.

[12] Si v. il mio studio M. FAIOLI, *Artificial Intelligence: The Third Element of the Labour Relations*, in A. PERULLI, T. TREU, *The Future of Work. Labour Law and Labour Market Regulation in the Digital Era*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2021, p. 177 ss.

[13] A. MCINTYRE, *Post-verità*, Torino, Uter, 2019.

2. Intelligenza artificiale, robot e regolazione nei luoghi di lavoro. L'adattabilità della nozione di responsabilità e dei relativi principi al futuro che è già qui. Le tre leggi (identificazione, ragionamento robotico, non fare mai) applicabili nelle unità produttive a tecnologia avanzata

L'intelligenza artificiale ci pone di fronte a un gemello della fisicità (*Digital Twin*) [14]. Anzi, essa è costruita per attribuire un gemello digitale all'elemento reale. Quel gemello, già oggi, interagisce attivamente con l'essere umano e con gli strumenti che si usano per produrre e erogare servizi, creando una connessione continua tra ciò che accade nella realtà e ciò che digitalmente può essere elaborato per migliorare la realtà in cui siamo immersi. Nel tempo, quel gemello digitale potrà svolgere, con e al posto dell'essere umano, ciò che normalmente si ritiene debba essere realizzato dalla persona. In questa prospettiva di evoluzione tecnologica, il fine della regolazione dell'intelligenza artificiale nei luoghi di lavoro si comprende solo se si pongono correttamente alcune domande. I mezzi per realizzare quei fini sono, da una parte, la legge e, dall'altra, preferibilmente, almeno dal punto di vista di chi scrive, la contrattazione collettiva, a cui la legge può assegnare le funzioni di disciplinare le tutele per i lavoratori, lasciando così che si possa realizzare più efficacemente il bilanciamento tra i contrapposti interessi di lavoratori e datori di lavoro, anche in relazione alla macchina intelligente che opera nell'unità produttiva. In precedenti studi si è fatto riferimento a tale funzione di bilanciamento realizzata mediante una contrattazione collettiva non posizionale, ma orientata a risolvere problemi, e alla relativa efficacia che viene rafforzata da forme di procedimentalizzazione dei poteri datoriali[15].

Le domande da cui muove questo studio riguardano almeno tre ambiti, i quali sono rilevanti per gli aspetti giuslavoristici. Il primo ambito attiene alle funzioni del regolatore. Il secondo ambito è relativo al controllo di chi crea sistemi robotici intelligenti che operano nei luoghi di lavoro. Il terzo ambito è riferibile al controllo della creazione (robotica/intelligente) e alle relative condotte/azioni nei luoghi di lavoro, anche rispetto ai lavoratori. Sul regolatore (primo ambito) ci si può domandare se sia socialmente preferibile, prima di introdurre normative settoriali o intersettoriali, costituire (o rafforzare) istituzioni, anche collettive, aventi scopi di verifica e garanzia delle tante posizioni soggettive in gioco nei vari settori produttivo-economici. Sul secondo ambito (controllo dei soggetti che creano) ci si può interrogare, da una parte, su come effettuare la selezione delle fonti normative da prendere in considerazione per delineare i contenuti della regolazione del controllo su chi professionalmente costruisce sistemi robotici intelligenti che operano nella fabbrica e, dall'altra, su quali limiti introdurre nella definizione della regolazione rispetto all'eventuale intrusione da parte di specifici portatori di interessi economico-

[14] Si v. sul *Digital Twin* anche il recente rapporto di Confindustria Digitale Anitec-Assinform 2021 pubblicato sul sito di Anitec-Assinform e gli studi di Roberto Saracco sul sito IEEE Future Directions.

[15] Nel mio libro ho spiegato come potrebbe funzionare questa dinamica, tenendo in considerazione l'interazione tra persona umana e robot/intelligenza artificiale, inteso come terzo elemento del rapporto di lavoro. M. FAIOLI, *Mansioni e macchina intelligente*, Torino, Giappichelli, 2018.

tecnologici (le cd. *élite* tecnocratiche). Sul controllo della creazione robotica/intelligente (terzo ambito) ci si interroga su cosa insegnare e su chi dovrebbe insegnare alcuni contenuti e non altri alla macchina. Tali contenuti possono essere schematizzati con tre tipi di regole da adattare all'interazione macchina/persona umana nei luoghi di lavoro. Si tratta di regole sull'identificazione, regole sul ragionamento robotico e regole sulle condotte da non tenere in alcun caso.

Procediamo con ordine. È socialmente preferibile costituire istituzioni, anche collettive, con funzioni di verifica/garanzia delle posizioni soggettive che originano dalla interazione tra sistemi intelligenti/robotici e lavoratori (primo ambito). Il che dovrebbe avvenire prima di introdurre norme di legge o di contratto collettivo. Le ragioni che giustificano questa scelta sono due. La prima ragione deriva dal fatto che far precedere una regolazione sulle istituzioni, anche collettive, di verifica/garanzia significa mitigare gli effetti di una regolazione disordinata che, non riuscendo a seguire l'evoluzione veloce della tecnologia in materia di intelligenza artificiale, tende a coprire alcuni settori e non altri. La seconda ragione origina dalla necessaria applicazione transnazionale di norme/principi che regolano i sistemi intelligenti, essendo essi tendenzialmente fenomeni a-geografici, quindi privi di un vero perimetro ordinamentale di riferimento, da cui far dipendere direttamente l'applicazione dei principi di collegamento tra condotta della macchina intelligente e responsabilità. Far precedere la costituzione di un'istituzione significa poter creare e gestire con più efficacia una possibile connessione funzionale tra istituzioni che operano a livello transnazionale e quelle nazionali, anche di rilievo collettivo. Per esemplificare, nella proposta di direttiva europea sul miglioramento delle condizioni di lavoro di coloro che operano mediante o in collegamento con piattaforme (versione di dicembre 2021), all'art. 19 si assegna alle autorità nazionali garanti della protezione dei dati personali anche la funzione di verificare e sanzionare l'eventuale inadempimento/violazione di norme che hanno un contenuto giuslavoristico-tecnologico (art. 6 – diritto del lavoratore a essere informato sul monitoraggio intelligente/digitale svolto dalla piattaforma e sul relativo metodo di decisione algoritmica; art. 7 – diritto del lavoratore a conoscere gli esiti della valutazione di impatto sui rischi di controllo abusivo da parte della piattaforma; art. 8 – diritto del lavoratore a conoscere le ragioni che fondano alcune scelte algoritmiche della piattaforma digitale)[16]. Per

[16] Aver individuato l'autorità garante per la protezione dei dati personali non è una scelta opportuna. Gli interventi recenti in Italia, in materia di piattaforme, hanno mostrato qualche criticità nel bilanciamento tra diritto alla protezione dei dati, diritto al lavoro e libertà di iniziativa economica (si v., in particolare, l'ordinanza di ingiunzione nei confronti di Foodinho s.r.l. - 10 giugno 2021 dell'Autorità Garante per la protezione dei dati personali). Si potrebbe, almeno ai fini della disciplina relativa ai lavoratori delle piattaforme, assegnare questa funzione alle istituzioni che si occupano di vigilanza del lavoro, anche a livello europeo, rafforzandone la struttura e la missione (si v. lo statuto dell'ELA – *European Labour Authority*). Sulle criticità collegate all'agenda digitale europea e alla relazione con il sistema privacy, si v. la condivisibile posizione di L. FLORIDI, G. FINOCCHIARO, O. POLLICINO, *Quattro orientamenti per completare il modello digitale UE*, in La Repubblica del 5 gennaio 2022, i quali sottolineano che "la Corte di giustizia, dovrebbe emanciparsi dalla prospettiva unidirezionale di tutela della privacy digitale che ha caratterizzato buona parte delle decisioni degli ultimi anni. Una prospettiva comprensibile in passato, quanto si trattava di stabilire e poi rinforzare la specificità del

rendere più efficiente un sistema così congeniato servirebbe, da una parte, un'autorità europea di coordinamento, data la normale transnazionalità della struttura economico-gestionale delle piattaforme (per esempio, si v. la *corporate governance*[17] e il modo di raccolta/gestione dati[18]), e, dall'altra, un'istituzione a livello aziendale, di tipo paritetico o con funzioni di partecipazione strategico-informativa, che possa permettere il raccordo tra una pre-istruttoria sui casi di eventuale violazione o inadempimento (si v. la regolazione tedesca sul *Betriebsrät* riformata nel 2021)[19] e le autorità di vigilanza nazionali/transnazionali.

Osserviamo il secondo ambito, il quale attiene al controllo che si può decidere di esercitare sui soggetti che creano intelligenza artificiale. Per delineare i contenuti della regolazione del controllo su coloro che professionalmente costruiscono sistemi robotici intelligenti che operano nella fabbrica si deve svolgere una selezione delle fonti. Per fare ciò si deve avere in mente un certo disegno politico, il quale qui viene elaborato, muovendo dall'idea che controllare l'attività di chi crea sistemi di intelligenza artificiale/robot possa essere, in qualche modo, equiparato al controllo che normalmente soggetti di rilievo pubblicistico (ordini professionali, autorità varie, etc.) svolgono su coloro che esercitano attività libero-professionali regolamentate (ingegneri, architetti, avvocati, notai, medici, etc.). Il che potrebbe permettere, da una parte, di introdurre norme di legge, con principi, adempimenti, sanzioni, nonché, contestualmente, costituire istituzioni di vigilanza, e, dall'altra, promuovere forme di auto-regolamentazione, anche deontologiche. A quella professione si accederebbe con una speciale abilitazione, la quale permetterebbe di far parte di un certo ordine professionale (per esemplificare, esperti di sistemi di intelligenza artificiale/robot). La funzione di vigilanza potrebbe essere svolta dall'ordine professionale mediante revisori esperti di intelligenza artificiale, facenti parte di quelle istituzioni di cui si è fatto cenno sopra, che avrebbero il compito di monitorare, indagare, vigilare sul rispetto delle norme di legge e regole deontologiche, con il beneficio di poter nel tempo mutare o adattare gli orientamenti applicativi più facilmente. Anche in questo caso, la legislazione non potrebbe non avere come riferimento l'ordinamento europeo. Quanto ai limiti da introdurre nella definizione della regolazione rispetto all'eventuale intrusione da parte di élite

modello continentale […]". Per gli A. dovrebbe, invece, "emergere un equilibrio soddisfacente tra diritto alla protezione dei dati personali e altri diritti fondamentali. Con uno slogan: il mercato non vive di sola privacy. L'obiettivo di una tutela sistemica dei diritti fondamentali potrebbe essere realizzato se nel 2022 si riuscisse ad avere una visione più inclusiva e equilibrata dell'insieme dei diritti in gioco e che spesso sono coinvolti nelle operazioni di bilanciamento, come ad esempio quelli della libertà di espressione e di iniziativa economica.". Sul tema si v. anche l'intervento di A. TROJSI nel seminario *LabChain* del 12 novembre 2021.

[17] Si v. il rapporto finale della ricerca europea *Don't Gig Up* della Fondazione G. Brodolini a questo *link*.

[18] Si v. I. ARRIETA-IBARRA, *Should We Treat Data as Labor? Moving beyond "Free"*, in *AEA Papers and Proceedings*, n. 108, 2018, p. 38 ss.

[19] La riforma della legge tedesca di giugno 2021 ha introdotto specifici diritti di coinvolgimento dei lavoratori in favore del consiglio di fabbrica per il caso in cui il datore di lavoro intenda introdurre sistemi di intelligenza artificiale nell'ambito di una riorganizzazione di processi lavorativi. Si v. l'intervento di M. CORTI al seminario *LabChain* del 12 novembre 2021 nonché l'art. 80, paragrafo 4, l'art. 90, paragrafo 1, n. 3, l'art. 95, paragrafo 2° nel testo normativo *Betriebsverfassungsgesetz*, modificato nel 2021 con la riforma *Gesetz zur Förderung der Betriebsratswahlen und der Betriebsratsarbeit in einer digitalen Arbeitswelt (Betriebsrätemodernisierungsgesetz)* qui.

tecnocratiche, si dovrebbe progettare un modo per far svolgere alla medesima istituzione di vigilanza il ruolo di segnalazione di eventuali abusi e di interlocuzione con tali gruppi che sono altresì portatori di interessi.

L'ambito più complicato riguarda, però, il controllo della creazione robotica/intelligente (terzo ambito). Interrogarsi su cosa insegnare e su chi dovrebbe insegnare alcuni contenuti e non altri alla macchina intelligente che opera in una fabbrica, interagendo con i lavoratori, significa, almeno per un giurista del lavoro, analizzare alcuni aspetti problematici e, poi, provare a segnalare alcune soluzioni.

Gli aspetti problematici riguardano la nozione di soggetto ai fini della imputabilità degli eventuali atti dannosi compiuti dalla macchina intelligente nei confronti dei lavoratori, l'accertamento giudiziale del fatto riferibile alla macchina intelligente che opera nella fabbrica a danno dei lavoratori, la sanzione intesa come attuazione coattiva del dovere nella relazione tra macchina intelligente e persona umana. In miei precedenti studi[20] ho segnalato la nozione di terzo elemento del rapporto di lavoro, anche per ricostruire una certa funzione della macchina intelligente nell'esercizio dei poteri datoriali di variazione delle mansioni, di controllo e coordinamento, di vigilanza e disciplinare nei confronti dei lavoratori cd. cyborg, e il bilanciamento a cui è chiamata la contrattazione collettiva. In quegli studi ho altresì richiamato la pluralità di voci sul tema dell'attribuzione della personalità giuridica alla macchina intelligente, senza condividerne pienamente gli esiti[21]. La legislazione europea, almeno per il momento, sembra andare in una direzione diversa da quella del riconoscimento della personalità giuridica tanto che la proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale[22] di aprile 2021 si muove sul binario della disciplina relativa alla responsabilità del produttore[23] in relazione a una serie di rischi individuati dalla medesima normativa, con tutti gli effetti che derivano in termini di onere della prova e risarcimento del danno. La proposta di regolamento europeo del 2021 sposterà la responsabilità per danni nei confronti dei lavoratori sul creatore di intelligenza artificiale, il quale viene inteso come soggetto ai fini della imputabilità degli eventuali atti dannosi compiuti dalla macchina intelligente[24]. L'accertamento giudiziale del fatto riferibile alla macchina intelligente che opera nella fabbrica a danno dei lavoratori seguirà le regole della responsabilità del

[20] M. FAIOLI, cit., 2018, p. 191 ss.

[21] Si v. tra le analisi più recenti in materia di personalità giuridica e robot intelligente il libro curato da M. EBERS e S. NAVAS, *Algorithms and Law*, Cambridge, Cambridge Univ. Press, 2020.

[22] Tra i primi studi, si v. C. CASONATO, B. MARCHETTI, *Prime osservazioni sulla proposta di regolamento della commissione ue in materia di intelligenza artificiale*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, n. 3, 2021, p. 415 ss.; G. PULEIO, *La gestione del rischio emergente da veicoli autonomi in due Proposte di Regolamento dell'Ue e le conseguenze sull'assicurazione degli operatori*, in *Jus civile*, n. 4, 2021, p. 1075 ss.

[23] La ricostruzione dell'elaborazione teorica che è alla base della norma europea è stata svolta da E. PALMERINI, *Robotica e diritto: suggestioni, intersezioni, sviluppi a margine di una ricerca europea*, in *Responsabilità civile e previdenza*, n. 6, 2016, p. 1816 ss.

[24] Si v. gli esiti del seminario *The E.U. AI Act: A Risk-Based Policy Approach to AI Applications* sul sito della Stanford University Human-Centered Artificial Intelligence e del seminario Technology and Geopolitics: EU Proposals for Regulating Rights, Security and Trade sul sito del Cyber Policy Center.

produttore (la prova liberatoria è complessa dato che si risponde anche senza colpa). La sanzione intesa come attuazione coattiva del dovere nella relazione tra macchina intelligente e persona umana si realizzerà prevalentemente mediante l'obbligo di risarcimento del danno (i.e. imposizione di un nuovo dovere in capo all'obbligato/soggetto che ha creato il robot intelligente).

Tuttavia, se si dovesse, un giorno, muovere l'asse delle regole verso la considerazione dei sistemi robotici intelligenti in termini di soggetto, lo scenario cambierebbe notevolmente[25]. Cioè, immaginiamo tre situazioni in cui la macchina venga considerata giuridicamente alla stregua di un soggetto che agisce in un luogo di lavoro e a cui sono imputabili una serie di fatti. La prima situazione riguarderebbe il problema della validità o invalidità di atti negoziali in cui uno dei soggetti è il robot intelligente. La seconda situazione atterrebbe all'inadempimento dell'obbligazione contrattuale in relazione alla quale il robot intelligente svolge una funzione nell'esecuzione di essa. La terza situazione, più interessante ai fini di questo saggio, attiene all'imputabilità rispetto alla macchina intelligente di un certo atto dannoso, con la conseguenza di vagliare se sussista o meno un'obbligazione risarcitoria direttamente a carico della macchina intelligente e, eventualmente, di programmare o meno un certo obbligo assicurativo per infortuni sul lavoro che vada oltre l'attuale assetto normativo, il quale si limita a considerare la macchina (anche quella intelligente) in termini di mero strumento di produzione. Questa terza situazione sarà oggetto di analisi specifica nel terzo paragrafo del presente saggio, nel quale ci si concentrerà sulla disciplina INAIL in una fabbrica a tecnologia avanzata, ipotizzando che il soggetto che risponde del rischio professionale diventi la macchina intelligente, e non più (o, meglio, non solo) il datore di lavoro, nonché, l'accertamento giudiziale del fatto sia riferibile alla macchina-soggetto e la sanzione sia imputabile alla macchina-soggetto.

Torniamo alle soluzioni che sono relative ai problemi posti. Tali soluzioni attengono ai contenuti che possono essere insegnati alla macchina intelligente e, contestualmente, resi conoscibili a chi con essa è tenuto a interagire nei luoghi di lavoro. Tali contenuti possono essere schematizzati con tre tipi di regole da adattare all'interazione macchina/persona umana in quel luogo di lavoro. Si tratta di regole sull'identificazione, regole sul ragionamento robotico e regole sulle condotte da non tenere in alcun caso. Sono regole che possono essere definite mediante l'intervento del legislatore, o mediante autoregolazione delle imprese tecnologiche[26], o, ancora, come qui si insiste, mediante contrattazione collettiva (v. il quarto paragrafo che segue). Il legislatore europeo è già molto attivo su questo fronte. La proposta di direttiva

[25] Sullo scenario giuridico e tecnologico che qui si ipotizza si v. gli interventi di A. LO FARO, M. NOVELLA, A. TOSCANO e M. TALAMO nel seminario *LabChain* del 12 novembre 2021.

[26] Negli Stati Uniti si sta elaborando, con particolare attenzione, la teoria della accountability delle imprese AI – v. gli studi di S. K. KATYAL, *Private Accountability in the Age of Artificial Intelligence*, in *UCLA Law Review*, n. 66, 2019, p. 54 ss. Si v. sul punto anche l'intervento di L. FLORIDI, cit., 2022, con il quale si sottolinea l'importanza della co-regolazione, dei codici di condotta e del linguaggio comune giuridico transatlantico.

europea del 2021 sul lavoro nelle piattaforme coglie in parte queste tre regole, inserendo nell'art. 16 un certo obbligo di trasparenza rispetto a chi interagisce con il sistema di intelligenza artificiale. Tale obbligo dipende in larga parte dall'intervento di un giudice o di un'autorità statale che ha la funzione di garanzia delle posizioni dei lavoratori. La proposta di regolamento europeo del 2021 sull'intelligenza artificiale disegna altresì un assetto di informazione e conoscibilità rispetto a chi con quel sistema interagisce (si v. in particolare gli artt. 9, 10, 11 da cui si deduce il regime di verifica preliminare e in fieri della compatibilità dell'intelligenza artificiale con i parametri di rischiosità tollerati dalla norma).

Fissando l'attenzione sui contenuti delle tre regole, ciò che si può evidenziare è quanto segue. Le regole sull'identificazione si possono riassumere con l'obbligo per la macchina intelligente di dichiarare di essere tale nel momento di interazione/interlocuzione con la persona del lavoratore[27] (cioè, tu sai che io sono una macchina intelligente). Le regole sul ragionamento robotico si possono far coincidere con l'obbligo per la macchina intelligente di spiegare al lavoratore perché essa ha effettuato alcune scelte/azioni e non altre[28] (cioè, tu sai come io macchina intelligente ragiono). Le regole sulle condotte da non tenere in alcun caso sono le più difficili da concettualizzare (cioè, tu dimmi cosa io macchina intelligente non debbo mai fare). Esse consistono, in larga parte, sulla base di esperienze concrete, con una lista di divieti da definire in relazione al contesto aziendale in cui il robot intelligente interagisce con i lavoratori. Le regole sull'identificazione si possono giustificare tenendo in considerazione che, a livello aziendale, il lavoratore deve poter comprendere in qualsiasi momento che quell'indicazione proviene da un robot intelligente, anche per esercitare l'eventuale rifiuto di un comando considerato irragionevole o per poter prevedere le conseguenze di una certa istruzione robotica. A tal fine, sarà necessario un modello identificativo della istruzione robotica, persino prevedendo manifestazioni che si distinguono o creano differenza da quelle antropomorfiche. Le regole sul ragionamento robotico trovano una ragione nel fatto che imporre alla macchina intelligente di spiegare al lavoratore il perché delle proprie scelte/azioni significa poter ridurre o mitigare possibili futuri errori (aspetto manageriale-informatico), dando il potere al lavoratore di interagire con una certa libertà rispetto a essa e permettendo un'attuazione dinamica delle situazioni di cui all'art. 2103 o all'art. 2104 c.c. (aspetto giuslavoristico). Il che, però, dovrebbe anche determinare una certa conoscibilità da parte del lavoratore della provenienza dei dati che la macchina intelligente elabora e della capacità della macchina di riprodurre alcuni risultati, dato il contesto simile, nonché un potere del lavoratore di tracciare, conservandone una copia, tale ragionamento intelligente della macchina. Si tratta, per alcuni versi, di una applicazione di valenza giuslavoristica dell'art. 13, paragrafo 2, lettera f, Regolamento UE 27 aprile 2016, n. 2016/679. Le regole sulle condotte da non tenere mai si basano sul

[27] Si v. gli studi di T. WALSH, *Android Dreams*, London, Hurst, 2017.
[28] A. SELBST, J. POWLES, *Meaningful information and the right to explanation*, in *International Data Privacy Law*, n. 7, 2017, p. 233 ss.

fatto che un sistema robotico intelligente non esiste solo nel laboratorio in cui è stato creato. Esso, se diffuso sul mercato, interagisce, di volta in volta, con gli elementi fisici e con i dati di una certa unità produttiva, oltre che con i lavoratori. Il che determina una serie di opzioni possibili nella interazione che possono determinare danni di vario genere, tra cui anche l'invalidità o la morte dei lavoratori. Ed è qui che quelle regole, seppur fissate nella fase di programmazione generale, vanno calate nel contesto aziendale specifico, e, poi, riprogrammate, aggiornate, adattate e ri-adattate quando e dove serve.

3. Rischio robotico regolato a livello europeo. Il caso dell'assicurazione per gli infortuni sul lavoro e dell'esonero dalla relativa responsabilità

La prospettiva del rischio è certamente tra le più proficue per studiare queste materie[29]. Abbiamo segnalato sopra che, spostandosi dall'attuale tendenza regolativa dell'Unione Europea (i.e. considerare i sistemi intelligenti alla stregua o quasi di un prodotto), qualora ipotizzassimo di considerare una certa soggettività giuridica della macchina intelligente, la situazione più interessante da studiare atterrebbe all'imputabilità rispetto alla macchina intelligente di un certo atto dannoso rispetto al lavoratore. Il che determinerebbe un rinnovato collegamento con l'assicurazione INAIL, dovendo vagliare se sussista o meno un'obbligazione risarcitoria direttamente a carico della macchina intelligente e, eventualmente, di programmare o meno un certo obbligo assicurativo a carico di tale macchina per infortuni sul lavoro. Sappiamo che l'attuale assetto normativo si limita a considerare la macchina (anche quella intelligente) in termini di mero strumento di produzione (artt. 6 ss. della proposta di Regolamento europeo). Ipotizziamo, invece, che il soggetto che sia chiamato a rispondere del rischio professionale diventi la macchina intelligente, e non più (o, meglio, non solo) il datore di lavoro. Ciò determinerà un diverso accertamento giudiziale sul fatto in quanto si dovrà comprendere se esso sia o meno riferibile alla macchina-soggetto nonché un diverso approccio alla sanzione e all'obbligo assicurativo, qualora il fatto sia imputabile alla macchina-soggetto.

Nel sistema attuale, regolato da un assetto normativo ampio, che muove dal d.p.r. 30 giugno 1965, n. 1124 e dal d.lgs. 23 febbraio 2000, n. 38, giungendo sino alla tutela prevenzionistica, di cui al d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81, la tutela assicurativa del lavoratore ha come contraltare l'esonero del datore di lavoro dalla responsabilità civile (art. 10, d.p.r 30 giugno 1965, n. 1124). Tale esonero subisce una serie di limitazioni, derivanti dalla combinazione tra regole dell'assicurazione obbligatoria e regole della responsabilità civile (si v. l'impostazione della giurisprudenza costituzionale – Cost. 30 giugno 2003, n. 233). Ci sono almeno tre elementi centrali della disciplina di tutela collegati al cd. rischio da lavoro da cui dipende l'obbligo

[29] Si v. gli interventi di P. LOI e M.T. CARINCI al seminario *LabChain* del 12 novembre 2021. Si v. anche P. LOI, *Il principio di ragionevolezza e proporzionalità nel diritto del lavoro*, Torino, Giappichelli, 2016.

assicurativo per infortuni e tecnopatie: l'automaticità delle prestazioni, la correlazione tra durata della prestazione e durata dell'evento che limita lo stato di salute della persona del lavoratore nonché il meccanismo risarcitorio basato sul sistema misto (Cost. 10 febbraio 1988, n. 179) e sul danno biologico (d.lgs. 23 febbraio 2000, n. 38). A differenza di altri schemi previdenziali ex art. 38 Cost., l'assicurazione INAIL non tutela il lavoratore in relazione all'evento che genera il bisogno (si pensi, per esemplificare, alla disoccupazione o alla vecchiaia), ma in relazione a un certo evento che abbia una origine lavorativa derivante da un certo rischio, il quale viene selezionato in base a alcuni settori produttivi e per alcune attività professionali che a essi sono correlate. Alla base dell'assicurazione INAIL e del relativo obbligo c'è, infatti, la responsabilità del datore di lavoro per rischio professionale (art. 9, l. 10 maggio 1970, n. 300 e art. 2087 c.c.), il quale presuppone un criterio di imputazione della responsabilità per danni di rilievo oggettivo. Di qui deriva l'obbligatorietà di un peculiare schema assicurativo per il datore di lavoro che, al verificarsi dell'evento, permette di erogare una prestazione previdenziale ai lavoratori: la tutela è riconosciuta soltanto a alcuni lavoratori che sono esposti a certi rischi; non è garantita l'equivalenza tra prestazione economica e entità del danno (c'è, infatti, un indennizzo, non un risarcimento del danno); l'assicurazione può non coprire tutti i danni e non interviene nei casi meno gravi (lesioni lievi).

Questa disamina ci aiuta a giungere con più facilità al punto che ci interessa per i fini di questo studio. In particolare, ci si chiede se/come sia possibile ridefinire la logica dell'esonero dalla responsabilità datoriale, imputando direttamente in capo alla macchina intelligente il rischio da danno alla persona del lavoratore e il relativo obbligo assicurativo INAIL. Il che è determinato da una vicenda giuridica nota: la regola sull'esonero dalla responsabilità datoriale di cui all'art. 10 d.p.r 30 giugno 1965, n. 1124 trova il proprio limite nelle ipotesi in cui l'evento integri gli estremi di un reato perseguibile d'ufficio, imputabile al datore di lavoro o altro soggetto che svolga funzioni direttive. Di qui, poi, muove uno scenario potenziale sul danno risarcibile al lavoratore infortunato, con il collegamento tra prestazioni indennitarie a carico dell'INAIL, la relativa rivalsa, l'azione INAIL di regresso/di surroga e l'azione del lavoratore per il danno differenziale[30].

Ora si considerino alcuni riflessi di questa impostazione novecentesca. Nel regime vigente, l'attività protetta, oggetto della tutela assicurativa INAIL (artt. 1, 4, 9 d.p.r 30 giugno 1965, n. 1124 – artt. 4, 5, 6 d.lgs. 23 febbraio 2000, n. 38), è considerata tale in ragione dell'esposizione al rischio di infortunio, secondo una valutazione del legislatore, anche a prescindere dall'applicazione di criteri statistici o attuariali (Cost. 25 febbraio 1991, n. 100). Ci sono una serie di criteri per effettuare questa selezione di attività

[30] Qualora sussistano i profili di responsabilità che esulano dalla sfera esonero che è garantita al datore di lavoratore, l'INAIL eroga la prestazione al lavoratore (automaticità) e, successivamente, agisce in regresso nei confronti del medesimo datore di lavoro per il recupero dell'importo pagato a titolo di indennizzo.

esposte al rischio di infortunio: il criterio della macchina isolata[31], il criterio del rischio ambientale[32], il criterio delle specifiche lavorazioni[33], etc.

Tuttavia, tali criteri, pur potendo essere adattati ai sistemi robotici intelligenti, potrebbero diventare, nel tempo, del tutto o quasi, inadeguati nel caso in cui un robot inizi a determinare autonomamente, sulla base delle analisi dei dati o di scelte predittive/strategiche (*Data Analytics*), azioni, condotte, orientamenti che potrebbero essere rischiosi per il lavoratore. In tale situazione, chi risponde e di cosa? Il datore di lavoro che ha introdotto il robot nell'unità produttiva, il produttore di intelligenza artificiale, o il medesimo robot intelligente che ha ri-elaborato autonomamente i dati del contesto aziendale e ha dettato alcune regole di condotta che poi sono risultate dannose per il lavoratore? Il datore di lavoro non vorrà certamente essere esposto al rischio causato da una macchina intelligente, anche solo per evitare l'azione di regresso o per danno differenziale. Il produttore di intelligenza artificiale vorrà addurre che la macchina intelligente ha determinato alcuni danni in ragione dei dati che il contesto aziendale ha fornito. Non considerando, infatti, la macchina intelligente alla stregua di un soggetto, per la proposta di regolamento europeo la responsabilità per danni ricadrà sul produttore, con una serie di effetti socio-economici e di politica del diritto che si iniziano intuire in parte (paura di investire in tecnologia in ragione della responsabilità, valore economico delle assicurazioni, legislazione punitiva, etc.)[34].

A ciò si aggiunga che l'applicazione delle tre leggi, di cui abbiamo spiegato già i contenuti nel paragrafo che precede (limitazione, spiegazione del ragionamento e non fare mai), potrebbe mitigare, ma non eliminare, le conseguenze di una vicenda simile a questa appena ipotizzata. Considerando la macchina intelligente alla stregua di un soggetto, dotato di una certa rilevanza giuridica, qualunque essa sia in relazione a ciò che potrebbe decidere un legislatore del futuro, si dovrà ipotizzare una rimodulazione del vincolo assicurativo INAIL. La macchina intelligente verrebbe dotata di un rilievo giuridico di qualche tipo che prescinde da quello che continuerà a avere il datore di lavoro in questo schema assicurativo. Il che dovrebbe spostare il vincolo assicurativo INAIL verso una visione data-centrica, in cui i sistemi robotici intelligenti che operano a livello di unità produttiva sarebbero altresì vincolati a un certo obbligo assicurativo. Non si tratterebbe più (solo) di assicurare in base alla rischiosità dell'attività lavorativa, ma di assicurare per gli infortuni sul lavoro in base alla presenza o meno di robot capaci di auto-determinare le proprie condotte e quelle dei lavoratori con cui essi interagiscono.

---

[31] L'assicurazione riguarda quei lavoratori che sono addetti a macchine mosse non direttamente dalla persona che ne usa.

[32] L'assicurazione viene estesa anche ai lavoratori che, a prescindere dal contatto con la macchina isolata, operano in un contesto aziendale/unità in cui quella macchina è funzionante.

[33] C'è una lista di attività che tassativamente sono considerate pericolose in alcuni settori (edilizia, logistica, etc.).

[34] E. PALMERINI, *Soggettività e agenti artificiali: una soluzione in cerca di un problema? in Osservatorio del diritto civile e commerciale*, n. 2, 2020, p. 445 ss.

4. Osservazioni conclusive. Il dilemma del lavoro digitale inteso come lavoro senza confini. Cosa fare del protocollo europeo di giugno 2020 e come incidere sulle funzioni negoziali della RSA/RSU nelle materie che attengono a robotici intelligenti

La riforma tedesca del 2021 ci insegna che la via maestra nella regolamentazione giuslavoristica è la procedimentalizzazione dei poteri datoriali in relazione a istituzioni di rappresentanza dei lavoratori a livello aziendale. Si vedano le tre norme modificate nel testo normativo *Betriebsverfassungsgesetz*, nel 2021. In particolare, osservando l'art. 80, paragrafo 4, l'art. 90, paragrafo 1, n. 3, l'art. 95, paragrafo 2, si comprende che, da una parte, il consiglio di fabbrica ha il potere di svolgere una verifica preliminare sull'introduzione di sistemi robotici intelligenti e, dall'altra, il datore di lavoro ha l'obbligo di rendere le informazioni necessarie al consiglio di fabbrica. L'esito di tale fase di consultazione/informazione potrebbe dare luogo alla stesura congiunta di linee guida (codeterminazione) da applicare a quel contesto aziendale per un certo tempo, nei limiti di ciò che le esigenze specifiche richiedono. A ben vedere, si tratta di norme che intervengono marginalmente sull'assetto delle relazioni industriali, incidendo però significativamente su tre aspetti. Innanzitutto, c'è un modello di informazione e consultazione che viene aggiornato rispetto alla presenza o meno di robot intelligenti nell'unità produttiva. Poi, c'è la possibilità di delineare regole con il consiglio di fabbrica da applicare a livello aziendale per fini protettivi dei lavoratori che interagiscono con sistemi intelligenti. Infine, nel consiglio di fabbrica si attua la gestione paritetica dei potenziali rischi da applicazione di tecnologia avanzata.

Il modello di regolamentazione tedesca è stato anticipato dall'accordo europeo intersettoriale sull'intelligenza artificiale che le parti sociali competenti hanno sottoscritto il 20 giugno 2020. In esso si riscontrano almeno due elementi significativi. Il primo elemento riguarda l'assenza di definizione statiche concernenti diritti individuali che sono/potrebbero essere oggetto della regolazione. Il che è più che opportuno perché qualunque definizione o impostazione di situazioni soggettive giuridiche, anche concernenti il lavoro, che divenisse inalterabile o difficilmente riformabile sarebbe una iattura per la tecnologia e il progresso. Non c'è modello più efficace di regolazione dell'intelligenza artificiale di quello che vede nei principi l'obiettivo fisso, nei mezzi di tutela strumenti che possono esser tempo per tempo adattati. Il secondo elemento attiene alla presenza di una certa procedimentalizzazione, persino disegnata visivamente, che è composta da una serie di fasi per permettere al datore di lavoro e alle istituzioni di rappresentanza dei lavoratori a livello aziendale di comporre un quadro di analisi, informazione/consultazione, negoziazione e eventuale aggiornamento di norme da applicare nelle unità produttive ove sistemi di intelligenza artificiale operino con e per i lavoratori. Tali fasi che sono descritte dall'accordo europeo del 2020 sono cinque: l'indagine paritetica (*joint exploration – preparation – underpinning*), la ricognizione paritetica (*joint mapping – regular assessment – analyses*), la definizione strategica

(*joint overview of situation*) e la adozione delle misure di adattamento alla trasformazione digitale/sistemi di intelligenza artificiale), il monitoraggio paritetico, anche ai fini dell'adattamento delle regole definite (*regular joint monitoring and follow up, learning, evaluation*). Si tratta di una visione strategica sul futuro delle relazioni industriali, nazionali e europee, che seriamente si intendono occupare della materia[35]: i principi del controllo umano e della tutela della dignità della persona del lavoratore sono il punto di riferimento, la contrattazione collettiva o le forme di codeterminazione sono gli strumenti per realizzare quei principi, l'interlocuzione bilanciata con soggetti pubblici di vigilanza diventano una parte, e non la parte essenziale, della dinamica che viene a realizzarsi tra i tanti soggetti portatori di interesse coinvolti in queste vicende.

Lo schema di procedimentalizzazione su cui è basato il modello tedesco del 2021 e l'accordo europeo del giugno 2020 non è, ahinoi, rintracciabile nelle recenti proposte di normativa europea. Infatti, la proposta di regolamento europeo sull'intelligenza artificiale e la proposta di direttiva europea sul lavoro mediante piattaforma non introducono procedimenti. Se, da una parte, nel 2020 gli attori sociali hanno scelto la via della procedimentalizzazione delle regole da adattare al caso specifico in ragione di pochi principi, dall'altra, il legislatore europeo ha individuato nella via della disciplina specifica la soluzione ai possibili problemi che derivano da sistemi di intelligenza artificiale o piattaforme algoritmiche. Per esemplificare, si osservino, in particolare, gli artt. 6, 7 e 8 della proposta di direttiva sul lavoro nelle piattaforme (i.e. art. 6 - diritto individuale di informazione dei processi intelligenti di decisione, art. 7 - diritto individuale a esigere un monitoraggio sui processi intelligenti di decisione, art. 8 - diritto individuale a esigere una spiegazione di processi intelligenti di decisione). In essi si può notare una (discutibile) logica di individualizzazione di diritti che attengono al rapporto tra lavoratore e piattaforma, con una quasi programmata limitazione dalla relativa regolazione che ben potrebbe esser svolta da istituzioni di rappresentanza sindacale, anche di livello aziendale (si v. l'art. 9 dove c'è un richiamo indiretto all'art. 6 – "*on decisions likely to lead to the introduction of or substantial changes in the use of automated monitoring and decision-making systems referred to in Article* 6(1),"). Anzi, il legislatore europeo arriva a assegnare, mediante l'art. 19, all'autorità garante della riservatezza la funzione di verificare il rispetto delle tre posizioni soggettive di cui agli artt. 6, 7 e 8, dimenticandosi del relativo rilievo evidentemente giuslavoristico di esse.

Ma tutto ciò non basterebbe in ogni caso nelle situazioni digitalmente più complesse. Il dilemma del lavoro svolto in relazione o mediante sistemi robotici intelligenti, lavoro digitale, coincide con un fatto: esso è, o potrebbe essere, privo di quella connotazione territoriale che tradizionalmente collega il lavoro svolto in un certo perimetro geografico a un certo ordinamento giuridico (prinicipio della *lex loci laboris*)[36].

[35] Si v. anche l'intervento di C. Spinelli, 12 novembre 2021, seminario *LabChain*.

[36] Si v. E. ALES, M. BELL, O. DEINERT, S. ROBIN OLIVER, *International and European Labour Law*, Nomos, Munich, 2018 sulle criticità relative alla Convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali e al Regolamento UE 17 giugno 2008, n. 533/2008.

Si tratta di unità produttive digitali, interconnesse globalmente, mediante cui il lavoro si svolge a distanza, con strumenti intelligenti, piattaforme, etc., rendendo quasi impossibile collegare la protezione giuslavoristica al luogo in cui si svolge la prestazione. Essa, per definizione, è mobile, non fissa; ed è anche *real time*, cioè senza una programmazione temporale basata su giornate o settimane, ma per obiettivi o situazioni simili; e, ancora, essa è una prestazione individuale che si inserisce in uno o più *team* di lavoro, all'interno dei quali la mansione, l'attività professionale, il contenuto delle proprie competenze trovano un senso solo perché sono parte di un processo umano e organizzativo più ampio che appartiene a un gruppo di lavoro e a obiettivi comuni.

Alla luce di questa dinamica, osservando il sistema italiano, diventa strategico chiedersi, da una parte, se/come le funzioni negoziali delle rappresentanze in azienda (RSA/RSU) debbano essere rafforzate in vista di una regolazione più procedimentalizzata sui temi dell'intelligenza artificiale a livello aziendale e, dall'altra, se/come riformare la nozione di unità produttiva, certamente muovendo dall'art. 35 l. 20 maggio 1970, n. 300, ma con l'obiettivo di realizzare un assetto in cui la realtà digitale possa prevalere su quella fisica, anche al fine di delineare protezioni giuslavoristiche che oggi sono, ahinoi, applicabili solo a chi opera in luoghi fisici, si direbbe di cemento armato[37]. Il regime della RSA/RSU dovrebbe essere, dunque, oggetto di una revisione. La legge, facendo leva sull'art. 19 e sull'art. 35 l. 20 maggio 1970, n. 300, dovrebbe sostenere una funzione negoziale specifica della RSA/RSU, derivante da una fase di informazione/consultazione procedimentalizzata, negli ambiti di regolazione dei robot intelligenti che operano nelle unità produttive digitali.

Il perseverare nell'errore di ritenere che queste discipline siano a esclusivo appannaggio del legislatore, nazionale e/o europeo, con interventi cameo delle parti sociali, nella fase interlocutoria ministeriale iniziale, significa aver deciso di non tenere in considerazione la realtà. Serve, invece, un approccio bayesiano che, in questo caso, corrisponde con l'osservare ciò che sta accadendo nelle fabbriche altamente tecnologiche e decidere di conseguenza, evitando impostazioni ideologiche miopi e non lungimiranti. I dati della realtà ci insegnano quanto possa essere più efficace una struttura combinata di norme di legge con quelle di contratto collettivo e quanto possa divenire strategico un coinvolgimento sindacale, anche a livello aziendale, sulla regolazione dell'intelligenza artificiale, con effetti di definizione di diritti, doveri e responsabilità, individuali, collettive e, forse, in prospettiva, anche della macchina intelligente.

[37] Si v. le riflessioni sulla riforma dello Statuto dei lavoratori, contenute nel monografico di *Economia&Lavoro* 1/2021, In particolare, T. TREU, *Cinquanta anni di Statuto, e oltre*, in *Economia&Lavoro*, n. 1, 2021, p. 17 ss.; F. LISO, *Ieri, oggi, domani. Lo Statuto dei lavoratori a 50 anni dalla sua approvazione*, in *Economia&Lavoro*, 1, 2021, p. 55 ss.; M. MAGNANI, *Lo Statuto dei lavoratori 50 anni dopo: un'agenda per il futuro*, in *Economia&Lavoro*, n. 1, 2021, p. 63 ss.; S. CIUCCIOVINO, *Lo Statuto dei lavoratori 50 anni dopo: tra conservazione e aggiornamento*, in *Economia&Lavoro*, n. 1, 2021, p. 77 ss. Sul tema specifico rinvio a M. FAIOLI, *Unità produttiva digitale. Perché riformare lo Statuto dei lavoratori*, in *Economia&Lavoro*, n. 1, 2021, p. 41 ss.

Per essere ancora più diretto, la questione principale e la metodologia giuridica dell'applicazione dell'intelligenza artificiale nei contesti aziendali, fisici o digitali che siano, non possono non essere gestiti mediante contratto collettivo e, nel contempo, da agenti contrattuali, i cui poteri di negoziazione, informazione e consultazione, procedimentalizzati e fissati specificatamente dalla legge, siano più efficacemente esercitabili nell'ambito di un coordinamento tra livelli contrattuali.

Il nuovo mercato del lavoro e il superamento delle diseguaglianze: l'impatto della digitalizzazione e del *remote working*[*]

di Arturo Maresca
Professore ordinario di Diritto del lavoro
Sapienza - Università di Roma

Abstract [It]: Il saggio offre una riflessione sull'impatto che il progresso tecnologico sta avendo sulla prestazione lavorativa e sul suo cambiamento anche in relazione a quegli elementi "classici" del tipo contrattuale. In quest'ottica, viene affrontato il tema delle diseguaglianze che possono presentarsi anche sul piano delle tutele, nonché su quello del mercato del lavoro, soprattutto interno. Infine, viene dato conto del profilo relativo alle disuguaglianze relative agli ammortizzatori sociali in caso di perdita dell'occupazione.

Title: The new labour market and overcoming inequalities: the impact of digitisation and remote working
Abstract [En]: The essay offers a reflection on the impact that technological progress is having on work performance and its change also in relation to those "classic" elements of the contractual type. With this in mind, the issue of inequalities that can also arise on the level of protection is addressed, as well as on that of the labor market, especially the internal one. Finally, the profile relating to inequalities relating to social safety nets in the event of loss of employment is taken into account.

Parole chiave: disuguaglianze; lavoro agile; poteri del datore di lavoro; mercato del lavoro; ammortizzatori sociali
Keywords: inequalities; smart working; powers of the employer; job market; social safety nets

Sommario: 1. Premessa. **2.** Disuguaglianze effettive e soluzioni ineffettive. **3.** Digitalizzazione e *remote working*, trasformazioni del mercato del lavoro e superamento delle diseguaglianze? **3.1.** Lavoro agile e subordinazione. **3.2.** Digitalizzazione e tipo contrattuale. **3.3.** Lavoro digitale e mercato del lavoro. **4.** Perdita dell'occupazione e politiche passive del lavoro.

1. Premessa

Il tema delle conseguenze delle profonde trasformazioni che le nuove tecnologie hanno determinato e (sempre più) determineranno nel mercato del lavoro deve muovere dalla considerazione generale della funzione primaria del diritto del lavoro che, com'è noto, è quella di apprestare una tutela in favore della persona che mette a disposizione di altri le proprie energie lavorative.

Una tutela che si accentua quando tale prestazione viene eseguita in forma subordinata, essendo il lavoratore assoggettato ai poteri (direttivo, organizzativo, di conformazione, di controllo, disciplinare) di cui il datore di lavoro è titolare *ex lege*. Infatti, in questo caso – secondo il magistrale insegnamento di uno

[*] Articolo sottoposto a referaggio. Il contributo riprende la Relazione svolta al 66° Convegno di Studi Amministrativi organizzato dalla Corte dei conti su Transizione ecologica, innovazione digitale e inclusione sociale: la realizzazione del Next Generation EU (Varenna, 16, 17, 18 settembre 2021).

dei Padri del diritto del lavoro – nel contratto di lavoro sono implicate non già le sole energie lavorative, ma la stessa persona umana del lavoratore la cui dignità deve essere oggetto di un adeguato presidio affinché l'esercizio dei poteri datoriali si realizzi in termini compatibili con essa.

Sul piano tecnico questa tutela si caratterizza per la natura inderogabile dei trattamenti minimi (normativi, economici, di sicurezza) garantiti a tutti i lavoratori dal legislatore e dalla contrattazione collettiva; trattamenti al di sotto dei quali il lavoro non può e non deve essere svolto.

L'inderogabilità delle condizioni di lavoro minime evita le diseguaglianze tra i lavoratori che, altrimenti, sarebbero inevitabili, specialmente a causa della loro debolezza contrattuale nel momento dell'assunzione che potrebbe indurre ad accettare condizioni inferiori rispetto a quelle minime garantite dalla legge e dai contratti collettivi pur di riuscire a battere così la concorrenza di altri lavoratori interessati anch'essi ad acquisire la stessa occupazione (e con essa il reddito necessario «*ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa*» art. 36, co. 1, Cost.).

L'inderogabilità delle norme comporta, quindi, l'uniformità delle condizioni di lavoro minime garantite al lavoratore dalla legge e dalla contrattazione collettiva.

Poiché l'inderogabilità colpisce la pattuizione *in peius* dei trattamenti minimi, questi trattamenti ben possono essere modificati *in melius* dall'autonomia collettiva nell'esercizio della funzione che le attribuisce la Costituzione (art. 39) di cogliere le opportunità che si possono presentare ai vari livelli di negoziazione: nazionale di categoria, territoriale o aziendale, per migliorare i trattamenti economici e normativi legali, comunque dovuti ai lavoratori.

Le diversificazioni dei trattamenti economici e normativi derivanti dall'autonomia collettiva (ai vari livelli) costituisce una ricchezza nell'ambito dei rapporti di lavoro, in quanto consente di adeguare tali trattamenti alle diverse capacità e possibilità delle imprese di assorbire i maggiori costi del lavoro.

In questo contesto che assegna tradizionalmente alla contrattazione collettiva la funzione di miglioramento differenziato delle condizioni di lavoro minime ed uniformi garantite dalla legge, si deve anche annoverare da alcuni anni una abnorme proliferazione dei contratti collettivi nazionali di categoria (quelli censiti dal CNEL superano ormai il numero di 900), conseguenza del pluralismo sindacale (art. 39, co. 1, Cost) e della mancata attuazione del contratto collettivo nazionale *erga omnes* previsto (ma non imposto) dall'art. 39, co. 4, Cost.. Una proliferazione che evidenzia la tendenza a diversificare in modo peggiorativo i trattamenti previsti dai contratti collettivi nazionali di categoria c.d. *leader*, cioè quelli firmati tra associazioni imprenditoriali e sindacali comparativamente più rappresentative. In alcuni (non pochi) casi si tratta dei c.d. contratti collettivi pirata, un'espressione gergale con la quale si identificano i contratti collettivi nazionali stipulati da pseudo associazioni datoriali e sindacali (non solo di scarsa rappresentatività, ma) costituite con lo scopo specifico di stipulare contratti collettivi nazionali per

consentire, così, ai datori di lavoro che li applicano di attribuire al personale dipendente condizioni meno favorevoli di quelle previste dalla contrattazione collettiva nazionale *leader*, dando vita a quel fenomeno definito di *dumping* sociale che costituisce una forma deteriore di esercizio della concorrenza imprenditoriale.

Nella prospettiva fin qui considerata delle possibili diversificazioni dei trattamenti legali minimi, si deve considerare anche l'autonomia individuale di quei lavoratori che, dotati di una propria forza contrattuale, sono in grado di imporre al datore di lavoro – al momento dell'assunzione o nel corso del rapporto di lavoro – condizioni più favorevoli di quelle minime stabilite dalla legge o dalla contrattazione collettiva applicabile.

In quest'ultimo caso, quindi, le differenziazioni migliorative si realizzano sul piano individuale riguardando il singolo lavoratore che riesce ad ottenerle.

Nella prospettiva ora accennata va anche ricordato che nel diritto del lavoro privato (diversamente dal lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni) non opera (come ha confermato anche la Corte costituzionale) un vincolo di parità di trattamento retributivo, bensì il principio di non discriminazione per i motivi previsti dalla legge.

In conclusione si può, quindi, dire che il diritto del lavoro garantisce l'uniformità di trattamenti minimi inderogabili *in peius* e promuove le differenziazioni (di norma) migliorative realizzate in sede collettiva ed individuale secondo le discrezionali valutazioni operate nell'esercizio dell'autonomia contrattuale (collettiva ed individuale) che non incontrano limiti, salvo quelli del divieto di discriminazioni per motivi politici, sindacali, di razza, religione, sesso, lingua, età, convinzioni personali.

2. Diseguaglianze effettive e soluzioni ineffettive

Le diseguaglianze – nel significato di condizioni di lavoro diversificate senza una oggettiva giustificazione né giustificabili socialmente ed economicamente – che si registrano nelle condizioni di lavoro sono imputabili o alla ineffettività delle tutele pur esistenti ovvero alle scelte del legislatore (ma anche dell'autonomia collettiva) che, sebbene in sé legittime, non trovano (o non trovano più a seguito dei cambiamenti intervenuti) un'adeguata e ragionevole giustificazione.

Quanto al primo punto, si deve muovere dall'osservazione che una delle caratteristiche delle tutele legali accordate al lavoratore è quella dell'effettività, senza la quale la tutela – pur formalmente riconosciuta, ma non concretamente fruibile dal lavoratore – non assolve alla funzione per la quale è preordinata. Con la conseguenza che le diseguaglianze sono generate dall'inefficienza dei meccanismi normativi di tutela.

Limitandomi solo ad un esempio, nel tentativo di chiarire il concetto ora accennato, si può dire che la parità retributiva tra lavoratori e lavoratrici è garantita dal legislatore in un'articolata pluralità di forme

che riguardano anche la completa ed esaustiva evidenziazione dei dati che ciascun datore di lavoro deve periodicamente fornire (ogni biennio) e la praticabilità di azioni positive affidate all'impulso di soggetti (segnatamente le consigliere di parità) a cui tali dati sono forniti. Ma il meccanismo normativo – che, pure, appare funzionale e adeguato alla garanzia della parità di trattamento retributivo – in concreto non riesce ad assolvere al suo compito, come dimostrano le oggettive diseguaglianze dei trattamenti retributivi tra lavoratori e lavoratrici messe in evidenza proprio dall'analisi dei dati forniti dalle aziende. In questo caso, anziché adottare nuove norme che si aggiungono a quelle già in vigore (come il Parlamento ha fatto di recente), sarebbe più utile individuare le ragioni del mancato funzionamento del sistema vigente ed intervenire su di esse. Cioè comprendere le ragioni, normative e sociali, per cui la strumentazione normativa messa a disposizione dal legislatore a tutela della sostanziale parità retribuiva tra lavoratori e lavoratrici non abbia dato gli esiti previsti.

Una questione diversa è quella che si pone con riferimento alle diseguaglianze, ma ancor più alle violazioni delle norme di tutela, che si registrano, anche qui ricorrendo ad un solo esempio, nel lavoro in appalto e che concorrono a determinare ed incrementare tali diseguaglianze tra i lavoratori impegnati nello stesso ciclo produttivo per realizzare i beni o servizi da fornire al mercato.

Nelle filiere delle attività produttive la segmentazione realizzata attraverso gli appalti avviene (non di rado) non già per cogliere virtuosamente le opportunità derivanti dalla scelta di un'impresa specializzata e con maggiori competenze a cui il committente si rivolge per affidare ad essa lavorazioni riconducibili al proprio ciclo produttivo e, neppure, per dar vita ad un'organizzazione flessibile del lavoro finalizzata a rispondere alle sollecitazioni dei mercati che esigono rapidità e qualità nell'offerta dei beni e servizi da fornire ai consumatori per soddisfare le loro mutevoli esigenze in termini di prezzi ed innovazione. Infatti quando ciò non avviene, il ricorso all'appalto mira alla riduzione dei costi di produzione conseguita giovandosi del minor costo della manodopera dell'appaltatore (e dei subappaltatori, il cui numero crescente coincide con un inevitabile *decalage* del costo del lavoro[38]) oppure per la necessità di eseguire produzioni che i dipendenti delle imprese committenti rifiutano e, in questo caso, si dovrebbe verificare se ciò dipende dalla remunerazione prevista per tali attività, dai rischi che esse presentano (e che dovrebbero comportare un simmetrico incremento dei costi della sicurezza del lavoro) o dalla gravosità delle stesse.

[38] Com'è noto con il d.l. 31 maggio 2021, n. 77 («*governance del piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure*») convertito con l. 29 luglio 2021, n. 108 è stato modificato l'art. 105, co. 14, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 prevedendo che «*il subappaltatore, per le prestazioni affidate in subappalto, deve garantire gli stessi standard qualitativi e prestazionali previsti nel contratto di appalto e riconoscere ai lavoratori un trattamento economico e normativo non inferiore a quello che avrebbe garantito il contraente principale, inclusa l'applicazione dei medesimi contratti collettivi nazionali di lavoro, qualora le attività oggetto di subappalto coincidano con quelle caratterizzanti l'oggetto dell'appalto ovvero riguardino le lavorazioni relative alle categorie prevalenti e siano incluse nell'oggetto sociale del contraente principale*».

La soluzione apprestata dal legislatore – quella di obbligare in solido il committente per i crediti retributivi e contributivi dell'appaltatore (e di ogni subappaltatore) – si è rivelata, per un verso, gravosa per i committenti e, per altro, non risolutiva delle segnalate criticità che si riscontrano nel lavoro in appalto.

3. Digitalizzazione e *remote working*, trasformazioni del mercato del lavoro e superamento delle diseguaglianze?

Venendo adesso alle diseguaglianze ed alla considerazione di esse con riferimento alle trasformazioni indotte dalle nuove tecnologie digitali, va subito anticipato che il mio intervento non ha certo la pretesa di fornire una risposta adeguata alla domanda se le modifiche del mercato del lavoro determinate dalla digitalizzazione e, in particolare, dal *remote working* potranno o meno comportare un superamento delle diseguaglianze tra i lavoratori.

Le difficoltà che si presentano nel rispondere a questa domanda derivano, in primo luogo, dalla necessità di scomporre il tema ed analizzarlo in una pluralità di prospettive l'una diversa dall'altra ed in base alle conoscenze fin qui note; infatti, l'innovazione digitale dimostra una capacità pervasiva dei processi produttivi i cui effetti non è facile circoscrivere. Forse è sufficiente dire, per dare conto del fenomeno seppure in termini puramente descrittivi, che la digitalizzazione non si esaurisce nel fornire nuove tecnologie per chi lavora, ma genera una trasformazione del lavoro umano, cioè delle modalità che caratterizzano la relazione dell'Uomo con il lavoro.

Quanto appena detto evidenzia subito un fattore di diseguaglianze dovute all'accesso alla formazione necessaria per il lavoro digitale. Infatti, l'acquisizione e la manutenzione continua delle competenze per il lavoro digitalizzato costituisce il presupposto indispensabile per qualsiasi lavoratore, così come per le imprese la possibilità di avvalersi delle nuove tecnologie (le reti, ecc.) costituisce un fattore infrastrutturale determinante per operare sui mercati. Formazione ed infrastrutture richiedono, quindi, l'attivazione di piani di intervento sostenuti da adeguate risorse pubbliche.

Come si è detto, l'indagine da condurre sul piano giuslavoristico deve essere coltivata, considerando molteplici prospettive.

3.1. Lavoro agile e subordinazione

La prima prospettiva riguarda il rapporto di lavoro subordinato e, più precisamente, gli effetti che la diffusione del *remote working*, nella forma del lavoro agile (LA) disciplinata dalla l. 22 maggio 2017, n. 81, determina nelle posizioni giuridiche del datore e del prestatore di lavoro.

Nella concezione tradizionale, com'è noto, il rapporto di lavoro subordinato si caratterizza per la diseguaglianza delle posizioni giuridiche – prima ancora delle condizioni socio-economiche – nelle quali l'ordinamento colloca il datore ed il prestatore di lavoro.

Infatti, al datore di lavoro è attribuita una posizione di supremazia gerarchica (come la definisce il codice) che si connota per i poteri (direttivo, organizzativo, di conformazione, di controllo, disciplinare) conferiti al datore di lavoro, mentre il dipendente è subordinato proprio perché è assoggettato a questi poteri. La tutela che l'ordinamento attribuisce al lavoratore muove proprio dalla sua condizione di soggezione e dalla necessità che l'esercizio dei poteri datoriali non leda la dignità della persona umana.

Adesso con il LA la struttura del rapporto di lavoro subisce una significativa mutazione, in quanto il tempo ed il luogo di lavoro non sono più necessariamente scanditi dall'esercizio del potere datoriale, ma sono (in tutto o in parte) rimessi alle scelte del lavoratore che potrà stabilire quando (non quanto) e dove eseguire la propria prestazione. Con il LA il lavoratore diventa, come si è detto con un'espressione colorita, "padrone del tempo di lavoro e del luogo di esecuzione della prestazione lavorativa".

Ciò avviene, come prescrive il legislatore (art. 18, l. n. 81/2017), a fronte di un accordo tra datore e prestatore di lavoro che dà vita ad una speciale modalità della prestazione di lavoro la cui collocazione temporale (non la quantità, come già detto) ed il luogo di esecuzione sono rimessi al dipendente.

Le nuove tecnologie e le nuove forme di organizzazione del lavoro consentono che l'utilità della prestazione lavorativa rimanga inalterata per il datore di lavoro anche rimettendo al dipendente la gestione del tempo e del luogo di lavoro, potendo risultare indifferente in una certa organizzazione produttiva quando il lavoro viene svolto e da dove. Infatti, la digitalizzazione del lavoro eseguito attraverso una piattaforma e reso mediante una connessione telematica, consente al datore di lavoro di acquisire e di utilizzare il lavoro nella propria organizzazione anche senza la presenza fisica del dipendente nei "locali aziendali".

Di qui l'accordo a cui le parti possono addivenire che, modificando l'ordinaria modalità di svolgimento della prestazione lavorativa in presenza, dà vita al LA producendo l'effetto di comprimere i poteri datoriali con una corrispondente cessione al dipendente delle decisioni relative ai tempi ed ai luoghi della prestazione lavorativa.

Si può, quindi, dire che, almeno nei limiti ora accennati, la diseguaglianza tra le posizioni contrattuali del datore di lavoro e del dipendente tendono ad attenuarsi e, con essa, anche la differenza delle modalità di svolgimento delle prestazioni lavorative rese nell'ambito, da una parte, del rapporto di lavoro subordinato e, dall'altra, delle collaborazioni autonome continuative e coordinate.

La sperimentazione del LA ha dimostrato non solo che la presenza al lavoro (cioè, sul luogo di lavoro) non è sempre necessaria, ma anche che la prestazione resa dal dipendente in autonomia si può rivelare

più proficua per entrambe le parti del rapporto di lavoro (ciò, però, non vuol dire che lo è sempre), consentendo al lavoratore di organizzare i tempi di lavoro tenendo in considerazione le necessità della propria vita e di quella della propria famiglia (specialmente dei figli), il che induce a sviluppare in capo al dipendente, come si è potuto constatare essere avvenuto (pur essendo evidente che la valutazione non può essere generalizzata), una responsabilità rivolta più che al tempo occupato dal lavoro, agli obiettivi al cui raggiungimento è finalizzata la prestazione lavorativa.

Per le imprese, quindi, il LA non si risolve soltanto in un risparmio dei costi fissi che devono essere sopportati per ogni singola postazione di lavoro, ma consente anche di accedere ad una diversa organizzazione del lavoro che, probabilmente, è in grado di conciliare l'interesse alla flessibilità ed a prestazioni di lavoro orientate più al risultato che al tempo ed ai lavoratori di conseguire margini di autonomia maggiori nello svolgimento della loro attività in forma subordinata.

La dimostrazione di quanto detto si può cogliere, ad esempio, dal peso che il LA – al pari del welfare aziendale – ha nella formulazione di offerte di lavoro competitive con le quali le imprese si contendono le risorse umane più pregiate e per questo più richieste nel mercato del lavoro.

Quanto detto non deve però far trascurare altri aspetti del LA che, senza contraddire quanto fin qui accennato, ne costituisco una componente imprescindibile e da considerare con la massima attenzione.

Ad esempio, si è segnalato che il LA si caratterizza per la maggiore autonomia del lavoratore nell'esecuzione della prestazione, ma se gli spazi di libertà aumentano non è affatto detto che l'esercizio di questa libertà non presenti, a volte, tratti problematici.

Infatti, la distinzione tra tempi di vita e di lavoro è scandita in modo naturale dalla fisicità del lavoro in presenza all'interno dell'azienda e dall'uscita dal luogo di lavoro al termine dell'orario di servizio (con i limiti che pur in questo caso tendono ormai a manifestarsi e di cui si dirà tra breve), invece non è così quando il dipendente svolge il suo lavoro connettendosi al sistema informatico aziendale e, per il tramite di esso, interagisce con capi e colleghi di lavoro. In questo caso, infatti, il confine tra il lavoro e il non lavoro (pause, riposi giornalieri, settimanali, ferie) diventa più labile, con un rischio per il dipendente di essere fagocitato dal lavoro e sottratto ad ogni altra relazione personale.

La dilatazione temporale della prestazione lavorativa resa in modalità agile e l'«*utilizzo di strumenti tecnologici per lo svolgimento dell'attività lavorativa*» che consentono al datore di lavoro di raggiungere il dipendente anche quando si è esaurito il tempo di lavoro, ha indotto il legislatore ha stabilire che il patto costitutivo del LA debba «*individua*[re] *i tempi di riposo del lavoratore*» e pure «*le misure tecniche e organizzative necessarie per assicurare la disconnessione del lavoratore dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro*» (art. 19, co. 1, l. n. 81/2017).

In questa prospettiva la domanda dalla quale si deve partire riguarda proprio l'*ubi consistam* della disconnessione. Si può dire, subito, che la disconnessine è cosa diversa dai tempi di riposo e dalle pause

che il legislatore richiama insieme alla disconnessione evidenziandone così la differenza. La disconnessione, però, è inerente al tempo di non lavoro, pur non coincidendo necessariamente con esso. Infatti, quando il dipendente ha esaurito il tempo del suo lavoro il sistema o i sistemi informatici con i quali ha svolto la sua attività restano in funzione perché il dipendente continua ad utilizzarli mantenendo attiva la connessione per le esigenze di comunicazione della propria vita sociale. Ciò comporta che il datore di lavoro può (anche inconsapevolmente) raggiungere il dipendente in ogni momento (sollecitandone la reattività) attraverso i normali flussi di informazioni (*e-mail*, *news*, messaggi, ecc.) che il sistema aziendale veicola e riversa indistintamente su tutti coloro che sono connessi.

Con la disconnessione dal sistema aziendale, quindi, si persegue l'obiettivo di mettere al riparo il dipendente dalle sollecitazioni provenienti dal datore di lavoro, impedendo così ogni interferenza con il tempo di non lavoro e con la vita personale del dipendente. La disconnessione opera a protezione della fruizione indisturbata del tempo di non lavoro garantendo al dipendente di non subire interferenze che deriverebbero dall'essere compulsato da informazioni o *input* rilasciati dal sistema informatico aziendale. Un diritto della persona che non coincide con il riposo dovuto al lavoratore, ma riguarda la sfera personale di ciascun dipendente a non subire ingerenze nella vita privata provenienti dall'ambito lavorativo.

Si deve precisare con riferimento a quanto fin qui detto che se il LA costituisce, senza dubbio, l'ambito elettivo della disconnessione, ormai anche per il lavoro in presenza si pone un problema di disconnessione. Infatti, una volta il dipendente, al termine dell'orario di lavoro, usciva dal proprio ufficio e, in tal modo, realizzava fisicamente la disconnessione da qualsiasi *input* lavorativo proveniente dal suo datore di lavoro. Oggi non è più così, il lavoratore che lascia l'ufficio è pur sempre non solo rintracciabile attraverso i normali sistemi di comunicazione di uso generalizzato, ma è anche raggiunto da *e-mail*, messaggi, ecc. che ne sollecitano la reattività, interferendo con la sua vita privata.

Passando ad un altro punto rilevante della disciplina dell'accordo individuale necessario per dare vita alla modalità agile della prestazione lavorativa, si deve evidenziare la previsione della facoltà di recesso dall'accordo. Facoltà di recesso garantita ad entrambe le parti del contratto di lavoro che consente a ciascuna di esse di ripristinare la modalità ordinaria di esecuzione della prestazione lavorativa nel momento in cui dovesse venir meno l'interesse a lavorare da remoto.

In questo modo il LA non potrà essere – diversamente da quanto accade per il lavoro a tempo parziale – una modalità di svolgimento della prestazione lavorativa subita dal dipendente ed imposta dal datore di lavoro utilizzando la forza negoziale che consente a quest'ultimo di determinare le condizioni di assunzione del lavoratore. Ciò in quanto la reversibilità della scelta del LA – che si deve realizzare con il recesso dall'accordo costitutivo – garantisce una sufficiente libertà negoziale anche al lavoratore, con un'implicazione importante: quella dell'attrattività e della reciproca convenienza del LA che dovrà essere

alimentata dal datore e dal prestatore di lavoro per rinsaldare nel tempo l'interesse comune a proseguire nel *remote working*.

Non credo, invece, che debba essere enfatizzato – come pure alcuni hanno ritenuto di fare – quanto previsto dalle norme sul LA in ordine al potere direttivo, di controllo e disciplinare le cui modalità di esercizio (quando il lavoro non avviene in presenza) devono essere riportate nell'accordo costitutivo della modalità agile di esecuzione della prestazione lavorativa. Infatti, non appare possibile spingersi in avanti a tal punto da sostenere che il legislatore abbia trasformato i poteri datoriali contrattualizzandoli, in quanto le modalità del loro esercizio sarebbero state demandate all'accordo tra datore e prestatore di lavoro. Piuttosto il legislatore ha preso atto della necessità di specificare nell'accordo sul LA le peculiari modalità di esercizio di tali poteri quando sono esercitati a distanza per consentire al lavoratore di averne una conoscenza documentata.

Naturalmente le considerazioni alle quali si è accennato sugli effetti del LA in ordine alle posizioni di soggezione e di potere tipiche del lavoro subordinato, non si riferiscono al LA c.d. emergenziale che è quello praticato durante l'emergenza pandemica e che ha consentito, specialmente nei periodi più acuti del *lockdown*, di mantenere in attività quei lavoratori che non potevano raggiungere la sede di lavoro. Il LA emergenziale, infatti, si connota – quanto meno sul piano fattuale (anche se non formalmente) – per la costrittività organizzativa, essendo il lavoratore obbligato ad operare dalla sua abitazione senza poter scegliere liberamente – come avviene, invece, nel LA ordinario – il luogo dove svolgere di volta in volta la sua attività. Il LA emergenziale ha avuto, però, un'importanza notevole in quanto ha consentito (meglio, imposto) una sperimentazione forzata su ampia scala che ha dimostrato le potenzialità del *remote working* fino a quel momento oggetto di sperimentazioni assai limitate e che non avrebbero consentito, se non dopo un lungo periodo, di apprezzare le potenzialità del LA.

Si deve aggiungere che il LA o il *remote working* sono cosa ben diversa dal telelavoro che si risolve nell'individuazione e predeterminazione di un luogo di lavoro (con una postazione di lavoro fissa) diverso da quello nei locali aziendali.

Nel LA, invece, il luogo di lavoro, così come la collocazione oraria della prestazione lavorativa, non sono predeterminati o determinabili dal datore di lavoro, potendo il dipendente scegliere dove e quando lavorare, senza neppure la necessità di portare tali scelte alla preventiva conoscenza del datore di lavoro che ha interesse ad acquisire la prestazione così come il lavoratore intende eseguirla. Naturalmente contemperamenti a questa opzione possono essere convenuti nell'accordo istitutivo del LA prevedendo, ad esempio, fasce orarie all'interno delle quali il dipendente potrà collocare la sua prestazione.

3.2. Digitalizzazione e tipo contrattuale

Una diversa prospettiva è quella che si interroga sulle conseguenze delle trasformazioni delle modalità di svolgimento del lavoro derivanti dalla digitalizzazione e dal *remote working* per quanto attiene la forma subordinata o autonoma del lavoro (nella specie delle collaborazioni personali, continuative e coordinate). Un'alternativa che, com'è noto, ha conseguenze assai rilevanti in termini di tutele del lavoratore ed obblighi del datore di lavoro (e, quindi, di costi e flessibilità) che nel rapporto di lavoro subordinato si manifestano nella loro espressione massima, mentre nelle collaborazioni autonome coordinate sono sì previste, ma molto limitatamente. Anche se si registra nel corso degli anni (fin dal 1973) una tendenza alla loro estensione che ha portato, da ultimo, il legislatore a prevedere l'applicazione della disciplina del lavoro subordinato (in quanto compatibile) alle collaborazioni autonome personali e continuative quando, però, risultino etero-organizzate e non meramente coordinate.

Si tratta di una diversificazione nelle tutele del lavoro che si fonda sulla riconosciuta capacità della nozione di subordinazione tecnico funzionale di fungere da criterio selettivo per l'attribuzione di un corredo di tutele più intense rispetto a quelle che l'impegnativa formulazione dell'art. 35 Cost. impone di riconosce comunque al «*lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni*».

Ciò comporta che il collaboratore autonomo (perché non assoggettato alla subordinazione tecnico-funzionale), continuativo e coordinato che opera in regime di monocommittenza (ma anche un *rider* o chi lavora tramite piattaforme) e, per questo, versa in una situazione di dipendenza economica esclusiva dal committente, non è ritenuto meritevole di quelle tutele che l'ordinamento riconosce, invece, al lavoratore dipendente (anche al dirigente).

La questione ora accennata non è certamente nuova, da tempo infatti viene discussa di fronte al manifestarsi ed al diffondersi di situazioni conclamate di carenza di tutela per chi mette a disposizione di un unico committente le proprie prestazioni lavorative in via continuativa e coordinata a fronte di tutele robuste per chi, invece, fornisce le stesse prestazioni, ma nell'ambito di un rapporto di lavoro subordinato. Ma è stata considerata impraticabile l'opzione di abbandonare la subordinazione (e le sue collaudate tecniche giurisprudenziali di rilevazione) per sostituirla con un diverso parametro in base al quale diversificare le tutele dovute a chi lavora.

Il problema delle tutele diseguali del lavoro, però, resta ed è sempre più stridente; anche perché le trasformazioni del lavoro subordinato conseguenti alla digitalizzazione ed al *remote working* avvicinano le modalità di svolgimento dell'attività del lavoratore dipendente a quelle di chi offre in regime di monocommitteza la propria collaborazione in via continuativa e coordinata.

Di qui la necessità di tornare ad interrogarsi sul tema della diseguaglianza delle tutele del lavoro che si trasforma – anche per effetto delle nuove tecnologie – ed è sempre più lontano dalla classica distinzione tracciata nettamente dal codice civile tra autonomia e subordinazione.

3.3. Lavoro digitale e mercato del lavoro

Un'ulteriore prospettiva di esame delle conseguenze indotte dal lavoro digitale sulle diseguaglianze è quella che si coglie non all'interno del rapporto di lavoro, bensì nel mercato del lavoro.

Questa indagine, però, deve subito distinguere tra mercati del lavoro: quello nazionale (che si articola, a sua volta, in quelli locali) e quello transnazionale.

Infatti, guardando a quest'ultimo si deve muovere dall'affermazione, autorevolmente argomentata, che lo sviluppo indotto dalla globalizzazione ha comportato mediamente una riduzione del divario delle condizioni economiche tra paesi sottosviluppati e paesi più ricchi, ma allo stesso tempo ha generato un incremento significativo delle diseguaglianze interne. Ciò vale anche per il miglioramento delle condizioni di lavoro registrato nei paesi nei quali si sono spostate le produzioni, seppure permangano nette le differenze con le condizioni dei paesi più evoluti, seppur ridimensionate.

Si può, quindi, dire che a livello transnazionale le diseguaglianze tra i lavoratori si sono ridotte e ciò è avvenuto per effetto della forte crescita della domanda di lavoro (collegata a produzioni delocalizzate, anche ad alto valore aggiunto) che si è indirizzata verso i paesi sottosviluppati per l'attrattività dei ridotti costi di produzione (come si è detto, costi tendenzialmente crescenti, ma che comunque restano sicuramente assai più bassi di quelli dei paesi più evoluti).

Ciò può comportare specularmente una riduzione del lavoro nei mercati nazionali; la contendibilità delle attività produttive e del lavoro alimenta così una concorrenza che può svantaggiare i lavoratori nei mercati nazionali dei paesi più ricchi, che per bilanciare questo effetto dovranno far valere e puntare sulla capacità di sviluppare una qualità superiore del loro lavoro.

Il fenomeno delle delocalizzazioni ha quindi prodotto questo effetto (qui descritto in termini fin troppo sommari e sbrigativi).

Un effetto che le nuove tecnologie potranno amplificare perché consentono di delocalizzare non già la produzione di beni e servizi, bensì il lavoro necessario per tale produzione; infatti, la gamma delle lavorazioni ad essa necessaria è destinata ad incrementarsi per lo sviluppo e l'articolazione del lavoro digitale remotizzabile.

Infatti, le prestazioni lavorative che non richiedono la presenza fisica del lavoratore nel luogo di produzione potranno essere acquisite non soltanto *in loco*, cioè nel territorio dove l'impresa è insediata, ma anche nel mercato globale del lavoro per essere poi canalizzate attraverso le reti e concorrere alla

produzione di beni e servizi da collocare sui vari mercati. In altre parole, nell'ipotesi in esame, la domanda di lavoro necessaria ad alimentare il sistema produttivo si può indirizzare ed essere soddisfatta attingendo ai mercati (del lavoro) diversi da quello nel cui ambito territoriale si realizza la produzione.

Non solo, le tecnologie potranno anche portare ad una segmentazione e parcellizzazione delle prestazioni di lavoro da utilizzare per la produzione, con l'effetto di disgregare la classica unità temporale del lavoro (la giornata lavorativa, l'ora di lavoro) a favore del numero di prestazioni eseguite e del risultato che esse sono in grado di realizzare (risultato che è anche più agevole controllare).

In questa prospettiva le implicazioni sono numerose, derivando dalla possibilità (con relative opportunità sul piano dei costi e criticità organizzative) dell'impresa di acquisire il lavoro all'interno di un'ampia platea di prestatori potenzialmente disponibili ad offrire lavoro a condizioni più basse di quelle praticate nel territorio dove si realizza la produzione. Inoltre, il parametro della remunerazione del lavoro potrebbe non essere riferito al tempo di lavoro e per di più riguardare segmenti di prestazioni lavorative il cui frazionamento sarebbe inimmaginabile per il lavoro in presenza, mentre è realizzabile ricorrendo alla digitalizzazione del lavoro reso attraverso piattaforme.

Si disvela, così, una tendenza destinata ad incidere variamente (ed in modo diversificato) sulle diseguaglianze dovute alla collocazione territoriale del lavoratore ed alla conseguente possibilità per quest'ultimo di circoscrivere in quest'ambito la propria offerta di lavoro.

Un limite quello territoriale che, com'è noto, alimenta il fenomeno delle migrazioni economiche che spingono le persone a spostarsi da un paese ad un altro attirate da opportunità/condizioni migliori (anche, ma non solo) di lavoro e di salario (come rileva l'IOM - Organizzazione internazionale per le migrazioni). Con i noti problemi che riguardano, nella prospettiva lavoristica, la vulnerabilità dei migranti esposti ad una molteplicità di rischi (lavoro illegale, caporalato, retribuzioni basse, mancanza di sicurezza) nel momento in cui si inseriscono (o tentano di farlo) nel mercato del lavoro del paese di destinazione.

Per quanto riguarda il profilo ora in esame, connesso alla capacità delle nuove tecnologie di svincolare l'accesso al lavoro dal territorio di residenza del lavoratore, sono molteplici le implicazioni e potenzialità che si possono sviluppare, partendo da quella che riguarda le opportunità che il lavoratore può cogliere. Opportunità che, come già accennato, consentono, in prima battuta (cioè prima delle condizioni economiche e normative applicate a questi lavoratori), di misurare le diseguaglianze tra i lavoratori con riferimento non già al territorio di residenza del lavoratore, ma alle competenze ed al possesso delle tecnologie per veicolare il lavoro a distanza. Elementi questi determinanti per acquisire e realizzare il lavoro digitale.

Subito dopo si apre il tema, complesso e difficile, della qualificazione (come subordinato od autonomo) del lavoro reso da remoto tramite piattaforme e delle regole ad esso applicabili.

Al riguardo muovendo dal principio – anche recentemente affermato dalla Corte di Giustizia (Prima Sezione) con sentenza del 15 luglio 2021 resa nelle cause C-152/20 e C-218/20 – dell'inderogabilità dei trattamenti retributivi minimi previsti nel luogo dove il lavoratore esegue abitualmente la propria prestazione, ci si deve chiedere come si debba identificare questo luogo quando il lavoro viene reso da remoto attraverso una piattaforma.

Il tema non si pone nel caso del LA disciplinato dalla l. n. 81/2017 in quanto il legislatore ha previsto un obbligo legale (inderogabile) di parità di trattamento con il lavoro in presenza che esclude la possibilità di trattamenti meno favorevoli di quelli applicati dal datore di lavoro al lavoro in presenza; del resto, il LA si risolve in una modalità di esecuzione della prestazione lavorativa caratterizzata dall'alternanza tra lavoro in presenza e lavoro a distanza (da un luogo che il datore di lavoro neppure conosce).

Invece il problema si può porre nel caso del lavoro completamente remotizzato che potrebbe essere remunerato secondo le condizioni applicate nel luogo di esecuzione meno favorevoli di quelle praticate dove il datore di lavoro assembla le prestazioni e le finalizza alla produzione.

La soluzione, in un senso o nell'altro, di questi problemi determinerà la dilatazione o il ridimensionamento delle diseguaglianze tra i lavoratori che si manifesteranno in modo inversamente proporzionale avendo riguardo al mercato del lavoro nazionale o transnazionale nel quale operano.

Richiamando quanto si è detto inizialmente, il lavoro digitale remotizzato, ampliando la concorrenza tra i lavoratori, mette a dura prova la permeabilità delle regole lavoristiche che fondano sull'inderogabilità *territoriale* la tutela del lavoro.

A ciò si deve aggiungere che per di più, almeno al momento, si palesa quanto mai problematica la tutela giurisdizionale e sindacale di queste forme di lavoro e ciò potrebbe facilitare comportamenti elusivi.

4. Perdita dell'occupazione e politiche passive del lavoro

Infine, si deve rilevare che le diseguaglianze socialmente più rilevanti sono quelle che colpiscono i lavoratori nel momento in cui perdono l'occupazione in relazione alla diversità dei trattamenti di sostegno al reddito e di ricollocazione di cui sono destinatari.

Stiamo, però, assistendo ad una modifica del sistema degli ammortizzatori sociali che si fonda sul principio della universalità dei trattamenti per garantire se non un'uniformità, quanto meno una tendenziale diffusione delle tutele in caso di perdita del lavoro, estese anche ai collaboratori autonomi che operano in via continuativa. Una prospettiva ancora incompiuta, ma che segna la direzione nella quale il legislatore deve ulteriormente muoversi.

Quanto detto, però, non vuole affatto escludere l'articolazione e la differenziazione dei livelli e trattamenti di protezione dei lavoratori rispetto a quelli *standard* previsti a fronte della perdita del lavoro, ma ciò

dovrebbe avvenire a fronte di ragioni oggettive e specifiche (la riorganizzazione dell'impresa per affrontare le trasformazioni tecnologiche necessarie a garantirne la competitività sul mercato, come avviene con il contratto di espansione per gestire l'esodo dei lavoratori anziani in esubero) oppure perché finanziate all'interno e a carico della categoria (con appositi fondi, da quelli più risalenti del settore del credito a quelli più recenti dei chimici), non certo per concedere a categorie di lavoratori forti prestazioni speciali i cui oneri, particolarmente elevati, verrebbero a gravare finanziariamente sulla collettività.

Digitalizzazione e sicurezza sociale*

di Pasquale Sandulli
Già Professore ordinario di Diritto del lavoro
Sapienza - Università di Roma

Abstract [It]: Il saggio affronta l'impatto della digitalizzazione sul sistema di sicurezza sociale, prendendo le mosse da un'analisi giuridica delle prospettive di sistema a fronte della digitalizzazione, concentrandosi successivamente sui profili organizzativi/istituzionali, sull'uso di strumenti paratributari anti evasione e/o elusione per lo svolgimento dei rapporti, per finire con spunti su privacy e sicurezza digitale.

Title: Digitalisation and social security
Abstract [En]: The paper addresses the impact of digitalization on the social security system, starting with a legal analysis of the system perspectives considering the digitalization, then focusing on organizational/institutional aspects, on the use of anti-tax evasion and/or avoidance instruments in working relationship, and finally expressing some ideas on privacy and digital security.

Parole chiave: digitalizzazione; previdenza sociale; fonti di finanziamento alternative; strumento di contrasto all'evasione; sicurezza digitale
Keywords: digitalization; Social Security; alternative funding sources; anti-tax evasion instrument; digital security

Sommario: 1. Le linee tematiche. **2.** Digitalizzazione del mercato del lavoro e Welfare lavoristico. **3.** Digitalizzazione dei lavori e finanziamenti alternativi della previdenza sociale. **4.** Il Welfare non lavoristico: opportunità dalla digitalizzazione.

1. Le linee tematiche

L'impatto della digitalizzazione sul sistema di sicurezza sociale deriva in parte dagli effetti del corrispondente processo su rapporti di lavoro e sindacali – di cui ai saggi di Maresca[1] e di Treu[2] – secondo un relativamente consolidato rapporto di specularità, riferibile peraltro al solo versante previdenziale (c.d. Welfare lavoristico); con l'avvertenza, tuttavia, che – almeno per quanto concerne i rapporti di lavoro – la digitalizzazione si innesta nel progetto contrattuale, a volte addirittura deviandone la configurazione, mentre la digitalizzazione non si innesta nel rapporto di erogazione delle prestazioni sociali.

A parte va considerato il clamoroso sviluppo delle attività sanitarie, che potrebbero essere considerate in questa sede, in quanto suscettibili di costituire esse stesse oggetto della prestazione sociale, sia a livello di base sia nell'ambito delle prestazioni di secondo livello: ma la connotazione nettamente bioingegneristica di questo prorompente ramo della medicina consente solo qualche breve cenno, per rilevare che attraverso la telemedicina (cui opportunamente il PNRR dedica adeguata attenzione, dopo la non brillante

* Articolo sottoposto a referaggio. Il saggio è destinato agli Scritti per il centenario della nascita di Renato Scognamiglio.
[1] V. A. MARESCA, *Il nuovo mercato del lavoro e il superamento delle diseguaglianze: l'impatto della digitalizzazione e del remote working,* in questo numero.
[2] V. T. TREU, *La digitalizzazione del lavoro: proposte europee e piste di ricerca,* in questo numero.

esperienza della assistenza domiciliare in occasione delle prime manifestazioni della pandemia da Covid 19) si delinea la possibilità di una più diffusa e possibilmente equa erogazione di prestazioni sanitarie, rientranti notoriamente nell'assetto costituzionale della protezione sociale attraverso il doppio canale costituzionale, dell'art. 38, cc. 1 e 2, e dell'art. 32. Una più diffusa ed equa erogazione di prestazioni che presuppone, nel quadro di un sistema regionalizzato di assistenza sanitaria, un impegno quanto più omogeneo degli enti regionali preposti, nella prospettiva di un necessario superamento dei dislivelli presenti sul territorio[3], e che nell'articolazione fra i vari livelli di welfare potrebbe affidare alla bilateralità un significativo ruolo di elevazione delle prestazioni - per quanto qui interessa (ma la riflessione potrebbe abbracciare l'intero ambito del welfare lavoristico di secondo livello) - sanitarie[4].

Tendenzialmente estranee alla correlazione indicata in apertura risultano, per contro, le innovazioni digitali riferibili alla restante parte del sistema di protezione sociale – non certo residuale, anzi sempre più ampia e pregnante, e frequentemente sovrapponibile – identificata con il termine assistenza (Welfare non lavoristico); così come una configurazione propria e nettamente distinta assume la digitalizzazione riferita alla imponente macchina organizzativa predisposta dallo Stato (cfr. art. 38, c. 4 Cost.) per consentire il raggiungimento degli obiettivi della protezione sociale. Dunque, all'analisi giuridica – ma inevitabilmente connessa con quella socioeconomica – delle prospettive di sistema a fronte della digitalizzazione (di compatibilità costituzionale delle scelte ipotizzate, di revisione del piano degli interventi protettivi più o meno condizionata dall'esistenza di un consolidato di impegni pregressi), seguiranno spunti sui profili organizzativi/istituzionali, sull'uso di strumenti paratributari anti evasione e/o elusione per lo svolgimento dei rapporti, per finire con qualche spunto su privacy e sicurezza digitale. Il tutto, inevitabilmente, per grandi salti!

2. Digitalizzazione del mercato del lavoro e Welfare lavoristico

Questa primissima riflessione sul percorso che si intende qui seguire, al fine dell'esplorazione del sistema di protezione sociale nei vari segmenti evidenziati riconsiderati alla luce della massiccia espansione del digitale, consente di dare per noto l'impianto attuale del sistema di protezione sociale (sebbene, quanto in particolare alle forme di tutela del reddito, in grande sommovimento per effetto oramai di due anni di pandemia[5]), e perciò non bisognoso di richiami, se non volta a volta per cogliere le specifiche implicazioni

[3] F. PESARESI, *Verso un Welfare più forte, ma davvero coeso e comunitario, a cura dell'Istituto per la ricerca sociale*, in Welforum.it; *La non autosufficienza e il welfare di cura: dalla "sanità di prossimità" alla "telemedicina",* in mefop.it:

[4] Spunti sul ruolo della bilateralità nella promozione degli strumenti digitali dedicati al *welfare* aziendale sono in P. BOZZAO, *Lavoro subordinato, tempi e luoghi digitali,* in questo numero, specialmente nel par. 4.

[5] Per tutti v. S. RENGA, *La tutela del reddito: chiave di volta per un mercato del lavoro sostenibile, relazione al XX congresso nazionale di diritto del lavoro,* Taranto, novembre 2021, in sito Aidlass.

del processo di digitalizzazione, che non risulta completato posta la costante spinta del processo di innovazione tecnologica.

Il riferimento agli spunti dedicati da Treu ai profili europei della protezione sociale consentirà di riprendere, in un quadro prevalentemente italiano, passaggi essenziali di livello europeo, condividendo peraltro il rilievo circa la strisciante espansione della funzione regolatoria dell'UE verso i temi della sicurezza sociale, che dalla, tutto sommato, elementare condizionalità (vedi l'esperienza della Grecia, la lettera al Governo italiano della Bce di giugno 2011, le polemiche sul ricorso al MES) evolve significativamente verso l'enunciazione di principi e valori suscettibili di valutazione giuridica.

Muovendo dal Welfare lavoristico, ed in particolare dal sistema pensionistico – che, insieme con l'assicurazione infortuni, costituisce il cuore della cittadella previdenziale, laddove le misure di sostegno del reddito e di protezione sanitaria risultano significativamente esposte al processo di commistione della funzione previdenziale con quella assistenziale[6] – è convinzione diffusa che il ricorso al metodo della contribuzione definita a capitalizzazione (ma virtuale) individuale viene indicato come più idoneo a meglio realizzare la sostenibilità del sistema pensionistico[7].

Ebbene, va detto che questo metodo venne adottato in Italia nel 1995 (l. n. 335, c.d. Dini) sulla scia della riforma del 1992 (l. n. 421, c.d. Amato), quasi ad imitazione della formula sulla quale si fondò la previdenza complementare (d. lgs. n. 124/93), nella convinzione di un'autosufficienza del sistema per effetto dell'implementazione delle prestazioni grazie appunto alla capitalizzazione riferita alla crescita del Prodotto interno lordo[8]. Nel decennio della privatizzazione il legislatore della riforma pensionistica fu allettato dall'idea a-solidale ("a ciascuno il suo") ed anche dalla fascinosa prospettiva di rendimenti stabili, clamorosamente smentita, ben prima della pandemia, nel 2015[9].

Resta che, doverosamente affidandomi ad accreditate analisi economiche (*ut supra* RAITANO), questa affermazione è ben valida in linea di principio. Tanto, sia in ragione di crisi di mercato, sia riferito agli effetti della digitalizzazione della produzione, con i noti effetti, forse troppo scontati, disoccupazionali e della riduzione delle disponibilità finanziarie derivanti dai contributi gravanti sulla produzione: si tratta di crisi fra loro ben diverse (anche se spesso sovrapposte). È evidente che un metodo di finanziamento fondato sulla ripartizione, viene travolto dalla combinazione dei due citati fattori di crisi del mercato del lavoro[10]. Dunque, precarizzazione e lavoro povero da digitalizzazione impattano negativamente sul

[6] V. il rapporto (dicembre 2021) della Commissione Tecnica Ministeriale di studio sulla separazione della spesa previdenziale da quella assistenziale.

[7] V. D. NATALI – M. RAITANO, *Il cambiamento tecnologico e le sfide per le politiche pensionistiche*, in *Riv. it. pol. pubbl.,* n. 1, 2020, pp. 49 ss.

[8] V. M. DRAGHI, *I motivi dell'assicurazione sociale*, disponibile al seguente link.

[9] Il riferimento è al d. lgs n. 66/15, art. 5, con il quale si è fronteggiato l'effetto di negativizzazione della media di cui all'art. 1, c. 9 della l. 335/95.

[10] Cfr. M. FRANZINI, *La difficile conciliazione tra finanza pubblica e welfare state, in Riv. dir. sic. soc.*, n. 4, 2019, pp. 681 ss.

sistema a prestazione definita, sia in termini di livello delle prestazioni, sia, e quasi paradossalmente, in termini di sostenibilità del sistema; ma oramai è sotto gli occhi di tutti che ciò vale anche per le prestazioni a contribuzione definita, sempre a ripartizione[11].

La digitalizzazione non è l'unica causa della crisi del mercato del lavoro, con i relativi riflessi di ordine produttivo, economico e sociale: basti pensare al processo a cavallo del secolo noto con il termine di "ingegneria finanziaria", che ha portato alla lunga al fenomeno dei *subprime* in un contesto di sottovalutazione dell'economia già scossa – per quanto qui interessa – dagli effetti della robotizzazione. È un'affermazione che vale anche per la pandemia, i cui effetti acuti sembrano in fase di esaurimento[12], ma di cui ancora non si conoscono sufficientemente gli effetti secondari di lungo periodo. Il punto è che la digitalizzazione si propone dinamicamente come processo permanente di condizionamento del mercato del lavoro, con effetti proiettati nel tempo e cumulativi, anche direttamente o indirettamente sul sistema previdenziale, caratterizzato dai noti riflessi di specularità rispetto al mercato del lavoro.

Certo, gli effetti giuslavoristici della digitalizzazione (v. i citati saggi di MARESCA e di TREU) sono ora sicuramente prevalenti e determinanti: se è vero che quantità fa qualità, essi sono capaci di modificare i termini della crisi di sistema (significativo è il rilievo di Treu circa il nuovo ruolo delle parti sociali, ed il correlato invito ad assumersene la responsabilità sociale). L'effetto diretto della digitalizzazione in termini di crisi del mercato del lavoro (profilo macro) e del lavoro come oggetto del contratto (profilo micro) si riversa senza filtri sulla sostenibilità economico/finanziaria ed anche sociale del sistema previdenziale, sollevando i ben noti problemi della condizionalità finanziaria del più o meno pieno riconoscimento dei diritti sociali essenziali. Ciò non solo perché aumentano le esigenze finanziarie per rispettare gli impegni assunti – in che si sintetizza la problematica dei c.d. diritti quesiti, sulla quale solo di recente la Corte costituzionale dà segnali di ripensamento[13] –, ma anche per fronteggiare le nuove (o anche solo evolute) situazioni di bisogno, secondo un significativo processo di loro trasmigrazione dall'area della previdenza

[11] Per una prima e fondamentale razionalizzazione del problema del lavoro povero, v. P. BOZZAO, *La tutela previdenziale del lavoro discontinuo. Problemi e prospettive del sistema di protezione sociale*, Roma, 2005.

[12] Fra quelli di ordine strettamente finanziario, riferiti all'equilibrio di bilancio dell'INPS, è dato registrare una poco convincente lettura del Bilancio INPS in *Conquiste del lavoro*, 16 febbraio 2022: *Il Covid "aggiusta" i conti dell'INPS*, che distorcendo l'analisi del rapporto di Itinerari previdenziali (vedi *Itinerariprevidenziali.it*) attribuisce al Covid un effetto (tristemente) benefico sui conti dell'Ente previdenziale italiano. Sottosta a questa *boutade* l'opposizione manifestata da quella Confederazione, insieme con la UIL, avverso le conclusioni della citata Commissione Tecnica di studio sulla separazione della spesa previdenziale da quella assistenziale, ove si rileva l'estrema difficoltà del raggiungimento di tale obiettivo.

[13] Il riferimento è a Corte cost., 9 novembre 2020. n. 234, in *Dejure.it*, ove il ripensamento è ravvisabile in due distinti passaggi; il primo, nel punto 15, 2, ult. comma, dove si legge: «*Appartiene infatti alla discrezionalità del legislatore stabilire nel concreto le variazioni perequative dell'ammontare delle prestazioni, attraverso un bilanciamento di valori che tenga conto anche delle esigenze di bilancio, poiché l'adeguatezza e la proporzionalità del trattamento pensionistico incontrano pur sempre il limite delle risorse disponibili*"; il secondo nel punto 17.3.1, laddove si legge: "*il legislatore … può anche modificare in senso sfavorevole la disciplina di quei rapporti, ancorché l'oggetto sia costituito da diritti soggettivi perfetti, a condizione che la retroattività trovi adeguata giustificazione sul piano della ragionevolezza e non trasmodi in un regolamento irrazionale lesivo del legittimo affidamento dei cittadini*».

a quella dell'assistenza. Si pensi alla ricerca di mezzi e strumenti per la copertura delle prestazioni a sostegno del reddito, in via di estensione anche agli autonomi[14]. Non rientra nei limiti di questo saggio – e rinvio, perciò, ai citati contributi di Maresca e di Treu – l'individuazione di norme, strumenti e comportamenti idonei a consentire in tempi medio-brevi (ma è noto che per le pensioni l'arco temporale è intergenerazionale) il recupero di livelli occupazionali e retributivi idonei a recuperare, o per lo meno contenere, lo squilibrio delle gestioni pensionistiche ed innalzare il livello delle prestazioni[15].

3. Digitalizzazione dei lavori e finanziamenti alternativi della previdenza sociale

Di certo qui deve trovare collocazione il tema della ricerca di mezzi finanziari alternativi, che si sottraggano, o siano meno sensibili, all'impatto della digitalizzazione, affrontando dunque il profilo del sostegno finanziario della crisi; così come qui compete anche il profilo della razionalizzazione del sistema (attraverso l'eliminazione delle duplicazioni, il perseguimento degli abusi, la fissazione di opportuni requisiti e condizioni di accesso)[16]. Ed infine, posto che i sistemi previdenziali (specialmente pensionistici) sono maturi, si tratta comunque di passare, se necessario, da un regime all'altro, o quanto meno di armonizzarli: è il grande sforzo compiuto dalla l. n. 335/95, che non solo ha posto delicati problemi di diritto transitorio, ma ha impegnato l'impianto informatico specialmente dell'INPS (allora ancora in fase di assestamento) nella prospettiva di realizzare – nell'ambito del complesso disegno di conservazione delle situazioni in fase di consolidamento[17] – almeno parzialmente l'obiettivo di spostare quante più possibili posizioni verso il regime a contribuzione definita (esemplare, sotto questo profilo, è il meccanismo dell'opzione donna). Un disegno, dunque, fondato sull'utilizzazione di tecniche digitali.

Si tratta di problematiche comuni a non pochi ordinamenti[18], che qui vengono trattate con specifico riferimento all'esperienza italiana, nella convinzione che l'innovazione digitale possa giocare, e già in parte lo fa, un ruolo decisamente positivo anche in termini di trasparenza, sempre che si formi una volontà politica in tal senso.

---

[14] Cfr. S. RENGA, *La tutela del reddito,* cit., § 3.4.

[15] Il Presidente dell'INPS, P. TRIDICO, intervista a *L'Avvenire* del 18 febbraio, sottolinea l'impatto del salario minimo sul livello delle prestazioni pensionistiche, secondo la logica insita nel metodo contributivo. Ivi un invito alla cautela nei confronti delle ipotesi di introdurre forma di *in-work benefit,* cui fa invece convinto riferimento G. PROSPERETTI, *Ripensiamo lo Stato sociale*, Padova, 2019, *Introduzione*, p. XIII.

[16] Viene alla mente la plastica raffigurazione del sistema pensionistico alla stregua di un acquedotto in cui il flusso di entrata, parzialmente ostruito, si sviluppa con condutture logore e forate, in cui ad ogni foro corrisponde un prelievo casuale o addirittura abusivo, così da ridurre allo sbocco il già esiguo afflusso iniziale: immagine efficacemente illustrata da V. FILI' nel corso dei seminari previdenziali maceratesi (Perugia, luglio 2017).

[17] Nella legge 421/92, nell'art. 3 venne utilizzato con qualche superficialità l'espressione «*conservazione del diritto al pensionamento, per coloro che hanno maturato l'anzianità contributiva e di servizio prevista nei singoli ordinamenti per poter usufruire di tale diritto*», creandosi così il problema dei diritti quesiti anche in assenza del completamento della fattispecie effettivamente attributiva del diritto.

[18] Ancora v. D. NATALI – M. RAITANO, *Il cambiamento tecnologico,* cit.

Se il mercato del lavoro, assunto nel sistema in atto come fonte (contributiva) di finanziamento, viene considerato come troppo esposto ai rischi della digitalizzazione e quindi inidoneo a garantire un flusso finanziario sufficiente alle prestazioni previdenziali, in particolare pensionistiche, occorrerà rivolgere l'attenzione ad altra fonte di finanziamento. Ciò pone in via preliminare una delicata questione di coerenza con l'impianto costituzionale, che può essere risolta, pur con qualche difficoltà, ammettendo che il secondo comma dell'art. 38 Cost. non vincola le scelte del legislatore in ordine alle fonti del finanziamento, se non laddove dovesse essere espressamente utilizzato lo strumento assicurativo, rispondente alla logica attuariale del premio come misura del rischio: insomma, è ammissibile – nel quadro dell'art. 38, commi 1, 2 e 4 – il ricorso alla fiscalità[19].

Un tale passaggio, che taluni danno già per scontato[20], merita qualche considerazione specificamente riferita alla questione dell'impatto di sistema. La scelta di avvalersi in via strutturale di specifiche fonti tributarie (una sorta di imposta di scopo) deve essere effettuata valutandone adeguatamente il profilo della loro tenuta rispetto alla possibile incidenza negativa della digitalizzazione, ed agli eventuali rimbalzi negativi del gettito. L'orientamento verso imposte generali, ed alla fin dei conti verso la soluzione fiscale in termini di gravame diretto sul bilancio dello Stato, pone la questione della individuazione della scala di esigenze da soddisfare, secondo un percorso già presentatosi, sia pure in misura contenuta (trattandosi di una spesa modesta nell'ambito di un bilancio regionale di medie dimensioni), alla Corte costituzionale[21].

La consapevole – e non meramente strisciante – utilizzazione della fonte tributaria per il (co)finanziamento delle prestazioni di cui all'art. 38, c. 2 Cost., solleva ancora un duplice problema: quello della possibile temporaneità, in funzione della, auspicabile ma incerta, ripresa del mercato e della produttività del lavoro, nella prospettiva del superamento della crisi da digitalizzazione delle attività produttive; o, in alternativa, della definitività della soluzione fiscale, che però comporterebbe l'abbandono del finanziamento su base contributiva: una scelta, che – seppur non contrastata, come testé detto, dall' art. 38, c. 2 Cost. – costituirebbe un radicale cambio di scenario rispetto alla logica latamente corrispettiva delle forme previdenziali anche non assicurative, come dalla giurisprudenza costituzionale sopra ricordata. Un ruolo rilevante in questo non agevole percorso ha svolto il d. lgs. n. 314/97, di c.d. tributarizzazione del contributo previdenziale, anche se esso trae largamente origine proprio da esigenze

[19] Di configurazione tributaria del contributo nel sistema previdenziale parlava già M. PERSIANI, *Il sistema giuridico della previdenza sociale*, Cedam, Padova, 1960, p. 232 ss. Una tappa fondamentale del percorso di tributarizzazione del contributo previdenziale è costituita dal d. lgs n. 314/1997, delle cui implicazioni *infra*.

[20] Ricordo in particolare, nell'area dei giuslavoristi, la posizione reiteratamente assunta, ed ora riepilogata nella raccolta di saggi da G. PROSPERETTI, *Ripensiamo,* cit.

[21] Cfr. C. cost. 16 dicembre 2016, n. 275, in *Foro It.*, n. 9, 2017, p. 2591. Ivi è espressamente invocato l'onere di motivazione in ordine alla scala di valori che con le risorse del bilancio stesso si intende sorreggere.

di semplificazione della fase di accertamento del debito contributivo, assimilato al debito fiscale, in una evidente prospettiva di utilizzazione di strumenti oramai di dominio del mondo digitale.

Rimettendo agli studiosi di politica economica e di scienza delle finanze il compito di individuare corrette e non occasionali soluzioni al problema della – auspicabilmente, solo parziale – fiscalizzazione delle prestazioni[22], si trae qui lo spunto per evidenziare vantaggi e rischi connessi alla digitalizzazione nell'adempimento dell'obbligazione contributiva. Non occorre spendere molte parole per evidenziare l'importanza del ricorso alla digitalizzazione al ben condividibile fine di contrastare il fenomeno dell'evasione contributiva insieme con quello dell'evasione fiscale, e gli ultimi dati evidenziano i primi timidi segnali di recupero per effetto della fatturazione elettronica[23]. È evidente che il collegamento in linea di principio fra le due basi imponibili si riflette immediatamente in termini positivi anche sul recupero di contributi[24].

Ci si deve però interrogare in ordine alle possibili deviazioni operative che possono derivare dalla conoscenza, digitalmente agevolata, di questi dati. Non sono mancate situazioni in cui questo strumento è stato utilizzato a fini di accertamenti massivi, frutto della combinazione fra dilatata utilizzazione di meccanismi, appunto, digitali ed eccesso di normazione (grazie alla funzione di primario interprete attribuita all'INPS nella materia, ma anche attraverso l'influenza dell'INPS stesso sul legislatore, indotto alla frequente emanazione di norme interpretative[25]). È questo il caso dei redditi ulteriori conseguiti da professionisti titolari ormai di una posizione pensionistica nei confronti dell'ente privato di previdenza di base, ma incongruamente esclusi dall'imponibile previdenziale: il principio di universalità dell'imposizione, secondo la lettura dell'INPS, avrebbe indotto direttamente l'attrazione di tali redditi verso la quarta gestione, ignorando la sistematicità[26] della distinzione del regime pensionistico dei liberi professionisti con il relativo effetto attrattivo verso gli Enti di Previdenza Privati (purché esistenti): da ciò l'intervento risolutivo del legislatore ex art. 18, c. 11, d. l. 6 luglio 1998, n. 98 e l. conv. 15 luglio 1998, n. 16, che ha esplicitamente disposto per l'attrazione di sistema di tali redditi verso gli Enti di Previdenza

[22] Nel cui contesto devono trovare adeguata soluzione le questioni di copertura degli eventuali interventi di sostegno delle posizioni previdenziali volte a fronteggiare gli effetti del lavoro povero, del lavoro discontinuo, compreso anche quello indotto dall'assolvimento di impegni familiari.

[23] Cfr. i dati rilevati per il 2018 in Osservatoriocpiunicatt.

[24] È il frutto, scontato, dell'art. 83, comma 1, della legge n. 133/2008, secondo il quale gli uffici finanziari devono trasferire le notizie dei dati denunciati ai fini fiscali all'INPS, conseguentemente (e doverosamente) legittimato a massive verifiche incrociate dei due imponibili, fiscale e previdenziale. Ora, il d.m. Economia e Finanze 29 gennaio 2019 (in G.U. n. 31 del 6 febbraio 2019), coinvolge anche la previdenza complementare nello scambio automatico di informazioni con il settore fiscale: v. E. RUGGIERO, *Previdenza complementare e scambio automatico di informazioni nel settore fiscale*, in *Mefop.it Osservatorio giuridico*, n. 45/19, p. 19.

[25] Cfr. la relativamente recente stigmatizzazione in Corte cost., 30 gennaio 2018, n. 12, nonché gli approfondimenti svolti da G. LAVAGNA, *L'interpretazione autentica nella giurisprudenza costituzionale. Da persistente causa di contrasto a fonte di dialogo potenziale tra Corte Costituzionale e Corte Edu*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 2, 2020, pp. 35 ss.

[26] Affermata con determinazione da Corte cost. n. 11 gennaio 2017, n.7, in *Dejure.it*.

Privati. Si dà qui per assolutamente scontato il corretto uso formale[27] dei dati personali a disposizione dell'INPS, come sopra ricordato, ma la questione sta proprio nell'uso massivo dei dati, consentito appunto dalla digitalizzazione, che rischia di riprodursi[28] in altre situazioni meno nette di quella risolta dalla norma appena citata.

4. Il Welfare non lavoristico: opportunità dalla digitalizzazione

Uno dei problemi del sistema assistenziale italiano, nell'ambito del welfare non lavoristico, è costituito dalla frammentazione delle risorse ad esso destinate, che agevola la fruizione di doppie, e talora anche più prestazioni. Approfondite e meritorie ricerche[29] condotte di recente sul filo della analisi, ad un tempo funzionale ed istituzionale, hanno evidenziato, proprio in occasione della emanazione della normativa statale sul reddito di cittadinanza (d.l. n. 4/19, oramai significativamente modificato dalla legge di bilancio per il 2022) una vera e propria frammentazione normativa, anche per effetto della diffusa legislazione regionale in materia e senza voler considerare il ruolo svolto a livello privato, sotto l'usbergo dell'art. 38, c. 5 Cost., con tutte le implicazioni legate alla crescente importanza del terzo settore[30]. Il termine "frammentazione", mutuato dai saggi citati nella precedente nota, ha un valore più descrittivo e certamente tecnico, che merita però di essere filtrato alla luce di espressioni di maggior pregnanza politica, quali "giungla delle retribuzioni" (coniato da E. GORRIERI) o "labirinto delle pensioni" (ad O. CASTELLINO la paternità). In ogni caso, a fronte di un fenomeno, quello della povertà, che assume le

[27] L'accenno al corretto utilizzo dei dati da parte dell'INPS, come degli altri enti previdenziali ed assistenziali, anche privati, operanti in ambito pensionistico nonché in ambito sanitario, consente di osservare brevemente che la gestione degli stessi è oramai ampiamente sottoposta a regole particolarmente severe e attentamente controllate dall'Autorità di riferimento: v. sito dell'INPS; così come, a fronte dei consistenti rischi di hackeraggio, che già hanno colpito, segmenti importanti del sistema di assistenza, l'ordinamento ha disposto un apparato e strumenti di difesa affidati con D.P.C.M. 9 dicembre 2021, n. 223 all'Agenzia per la cybersicurezza nazionale. Il tema, all'attenzione mondiale – v. il ponderoso rapporto WORLD ECONOMIC FORUM, Cyberseccurity outlook 2022 -Insight Report January 2022 – è fuori della portata di questo saggio, bastando questi riferimenti.

[28] Come in effetti si sta riproducendo in ragione della applicazione della normativa in tema di massimale per effetto della combinazione fra l'art.1, c. 23 e l'art. 2, comma 18 (come interpretato dall'art. 1, comma 280, l. n. 208/15), anche qui in termini di rispettosa applicazione delle regole sul trattamento dei dati, ma con un effetto di condizionamento psicologico, palesemente evidenziato dal messaggio INPS 4412/2021; il messaggio propone infatti l'applicazione delle sanzioni nella misura dei soli interessi legali, subordinatamente all'integrale pagamento della contribuzione richiesta prima della scadenza del termine indicato in diffida, così scoraggiando il ricorso alla difesa degli argomenti che potrebbero contrastare la legittimità costituzionale del meccanismo legislativo escogitato per mantenere un'area di incertezza, quasi *ad libitum* del lavoratore interessato, nel percorso di distinzione fra l'area delle prestazioni definite e quella delle prestazioni a contribuzione definita, secondo l'impianto accolto dalla l. n. 335/95.

[29] V. R. CASILLO, *Reddito di inclusione e figure affini: una prospettiva di diritto della sicurezza sociale*, in *Diritti, lavori, mercati*, n. 3, 2018, pp. 491 ss., e specialmente pp. 520-1; V. R. CASILLO, *Il reddito di cittadinanza nel d.l. 28 gennaio 2019, n. 4: precedenti, luci e ombre,* in *Riv. dir. sic. soc.,* n. 3, 2019, pp. 557 ss.

[30] Sul ruolo del terzo settore nel contrasto alla povertà, v. C. FRANCHINI, *L'intervento pubblico di contrasto alla povertà*, Editoriale scientifica, Napoli, 2021, pp. 186 ss.

configurazioni più varie a seconda dei parametri che si vogliano utilizzare[31], è dato registrare una vera e propria disfunzione regolativa, frutto di una scarsa chiarezza di idee[32].

L'attenta ricognizione della tipologia degli interventi sul piano giuridico/istituzionale come su quello socio/economico, e lo sforzo di procedere alla loro classificazione in ragione, per ciascuno degli interventi, dei presupposti (bisogno di rimuovere), dell'area dei destinatari (misure universali e misure di settore o di area), delle modalità erogative (eventuali condizionalità e tempistica), dei contenuti prestazionali (in natura o in denaro), della proiezione nel tempo (*una tantum*, periodiche, fisse nel tempo), è sicuramente meritevole di massimo apprezzamento, in vista della loro sistemazione e razionalizzazione (eliminazione dei doppioni, coordinamento nel tempo e nello spazio, identificazione delle fonti di finanziamento), ma rischia di non dare concretezza di risultati, ove non vi sia un procedimento di identificazione puntuale dei soggetti beneficiari e dei rispettivi nuclei familiari, in funzione di una più ragionevole, equa ed anche economica distribuzione delle risorse da destinare all'assistenza[33].

Qui è fin troppo evidente il supporto degli strumenti digitali che, in termini di ragionevole rispetto delle persone e dei relativi dati, concorrano alla realizzazione di una vera e propria anagrafe dell'assistenza. In piena coerenza con il casellario centrale delle pensioni a suo tempo istituito proprio con finalità analoghe[34], sebbene con una concentrazione monotematica, che ne ha consentito un valido funzionamento, opera ormai dal 2014 sempre presso l'INPS il Casellario dell'assistenza, ora SIUSS[35], cui si è aggiunta, con il d.l. n. 4/19, la banca dati predisposta per la corretta erogazione del reddito di cittadinanza[36]. Sotto la spinta degli impegni assunti nell'ambito del PNRR, l'assetto complessivo del sistema nazionale digitale è in forte accelerazione[37], e molto probabilmente assorbirà le banche dati previdenziale ed assistenziale, con evidente potenziamento di questa modalità operativa del sistema complessivo di protezione sociale. Non è questa la sede, e mancano altresì le forze, per valutare la portata

[31] *Ibid.,* p. 26 ss., quanto alla povertà come "processo articolato", ovviamente riferibile non solo alla società italiana.
[32] *Ibid.*, p. 172, l'autore parla esplicitamente di «*parcellizzazione, frammentarietà e confusione di decisioni*».
[33] Questo è il senso delle riflessioni di N.C. SALERNO, *Sulla ipotesi di introduzione di una pensione di garanzia* (*Entia non multiplicanda sunt sine vera utilitate), Riv. dir. sic. soc.*, n. 3, 2021, pp. 483 ss., meritevole di attenzione sul piano metodologico, anche se nel merito non vi è condivisione, posto che nella doppia anima della c.d. (se sarà) "pensione di garanzia" il ruolo prevalente dovrebbe essere quello previdenziale.
[34] Basti pensare ai frequenti ricorsi del legislatore al casellario delle pensioni per razionalizzare determinati interventi di contenimento della spesa, appunto pensionistica. L'episodio più significativo è stato quello della spalmatura degli effetti della rivalutazione delle pensioni fra le varie forme pensionistiche (anche private).
[35] Con l'art. 24, d. lgs 15 settembre 2017, n. 147 , che ha introdotto il Reddito di inclusione, è stato istituito il Sistema Informativo Unitario dei Servizi Sociali (SIUSS), che comprende il Sistema informativo delle prestazioni e dei bisogni sociali, che integra e sostituisce il Casellario dell'assistenza.
[36] È decisamente sintomatica l'evoluzione dei controlli operanti nell'ambito del RdC per effetto della legge n. 234/21 (finanziaria per il 2022), art. 1, c. 74, che nel quadro di una complessiva revisione del d. l. n. 4/19, ha introdotto nell'art. 5 meccanismi di controllo preventivo ad opera direttamente dell'INPS, in stretta collaborazione con i comuni, prima esclusivamente competenti.
[37] Grazie all'avviata realizzazione della Piattaforma digitale Nazionale Dati per l'interoperabilità dei sistemi informativi e delle basi di dati (cfr. *Linee guida PDND per interoperabilità*, in docs.italia.it).

ed i contenuti di queste innovazioni. Occorre confidare nella prospettiva che la sempre più accentuata digitalizzazione della Pubblica Amministrazione contribuisca al processo di razionalizzazione della frammentata realtà assistenziale del Paese: segnali si registrano proprio nell'evoluzione normativa del trattamento dei dati per l'erogazione del Reddito di Cittadinanza, così come in passato il Casellario centrale delle pensioni ha contribuito significativamente alla realizzazione delle manovre di contenimento della spesa pensionistica, in termini di attenuazione della crescita automatica delle pensioni e di prelievo sulle pensioni più elevate[38].

[38] V. nt. 10.

La digitalizzazione del lavoro: proposte europee e piste di ricerca*

di Tiziano Treu
Professore emerito di Diritto del lavoro
Università Cattolica del Sacro Cuore

Abstract [It]: Il saggio affronta la tematica relativa all'impiego degli strumenti digitali nel mondo del lavoro. L'analisi, in particolare, si colloca nell'ampio contesto dell'Unione Europea, prendendo in esame tre questioni principali: i criteri di qualificazione dei rapporti di lavoro attivati tramite gli strumenti digitali, la gestione algoritmica del lavoro, la legge applicabile e le giurisdizioni competenti nell'ambito dei lavori digitali.

Title: The digitisation of work: European proposals and research trajectories
Abstract [En]: The essay offers a reflection on the use of digital tools in the world of work. The analysis, in particular, is placed in the broad context of the European Union, examining three main matters: the qualification criteria for employment relationships activated through digital tools, algorithmic work management, the applicable law and the competent jurisdictions in the field of digital works.

Parole chiave: Digitalizzazione, Commissione Europea, imprese - piattaforme, mercato del lavoro, gestione algoritmica del lavoro
Keywords: Digitization, European Commission, platform - companies, labour market, algorithmic work management

Sommario: 1. Introduzione. **2.** La digitalizzazione e i suoi strumenti: contributi europei. **3.** Nuovo attivismo europeo in materia sociale. **4.** Consultazioni della Commissione Europea sul lavoro digitale. **5.** Proposte per la qualificazione giuridica del lavoro su piattaforma. **6.** La regolazione dei rapporti di lavoro digitali: modulazione delle tutele e subordinazione. **7.** Ipotesi per una selettività "giusta". **8.** La gestione algoritmica del lavoro. **9.** L'accordo quadro europeo sulla digitalizzazione. **10.** Contrattazione e partecipazione nell'economia digitale. **11.** Il controllo umano delle tecnologie digitali. **12.** La dimensione sovranazionale dei lavori digitali: la legge applicabile. **13.** Diritti sociali nel contesto digitale globale. **14.** Territorialità del diritto e *supply chains* globali.

1. Introduzione

Ho voluto presentare qui alcuni documenti europei relativi all'impatto della digitalizzazione sul lavoro in quanto forniscono uno stimolo alla nostra riflessione; rappresentano un contributo utile sia per il merito delle proposte sia perché ci spingono a considerare il tema nel quadro europeo, che sarà sempre più influente anche sulle nostre scelte nelle politiche sociali.

Il recente attivismo della Commissione Europea in materia sociale è una manifestazione significativa del nuovo clima comunitario avviato dalla presidenza Von der Leyden, tanto più importante perché dà seguito attuativo ai principi dell'*European Pillar of social rights* intervenendo su temi di grande rilevanza, anche collocati al margine se non fuori delle competenze dirette dell'Unione, come il salario minimo e le

* Articolo sottoposto a referaggio. Il saggio è destinato agli Scritti per il centenario della nascita di Renato Scognamiglio.

varianti di reddito minimo. Altrettanto significativo è che l'attenzione prioritaria dedicata dall'Unione alla transizione digitale espressa nel *Next Generation Eu* e ripresa nei piani nazionali di *recovery* non si limiti agli aspetti economico finanziari, ma sia integrata con misure in tema di diritti dei lavoratori, così correggendo in parte la tradizionale residualità delle questioni sociali rispetto agli imperativi economici.

L' orientamento dell'Europa, a intervenire direttamente con norme di direttiva nella attuazione dei principi del *Social Pillar*, ha l'obiettivo dichiarato di contrastare le divergenze acuitesi negli anni fra i diversi sistemi nazionali di diritto del lavoro e di welfare, per riprendere la strada, storicamente indicata, della convergenza.

I tre argomenti specifici affrontati nella consultazione della Commissione sollecitano risposte ad alcune delle principali questioni del futuro del lavoro.

Il primo tema si interroga sui criteri di qualificazione dei rapporti di lavoro attivati tramite gli strumenti digitali, in particolare attraverso la gestione più o meno diretta delle piattaforme. Si tratta di un caso estremo di trasformazione dei lavori e delle imprese, entrambi coinvolti in una dematerializzazione che oscura, ma non elimina, i rapporti reali di potere e di autonomia fra le parti. L'analisi comparata contenuta nel documento conferma la diversità delle risposte degli ordinamenti europei alla questione qualificatoria e la persistente incertezza delle soluzioni proposte dai vari attori, anzitutto la giurisprudenza, talora i legislatori e meno frequentemente dalla contrattazione collettiva.

I suggerimenti del testo europeo sono diretti solo a favorire una chiarificazione dei termini della questione, perché la Commissione non ritiene di poter intervenire direttamente in una materia tuttora riservata alle competenze statali. Ma le stesse incertezze del testo confermano la necessità di ripensare a fondo le tradizionali categorie di qualificazione dei lavori e, di integrare le analisi su questo aspetto, con una ricerca sulle forme di tutela e di regolazione adatte ai diversi lavori digitali, che si presentano sempre più di qualificazione incerta, specie nell' area arcipelago della (parziale) autonomia spesso con dipendenza economica.

Si tratta di una ricerca necessaria anche per la Commissione se, come afferma il commissario Schmitt, l'obiettivo della proposta di direttiva attesa per dicembre è "di assicurare la sostenibilità sociale di questo nuovo modo di organizzare il lavoro", cioè di assicurare una base di regole e diritti adeguati a questi lavori, non solo a quelli più visibili come i *riders*, ma ai lavori anche subordinati, che sono influenzati in modo diretto o addirittura governati dalle macchine intelligenti.

Del resto, questo è l'obiettivo indicato dai principi del *European Pillar of social rights* (n. 5 e 12), ove si prevede che, a prescindere dal tipo e dalla durata del rapporto di lavoro, i lavoratori devono avere diritto a un *"fair and equal treatment*" e ad una *"adequate social protection*".

Credo che si debba trarre spunto da queste sollecitazioni europee, come da simili stimoli di altri organismi internazionali, a cominciare dall'OIL, per approfondire la nostra ricerca sulle tutele necessarie alle diverse forme di lavoro che si collocano oltre la subordinazione.

Una simile ricerca, avviata nei decenni passati con le prime ipotesi di Statuto del lavoro, è ora da ripensare nel nuovo contesto dei lavori digitali, ricercando contenuti nuovi e criteri costituzionalmente significativi per combinare universalismo e selettività nella distribuzione delle tutele.

Il secondo tema proposto dalla Commissione, la gestione algoritmica del lavoro, è quello più nuovo e dalle implicazioni potenzialmente più profonde, perché è in grado di alterare in radice le relazioni fra le parti del rapporto di lavoro, le sue modalità di conduzione e la stessa logica che ne presidia lo svolgimento.

La Commissione segnala la necessità di analizzare a fondo sia le opportunità dell'impiego della intelligenza artificiale sia i possibili rischi per i diritti dei lavoratori, per trarne risposte efficaci da parte dei poteri pubblici e della contrattazione collettiva.

Al legislatore e alle parti sociali l'uso di questi strumenti digitali pone una sfida inedita che mette in discussione le tecniche e gli obiettivi della regolazione, perché il loro impiego riduce l'efficacia di interventi regolativi specifici sulle singole condizioni di lavoro. Richiedendo invece procedure legali e contrattuali capaci di incidere in tempo utile sulla logica del funzionamento e sulla configurazione stessa delle macchine intelligenti che determinano la gestione dei rapporti di lavoro.

Sono in gioco non solo le singole condizioni e tutele dei lavoratori ma, come richiamano sia la Commissione sia l'accordo quadro europeo sulla digitalizzazione, lo stesso principio del controllo umano sulle vicende del lavoro e, invero, sulla vita delle persone.

È un terreno da esplorare sul piano analitico e da sperimentare dalle parti sociali con nuove pratiche partecipative, prima ancora che dal legislatore con procedure efficaci.

Finalizzare la partecipazione dei lavoratori al controllo umano sugli strumenti digitali richiede alle parti sociali una nuova visione del ruolo e delle strategie delle relazioni industriali. Per le politiche pubbliche questo è un obiettivo fondamentale cui finalizzare una nuova stagione di sostegno all'autonomia collettiva, nel confronto con le implicazioni dell'economia e della società digitale.

Il terzo capitolo del documento europeo affronta un aspetto delle implicazioni della crescente dimensione sovranazionale dei lavori digitali, quello della legge applicabile e delle giurisdizioni competenti. Ma evoca la questione di fondo della capacità dei nostri diritti del lavoro, che sono storicamente nazionali, di essere efficaci nella regolazione dei mercati globali.

La difficoltà di far valere i diritti fondamentali dei lavoratori oltre i confini nazionali è ben documentata dalla storia dell'OIL; e tutto lascia prevedere che essa sia destinata ad accentuarsi per le caratteristiche della digitalizzazione che veicola il lavoro nello spazio globale con strumenti immateriali e potenzialmente

incontrollabili. Tanto più che tali strumenti possono alimentare la diffusione a livello transnazionale non solo del lavoro dispendente ma anche di quello autonomo, che finora è stato trascurato dai nostri ordinamenti.

Nè la sfida può eludersi in quanto la globalizzazione, contrariamente ad alcune previsioni, non sembra destinata a svanire, ma semmai a riposizionarsi su scale ridotte o regionali. Analogamente si può prevedere per quello strumento di frammentazione e di redistribuzione dell'Impresa e del lavoro che è rappresentato dalle *supply chains*, ormai diffuse attraverso i confini nazionali.

Anche qui le tecniche finora sperimentate, peraltro con diseguale successo, per promuovere la efficacia dei diritti sociali sul piano transazionale e per ovviare al limite della territorialità degli ordinamenti giuridici nazionali, dovranno essere sottoposte a revisione.

L'incertezza con cui gli stati nazionali e gli organismi sovranazionali stanno procedendo su questi terreni è testimoniata, fra l'altro, dal fatto che gli strumenti finora sperimentati sono ancora per lo più volontari o di *soft law,* quali le *due diligence* di cui do conto nel testo; e che gli interventi più incisivi come la legge francese del marzo 2017 si sono rivelati di difficile applicazione, trovando ostacoli nella difficoltà di controllare scambi di prestazioni di lavoro fra imprese-piattaforme prive di legami fra loro.

2. La digitalizzazione e i suoi strumenti: contributi europei

La digitalizzazione con i suoi strumenti, le piattaforme, gli algoritmi e l'intelligenza artificiale, sta cambiando le strutture della nostra società e dell'economia, indicando un nuovo orizzonte, se non un paradigma già definito, anche per il mondo del lavoro.

Lo spazio e il linguaggio digitale stanno prendendo il posto della fabbrica fordista del '900, come ambiente generale delle prestazioni di lavoro. Le piattaforme si candidano a diventare i principali strumenti operativi dell'impresa, fino a svolgere in tutto o in parte le funzioni di datori di lavoro.

Il diffondersi di questi strumenti ha accelerato tendenze già in atto nelle trasformazioni delle strutture sia del lavoro sia delle imprese con conseguenze ancora largamente indeterminate.

L'importanza di queste trasformazioni è riflessa nelle preoccupazioni e negli interrogativi di tutti gli attori sociali e politici, nazionali e internazionali[1].

[1] Una attenzione particolare, non solo dei giuristi, è riservata all'impatto delle piattaforme digitali che intermediano o gestiscono il lavoro. V. *Rapporto* ILO, International Labour Organization 2021, *Work employment and social outlook 2021. The role of digital labour platforms in trasforming the world of work,* Geneva; W. P. DE GROEN et al., *Digital Labour Platforms in the EU: Mapping and Business models, Study prepared by CESP for DG EMPL, under service contact VC/2020/0360*, 2021. In realtà la digitalizzazione sta trasformando il sistema di gestione del lavoro anche all'interno delle imprese tradizionali: vedi A. WOOD, *Algorithmic management Consequences for Work Organisation and Working Conditions*, in *JRC Working Papers Series on Labour, Education and Technology*, n. 7, 2021; COMMISSIONE EUROPEA, *Digitalization in the workplace, Eurofound*, novembre 2021; più diffusamente oltre; M. FAIOLI, *Il lavoro nella Gig Economy*, in *Libro dell'Anno del Diritto*, Treccani, Roma, 2019, p. 304.

L'impatto di questi shock di contesto, aggravati dalla pandemia, ha attivato, sia risposte specifiche e spesso emergenziali dei vari ordinamenti, in ordine alle forme e alle condizioni di lavoro, sia dibattiti generali sugli stessi principi e sui fondamenti dei nostri sistemi giuridici e sociali, messi in discussione dalle trasformazioni in atto[2].

Questo *revival* del dibattito sui principi è un segno di vitalità intellettuale e politica necessario per ricercare risposte all'altezza delle sfide che ci attendono, superando la semplice rincorsa agli eventi emblematizzata dalle legislazioni dell'emergenza sperimentate nei vari paesi. Anche se per ora le domande sono più comuni delle risposte e i dibattiti fra esperti come fra politici presentano non pochi segni di disorientamento, a conferma della difficoltà di orientarsi nell'era digitale.

Qui voglio esaminare un aspetto del dibattito che mi sembra significativo e di buon auspicio, cioè i contributi provenienti dall' Unione Europea, che segnalano una inedita attività delle autorità comunitarie anche in materie ad essa finora largamente precluse (o non affrontate), come quelle sociali e del lavoro.

3. Nuovo attivismo europeo in materia sociale

Il fondamentale cambio di passo rappresentato dalle decisioni sui temi economico finanziari culminati nell'approvazione del *Next Generation EU*, ha stimolato un nuovo attivismo della Commissione su temi centrali per l'assetto dei nostri sistemi sociali e giuridici: dal programma SURE, ai molteplici interventi attuativi dell'*European Pillar of social rights*[3].

La novità riguarda non solo i contenuti dei programmi elencati nell'*Action plan* che ha fatto seguito al *Social pillar*, ma i suoi strumenti attuativi, che non sono solamente di *soft law* come nelle più recenti indicazioni comunitarie in materia sociale, ma che ritornano a utilizzare lo strumento *hard* della direttiva. Per di più le indicazioni della Commissione si propongono di intervenire in materie di grande rilevanza sociale collocate al margine (se non fuori) della competenza diretta dell'Unione, come il salario minimo, le misure in materia di trasparenza retributiva, le varianti di reddito minimo.

È significativo che i temi sollevati dalla transizione digitale siano al centro dell'attenzione della Commissione, che vi ha dedicato specifici documenti analitici e propositivi: un libro bianco sull'intelligenza artificiale, cui ha fatto seguito una proposta di *Artificial Intelligence Act* diretta a stabilire precise condizioni per lo sviluppo e l'uso dei sistemi di intelligenza artificiale in genere, e in particolare

[2] Questo dibattito sui principi avviato già da alcuni anni, e anche qui accelerato dall'impatto della pandemia, si accompagna con la ricerca di un rinnovato compito del diritto del lavoro, chiamato ad allargare i suoi confini in una prospettiva universalistica, oltre il tradizionale perimetro del lavoro subordinato.

[3] Questo nuovo attivismo in materia sociale delle istituzioni dell'Unione è una componente importante del nuovo clima comunitario avviato dalla presidenza Von der Leyen: la differenza di approccio generale delle politiche europee presa nel 2020 rispetto a quelle della crisi del 2008 è generalmente riconosciuta. V. T. TREU, *Direttiva sul salario minimo*, in *DRI*, n. 1, 2021, pp. 1 ss.; T. TREU, *Diritto e politiche del lavoro fra due crisi*, in *DRI,* n. 2, 2020, pp. 235 ss.; e ID, *Diritto e politiche del lavoro tra due crisi*, in *AA.VV*., *Governare le crisi: esperienze e modelli in Veneto*, Marsilio, Venezia, 2021.

nei rapporti di lavoro; la proposta di un *Digital Service Act*, inteso a creare uno spazio digitale sicuro e che garantisca i diritti di tutti gli utenti dei servizi digitali; un documento della Commissione (del 15 giugno 2021) che ha lanciato la seconda fase di una consultazione con le parti sociali europee sulle sfide riguardanti il lavoro su piattaforme digitali[4].

Questa ultima iniziativa è di particolare importanza perché, pur avendo come oggetto principale le attività di lavoro organizzato dalle piattaforme digitali, affronta le implicazioni generali della digitalizzazione sul lavoro, anche dipendente: da quelle più note del lavoro a distanza a quelle ancora poco esplorate della gestione algoritmica dei rapporti di lavoro.

Per questi aspetti generali, alle indicazioni della Commissione ha fatto riscontro, con inusuale tempestività e anzi in anticipo, un accordo quadro sulla digitalizzazione stipulato nel giugno 2020 fra le maggiori organizzazioni rappresentative delle parti sociali europee[5].

Questo accordo merita particolare attenzione perché segnala una convergenza fra le maggiori parti sociali europee su alcuni punti critici dell'impatto della digitalizzazione sul lavoro dipendente, una convergenza che viceversa non si è (ancora) verificata sulle proposte della Commissione sul *platform work*.

4. Consultazioni della Commissione Europea sul lavoro digitale

Il documento della Commissione per l'avvio della seconda fase di consultazione affronta, riprendendo l'analisi di argomenti emersi dal primo giro di opinioni con le parti sociali, tre temi distinti.

Come si è accennato nell'introduzione, il primo argomento intende favorire la corretta identificazione dello status occupazionale dei lavoratori su piattaforma, al fine di evitare che le incertezze presenti al riguardo negli ordinamenti nazionali comportino inesatte o false qualificazioni giuridiche dei rapporti e di conseguenza possano arrecare pregiudizio ai diritti e alle tutele dei lavoratori.

Il secondo tema considera le implicazioni del fatto che il lavoro su piattaforme e il sottostante modello di business sono sempre più spesso governati con strumenti algoritmici, e che tali forme di *algorithmic management* alterano il ruolo tradizionale del datore di lavoro permettendo una gestione dei rapporti di lavoro non trasparente, spesso discriminatoria e che può sfuggire al controllo umano.

Da ultimo il documento della Commissione sottolinea il carattere frequentemente transnazionale delle prestazioni di lavoro (che riguarda già oltre un terzo del totale) reso possibile dagli strumenti informatici: una dimensione che comporta difficoltà inedite nello stabilire la legge applicabile a questi rapporti di lavoro, e la giurisdizione competente a decidere le controversie relative al loro svolgimento.

[4] Vedi la rassegna di questa legge e del suo iter procedurale nel documento preparato dalla Commissione Europea per la consultazione delle parti sociali sulla digitalizzazione, EUROPEAN COMMISSION, *Commission staff working document*, C (2021), 4230 final.

[5] *European social partners framework agreement on Digitalization*, giugno 2020.

5. Proposte per la qualificazione giuridica del lavoro su piattaforma

Delle tre questioni proposte, la prima è quella che presenta le maggiori difficoltà giuridiche e politiche, come risulta (anche) dalle risposte delle parti sociali al primo giro di consultazione e dalle risposte finora pervenute al secondo giro. E, *pour cause*, dato che l'identificazione della natura giuridica delle varie forme di lavoro su piattaforma è una delle questioni più dibattute negli ordinamenti europei, senza che siano emersi finora né orientamenti condivisi in giurisprudenza né soluzioni univoche da parte dei legislatori[6].

Tale difficoltà qualificatoria è un esempio fra i più eclatanti di come la digitalizzazione dell'economia abbia accelerato la crisi delle tradizionali categorie dei rapporti di lavoro ricevuti dal '900, e della stessa distinzione, originaria nella nostra materia, fra lavoro subordinato e lavoro autonomo.

In realtà affermare la competenza dell'Unione a intervenire in questa materia, specie con lo strumento della direttiva, incontra non poche obiezioni, perché la qualificazione dei tipi di rapporto è, fra quella, ritenuta di più stretta competenza nazionale. La stessa Corte di giustizia europea ha sempre evitato di sovrapporre la definizione di lavoratore, rilevante per l'applicazione delle normative dell'Unione, alle qualificazioni dei rapporti di lavoro adottate dai singoli Stati e rilevanti per il diritto nazionale[7].

Anche se non è questo il luogo per approfondire il tema, rilevo che il documento della Commissione ribadisce di voler rispettare le diverse valutazioni nazionali in ordine alla qualificazione dei rapporti in questione,[8] e quindi offre solo indicazioni agli attori degli ordinamenti statali per facilitare le proprie scelte qualificatorie, in modo da evitare forme di *missqualification.*

Un primo suggerimento è quello di stabilire una presunzione legale per cui i lavori su piattaforma dovrebbero essere considerati rapporti di lavoro dipendente, salvo che la piattaforma ne dimostri il carattere di autonomia. Un'altra proposta complementare è di ridurre gli standard probatori, anche con forme di prove *prima facie*, richiesti per dimostrare l'esistenza di un rapporto di lavoro dipendente. Una ulteriore indicazione e di prevedere procedure amministrative finalizzate ad accertare la qualificazione giuridica del rapporto così da ridurre costi e rischi del ricorso in giudizio[9].

In realtà questa parte del documento della Commissione sta sollevando non poche obiezioni e ha incontrato una sostanziale contrarietà dalle organizzazioni imprenditoriali europee che, in realtà, obiettano in generale all'uso della direttiva in questa materia, come in altre tematiche sociali.

---

[6] Il tema è al centro del dibattito fra i giuristi del lavoro, non solo italiani. Cfr. da ultimo A. PERULLI, *Oltre la subordinazione. La nuova tendenza espansiva del Diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 202; e per la dottrina di Common Law, G. DAVIDOV, *A Purposive Approach to Labour Law*, Oxford University Press, Londra, 2016; A. PERULLI, ed., *Lavoro autonomo e capitalismo delle piattaforme*, Wolters Kluwer, Cedam, Milano, 2018, pp. 49 ss.

[7] S. GIUBBONI, *Per una voce sullo status di lavoro subordinato nel diritto dell'Unione europea*, in *RDSS*, n. 2, 2018, pp. 207 ss.

[8] EC, *Staff Working Document*, *cit.*, pp. 80 ss.

[9] EC, *Staff Working Document*, *op. cit.*, pp. 81 ss.

Inoltre, le proposte avanzate dal documento per agevolare la corretta qualificazione dei rapporti di lavoro digitale, appaiono di dubbia efficacia per dare maggiori certezze agli interessati. Gli stessi sindacati europei, pur non pregiudizialmente contrari al documento, hanno avanzato dubbi su alcune delle proposte sopra indicate[10].

L'esito della consultazione appare dunque incerto. Ritengo tuttavia che la sollecitazione della Commissione a riconsiderare in termini nuovi la questione della natura giuridica dei rapporti di lavoro digitale e quindi dei trattamenti e delle tutele da garantire ai lavoratori, vada raccolta dagli attori nazionali, cui spetta la responsabilità primaria nelle scelte in questa delicatissima materia.

6. La regolazione dei rapporti di lavoro digitali: modulazione delle tutele e subordinazione

In realtà tale questione è da tempo oggetto di molteplici interventi regolativi delle varie fonti nazionali (legge, giurisprudenza e contrattazione) e, anche, come ho ricordato, di un *revival* del dibattito sui principi che dovrebbero presidiare a una riconsiderazione delle regole in proposito. Su questo tema vorrei fare una breve riflessione, riservandomi di tornare più diffusamente in argomento[11].

Come è noto gli anni recenti hanno visto l'estensione di molte normative di tutela e di promozione del lavoro oltre i tradizionali confini della subordinazione.

Il nuovo orizzonte della nostra materia si sta identificando con quello "universalistico" prospettato da vari autori, non solo italiani, cioè con ogni relazione personale di lavoro, esercitato in varie forme e con diversi "involucri" contrattuali[12].

Ma i percorsi verso questo orizzonte sono stati finora alquanto diversificati, non solo in Italia, sia quanto ai contenuti e agli ambiti delle tutele (che spaziano da tutele tradizionali sul rapporto di lavoro, alle norme sulla previdenza, sugli ammortizzatori sociali e sulla sicurezza sul lavoro), sia quanto alle fattispecie di riferimento, che sono spesso definite in modo confuso ed eterogeneo, nonché guidate da criteri ordinatori né chiari né costituzionalmente significativi[13].

Tale estensione di tutele, diversamente da quanto ipotizzato da molti e anche nelle prime versioni di statuto dei lavori, si è verificata per iniziativa del legislatore, rivolgendosi a differenti forme di lavoro

[10] ETUC, *Reply to the first phase consultation of social partner under art. 154 TFUE on possible action adressing the challenges related to working conditions in platform work*, 2021

[11] In particolare, con un saggio in corso di elaborazione, A. PERULLI, intende ricostruire gli itinerari dell'espansione del diritto del lavoro oltre la subordinazione, specie ad opera del legislatore, con l'obiettivo di identificarne gli sviluppi e le aporie anche al fine di proporre criteri per una ricostruzione costituzionalmente giustificata.

[12] Un'analisi di queste tendenze visibili alla fine degli anni '90 è presentata nel mio scritto *Il diritto del lavoro: realtà e possibilità*, ADL, n. 3, 2000, p. 486 ss.; da ultimo, A. PERULLI, *Oltre la subordinazione, cit.*, cap. I.

[13] Cfr. l'ampia rassegna comparata di A. PERULLI, *Oltre la subordinazione*, *cit.* pp. 46 ss., che indica esperienze molto diverse fra i vari paesi, specie nelle scelte riguardanti la categorizzazione dei lavori, come la scelta del cd. *"tertium genus"* di rapporto di lavoro ma, nel contempo, una tendenza verso l'estensione e la modulazione delle tutele a una serie sempre più ampia di lavori; e in generale M. DEL CONTE, *Lavoro autonomo*, in *Il libro dell'anno del diritto -Treccani*, 2018, p. 399.

autonomo e, mostrando, che tale lavoro definito genericamente autonomo, in realtà non è altro che un arcipelago di attività molto eterogenee fra loro per contenuti, per posizione economico - sociale e quindi per necessità di tutela. A margine si può rilevare che la stessa qualificazione di autonomia attribuita a tutte queste forme, comprese quelle così vicine al lavoro subordinato, come il c.d. lavoro etero organizzato, tanto da richiedere l'estensione di quasi tutte le regole della prestazione subordinata, appare alquanto forzata. Sembra una giustificazione non richiesta nei riguardi di eventuali critiche al legislatore di essere nostalgico per la fattispecie subordinazione.

Comunque, c'è bisogno di ripensare al percorso seguito dal nostro legislatore, tenendo conto anche delle esperienze di altri paesi europei, al fine di rilevarne le aporie e le contraddizioni, ma soprattutto di proporre una ricostruzione delle normative ordinata secondo criteri socialmente e costituzionalmente giustificati.

Alla luce del percorso fin qui seguito dal legislatore, la schematizzazione in tre cerchi proposta dalle prime ipotesi di statuto dei lavori risulta inadeguata per più motivi.

Il secondo cerchio, prospettato come intermedio fra lavoro dipendente e autonomo, non risulta omogeneo né quanto alle realtà ivi comprese, né secondo l'evoluzione normativa. Inoltre, si è rivelato non riconducibile a criteri univoci né a fattispecie e discipline comuni[14].

Analogamente le forme del lavoro autonomo si sono diversificate e sono state definite dal legislatore secondo categorie -spesso si usa questo termine generico al posto di quello di fattispecie - eterogenee e spesso alquanto discutibili[15].

Ferma restando la tendenza universalistica all'estensione delle tutele oltre la subordinazione, credo che i criteri per una selettività "giusta" vadano ricercati tenendo conto dei caratteri dei diversi istituti cui applicarla e quindi delle ragioni di *policy* da seguire nella distribuzione delle tutele. In questa ricerca occorrerà rendere espliciti gli obiettivi da perseguire nell'individuazione delle *policy,* i quali vengono prima delle scelte delle fattispecie a cui applicare le varie normative che ne sono sovraordinate.

7. Ipotesi per una selettività "giusta"

Faccio alcuni esempi da approfondire con una ricerca che va intrapresa da tutti gli attori dell'ordinamento.

[14] La categoria intermedia fra lavoro subordinato e autonomo è stata una rappresentazione spesso inadeguata della realtà, che ne presuppone una omogeneità sempre meno corrispondente alla realtà e, neppure, alle scelte legislative, esse stesse via via differenziate. Tali scelte presentano, coerentemente con le fattispecie regolate, regole e tutele eterogenee nei contenuti, limitate a innesti normativi specifici, secondo una tecnica da zona grigia più che da "*tertium genus"*. V. T. TREU, *Il diritto del lavoro: realtà e possibilità,* in *ADL*, n. 3, 2000, p. 478.

[15] In effetti la variabilità dei lavori e (quindi) delle possibili categorie, si è manifestata soprattutto nelle aree del lavoro autonomo, un vero arcipelago, "un'area varia e difficilmente comprensibile". V. A. SUPIOT, *Lavoro subordinato*, in *ADL*, n. 2, 2000, p. 481. In ogni caso tale arcipelago è lontano dallo stereotipo tradizionale, che confinava spesso tale lavoro nell'area delle prestazioni irregolari o grigie. V. A. Buratti, P. FELTRIN, *Un lavoro autonomo professionale: le trasformazioni in corso e le sfide future*, in *Cnel, XXII Rapporto del Mercato del lavoro e contrattazione collettiva*, 2020, p. 171 e ss.

La normativa sulla sicurezza del lavoro è stata da tempo estesa oltre il lavoro subordinato, e persino oltre l'ambito dei rapporti di lavoro in senso proprio, es. tirocini e attività scolastiche. Qui il criterio guida delle scelte è il rischio (specifico) conseguente al tipo di attività, al luogo ove si svolge e al soggetto che ha il controllo dell'ambiente. Per questo istituto non è appropriata la tripartizione fra lavori subordinati, autonomi, economicamente dipendenti. Occorre stabilire una selettività basata appunto sul rischio, per individuare sia il soggetto responsabile della sicurezza, sia gli obblighi della persona da proteggere, sia i controlli che la distribuzione dei costi.

L'impostazione dovrebbe essere diversa per gli ammortizzatori sociali. Qui le tutele sono già molto differenziate e ordinate su più livelli, ma non sempre adeguatamente (vedi le incertezze delle proposte governative attuali). Tenendo conto non solo del tipo di lavoro ma delle dimensioni di impresa e in parte dell'utilizzo effettivo dei vari ammortizzatori[16].

Probabilmente per questo istituto si può giustificare un grado di tutela intermedio fra il lavoro subordinato e quello autonomo. Anche l'autonomo "puro" merita garanzie contro le crisi di mercato, che vanno rafforzate e accompagnate con politiche attive (formazione personalizzata, consulenza sugli andamenti e sulle opportunità di mercato, ecc.)[17].

Ma chi è economicamente dipendente da un committente principale (da valutare come e quanto) merita una tutela specifica, perché risente non solo della crisi che lo colpisce direttamente ma anche di quella del

[16] La disciplina degli ammortizzatori è un'area delle più tormentate della nostra materia, costruita per stratificazioni successive, che l'hanno resa alquanto disorganica. Per un tentativo di riordino v. S. SACCHI, *Rischio di disoccupazione e ammortizzatori sociali: dalla riforma Fornero al Jobs Act di Renzi,* in *Biblioteca della libertà*, *XLIX*, maggio – agosto, n. 210, del 2014, testo consultabile sul sito del centroeinaudi
Tali caratteri sono stati accentuati dagli interventi di emergenza susseguitisi nel corso della pandemia, fra i tanti, v. anche G. ZILIO GRANDI - M. SFERRAZZA, *Riforma degli ammortizzatori sociali e misure anticrisi*, in L. FIORILLO - A. PERULLI (a cura di), *Rapporto individuale e processo del lavoro*, *vol. II*, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 529-620; G. SIGGILLÒ MASSARA, *Ammortizzatori sociali e pandemia: quale equilibrio?*, Giappichelli, Torino, 2021; ID, *Il (nuovo) ruolo degli ammortizzatori sociali fra crisi e pandemia*, in *RDSS*, n. 2, 2021, p. 275 ss.; e per qualche indicazione di riforma, D. GUARASCIO, *Una possibile riforma degli ammortizzatori sociali*, 8 maggio 2021, testo consultabile sul sito del sbilanciamoci; F. CARTA - M. DE PHILIPPIS, *Una crisi diseguale: il ruolo degli ammortizzatori sociali durante la pandemia*, in *Menabò*, n. 146, 2021; D. GUARASCIO, *La proposta di una rete di protezione dopo la pandemia*, 1° luglio 2021, testo consultabile sul sito del altraeconomia; e per una retrospettiva, L. GUERZONI, (a cura*), La riforma del welfare. Dieci anni dopo la "Commissione Onofri"*, Astrid, Il Mulino, Roma, 2008.

[17] Le vicende del Covid hanno reso evidente la necessità di tale garanzia. Questa esigenza è avvertita dalla legge 8/2017 anche se la risposta qui fornita dal legislatore è del tutto iniziale; per un'analisi critica v. A. PERULLI, *Oltre la subordinazione*, *cit.*, pp. 88 ss. D'altra parte, i provvedimenti emergenziali del 2020/21 hanno previsto rimedi temporanei che sono stati utili per evidenziare la gravità e la tipologia dei bisogni, ma che richiedono di essere sistematizzati. Cfr. in particolare la prima normativa di sostegno al reddito dei lavoratori autonomi colpiti dalla pandemia (ed. ISCRO), con valutazioni diverse, C. TREVES, *Nuove proposte per il sostegno al reddito dei lavoratori autonomi*, 14 settembre 2020, testo consultabile sul sito del eticaeconomia; A. BURATTI, *Nuove proposte per il sostegno al reddito dei lavoratori autonomi,* 30 settembre 2020, testo consultabile sul sito del eticaeconomia. Sul lavoro autonomo nel diritto dell'Unione Europea, v. L. NOGLER, (a cura di), *Le attività autonome*, in *Trattato di diritto privato dell'Unione europea*, diretto da G. AIANI - G. A. BENACCHIO, Giappichelli, Torino, 2006. V. M. DE MINICIS, *Un sussidio solidaristico universale nel mercato del lavoro per il lavoro contingente e marginale*, Mimeo; INPS, (2020a), *Decreto Cura Italia*, indennità 600 euro, Report 19 giugno 2020, Statistiche in breve, INPS, Roma.

committente. Anche il contributo per il finanziamento dei vari ammortizzatori andrebbe calcolato e distribuito diversamente in capo al lavoratore autonomo e al committente.

Una regolazione specifica può ipotizzarsi per i professionisti provvisti di Casse, che potrebbero svolgere un ruolo anche come organizzatori di questo istituto (ma occorre valutare bene le scelte nel contesto più generale della normativa, invero, alquanto datata sulle Casse).

Gradi intermedi di tutela possono ipotizzarsi anche per alcuni istituti tipici del rapporto di lavoro: ad es. le tutele per malattia e simili possono tenere conto della dipendenza economica da un committente, per un motivo simile a quello che vale per gli ammortizzatori.

Analogamente può graduarsi la regolazione della fine rapporto. La regola base del preavviso, comune a tutti i rapporti di durata, può essere differenziata per la lunghezza, e integrata per i lavoratori economicamente dipendenti con la necessità di una causa giustificatrice, e con conseguente indennità risarcitoria.

I diritti fondamentali di cui allo Statuto dei lavoratori, e quelli ulteriori specificati dalla legislazione, anche internazionale, *in primis* il principio di eguaglianza e non discriminazione, nonché quelli c.d. di seconda generazione (privacy, ecc.) vanno riaffermati con valore universale e rafforzati nella loro effettività.

In materia pensionistica credo che la tutela di base dovrebbe essere tendenzialmente universalistica senza differenziazioni di tutele e contributi. La selettività potrebbe essere valutata oltre il livello di base nonché per le forme previdenziali integrative.

Queste ipotesi vanno specificate e arricchite. Ma indicano un approccio non più solo a cerchi concentrici come nei vecchi progetti di statuto dei lavori, ma piuttosto a matrice. Questa modulazione delle tutele e delle regole fra le diverse forme di attività, soprattutto variamente autonome, mi sembra più funzionale e più coerente di quella sviluppatasi disordinatamente finora, con l'indicazione costituzionale dell'art. 35 che prevede la tutela e la promozione di tutti i lavori, o meglio di tutte le persone che lavorano.

8. La gestione algoritmica del lavoro

Il secondo tema affrontato dalla Commissione merita una attenzione particolare, perché affronta problemi ancora relativamente poco esplorati non solo dai giuristi, ma anche dai *policy makers* e che viceversa sono destinati ad assumere rilievo generale non solo per il mondo del lavoro.

Infatti, il documento della Commissione, rileva che se gli strumenti digitali, come in specie l'intelligenza artificiale, hanno avuto una prima diffusa applicazione per lo sviluppo dell'economia delle piattaforme, non solo per la gestione delle prestazioni di lavoro, essi si stanno rapidamente diffondendo anche all'interno dei luoghi di lavoro "tradizionali"[18].

[18] Cfr. EC, *Commission Staff Document*, *cit*., pp. 30 ss.

Secondo i dati riportati dal documento, nel 2019 il 12% delle imprese europee usava strumenti informatici per la gestione o la sorveglianza dei dipendenti, l'11,8% per determinare il contenuto o l'intensità del lavoro, l'8,2% per monitorare le performance dei lavoratori. Ma solo un quarto di queste imprese analizzava e valutava il possibile impatto di queste tecnologie sulla sicurezza e la salute dei lavoratori. In realtà l'intelligenza artificiale e gli algoritmi sono già utilizzati in un'ampia gamma di attività riguardanti il lavoro nelle imprese, dalle assunzioni, alla sorveglianza, alla supervisione e controllo delle attività, alla gestione generale delle relazioni del personale, alla conclusione e cessazione di rapporti contrattuali relativi al lavoro. In prospettiva questi strumenti digitali saranno sempre più usati per prendere decisioni che finora sono state parte essenziale delle responsabilità manageriali di gestione dei rapporti di lavoro. Nel caso del lavoro su piattaforme digitali un aspetto cruciale di questo management algoritmico, già denunciato come fonte di possibile discriminazione, è l'allocazione dei compiti e delle opportunità di lavoro fra i lavoratori[19].

Di qui, sottolinea il documento, la necessità di considerare non solo l'impatto quantitativo della digitalizzazione sul mercato del lavoro, ma anche le sue conseguenze sulla qualità e sulle condizioni di lavoro, per valutarne le opportunità ma anche i possibili rischi per i diritti e le tutele dei lavoratori. La valutazione dei possibili rischi richiede un approccio analitico nuovo, molto diverso da quello usato per analizzare i rischi tradizionali, perché i vari sistemi algoritmici cambiano non solo le modalità ma la logica stessa della gestione dei rapporti di lavoro.

In una prima versione - rilevavano gli esperti – l'intelligenza viene utilizzata per produrre esiti predeterminati in ordine alla gestione dei rapporti secondo regole codificate dai programmatori (che andrebbero rese trasparenti e verificabili).

In versioni più recenti e sofisticate, essa fornisce input ai sistemi di *machine learning*, che poi definiscono autonomamente le regole del proprio funzionamento, largamente basate su dati utilizzati per addestrare il sistema[20].

La novità e criticità di questi sistemi, specie dei più recenti, consistono anzitutto nella non trasparenza spesso propria di questi sistemi e nell'incertezza su come essi sviluppano le proprie regole: un dato che

[19] Il rilievo è comune nelle tante analisi e denunce riguardanti in particolare i c.d. *riders*, cfr. ad es. V. DE STEFANO, *Negotiating the algorithm, automation, artifical intelligence and labor protection*, in *Empl. Working Paper*, n. 246, 2018, ILO, Geneva, p. 4. La legge 128/2019 (art. 47 quinquies) prevede l'estensione della disciplina antidiscriminatoria ai rapporti di lavoro dei *riders*, e delle norme a tutela della libertà e dignità del lavoratore previste per i prestatori subordinati, anche per quanto riguarda l'accesso alla piattaforma, v. A. ALOISI - V. DE STEFANO, *Il tuo capo è un algoritmo. Contro il lavoro disumano*, Laterza, Bari, 2020; A. PERULLI, *Oltre la subordinazione*, *cit*., p. 204 ss.; C. ALESSI, *Lavoro tramite piattaforma e divieto di discriminazione nell'UE,* in C. ALESSI - M. BARBERA - L. GUAGLIANONE, (a cura di*), Imprese, lavoro e non lavoro nell'economia digitale*, Cacucci, Bari, 2019. Cfr. anche A. TOPO, *Automatic management, reputazione del lavoratore e tutela della riservatezza*, in *Lav. Dir.* n 3, 2018, pp. 453 ss.. V. NUZZO, *Il lavoro personale coordinato e continuativo tra riforme e prospettive di tutela*, in *WP CSDLE M. D'Antona*, *IT*, n. 280, 2015, p. 9.

[20] EC*, Staff Working document*, *op. cit*., p. 34 ss.

spesso sfugge (o può sfuggire) agli stessi programmatori, tant'è vero che per tali sistemi sono stati definiti come *black box*[21].

Su questo tema e sulle implicazioni attuali e potenziali della digitalizzazione (e dei suoi strumenti) per la sicurezza e per le condizioni del lavoro si interrogano sia il documento della Commissione sia l'accordo quadro stipulato fra le maggiori confederazioni sindacali e imprenditoriali europee.

9. L'accordo quadro europeo sulla digitalizzazione

Questo accordo muove dalla consapevolezza, condivisa dalle parti, che sia necessario un impegno condiviso sulle implicazioni generali della digitalizzazione per sfruttarne le opportunità e affrontare al meglio le sfide poste dall'economia e dal lavoro digitale.

Quindi si pone l'obiettivo di incentivare un approccio di partenariato a tutti i temi sollevati dalle applicazioni digitali al lavoro e di assistere i lavoratori nell'uso di queste tecnologie, preparandoli, con le competenze adeguate, tramite la formazione continua e intervenendo con una contrattazione adeguata al contesto della nuova economia[22].

Le iniziative generali avviate dalla Commissione Europea riguardanti l'uso e il controllo degli strumenti digitali e in particolare della intelligenza artificiale, i prospettati *Artificial Intelligence Act* e *Digital Service Act*, danno indicazioni di quadro utili di cui le parti sono consapevoli, ma richiedono non poche specificazioni per quanto riguarda le implicazioni sulla gestione dei rapporti di lavoro. Questo è appunto il contenuto principale dell'intesa quadro. Il suo principio guida è quello di stabilire procedure e strumenti consensuali finalizzati a garantire che ogni aspetto dell'impiego delle tecnologie digitali, e in particolare dell'intelligenza artificiale, assicuri il rispetto dei diritti dei lavoratori, e segua il principio del controllo umano.

A tal fine le parti intendono avviare un processo partecipativo e di valutazione periodica delle aree su cui incidono le tecnologie digitali, a cominciare dalle ricadute sulle condizioni di lavoro e sull'impresa per la piena comprensione delle sfide e delle opportunità conseguenti, e per l'adozione di strategie comuni per la trasformazione digitale.

Un impegno fondamentale assunto dalle parti, a tale riguardo, è di preparare le imprese e i dipendenti tramite la formazione continua al fine di far acquisire a tutti le competenze necessarie ad affrontare le sfide della trasformazione digitale dell'Economia e del lavoro[23].

Se l'obiettivo perseguito dalle parti è di realizzare una transizione consensuale e una "riuscita integrazione" delle tecnologie digitali sul posto di lavoro, il processo partecipativo concordato e cogestito

[21] EC, *Staff Working document*, *cit.*, p. 34.
[22] *European Social Partners framework agreement*, *op. cit.*, n. 1
[23] *European social partners framework agreement*, *cit.*, n.1, *Digital Skills.*

congiuntamente dovrà estendersi alla generalità dei temi, spesso correlati fra loro, su cui impatta l'introduzione di tecnologie e di strumenti digitali.

Il carattere diffusivo e insieme specifico di queste tecnologie è destinato a mettere in discussione non pochi degli strumenti e delle procedure partecipative presenti negli assetti istituzionali delle imprese del secolo scorso, su cui si è a lungo esercitata la normativa europea fino alla direttiva sulla società europea (SE).

Il successo delle migliori esperienze europee di partecipazione nelle imprese si è fondato sul duplice livello a cui questa partecipazione si esprime.

Uno è il livello di fabbrica, o di unità, circoscritte dell'impresa in cui i lavoratori sono coinvolti direttamente nelle vicende dell'organizzazione del lavoro, con poteri riconosciuti di consultazione o talora di decisone; l'altro è il livello degli organi societari, ove i rappresentanti dei lavoratori hanno voce, ancorché minoritaria, in ordine alle scelte generali delle società. Le strutture di fabbrica permettono l'espressione più ravvicinata degli interessi dei lavoratori, e gli organismi istituzionali servono a esprimere gli orientamenti generali comuni della comunità aziendale[24].

10. Contrattazione e partecipazione nell'economia digitale

Le trasformazioni delle imprese e del lavoro, già presenti nel contesto digitale, incidono direttamente anche sulle istituzioni partecipative, pur fornendo a mio avviso argomenti finalizzati a rafforzare la loro importanza per una conduzione sostenibile e socialmente responsabile delle imprese. Tale cambiamento pone il problema di ridefinire le modalità e gli obiettivi di tali istituzioni, a cominciare dal raccordo funzionale fra i due livelli accennati, la presenza di rappresentanti dei lavoratori negli organismi societari e la partecipazione diretta dei dipendenti nelle questioni dell'organizzazione del lavoro e dei poteri relativi. Occorrerà verificare come i cambiamenti delle strutture e delle forme organizzative aziendali, indotte dalle tecnologie digitali, influiscono sui luoghi e sui processi decisionali delle aziende, al fine di riorientare i contenuti e le forme della partecipazione.

In realtà i cambiamenti indotti dalle macchine intelligenti, richiedono un ripensamento non solo delle strutture della partecipazione, ma dei suoi ambiti di intervento e delle sue condizioni di successo.

Questo perché gli interventi di queste macchine pongono una sfida inedita alle parti delle relazioni industriali, nella loro attività contrattuale, come nelle forme partecipative. Non si tratta più solo, come nella contrattazione tradizionale, di risolvere conflitti distributivi tra le parti, e neppure per i sindacati di

[24] Cfr. M. WEISS, *Workers participation in the enterprise in Germany*, in *A. PERULLI, T. TREU, Eds., Enterprise and social rights*, *W. Kluwer*, volume 48, 2017, p. 293 ss.; M. CORTI, *La partecipazione dei lavoratori: la cornice europea e l'esperienza comparata,* Vita & Pensiero, Milano, 2012.

influenzare le scelte programmatiche e specifiche di volta in volta prese dalle imprese. Tanto meno sarà sufficiente per i rappresentanti dei lavoratori intervenire *ex post* sulle conseguenze delle scelte aziendali.
Quello che è richiesto, per intervenire efficacemente sull'uso delle tecnologie digitali, è di entrare nella logica interna e nei meccanismi di funzionamento automatico di questi sistemi, per ricondurli alla capacità di controllo e di orientamento delle persone che lavorano. Solo se si incide su questo punto critico è possibile perseguire gli obiettivi fondamentali della nostra disciplina, di tutelare l'equità e la qualità dei rapporti di lavoro di fronte alle scelte umane, e ora tecnologiche, che incidono sulla vita dei lavoratori.
È un vero cambio di prospettiva che si impone a tutte le attività negoziali e partecipative delle parti sociali, e che interroga anche la qualità e l'effettività delle tutele normative. Già le esperienze recenti hanno mostrato come la rapidissima evoluzione delle imprese e del lavoro, propria delle nuove economie, abbia reso difficile prevedere protezioni adeguate alle mutevoli condizioni del lavoro. Ora, la diffusione dell'economia digitale, ha impresso un ulteriore salto di scala agli attori del sistema e ai *policy makers*, costringendoli spesso a rincorrerne le manifestazioni e gli impatti sulla società e sul lavoro.
È una rincorsa destinata a diventare sempre più inefficace se non si riposiziona il *focus* dell'intervento normativo e collettivo, non limitandolo alle singole forme e condizioni di lavoro via via emergenti, ma dirigendolo a controllare i meccanismi digitali che queste condizioni predeterminano in misura sempre più diretta, affinché essi non ledano interesse e diritti fondamentali delle persone che lavorano.
Un intervento di questo tipo non troverebbe il limite ai poteri partecipativi e di cogestione, individuato nei principi di libertà di impresa anche dalla Corte Costituzionale tedesca, la quale ha per questo escluso la possibilità di attribuire ai rappresentanti dei lavoratori una presenza maggioritaria rispetto a quella delle imprese negli organismi della cogestione[25].
Nella questione qui in esame la previsione di poteri di controllo sulle scelte aziendali da parte delle rappresentanze dei lavoratori troverebbe la sua giustificazione nel principio costituzionale (art. 41) secondo cui l'iniziativa privata "non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale e in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana".
Quel che è in gioco nel controllo delle tecnologie digitali è, appunto, la garanzia che esse non ledano i principi sanciti dalla Costituzione, cioè non pregiudichino i fondamentali diritti delle persone che lavorano, dalla sicurezza, alla privacy, alla garanzia di poter godere di condizioni di lavoro eque e dignitose. Anzi è chiamata in causa più a fondo la garanzia che sia mantenuta ai lavoratori la possibilità di controllare le proprie condizioni di lavoro e, in definitiva, i propri destini nel corso della vita.

[25] M. WEISS, *Workers participation in the enterprise*, *cit*., sui limiti di estensione e sull'impatto dei diritti di partecipazione nel sistema tedesco, pp. 307 ss.; P. GARIBALDO, *I percorsi e gli esiti della mitbestimmung tedesca,* in M. CARINCI - P. NEROZZI - T. TREU, (a cura di), *La partecipazione incisiva*, Mulino, Bologna, 2018, p. 164 ss.

Non a caso il sistema di partecipazione tedesco non si limita a prevedere la presenza dei rappresentanti dei lavoratori negli organismi delle società, peraltro minoritaria e quindi con limitata capacità di influenza sulle decisioni aziendali, ma accompagna a questa cogestione istituzionale l'attribuzione agli stessi rappresentanti di poteri di codeterminazione, che possono arrivare fino al diritto di veto su una serie di decisioni aziendali riguardanti la gestione dei rapporti di lavoro.

Tale aspetto, originario del sistema partecipativo tedesco, è finalizzato a permettere un controllo collettivo sulle decisioni manageriali, volto a prevenire ed evitare che queste pregiudichino o mettano a rischio i diritti fondamentali dei lavoratori. Nel corso degli anni esso si è dimostrato efficace, spesso più della cogestione istituzionale, nel difendere le condizioni dei lavoratori e il rispetto dei loro diritti[26].

La previsione di un simile tipo di controllo collettivo nel contesto delle fabbriche intelligenti, presenta ulteriori criticità, rispetto a quelle affrontate dalle esperienze partecipative storiche, per il fatto che esso si dirige a un aspetto delle prerogative manageriali, quello della gestione delle risorse umane, che è centrale per le aziende ma che è oscurato e sfuggente quando questa è delimitata da macchine digitali.

11. Il controllo umano delle tecnologie digitali

Per questi motivi la sfida di trovare strumenti adeguati ad orientare l'uso delle tecnologie digitali all'insegna del controllo umano, come richiede l'accordo quadro europeo, interpella *in primis* la capacità di innovazione delle parti sociali, ma non può lasciare indifferente o estraneo il legislatore. La storia delle nostre relazioni industriali conferma che le principali innovazioni e riforme presenti nei nostri ordinamenti sono state il risultato congiunto di azioni collettive e di interventi riformatori, e di sostegno, dei legislatori nazionali[27].

Il controllo umano delle tecnologie digitali è uno dei terreni principali su cui oggi si dovrebbe sperimentare questa capacità di iniziativa congiunta di parti sociali e legislatori. Le policy pubbliche dovrebbero assumere questo come un obiettivo prioritario per sostenere l'azione collettiva, già in difficoltà per molti motivi, nel confronto con le implicazioni dell'era digitale che sono decisive per il futuro del lavoro.

Gli interventi a tale fine possono essere diversi, come già si riscontra nella esperienza europea. Le normative sopra ricordate, *Digital Service Act e Artificial Intelligence Act*, si propongono di stabilire standard generali rigorosi per la configurazione, l'uso e il controllo degli strumenti digitali a tutela dei diritti dei

[26] Cfr. ancora M. WEISS, *Workers participation*, *cit.*, e T. TREU, *Workers participation in the firm: trends and insights*, sui fattori che incidono sulla efficienza dei vari tipi di partecipazione, in A. PERULLI - T. TREU, Eds., *Enterprise and social rights*, *cit.*, p. 278.

[27] Cfr. le osservazioni al riguardo anche in prospettiva, M. CARRIERI - T. TREU, *Introduzione*, in M. CARRIERI - T. TREU - P. NEROZZI, (a cura di), *Verso nuove relazioni industriali*, Mulino, Bologna, 2017, p. 101.

consumatori e degli utenti, sicurezza e privacy *in primis*[28]. Per estendere le garanzie e i controlli all'impiego di tali strumenti nella gestione dei rapporti di lavoro non è sufficiente la sanzione di principi generali, pur necessari, in tema di trasparenza, pubblicità, non discriminazione; né sono utilmente praticabili ed efficaci regole normative statiche per definire i dettagli delle modalità d'uso.

Servirebbe la previsione di procedure condivise rivolte a verificare la configurazione e l'applicazione degli strumenti digitali, con poteri di controllo delle parti collettive, come già sperimentato, anche se in altri contesti, dall'ordinamento tedesco.

I diritti di informazione e di consultazione dei lavoratori stabiliti dalle norme europee e nazionali andrebbero rafforzati nei contenuti e precisati nell'oggetto per adattarli al controllo di questi strumenti. Inoltre, dovrebbe essere precisata la formula normalmente utilizzata secondo cui le informazioni necessarie da parte aziendale devono essere fornite "in tempo utile" ai rappresentanti dei lavoratori.

Qui la formula "in tempo utile" dovrebbe riferirsi alla iniziale configurazione dei programmi informatici che determinano il funzionamento degli strumenti, precedente, dunque, rispetto al loro effettivo utilizzo.

Le parti della contrattazione collettiva, specie aziendale, per esercitare questi diritti di informazione e di controllo dovrebbero agire "d'anticipo" rispetto alle singole scelte aziendali[29]. Le forme di partecipazione diretta dei lavoratori attivate nelle fabbriche italiane più avanzate, avrebbero la funzione di presidiare l'esercizio di questi diritti e lo svolgimento delle relative procedure per garantirne l'efficacia, verificarne via via i risultati e adattarle nel tempo alle variazioni tecnologiche e organizzative[30].

Perseguire l'obiettivo del controllo umano, sull'utilizzo degli strumenti digitali nella gestione dei rapporti di lavoro, richiede grande capacità di innovazione agli attori pubblici e privati delle relazioni industriali e, invero, una revisione radicale delle loro strategie e tecniche di intervento.

Quale che sia l'esito della consultazione avviata dalla Commissione Europea, le indicazioni fornite sul tema del controllo sull'impiego delle macchine intelligenti nella gestione dei rapporti di lavoro, sono una guida importante per orientare, anche nel nostro Paese, azioni contrattuali e partecipative delle parti, auspicabilmente sostenute da interventi legislativi all'altezza della sfida in atto, per le sorti del lavoro e per il futuro delle relazioni industriali. Per questo motivo è importante che le parti sociali dei vari paesi, a cominciare dal nostro, non lascino cadere, ma si impegnino a implementare ed eventualmente arricchire,

---

[28] *Digital services Act*, proposta di regolamento COM (2020) 825: vedi dossier della Camera dei deputati n. 51 del 12 maggio 2021. *Proposal for a regulation of the European Parliment and of the Council. Harmonized roules on artificial intelligence*, COM (2021), 206 *final.*

[29] V. DI STEFANO, *Negotiating the algorithm*, in *ILO, Working paper*, n. 246, 2018.

[30] Le casistiche riportate dagli studi in materia, relative ad aziende avanzate ma svolte in periodo predigitale, segnalano la rilevanza delle forme di partecipazione diretta dei lavoratori sia per l'innovazione delle pratiche organizzative, sia per la qualità del lavoro. Ma mostrano, altresì, che le rappresentatività dei lavoratori e il sindacato appaiono incerti a fronte delle trasformazioni in atto, e per lo più sembrano giocare di rimessa piuttosto che anticipare le scelte del management. Cfr. L. PERO - A. M. PONZELLINI, *Il nuovo lavoro in digitale fra innovazione organizzativa e partecipazione diretta*, in M. CARRIERI - P. NEROZZI - T. TREU, (a cura di), *La partecipazione incisiva*, Mulino, Bologna, 2015, pp. 45 ss., e p. 68.

i contenuti dell'accordo quadro europeo sulla digitalizzazione; tanto più che questo, a differenza delle indicazioni della Commissione è stato condiviso dalle principali organizzazioni sindacali e imprenditoriali europee.

Anche se l'intesa è stata concordata prima del pieno manifestarsi della pandemia, le sue indicazioni, lungi dall'essere superate, sono rese più urgenti dal fatto che la diffusione delle tecnologie digitali nelle imprese e nel mondo del lavoro, come altre tendenze in materia economica e sociale, sono state accelerate dalla crisi sanitaria non ancora conclusa, e dalle sue conseguenze tuttora incombenti sui nostri sistemi sociali ed economici.

12. La dimensione sovranazionale dei lavori digitali: la legge applicabile

Il terzo capitolo del documento europeo si interroga sulle implicazioni della crescente dimensione sovranazionale dei lavori svolti tramite piattaforme digitali, in particolare sulle questioni della legge applicabile e della giurisdizione competente per le controversie riguardanti i diritti dei lavoratori[31].

Anche per questi aspetti il lavoro su piattaforme presenta non poche criticità di regolazione e ancora più di *enforcement* delle regole.

La Commissione sottolinea il fatto che la disciplina europea riguardante i rapporti di lavoro internazionali (i regolamenti Bruxelles 1a e Roma 1) fornisce significative garanzie ai lavoratori, in deroga alle regole generali riguardanti i rapporti contrattuali, in quanto attribuisce ai dipendenti la possibilità di scegliere fra le diverse giurisdizioni e legislazioni applicabili. Di conseguenza i lavoratori hanno diritto a vedersi applicate le norme di tutela giurisdizionale previste dagli ordinamenti statali più favorevoli, quelle di propria scelta o, secondo il principio generale, quelle dello Stato dove abitualmente lavorano.

Senonché, questa normativa protettiva dei dipendenti, non si applica ai lavoratori autonomi per cui valgono le regole generali riguardanti i rapporti contrattuali. Ne consegue che le questioni e le incertezze relative alla qualificazione giuridica dei lavori su piattaforma di cui si è discusso sopra, comportano conseguenze dirette anche in ordine alla legge e alla giurisdizione applicabile.

L'identificazione della natura giuridica di questi lavori ha analoghe conseguenze in ordine alla legislazione applicabile e alla giurisdizione competente in materia di sicurezza sociale, per cui esistono norme specifiche e di coordinamento fra i sistemi europei[32].

In realtà l'applicazione di questi principi garantistici ai lavori su piattaforma incontra non poche difficoltà applicative e di *enforcement.* Anzitutto per il fatto che le condizioni contrattuali relative a questi rapporti, nella maggior parte dei casi, non sono definite in modo chiaro, e che le stesse autorità nazionali, compresi

[31] EC, *Staff Working Document*, *op. cit.*, p. 50
[32] EC, *Staff Working Document*, *cit.*, p. 51

gli ispettorati del lavoro, non hanno facile accesso ai dati relativi all'attività delle piattaforme e dei lavoratori.

Senza dire che non è neppur sempre chiaro dove il lavoro delle piattaforme operanti in diversi Stati viene effettivamente svolto, e dove quindi si può intervenire con ispezioni e controlli. Inoltre, nei casi del tutto comuni in cui le piattaforme e/o le loro *subsidiaries* sono presenti in più paesi, queste possono obiettare alle competenze degli ispettori del lavoro nazionali, come si è riscontrato in un caso svedese ricordato dalla risposta dei sindacati europei alla consultazione europea[33].

Per questi motivi i sindacati europei nella risposta alla consultazione europea ritengono fondamentale rafforzare la cooperazione e il coordinamento fra gli ispettorati nazionali del lavoro, ad opera dell'agenzia europea del lavoro[34].

Il documento della Commissione, infine, dà conto dello studio di un gruppo di esperti incaricato di analizzare l'impatto della digitalizzazione sul mercato del lavoro europeo che propone di creare una *Digital single window* europea centralizzata con due compiti: facilitare la raccolta uniforme dei dati sui compensi erogati dalla piattaforma ai lavoratori digitali, necessari per calcolare i contributi sociali e le imposte relative, e agevolare la raccolta di queste.

Ma la stessa Commissione rileva gli ostacoli da superare per dare seguito a tale proposta, per la difficoltà sia di identificare tutte le piattaforme operanti nell'Unione, sia di imporre un simile sistema centralizzato in materie come fisco e sicurezza, di stretta competenza nazionale[35].

Come si vede questa parte del documento della Commissione conferma la diversità di tutela giurisdizionale offerta dalla normativa europea ai lavoratori dipendenti e a quelli autonomi, che enfatizza, anche per questo aspetto, la rilevanza della qualificazione giuridica dei lavori digitali. Per altro verso lascia aperte non poche questioni relative all'*enforcement* e quindi all'effettività delle regole di protezione dei lavoratori dipendenti in questa materia.

13. Diritti sociali nel contesto digitale globale

La Commissione si occupa della regolazione europea del lavoro digitale; ma è ampiamente dimostrato dai dati che le attività delle piattaforme e la diffusione della digitalizzazione vanno oltre i confini dell'Unione.

Nell'ambito digitale globale privo di regole comuni, ancorché incomplete, come quelle europee, tutti i problemi della regolazione del lavoro digitale e del controllo delle piattaforme sono ingigantiti. A cominciare da quelli ricordati dal documento della Commissione: cioè della difficoltà di conoscere la

[33] EC, *Staff Document*, *ibid*, p. 52.
[34] Cfr. ETUC, *Reply to the first phase consultation of social partners under Article 154 TFEU*.
[35] EC, *Staff Document*, *cit.*, pp. 53 ss.

diffusione e le diverse forme delle piattaforme, nonché le loro attività e i rapporti altrettanto diversificati e spesso poco trasparenti con i lavoratori.

La storia dell'OIL testimonia la difficoltà di diffondere l'applicazione dei diritti e standard sociali oltre i confini nazionali[36].

Gli strumenti più utilizzati a tal fine, come le clausole sociali inserite nei trattati di commercio, i sistemi generalizzati di preferenze GSP) e gli accordi collettivi transnazionali (peraltro ancora in numero limitato), hanno precisato i loro contenuti e migliorato le tutele ivi previste per i lavoratori. Ma presentano ancora limiti evidenti nelle procedure di *enforcement* degli impegni assunti fra le parti, per cui le tutele offerte ai lavoratori hanno tassi di effettività spesso insufficienti anche nei paesi sviluppati[37].

Si tratta di un limite legato alla natura sostanzialmente contrattuale di queste regole che riflettono i rapporti di forza fra gli Stati contraenti e che sono affidate alla discrezionalità degli stessi, sia nella definizione dei contenuti sia nel loro *enforcement.*

Inoltre, la faticosa costruzione di queste regole sovranazionali, come gran parte del nostro diritto del lavoro, ha riguardato esclusivamente i rapporti di lavoro subordinato, sottovalutando (finora) la crescente importanza e diffusione delle varie forme di lavoro autonomo.

L'incerta qualificazione giuridica dei lavoratori su piattaforme costituisce dunque un ulteriore limite alla possibilità di utilizzare gli strumenti, sopra ricordati, per tutelare questi lavoratori. Ma anche per tutelare i lavoratori subordinati le attuali regole sociali sovranazionali, costruite per i dipendenti delle aziende multinazionali, dovranno misurarsi con il carattere multiforme e spesso sfuggente delle imprese piattaforma.

Non a caso l'OIL ha più volte sottolineato l'urgenza, e rivolto appelli ai governi nazionali, di stabilire (almeno) standard di trasparenza e obblighi di *reporting* in capo a tutte le aziende operanti nel mercato globale, a cominciare da quelle inserite nelle *supply chain* attive oltre i confini nazionali[38].

Standard e obblighi simili di trasparenza sono analogamente necessari per rendere possibile ed effettiva l'applicazione delle regole sociali ai lavoratori su piattaforma, almeno a quelli qualificabili come dipendenti secondo i diritti nazionali.

---

[36] Il centenario dell'OIL ha testimoniato con molte analisi questa attività, i suoi risultati e le sue difficoltà: cfr. T. TREU, *OIL un secolo per la giustizia sociale*, in *GDLRI*, 2019, pp. 463 ss. e il volume a cura di V. FERRANTE, *A tutela della prosperità di tutti*, Giuffré, Milano, 2020.

[37] Cfr. più ampiamente T. TREU, *Globalization and human rights*, in A. PERULLI - T. TREU - EDS., *Sustainable development. Global trade and social rights*, 2018, *W. Kluwer*, pp. 99 ss.; A. PERULLI, *Giustizia sociale, commercio internazionale ed extraterritorialità, "atipica",* in *GDRLI,* 2021, pp. 215-230, che indica le significative innovazioni introdotte al riguardo dal recente Trattato USMCA.

[38] ILO, *Decent work in global supply chains*, Geneva, 2016; V. BRINO, *Lavoro dignitoso e catene globali del valore: uno scenario (ancora) in via di costruzione*, in *LD*, 2019, pp. 552 ss.

La presenza di non pochi lavoratori autonomi, fra quelli utilizzati dalle piattaforme, anche se in numero non definito per le incertezze qualificatorie, rende necessario farli oggetto di specifica considerazione, colmando le carenze di tutela presenti in quasi tutti gli stati europei.

14. Territorialità del diritto e *supply chains* globale

La territorialità delle competenze giurisdizionali dei singoli stati costituisce un limite ulteriore all'effettività delle tutele dei lavoratori operanti sui mercati globali, quelli attivi nelle *supply chain,* come ora quelli organizzati dalle piattaforme digitali transnazionali. Tale limite non è superabile con le regole sopra richiamate sulla scelta da parte dei lavoratori del foro competente, che sono valide solo per le imprese operanti in Europa.

Questa è una delle sfide più gravi poste dalla globalizzazione delle imprese e del lavoro alla capacità dei nostri sistemi nazionali di garantire le fondamentali tutele ai lavoratori dipendenti da imprese presenti in molteplici territori nazionali, sia aziende tradizionali sia ora imprese piattaforme. Non posso qui affrontare il tema di cui mi sono occupato in altre occasioni[39],ma rilevo che la crescente dimensione sovranazionale dell'attività delle imprese piattaforma acutizza, anche qui, problemi presenti nelle imprese tradizionali e nelle *supply chains* operanti in territori nazionali diversi.

I tentativi di ovviare al limite della territorialità degli ordinamenti giuridici (e quindi dell'efficacia delle regole di tutela) hanno seguito strade diverse. La normativa francese del marzo 2017 è la prima legge europea che ha imposto alle grandi imprese multinazionali, di quel paese, l'obbligo di vigilare sulle loro unità collegate, modellato secondo le linee guida dell'Onu sui diritti umani (in tema di *due diligence* su queste attività), e ha stabilito la responsabilità per le violazioni delle regole (anche) di tutela del lavoro conseguenti all'attività delle loro unità, comprese quelle operanti oltre i confini nazionali[40].

Uno strumento utile allo stesso fine si è rivelata la *due diligence* prevista nelle stesse linee guida ONU, sul business e i diritti umani, che richiedono alle imprese di verificare l'impatto delle loro azioni anche oltre i confini e di individuare i rischi posti in essere dagli operatori economici con cui hanno rapporti commerciali[41].

[39] *Globalizzazione e diritti umani.*

[40] Cfr. primi bilanci dell'applicazione di questa legge, P. BARRAND - A. MIAS - E. BETHOUX, P. BARRAUD DE LAGERIE - E. PENALVAICHER, *Between implementation and diabets, first lesson from the trench law of 2017 on companies due diligence,* in *GDLRI*, 2021, I, pp. 37 ss. e ivi, I. DAUGAREILH, *The French law on the duty of vigilance scrutinized by the Courts,* pp. 159 ss.

[41] Vedi anche le linee guida dell'OCSE per la condotta dell'impresa responsabile 2018, e sulle due diligence nelle GVGS di vari settori e la risoluzione UE del 27 aprile 2017.

Questa prassi, volontariamente adottata dalle imprese multinazionali, ha trovato ampia valorizzazione in vari contesti nazionali, ed ora è oggetto di una proposta di direttiva dell'Unione Europea diretta a renderla obbligatoria[42].

Ma la via seguita dalla normativa francese di rafforzare l'efficacia e l'applicabilità transnazionale delle norme del lavoro, non è praticabile per controllare la distribuzione e gli scambi di prestazioni di lavoro fra imprese prive di collegamenti o di legami giuridicamente apprezzabili fra loro. E scambi del genere sono facilitati dalle tecnologie digitali anche per le imprese piattaforma prive di legami fra loro.

Anche la *due diligence,* come normalmente configurata dalle linee guida e dalla prima normativa, presenta un analogo limite di operatività perché, prevedere un simile obbligo in capo alle imprese piattaforma operanti in più ordinamenti, presuppone un accertamento e una precisazione della loro struttura e configurazione giuridica che, come si è visto, sono tuttora indefinite.

La *due diligence* è comunque uno strumento *soft,* la cui efficacia deve essere rafforzata con altri interventi di contesto e di sostegno, tanto più necessari per indirizzare effettivamente i comportamenti di imprese come le piattaforme digitali, così diverse da quelle operanti nei mercati tradizionali e non certo inclini a seguire le regole valide per queste.

[42] V. BRINO, *Lavoro dignitoso e catene globali del valore: uno scenario (ancora)* in *costruzione*, in *LD*, 2019, pp. 553 ss.; e ID, *Diritti dei lavoratori e catene globali del valore: un format giurisprudenziale in via di definizione?* in *GDLRI,* 2020, pp. 451 ss., con particolare riguardo ai possibili percorsi e strumenti utilizzabili per superare i vincoli imposti dalla territorialità della legge. A. PERULLI, *Giustizia sociale, commercio internazionale ed extraterritorialità "atipica"*.



Fascicolo numero 9

2022

23 marzo 2022